



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI BRESCIA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN BUSINESS AND LAW – ISTITUZIONI E IMPRESA:
VALORE, REGOLE E RESPONSABILITÀ SOCIALE**

Settore scientifico disciplinare: IUS/15 Diritto processuale civile

XXXV CICLO

LA RILEVANZA POLITICA DELLA TUTELA CAUTELARE CIVILE
Riflessioni a partire dai modelli italiano e statunitense

DOTTORANDO:
Dott. Marco Morotti

SUPERVISORE:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Finocchiaro

A.A. 2021-2022

«L'altro fratello, Don Domenico, non contava niente: era uno di quei tanti avvocati di provincia che vivono di procedura»
S. Satta, Il giorno del giudizio

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
1. FUNZIONE POLITICA DEL MODELLO CAUTELARE DI TUTELA DEI DIRITTI: PANORAMA ITALIANO E SPUNTI D'INDAGINE.....	10
1. La doppia “rivoluzione copernicana”. Coordinate sistematiche della funzione politica della tutela cautelare civile nel sistema italiano, tra uso e abuso del processo	10
2. Tra efficienza e garanzie: presupposti di un apparente equilibrio. Fisiologia della «invenzione» giurisprudenziale del diritto.....	17
3. Fronti recenti dell’impiego politico-creativo della tutela urgente. Tutela urgente e Corti Supreme.....	25
4. Sul concetto di “modello” processuale: lo studio dei sistemi, interno e comparatistico, attraverso la tutela cautelare	36
2. LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE DEGLI STATI UNITI.....	41
1. Introduzione	42
2. <i>Temporary Restraining Orders (TROs)</i> e <i>Preliminary Injunctions</i> : cenni sull’origine storica, procedimento, presupposti.....	51
3. Regime istruttorio, cauzione, esecuzione mediante <i>Contempt of Court</i>	65
4. Regime delle impugnazioni. Tutela urgente avanti la Corte Suprema (rinvio)	76

5. Ancora sui presupposti: la (faticosa) ricerca di uno <i>standard</i> tra opposte concezioni del processo. Evoluzioni della concezione di equità e del ruolo delle misure equitative nel sistema dei <i>remedies</i>	79
6. <i>Nationwide injunctions</i> : disapplicazione in via cautelare di norme sospette di incostituzionalità, uso politico della <i>preliminary injunction</i> , tra <i>judicial review</i> e <i>de facto class action</i>	95
7. Uno sguardo all’evoluzione della <i>preliminary injunction</i> durante l’amministrazione Biden: <i>Climate change litigation – Corporate social responsibility</i> ; Covid – 19 <i>litigation</i>	116
8. Considerazioni di sintesi conclusive: risposta tendenzialmente armonica degli ordinamenti alla domanda di tutela cautelare. Il problema della politicizzazione del processo	130
3. TUTELA CAUTELARE E CORTI SUPREME.....	135
1. Funzione pubblicistica delle Corti Supreme: rilevanza del tema negli studi di diritto processuale civile comparato ed ai fini della presente indagine. Natura politica della Corte Suprema degli Stati Uniti	135
2. (segue) La Corte costituzionale, tra natura giurisdizionale e politica	143
3. (segue) La Corte di Cassazione in crisi d’identità, nella contrapposizione tra <i>ius litigatoris</i> e <i>ius constitutionis</i>	146
4. Appunti sulla tutela urgente avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti. Profili critici dell’ascesa della tecnica decisoria di cui alla c.d. <i>shadow docket</i>	156
5. Tutela urgente e Corte costituzionale. Il problema dell’esistenza di un processo costituzionale e di un diritto processuale costituzionale. Tutele differenziate e assenza di un rito qualificabile come “ordinario”	164

6. (segue) I poteri cautelari nei giudizi costituzionali	171
7. (segue) Il recente storico esercizio dei poteri cautelari della Corte costituzionale: effettiva natura del potere interinale esercitato	176
8. (segue) Sulla possibilità di applicazione in via analogica della previsione <i>ex art. 35</i> , l. 11 marzo 1953, n. 87 ai giudizi in via incidentale: cautele ad effetti materiali irreversibili e zone franche del controllo di costituzionalità	185
9. Tutela cautelare e Suprema Corte di Cassazione. Delimitazione del campo d'indagine: assenza di poteri interinali propri della Corte Suprema; non ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari; il problema dell'impugnazione del capo sulle spese di lite	191
10. Tutela cautelare e funzione nomofilattica. La soluzione del principio di diritto nell'interesse della legge <i>ex art. 363 c.p.c.</i>	200
11. Argomenti, anche di taglio comparatistico, a favore della possibilità di domandare la revoca o la modifica del provvedimento cautelare <i>ex art. 669-decies c.p.c.</i> ovvero riproporre la domanda cautelare <i>ex art. 669-septies c.p.c.</i> a seguito della pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge <i>ex art. 363 c.p.c.</i>	208
12. Riflessioni conclusive su tutela cautelare e Corti Supreme negli ordinamenti analizzati	218
CONCLUSIONI.....	222
BIBLIOGRAFIA.....	227

INTRODUZIONE

Fin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano con il Codice di procedura civile del 1942, la tutela cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.* ha suscitato ampio dibattito.

L'istituto, nato e pensato con ruolo di chiusura del sistema delle misure cautelari tipiche in posizione di stretta sussidiarietà, grazie alla duttilità garantita dalla doppia atipicità della norma ed alla inevitabile sua dipendenza da una ampia discrezionalità giudiziaria, ha presto cominciato ad assolvere nella prassi applicativa una funzione affatto diversa rispetto a quella pensata dai compilatori del Codice, giungendo a giocare un ruolo chiave nel riallineamento del sistema processuale e sostanziale civile ai dettami della Carta Costituzionale, in omaggio ai principi di atipicità ed effettività dell'azione e del processo *ex art. 24 Cost.* ed al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

Tale funzione è stata attuata soprattutto grazie all'attitudine della norma a garantire anche *praeter legem* la protezione giurisdizionale urgente e quindi l'emersione di nuovi diritti soggettivi perfetti al cospetto di situazioni sostanziali altrimenti prive di adeguata tutela a fronte della crisi di cooperazione tra i consociati, sollecitando accese contrapposizioni. Così, nell'opera di sistematizzazione svolta dalla dottrina, taluno ha intravisto nei provvedimenti d'urgenza degli strumenti di democrazia, talaltro ne ha proposto l'abrogazione, in ragione dei ricorrenti fenomeni di abuso cui l'istituto si è prestato, giunti al proprio acme negli anni '70 del secolo scorso, specie in correlazione con l'irragionevole impennata della durata del processo a cognizione piena, cui il provvedimento d'urgenza tendeva ad affiancarsi in posizione suppletiva e spesso sostitutiva, ben oltre gli stretti limiti imposti dalla necessità di prevenire il *periculum in mora*.

Il dibattito, sovente connotato in senso strettamente ideologico, si è fortemente placato a seguito dell'introduzione ad opera della l. 26 novembre 1990, n. 353 del c.d. rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. e del buon equilibrio tra efficienza e garanzie che esso ha saputo assicurare. L'equilibrio raggiunto, tuttavia, è pur sempre precario e necessitante nuovi affinamenti da condurre caso per caso, poiché la (costituzionalmente necessaria) atipicità della

norma ineluttabilmente concede al Giudice un margine di discrezionalità: le più recenti frontiere della funzione creativa – politica della tutela urgente sono costituite dai diritti della personalità, dal dialogo tra diritto e scienza e tra diritto e nuove tecnologie, dalle sfide della protezione dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile.

La discussione attorno all’istituto è inoltre quanto mai aperta sotto un diverso profilo, correlato alla avvenuta attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e giudizio di merito per i provvedimenti di cui all’art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., attuata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80. La propensione di tali provvedimenti, specie se aventi contenuto anticipatorio, a stabilizzarsi in via di fatto sul piano degli effetti e realizzare una regolamentazione del conflitto precaria, seppur potenzialmente indefinitamente protratta, ma inidonea al giudicato, sollecita infatti riflessioni sulla conformazione assunta dall’istituto di cui all’art. 700 c.p.c., connotatosi progressivamente in termini di forma di tutela generalizzata sommaria non cautelare dei diritti soggettivi.

Questo il punto di partenza da cui ha preso le mosse il presente lavoro, al crocevia di varie direttive: anzitutto, la riflessione sul ruolo della giurisdizione nella dialettica tra poteri dello Stato, stimolata dal fenomeno di creazione giurisprudenziale del diritto determinato dall’applicazione (talvolta dall’abuso) dell’art. 700 c.p.c. In secondo luogo, la ricerca sulle possibilità di pieno sfruttamento delle potenzialità del modello cautelare di tutela dei diritti imperniato sulla tecnica dell’anticipazione, nel contesto peraltro di una (preoccupante) tendenza alla sommarizzazione delle forme processuali, incoraggiata dal legislatore, «sotto l’incubo della ragionevole durata»¹. La funzione “politica”, latamente intesa, della tutela cautelare, individua un fattore comune rispetto ai diversi fronti in cui tale strumento ha avuto ed ha un ruolo propulsivo del diritto giurisprudenziale, fenomeno quest’ultimo rispetto al quale le

¹ La nota espressione è di G. Verde, *Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 505 ss.

molteplici implicazioni, sul piano sociologico, costituzionale, giusfilosofico², restano sullo sfondo di un'indagine, condotta, invece, sul piano strettamente processuale.

Si è così ritenuto che lo spunto per nuovi approdi potesse essere fornito dall'approccio comparatistico.

In particolare, anzitutto, oggetto di approfondimento è stata la tutela cautelare nel processo civile degli Stati Uniti: anche in quel sistema, in cui il giudice ha esplicitamente il ruolo di *policy-maker*, infatti, la tutela cautelare, mediante l'istituto della *preliminary injunction*³, conferma emblematicamente la tendenza del processo a prestarsi a strumentalizzazioni di tipo strettamente politico ed anzi proprio quella tendenza costituisce un significativo punto di divergenza dell'*injunction* americana anche rispetto al modello da cui deriva, ossia quello inglese. Tale misura, peraltro, affonda le proprie radici nella tradizione dell'*equity*, attribuisce al giudice uno straordinario potere discrezionale ed ha avuto un impiego nella prassi sempre crescente. Già *prima facie*, pur nella ovvia lontananza e diversità dei contesti, sembrano intuirsi elementi di convergenza rispetto alla storia dell'art. 700 c.p.c. nel sistema italiano, suscettibili di approfondimento. D'altro canto, lo studio di siffatte misure sembra offrire un problematico e stimolante punto di osservazione del processo americano al giurista di *civil law*, teoricamente portato a ritenere che il giudice del processo *adversarial* dovrebbe avere un ruolo massimamente passivo, secondo la classica ricostruzione del processo accusatorio nei sistemi

² Ampiamente su tali versanti si richiama L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975.

³ L'istituto sarà più diffusamente trattato al successivo capitolo 2 ed in particolare ai paragrafi 2.2 e seguenti. Pare sin da ora utile anticipare che il processo civile degli Stati Uniti, sotto il profilo della tutela cautelare, accanto a misure aventi funzione strettamente conservativa, prevede la misura atipica della *preliminary injunction*, definibile sinteticamente come l'ordine del giudice impartito ad un determinato soggetto di porre in essere ovvero astenersi dal porre in essere una determinata condotta nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito. Il rimedio è disciplinato dalla *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ove è altresì previsto che il Giudice, nel tempo occorrente per l'instaurazione del pieno contraddittorio, possa emanare un *temporary restraining order (TRO)*, anche *inaudita altera parte*, ossia una misura analoga sotto il profilo contenutistico ma avente efficacia temporalmente limitata (massimo 14 giorni, prorogabili eccezionalmente a determinate condizioni).

di *common law* e ferma restando la ben nota prospettiva di convergenza e comunque la relatività di tali modelli classificatori.

Muovendo dal modello americano alla prospettiva interna rispetto ad un tema di studio che è tipico del diritto processuale civile comparato, ossia quello delle Corti Supreme, si è scelto inoltre di indagare il rapporto tra Corti Supreme e tutela cautelare, con particolare riguardo alla *Supreme Court* statunitense, alla Corte costituzionale ed alla Corte di Cassazione.

La collocazione di tali organi di vertice della giurisdizione nell'ordinamento risente delle incertezze correlate alla dimensione di una «istituzione difficile»⁴ quale la magistratura.

Il ruolo politico del giudice statunitense, anzitutto, è particolarmente evidente con riguardo alla *Supreme Court*, che tende sempre più a servirsi dei poteri interinali di cui alla c.d. *shadow docket*⁵: quel modello costituisce pertanto un termine di raffronto calzante, con riguardo ai fini della presente indagine.

Quanto alla Corte costituzionale viene in rilievo il dibattito attorno alla sua natura giurisdizionale o politica ed alla conseguente esistenza o meno di un processo costituzionale e di un diritto processuale costituzionale. Quanto alla Corte di Cassazione, oggetto d'interesse è il rilievo pubblicistico della funzione nomofilattica, conseguente alla derivazione dal modello

⁴ Così M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli 1984.

⁵ L'istituto sarà più diffusamente trattato al successivo capitolo 3 ed in particolare al paragrafo 3.4. La c.d. *shadow docket* costituisce il ruolo ombra della *Supreme Court*, cui appartengono tutti i provvedimenti diversi dalla decisione sul merito ed aventi la natura più variegata: dai provvedimenti con cui viene concesso o negato il *writ of certiorari* a quelli aventi natura più schiettamente ordinatoria, fino ai provvedimenti aventi natura lato senso cautelare-urgente. L'adozione di simili provvedimenti deroga al modello procedimentale ordinario, caratterizzato da ampia attuazione del contraddittorio, tra le parti e con il Giudice, per approdare ad un modello procedimentale viceversa del tutto rimesso, di volta in volta, alla discrezionalità della Corte e caratterizzato da massima semplificazione e deformalizzazione, di impiego sempre più frequente nella prassi e quindi oggetto di crescente attenzione da parte degli studiosi sotto diversi profili, incluso quello della effettiva efficacia in termini di precedente delle relative decisioni.

francese (e dalla sua connotazione politica in chiave «antigiudiziaria»)⁶, nonché alla ricostruzione di Piero Calamandrei, alla base della norma di cui all'art. 65, r. d. 30 gennaio 1941, n. 12⁷, nel quadro peraltro di un contesto attuale in cui proprio la contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* costituisce la cifra del dibattito sulla Corte di Cassazione e del suo quotidiano operare.

Risulta così strategico lo studio dei poteri di tutela cautelare di cui la Corte costituzionale è dotata, inclusa la possibilità di ammetterne (in via analogica) l'esercizio nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale.

Rispetto alla Corte di Cassazione, problematico invece è il tema dell'esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari, trattandosi di provvedimenti inidonei al giudicato e quindi strutturalmente sottratti dal controllo della Corte Suprema.

Questioni in grado di incidere nella riflessione attorno all'opportunità di sfruttare appieno ovvero riconsiderare le potenzialità del modello cautelare di tutela dei diritti, il quale nella prospettiva qui assunta si connota quale possibile strumento a servizio degli interessi pubblicistici presidiati dalle Corti Supreme.

⁶ Cfr. G. F. Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino 2013, 3 ss., spec. 8.

⁷ Cfr. P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Milano – Torino – Roma 1920, voll. I e II, ora in Id., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Napoli 1965, ripubblicata in *open access* da RomaTrE-Press 2019, reperibili ai seguenti *link* <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-VI-%E2%80%93-La-Cassazione-civile-parte-prima.pdf>; <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-VII-%E2%80%93-La-Cassazione-civile-parte-seconda.pdf>.

1. FUNZIONE POLITICA DEL MODELLO CAUTELARE DI TUTELA DEI DIRITTI: PANORAMA ITALIANO E SPUNTI D'INDAGINE

SOMMARIO: 1. - La doppia “rivoluzione copernicana”. Coordinate sistematiche della funzione politica della tutela cautelare civile nel sistema italiano, tra uso e abuso del processo 2. - Tra efficienza e garanzie: presupposti di un apparente equilibrio. Fisiologia della «invenzione» giurisprudenziale del diritto 3. - Fronti recenti dell'impiego politico-creativo della tutela urgente. Tutela urgente e Corti Supreme 4. - Sul concetto di “modello” processuale: lo studio dei sistemi, interno e comparatistico, attraverso la tutela cautelare

1. La doppia “rivoluzione copernicana”. Coordinate sistematiche della funzione politica della tutela cautelare civile nel sistema italiano, tra uso e abuso del processo

Il «ruolo politico»⁸ della tutela urgente *ex art. 700 c.p.c.* è da sempre al centro di un ampio, a tratti anche aspro, dibattito dottrinale. La discussione chiama in causa ed è stata condotta attorno a fondamentali categorie del diritto processuale civile, tra cui: atipicità e autonomia del diritto d'azione, latitudine della nozione di irreparabilità del pregiudizio al diritto soggettivo cautelando, emancipazione della tutela cautelare dalla tutela di merito, giustificazione a livello ordinamentale del potere di creazione giurisprudenziale del diritto. Essa costituisce il punto di

⁸ Così espressamente C. E. Balbi, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino 1997, 73 ss., ove chiaramente si sottolinea: «È pertanto innegabile il contributo concreto dei provvedimenti giudiziali d'urgenza all'evoluzione dell'art. 700 c.p.c. verso la tutela preventiva atipica, attivando in via provvisoria d'urgenza nel giudice poteri normativi generali, che poi, in conseguenza di carenze strutturali o congiunturali degli altri poteri, hanno assunto un ruolo politico propulsivo nella evoluzione del diritto e proponendosi, accanto ai tradizionali poteri dello Stato, come un potere *sui generis*, quasi un quarto potere».

partenza della presente indagine ed è pertanto utile ricostruirne sinteticamente gli aspetti fondamentali.

Come noto, l'introduzione di una misura cautelare atipica quale quella di cui all'art. 700 c.p.c., in posizione sussidiaria e con funzione di chiusura rispetto al sistema delle misure cautelari tipiche, costituì una novità del Codice di procedura civile entrato in vigore nel 1942. Il precedente Codice di procedura del 1865, infatti, completamente disattendendo la sistemazione della materia attuata dalla legislazione previgente, si limitava a prevedere un sistema di misure cautelari tipiche con funzione fundamentalmente conservativa, incentrato su sequestri (conservativo e giudiziario) e denunce (di nuova opera e danno temuto)⁹, abbandonando l'istituto delle inibizioni a partire dal quale la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca avevano avviato le prime riflessioni a sostegno dell'esistenza di un potere generale di cautela nell'ordinamento¹⁰ e nel quale viene intravisto il vero e proprio antesignano storico degli attuali provvedimenti d'urgenza¹¹. In tale contesto, un ruolo fondamentale è riconosciuto alla ricostruzione di Giuseppe Chiovenda capace di desumere già *de iure condito* l'esistenza di un potere generale di cautela a partire dalla presenza nell'ordinamento processuale di una pluralità di provvedimenti conservativi ed interinali ed in attuazione del principio per cui la durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione¹², sfociato in prospettiva *de iure*

⁹ Per un'ampia ricostruzione storica a partire dall'origine romanistica della tutela preventiva dei diritti, elaborata inizialmente in chiave meramente stragiudiziale, cfr. G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1985, 1 ss., spec. 9 ss. con riguardo al regime introdotto dal Codice di procedura civile del 1865. Sull'abolizione dell'istituto delle inibizioni nel nuovo regime codicistico, cfr. L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino 1905, V Ed., V, 962.

¹⁰ In tal senso G. Pisanelli – A. Scialoja – P. S. Mancini, *Commento del codice di procedura civile*, Napoli 1879, V, parte 2^a, par. 89 ss.

¹¹ Al riguardo cfr. E. A. Dini, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milano 1973, IV Ed., 129; M. Apicella, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello 1948, 21.

¹² Cfr. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935, II Ed., I, 242. Sulla ricostruzione di quest'ultimo Maestro del diritto processuale civile, cfr. A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 16 ss. Sulla sistemazione della tutela cautelare a partire dal principio per cui la durata del processo

condendo nelle proposte di introduzione per via legislativa di un mezzo di tutela cautelare atipico, previste dall'art. 121 del c.d. Progetto Chiovenda del 1909¹³ e, con conferimento di un potere ancora più ampio in capo al giudice, dall'art. 324 del c.d. Progetto Carnelutti del 1926¹⁴. Erano le avvisaglie della “prima” rivoluzione copernicana, che poté così finalmente compiersi nel 1942, con l'introduzione nel nuovo codice di rito civile della previsione doppiamente atipica, ossia tanto quanto alle situazioni sostanziali tutelabili quanto alle forme di tutela erogabili, di cui all'art. 700 c.p.c., frutto delle serrate critiche mosse dalla dottrina al cospetto del progetto preliminare di riforma Solmi del 1937, ancora (provvisoriamente) incentrato su un sistema di misure cautelari tipiche¹⁵: il nuovo regime dei provvedimenti cautelari risultava così peraltro coerente con la generale prospettiva di ampliamento dei poteri del giudice ispiratrice della nuova codificazione¹⁶.

non può andare a danno dell'attore, che probabilmente ha ragione, cfr. A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* 1991, XXIV, Roma. L'impostazione del Chiovenda venne criticata da P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 47, ove i provvedimenti *de quibus* sono classificati entro quattro categorie ritenute in grado di esaurire sul fronte del diritto positivo l'ampiezza delle possibili espressioni della tutela cautelare. Tale ultima opera costituisce tutt'oggi fondamentale punto di riferimento nella ricostruzione dogmatica della materia: per una recente rilettura cfr. R. Caponi, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1250 ss.

¹³ Su cui G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 20; G. Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 1973, III, 1, 744 ss.

¹⁴ Il progetto è disponibile nel Supplemento alla *Riv. dir. proc. civ.*, Anno III n. 1, Padova 1926. In argomento cfr. F. Carnelutti, *Lineamenti di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1929, I, 3; Id., *Studi di diritto processuale*, Padova 1939, IV, 411 ss., con particolare riguardo alla attitudine della tutela cautelare a porre una regolamentazione provvisoria della lite nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito.

¹⁵ Cfr. *Osservazioni e proposte sul progetto di riforma di codice di procedura civile*, Roma 1938, 542 ss., quanto alle critiche di Carnelutti e Calamandrei.

¹⁶ Esplicitamente sul rapporto tra nuovo regime dei provvedimenti cautelari e poteri del giudice, la *Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma 1940, 28 ss. Sulla relazione tra la disposizione di cui all'art. 700 c.p.c. e la «logica «pubblicistica» con la quale fu costruito il processo ordinario», cfr. F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra*

La seconda «rivoluzione copernicana» sarebbe avvenuta di lì a poco, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 ed il conseguente spostamento del baricentro dell'ordinamento dalla protezione dei diritti di proprietà privata e dell'impresa ai diritti fondamentali della persona ed alle libertà di cittadini e lavoratori, nel prisma del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.¹⁷

La tutela urgente *ex art. 700 c.p.c.* venne così a giocare nella prassi applicativa un ruolo qualitativamente e quantitativamente del tutto diverso rispetto a quello immaginato dai compilatori del codice, che al fine di delimitarne l'ambito applicativo si erano curati di sottolineare il rapporto di sussidiarietà dell'istituto rispetto alle misure cautelari tipiche e la funzione conservativa di queste ultime¹⁸. Il provvedimento d'urgenza, progressivamente connotandosi in termini di tutela sommaria urgente non cautelare, divenne così il normale strumento di emersione e protezione (spesso vera e propria creazione per via pretoria) di diritti nuovi nascenti direttamente dalla Costituzione ed altrimenti non riconosciuti dall'ordinamento positivo¹⁹, talvolta alla stregua di inedito (e controverso) «veicolo di promozione sociale dei

efficienza e garanzie, in *Giusto proc. civ.* 2006, 14. In argomento cfr. altresì ampiamente C. E. Balbi, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., par. 3. Sulla storia e le influenze alla base della nuova codificazione, ci si limita qui a rinviare a F. Cipriani, *Piero Calamandrei, la Relazione al Re e l'apostolato di Chiovena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 749 ss., ora anche in Id., *Scritti in onore dei Patres*, Milano 2006, 435 ss.; Id., *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.* 2002, V, 24 ss.; Id., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 445 ss.; C. Consolo, *Il nuovo Codice di procedura civile*, in *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile*, a cura di G. Alpa – S. Calamandrei – F. Marullo di Condojanni, Bologna 2019, 229 ss.

¹⁷ L'espressione ed in genere l'impostazione, come premessa di un cambio di paradigma avvenuto a livello anche processuale, sono al centro dell'elaborazione di A. Proto Pisani. Al riguardo, di recente, Id., *Il nuovo sistema dei diritti introdotto dalla Costituzione del 1948 e le sue conseguenze sulla disciplina del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1139 ss.; Id., *Persona umana e processo civile*, Milano 2022, *passim*.

¹⁸ Cfr. F. Tommaseo, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, spec. 856.

¹⁹ Così A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 400 ss., intravede nel provvedimento d'urgenza lo strumento normale di protezione giurisdizionale dei diritti di

ceti diseredati»²⁰. Sul piano dogmatico, a livello strettamente processuale, sembra possibile ricondurre a tre fattori concettuali il descritto ruolo assunto dalla tutela urgente. Anzitutto, il principio di atipicità dell'azione e massima strumentalità del processo²¹, consacrato all'art. 24 Cost. e di cui l'art. 700 c.p.c. è stato ritenuto espressione irrinunciabile²², nel quadro di un'elaborazione che ha abbracciato in senso più ampio il dibattito attorno alla natura e all'autonomia, ormai acquisita come riconosciuta, dell'azione cautelare²³. In secondo luogo, la

libertà; V. Denti, *Le azioni di tutela degli interessi collettivi*, in *Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova 1976, 19, qualifica la tutela d'urgenza come il mezzo ordinario di tutela degli interessi collettivi, nel quadro di un'analisi che a p. 12 intravede nel processo uno «strumento di rottura rispetto al sistema, come momento di predicazione ideologica, come via di accesso a canali di informazione di massa altrimenti preclusi». Sulla vicenda da cui prende le mosse quest'ultima ricostruzione, cfr. L. Zanuttigh, «Italia nostra» di fronte al Consiglio di Stato, in *Foro.it.*, 1974, III, 34. In generale su provvedimenti d'urgenza e formazione giudiziale del diritto sostanziale e processuale cfr. A. Panzarola, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I provvedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna 2013, 745 ss., spec. 750 ss.

²⁰ Così F. Tommaseo, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 857. Tale prospettiva è sostenuta da M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1973, 1020 ss., spec. 1084 ss. e 1099. Contrapposto, e preferibile, l'orientamento secondo cui l'allargamento generalizzato dell'impiego della tutela sommaria con funzione perequativa rischia in realtà di raggiungere l'effetto esattamente opposto rispetto a quello desiderato, ossia un ulteriore aggravamento delle disuguaglianze esistenti: in tal senso si veda F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova 1983, 126, spec. alla nota 6 per ampi riferimenti bibliografici; conf. G. Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. giur.* 1978, 241 ss.; F. Carpi, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 647 ss.

²¹ Sul tema cfr. A. Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1; Id., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, cit., 359.

²² Sul carattere costituzionalmente garantito della tutela cautelare si tornerà più ampiamente al paragrafo successivo.

²³ Per un inquadramento sistematico della tutela cautelare ed una riaffermazione della sua autonomia strutturale e funzionale, si rimanda alla chiara trattazione introduttiva di G. Tarzia, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, XXIII ss., spec. XXVIII ss. In argomento restano inoltre fondamentali E. Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1936, I, 18 ss., ove viene negata l'autonomia

riflessione attorno alla portata del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio cui la norma subordina la concessione del provvedimento, il quale ha costituito storicamente fondamentale grimaldello rispetto al ruolo di scardinamento dei vincoli del sistema positivo (sostanziale e processuale) giocato dall'istituto in commento, principalmente per effetto di un'evoluzione che, partendo dalla concezione tradizionale e restrittiva di chi riteneva concedibile il provvedimento d'urgenza solo a protezione di diritti assoluti²⁴ è invece approdata ad una prospettiva funzionale secondo cui si ritiene oggi, in misura decisamente prevalente, che il raggio di azione del rimedio abbracci pressoché tutti, senza esclusione alcuna, i diritti soggettivi perfetti protetti dall'ordinamento²⁵. In terzo luogo, l'evoluzione dell'istituto è conseguita alla sua tendenza ad elidere il nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela di merito, aprendo sostanzialmente la via ad una nuova forma, generalizzata, di protezione sommaria urgente, non cautelare, delle

della tutela cautelare rispetto alle «due forme primitive e fondamentali di processo», ossia quella dichiarativa ed esecutiva; E. T. Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1954, 248 ss., a favore invece dell'autonomia della categoria processuale in esame.

²⁴ Tale tesi è stata sostenuta principalmente da S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1968, IV, parte I, 271; Id., *Limiti all'applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.* 1953, I, 132. In senso restrittivo, circa l'applicabilità della tutela urgente a protezione dei soli diritti infungibili, gli unici suscettibili di pregiudizio irreparabile nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito, cfr. L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, 79.

²⁵ All'origine di tale prospettiva, oggi maggioritaria in dottrina, si colloca la ricostruzione di V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, IV, 251. Nel medesimo senso, A. Proto Pisani, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 11; R. Conte, *Dei provvedimenti d'urgenza*, in *Codice di procedura civile commentato*, (a cura di) C. Consolo, V Ed., Milano 2013, III, 751; F. Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 63; E. Vullo, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I processi sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni – C. Consolo, Torino 2005, II, 1305 ss.; nel medesimo, quanto meno circa gli esiti dell'operazione interpretativa seppur con qualche dubbio di carattere esegetico e sistematico, cfr. L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, cit., 263 ss. Per ricostruzioni dell'evoluzione giurisprudenziale, cfr. R. Conte, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 213 ss.; Id., *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 216 ss.

situazioni giuridiche soggettive²⁶. A livello trasversale, rispetto agli aspetti appena citati, si è posto il problema della giustificazione, su un piano processuale anzitutto ma non solo, della creazione giurisprudenziale del diritto²⁷.

Il fenomeno di supplenza del legislatore ad opera dei giudici attuato in sede processuale cautelare d'urgenza ha così condotto al riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti in una pluralità di settori, come il diritto alla salute, il diritto all'ambiente, il diritto alla riservatezza, i diritti della personalità²⁸, solo per citarne alcuni, sino al quasi sistematico impiego del provvedimento d'urgenza in chiave sostitutiva rispetto al processo ordinario, alla stregua di vero e proprio «*passe-partout* per risolvere ogni problema»²⁹, giunto al proprio culmine negli anni '70 del secolo scorso, non casualmente in coincidenza con l'impennata e probabilmente il picco negativo della durata dei processi civili nel nostro Paese³⁰. Cosicché taluno ha intravisto nei provvedimenti d'urgenza dei veri e propri «strumenti di democrazia», ineliminabili nel

²⁶ Tale aspetto, nel quadro di un'indagine che prende le mosse dalla presa d'atto di come i provvedimenti d'urgenza siano giunti nella prassi ad avere sembianze ben diverse rispetto a quelle immaginate dal legislatore codicistico, è messo in evidenza da C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 657 ss., ove la «obliterazione costante e sistematica del requisito della strumentalità» costituisce il comune denominatore del terzo gruppo di deviazioni in cui i provvedimenti in esame ivi vengono classificati. In argomento, basti rinviare altresì a F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., 123 ss. Tale evoluzione è coerente e naturalmente conseguente all'impostazione di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 56 ss. In senso critico rispetto a tale evoluzione, cfr. G. Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 407 ss., spec. 415 ss.

²⁷ Sul tema si tornerà più ampiamente al paragrafo successivo.

²⁸ In tema, in generale, cfr. L. Dittrich, *Il provvedimento ex art. 700 c.p.c.*, cit., 249 – 250. Per ampie rassegne della casistica cfr. E. A. Dini – G. Mammone, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1997, VII Ed., 332 ss.; R. Conte, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 759 ss.

²⁹ Così F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., 16.

³⁰ Cfr. al riguardo A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, in *Foro it.* 2012, 5, 170 ss.

contesto di un sistema fondato sui principi di cui agli artt. 2, 3 e 24 Cost.³¹; altri hanno intravisto in essi la causa dei peggiori abusi giudiziari, proponendo in conseguenza di circoscriverne la portata e prevedere rimedi al fine di limitare quanto più possibile la discrezionalità giudiziale nella loro adozione³².

2. Tra efficienza e garanzie: presupposti di un apparente equilibrio. Fisiologia della «invenzione» giurisprudenziale del diritto

Il contrasto descritto è ormai fortemente placato ed è oggi patrimonio comune la natura costituzionalmente indefettibile della tutela cautelare atipica come componente necessaria della

³¹ Così C. E. Balbi, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 124; nel medesimo senso A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., 309 ss., spec. 335 ss., ove viene riconosciuta l'indispensabilità della norma in esame, pur auspicandosi che essa venga affiancata progressivamente da nuove misure cautelari tipiche al fine di far fronte ai nuovi bisogni di tutela emergenti nella prassi, cosicché l'art. 700 c.p.c. possa pienamente assolvere al suo ruolo di «tipica norma di chiusura».

³² Sostengono tale critica posizione S. La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., 151; G. Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, cit., 466, peraltro con riconoscimento della funzione meritoria pur svolta dall'istituto in commento. Come suggerisce il titolo del presente paragrafo, l'impiego del processo per fini diversi da quelli istituzionali suoi propri concretato dai fenomeni di devianza in esame nell'applicazione dell'art. 700 c.p.c. sembra collocabile nel più ampio orizzonte dell'abuso del processo. Senza qui potersi addentrare nel dibattito ricostruttivo attorno a tale categoria, pare sufficiente richiamare, anche per spunti di tipo comparatistico a partire dal processo americano ed in particolare dalla sua fase preparatoria, A. Dondi, voce *Abuso del processo civile*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano 2010, 1 ss.; più di recente Id., *Qualche cenno in tema di abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 1 ss.

giurisdizione³³, nonché la funzione irrinunciabile dell'art. 700 c.p.c., norma espressiva dell'esistenza di un potere generale di cautela nell'ordinamento³⁴.

Il nuovo equilibrio consegue ad un importante ridimensionamento dei fenomeni di devianza cui l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. si è prestata nella prassi, dovuto principalmente ad alcune fondamentali innovazioni procedurali, quali l'introduzione del c.d. rito cautelare uniforme e, poi, l'attenuazione del nesso di strumentalità³⁵ tra tutela cautelare e giudizio di merito per i provvedimenti cautelari di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.

Quanto al primo, importante, profilo, la dottrina ha avuto ampiamente modo di evidenziare il buon andamento del procedimento uniforme in materia cautelare di cui agli artt. 669-*bis* e ss.

³³ Tanto che secondo S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 18, «Insistervi su appare quasi soverchio e anacronistico». Il fondamentale riconoscimento giurisprudenziale del carattere necessario e costituzionalmente garantito della tutela cautelare risale a Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.* 1985, I, 1881, con nota di A. Proto Pisani e in *Foro it.* 1985, I, 2491 (m), con nota di A. Romano. In argomento cfr. altresì A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., spec. 4 ss.; A. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 292; A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 10 ss.; F. Tommaseo, *Il fondamento costituzionale della tutela anticipatoria*, in *Scritti in onore di C. Punzi*, III, Torino 2008, 409 ss.

³⁴ Come osservato dalla ormai sostanzialmente concorde dottrina, la previsione di un provvedimento cautelare innominato quale quello di cui all'art. 700 c.p.c. costituisce proprio recepimento dell'insegnamento di Giuseppe Chiovenda in ordine all'esistenza di un potere generale di cautela nell'ordinamento: in argomento, F. Carnelutti, *Diritto e processo*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Napoli 1958, 363; A. Coniglio, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano 1951, 319; V. Denti, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Milano 1948, 29; F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., 203 ss.; G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 117 ss.; di recente, L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 280 ss. Proprio la sentenza Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, di cui alla nota che precede, viene considerata «di chiara marca chiovendiana» siccome espressiva di tale concetto, come osservato da A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 4.

³⁵ Sulla nozione di strumentalità come relazione tra provvedimento cautelare e di merito, di cui il primo è in posizione ancillare rispetto al secondo, di cui vuole garantire la fruttuosità o utilità, si rimanda al classico insegnamento di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 31 ss.

c.p.c., introdotto con l. 26 novembre 1990 n. 353³⁶, ed il giusto equilibrio tra efficienza e garanzie che esso ha saputo assicurare³⁷. Fondamentale, nella prospettiva di analisi qui assunta, è stata soprattutto l'introduzione in forza dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. del reclamo quale generale mezzo di impugnazione non solo dei provvedimenti di accoglimento ma anche, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale³⁸, di quelli di rigetto di domande volte all'ottenimento di provvedimenti cautelari³⁹. Si è trattato di un'innovazione fortemente auspicata dalla dottrina, proprio al fine di contenere gli abusi nell'impiego della tutela cautelare atipica⁴⁰.

Quanto al secondo profilo, occorre soffermarsi sul ruolo giocato dall'attenuazione del nesso di strumentalità tra i provvedimenti cautelari di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. (ossia i provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c., quelli tipici aventi contenuto anticipatorio e quelli emessi ad

³⁶ Sul procedimento, in generale, ci si limita a richiamare E. Merlin, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv.*, Torino 1996, XIV, 412 ss.; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit.; G. Tarzia – A. Saletti (a cura di), *Il processo cautelare*, cit.

³⁷ Al riguardo, cfr. F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., *passim*; E. Dalmotto, *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 267 ss.

³⁸ Cfr. Corte cost. 24 giugno 1994, n. 253, in *Foro. it.* 1994, con nota di B. Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; in *Giur. it.* 1994, I, 1, c. 409 ss., con nota di C. Consolo, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata*; in *Corriere giur.* 1994, 948 ss. Tale arresto è stato poi recepito dalla l. 14 marzo 2005, n. 80.

³⁹ Sulla natura del reclamo quale generalizzato mezzo di gravame avverso ogni decisione emessa nell'ambito del procedimento cautelare, omettendo la manualistica, ci si limita a richiamare L. Dittrich, in L. Dittrich (diretto da), *Diritto processuale civile*, Milano 2019, 4386; F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002, 100 – 104. Per un'ampia ricostruzione del dibattito e richiami dottrinali sulla natura del reclamo, cfr. S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 802 ss.

⁴⁰ In tal senso si erano espressi *ex multis* L. Montesano, *Sulle misure provvisorie in Italia*, in *Atti del colloquio internazionale*, Milano 1985, 113 ss.; C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, cit., 674 ss.; G. Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 35 ss.

esito di denuncia di nuova opera o di danno temuto)⁴¹ e giudizio di merito, attuata in forza della l. 14 marzo 2005, n. 80⁴², per cui è stato previsto che i provvedimenti in commento non perdono efficacia in caso di mancata introduzione del processo a cognizione piena entro il termine perentorio di cui all'art. 669-*octies*, comma 1, c.p.c., né tantomeno perdono la propria efficacia in caso di estinzione del medesimo giudizio a cognizione piena *ex art.* 669-*novies*, comma 1, c.p.c. La previsione, ampiamente auspicata dalla dottrina⁴³ e definita infine al contempo innovativa e di compromesso⁴⁴, infatti, pur non aprendo definitivamente la via ad una forma generalizzata di tutela sommaria urgente non cautelare dei diritti soggettivi sul modello del *référé* francese, ha riconosciuto ai provvedimenti *de quibus* l'attitudine a stabilizzarsi in via di fatto e quindi a porre una regolamentazione provvisoria della lite, potenzialmente soddisfattiva ed indefinitamente protratta nel tempo⁴⁵, seppur sottratta alla incontrovertibilità propria del

⁴¹ Senza potersi qui addentrare approfonditamente nel confronto dottrinale in ordine ai provvedimenti ricompresi nella disciplina di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., ci si limita a richiamare la tesi, probabilmente maggioritaria, di A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 290 ss., secondo cui sono sempre assoggettati al regime di strumentalità attenuata i provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c., a prescindere dal loro contenuto, oltre ai provvedimenti cautelari tipici aventi contenuto anticipatorio ed alle denunce di nuova opera e danno temuto, cfr. *ivi* alla nota 19 per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Sulla tecnica dell'anticipazione, si richiama F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., 33 ss.; A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 57 ss.

⁴² Con cui è stato convertito in legge il d. l. 14 marzo 2005, n. 35.

⁴³ Si veda A. Proto Pisani, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.* 1998, V, 8; E. F. Ricci, *I procedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, a cura di G. Tarzia, Milano 1998, 65 ss.; Id., *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 211 ss.; G. Tarzia, *La tutela cautelare*, cit., XXXIII ss.

⁴⁴ In tema, cfr. D. Buoncristiani, *Sistema dei «référé»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 514 ss.; G. Monteleone, *L'evoluzione delle misure cautelari verso l'introduzione del référé*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2006, 1182 ss.

⁴⁵ Al riguardo ci si limita a richiamare A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., 302 ss.; D. Borghesi, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del*

giudicato⁴⁶. Tale regime, probabilmente proprio anche a causa della sua natura di compromesso, solleva tutt'oggi problematiche interpretative (e quindi applicative) di non poco conto: di recente la natura di misura cautelare conservativa⁴⁷ o anticipatoria⁴⁸ del provvedimento cautelare tipico di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari *ex art. 2378*, comma 3, c.p.c. ha fornito occasione per ravvicinati interventi della Cassazione non esenti da critiche⁴⁹, anche perché ritenuti suscettibili di compromettere le potenzialità del modello di tutela dei diritti configurato dalle norme in esame, proprio in virtù della qualificazione del provvedimento in commento in termini di misura conservativa (con conseguente sua incapacità di conservare

processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006, Bologna 2007, 78; S. Menchini, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, I, 90; A. Briguglio, *Fumus, periculum ed altro ai tempi della strumentalità attenuata*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 793 ss.

⁴⁶ L'inidoneità al giudicato delle misure cautelari a strumentalità attenuata è stabilmente riconosciuta anche dalla giurisprudenza, implicita nel consolidato orientamento che esclude la ricorribilità per cassazione *ex art. 111*, comma 7, *Cost. delle misure de quibus*, come riconosciuto da Cass. sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.* 2008, I, 766 ss.; in *Giust. civ.* 2008, 1437, con nota di R. Giordano, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del Comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*.

⁴⁷ A sostegno di una nozione restrittiva di anticipatorietà, da intendersi in senso meramente strutturale, cfr. tra gli altri C. Consolo, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, 1518 ss.; G. Balena, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in G. Balena – M. Bove (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 334.

⁴⁸ Per una nozione più ampia della anticipatorietà, intesa in prospettiva funzionale con riguardo agli effetti pratici garantiti dal provvedimento sommario e da quello reso ad esito del processo a cognizione piena, cfr. J.V. D'Amico, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli 2018, 222 ss.; L. Salvaneschi, *La domanda ed il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 327; A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità Attenuata*, cit., 293; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 88.

⁴⁹ Ci si riferisce a Cass. 26 aprile 2021, n. 10986, in *Le Società* 2022, 501 ss., con nota critica di G. Romano, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*; in *Giur. it.* 2022, 91, con nota critica di G. Felloni, *Natura, anticipatoria o conservativa, della sospensione della deliberazione assembleare*. Ancor prima, nel medesimo senso, Cass. 7 ottobre 2019, n. 24939, commentata criticamente da U. Corea, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *www.judicium.it.*, 11 maggio 2020.

la propria efficacia in caso di estinzione del procedimento di merito). Ai fini che qui rilevano, tuttavia, pare utile osservare in via generale come l'attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e giudizio di merito abbia contribuito a stemperare le criticità sollevate dalla dottrina in ordine alla tendenza dei provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* ad «obliterare» il rapporto ancillare e servente, sul piano strutturale e funzionale, tra fase sommaria e fase a cognizione piena: ciò che prima avveniva solo in via di fatto in sostanziale elusione di quanto previsto dalla normativa processuale, oggi invece non solo ha chiara cittadinanza nell'ordinamento, in un contesto procedimentale pienamente garantista dei diritti di tutte le parti, ma addirittura sollecita riflessioni anche *de iure condendo* sul possibile maggiore impiego della tecnica anticipatoria di tutela dei diritti⁵⁰.

Così ricostruiti i principali punti su cui si è ricalibrato il nuovo equilibrio dei provvedimenti d'urgenza, tra riconoscimento dell'irrinunciabilità delle loro funzione e soluzioni applicative non più patologicamente esposte in maniera massiccia a fenomeni di devianza, resta da sottolineare che, a monte, ad un livello più ampio, anche il fenomeno in generale di creazione giurisprudenziale del diritto è del tutto fisiologico ed anzi irrinunciabile, se collocato in un sistema di pesi e contrappesi, costituzionali e processuali.

⁵⁰ In tema, cfr. F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., 30. In tale prospettiva, nell'ambito della recentissima riforma del processo civile italiano, pare in qualche modo collocarsi l'introduzione, a decorrere dal 30 giugno 2023, dell'*Ordinanza di accoglimento della domanda* di cui all'art. 183-ter c.p.c., ad opera dell'art. 3, comma 13, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, adottato in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante *delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*. La derivazione di tale istituto da modelli quali il *référé provision* francese e il *summary judgement* inglese è messa in evidenza da R. Tiscini, *Impressioni a caldo sulla sommarietà nel progetto di riforma Luiso... in attesa che il caldo estivo ne chiarisca gli esiti*, in *www.judicium.it*, 14 giugno 2021. Una conferma in tal senso è ricavabile anche dalla Relazione Illustrativa pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 19 ottobre 2022, Supplemento straordinario n. 5, ove è *expressis verbis* riconosciuta la derivazione dell'istituto in commento dai modelli francese ed inglese richiamati.

La «formulazione giudiziaria del diritto»⁵¹, ritenuta prerogativa del giudice come storico in contrapposizione al giudice politico nella famosa ricostruzione di Piero Calamandrei, anche per ragioni che potremmo definire “difensive” rispetto alla necessità del giurista (e del cittadino) di resistere al cospetto della tirannia della dittatura⁵², pur costituendo un momento del diritto senz’altro contrapposto a quello della «formulazione legislativa», è oggi ritenuta come pienamente legittima, se esercitata entro determinati limiti. Limiti di natura sostanziale e, soprattutto, processuale, come l’imparzialità e terzietà del giudice, il rispetto del principio del contraddittorio, la natura passiva o reattiva del giudice nel senso che l’impulso del processo deve essere rimesso alla parte tramite il principio della domanda⁵³. I quali limiti consentono al diritto giurisprudenziale di ovviare alle criticità sul fronte del *deficit* di democraticità che ad esso è possibile imputare⁵⁴ e di collocarsi al centro di una fisiologica dinamica per cui, grazie alla formalità della procedura, proprio il processo diviene strumento utile al fine di colmare il *deficit* di democraticità che caratterizza invece le articolazioni dei poteri legislativo ed esecutivo, anzi, ed all’opposto, garantendo una generale maggiore rappresentatività del sistema *tout court* nella misura in cui viene permesso l’accesso al *judicial process* a tutti quei soggetti che risultano viceversa esclusi dal *political process*⁵⁵.

Il ruolo esplicitamente creativo del giudice, ovviamente, trova una naturale collocazione nei sistemi di *common law*, e soprattutto nel sistema americano, in virtù dei poteri di *policy* –

⁵¹ La nota espressione è di P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, 105 ss., spec. 120 ss.

⁵² Lo stesso P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, I, 598 ss., osservava in seguito infatti come l’atteggiamento «agnostico» del giudice rispetto alla legge, se doveroso sotto la dittatura fascista diveniva invece contrario ai doveri costituzionali del potere giudiziario nel vigore della Costituzione.

⁵³ Così nella ricostruzione di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, 65 – 66.

⁵⁴ Cfr. sempre M. Cappelletti, *op. cit.*, 63 ss.

⁵⁵ In tal senso, si veda M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs (NJ) 1966, 24 ss., 37 ss.; S. Rodotà, *Repertorio di fine di secolo*, Roma - Bari, 1992, 171 – 173.

making e del ruolo esplicitamente politico affidato al potere giudiziario entro quei confini⁵⁶. Deve tuttavia sottolinearsi come nemmeno tra i paesi europei di *civil law* il giudice possa ormai essere derubricato a mera bocca della legge, poiché contesto, convinzioni personali, sensibilità, costituiscono indefettibili presupposti di ogni attività interpretativa del diritto⁵⁷. Nella società pos-moderna, nella «visione invertita della genesi del diritto» determinata dall'entrata in vigore della Costituzione, la «invenzione», ossia la ricerca della norma tra le pieghe di un ordinamento che muta di pari passo con la propria realtà sociale di riferimento, costituisce delicato, ma fondamentale, compito del giudice⁵⁸, cui è non solo consentito ma anche richiesto in situazioni «di carenza legislativa» di «ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione» dei beni costituzionali che di volta in volta vengano in rilievo⁵⁹.

⁵⁶ Il tema sarà oggetto di più diffuso approfondimento al successivo capitolo 2. Ci si limita qui a richiamare, M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 11 ss., ora anche in Id., *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 195 ss.

⁵⁷ In proposito, si richiama N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V Ed., Bologna 2019, 2 – 3.

⁵⁸ Sono le parole, ed in generale l'impostazione, di P. Grossi, *La "invenzione" del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 117 ss., anche in Id., *L'invenzione del diritto*, Roma – Bari 2017, 114 ss. In argomento, nel medesimo senso, si veda altresì Id., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 1 ss., ora anche in Id., *Oltre la legalità*, Roma – Bari 2020, 99 ss.

⁵⁹ Così C. cost. 26 settembre 1998, n. 347. Il tema della creazione giudiziaria del diritto, peraltro, è ampio e ricco di implicazioni, anche storiche. Per fondamentali contributi, nella prospettiva della centralità del momento giurisprudenziale del diritto nel nostro tempo, si rinvia a N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 41 ss.; G. Alpa, *La creatività della giurisprudenza*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 1, Napoli 2001, 6 ss.; S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 11 ss. Per un recente contributo, cfr. C. V. Giabardo, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in www.questionegiustizia.it, 4 settembre 2020.

3. Fronti recenti dell'impiego politico-creativo della tutela urgente. Tutela urgente e Corti Supreme

L'equilibrio raggiunto, tuttavia, è solo apparente, anzi strutturalmente e normalmente precario. La conservazione di un sistema cautelare imperniato su una pluralità di misure tipiche affiancate da una norma atipica di chiusura quale quella di cui all'art. 700 c.p.c., infatti, se da un lato costituisce soluzione quasi obbligata, specie nelle società moderne, caratterizzate dall'emersione di sempre nuovi diritti e necessità di protezione urgente, dall'altro lato finisce con il conferire al giudice una discrezionalità ineliminabile, solo marginalmente temperata dai requisiti oggettivi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, come declinati dalla norma in esame⁶⁰. L'istituto del provvedimento d'urgenza continua così a fornire la chiave di volta per la protezione giurisdizionale di nuove situazioni giuridiche sostanziali e, quindi, l'emersione di nuovi diritti, con esiti talvolta problematici⁶¹. Rispetto al passato, quando la «accresciuta creatività giurisprudenziale» spesso rispondeva in qualche modo ad esigenze lato senso perequative e di *welfare*⁶², il fenomeno sembra oggi per lo più assolvere ad un duplice, diverso, ordine di funzioni. Da un lato, il puro e semplice bisogno di colmare vuoti di tutela legislativa,

⁶⁰ In tal senso, sia sulla necessità di una norma di chiusura al cospetto delle sempre nuove esigenze di tutela urgente emergenti nella prassi sia sulla ineliminabile discrezionalità per tal via riconosciuta (e da riconoscere) al giudice, cfr. L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 282. Ad analoghe conclusioni, peraltro, sembra si debba pervenire anche aderendo all'impostazione di A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, cit., 358 ss., ove si propone la conservazione di una norma di chiusura (seppure migliorata e ricalibrata), affiancata però via via da nuove forme tipiche di tutela sommaria (cautelare e non) al cospetto delle esigenze via via emergenti; Id., voce *Procedimenti cautelari*, cit., 7, ove nel ribadire i vantaggi di un impianto caratterizzato da una norma atipica di chiusura viene peraltro evidenziato come tale situazione non sia necessariamente l'unica possibile, come rinvenibile anche ad un'indagine comparatistica osservando sistemi, quali quello francese e, in parte quello tedesco, caratterizzati da un impianto totalmente atipico. Per riferimenti bibliografici riguardo al sistema dei *référé* francesi si rinvia al capitolo successivo.

⁶¹ Per una recente analisi, cfr. G. Carmellino, *La tutela urgente dei nuovi diritti*, Torino 2020.

⁶² Così M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 19 ss.; coerente con tale impostazione sembra essere la funzione creativa giocata dalla tutela urgente nell'ambito del diritto del lavoro, per cui si rimanda alle note 13 e 21.

specie in ambiti caratterizzati da rapida evoluzione ed elevato tecnicismo: vengono in rilievo, in particolar modo, i diritti della personalità⁶³, oltre agli ambiti del rapporto tra diritto e scienza e del rapporto tra diritto e nuove tecnologie. Dall'altro lato, in una prospettiva più marcatamente politico-ideologica, il tentativo di scongiurare l'applicazione di leggi ritenute incostituzionali o ingiuste, tramite sollecitazione dell'esercizio di un controllo diffuso di costituzionalità in sede cautelare urgente da parte dei giudici di merito.

In tale prospettiva, sul fronte del rapporto tra diritto e scienza⁶⁴, significativo ed emblematico è stato di recente il c.d. Caso Stamina⁶⁵. Il metodo Stamina era una presunta terapia a base di

⁶³ Si veda, ad esempio, con riguardo al diritto (negato) alla sospensione delle terapie in paziente affetto da grave ed irreversibile morbo degenerativo, Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Foro it.* 2007, I, 571, con nota di G. Casaburi; in *Foro it.* 2007, I, 2231 (m), con nota di D. Maltese; in *Corr. merito* 2007, 461, con nota di G. Casaburi.

⁶⁴ In generale in argomento, cfr. A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano 2001, 234.

⁶⁵ La dottrina ha avuto ampiamente modo di occuparsi della vicenda. Cfr. in tema: A. Patroni Griffi, *Alcune riflessioni finali, ma non conclusive, su scienza, bioetica, giustizia e politica*, in *DPER online*, 2, 2020; L. Chieffi, *Scientific questions nel diritto giuriprudenziale*, in *Federalismi.it* 2017, VII, 2 ss.; D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2016, 1321 ss.; G. Gemma, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Osservatorio costituzionale* 2016, fasc. 2; M. Tomasi, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *Rivista di Biodiritto* 2016, fasc. 1; G. D'Amico, *"Funziona! non vi basta?" A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina*, in *Rivista di Biodiritto* 2016, fasc. 1; Id., *Caso "Stamina": la lotta per la "salute"*, in *Quad. cost.* 2015, 157 ss.; S. Cacace, *A proposito di scienza e diritto: il "caso Stamina" (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2016, 109 ss.; L. Buffoni, *La "validità" della legge scientifica nel "caso" stamina*, in *Giur. cost.* 2015, 1549 ss.; S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto* 2015, 271 ss.; N. Vettori, *Sistema normativo "aperto", rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche (a proposito del "caso Stamina")*, in *Rivista di Biodiritto* 2015, fasc. 1; P. Veronesi, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *Rivista di Biodiritto* 2015, fasc. 1; G. Sereno, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito*

cellule staminali asseritamente funzionale alla cura di oltre 120 malattie neurodegenerative, la cui somministrazione era iniziata sulla scorta di apposito protocollo nell'ottobre 2011 presso l'azienda sanitaria pubblica Spedali Civili di Brescia. Con provvedimento del 15 maggio 2012 l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) vietava la prosecuzione del trattamento⁶⁶, siccome privo di fondamento scientifico e non rispettante i requisiti di legge previsti in tema di somministrazione di farmaci per terapia genetica e somatica privi di autorizzazione all'immissione in commercio⁶⁷. A fronte di tale divieto, molti pazienti (anche in persona degli esercenti la potestà genitoriale, trattandosi molto spesso di minori) proponevano ricorso *ex art.* 700 c.p.c. ai Tribunali in funzione di giudice del lavoro, ottenendo da questi ultimi la

condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa, in *Osservatorio costituzionale* 2015, fasc. 1; C. Nardocci, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.* 2015, 160 ss.; M. Piccinni, *Tutela della salute "versus" libertà di cura? Il caso Stamina nella lente deformante dell'urgenza*, in *Politica del diritto* 2014, 607 ss.; G. Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.* 2014, 2739 ss.; A. Scalera, *Il "caso Stamina" all'attenzione della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.* 2014, 981 ss.; Id., *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal "caso Di Bella". Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 10, 437 ss.; Id., *Il caso "Stamina" tra diritto e scienza*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 2, 75 ss.; Id., *Brevi note a margine del caso "Stamina"*, in *Fam. e dir.* 2013, 939 ss.; M. Ferrari, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di "cure compassionevoli"*, in *Resp.* 2014, 1019 ss.; M. Benvenuti – M. Gabbrielli – G. Nucci – D. Piergiovanni, *Il cosiddetto "metodo Stamina": cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2014, 431 ss.; F. Buzzi – G. Tassi, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della "governance" amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2014, 415 ss.; T. Pace, *Diritto alla salute o diritto alla speranza? L'accesso al "metodo Stamina" per i pazienti affetti da patologie incurabili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 2, 133 ss.; M. Tomasi, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della "vicenda Stamina"*, in *Rass. dir. pubblico europeo*, 2013, 63 ss.

⁶⁶ Cfr. Agenzia Italiana del Farmaco, ordinanza n. 1/2012, 15 maggio 2012, https://www.aifa.gov.it/documents/20142/241044/ordinanza_1-2012.pdf.

⁶⁷ Ci si riferisce all'art. 1, comma 4, D. M. 5 dicembre 2006 (c.d. Turco – Fazio).

disapplicazione dell'ordinanza AIFA menzionata e l'ordine all'ospedale di iniziare o proseguire la sedicente terapia, sulla scorta della ritenuta prevalenza in ogni ottica di bilanciamento tra beni in conflitto del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, norma «cui viene riconosciuta una portata immediatamente precettiva e non meramente programmatica»⁶⁸. Il legislatore interveniva con d.l. 25 marzo 2013, n. 24 (c.d. Decreto Balduzzi, conv. in l. 23 maggio 2013, n. 57), disponendo all'art. 1, commi 2, 3 e 4, la prosecuzione dei soli trattamenti a quel momento già iniziati, così determinando una nuova ondata di ricorsi in via d'urgenza e la delineazione di quattro fondamentali orientamenti nella giurisprudenza di merito. Un primo orientamento applicava pianamente e letteralmente il citato decreto legge, rigettando le questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti per violazione degli artt. 3 e 32 Cost.⁶⁹ Un secondo orientamento riteneva non precluso l'accesso al trattamento a pazienti che, seppur non lo avessero già iniziato all'entrata in vigore della citata normativa, tuttavia soddisfacevano i requisiti di cui al D. M. Turco – Fazio⁷⁰. Un terzo orientamento, ritenuta la illegittimità costituzionale del decreto Balduzzi, sollevava la relativa questione avanti la Consulta, ordinando *medio tempore* la somministrazione della cura fino alla definizione della questione di legittimità costituzionale⁷¹. Un quarto orientamento, significativo in termini numerici, procedeva senz'altro alla disapplicazione della norma ritenuta incostituzionale e ad ordinare la somministrazione della cura, senza sollevare la questione di legittimità costituzionale, ritenendo la natura prevalente di

⁶⁸ Così. Trib. Matera, 8 ottobre 2012. Analogamente Trib. Venezia, 30 agosto 2012. Le pronunce che verranno richiamate anche in seguito, salvo diversa specificazione, sono reperibili in www.biodiritto.org alla voce “Dossier Stamina”, <https://www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Stamina#ordinanze>. Per ampie ricostruzioni della vicenda e della cronologia delle decisioni, cfr. D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, cit.; M. Benvenuti – M. Gabbrielli – G. Nucci – D. Piergiovanni, *Il cosiddetto “metodo Stamina”: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, cit.

⁶⁹ In tal senso Trib. Bologna, 10 luglio 2013.

⁷⁰ In tal senso Trib. Asti, 12 novembre 2013. Si tratta dell'orientamento probabilmente prevalente in termini numerici, come osservato da D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, cit., 1328.

⁷¹ In tal senso Trib. Taranto, 24 settembre 2013.

un inedito diritto alla «speranza», corollario del più ampio diritto alla salute⁷². Nella primavera del 2014 la giurisprudenza si assestava in senso decisamente prevalente nel senso di negare l'accesso alla pseudo-cura, di cui era ormai lampante l'assenza di fondamento scientifico, fino all'intervento della pronuncia della Corte costituzionale nel dicembre 2014 di integrale rigetto delle questioni di costituzionalità⁷³. Il caso, nella sua convulsa evoluzione, finiva con il coinvolgere una pluralità di istituzioni tra cui, oltre a quelle menzionate, anche il Consiglio Superiore della Magistratura⁷⁴, il giudice amministrativo (precisamente il TAR Lombardia)⁷⁵ e la Corte Europea dei diritti dell'Uomo⁷⁶. Fino a dicembre 2013 si contavano non meno di 431 ricorsi *ex art. 700 c.p.c.*, di cui peraltro la maggior parte culminati in pronunce di rigetto rispetto

⁷² In tal senso, *ex multis* Trib. Mantova, 30 aprile 2013; Trib. Lucca 22 gennaio 2014, con nota di A. Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, cit. Per una puntuale ricognizione della corposa giurisprudenza, cfr. D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, cit.1329, nota 19.

⁷³ C. cost. 5 dicembre 2014, n. 274, criticata in dottrina non nel senso auspicato dalle eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate in via d'urgenza, bensì all'opposto per non avere preso adeguata posizione in ordine al fatto che il legislatore avesse consentito la somministrazione di una cura del tutto priva di valore scientifico, G. Sereno, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, cit.; P. Veronesi, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, cit.

⁷⁴ Con delibera del 15 luglio 2015 il CSM ha disposto l'archiviazione di tutti gli esposti presentati al fine di stigmatizzare l'operato della magistratura ovvero tutelarne l'indipendenza nell'ambito della vicenda *de qua*, cfr. D. Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, cit., 1331 ss.

⁷⁵ Limitandosi ai profili qui oggetto di interesse, si richiama la pronuncia TAR Lombardia, Sez. II di Brescia, 5 settembre 2012, n. 00919/2012 REG.RIC. (ord.), la quale ha rigettato la domanda di sospensione cautelare del provvedimento amministrativo con il quale AIFA aveva bloccato la somministrazione del trattamento, così sostanzialmente dando il la al parallelo fronte del contenzioso civile in sede d'urgenza.

⁷⁶ Cfr. *Durisotto c. Italia*, Corte Edu, 6 maggio 2014, Ric. n. 62804/13, con cui il ricorso è stato respinto sulla scorta della ritenuta legittimità del diniego di accesso alla cura disposto per via legislativa. In proposito, cfr. M. Tomasi, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - Durisotto c. Italia: il rifiuto dell'autorizzazione ai trattamenti Stamina non viola la CEDU 6 maggio 2014*, in www.biodiritto.org

alle domande di condanna delle aziende sanitarie (quella bresciana *in primis*) alla somministrazione della presunta cura a carico del sistema sanitario nazionale⁷⁷.

Altro fronte su cui la funzione creativa dell'art. 700 c.p.c. ha avuto di recente problematicamente modo di manifestarsi è quello del rapporto tra diritto e nuove tecnologie. Sono di interesse, in particolare, due vicende processuali collocatesi, con esiti antitetici, avanti due diverse sezioni del Tribunale di Roma, al cospetto di altrettanti ricorsi proposti da due associazioni partitiche di estrema destra nei confronti di Facebook Ireland Ltd⁷⁸. I casi hanno tratto origine dalla chiusura ad opera di Facebook il 9 settembre 2019 degli *accounts* del partito Forza Nuova e dell'associazione di promozione sociale Casapound, entrambi riconducibili all'estrema destra, nonché delle pagine personali dei loro *leaders* nazionali, per violazione delle regole contrattuali di cui alle Condizioni d'Uso e agli *Standards* della *Community*, a causa della diffusione di contenuti che incitavano all'odio. Entrambe le organizzazioni, unitamente alle persone fisiche loro *leader*, proponevano immediatamente ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al fine di domandare con urgenza la riattivazione delle pagine oscurate. In *Facebook c. Casapound* il

⁷⁷ Il dato è ricavabile da M. Benvenuti – M. Gabbrielli – G. Nucci – D. Piergiovanni, *Il cosiddetto “metodo Stamina”*: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali, cit., 442.

⁷⁸ Le vicende processuali oggetto di attenzione sono state commentate da: S. Pelleriti, *La “governance” privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?*, in *Rivista della regolazione dei mercati* 2021, 429 ss.; A. Vigorito, *La moderazione dei contenuti online e la (provvisoria) definizione della vicenda Facebook-Forza Nuova*, in *GiustiziaCivile.com* 2021, fasc. 6; Id., *Piattaforme digitali e “political speech”*: dal caso Facebook-CasaPound alla vicenda Twitter-Trump, in *GiustiziaCivile.com* 2020, fasc. 11; A. Golia Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione “online” e democrazia (non) protetta in “CasaPound c. Facebook” e “Forza Nuova c. Facebook”*, in *Federalismi.it* 2020, XVIII, 134 ss.; B. Mazzolai, *“Hate speech” e comportamenti d'odio in rete: il caso “Forza Nuova c. Facebook”*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2020, 581ss.; Id., *La censura su piattaforme digitali private: il caso “Casa Pound c. Facebook”*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2020, 109 ss.; P. Faletta, *Controlli e responsabilità dei “social network” sui discorsi d'odio “online”*, in *Rivista di diritto dei media* 2020, 146 ss.; I. M. Lo Presti, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2020, 924 ss.

Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia d'impresa, con pronuncia del 11 dicembre 2019, accoglieva il ricorso, argomentando a partire dalla necessità di tutelare il pluralismo dei partiti politici *ex art. 49 Cost.*, nonché il principio di libertà di espressione *ex art. 21 Cost.*, beni giuridici aventi rilievo pubblicistico e quindi ritenuti non suscettibili di indebite limitazioni ad opera di un soggetto privato ed oltretutto impossibili da risarcire per equivalente, con conseguente sussistenza anche del *periculum in mora*⁷⁹. L'ordinanza veniva confermata anche in sede di reclamo con provvedimento del 29 aprile 2020, con motivazioni peraltro non del tutto sovrapponibili, siccome incentrate questa volta sulla natura essenzialmente (e solo) privatistica del rapporto tra la piattaforma e l'utente e sull'esistenza di limiti esterni che precludono (anche) all'autonomia privata la compressione di diritti fondamentali, quali appunto quelli sanciti dagli artt. 49, 18 e 21 Cost.⁸⁰ Di esito diametralmente opposto la vicenda *Facebook c. Forza Nuova*, culminata invece il 23 febbraio 2020 in un corposo provvedimento di rigetto con condanna del soccombente al pagamento delle spese processuali ad opera del Tribunale di Roma, Sezione per i diritti della persona e immigrazione⁸¹. La motivazione, condivisibile e preferibile a parere di chi scrive, poggiava in questo caso su due peculiarità, ossia la qualificazione di Forza Nuova in termini di «organizzazione d'odio» sulla base del Regolamento di Facebook nonché la riconducibilità del suo agire entro la fattispecie penale della apologia del fascismo, il tutto con ampia ricostruzione, anche documentale, del carattere esplicitamente razzista dei contenuti pubblicati e dell'agire in genere della resistente, chiaramente in contrasto con plurime disposizioni normative, di rango nazionale e transazionale, puntualmente richiamate dalla

⁷⁹ Cfr. Trib. Roma, Sez. Impresa, 12 dicembre 2019 (ord.), in <https://media2-col.corriereobjects.it/pdf/2019/politica/sentenzacpifb.pdf>; in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, con nota di B. Mazzolai, *La censura su piattaforme digitali private: il caso "Casa Pound c. Facebook"*, cit.

⁸⁰ Cfr. Trib. Roma, Sez. Impresa, 29 aprile 2020, in <https://media2-col.corriereobjects.it/pdf/2020/interni/reclamo-casapound-tribunale.pdf>.

⁸¹ Cfr. Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 23 febbraio 2020 in www.questionegiustizia.it; in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, con nota di B. Mazzolai, *"Hate speech" e comportamenti d'odio in rete: il caso "Forza Nuova c. Facebook"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, cit.

pronuncia⁸². Nella prospettiva qui assunta, in ogni caso, ciò che è più interessante notare è come le decisioni nei casi in esame abbiano costituito avamposti e tentativi di regolamentazione (tramite la regolazione del conflitto) rispetto a fattispecie di fatto prive di esplicita copertura normativa nel diritto positivo. Sul fronte del diritto sostanziale, in particolare, si sono posti i profili concernenti, sul piano del rapporto tra diritto e nuove tecnologie, la natura privatistica o pubblicistica dei *social network* e la conseguente problematicità della loro disciplina, tenuto conto anche del loro indubbio ruolo nella diffusione e nell'attuazione del dibattito politico, ma anche in relazione alla necessità di reprimere e contenere il fenomeno dell'*hate speech*⁸³. Su un piano più ampio, di diritto costituzionale, è tornato a porsi il tema, fondamentale ma mai del tutto risolto, del rilievo giuridico del fondamento antifascista della Costituzione italiana, alla luce delle fonti e dei principi rilevanti⁸⁴. Sul fronte della relazione tra nuove tecnologie e diritto processuale, gli approdi giurisprudenziali in esame hanno invece costituito occasione per nuove riflessioni, *inter alia*, in ordine al rapporto esistente tra la categoria del fatto notorio *ex art. 115, comma 2, c.p.c.* e nozioni di fatto costituenti comune esperienza per gli utenti della rete⁸⁵.

⁸² Per una esaustiva ricostruzione di entrambe le vicende cfr. I. M. Lo Presti, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, cit., spec. 931 ss. quanto al caso *Facebook c. Forza Nuova*.

⁸³ Tali questioni sono messe in evidenza da pressoché tutti gli autori richiamati alla precedente nota 71, cui si rinvia. Sulle problematicità della legislazione in tali ambiti ci si limita a richiamare E. Catelani, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova 2020, I, 189 ss.

⁸⁴ Su cui si rinvia ad A. Golia Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione "online" e democrazia (non) protetta in "CasaPound c. Facebook" e "Forza Nuova c. Facebook"*, cit.

⁸⁵ La questione è messa in evidenza da A. Vigorito, *La moderazione dei contenuti online e la (provvisoria) definizione della vicenda Facebook-Forza Nuova*, cit. Sul tema, che non è qui possibile affrontare esaustivamente, la giurisprudenza sembra peraltro avere intrapreso un percorso evolutivo, muovendo da soluzioni restrittive quali Trib. Mantova, 16 maggio 2006, in *Giur. merito* 2007, 2570 ss., con nota di A. Neri, *Fatti notori e informazioni prevenute da internet*, sino alle aperture di Cass. 21 dicembre 2015, n. 25707. In argomento per una dettagliata ricostruzione ed una proposta di interpretazione ampia e permissiva, cfr. P. Comoglio, *Nuove tecnologie e*

In altro recente caso la tutela urgente è stata richiesta al fine esplicito di ottenere la declaratoria di incostituzionalità degli artt. 4, 12, 16, l. 25 maggio 1970, n. 352 nella parte in cui non prevedono che il quesito del referendum costituzionale di cui all'art. 138, comma 2, Cost. debba essere formulato in modo specifico e non eterogeneo: ciò con il dichiarato obiettivo di bloccare il referendum costituzionale poi avvenuto il 4 dicembre 2016, nell'intento dei ricorrenti tramite auspicata (ma non ottenuta) concessione della misura anticipatoria dapprima da parte del giudice ordinario e poi direttamente dalla stessa Consulta⁸⁶.

Al di là delle singole fattispecie concrete, tutti i casi menzionati evidenziano profili problematici significativi in ordine alla rilevanza politica della tutela urgente, i quali saranno oggetto di specifico approfondimento nei capitoli successivi.

È emerso, anzitutto, in maniera prepotente, il nodo, antico ma mai completamente risolto, concernente il rapporto tra tutela cautelare ed incidente di costituzionalità, al quale è sottostante il problema portato dalla ritenuta incostituzionalità della legge da cui deriva la lesione asserita del diritto cautelando. La questione è stata ritenuta dalla dottrina una classica espressione di quei fenomeni di devianza della tutela urgente di cui si è trattato *supra*⁸⁷. Il dibattito si è poi

disponibilità della prova, Torino 2018, 319 ss. Più restrittivo l'approccio di F. Gigliotti, *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.* 2020, 843 ss.

⁸⁶ Ci si riferisce al ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto il 10 ottobre 2016 dalla Prof. Barbara Randazzo e dal Prof. Valerio Onida avanti il Tribunale di Milano, rigettato anche per motivi processuali concernenti l'assenza di strumentalità tra misura cautelare richiesta e prospettato giudizio di merito. Sulla vicenda, su cui si tornerà nel prosieguo, si veda G. Rivosecchi, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio costituzionale* 2017, fasc. 1; G. Menegus, *L'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale alla luce della decisione sul ricorso "Onida - Randazzo"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 19 gennaio 2017. Su una vicenda gemella, pressoché sovrapponibile e contemporanea, culminata anch'essa con pronuncia di rigetto del Tribunale di Milano, cfr. G. D'Elia, *Il "ricorso Onida" e la chiarezza del quesito referendario «avuto riguardo all'elettore medio»*, in *www.LexItalia.it*, 14 novembre 2016.

⁸⁷ Per tutti, e in attesa di tornare più ampiamente sul tema nel prosieguo, ci si limita a richiamare in tal senso C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, cit., 660 ss., ove il caso in esame viene ritenuto

assestato, nella dottrina e giurisprudenza prevalenti, su una posizione di compromesso a favore della possibilità che il giudice ordinario possa deliberare in via sommaria d'urgenza la questione di costituzionalità, laddove non esaurisca la propria *potestas iudicandi* in attesa della decisione della Consulta: il punto di equilibrio, tuttavia, mostra tutta la propria precarietà al cospetto di fattispecie concrete caratterizzate da un problematico bilanciamento dei beni in conflitto e dalla forte valenza politica della legge sospetta di incostituzionalità⁸⁸. D'altro canto, proprio il rapporto tra diritto e scienza, nel particolare contesto della pandemia da Covid – 19 e della normativa adottata al fine di contenere e contrastare la diffusione del virus, ha di recente fornito occasione alla Corte costituzionale per esercitare, per la prima volta e in maniera storica, i poteri cautelari che le sono riconosciuti dalla legge nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale⁸⁹: la circostanza sollecita riflessioni attorno alla possibile ricalibrazione anche del menzionato punto di equilibrio raggiunto in ordine ai giudizi di costituzionalità delle leggi in via incidentale, nella problematica oscillazione del pendolo della Corte costituzionale tra la sua anima politica e quella giurisdizionale⁹⁰.

La frammentazione interpretativa che ha caratterizzato i casi analizzati, inoltre, stimola riflessioni attorno ad un altro fondamentale tema concernente questa volta il rapporto tra tutela

espressione del primo gruppo di devianze cui si espone la tutela d'urgenza, ossia quei casi in cui la misura cautelare viene concessa per la tutela di interessi privi di riconoscimento legislativo.

⁸⁸ Ci si permette di richiamare al riguardo, anche qui con riserva di approfondimento al capitolo 3, M. Morotti, *Tutela cautelare e questione di costituzionalità nei recenti casi «De Magistris» e «De Luca»*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1183 ss. Con specifico riferimento al caso Stamina, cfr. G. Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, cit.

⁸⁹ Ci si riferisce a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4 (ord.), in *Riv. dir. proc.* 2021, 1462 ss., con nota di M. Morotti, *Sui poteri cautelari della Corte costituzionale*, che ci si permette di richiamare.

⁹⁰ Di recente in tema, cfr. R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino 2017, 1 ss.

cautelare e la Suprema Corte di Cassazione, ossia il problema della (mancata) possibilità di esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari, in conseguenza della loro natura provvisoria che ne pregiudica, secondo orientamento consolidato, la ricorribilità per cassazione⁹¹. Del resto, come è stato osservato, *de iure condito* le norme di cui all'art. 363, commi 1 e 3, c.p.c., in tema di pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge, nel delineare l'unico teorico canale di accesso dei provvedimenti cautelari alla funzione nomofilattica, affidano alla Corte di cassazione una sorta di «nomofilachia consultiva» che, seppur formalmente suscettibile di stimolo da parte delle parti private in forza della previsione di cui all'art. 363, comma 3, c.p.c., risulta sostanzialmente fortemente rimessa alla discrezionalità degli organi di vertice della Corte, così configurando una sorta di *writ of certiorari* all'italiana che accentua la natura politica della funzione esercitata, quasi riecheggiando il modello americano⁹².

L'indagine dei descritti profili concernenti la tutela urgente avanti le Corti Supreme italiane, ossia la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, sarà condotta nel capitolo 3 anche in parallelo rispetto ai poteri di tutela urgente della Corte Suprema degli Stati Uniti e, quindi, preceduta da una dettagliata analisi complessiva nel capitolo 2 del sistema delle misure cautelari (ed in particolare della tutela cautelare atipica) nel processo civile degli Stati Uniti, laddove più che in ogni altro modello, la misura cautelare atipica della *preliminary injunction* si caratterizza per il suo impiego con funzione esplicitamente ideologica⁹³.

⁹¹ Cfr, Cass. sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27187.

⁹² Così L. Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino 2018, 18.

⁹³ In tal senso V. Varano, voce *Injunction*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1993, IX, 487 ss.

4. Sul concetto di “modello” processuale: lo studio dei sistemi, interno e comparatistico, attraverso la tutela cautelare

Il concetto di modello processuale è molto ricorrente e spesso a-tecnicamente impiegato negli studi di diritto interno e comparatistico. La dottrina ha cercato di ricostruirne i contorni, declinandolo in una pluralità di accezioni. Secondo una ricostruzione, è possibile parlare di modelli processuali con un triplice significato: anzitutto, nell’ambito di analisi di teoria generale, con riguardo agli scopi ultimi dell’esercizio della giurisdizione entro determinati sistemi; in secondo luogo, su un piano strutturale, con riguardo ai concreti metodi impiegati da ciascun sistema ai fini del raggiungimento di quegli scopi; in terzo luogo, osservando specialmente l’esperienza italiana, guardando alle soluzioni adottate, per via legislativa o nella prassi, al fine di ovviare alle croniche disfunzioni del rito (o, appunto, modello) ordinario di cognizione⁹⁴. Una ricostruzione in parte diversa, muovendo dalla presa d’atto della crisi (conseguente ad evoluzione) dei modelli tradizionali, e specialmente dalla perdita di rilevanza della distinzione nel diritto comparato tra sistemi di *civil law* e *common law*, correlata alla distinzione tra modello *adversarial* e modello inquisitorio di processo, giunge a declinare la categoria in tre ulteriori direzioni: quella funzionale, quella strutturale (che sembrano sostanzialmente coincidere alle prime due prospettive di cui sopra) e quella transnazionale, a sua volta distinguibile a seconda che scopo dell’indagine sia la predisposizione di appositi moduli procedimentali per la risoluzione delle controversie in ambito internazionale ovvero l’individuazione di denominatori comuni nell’ambito di operazioni di unificazione o armonizzazione tra sistemi⁹⁵.

⁹⁴ Questa l’impostazione di S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, in Id., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995, 6 ss.

⁹⁵ In tal senso M. Taruffo, *Il processo civile di civil law e common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 347 ss., ora in Id., *I confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit., 67 ss., spec. 93 ss.

In senso funzionale, è fondamentale, quanto allo scopo della giurisdizione, la distinzione tra concezione pubblicistica⁹⁶ e privatistica⁹⁷ del processo, anche espressa nell'elaborazione della dottrina statunitense, nella contrapposizione tra «conflict resolution model» (o «arbitration model») e «behavior modification model» (o «regulation model»)⁹⁸.

In senso strutturale, accanto alla già richiamata distinzione tra sistemi *adversarial* e inquisitori, è particolarmente significativo il confronto tra modelli di organizzazione gerarchica e paritaria del sistema giudiziario⁹⁹.

Guardando ai modelli di reazione dei sistemi occidentali al cospetto della «litigation explosion»¹⁰⁰, la tendenza alla sommarizzazione delle forme processuali sembra farla da padrona ed imporsi come tratto unificatore, senz'altro con riguardo al sistema italiano¹⁰¹ e a

⁹⁶ Come noto una classica impostazione di tale concezione è quella di G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., II, 7 ss., ove viene descritta la natura secondaria e sostitutiva della giurisdizione rispetto alle «volontà astratte di legge» disegnate dalle fattispecie astratte di diritto sostanziale. Si veda invece E. Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917, 3 ss., sulla giurisdizione come «attuazione delle sanzioni».

⁹⁷ Secondo il noto insegnamento di F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 49 ss., la giurisdizione si configura invece come «composizione delle liti». Nella manualistica, per una esaustiva ricostruzione ed ampi riferimenti bibliografici sugli scopi della giurisdizione, cfr. C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, XXVIII Ed., Torino 2022, I, 4 ss.

⁹⁸ Su tale contrapposizione cfr. K. E. Scott, *Two Models of the Civil Process*, in 27 *Stan L. Rev.* 937 (1975); le espressioni tra parentesi sono invece di M. Dan-Cohen, *Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication*, in 85 *Colum. L. Rev.* 1 (1985).

⁹⁹ Su cui si rinvia a M. R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna 1991, 49 ss.

¹⁰⁰ Su cui negli Stati Uniti, cfr. L.M. Friedman, *Total Justice*, New York 1985, 6 ss.

¹⁰¹ Per recenti contributi in argomento cfr. A. Proto Pisani, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 102 ss.; R. Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *ivi* 1442 ss., A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in *ivi*, 1549 ss.; P. Biavati, *Le riforme e la complessità trascurata*,

quello statunitense¹⁰², determinando l'insorgenza di un dibattito che, quasi per reazione, conduce anche alla ricalibrazione dei modelli sotto il profilo funzionale, ossia in ordine allo scopo del (giusto) processo, schiacciato sotto la prospettiva dell'efficienza e «l'incubo della ragionevole durata»¹⁰³, di cui gli studiosi del diritto processuale civile cercano di recuperare e ribadire la centralità, determinando l'emersione di un nuovo modello di processo che affianca quello della *law declaration* e della *dispute resolution*, ossia la concezione del contenzioso come momento e strumento di promozione ed esercizio dei valori democratici¹⁰⁴.

Su tali premesse, sembra possibile affermare che quello cautelare è un utile modello per navigare tra i modelli, sulla scorta del «progetto culturale»¹⁰⁵ che anima la presente indagine.

Pochi dubbi, anzitutto, sulla riconducibilità della tutela cautelare entro la categoria del modello, del resto già autorevolmente paventata in dottrina¹⁰⁶. Depone in tal senso la autonomia

in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 435 ss.; A. Carratta, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *ivi*, 449 ss.; M. De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *ivi*, 481 ss.

¹⁰² In argomento cfr. A. R. Miller, *The pretrial rush to judgment: are the "litigation explosion," "liability crisis," and efficiency clichés eroding up our day in Court and jury trial commitments?*, in 78 *N.Y.U. L. Rev.* 982 (2003).

¹⁰³ Così G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., *passim*. In generale sulla contrapposizione tra prospettiva dell'efficienza e scopo del processo come sede della protezione giurisdizionale dei diritti, R. Caponi, "Doing Business" come scopo del processo civile?, in *Foro It.*, 2015, V, 10 ss.; Id., "Doing Business" as a Purpose of Civil Justice? The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study, in (a cura di) C. Althammer – H. Roth, *Instrumentalisierung von Zivilprozessen*, Tubinga 2018, 79 ss.

¹⁰⁴ In tal senso, nella dottrina statunitense, A. D. Lahav, *The Roles of Litigation in American Democracy*, in 65 *Emory L. J.* 1657 (2016); Id., *In praise of litigation*, Oxford 2017, *passim*.

¹⁰⁵ Secondo l'insegnamento di M. Taruffo, *I confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit., 67, ogni indagine di diritto comparato (ma non solo) non può mai essere passiva o neutra ma deve necessariamente compiersi sulla base, appunto, di un preciso progetto culturale.

¹⁰⁶ Ci si riferisce a M. Taruffo, *op. cit.*, 70, ove si fa esplicito riferimento ai «modelli del processo di cognizione o del processo cautelare».

funzionale e strutturale della giurisdizione cautelare¹⁰⁷, ora anche sotto il profilo del procedimento. La autonomia dell'istituto è inoltre accentuata dalla descritta attenuazione del nesso di strumentalità rispetto al processo di merito, in virtù della quale la tutela cautelare si configura sempre più come paradigma processuale alternativo e potenzialmente satisfattivo per le parti, anche in sostituzione del processo a cognizione piena¹⁰⁸. Inoltre, deve osservarsi che la necessità di fornire una risposta alla domanda di tutela urgente al cospetto della crisi di cooperazione tra i consociati e la conseguente predisposizione di un sistema di misure provvisorie è esperienza comune nei sistemi della tradizione giuridica occidentale, i quali peraltro, come meglio si dimostrerà nel prosieguo, tendono a fornire a tale domanda risposte che presentano non pochi caratteri convergenti¹⁰⁹. L'indagine di questa forma di protezione giurisdizionale, quindi, intercetta le dimensioni fondamentali dei modelli sotto tutte le prospettive indicate: funzionale, strutturale, di studio delle reazioni dei sistemi rispetto alla crisi dell'efficienza, comparatistica.

Ai fini dello studio delle misure cautelari, e della loro rilevanza lato senso politica, peraltro, sembra particolarmente strategico indagare il funzionamento del sistema statunitense: la *preliminary injunction*, infatti, conferma emblematicamente la tendenza di quel modello a

¹⁰⁷ Cfr. *supra* alla nota 16 per opportuni riferimenti.

¹⁰⁸ Tanto che S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, cit., 23, parla esplicitamente di «settecentizzazione» del processo civile al fine di descrivere il patologico impiego della tutela cautelare atipica in chiave reattiva rispetto alle disfunzioni del diro ordinario; a fronte del nuovo equilibrio descritto *supra*, osserva E. Dalmotto, *Il rito cautelare competitivo*, cit., 270, «Il baricentro delle azioni giudiziarie dovrebbe pertanto progressivamente muovere verso il giudice della cautela, divenuto capace, con la legge n. 80 del 2005, di soddisfare adeguatamente ed a tempo potenzialmente indefinito numerose istanze»; analogamente G. Monteleone, *L'evoluzione delle misure cautelari verso l'introduzione del référé*, cit., 1183. Si rinvia al superiore par. 2, anche per riferimenti bibliografici, in ordine alla innovazione legislativa della attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e di merito.

¹⁰⁹ Il tema sarà più ampiamente trattato al capitolo successivo, anche in ordine al problema di individuare le misure cautelari o provvisorie e fornirne una definizione condivisa a livello comparatistico. In argomento ci si limita qui a richiamare G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 240 ss.

prestarsi a strumentalizzazioni di tipo strettamente politico ma, dall'altro lato, rischia di metterne in crisi talune coordinate, trattandosi di una misura di tipo squisitamente e strettamente equitativo, la quale affida, quindi, al giudice (teoricamente passivo) del processo accusatorio, uno straordinario potere. Tra l'altro, sempre con riguardo al sistema degli Stati Uniti, i diversi approcci rispetto alla ricostruzione dei poteri del giudice dell'urgenza finiscono con il riposare su opposte concezioni attorno alla funzione del (modello di) processo, come emblematicamente rivela di recente *ex multis* il problema della disapplicazione della legge sospetta di incostituzionalità in sede cautelare, teatro della prassi delle cc. dd. *Nationwide injunctions*, su cui si tornerà ampiamente¹¹⁰.

D'altro canto, tornando alla prospettiva interna, il ruolo lato senso politico (sicuramente pubblicistico) delle Corti superiori italiane, ossia, per quanto qui di interesse, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, induce a riflessioni sul rapporto tra queste ultime e la tutela cautelare e la sua funzione creativa, specie sotto ai profili del possibile limitato esercizio di un controllo diffuso di costituzionalità da parte dei giudici ordinari, dei poteri cautelari della Corte costituzionale e del problema concernente l'esercizio della funzione nomofilattica. Questioni in grado di incidere nella riflessione attorno all'opportunità di sfruttare appieno ovvero riconsiderare le potenzialità del modello cautelare di tutela dei diritti imperniato sulla tecnica processuale della anticipazione, rimaste sostanzialmente aperte in virtù della scelta, come si è detto, al contempo innovativa e di compromesso adottata dal legislatore del 2005 in tema di misure cautelari a strumentalità attenuata¹¹¹.

¹¹⁰ Per tutti su tale impostazione si richiama qui A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, in 93 *N.Y.U. L. Rev.* 1065 (2018).

¹¹¹ Cfr. alla superiore nota 37 per opportuni riferimenti bibliografici.

2. LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE DEGLI STATI UNITI

SOMMARIO: 1.- Introduzione. 2.- *Temporary Restraining Orders (TROs)* e *Preliminary Injunctions*: cenni sull'origine storica, procedimento, presupposti 3.- Regime istruttorio, cauzione, esecuzione mediante *Contempt of Court* 4.- Regime delle impugnazioni. Tutela urgente avanti la Corte Suprema (rinvio) 5.- Ancora sui presupposti: la (faticosa) ricerca di uno standard tra opposte concezioni del processo. Evoluzioni della concezione di equità e del ruolo delle misure equitative nel sistema dei *remedies* 6.- *Nationwide injunctions*: disapplicazione in via cautelare di norme sospette di incostituzionalità, uso politico della *preliminary injunction*, tra *judicial review* e *de facto class action* 7.- Uno sguardo all'evoluzione della *preliminary injunction* durante l'amministrazione Biden: *Climate change litigation – Corporate social responsibility; Covid – 19 litigation* 8.- Considerazioni di sintesi conclusive: risposta tendenzialmente armonica degli ordinamenti alla domanda di tutela cautelare. Il problema della politicizzazione del processo

1. Introduzione

Lo studio nel sistema processuale civile degli Stati Uniti di quelle misure che, attingendo a categorie e terminologia tipiche dell'ordinamento italiano, potrebbero essere ricondotte all'alveo della tutela cautelare¹¹², risulta interessante per una pluralità di motivi¹¹³, vieppiù

¹¹² È nota la difficoltà di qualificare le misure provvisorie e fornirne una nozione condivisa a livello comparatistico, come già messo in rilievo da F. Carpi, *I provvedimenti provvisori: controversie transazionali e prospettive di armonizzazione*, in *Speciale Doc. Giust. 1*, febbraio 1996, c. 171 ss. La “fluidità” della categoria è altresì evidenziata da L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna 2006, 45; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 138 ss. La medesima difficoltà definitoria è rintracciabile nell'ambito del sistema giuridico europeo, specie con riguardo alla natura delle misure anticipatorie: cfr. E. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 3, 759 ss.; più di recente in relazione al Reg. UE n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I - bis), cfr. L. Querzola, *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel reg. Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 1479 ss.; C. Silvestri, *Le misure «provvisorie e cautelari» nella ricostruzione interpretativa della Corte di Giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 711 ss., spec. 718. Come peraltro sottolineato da L. P. Comoglio – C. Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 963 ss., la varietà terminologica è tendenzialmente correlata ad una convergenza di concetti che induce a ritenere, a livello comparatistico, sostanzialmente equivalenti le espressioni «tutela cautelare» e «tutela provvisoria». In tale contesto, si è scelto in questa sede di fare principalmente riferimento, quanto al profilo lessicale – terminologico, alle nozioni della tutela urgente o cautelare, così privilegiando l'aspetto funzionale e lasciando in secondo piano l'aspetto della provvisorietà, considerando anche la scarsa importanza nei sistemi di *common law* della discussione relativa alla stabilità degli effetti del provvedimento, su cui si rimanda a L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 80 ss.

¹¹³ Su scopo e funzioni del diritto comparato cfr. G. Gorla, voce *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Padova 1964, 932 ss.; V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 336 ss.; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da) R. Sacco, Torino 1992, 13; M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna 1994, 11 ss.; A. Gambaro – A. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, (diretto da) R. Sacco, II Ed., Torino 2000, 1 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino 2019, 45 ss.; V. Barsotti – V. Varano, *La traduzione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law*, I, VII Ed., Torino 2021, 11 ss. Quanto a chi scrive, l'occasione di “immersione” nel sistema statunitense è stata fornita da un soggiorno di ricerca negli Stati Uniti presso la University of California, Berkeley – School of Law (Ottobre 2021 – Aprile 2022). Piace

nell'ambito di un'indagine sul rilievo politico della tutela cautelare civile. Anzitutto, «il processo anglo-americano, appare l'espressione più pura del modello *adversary* di processo civile»¹¹⁴. Esso costituisce pertanto un fondamentale punto di riferimento per indagare il diritto processuale dei sistemi di *common law* e così per rintracciare (anche in relazione a singoli istituti) problemi e tendenze caratteristiche e potenzialmente trasversali dell'ideologia liberale del processo civile, tipica della tradizione giuridica occidentale¹¹⁵.

Nell'ambito di quel modello, lo specifico tema della tutela cautelare appare poi stimolante già a livello, per così dire, ideologico o filosofico, considerando i principi ispiratori del processo civile americano¹¹⁶. L'esistenza di una crisi di cooperazione importante lesione o minaccia di

ricordare come anche uno dei Maestri del diritto comparato abbia ammesso come all'origine dei propri studi vi sia stata in fondo, inizialmente, la mera curiosità di scoprire, vivere, studiare negli Stati Uniti, cfr. G. Gorla, *Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo)*, in *Foro It.* 1980, V, I.

¹¹⁴ Così M. Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979, VII. Per una trattazione d'insieme del processo civile americano cfr. Id., voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1990, VI, 324 ss.; G.C. Hazard – M. Taruffo, *American Civil Procedure: An introduction*, Yale 1993. Preziosissimo è altresì, per una lettura d'insieme del sistema giuridico – processuale americano, R. A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, II Ed., Cambridge (MA) 2019.

¹¹⁵ L'individuazione di convergenze e divergenze, peraltro, deve guardare ai diversi sistemi nella loro dimensione dinamica e con riguardo alle loro tendenze evolutive, come sottolineato da G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 240 ss. Per riferimenti in ordine alla classica distinzione tra sistemi di *civil law* e *common law*, sia in ordine alla sua perdurante validità descrittiva sia in ordine alla sua perdita di rilevanza, cfr. A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 31 ss.; V. Barsotti – V. Varano, *La traduzione giuridica occidentale*, cit., 38 ss.; C. H. Van Rhee, *Civil Procedure Beyond National Borders*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 2018, 15; M. Taruffo, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit., 67 ss.; A. Dondi – V. Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione: Una prospettiva comparata*, Padova 2018, II Ed., 5 ss. Imprescindibile riferimento per un approccio comparatistico allo studio del processo è M. R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, cit.

¹¹⁶ Il tentativo di inquadrare e inserire il singolo istituto nel contesto del sistema di riferimento risponde all'intenzione di scongiurare il pericolo di ridurre lo studio comparatistico ad un'iniziativa finalizzata alla mera individuazione di analogie e differenze tra i diversi sistemi. Sugli scopi e sul metodo (oltre che sui rischi) della

pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto soggettivo sollecita, infatti, il bisogno di una risposta giurisdizionale immediata ed effettiva, nel contesto di un sistema processuale tradizionalmente imperniato sulla bipartizione *pretrial* – *trial* (con ruolo meramente preparatorio, seppur fortemente conoscitivo, della prima fase rispetto alla seconda) e tutto orientato, grazie soprattutto al meccanismo della *discovery*¹¹⁷, ma anche ai poteri di *case management* ora attribuiti al giudice¹¹⁸, a circoscrivere i casi in cui la regolazione del conflitto viene rimessa alla decisione giudiziale o alla determinazione della giuria, come conseguenza del limitatissimo numero di procedimenti civili che in effetti approdano alla fase dibattimentale (*trial*)¹¹⁹. La tutela processuale urgente sembra così intercettare categorie in grado al contempo

comparazione giuridica in ambito processuale, cfr. L. Passanante, *Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione*, in *Riv. dir. proc.* 2020, 1066 ss.

¹¹⁷ Sulla funzione della *discovery* cfr. M. Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., 10 ss. In argomento cfr. altresì R.L. Marcus – T.D. Rowe Jr., *Gilbert Law Summary in civil procedure*, XVIII Ed., St. Paul (MN) 2017, 267 ss. Sull'importanza della fase preparatoria nel processo americano (anche) nella prospettiva dell'efficienza, cfr. A. Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I: Il modello statunitense*. Padova 1991, 113 ss.; Id., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di risorsa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.

¹¹⁸ In argomento cfr. A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1281, 1298 (1976); E. D. Elliott, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *U. Chi. L. Rev.* 306 (1986); R. L. Marcus, *Of Babies and Bathwater: The Prospects for Procedural Progress*, in 59 *Brook. L. Rev.* 761 (1993). Più di recente, anche in chiave di bilancio, S. S. Gensler, *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, in 60 *Duke L.J.* 669 (2010); R. L. Marcus, *The Litigation Superpower's Case Management Cure for Adversarial Ills*, in *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, edito da P. C. H. Chan – C. H. van Rhee, Singapore 2021, 109 ss.

¹¹⁹ In argomento cfr. N. F. Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 *Fordham L. Rev.* 2131 (2018), ove si evidenzia come la percentuale di processi civili decisi in esito al *trial* sia passata nelle Corti federali statunitensi dal 20% nel 1938, al 4,3% nel 1990, al 2,2% nel 2000, secondo una tendenza costante anche nell'ultimo ventennio per cui, nel 2016, le Corti federali hanno deciso in esito al dibattimento la metà dei casi decisi nel 1962, pur a fronte di un numero totale di sopravvenienze di cinque volte superiore. Si veda altresì G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, 12 Ed., St. Paul (MN) 2020, 989 ss. Per una recente analisi specificamente dedicata al declino del *jury trial* cfr. R. L. Jolly – Valerie P. Hans

di esaltare e mettere in crisi le coordinate entro cui tradizionalmente viene inquadrato il modello processuale statunitense, in cui il giudice da un lato ha in teoria un ruolo passivo (secondo la classica ricostruzione del processo *adversary*), dall'altro lato risulta dotato di uno straordinario

– R. S. Peck, *The Civil Jury: Reviving An American Institution*, in <https://civiljusticeinitiative.org/research/>, Settembre 2021, a cura della *Civil Justice Research Initiative* presso la University of California, Berkeley – School of law. La presenza del *trial* resta peraltro una irrinunciabile e caratteristica peculiarità del processo civile americano, in grado di esercitare grande influenza su tutti i processi, inclusi quelli che a tale stadio non sono destinati ad approdare: cfr. R. H. Mnookin – L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in 88 *Yale Law Journal* 950 (1979); M. Galanter, *Civil Jury as a Regulator of the Litigation Process*, in 1990 *U. Chi. Legal F.* 201 (1990). Sul piano comparatistico, come rilevato da M. Taruffo, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit., 80, è utile notare come il fenomeno determini due conseguenze fondamentali, ossia la perdita di senso della contrapposizione «adversarial - inquisitorial» e l'evoluzione del modello del processo statunitense nella direzione del superamento dello schema bifasico *pretrial / trial*. Di recente risulta interessante l'analisi di C. Cavallini, *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 161 ss., ove viene sottolineato come il disegno riformatore di cui alla delega recata dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, poi attuato dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, sembra in qualche modo ispirarsi proprio al modello statunitense laddove prefigura nuovo ruolo e funzioni per l'udienza di prima comparizione e trattazione nel rito ordinario italiano; udienza che il legislatore vorrebbe *pro futuro* caratterizzata dalla presenza già «attiva» del giudice, in ossequio al canone di concentrazione del processo, spesso, erroneamente a dire il vero come osservato dal medesimo Autore, ritenuto tipico dei sistemi *adversarial*. Nel contesto della recentissima riforma del processo civile italiano, merita osservare come anche la nuova normativa in tema di negoziazione assistita, di cui all'art. 9, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, sembra trarre ispirazione dagli ordinamenti di *common law* e da quello statunitense in particolare, prevedendo la possibilità che nell'ambito dell'istituto di giustizia consensuale oggetto di attenzione possa avere luogo la «Acquisizione di dichiarazioni» da parte di terzi informatori sotto la guida degli avvocati e la ricezione di dichiarazioni aventi efficacia confessoria (cfr. in particolare la futura configurazione degli artt. 4-*bis* e 4-*ter*, d. l. 12 settembre 2014, n. 132), così configurando una fase stragiudiziale connotata in senso fortemente conoscitivo e preparatorio rispetto al successivo, eventuale, processo (in cui il Giudice potrà trarre argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. dalle dichiarazioni rese ed il relativo verbale farà piena prova di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto in loro presenza, *ex art.* 4-*bis*, comma 6, d.l. 132/2014), anche con funzione deflattiva. Per un inquadramento comparatistico dell'ultimo disegno riformatore nel contesto della «maniera italiana» di riforma del processo civile, si rimanda ad A. Dondi, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. Una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927 ss.

potere, considerata la collocazione del giudiziario nella dialettica tra poteri dello Stato e la particolare funzione di *policy-making* affidata in quel sistema ai giudici¹²⁰.

Proprio l'*injunction*, del resto, anche nella forma interlocutoria della *preliminary injunction*, è stata storicamente uno degli alfieri dell'«*adversarial legalism*», ossia di quell'approccio, tipico del modello statunitense, per cui, in un sistema decentralizzato di distribuzione del potere, sono il contenzioso ed il processo, dominato dalle parti, a farsi portatori di istanze di cambiamento o

¹²⁰ Tale contraddizione è messa in rilievo da M. Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., 117 ss. La sottolineatura dell'«immenso potere politico» dei giudici statunitensi rimanda all'insegnamento di A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, (a cura) di G. Candeloro, VII Ed., Milano 2007, 102. Sulla natura politica del giudice americano cfr. altresì M. R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 94. Per recenti indagini in ordine alla natura politica dei giudici statunitensi ed alla interpretazione della Costituzione cfr. C. R. Sunstein, *Radical In Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York 2005; C. R. Sunstein – D. Schake – L. M. Ellman – A. Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C. 2006; K. J. Bybee, *All judges are political – Except when they are not: Acceptable hypocrisies and the rule of law*, Stanford 2010. Sull'evoluzione del processo civile americano, da mezzo per la risoluzione di conflitti tra privati verso una dimensione pubblicistica, che travalica gli interessi delle parti sino a divenire sede privilegiata di rivendicazione e confronto su temi di portata generale e politica, con correlata modificazione del ruolo del giudice, cfr. il fondamentale lavoro di A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, cit., *passim*.

reazione al cambiamento¹²¹, in altri termini di governo della società¹²². È interessante appunto notare come un simile ruolo sia stato giocato da una misura di tipo strettamente equitativo, la quale attribuisce al giudice uno straordinario potere e scolpisce una significativa incrinatura lato senso inquisitoria nell'ambito del contesto processuale descritto¹²³. Corre la mente alla funzione di riallineamento del sistema (non solo processuale) italiano ai dettami della Carta costituzionale svolta dall'art. 700 c.p.c. a seguito della rivoluzione copernicana importata dall'entrata in vigore di quest'ultima¹²⁴.

I rimedi aventi natura cautelare – urgente, poi, se da una parte richiamano grande considerazione da parte della dottrina statunitense (da sempre e secondo una tendenza in continua crescita, per i motivi che subito appresso si accennerà), dall'altra non sempre sembrano avere ricevuto altrettanto specifica attenzione da parte di studiosi non appartenenti a

¹²¹ In proposito cfr. R. A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, cit., 3 ss., spec. 16 ss. per una prospettiva anche storica. *Ivi*, significativamente, viene osservato a p. 17: «Adversarial legalism is consonant, however, with the legal culture of American judges, lawyers, legal scholars, and teachers, who tend to view law as a “pragmatic instrument of social improvement” [...], and view courts as essential checks on the elected branches of government. Consequently judicial creativity and problemsolving is valued, as is creative legal advocacy. Adversarial legalism is used and defended by politically conservative lawyers for advancing conservative values and by politically liberal ones to for advancing liberal values». Si veda altresì S. Farhang, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U. S.*, Princeton (NJ) 2010, *passim*. *Ivi*, 11, ove il ruolo del contenzioso nella regolamentazione della vita pubblica e nella attuazione delle decisioni politiche viene definito «private enforcement regime».

¹²² Cfr. la prefazione di O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, II Ed., Mineola (NY) 1984, iii ss., soprattutto per quanto riguarda le «civil rights injunctions». *Ivi*, il capitolo 1 viene emblematicamente intitolato «Government by Injunction».

¹²³ Sulla natura equitativa della *injunction* nel sistema statunitense e per un *excursus* storico sulle origini di tale caratteristica, nonché sullo straordinario potere che essa attribuisce al giudice, basti per ora rinviare a J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, in 91 *Harv. L. Rev.* 525 (1978), spec. 527 ss. Cfr. altresì A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 21 ss.

¹²⁴ Si rinvia a quanto ampiamente esposto al precedente capitolo 1, limitandosi qui a richiamare A. Proto Pisani, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, cit., *passim*.

quel sistema. Lo studio con metodo comparatistico delle misure cautelari civili, infatti, si è tendenzialmente concentrato su altri sistemi, quali l'ordinamento inglese e tedesco¹²⁵, oppure ovviamente l'ordinamento francese, teatro della peculiare esperienza del *référé*, paradigma di riferimento anche per il legislatore e la dottrina italiana¹²⁶. Nella dimensione transazionale, lo studio delle misure cautelari è inoltre stato condotto principalmente in relazione ai contesti ordinamentali costituiti dall'ordinamento dell'Unione Europea¹²⁷ e dalla prassi dell'arbitrato internazionale¹²⁸. Tornando al sistema statunitense, l'indagine delle misure cautelari da parte della dottrina italiana è stata condotta tendenzialmente in parallelo (e quasi per sottrazione) rispetto al modello inglese¹²⁹, oppure rimasta assorbita nella più generale riflessione attorno alle tutele sommarie e anticipatorie nel quadro dei percorsi giurisdizionali alternativi (rispetto

¹²⁵ In proposito cfr. L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 69 ss. per un'analisi del sistema inglese, 82 ss. per un'analisi del sistema tedesco. In argomento cfr. altresì T. F. Koschinka – P. Leanza, *Preliminary injunctions: Germany, England/Wales, Italy and France*, Alphen aan den Rijn 2015.

¹²⁶ Cfr. sul tema A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 34 ss.; C. Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino 2005; A. Jommi, *Il référé provision*, Torino 2005; D. Buoncristiani, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, cit., 514 ss.; G. Monteleone, *L'evoluzione delle misure cautelari verso l'introduzione del référé*, cit., 1182 ss.; L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 45 ss.; J. V. D'Amico, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, in *Giusto proc. civ.* 2007, 875 ss.; Id., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte seconda)*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 253 ss.; R. Tiscini, *I provvedimenti senza accertamento*, Torino 2009; G. Bonato, *I référés nell'ordinamento francese*, in *La tutela sommaria in Europa*, a cura di A. Carratta, Napoli 2012, 35 ss.

¹²⁷ Cfr. E. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, cit., 759 ss.; C. Silvestri, *Le misure «provvisorie e cautelari» nella ricostruzione interpretativa della Corte di Giustizia*, cit., 711 ss.

¹²⁸ Cfr. A. Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova 2006.

¹²⁹ Con specifico riferimento all'*injunction* nel sistema inglese e, per derivazione, americano, cfr. V. Varano, voce *Injunction*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1993, IX, 487 ss. Per una trattazione più ampia dell'*injunction* nel sistema americano, sempre in parallelo al modello inglese, cfr. altresì M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, cit., par. 34.

alla cognizione ordinaria) di definizione delle controversie¹³⁰, mentre la principale opera italiana dedicata precipuamente alla *injunction* nel sistema americano di *common law*, per esplicita scelta metodologica, lascia in secondo piano i problemi di natura processuale, per concentrarsi su quelli maggiormente attinenti al diritto sostanziale¹³¹. Emerge quindi un'esigenza di ricerca di tipo meramente descrittivo.

Per accennare poi ad alcuni dei temi oggetto di successivo approfondimento, l'analisi degli istituti delle *Preliminary Injunctions* e dei *Temporary Restraining Orders (TROs)* consente di mettere in luce caratteristiche significative, che stimolano riflessioni rispetto al modello cautelare di tutela dei diritti, all'interno di quell'ordinamento ma non solo. Infatti, tali misure, pur nate e tradizionalmente concepite come straordinarie e residuali, hanno conosciuto e stanno conoscendo nella prassi un impiego sempre più frequente ed un'importanza via via crescente nel sistema statunitense, nell'ambito del quale costituiscono probabilmente (non da oggi) il più straordinario e potente rimedio a disposizione delle Corti¹³². Nell'assenza di chiare indicazioni normative in ordine ai presupposti applicativi, l'individuazione di *standards* comuni è rimessa all'elaborazione giurisprudenziale. Ma, nonostante vari (non moltissimi a dire il vero) interventi della Corte Suprema, permangono incertezze e oscillazioni nell'interpretazione delle Corti, in un dibattito che sembra riprodurre "in vitro" oscillazioni e contrapposizioni riguardanti in fondo, non solo il singolo istituto ma, più in generale, il ruolo della giurisdizione e del

¹³⁰ Cfr. A. Dondi – V. Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione: Una prospettiva comparata*, cit., 342 ss.

¹³¹ Cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Padova 1974, 13.

¹³² J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., perdurante punto di riferimento in materia, apre sottolineando come «The preliminary injunction may be the most striking remedy wielded by contemporary courts». Affermazioni di analogo tenore ricorrono costantemente nei lavori scientifici in tema di *injunctions*. Tra i classici si veda O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., iv, secondo cui «The injunction represents the most visible and perhaps the most ambitious exercise of judicial power – at times it tries to reconstruct the world».

processo¹³³. Ancora una volta, pur con tutte le cautele nello scorgere similitudini tra sistemi nell'ambito di operazioni di micro-comparazione, guardando quel modello dalla prospettiva italiana, il *trend* sembra presentare analogie rispetto alla storia dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, sia in ordine alla problematica individuazione di volta in volta dei presupposti applicativi in relazione alle singole fattispecie concrete, sia in ordine alla dilatazione dell'istituto nella prassi rispetto al modello normativo¹³⁴: come si dimostrerà le analogie non sono probabilmente casuali ma sul punto si tornerà in sede conclusiva.

Merita poi osservare come nella discussione riguardante tali misure il fronte più aperto sia oggi costituito dal confronto in ordine alla legittimità delle cc.dd. *Nationwide injunctions*. Provvedimenti sempre più diffusi, caratterizzati dal fatto di vincolare anche parti diverse da quelle del procedimento da cui essi promanano e addirittura molto spesso la generalità dei consociati a livello potenzialmente anche nazionale. Siffatti rimedi infatti importano la sospensione, già in sede cautelare, dell'efficacia di leggi o atti aventi forza di legge (mediante inibitoria al convenuto, tendenzialmente l'esecutivo o una sua articolazione, ad applicare la normativa contestata) nell'esercizio della c.d. *judicial review* di costituzionalità, tipico e ben noto potere dei giudici statunitensi¹³⁵, nell'ambito di un contesto procedimentale improntato a canoni di sommarietà e deformalizzazione che spesso sollecita e quasi obbliga un intervento

¹³³ Cfr. T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, in 13 *Tenn. J.L. & Pol'y* 15 (2018).

¹³⁴ Si veda sinteticamente al riguardo, nuovamente, A. Proto Pisani, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, cit.

¹³⁵ Senza volersi qui soffermare approfonditamente su tale famoso e fondamentale concetto, si rimanda per una sua generale ricostruzione a E. Chemerinsky, *Aspen Student Treatise for Constitutional Law: Principles and Policies*, V Ed., New York 2015, 37 ss.; J. E. Nowak – R. D. Rotunda, *Constitutional Law*, VIII Ed., St. Paul (MN) 2010, 1 ss.; D. Farber – N. S. Siegel, *United States Constitutional Law*, I ed., St. Paul (MN) 2019, 17 ss. Nella dottrina italiana, ci si limita a richiamare M. Taruffo, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, cit., pp. 182 ss.; A. Gambaro – A. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 180. Per una classica ricostruzione e giustificazione del potere di *judicial review*, cfr. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II Ed., Yale (New Heaven) 1986, spec. 1 – 33.

urgente da parte della Corte Suprema, mediante i poteri interinali di cui alla c.d. *shadow docket*. Il fenomeno del *policy-making power* giudiziale risulta così qui fortemente connotato dalle particolarità processuali di una vicenda che, nel confermare una caratteristica peculiare dell'*injunction* americana anche rispetto a quella inglese, sembra in realtà fornire una chiave di accesso utile per lo studio del sistema processuale civile americano *tout court*: l'uso politico della tutela urgente¹³⁶.

2. *Temporary Restraining Orders (TROs)* e *Preliminary Injunctions*: cenni sull'origine storica, procedimento, presupposti

Il sistema processuale cautelare degli Stati Uniti è imperniato su una misura caratterizzata da doppia atipicità, sia in ordine alle fattispecie sostanziali tutelabili, sia in ordine alle forme di tutela ottenibili. Si tratta della *preliminary injunction*, la quale in casi di estrema urgenza può essere anticipata da un *temporary restraining order*. Tali istituti trovano oggi una compiuta disciplina procedimentale, a livello federale, ad opera della *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, secondo uno schema replicato senza variazioni di rilievo dalle singole legislazioni processuali statali¹³⁷. I due provvedimenti menzionati sono sostanzialmente sovrapponibili quanto al contenuto ed ai presupposti, sicché nel prosieguo si farà principalmente riferimento alle *preliminary injunctions*.

Tale binomio è affiancato dall'esistenza di misure precipuamente protese ad assicurare la fruttuosità¹³⁸ della decisione di merito in relazione a diritti a contenuto pecuniario, tra cui

¹³⁶ Secondo V. Varano, voce *Injunction*, cit., l'uso politico dell'*injunction* costituisce una, forse la principale, peculiarità del modello americano anche rispetto al modello inglese.

¹³⁷ Come messo in rilievo da G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 38.

¹³⁸ Pur con le necessarie cautele nell'applicare ad un ordinamento straniero categorie elaborate dalla dottrina rispetto all'ordinamento italiano, a livello descrittivo sembra pertinente richiamare la classica distinzione tra

risaltano per importanza i sequestri (cc.dd. *attachments*), nel contesto comunque di un impianto sempre caratterizzato da un regime di atipicità, stante il rinvio della *Rule 64* alle legislazioni dei singoli Stati e la natura meramente esemplificativa degli strumenti processuali enumerati dalla medesima disposizione¹³⁹. Visto nella sua interezza, il modello americano sembra quindi potersi qualificare come prevalentemente atipico¹⁴⁰. In coerenza con gli obiettivi del presente lavoro, tali ultime misure non saranno oggetto di specifico approfondimento.

L'*injunction* costituisce un tipico istituto dei sistemi di *common law*, di cui è difficile fornire una definizione complessiva appagante, anche a livello lessicale, stante l'assenza di un omologo nei sistemi di *civil law*¹⁴¹. Il rimedio viene comunemente descritto come l'ordine impartito dal giudice ad un determinato soggetto di porre in essere ovvero di astenersi dal porre in essere una determinata condotta¹⁴².

misure cautelari anticipatorie e conservative, rispettivamente correlate al pericolo da tardività e infruttuosità del provvedimento definitivo, risalente come noto all'insegnamento di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 55 ss.; cfr. altresì A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 6 – 7.

¹³⁹ In argomento cfr. M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, cit., par. 35. Nella dottrina americana, J.H. Friedenthal – M.K. Kane – A.R. Miller – A.N. Steinman, *Civil procedure*, VI Ed., St. Paul (MN) 2021), 703 ss.

¹⁴⁰ Si veda la distinzione tra sistemi totalmente atipici e sistemi tipici temperati dalla presenza di una misura di chiusura atipica operata da A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* 1991, XXIV, Roma, 7 - 8.

¹⁴¹ In argomento cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 173 ss.; L. Quorzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 72.

¹⁴² Cfr. W.W. Kerr, *A treatise on the law and practice of injunctions in equity*, Boston 1871, 11, secondo cui «An injunction is a writ issuing by order and under seal of a court of equity. A writ of injunction may be described to be a judicial process whereby a party is required to do a particular thing or to refrain from doing a particular thing according to the exigency of the writ»; Id., *A treatise on the law and practice of injunctions*, V Ed., Londra 1914, 1. In termini analoghi, E.H.T. Snell – H.G. Rivington – A. C. Fountaine, *Snell's principles of equity: intended for the use of students and practitioners*, Londra 1925, 556. Per una ricognizione dei classici della dottrina americana cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 59. Di recente, *ex multis*,

La misura dell'*injunction* ha natura equitativa. Affonda le proprie radici nello sviluppo della giurisdizione di *equity* ad opera della Corte del Cancelliere (*Chancery Court*) in Inghilterra all'indomani del c.d. blocco dei *writs* del 1285. Si collocava quindi nel ventaglio dei rimedi elaborati dal Cancelliere (e poi dalla vera e propria Corte sviluppatasi sotto la sua guida) al fine di ovviare alle rigidità (e ai vuoti di tutela) connessi al sistema dei *writs*, cui restavano ancorate le corti di *common law*, ormai completamente emancipatesi dall'esecutivo¹⁴³. Una giurisdizione, quella di *equity*, espressiva della discrezionalità (e del potere) del sovrano ed ispirata ad esigenze di giustizia naturale¹⁴⁴. Proprio al dualismo tra corti di *equity* e corti di

cfr. M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 *Rev. Litig.* 495, 499-500 (2003), secondo cui «An injunction is a court order that commands the nonmovant to do or to abstain from doing a particular action. The purpose of an injunction is to preclude the occurrence of a threatened wrong or injury as well as to prevent future violations». Cfr. altresì D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, V Ed., New York 2019, 275; D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, III Ed., St. Paul (MN) 2018, 164 ss.

¹⁴³ Per una ricostruzione storica sulle origini dell'*injunction* si vedano tra i molti, J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., 527 ss.; M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 498 ss.; T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit., 20 ss. Nella dottrina italiana cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 21 ss. Sulla nascita e sviluppo della giurisdizione *in equity*, tra i classici cfr. F.W. Maitland, *Equity: Also the forms of action at Common Law*, Cambridge 1910, 1 ss. Nella manualistica italiana, A. Gambaro – A. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 47 ss.; V. Barsotti – V. Varano, *La traduzione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., 264 ss. Per una recente ampia ricostruzione nella dottrina americana cfr. T.O. Main, *Traditional Equity and Contemporary Procedure*, in 78 *Whas. L. Rev.* 429 (2003). Cfr. altresì D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 45 ss.

¹⁴⁴ cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 28 ss. Per una ricognizione, anche storica, nella dottrina americana, cfr. J.K. Kroger, *Supreme Court Equity, 1789 – 1835, and the History of American Judging*, 34 *Hous. L. Rev.* 1425, 1433 – 1435 (1998), ove vengono riepilogate tre caratteristiche della giurisdizione di equità, nella sua concezione originaria: derivazione dal diritto naturale («First, traditionalists believed that natural law served as the proper source of rules of decision in equitable disputes»); attitudine a sottrarsi dalla vincolatività del precedente («Second, traditional equity eschewed use of precedents»);

common law si ricollega la nascita di una massima ricorrente, tutt'ora sistematicamente fatta propria (almeno formalmente) dalle Corti statunitensi: la c.d. *Adequacy doctrine*, secondo cui la disponibilità dei rimedi *in equity* (come l'*injunction*) è subordinata all'inadeguatezza dei rimedi *in law*¹⁴⁵. La contrapposizione tra «legal and equitable remedies» costituisce inoltre tutt'oggi punto di partenza nell'insegnamento universitario dei *Remedies* nelle *Schools of law* statunitensi¹⁴⁶. Nata con la giurisdizione di *equity*, l'*injunction* conobbe crescente e frequente impiego già nel XIV secolo, fino ad approdare negli Stati Uniti, insieme alla *common law*, ad esito della colonizzazione¹⁴⁷. La tradizione dell'*equity*, codificata nell'articolo III della Costituzione americana, venne percepita con sospetto e sfavore a seguito del suo sbarco oltreoceano, siccome ritenuta espressiva delle prerogative della monarchia e della tradizione

natura fortemente discrezionale del potere esercitato dal giudice («A third traditional idea, related to the rejection of *stare decisis*, was the notion that equity is unbridled discretionary justice dispensed on a case-by-case basis according to the conscience of the individual chancellor»). Sulla contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo ci si limita qui a rimandare a N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 32 ss.

¹⁴⁵ Cfr. M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 501. Per una classica enunciazione di tale dottrina cfr. T.C. Spelling, *A treatise on injunctions and other extraordinary remedies*, II Ed., Boston 1901, 4 ss., ove si osserva, riferendosi alle corti di *equity*, che «The jurisdiction in these courts, then, has its true origin in the fact that there is either no remedy at all at law, or the remedy is imperfect or inadequate». Cfr. altresì *Development in the Law – Injunctions*, in 78 *Harv. L. Rev.* 994 (1965), 997 ss.; D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 47 ss. Si tornerà più diffusamente *infra* al paragrafo 5 sulla problematicità e attualità di tale categoria.

¹⁴⁶ Cfr. D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 9 ss.; D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 6 ss.; J.M. Fisher, *Understanding remedies*, IV Ed., Durham (NC) 2021, 4 ss. L'insegnamento di tale corso deve in buona parte la propria esistenza proprio alla contrapposizione tra legalità ed equità, cfr. D. Laycock, *How Remedies Became a Field: A History*, 27 *Rev. Litig.* 161 (2008); C.A. Wright, *The Law of Remedies as a Social Institution*, 18 *U. Detroit L.J.* 376 (1955). Si veda altresì D.I. Levine, *Remedies A Course Fit for Civil Procedure Teachers*, in 57 *Saint Louis University Law Journal* 585 (2013).

¹⁴⁷ Cfr. J.K. Kroger, *Supreme Court Equity, 1789 – 1835, and the History of American Judging*, cit., 1438;

feudale¹⁴⁸. Ciononostante, essa conobbe una significativa rinascita all'inizio del XIX secolo, anche all'indomani del *Judiciary Act* del 1759, con cui venne affidata alle Corti federali la giurisdizione nelle controversie di equità¹⁴⁹. Ciò, grazie alla flessibilità offerta dai rimedi equitativi, tra cui *in primis* l'*injunction*, al cospetto dei bisogni di tutela emergenti da una realtà economica e sociale in forte evoluzione, ma anche alla attitudine del processo *in equity* a porsi quale punto di ricalibrazione degli equilibri del *judiciary* nella neonata repubblica. La rinascita dell'*equity* ed il suo ingresso negli Stati Uniti avvennero in chiave prevalentemente processuale, grazie all'impulso di protagonisti quali James Kent, *Chancellor* della *New York Court of Chancery*, e Joseph Story, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁵⁰. Tale parabola, pur di breve durata e repentinamente declinata a fronte della traiettoria *adversarial* via via assunta dal processo civile americano, ha continuato e continua ad esercitare grande influenza all'interno del modello processuale statunitense¹⁵¹, oggi caratterizzato a seguito dell'entrata in vigore delle *Federal Rules of Civil Procedure* nel 1938 dalla piena fusione tra corti di *common*

¹⁴⁸ In argomento cfr. A. Kessler, *Inventing American Exceptionalism: The Origins of American Adversarial Legal Culture, 1800 – 1877*, Yale 2017, 19 ss.

¹⁴⁹ Cfr. T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit., 25; G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 19.

¹⁵⁰ Cfr. A. Kessler, *Inventing American Exceptionalism: The Origins of American Adversarial Legal Culture, 1800 – 1877*, cit., sia sulla prospettiva funzionalista, sia sulla necessità di ricercare accanto ad essa altre cause per spiegare la rinascita dell'*equity* (p. 22), tra cui la volontà di giudici quali Kent e Story di sfruttare tale tipo di giurisdizione, correlata ad una figura forte e mitica del giudice, per recuperare spazio in un *judiciary* che, all'indomani delle elezioni del 1800, poteva offrire rifugio alle istanze dei federalisti, sconfitti in sede elettorale (p. 48). La medesima A. mette in rilievo come il fenomeno del passaggio dell'*equity* da Inghilterra a Stati Uniti abbia avuto una natura principalmente processuale, conseguente soprattutto al ruolo attivo del giudice ed alla sua richiamata ideologizzata e mitizzata figura nell'ambito del processo *in equity* (pp. 48 ss.).

¹⁵¹ Tanto da indurre la dottrina ad osservare come, su taluni aspetti, le *Federal Rules of Civil Procedure* abbiano determinato il trionfo dell'*equity* sulla *common law*, cfr. S.N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure In Historical Perspective*, 135 *U. Pa. L. Rev.* 909 (1987); cfr. altresì D. Laycock, *The Triumph of Equity*, in 56 *Law & Contemp. Probs* 53, 61 (Summer 1993).

law e corti *in equity*¹⁵². È riconosciuto come proprio l'avvento dell'*equity* sia stato uno dei fattori determinanti nella transizione verso la progressiva caratterizzazione in senso pubblicistico del processo civile americano¹⁵³.

Ricorrendo a classificazioni tradizionali, l'*injunction* può essere *mandatory* quando abbia contenuto positivo ovvero *prohibitory* quando abbia contenuto negativo. E ancora, si distingue tra *preventive* e *riparative injunction*, a seconda che essa ambisca a prevenire ovvero rimediare alla lesione della situazione giuridica soggettiva¹⁵⁴. Addirittura, la dottrina ha introdotto il concetto di «structural injunction», considerando il ruolo storicamente giocato dal rimedio nel rimodellare società ed istituzioni esistenti al fine di conformarle ai principi e dettami sanciti dalla Costituzione¹⁵⁵: ciò è avvenuto in maniera particolarmente evidente nell'ambito del movimento per i diritti civili degli anni '50 e '60 del secolo scorso, come nel caso del “trionfo”

¹⁵² Cfr. G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 19 ss., per una rapida ricognizione sull'evoluzione storica del sistema processuale statunitense, dal *Judiciary Act* del 1789, al *Field Code* del 1848, alle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938. Per una ricostruzione storica della genesi della *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, cfr. M.K. Kayne, *Provisional and Final Remedies and Special Proceedings*, in C.A. Wright – A.R. Miller, 11A *Fed. Prac. & Proc. Civ.*, III Ed, St. Paul (MN) 2021, § 2941.

¹⁵³ In argomento cfr. A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, cit., 1292 ss.

¹⁵⁴ Basti rinviare a D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 165 ss.

¹⁵⁵ L'espressione è di O. Fiss, *The civil rights injunction*, Bloomington 1978, 9; cfr. altresì in argomento W. A., Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, in 91 *Yale L.J.* 635 (1982), ove il fenomeno viene definito «institutional suit» ed indagato in quattro ambiti fondamentali («apportionment cases, school desegregation cases, Eighth Amendment prison condition cases, and mental hospital right to treatment cases»), giungendo a una sua giustificazione sul piano ordinamentale della separazione dei poteri, ad esito di una ricostruzione che prende le mosse dalla problematica ampiezza della discrezionalità affidata dal giudice al rimedio. Sul futuro (descritto come declinante) della *Institutional Reform Litigation*, cfr. J. Parkin, *Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation*, in 70 *Vand. L. Rev.* 167 (2017).

dell'*injunction* in *Brown v. Board of Education*¹⁵⁶, storico baluardo della lotta per la desegregazione razziale nelle scuole statunitensi¹⁵⁷.

¹⁵⁶Ci si riferisce alle famose pronunce della Corte Suprema 347 U.S. 483 (1954) e 349 U.S. 294 (1955), su cui per una compiuta e relativamente recente ricostruzione si richiama cfr. D. Rendleman, *Brown II's All Deliberate Speed at Fifty: A Golden Anniversary or a Midlife Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy*, in 41 *San Diego L. Rev.* 1575 (2004). Nella prima, storica, pronuncia (c.d. *Brown I*), la Corte Suprema presieduta dal *Chief Justice* Earl Warren ha sancito l'incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole pubbliche statunitensi. La seconda (c.d. *Brown II*), di poco successiva, è invece una pronuncia collocabile (e collocata) a pieno titolo nella disciplina dei *Remedies*, con cui la Corte Suprema ha delineato il perimetro giuridico entro cui le Corti inferiori sono state richieste di operare al fine di attuare quanto sancito in via di principio in *Brown I*, nei seguenti pregnanti termini testuali “*In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles. Traditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs. These cases call for the exercise of these traditional attributes of equity power. At stake is the personal interest of the plaintiffs in admission to public schools as soon as practicable on a nondiscriminatory basis. To effectuate this interest may call for elimination of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance with the constitutional principles set forth in our May 17, 1954, decision. Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination of such obstacles in a systematic and effective manner. But it should go without saying that the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them*”. L'eliminazione per via equitativa di tali ostacoli all'attuazione di *Brown I* è così stata realizzata grazie all'adozione, ad opera della Corti inferiori, di una pluralità di *injunctions*, variamente modulate a seconda delle caratteristiche particolari delle singole fattispecie concrete. Come desumibile già dalle parole introduttive di D. Rendleman, *Brown II's All Deliberate Speed at Fifty: A Golden Anniversary or a Midlife Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy*, cit., spec.1578 ss., lo studio delle menzionate pronunce della Corte Suprema dal versante dei *Remedies* sollecita riflessioni attorno al rapporto invertito tra diritto soggettivo e sua protezione giurisdizionale al cospetto della crisi di cooperazione tra i consociati nei sistemi di *civil law* e *common law*, su cui si tornerà *infra* al § 2.3.

¹⁵⁷ Cfr. O. Fiss, *The civil rights injunction*, cit., 1 ss. per una ricostruzione storica del ruolo giocato dall'*injunction* in tale prospettiva, anche prima e oltre i famosi arresti citati alla nota che precede. Non va sottaciuto, peraltro, come proprio *Temporary Restraining Orders* e *Preliminary Injunctions* abbiano avuto un ruolo fondamentale, in un primo momento, anche in senso opposto, ossia nel soffocamento del movimento per i diritti civili, come messo

Ma soprattutto, per ciò che qui rileva, secondo una classificazione risalente, da sempre ripetuta nelle sistemazioni dottrinali e giurisprudenziali dell'*injunction*, ma ancora valida e ribadita, sul piano della durata degli effetti si distingue tra *temporary restraining orders*, *preliminary injunctions* e *permanent injunctions*¹⁵⁸.

La *permanent injunction* (o *final injunction*) viene emanata a seguito della celebrazione del giudizio di merito ed è destinata ad avere durata tendenzialmente permanente: essa provvede alla definitiva aggiudicazione del diritto controverso, alla definizione della causa¹⁵⁹.

Temporary restraining orders (breviter anche *TROs*) e *preliminary injunctions*, invece, sono rimedi interlocutori, emanati prima della decisione di merito con lo scopo di prevenire la

in evidenza da D.B. Oppenheimer, *Martin Luther King, Walker v. City of Birmingham, and the Letter from Birmingham Jail*, in 26 *U.C. Davis L. Rev.* 791 (1993).

¹⁵⁸ Su tale ricorrente classificazione, cfr. *ex multis* V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, National Edition 2021, 13; O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 323 ss. Si veda altresì. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., spec. 209 ss; V. Varano, voce *Injunction*, cit., par. 2; M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 499 – 500. Nella dottrina più risalente cfr. W.W. Kerr, *A treatise on the law and practice of injunctions in equity*, cit., 11, ove la classificazione vede contrapposte *interlocutory* e *perpetual injunctions*. Analogamente in E.H.T. Snell – H.G. Rivington – A. C. Fountaine, *Snell's principles of equity: intended for the use of students and practitioners*, cit., 556, ove la *interlocutoru injunction* viene anche definita *interim injunction*; F.W. Maitland, *Equity: Also the forms of action at Common Law*, cit., 254.

¹⁵⁹ Secondo V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., 13:12, «A permanent injunction is issued after a full adjudication of the parties' rights, whether by motion, stipulation or trial. Such orders usually remain in effect indefinitely, although the party subject to the injunction may later seek to modify or dissolve it». In senso conforme, cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 62 – 63; M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 500; D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 187.

causazione di un pregiudizio irreparabile al diritto controverso *pendente lite*¹⁶⁰. Essi sono così riconducibili alla categoria delle misure cautelari¹⁶¹.

Come si è già anticipato, tali due ultime categorie di istituti rinvencono una compiuta disciplina procedimentale, quanto ai procedimenti avanti le corti federali, nella *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure* e si differenziano principalmente sotto tre aspetti: necessità di instaurare il contraddittorio; durata degli effetti della misura; scopo e natura dell'udienza¹⁶².

Quanto al primo profilo, la differenza fondamentale è che i *TROs* in casi straordinari di necessità e urgenza possono venire emessi *ex parte*, ossia senza previa instaurazione del contraddittorio con la controparte («without notice»). Viceversa, l'emissione di una *preliminary injunction* non può prescindere dall'instaurazione del contraddittorio («on notice to the adverse party»)¹⁶³. Gli *ex parte TROs* sono guardati con tendenziale sfavore dalle Corti, le quali richiedono pertanto la rigorosa prova del pregiudizio irreparabile che l'attore subirebbe in caso

¹⁶⁰ Per una definizione della *preliminary injunction* cfr. V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., 13:8, secondo cui «A preliminary injunction is a provisional remedy issued prior to final disposition of the litigation. Its function is to preserve the status quo and to prevent irreparable loss of rights prior to judgment». Per una definizione unitaria di *temporary restraining orders* e *preliminary injunctions*, cfr. G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, in *Illinois Institute for Continuing Legal Education's Business & Commercial Litigation*, Chicago 2007, 7, secondo cui «Temporary restraining orders and preliminary injunctions are preliminary, interlocutory injunctive remedies. Courts grant these remedies prior to the resolution of a controversy on the merits». Analogamente, per una definizione di *injunction*, *preliminary injunction* e *temporary restraining orders*, cfr. T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, II Ed., Chicago 2021, 4.

¹⁶¹ Sulla riconducibilità delle misure *de quibus* al perimetro delle misure cautelari cfr. M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, cit. par. 34; A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 62.

¹⁶² Cfr. al riguardo G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, cit., 14 – 15.

¹⁶³ Cfr. Fed. R. Civ. P. 65 (b) (1), (2).

di mancata concessione del provvedimento. Per il medesimo motivo la forma-contenuto di atti di parte e provvedimenti del giudice, sia quanto ai requisiti della domanda che del relativo ordine, è rigidamente disciplinata dalla *Rule 65 (b)*¹⁶⁴.

Quanto al secondo profilo, l'efficacia dei *TROs* è temporalmente limitata ed il termine finale è costituito dalla celebrazione dell'udienza funzionale alla discussione sulla concessione di una *preliminary injunction*. I *TROs* emessi *ex parte* non possono avere in ogni caso durata superiore a 14 giorni, rinnovabili solo una volta per giusta causa, per un periodo di identica durata¹⁶⁵. Viceversa, l'efficacia delle *preliminary injunctions* permane fino a che il caso non sia stato deciso nel merito, ovvero fino a quando la misura non venga modificata o revocata dalla Corte che l'ha concessa ovvero da una Corte superiore in sede di impugnazione¹⁶⁶. Tale efficacia,

¹⁶⁴ Cfr. *ex multis* G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, cit., 15, secondo cui «As TROs issued without notice to the adverse party are disfavored, they require a showing of immediate harm and irreparable damage, and the order has seven specific requirements». Per una ricognizione dei presupposti che potrebbero legittimare l'adozione *ex parte* della misura in parola, cfr. T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 18 – 20, ove vengono elencati il rischio di immediato e irreparabile danno, il rischio che il convenuto adotti condotte ostruzionistiche (come ad esempio la distruzione delle prove), il rischio che a seguito dell'instaurazione del contraddittorio la prosecuzione dell'azione possa diventare concretamente inutile, il caso in cui l'instaurazione del contraddittorio sia praticamente impossibile. Per una ricostruzione anche storica, cfr. R. C. Dorr – M. Traphagen, *Federal Ex Parte Temporary Relief*, in 61 *Denv. L.J.* 767 (1984).

¹⁶⁵ Si veda in argomento T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 24 ss; G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, cit., 15.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

tuttavia, può avere durata indefinita¹⁶⁷, potenzialmente «indefinitamente protratta»¹⁶⁸, posto che nessuna disposizione impone obbligatoriamente l'inizio del giudizio di merito entro un termine perentorio, ferma restando la possibilità per il giudice di consolidare l'udienza della fase sommaria e quella di merito, con l'unificazione di fatto dei due procedimenti¹⁶⁹.

Quanto al terzo profilo¹⁷⁰, nei procedimenti protesi alla emanazione di un *TRO* l'udienza non è necessaria e, quando viene celebrata, si connota per la sua natura veloce e semplificata, senza possibilità che in essa abbia luogo l'assunzione della prova testimoniale. Viceversa, l'udienza è necessaria per l'ottenimento di una *preliminary injunction* e la sua mancata celebrazione costituisce un abuso di discrezionalità da parte del magistrato¹⁷¹. Tale assetto si ricollega al diverso tipo di prova richiesto al fine dell'ottenimento delle due diverse misure: nella prima il procedimento ha natura fondamentalmente cartolare e viene definito sulle base delle allegazioni e prove offerte a livello di *pleading*, con possibilità di ricorso ad *affidavit* o *verified complaint*. Nel caso delle *preliminary injunctions*, viceversa, nell'ipotesi di contestazione dei fatti posti

¹⁶⁷ Affermazioni circa la durata potenzialmente indefinita delle *preliminary injunctions* sono ricavabili dal dibattito concernente la conversione dei *TROs* in *preliminary injunctions*, ove si contrappone l'efficacia necessariamente limitata dei primi a quella potenzialmente indefinita delle seconde. Cfr. *Granny Goose Foods v. Bhd. of Teamsters & Auto Truck Drivers*, 415 U.S. 423. (1974). In dottrina, J.M. Furey, *Comments: The Duration of Temporary Restraining Orders in Federal Court* in 12 *U. Balt. L. Rev.*, 276 (1983).

¹⁶⁸ Su tale efficace espressione cfr. C. Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano 1953, 146. Cfr. altresì C. Mandrioli – A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, XVII ed., Torino 2020, III, 196.

¹⁶⁹ Cfr. Fed. R. Civ. P. 65 (a) (2).

¹⁷⁰ Su cui D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit. 478; T.E. Patterson – M.D. Haerberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 24 ss; G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, cit., 27 ss.

¹⁷¹ *Exec. Mgmt. Servs. v. Cincinnati State Tech. & Cmty. Coll.*, 2011-Ohio-6767 (Ct. App.). *Cobell v. Norton*, 391 F.3d 251, 261 (D.C. Cir. 2004).

dall'attore a fondamento della domanda, in sede d'udienza potrà avere luogo l'assunzione della prova testimoniale¹⁷².

Pur con marginali adattamenti dovuti al contesto procedimentale descritto, i presupposti per la concessione della misura cautelare sono sostanzialmente i medesimi, tanto per i *TROs* quanto per le *preliminary injunctions*¹⁷³. Occorre ribadire che, in assenza di indicazioni nel diritto positivo, l'individuazione dei presupposti (cc.dd. *factors*) è stata rimessa all'elaborazione giurisprudenziale. In proposito, secondo un insegnamento risalente, fatto proprio anche dalla Corte Suprema nel proprio significativo intervento con la pronuncia *Winter v. Natural Resources Defence Counsel, Inc*¹⁷⁴, sono andati delineandosi quattro fattori fondamentali, in forza dei quali si richiede all'attore che domandi l'emissione di una *preliminary injunction* di dimostrare: (i) di avere una ragionevole probabilità di successo nel merito; (ii) la probabilità di soffrire un pregiudizio irreparabile in caso di mancata concessione della misura; (iii) che il bilanciamento equitativo degli interessi in gioco sia a favore dell'attore; (iv) che la concessione della misura sia coerente con il pubblico interesse¹⁷⁵. Il contenuto dei singoli fattori ed il loro

¹⁷² T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *op. loc. ult. cit.*; quella dell'assunzione della prova testimoniale è peraltro evenienza piuttosto rara, data la natura sommaria del procedimento, motivo per cui le Corti tendono a preferire l'acquisizione della testimonianza nella forma della dichiarazione scritta, cfr. *Stanley v. University of Southern Calif.* (9th Cir. 1994) 13 F3d 1313, 1326. Cionondimeno, l'assunzione della prova può avvenire e l'udienza può anche durare diversi giorni, come evidenziato da D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit. 482

¹⁷³ Cfr. G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, 14.

¹⁷⁴ *Winter v. National Resource Defense Council, Inc*, 555 U.S. 7 (2008).

¹⁷⁵ Cfr. *ex multis* T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 31 ss.; in termini sostanzialmente analoghi, G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 38. Sull'interpretazione di tali fattori all'indomani della pronuncia di cui alla nota che precede cfr. R.A. Weisshaar, *Hazy Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunctions*, in 65 *Vand. L. Rev.* 1011 (2012); J.C. Love, *Teaching Preliminary Injunctions after Winter*, in 57 *St. Louis U. L.J.* 689, (2013); T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit.

reciproco atteggiarsi, nella ricerca di uno *standard* condiviso, sono da sempre al centro di intenso dibattito, su cui si tornerà più diffusamente nel prosieguo¹⁷⁶.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto, scopo della *preliminary injunction* è porre una regolamentazione provvisoria del conflitto improntata a canoni di equità per il tempo necessario alla celebrazione del giudizio di merito¹⁷⁷, al fine di prevenire la sofferenza di un pregiudizio irreparabile per l'istante e, secondo una massima tratlizia, preservare lo *status quo*¹⁷⁸. Scopo dei *TROs*, viceversa, è apprestare la cautela nella fase di massima urgenza, solo nel tempo necessario per la celebrazione dell'udienza sulla *preliminary injunction*¹⁷⁹.

Ricorrendo a categorie ed istituti tipici dell'ordinamento e del dibattito italiano, i *TROs*, nella misura in cui ambiscono ad assicurare la fruttuosità o l'effettività della successiva *preliminary injunction*, sembrano pertanto esprimere un'esigenza di cautela così immediata da essere

¹⁷⁶ Per una ricognizione del dibattito si richiama J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., rinviando al successivo par. 5 per una più completa esposizione del problema.

¹⁷⁷ Come osservato in *Trump v. International Refugee Assistance Project* (2017) _ US _, __, 137 S.Ct. 2080, 2087 (per curiam), «The purpose of such interim equitable relief is not to conclusively determine the rights of the parties [...], but to balance the equities as the litigation moves forward».

¹⁷⁸ Il riferimento alla preservazione dello *status quo* è costante, tanto in giurisprudenza quanto nelle ricostruzioni dottrinali. Tra le innumerevoli pronunce cfr. *City & County of San Francisco v. United States Citizenship & Immigration Services* (9th Cir. 2019) 944 F3d 773, 789. In dottrina cfr. W.W. Kerr, *A treatise on the law and practice of injunctions in equity*, cit., 11; molto più di recente, cfr. G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, 9; G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 38. La sostanziale perdita di rilevanza pratica (e attualità) di tale requisito, su cui si tornerà più ampiamente *infra*, è messa in rilievo *ex multis* da T.R. Lee, *Preliminary Injunctions and the Status Quo*, 58 *Wash. & Lee L. Rev.* 109 (2001).

¹⁷⁹ Per una chiara affermazione cfr. *Granny Goose Foods, Inc. v. Brotherhood of Teamsters & Auto Truck Drivers Local No. 70 of Alameda County* (1974) 415 US 423, 439, 94 S.Ct. 1113, 1124. Come efficacemente evidenziato da D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 469, sussistendo idonee condizioni d'urgenza, un *TRO* sarà emblematicamente emesso dal giudice a casa propria, nel cuore della notte.

assimilabile alla «cautela al quadrato»¹⁸⁰ tipica del provvedimento emesso *inaudita altera parte* ex art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c., mentre la cautela sembra addirittura definibile come elevata al cubo qualora il *TRO* venga concesso *ex parte*.

Guardando al modello nel suo complesso, l'esistenza di una misura connotata da strumentalità rispetto al giudizio di merito ed efficacia provvisoria ma potenzialmente indefinitamente protratta e l'assenza di alcun obbligo in ordine all'introduzione del giudizio di merito collocano probabilmente il sistema americano nella famiglia di quegli ordinamenti cui appartiene, tra gli altri, il modello francese (ma ora anche il modello italiano, a seguito dell'attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e giudizio di merito attuato in forza della l. 14 marzo 2005 n. 80 per i provvedimenti aventi natura anticipatoria di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.)¹⁸¹; ordinamenti caratterizzati dalla non obbligatorietà dell'introduzione del processo di merito ai fini della conservazione degli effetti della misura cautelare alla quale, pur precaria sul piano della stabilità, può risultare *de facto* demandata la regolazione del conflitto¹⁸².

¹⁸⁰ L'efficace espressione è di C. Consolo, in C. Consolo – F. P. Luiso – B. Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 1991, *sub* art. 74 (669-*bis*), 468, 470, 621. Analogamente, cfr. L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, V Ed., Padova 2015, 403. Il parallelismo appare particolarmente calzante rispetto all'interpretazione estensiva della norma di cui all'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. data da una parte della dottrina, secondo cui il provvedimento *inaudita altera parte* è concedibile non solo nel caso, normativamente previsto, in cui la convocazione della controparte possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento cautelare, ma più in generale quando la convocazione della controparte possa frustrare l'efficacia della cautela, tesi sostenuta da C. Consolo, *op. cit.*, 625; F. P. Luiso, *Le riforme dei procedimenti cautelari*, in *Doc. giust.* 1990, 50; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 372. Sulla tesi restrittiva, cfr. per tutti A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 339; A. Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 368; G. Finocchiaro, *Sul nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 873 ss.

¹⁸¹ Ci si limita a rinviare per una trattazione di tale importante profilo ad A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 283 ss.

¹⁸² Ci si riferisce alla classificazione di G. Tarzia, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, cit., XXXVI – XXXVII.

Sommarietà del procedimento, provvisorietà degli effetti e, soprattutto, propensione funzionale alla neutralizzazione del pericolo di un pregiudizio irreparabile confermano inoltre la piena sussumibilità delle misure *de quibus* entro la categoria delle misure cautelari¹⁸³.

3. Regime istruttorio, cauzione, esecuzione mediante *Contempt of Court*

La sommarietà del procedimento e la natura equitativa della misura cautelare conducono ad una significativa ricalibrazione dei principi in materia di prova, non priva di alcune, almeno apparenti, contraddizioni. Da un lato, l'onere della prova¹⁸⁴, secondo le regole normali, grava

¹⁸³ Sul concetto di provvedimento cautelare si rinvia a S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 138 ss.

¹⁸⁴ Occorre sottolineare che, come noto, la nozione di onere della prova in senso stretto («burden of proof»), pur diffusa nella prassi e spesso utilizzata, probabilmente anche per immediatezza dialettica, viene impiegata solo a tecnicamente nel sistema processuale statunitense, come fusione di due ulteriori e diverse categorie aventi, esse sì, propria dignità tecnico-giuridica, ossia «burden of production» e «burden of persuasion». La prima si riferisce all'onere di fornire al giudice o alla giuria sufficienti elementi di prova a sostegno delle allegazioni di parte («A party having the burden of production has the burden of placing sufficient evidence in the record supporting all essential elements of her claim to allow the finder of fact — judge or jury — to find in her favor»). La seconda si riferisce al diverso onere di convincere il giudice o la giuria della veridicità delle allegazioni in fatto alla luce delle prove prodotte o dedotte («The “burden of persuasion” in contrast, describes the standard that the finder of fact is required to apply in determining whether it believes that a factual claim is true»), così, per restare nella manualistica processualistica, G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 504 – 505. In argomento, cfr. F. James, Jr., *Burdens of Proof*, in 47 *Va. L. Rev.* 51 (1961). La bipartizione della nozione di *burden of proof* nelle due citate categorie viene concordemente ricondotta nella dottrina americana a J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898 e si contrappone alla concezione unitaria dell'onere della prova tipica dei sistemi di *civil law*, incluso quello italiano, su cui qui ci si limita a richiamare, G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Roma 2013; M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970; Id., voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, vol. XIII, Torino 1995. Pur prendendo giustamente atto di come *burden of production* e *burden of persuasion* costituiscano sostanzialmente due facce di un'unica medaglia, tanto appunto da essere spesso fusi e confusi nell'unico concetto di *burden of proof*, ci pare di poter concordare con l'opinione di chi ha evidenziato come sembri più propriamente la categoria del *burden of persuasion* a presentare maggiori possibilità

sulla parte attrice¹⁸⁵ ed anzi, parrebbe rafforzato in ragione della natura straordinaria della misura richiesta¹⁸⁶. Dall'altro lato, tuttavia (e quasi all'opposto), il regime probatorio risulta semplificato, poiché la concessione della misura cautelare postula la formazione di una prova meno completa rispetto a quella richiesta in sede di merito¹⁸⁷. A corollario di tale ultima regola, la giurisprudenza ammette in maniera costante la possibilità di valutare nell'ambito del procedimento sommario in analisi anche prove che viceversa sarebbero radicalmente inammissibili in sede di *trial*¹⁸⁸. Tale orientamento ha avuto modo di svilupparsi principalmente a partire dalle sollecitazioni provenienti nella prassi applicativa in relazione alla testimonianza

di sovrapposizione con la categoria dell'onere della prova (soggettivo) come intesa nel processo civile italiano, nella sua classica accezione di norma di giudizio di chiusura, basata sull'allocazione soggettiva del rischio della mancata prova di un determinato fatto controverso: conf. cfr. M. Garavaglia, *La ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di civil law e common law*, Tesi di Dottorato, Università di Milano 2016, 14. Ciò, peraltro, con la necessaria consapevolezza delle differenze di fondo rimanenti tra i vari sistemi, ed in particolare del fatto che proprio l'onere di convincere la giuria della veridicità delle allegazioni in fatto costituisce tutt'oggi un momento processuale in grado di esaltare le peculiarità del modello in esame come autentico paradigma del processo accusatorio, teatro dell'oralità e del ruolo passivo del giudice rispetto a quello (dei difensori) delle parti.

¹⁸⁵ Per una affermazione in giurisprudenza cfr., *West Point-Pepperell, Inc. v. Donovan* (11th Cir. 1982) 689 F2d 950, 956, secondo cui «A preliminary injunction may issue only if the movant carries the burden of persuasion as to all four prerequisites».

¹⁸⁶ Tra le molte, cfr. *Jordan v. Fisher* (5th Cir. 2016) 823 F3d 805, 809, secondo cui l'onere della prova deve essere «clearly carried» in ordine a tutti i quattro fattori; *Earth Island Inst. v. Carlton* (9th Cir. 2010) 626 F3d 462, secondo cui «plaintiffs seeking a preliminary injunction face a difficult task in proving that they are entitled to this “extraordinary remedy”».

¹⁸⁷ Il *leading case* di riferimento è *University of Texas v. Camenisch*, 451 U.S. 390, 395 (1981), secondo cui «The purpose of a preliminary injunction is merely to preserve the relative positions of the parties until a trial on the merits can be held. Given this limited purpose, and given the haste that is often necessary if those positions are to be preserved, a preliminary injunction is customarily granted on the basis of procedures that are less formal and evidence that is less complete than in a trial on the merits».

¹⁸⁸ Per una chiara affermazione giurisprudenziale del principio, cfr. *ex multis Flynt Distributing Co., Inc. v. Harvey* (9th Cir. 1984) 734 F2d 1389, 1394, secondo cui «The trial court may give even inadmissible evidence some weight, when to do so serves the purpose of preventing irreparable harm before trial».

de relato (c.d. *hearsay*)¹⁸⁹, inequivocabilmente dichiarata inammissibile dalle *Federal Rules of Evidence*¹⁹⁰ e viceversa graniticamente considerata valutabile dalle Corti adite in sede di *preliminary injunctions*. Ciò, anche argomentando a partire dall'addentellato normativo di cui alla *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁹¹, secondo cui le prove assunte in sede sommaria ed ammissibili in sede di *trial* non necessitano di essere ripetute in quest'ultima sede (da cui si desume *a contrario* la possibilità di assumere in sede sommaria anche prove inammissibili in sede di merito), nell'ambito di un dibattito in cui è peraltro messa in discussione l'applicabilità *tout court* delle *Federal Rules of Evidence* al procedimento che governa *TROs* e *preliminary injunctions*¹⁹². Il quadro descritto, peraltro, non sembra del tutto sorprendente, presentando punti di apparente affinità rispetto all'elaborazione condotta rispetto al modello italiano. La dottrina, infatti, è giunta a concludere che anche nel processo cautelare (italiano) il giudizio di verosimiglianza della pretesa attorea cui è chiamato il giudice non ha natura meramente probabilistica ma richiede un grado di avvicinamento alla verità, seppur inferiore rispetto a quello richiesto dalla tutela dichiarativa ed è pertanto da condurre sulla base

¹⁸⁹ Sulla *hearsay evidence* in generale nel sistema in esame, cfr. A. Dondi, *L'evoluzione della "hearsay rule" nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 97 ss.; Id., *ivi*, 223 ss.

¹⁹⁰ «Fed R. Evid. 802. The Rule Against Hearsay

Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise:

- a federal statute;
- these rules; or
- other rules prescribed by the Supreme Court».

¹⁹¹ Fed. R. Civ. P. 65(a)(2), secondo cui «[...]evidence that is received on the motion and that would be admissible at trial becomes part of the trial record and need not be repeated at trial [...]».

¹⁹² Su tali questioni cfr. M.J. Lichtenstein, *Settling the Law in the Circuits: Presenting Hearsay Evidence in a Preliminary Injunction Hearing*, in *29 Am. J. Trial Advoc.* 415 (2005); M. Wittlin, *Meta-Evidence and Preliminary Injunctions*, in *10 UC Irvine L. Rev.* 1331 (2020).

dei mezzi di prova offerti dalle parti¹⁹³. In tale contesto, parte della dottrina¹⁹⁴ ritiene che la regola dell'onere della prova (in senso oggettivo) subisca un forte depotenziamento, anche in considerazione dell'applicazione della tecnica decisoria del bilanciamento degli interessi delle parti¹⁹⁵, con correlato rafforzamento della regola del libero convincimento, che costituisce il contraltare proprio della regola dell'onere della prova¹⁹⁶. Senza addentrarsi in tale dibattito preme evidenziare il dato, comune ai due sistemi, per cui la superficialità della cognizione rischia potenzialmente di condurre ad un accertamento dei fatti qualitativamente migliore rispetto a quello ottenibile in sede ordinaria, in virtù del maggior ventaglio di prove

¹⁹³ Cfr. A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 307.

¹⁹⁴ In tal senso cfr. S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 458 ss.; B. Cavallone, *Les mesures provisoires et les règles de preuve*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, a cura di J. V. Compernelle – G. Tarzia, Bruxelles 1998, 174. A livello comparatistico, nella medesima prospettiva, rispetto al sistema inglese, ove si riconosce ampia discrezionalità al giudice nella concessione della misura a prescindere da qualsiasi vincolo sul piano delle regole di giudizio e delle prove, cfr. V. Varano, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, in *Riv. dir. civ.* 1985, 241; Id., voce *Injunction*, cit., spec. al par. 4. In senso contrario, sulla piena applicazione del principio dell'onere della prova al processo cautelare cfr. A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 13; F. Carpi, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1265. Nel medesimo senso L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, cit., 402, la quale si oppone alla tesi, correlata e su cui non è qui possibile intrattenersi, secondo la quale nel procedimento cautelare subisce una attenuazione anche il principio di disponibilità delle prove, in conseguenza dell'attribuzione di poteri istruttori officiosi al giudice più ampi rispetto a quelli esercitabili in sede ordinaria.

¹⁹⁵ Sul tema cfr. C. Consolo, *Il nuovo processo cautelare: problemi e casi*. Torino 1998, 18.

¹⁹⁶ In tema S. Patti, *Prove. Disposizioni generali*, Bologna – Roma 1997, 158.

ammissibili¹⁹⁷. Tale aspetto apre a spunti di riflessione anche attorno al grande tema dell'accertamento della verità nel processo civile¹⁹⁸.

Proseguendo nell'analisi dei principali aspetti procedurali che governano il regime delle misure cautelari in esame, la lettera di cui alla *Rule 65* delle *Federal Rules of Civil Procedure* subordina nelle Corti federali la concessione di un *TRO* o di una *preliminary injunction* alla prestazione di una garanzia («bond»)¹⁹⁹. *Ratio* della disposizione è contemperare contrapposti interessi delle parti, ossia tanto l'interesse dell'attore ad ottenere la misura cautelare, quanto quello del convenuto al ristoro dei pregiudizi subiti qualora il giudizio di merito riveli l'ingiustizia della misura medesima (con correlata sua revoca)²⁰⁰. L'escussione del *bond*

¹⁹⁷ Nel sistema italiano il corretto accertamento dei fatti è ostacolato anche dalle concrete, criticabili, modalità di assunzione della prova previste dal codice di rito vigente, specie con riguardo alla prova testimoniale, su cui L. Dittrich, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 589 ss.; Id., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 108 ss.

¹⁹⁸ Su tale ampia e fondamentale questione, ci si limita a richiamare nella dottrina americana M. Damaska, *Truth in Adjudication*, in 49 *Hastings L.J.* 289 (1998). Nella dottrina italiana, M. Taruffo, *La semplice verità: il Giudice e la costruzione dei fatti*, Roma – Bari 2009; Id., *Verso la decisione giusta*, Torino 2020. Non può non menzionarsi, inoltre, il dibattito stimolato dalla prima delle due menzionate opere del Prof. Michele Taruffo, tra quest'ultimo ed il Prof. Bruno Cavallone, sulle pagine della *Rivista di diritto processuale*. Ci si riferisce a B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1 ss.; M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 995 ss.

¹⁹⁹ Cfr. Fed. R. Civ. P. 65(c), secondo cui «The court may issue a preliminary injunction or a temporary restraining order only if the movant gives security in an amount that the court considers proper to pay the costs and damages sustained by any party found to have been wrongfully enjoined or restrained. The United States, its officers, and its agencies are not required to give security».

²⁰⁰ In argomento cfr. D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 463 ss.; T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 77; E. C. Morton, *Security for Interlocutory Injunctions under Rule 65(c): Exceptions to the Rule Gone Awry*, 46 *Hastings L.J.* 1863, 1864 (1995).

prescinde dalla configurabilità di mala fede processuale in capo alla parte che richiede (ed ottiene) il provvedimento cautelare, configurandosi alla stregua di una mera conseguenza obiettiva della soccombenza²⁰¹. L'ammontare del *bond*, rimesso alla discrezionalità della Corte, tendenzialmente potrà coprire ogni forma di danno potenzialmente verificabile fino alla pronuncia della decisione di merito ed avrà altresì la funzione di rendere *ex ante* conoscibile per la parte istante la latitudine della propria potenziale esposizione, fungendo normalmente da tetto per il danno risarcibile²⁰². Nonostante l'apparentemente chiarezza del dato normativo, le Corti federali si sono rese protagoniste di una *interpretatio abrogans* in ordine al requisito della obbligatorietà del *bond*, argomentando a partire dalla discrezionalità del giudice nello stabilire l'ammontare della garanzia, cui conseguirebbe il potere di ridurla al valore nominale e, quindi, addirittura azzerarla²⁰³. La dispensa dalla prestazione della garanzia è stata ritenuta concedibile in presenza di fattori quali l'esistenza di quello che noi definiremmo un forte *fumus boni iuris*; difficoltà finanziarie dell'attore; la rilevanza pubblica del diritto di cui si chiede la protezione urgente²⁰⁴. L'orientamento è ad oggi seguito dal secondo, quarto, sesto, nono e decimo

²⁰¹ Cfr. *Coyne-Delany Co. v. Capital Dev. Bd.* – 717 F.2d 385 (7th Cir. 1983).

²⁰² Cfr. *Axia NetMedia Corp. v. Mass. Tech. Park Corp.*, 889 F.3d 1 (1st Cir. 2018), secondo cui « The bond also serves to provide notice to the moving party as to the “maximum extent of its potential liability, since the amount of the bond is the limit of the damages the [enjoined party] can obtain for a wrongful injunction.” [...] By providing that the bond should be “in an amount that the court considers proper,” Fed. R. Civ. P. 65(c), the Federal Rules of Civil Procedure vest the district court with “wide discretion” ». Come notato da T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 96 – 97, due eccezioni al principio per cui l'ammontare dei danni risarcibili è limitato al valore del *bond* sono costituite dalle ipotesi di azione in malafede ed ingiustificato arricchimento.

²⁰³ Cfr. *City of Atlanta v. Metropolitan Rapid Transit Authority*, 636 F.2d 1084, 1094 (5th Cir. 1981). Contrario a tale evoluzione giurisprudenziale, in dottrina E. C. Morton, *Security for Interlocutory Injunctions under Rule 65(c): Exceptions to the Rule Gone Awry*, cit.

²⁰⁴ Cfr. D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 464.

circuito²⁰⁵. Alla base di tale interpretazione, come evidente, vi è un'ispirazione perequativa della posizione delle parti, come desumibile anche dalla presenza in talune legislazioni processuali statali di disposizioni che espressamente autorizzano la dispensa dalla garanzia stessa²⁰⁶. Anche in questo caso, sia in ordine alla funzione lato senso contro-cautelare della cauzione sia in ordine alla sua natura sostanzialmente discrezionale (raggiunta nell'ordinamento americano ad esito dell'elaborazione giurisprudenziale di cui si è dato conto), sembrano potersi delineare linee di convergenza rispetto al modello italiano²⁰⁷.

Quanto all'aspetto esecutivo, l'osservanza di *TROs* e *preliminary injunctions* è presidiata dal rimedio del *contempt of court*²⁰⁸. Trattasi come ben noto di un istituto tipico e distintivo dei

²⁰⁵ T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 78 – 81.

²⁰⁶ Si veda ad esempio la disposizione di cui al § 529 del Codice di rito californiano, di cui di recente è stata ribadita esplicitamente la *ratio* di ampliamento dell'accesso alla giustizia degli indigenti in *BBBB Bonding Corp. v. Caldwell*, 73 Cal. App. 5th 349 (2021).

²⁰⁷ Su tali aspetti cfr. L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, cit., 442 ss., a commento della norma di cui all'art. 669-*undecies* c.p.c. Sulla funzione di contro-cautela ovvero «cautela della cautela» assolta dalla cauzione nell'ordinamento italiano cfr. rispettivamente, già nella dottrina classica, G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli 1953, 251; P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 45. Più di recente, con riguardo alla disciplina vigente, con specifico riguardo alla funzione di riequilibrio dell'istituto cfr. C. Consolo, *Sub art. 669 undecies*, in *Codice di procedura civile commentato*, (a cura di) C. Consolo – F. P. Luiso, II, III Ed., Milano 2007, 2897; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 567.

²⁰⁸ Cfr. M.K. Kayne, *Provisional and Final Remedies and Special Proceedings*, cit., §2960; V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., [13:229]; T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 131 ss.; G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, cit., 74.

sistemi di *common law*, da sempre ampiamente studiato²⁰⁹, anche a livello comparatistico²¹⁰, la cui essenza consiste in un atto di violazione di un comando giudiziale ovvero di disprezzo dell'autorità della Corte²¹¹. Nato con la giurisdizione di *equity*, esso costituisce fondamentale paradigma dell'esperienza processuale e giuridica dei paesi anglosassoni e del ribaltamento rispetto ai sistemi di *civil law* del rapporto tra diritto soggettivo ed azione che caratterizza i primi, figlio della preminenza del momento (e del formante) giurisprudenziale: nella *common law*, sviluppatasi come *law of remedies*, infatti, i diritti esistono solo se concretamente suscettibili di essere tutelati in forza di idoneo rimedio a fronte della loro lesione o minaccia di lesione²¹². Secondo tradizionale classificazione, di cui peraltro viene messa in evidenza la

²⁰⁹ Tra i moltissimi, E.M. Dangel, *Contempt*, Boston 1939; C.J. Miller, *Contempt of Court*, III Ed., Oxford 2000; D.D. Dobbs, *Contempt of Court, a Survey*, in 56, *Cornell L. Rev.*, 183 (1970 – 1971); L.N. Gray, *Criminal and Civil Contempt: Some Sense of a Hodgepodge*, in 72 *St. John's L. Rev.* 337 (1998).

²¹⁰ Nella dottrina italiana cfr. V. Varano, voce *Contempt of court*, in *Dig., disc. pen.*, vol. III, Torino 1989; A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 211 ss.; A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Milano 1985, 135 ss.; C.V. Giabardo, *Aspetti distintivi del civil contempt of court nel processo civile angloamericano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 295 ss.

²¹¹ Una chiara definizione è fornita da O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 837: «Equity's unique method of enforcement is coercive contempt, used to persuade defendant to allow plaintiff to enjoy substantive right. The judge keeps the promise he made when he first said that plaintiff's money remedy was inadequate; he tells defendant to jail or to pay a fine until he complies. Coercive contempt resembles a Sword of Damocles, a second injunction with the sanction specified and hanging by a thread. Contemnor may comply and avoid the sword». Per una recente definizione nella giurisprudenza, con riferimento anche al *contempt of Court* come potere inerente di ogni Corte federali, incluse quelle fallimentari, cfr. *Schermerhorn v. Centurytel, Inc. (In re Skyport Glob. Communs., Inc.)*, Nos. 08-36737-H4-11, 10-03150, 10-03225, 10-03150), 2013 Bankr. LEXIS 3218 (Bankr. S.D. Tex. Aug. 7, 2013).

²¹² Ampiamente su tali aspetti e sull'origine storica del *contempt of court*, cfr. A. Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 214 ss.; cfr. inoltre M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa – M. Graziadei – A. Guarneri – U. Mattei – P.G. Monateri – R. Sacco, *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile* (diretto da) R. Sacco, Torino 2001, 25, con particolare riferimento alla marginalità della categoria del diritto soggettivo negli ordinamenti di *common law*.

problematicità²¹³, si distingue tra *civil contempt* e *criminal contempt*. Il primo consiste in un atto di mancata osservanza di un ordine della Corte, il quale potrà essere sanzionato in via compensativa (c.d. *remedial civil contempt*), imponendo ad esempio il risarcimento del danno a carico della parte inadempiente, ovvero in via coercitiva (c.d. *coercive civil contempt*), imponendo alla parte inadempiente il pagamento di una penalità giornaliera ovvero addirittura l'incarcerazione²¹⁴. Il *criminal contempt*, invece, consiste in una condotta di volontaria offesa della dignità e dell'autorità della Corte e viene sanzionato con l'apertura di un vero e proprio separato procedimento penale a carico del soggetto agente, su istanza della Corte²¹⁵. Come detto e risaputo, l'istituto è da sempre al centro di amplissimo approfondimento ed è bene rinviare altrove per una sua compiuta trattazione, non senza avere richiamato e ribadito l'impatto di tale fortissimo strumento sul modello cautelare di tutela dei diritti statunitense. A livello processuale, è interessante soffermarsi brevemente sulla c.d. *Collateral Bar Rule*, secondo cui la parte che si renda volontariamente (diremmo noi, dolosamente) inadempiente ad un ordine della Corte e quindi debba rispondere di *criminal contempt of Court* perde il diritto di impugnare nel merito il provvedimento violato, che rimane sindacabile solo per motivi di rito (tipicamente la giurisdizione), acquisendo così una stabilità ancor più accentuata²¹⁶. La regola

²¹³ Cfr. E.C. Dudley Jr., *Getting Beyond the Civil/Criminal Distinction: A New Approach to the Regulation of Indirect Contempts*, in 79 Va. L. Rev. 1025, 1049 (1993).

²¹⁴ In argomento cfr. O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 972 ss.; D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 795; T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 133 ss.

²¹⁵ Cfr. O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 889 ss.; D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 794; T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 136 ss.

²¹⁶ Cfr. in argomento D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 821 ss.; D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 155 ss; H.S. Shapiro, *The Collateral Bar Rule - Transparently Invalid: A Theoretical and Historical Perspective*, in 24 Colum. J.L. & Soc. Probs. 561 (1991); J. R. B. Palmer, *Collateral Bar and Contempt: Challenging a Court Order after Disobeying It*, in 88 Cornell L. Rev. 215 (2002).

ha trovato significativo e drammatico banco di prova, nonché occasione di riaffermazione, tra l'altro, nel contenzioso scaturente dal tentativo di sopprimere il movimento per i diritti civili e la marcia contro la segregazione razziale negli Stati Uniti²¹⁷ e viene criticata in dottrina, specie nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia concessa *ex parte*²¹⁸. Nell'ambito di una ricerca sulla tutela cautelare ed urgente, sembra inoltre utile spendere qualche considerazione su una peculiarità dell'istituto, probabilmente tendenzialmente rimasta in ombra, che purtuttavia può avere una sua importanza nella prospettiva qui assunta. Ci si riferisce al c.d. *anticipatory contempt*²¹⁹, la cui enucleazione può essere ricondotta al *leading case Merrimack River Savings Bank v. Clay Center*²²⁰. In quel caso, una *preliminary injunction* era stata concessa in corso di causa al fine di impedire l'abbattimento da parte di una municipalità di alcuni pali dell'elettricità, ritenuto illegittimo dagli istanti, ma la domanda era stata poi respinta nel processo di merito per motivi inerenti alla giurisdizione del giudice adito; la misura cautelare aveva conservato la propria efficacia in sede di impugnazione, fino al definitivo rigetto della domanda da parte della Corte Suprema. Il convenuto infine aveva quindi proceduto all'abbattimento, pur in pendenza del termine per una (improbabile) richiesta di *rehearing*²²¹ da

²¹⁷ Il precedente di riferimento è *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967). Il caso origina dagli eventi che condussero alla incarcerazione di Martin Luther King Jr. il Venerdì Santo del 1963 e alla sua condanna per *contempt of Court* per violazione di un *TRO*, emesso *ex parte*, che aveva proibito a lui e ad altri 138 individui e due associazioni di manifestare contro la segregazione razziale nella città di Birmingham, Alabama. Dalla prigione, il Reverendo scrisse la famosa *Letter from Birmingham Jail*, manifesto ideale e punto di svolta nella lotta per i diritti civili. Per una ricostruzione del caso e degli eventi, cfr. D.B. Oppenheimer, *Martin Luther King, Walker v. City of Birmingham, and the Letter from Birmingham Jail*, cit.

²¹⁸ Cfr. D. Rendleman, *More on Void Orders*, in 7 *Ga. L. Rev.* 246, 291 (1973).

²¹⁹ Su cui cfr. D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 813 ss.

²²⁰ Cfr. *Merrimack River Savings Bank v. Clay Center*, 219 U.S. 527 (1911); analogamente, poi, *Lamb v. Cramer*, 285 U.S. 217 (1932).

²²¹ Tale istituto ambisce a chiedere una nuova considerazione del caso da parte del Giudice che su di esso si è già pronunciato e la sua proponibilità non preclude la definitività della decisione, come spiegato da C.A. Wright – M.K. Kane, *Law of Federal Courts*, cit., 698.

parte del soccombente. Tale condotta, integrante una modificazione sostanzialmente irreversibile dello stato di fatto, è stata ritenuta sanzionabile dalla Corte Suprema per *contempt of Court*. Il principio è stato poi ribadito in *Griffin v. County School Board*²²², caso collocabile ancora una volta nel solco della marcia per i diritti civili e della lotta contro la segregazione nelle scuole statunitensi negli anni '50 e '60 del secolo scorso. In quel giudizio, pendente appello avente ad oggetto la legittimità di sovvenzioni pubbliche agli studenti frequentanti le scuole private, che di fatto favorivano la segregazione razziale, la Contea di Prince Edward, in Virginia, aveva proceduto all'erogazione delle sovvenzioni alle famiglie degli studenti (tutti di etnia bianca). Tale condotta è stata ritenuta dalla Corte d'Appello per il quarto circuito integrare gli estremi del *civil contempt* ed il *Board of Supervisors* della contea è stato condannato a reintegrare le casse pubbliche dei fondi in precedenza elargiti. Nei due casi, la natura normativa del *contempt of court*²²³ ha avuto una finalità di preservazione dello *status quo pendente lite* assimilabile a quella tipica di *TROs* e *preliminary injunctions*: nel primo caso conferendo alla misura cautelare una sorta di ultrattività virtuale; nel secondo quasi anticipandone il contenuto. L'orientamento, criticato in dottrina, anche per violazione dei requisiti di specificità che devono caratterizzare le *preliminary injunctions* e che inducono a preferirne una interpretazione testuale e restrittiva²²⁴, sembra essere stato abbandonato anche dalle Corti²²⁵. La sua autorità, cionondimeno, soprattutto nella misura in cui esprime un aggancio al principio di buona fede processuale, appare tutt'ora non del tutto svanita, come del resto testimonia la sua perdurante riproposizione nell'insegnamento dei *Remedies*. Più in generale, risulta confermato come la fase processuale sia permeata da ampi poteri discrezionali in capo alla Corte, la cui esistenza esercita anche indirettamente una efficacia deterrente rispetto a condotte in malafede o

²²² *Griffin v. County School Board*, 363 F.2d 206 (4th Cir. 1966).

²²³ Su tale concetto cfr. C.V. Giabardo, *Aspetti distintivi del civil contempt of court nel processo civile angloamericano*, cit., 803.

²²⁴ In tal senso, sull'interpretazione delle *injunctions*, cfr. F. A. Hessick – M.T. Morley, *Interpreting injunctions*, in 107 *Va. L. Rev.* 1059 (2021).

²²⁵ Cfr. D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 820 – 821.

comunque opportunistiche, di fatto presidiando quei medesimi beni giuridici alla cui protezione la tutela cautelare ambisce.

4. Regime delle impugnazioni. Tutela urgente avanti la Corte Suprema (rinvio)

A chiusura della trattazione dei principali aspetti procedurali governanti il sistema delle misure cautelari, occorre soffermarsi sul regime delle impugnazioni. Anzitutto, *TROs*²²⁶ e *preliminary injunctions*²²⁷ possono venire revocati («dissolution») o modificati («modification») dal giudice che li ha emessi. Le Corti sono divise sull'individuazione dei presupposti legittimanti l'adozione delle due misure. Infatti, a un orientamento che ritiene necessaria la sopravvenienza di nuovi fatti²²⁸ se ne contrappone uno che riconosce al giudice una più ampia discrezionalità, anche a compensazione della accentuata discrezionalità caratterizzante la precedente fase di concessione della misura²²⁹.

²²⁶ Cfr. Fed. R. Civ. P. 65 (b), secondo cui il diritto di chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare è sempre garantito alla parte che sia stata destinataria passiva di un *TRO ex parte*, con solo due giorni di preavviso alla parte istante (ovvero nel termine più breve stabilito dalla Corte).

²²⁷ In generale sulla modificabilità e revocabilità di *TROs* e *preliminary injunction* cfr. T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 147 ss.; G.J. Scandaglia – W.J. Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, in *Illinois Institute for Continuing Legal Education's Business & Commercial Litigation*, cit., 41 ss., 66 ss; V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., [13:134] e [13.212].

²²⁸ Cfr. *Alto v. Black* (9th Cir. 2013) 738 F3d 1111, 1120.

²²⁹ Cfr. *Commodity Futures Trading Comm'n v. Battoo* (7th Cir. 2015) 790 F3d 748, 751. Per una rassegna della giurisprudenza in tema di *modification* e *dissolution*, cfr. T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 150 ss.

Venendo ai profili concernenti le impugnazioni in senso stretto²³⁰, avverso i provvedimenti che concedano o neghino una misura cautelare è prevista la possibilità di proporre appello immediato (interlocutorio) in forza della previsione di cui alla Sezione 1292(a)(1) del *Judicial Code*²³¹, la quale introduce un'eccezione alla regola generale, sancita dalla disposizione di cui al §1291²³², secondo cui la giurisdizione delle Corti d'Appello federali può avere ad oggetto solo provvedimenti definitivi emessi dalle Corti distrettuali²³³. Avanti le Corti federali, si ritiene che solo le *preliminary injunctions* siano impugnabili, non anche i *TROs*, e proprio la corretta qualificazione a tal fine della natura della singola misura di volta in volta oggetto di attenzione è oggetto di costante lavoro giurisprudenziale²³⁴. La proposizione dell'impugnazione si accompagna tendenzialmente nella prassi ad una mozione di sospensione dell'efficacia («stay») o concessione della misura cautelare in pendenza dell'appello, da rivolgere anzitutto al giudice *a quo* e poi in subordine al giudice *ad quem*, dimostrando l'impossibilità di rivolgere la mozione al giudice di prime cure ovvero il previo rigetto ad opera di quest'ultimo, come

²³⁰ Su cui cfr. O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 392 ss. D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 479 ss.

²³¹ Cfr. 28 U.S.C. §1292(a)(1).

²³² Cfr. 28 U.S.C. §1291.

²³³ Una importante eccezione alla regola della appellabilità delle sole pronunce definitive è portata dalla c.d. *collateral order doctrine*, che rende possibile in limitate circostanze proporre appello contro decisioni interlocutorie su questioni non attinenti al merito della causa in relazione alle quali il divieto di appello immediato sostanzialmente eliderebbe *in toto* il diritto di impugnazione. Si rinvia in proposito a J.H. Friedenthal – M.K. Kane – A.R. Miller – A.N. Steinman, *Civil procedure*, cit., 598 ss.

²³⁴ Per una ricostruzione del problema cfr. *Service Employees Int'l Union v. National Union of Healthcare Workers* (9th Cir. 2010) 598 F3d 1061, 1067, ove vengono individuati come indici rilevatori al fine dell'individuazione del tipo si misura la complessità dell'udienza oppure la durata; in particolare, quanto a quest'ultimo requisito, se essa supera i ventotto giorni costituenti la durata massima di un *TRO*, il provvedimento sarà trattato alla stregua di una *preliminary injunction* e quindi ritenuto appellabile.

previsto dalla *Rule 8* delle *Federal Rules of Appellate Procedure*²³⁵. Il sindacato del giudice d'appello ha una geometria variabile nell'interpretazione delle Corti e può estendersi dalla mera verifica circa l'assenza di un abuso di discrezionalità del giudice inferiore fino ad una vera e propria valutazione *de novo* dei presupposti legittimanti la concessione della misura²³⁶. Pur permanendo notevoli oscillazioni interpretative, la Suprema Corte ha inoltre fissato i presupposti per la sospensione o la concessione della misura cautelare in pendenza di appello, in maniera sostanzialmente coincidente agli *standards* già richiesti in sede di prime cure, precisando come la parte impugnante abbia, nei gradi successivi al primo, un onere di persuasione particolarmente accentuato²³⁷.

Proprio il regime delle impugnazioni delle misure provvisorie costituisce un canale di accesso accelerato alla Corte Suprema, su cui è particolarmente interessante soffermarsi, anche alla luce delle crescenti sollecitazioni ricevute dal supremo organo giurisdizionale negli anni recenti. Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, nell'ambito di una più ampia analisi dei poteri di tutela urgente affidati al supremo organo giurisdizionale statunitense²³⁸.

²³⁵ Cfr. FRAP 8. Si veda altresì, V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., [13:217] – [13.220].

²³⁶ L'oscillazione è messa in evidenza da F. A. Hessick – M.T. Morley, *Interpreting injunctions*, cit., spec. 1061, nota 5. I medesimi autori si esprimono favorevolmente ad una valutazione *de novo* in sede d'appello dei presupposti legittimanti l'adozione della misura cautelare, cfr. 1106 ss. Conf. in giurisprudenza, *Abbott Labs. v. TorPharm, Inc.*, 503 F.3d 1372, 1382 (Fed. Cir. 2007). Sulla posizione opposta, cfr. *Moses v. Washington Parish School Bd.* (5th Cir. 2004) 379 F3d 319, 327.

²³⁷ Si veda *Nken v. Holder*, 556 U.S. 418, 129 S. Ct. 1749 (2009), secondo cui «the applicant must meet a heavy burden of showing not only that the judgment of the lower court was erroneous on the merits, but also that the applicant will suffer irreparable injury if the judgment is not stayed pending his appeal». Ivi gli standards legittimanti l'adozione della misura vengono così riepilogati «(1) whether the stay applicant has made a strong showing that he is likely to succeed on the merits; (2) whether the applicant will be irreparably injured absent a stay; (3) whether issuance of the stay will substantially injure the other parties interested in the proceeding; and (4) where the public interest lies».

²³⁸ Cfr. il successivo paragrafo 3.4.

5. Ancora sui presupposti: la (faticosa) ricerca di uno *standard* tra opposte concezioni del processo. Evoluzioni della concezione di equità e del ruolo delle misure equitative nel sistema dei *remedies*

La stragrande maggioranza delle pronunce in tema di *preliminary injunctions* non manca di sottolinearne, in sede di inquadramento dell'istituto, la natura teoricamente eccezionale e residuale²³⁹. La prassi applicativa, tuttavia, rivela come il rimedio abbia trovato e stia trovando spazio in una molteplicità crescente di casi e di settori, dalla materia dei diritti civili al diritto societario, dal diritto della proprietà intellettuale al diritto ambientale, dall'*antitrust* alla materia elettorale, solo per citarne alcuni²⁴⁰. Insomma, nonostante quanto la giurisprudenza formalmente continua a ripetere, per ragioni principalmente storiche, riconducibili all'origine dell'*injunction*, la misura non ha ormai più nulla di eccezionale ed anzi, molti procedimenti civili senza la sua esistenza non avrebbero ragione d'esistere²⁴¹.

In tale contesto, privilegiati punti di osservazione sull'evoluzione dell'istituto sono forniti dal dibattito concernente gli *standards* applicabili per la concessione della misura cautelare e dalla correlata discussione concernente lo sviluppo della concezione dell'equità e quindi la collocazione degli strumenti aventi natura equitativa nel sistema dei *remedies*. Come si metterà

²³⁹ Per una chiara affermazione ad opera della Suprema Corte cfr. *Munaf v. Geren*, 553 U.S. 674, 128 S. Ct. 2207 (2008), secondo cui «We begin with the basics. A preliminary injunction is an “extraordinary and drastic remedy”».

²⁴⁰ La molteplicità di settori in cui la *preliminary injunction* trova applicazione viene sovente ribadita nelle trattazioni dottrinali dell'istituto. Cfr. *ex multis* J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., 525; M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 496; R. R. W. Brooks – W. F. Schwartz, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, in 58 *Stan. L. Rev.* 381, 382 – 383 (2005); K. Stoll DeBell – N.L. Dempsey – B.E. Dempsey, *Injunctive relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, Chicago 2009, 1.

²⁴¹ Sulla contraddizione tra formale eccezionale natura delle *preliminary injunctions* e loro concreto atteggiarsi nella prassi, si veda per tutti K. Stoll DeBell – N.L. Dempsey – B.E. Dempsey, *Injunctive relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, cit., 3.

in evidenza, le soluzioni prospettate sembrano nella maggior parte dei casi poggiare su argomenti che prescindono dal singolo istituto ed abbracciano invece più in generale la concezione del processo o, in senso ancor più ampio, logiche di tipo lato senso politico o di politica del diritto, confermando la vitalità dell'istituto nell'anticipare e proporsi quale cartina di tornasole rispetto alle tendenze generali del sistema.

Come si è detto, la Suprema Corte ha fissato in una pronuncia relativamente recente i quattro presupposti necessari per l'emanazione di una *preliminary injunction*: «A plaintiff seeking a preliminary injunction must establish that he is likely to succeed on the merits, that he is likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief, that the balance of equities tips in his favor, and that an injunction is in the public interest»²⁴². Quanto all'individuazione in sé dei quattro fattori, l'arresto è in sostanziale continuità con la tradizionale elaborazione dottrinale²⁴³ e giurisprudenziale²⁴⁴ in materia. La principale innovazione apportata da *Winter* è probabilmente una precisazione concernente il secondo fattore: la Corte ha infatti stabilito che ai fini della concessione della misura cautelare è necessario che l'attore dimostri non la mera possibilità bensì la probabilità di subire un pregiudizio irreparabile nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito²⁴⁵. Tale aspetto, se letto congiuntamente a quanto affermato

²⁴² Così in *Winter v. National Resource Defense Council, Inc.*, 555 U.S. 7 (2008), già richiamata *supra* al par. 2.

²⁴³ Cfr. J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., 525.; O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 343; L. B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, in 68 *Or. L. Rev.* 839 (1990).

²⁴⁴ Cfr. *ex multis Univ. Of Texas v. Camenisch*, 451 U.S. 390 (1981). Pare superfluo ripercorrere analiticamente tutte le pronunce rilevanti della Suprema Corte, per cui si rinvia a M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 510 ss.; T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit., 35 ss.

²⁴⁵ Cfr. *Stormans, Inc. v. Selecky* (9th Cir. 2009) 586 F3d 1109, 1127; *Small v. Avanti Health Systems, LLC* (9th Cir. 2011) 661 F3d 1180, 1187; per una ricostruzione V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., 13:45.1.

nella pronuncia, solo di poco precedente, *Ebay Inc v. Mercexchange, LLC*²⁴⁶, con cui la Corte ha esteso alle *permanent injunctions* la necessità di verificare la sussistenza dei citati quattro fattori (con marginali ovvi riadattamenti), in maniera inedita e perciò criticata in dottrina²⁴⁷, pare espressivo di una nuova linea di tendenza, volta a limitare l'accesso alla tutela equitativa o comunque a circoscrivere la discrezionalità dei giudici di merito²⁴⁸. Il fattore della irreparabilità del pregiudizio costituisce uno dei diaframmi interpretativi su cui poggia la discussione concernente l'evoluzione della nozione di equità e su di esso si tornerà più diffusamente al termine del presente paragrafo. Soffermandosi invece brevemente, per completezza espositiva, sugli altri tre fattori²⁴⁹, occorre anzitutto chiarire che, quanto alla probabilità di successo nel merito, le Corti sono divise tra un orientamento che ritiene necessaria la dimostrazione da parte dell'attore di avere una seria probabilità di vittoria²⁵⁰ ed un orientamento meno rigoroso, secondo cui, ai fini della concessione della misura cautelare, è sufficiente che la prevalenza dell'attore sia semplicemente più probabile che non²⁵¹. Il terzo

²⁴⁶ Cfr. *Ebay Inc v. Mercexchange, LLC*, 547 U.S. 388 (2006).

²⁴⁷ Cfr. D. Rendleman, *The Trial Judge's Equitable Discretion Following eBay v. MercExchange*, in 27 *Rev. Litig.* 63 (2007); M. P. Gergen – J. M. Golden – H. E. Smith, *The Supreme Court's Accidental Revolution - The Test for Permanent Injunctions*, in 112 *Colum. L. Rev.* 203 (2012). In difesa della pronuncia, cfr. R. M. Janutis, *The Supreme Court's Unremarkable Decision in Ebay Inc. v. Mercexchange, L.L.C.*, in 14 *Lewis & Clark L. Rev.* 597 (2010). La dottrina ha inoltre ritenuto di poter collocare *Ebay* tra le ipotesi di *stealth overruling*, ossia tra i casi in cui la Corte Suprema crea la *common law* pur in assenza di *formale overruling*. Nel caso si specie, il mutamento di giurisprudenza nella direzione valoriale del giudice estensore viene descritto come avvenuto addirittura in maniera quasi involontaria, cfr. in proposito R. L. Hasen, *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*, in 61 *Emory L.J.* 779, 792 (2012).

²⁴⁸ In tal senso D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 443 ss.

²⁴⁹ Per un'analisi del contenuto e dell'atteggiarsi di ciascuno dei quattro fattori singolarmente, cfr. T.E. Patterson – M.D. Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, cit., 38 ss.

²⁵⁰ In tal senso parrebbe *Winter v. National Resource Defense Council, Inc*, cit. secondo cui «A plaintiff seeking a preliminary injunction must establish that he is likely to succeed on the merits».

²⁵¹ Cfr. *Ill. Republican Party v. Pritzker*, 973 F.3d 760 (7th Cir. 2020), secondo cui «A “strong” showing thus does not mean proof by a preponderance, once again, that would spill too far into the ultimate merits for something

requisito («balance of harms») implica un classico bilanciamento degli interessi coinvolti, qui ovviamente caratterizzato (rispetto ad altri ordinamenti)²⁵² dalla natura esplicitamente equitativa della misura cautelare²⁵³. Da ultimo, il requisito del pubblico interesse²⁵⁴, schiude l'orizzonte dell'efficacia del rimedio anche a soggetti non parti del processo ed ha giocato un ruolo importante nella estensione della protezione giurisdizionale, in via cautelare, in ambiti quali il diritto alla salute²⁵⁵, il diritto dei consumatori²⁵⁶ e il diritto dell'ambiente²⁵⁷. Proprio in *Winter*, peraltro, il *public interest* è stato determinante per la riforma della pronuncia d'appello e la revoca della misura cautelare, in virtù di un bilanciamento che ha visto prevalere l'interesse

designed to protect both the parties and the process while the case is pending. But it normally includes a demonstration of how the applicant proposes to prove the key elements of its case».

²⁵² La tecnica del bilanciamento degli interessi è da sempre applicata negli ordinamenti in tema di cognizione cautelare, come particolarmente messo in evidenza da S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 90, spec. alla nota 379 per richiami bibliografici anche con riferimento agli ordinamenti tedesco, francese e belga. Cfr. altresì L. Querzola, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 501 ss.; Id., *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 317 ss.

²⁵³ Si rimanda a V.A. Phillips – K.L. Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, cit., 13:72 per una rassegna della giurisprudenza rilevante.

²⁵⁴ Su tale fattore cfr. O. H. Lewis, *Wild Card That Is the Public Interest: Putting a New Face on the Fourth Preliminary Injunction Factor*, in 72 *Tex. L. Rev.* 849 (1994); M. D. Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, in 117 *Mich. L. Rev.* 939 (2019).

²⁵⁵ Terreno applicativo è stato al riguardo fornito dalla normativa e conseguente contenzioso avente ad oggetto obblighi di vaccinazione contro il Covid – 19 variamente introdotti dagli Stati. Si veda, tra le molte: *We the Patriots USA, Inc. v. Hochul*, Nos. 21-2179, 21-2566, 2021 U.S. App. LEXIS 32880 (2d Cir. Nov. 4, 2021); *Norris v. Stanley*, No. 1:21-cv-756, 2021 U.S. Dist. LEXIS 198388 (W.D. Mich. Oct. 8, 2021); *Broecker v. N.Y.C. Dep't of Educ.*, No. 21-CV-6387(KAM)(LRM), 2022 U.S. Dist. LEXIS 25104 (E.D.N.Y. Feb. 11, 2022).

²⁵⁶ Cfr. *BBB Bonding Corp. v. Caldwell*, cit.; *Commonwealth v. Snyder*, 977 A.2d 28 (Pa. Commw. Ct. 2009).

²⁵⁷ Cfr. *Wilson v. Amoco Corp.*, 989 F. Supp. 1159 (D. Wyo. 1998).

pubblico all'effettuazione di esercitazioni militari rispetto a quello alla protezione dell'ambiente²⁵⁸.

Nonostante la apparentemente chiara enunciazione (quasi vera e propria riaffermazione) dei quattro fattori, è opinione diffusa che la Corte Suprema (anche) in *Winter* non sia pervenuta all'articolazione di uno *standard* uniforme in ordine all'individuazione dei presupposti legittimanti la concessione di una *preliminary injunction*²⁵⁹. La relazione reciproca tra i singoli fattori ed il rapporto di essi con ulteriori requisiti tradizionalmente elaborati nella ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale dell'*equity* costituiscono così tutt'oggi il terreno di una frammentazione interpretativa che ha origini risalenti.

Le Corti federali, infatti, continuano ad essere divise lungo tre diversi orientamenti²⁶⁰. Il primo, interpretando letteralmente *Winter*, applica il c.d. «sequential test» e ritiene necessaria ai fini della concessione della misura cautelare la rigorosa prova da parte dell'attore della sussistenza di tutti i quattro fattori. Tale approccio è seguito dai giudici del quarto, quinto, decimo ed undicesimo circuito²⁶¹. Un secondo, contrapposto, orientamento applica il c.d. «sliding scale

²⁵⁸ Viene significativamente osservato che «any such injury was outweighed by the public interest and the Navy's interest in effective, realistic training of its sailors».

²⁵⁹ Secondo M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 498 «the Supreme Court has failed to articulate a clear standard». Conf. R.A. Weisshaar, *Hazy Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunctions*, cit., 1015.

²⁶⁰ L'analisi che segue accoglie l'impostazione di T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit., spec. 46 ss. Sui tre criteri applicati dai tre diversi orientamenti, nonché sulla necessità di adottare uno *standard* comune al fine di superare le disparità e gli inconvenienti dovute alla mancanza di uniformità applicativa, già ben prima di *Winter*, cfr. L. B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, cit.

²⁶¹ Per una chiarissima enunciazione, cfr. *Dine Citizens Against Ruining Our Env't v. Jewell*, 839 F.3d 1276 (10th Cir. 2016), ove si evidenzia «Under Winter's rationale, any modified test which relaxes one of the prongs for preliminary relief and thus deviates from the standard test is impermissible». Cfr. altresì *Texans for Free Enter. v. Tex. Ethics Comm'n*, 732 F.3d 535 (5th Cir. 2013).

test», secondo cui i quattro fattori devono essere considerati nell'insieme, in una ottica di bilanciamento che potrebbe essere esemplificata secondo la metafora dei vasi comunicanti²⁶²: l'eventuale debolezza di uno o più fattori può così essere compensata e non precludere la concessione della misura cautelare, qualora la presenza degli altri fattori sia particolarmente forte. Tale posizione è seguita dal secondo, sesto, settimo e nono circuito federale e dal *District of Columbia*²⁶³ e trae un forte sostegno argomentativo dalla *dissenting opinion* della Giudice Ruther Bader Ginsburg in *Winter*: nello ripercorrere i principi ispiratori e le caratteristiche della giurisdizione di equità, sottolineandone la natura flessibile e adattabile rispetto alle esigenze delle singole fattispecie concrete di volta in volta in esame, il giudice estensore esplicitamente rimarca la permanente validità dello «sliding scale test», ritenendolo non superato dalla posizione (pur differente) raggiunta dalla maggioranza²⁶⁴. Il terzo ed ultimo orientamento,

²⁶² Il rapporto di inversa proporzionalità tra *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, in forza del quale all'aumentare dell'uno l'altro può diminuire, purché la somma rimanga invariata, è classicamente richiamato anche dalla dottrina italiana nello studio delle misure cautelari, cfr. F. P. Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino 2003, 284.

²⁶³ Chiaramente, di recente cfr. *Confederated Tribes of the Chehalis Reservation v. Mnuchin*, 456 F. Supp. 3d 152 (D.D.C. 2020), secondo cui «in the absence of a D.C. Circuit decision overruling it, the sliding scale framework remains binding precedent that this court must follow». Per una lucida affermazione, non solo della perdurante applicabilità ma anche dell'essenza dello «sliding scale test», cfr. *Conservation Cong. v. United States Forest Serv.*, 803 F. Supp. 2d 1126 (E.D. Cal. 2011), secondo cui «Although Winter made clear that plaintiffs must show a likelihood of irreparable harm—rather than the mere possibility of one—the Ninth Circuit has held that a sliding scale approach may still be used. Under this approach, the elements of the preliminary injunction test are balanced, so that a stronger showing of one element may offset a weaker showing of another. For example, a stronger showing of irreparable harm to plaintiff might offset a lesser showing of likelihood of success on the merits».

²⁶⁴ *Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 (2008) (Ginsburg, J., *dissenting*), ove viene osservato: «Consistent with equity's character, courts do not insist that litigants uniformly show a particular, predetermined quantum of probable success or injury before awarding equitable relief. Instead, courts have evaluated claims for equitable relief on a "sliding scale", sometimes awarding relief based on a lower likelihood of harm when the likelihood of success is very high [...]. This Court has never rejected that formulation, and I do not believe it does so today».

meno consistente dei due precedenti in termini numerici e seguito dal primo, terzo ed ottavo circuito, applica il c.d. «gateway factor test», in base al quale viene ritenuta necessaria ed imprescindibile, anzitutto, la verifica della sussistenza di ciascuno dei primi due fattori, ossia la probabilità di successo nel merito ed il rischio di danno irreparabile, salvo poi effettuare una valutazione complessiva di tutti i fattori tra di loro²⁶⁵. La dottrina, nell'osservare il contrasto giurisprudenziale, ha promosso soluzioni contrastanti al fine di superare l'*impasse*, esprimendo talvolta adesione allo «sliding scale test»²⁶⁶, talaltra al «sequential test»²⁶⁷, pur con apertura ad eccezioni che dovrebbero consentire di temperarne la rigidità. Altri ancora hanno enfatizzato la possibilità di accelerare la celebrazione del giudizio di merito e stimolare la dialettica tra giudice e parti, nell'attesa dell'auspicabile fissazione di uno *standard* definitivo ad opera della Suprema Corte²⁶⁸.

Il contrasto descritto si pone in linea di continuità ed anzi sembra costituire l'ultimo episodio di un dibattito antico. Invero, la discussione attorno all'individuazione di uno *standard* uniforme per la concessione delle *preliminary injunctions* accompagna da sempre l'istituto e, come rivela l'impossibilità di raggiungere soluzioni univoche, ne costituisce probabilmente un tratto morfologico irrinunciabile. In tema, una classica ed imprescindibile ricostruzione è quella

²⁶⁵ Cfr. *Reilly v. City of Harrisburg*, 858 F.3d 173 (3d Cir. 2017), ove si evidenzia «To obtain a preliminary injunction the moving party must show as a prerequisite (1) a reasonable probability of eventual success in the litigation, and (2) that it will be irreparably injured if relief is not granted. In addition, the district court, in considering whether to grant a preliminary injunction, should take into account, when they are relevant, (3) the possibility of harm to other interested persons from the grant or denial of the injunction, and (4) the public interest. A district court—in its sound discretion—should balance those four factors so long as the party seeking the injunction meets the threshold on the first two».

²⁶⁶ Cfr. T. Payne, *Now is the winter of Ginsburg's dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, cit., 69 ss; J.C. Love, *Teaching Preliminary Injunctions after Winter*, cit., 712.

²⁶⁷ Cfr. R.A. Weisshaar, *Hazy Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunctions*, cit., 1048 ss.

²⁶⁸ Cfr. M. Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, cit., 534 ss.

proposta dal Prof. John Leubsdorf, secondo cui la valutazione della concessione della misura cautelare postula un'analisi dei costi e benefici volta alla minimizzazione del rischio di danno irreparabile, comparando il pregiudizio che l'attore subirebbe in caso di mancata concessione della misura ed il pregiudizio che subirebbe il convenuto in caso di erronea concessione della stessa: la chiave del ragionamento risiede nel considerare solo la porzione di pregiudizio non suscettibile di idoneo ristoro ad esito del giudizio di merito²⁶⁹. La ricostruzione si avvale di un vero e proprio modello matematico e si disinteressa esplicitamente (quasi orgogliosamente) di incentivare condotte economicamente efficienti delle parti in pendenza del giudizio di merito²⁷⁰. L'impostazione è stata fatta propria dal giudice Richard Posner in una controversa e famosa pronuncia²⁷¹. All'opposto e in posizione apertamente critica rispetto all'approccio Leubsdorf-Posner, è stata invece sostenuta la necessità di adottare un metodo più elastico, orientato all'adozione di una ottimale regolazione provvisoria del conflitto, finalizzata a

²⁶⁹ Cfr. J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit. Ivi, 541 ss., ove la *ratio* del modello viene ricostruita nei seguenti termini «The danger of incorrect preliminary assessment is the key to the analysis of interlocutory relief. It requires investigating the harm an erroneous interim decision may cause and trying to minimize that harm. And it decisively distinguishes the preliminary from the final injunction. The court need not consider every harm resulting from an erroneous preliminary decision, but only harm that final relief cannot redress. If the final judgment can remedy the plaintiff's injuries, there is no occasion to grant immediate protection which may turn out to have been based on error. Likewise, if the defendant's injuries from what turns out to be an erroneous injunction can be redressed later, there is no reason to deny interim relief otherwise warranted».

²⁷⁰ Ancora J. Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, cit., 555, secondo cui «The court's function is to protect rights, not to increase the gross national product».

²⁷¹ Cfr. *Am. Hosp. Supply Corp. v. Hosp. Prods., Ltd.*, 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986). Ivi, dopo avere espressamente richiamato il criterio della minimizzazione del rischio, la conferma della misura cautelare concessa dalla Corte distrettuale consegue all'applicazione di una formula matematica: «These mistakes can be compared, and the one likely to be less costly can be selected, with the help of a simple formula, grant the preliminary injunction if but only if $P \times H_p > (1-P) \times H_d$, or, in words, only if the harm to the plaintiff if the injunction is denied, multiplied by the probability that the denial would be an error (that the plaintiff, in other words, will win at trial), exceeds the harm to the defendant if the injunction is granted, multiplied by the probability that granting the injunction would be an error».

prevenire qualsiasi pregiudizio irreparabile per le parti in causa e capace di emanciparsi dalla classica ricostruzione delle *preliminary injunctions*, secondo cui queste ultime dovrebbero ambire alla mera preservazione dello *status quo* in attesa della celebrazione del giudizio di merito, caratterizzandosi perciò come strumenti del tutto eccezionali²⁷². Più di recente, un'ulteriore ricostruzione, muovendo da una prospettiva che cerca di coniugare il diritto e l'economia, ha sostenuto che scopo della misura cautelare dovrebbe essere la composizione provvisoria del conflitto, in termini idonei ed ideali rispetto all'obiettivo di promuovere ed incentivare condotte efficienti delle parti in causa nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito²⁷³, nell'ambito di una filosofia interpretativa che trae ispirazione dalla teoria secondo cui l'assegnazione della titolarità e la protezione dei beni giuridici costituiscono momenti separati, entrambi giuridicamente ed economicamente rilevanti, secondo il famoso insegnamento del Prof. Guido Calabresi²⁷⁴. Come si vede, le contrapposte posizioni del dibattito, tutt'ora aperto, poggiano in fondo su differenti approcci rispetto a temi fondamentali. Il rapporto tra diritto ed economia²⁷⁵, *in primis*, lungo gli assi cartesiani della *Law &*

²⁷² In tale prospettiva cfr. L. B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, cit., spec. 848 ss.; T. R. Lee, *Preliminary Injunctions and the Status Quo*, in 58 *Wash. & Lee L. Rev.* 109 (2001).

²⁷³ Questa la posizione di R. R. W. Brooks – W. F. Schwartz, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, cit. Ivi, 385, viene così sintetizzata la critica all'impostazione Leubsdorf-Posner: «We show, however, that the availability of an adequate final remedy is not a sufficient justification for denying preliminary injunctions: adequate compensation at the conclusion of the case does not provide parties with sufficient incentive to engage in efficient conduct before and during the case».

²⁷⁴ Il riferimento è a G. Calabresi – A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

²⁷⁵ Per rapidi cenni generali sul rapporto tra diritto ed economia, *Law & Economics* ed *Economic Analysis of Law*, si veda G. Alpa, *Il futuro di Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e Impr.* 2016, 3, 597.

*Economics*²⁷⁶ e della *Economic Analysis of Law*²⁷⁷. Ma anche l'oscillazione tra concezione blackstoniana e benthamiana del diritto²⁷⁸, nonché la (in qualche modo correlata) dicotomia tra la funzione privatistica o pubblicistica del processo, tradotta nel sistema americano nel dualismo tra «conflict resolution model» (o «arbitration model») e «behavior modification model» (o «regulation model») ²⁷⁹.

Il descritto confronto interpretativo è affiancato da una parallela, risalente discussione, avente due fondamentali centri focali: il rapporto tra irreparabilità del pregiudizio e sussidiarietà dei rimedi *in equity*, da un lato; la natura dell'equità ed il rapporto tra *legal* ed *equitable remedies*, dall'altro. Punto di partenza del ragionamento è la risalente massima cristallizzata nella c.d. *Adequacy Doctrine*, secondo cui l'equità può operare solo quando non esista adeguato rimedio

²⁷⁶ Per una fondamentale lettura, si rinvia a G. Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale (NH) 1970.

²⁷⁷ Per una fondamentale analisi d'insieme, cfr. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, XIV Ed., New York 2014.

²⁷⁸ Sull'opera di Sir William Blackstone ed in particolare sui suoi quattro *Commentaries on the Laws of England*, si veda S. B. Presser, *Law professors: three centuries of shaping American law*, St Paul (MN) 2017, capitolo 1. Sul pensiero di Jeremy Bentham ed in particolare sul suo famoso attacco critico a William Blackstone, si veda J. Bentham, *A fragment on government: being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone's commentaries / with a preface, in which is given a critique of the work at large*, Dublino 1976. Cfr. altresì R. A. Posner, *Blackstone and Bentham*, in 19 *J.L. & Econ.* 569 (1976). Per una interessante analisi dell'oscillazione blackstoniana – benthamiana nella nomina dei giudici americani da parte dei Presidenti Barack Obama e Donald Trump, cfr. S. B. Presser, *Evaluating President Obama's Appointments of Judges from a Conservative Perspective: What Did the Election of Donald Trump Mean for Popular Sovereignty*, in 60 *Howard L.J.* 663 (2017).

²⁷⁹ Su tale contrapposizione cfr. K. E. Scott, *Two Models of the Civil Process*, cit.; le espressioni tra parentesi sono di M. Dan-Cohen, *Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication*, cit., 1. Sulla transizione dall'una all'altra delle due dimensioni/funzioni del processo, cfr. A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, cit.

*in law*²⁸⁰. Tale massima è sovente formulata anche in altri termini, ossia precisando che l'equità può operare solo al fine di prevenire un danno irreparabile, dovuto appunto all'assenza di adeguato rimedio *in law*: il requisito dell'irreparabilità del pregiudizio, richiesto anche al fine dell'emanazione di una *preliminary injunction*, viene così a configurarsi come una diretta conseguenza della dicotomia legalità / equità²⁸¹. Irreparabilità del pregiudizio ed inadeguatezza dei rimedi *in law* costituiscono così due categorie, talvolta sovrapposte a costituire un unico requisito, talvolta mantenute distinte²⁸². In tale contesto, soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si è sviluppata una forte, quasi unanime, opinione dottrinale secondo cui l'*adequacy – irreparable injury factor* (ossia appunto il binomio che vede uniti e spesso sovrapposti irreparabilità del pregiudizio e inadeguatezza dei rimedi di stretta legalità) dovrebbe essere definitivamente abolito e abbandonato dalle Corti, essendo esso una mera reliquia storica sostanzialmente priva di qualsivoglia rilevanza pratica nei processi di *decision – making* adottati da queste ultime²⁸³. Di conseguenza, secondo tale impostazione, occorrerebbe prendere

²⁸⁰ Per riferimenti sull'origine di tale dottrina, cfr. *supra* al par. 2.

²⁸¹ In argomento cfr. D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 47 ss.; D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 387; L. B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, cit., 856. In giurisprudenza, cfr. *General Motors Corp. v. Harry Brown's LLC*, 563 F.3d 312 (8th Cir. 2009), ove alla enunciazione dei presupposti legittimanti l'adozione di una *preliminary injunction* («The party seeking a preliminary injunction bears the burden of establishing the necessity of this equitable remedy. [...] The district court should consider: (1) the threat of irreparable harm to the moving party; (2) the weight of this harm as compared to any injury an injunction would inflict on other interested parties; (3) the probability that the moving party will succeed on the merits; and (4) the public interest») segue la precisazione «Irreparable harm occurs when a party has no adequate remedy at law, typically because its injuries cannot be fully compensated through an award of damages».

²⁸² La confusione sul contorno ed il rapporto tra i due concetti è ben messa in evidenza dalla pronuncia del Giudice R. Posner in *Roland Mach. Co. v. Dresser Indus., Inc.*, 749 F.2d 380 (7th Cir. 1984), ove si evidenzia «Although described in the cases as a four-factor test, the test actually involves five factors, unless “no adequate remedy at law” and “irreparable injury” mean the same thing».

²⁸³ Probabilmente il più famoso e citato sostenitore di tale impostazione è D. Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, in 103 *Harv. L. Rev.* 687 (1989 – 1990). Id., *The Death of the Irreparable Injury Rule*, Oxford 1991.

atto di come la distinzione tra rimedi *in equity* e rimedi *in law* sia ormai priva di senso, quindi da superare in un sistema oggi caratterizzato dalla esatta fusione dei due, *illo tempore* distinti, plessi giurisdizionali²⁸⁴. Al cospetto di tale panorama, talmente consolidato da sembrar lasciar presagire un epilogo certo, è andata invece sviluppandosi una contrapposta corrente di pensiero, la quale ha messo in evidenza non solo come la distinzione tra rimedi di legalità e rimedi equitativi continui ad avere senso, essendo costantemente ribadita dalle Corti, ma anche come tale distinzione abbia una sicura rilevanza pratica, oltre che solida giustificazione giuridica. Tra gli argomenti a sostegno di tale posizione, viene messo in evidenza come i rimedi di equità si contraddistinguano per il fatto di avere caratteristiche intrinseche del tutto peculiari: a livello contenutistico, l'ampiezza della possibile latitudine dell'ordine giudiziale ed il sostanziale monopolio nel panorama degli ordini giudiziali di *facere* e *non facere*; a livello costituzionale, l'assenza di *jury trial*; quanto all'*enforcement* del comando giudiziale, la disponibilità dello straordinario strumento del *contempt of Court*; in generale, maggiore flessibilità nel rapporto tra diritto sostanziale e rimedio. Proprio in virtù di tali caratteristiche, la distinzione tra rimedi *in law* e rimedi *in equity*, e la collocazione dei secondi in posizione di subordine rispetto ai primi, oltre a fotografare lo stato dell'arte contribuisce a fornire un argine alle possibilità di

La subordinazione gerarchica tra rimedi di legalità e rimedi di equità è altresì criticata da O. M. Fiss, *The civil rights injunction*, cit., 38 ss., 86 ss, spec. 91. Si veda inoltre per una importante affermazione della tesi Z. Chafee Jr., *Foreword*, in AA. VV. (a cura di) Z. Chafee Jr, *Selected essays on equity*, New York 1955, vi, il quale emblematicamente osserva «How absurd for us to go on until the year 2000 obliging judges and lawyers to climb over a barrier which was put up by historical accident in 14th century England and built higher by the eagerness of three extinct courts to keep as much business as possible in their own hands, so that these hands might be full of fees!».

²⁸⁴ In tal senso, oltre alle fonti di cui alla nota che precede, cfr. T. L. Anenson, *Treating Equity Like Law: A Post-Merger Justification of Unclean Hands*, in 45 *Am. Bus. L.J.* 455 (2008); D. Laycock, *The Triumph of Equity*, cit., 53 ss.; D. Rendleman, *The Trial Judge's Equitable Discretion Following eBay v. MercExchange*, cit. 97; C. L. Roberts, *The Restitution Revival and the Ghosts of Equity*, in 68 *Wash. & Lee L. Rev.* 1027 (2011).

abuso e degenerazione cui, fatalmente, gli strumenti equitativi rischiano di essere esposti, in ragione della forte discrezionalità alla base della loro concessione²⁸⁵.

Il secondo richiamato orientamento dottrinale appare supportato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, la quale si è resa protagonista di una (quasi sorprendente e relativamente recente) riscoperta dell'*equity*, di cui ha provveduto a ribadire l'autonomia e rimodellare i contorni. È così possibile individuare una traiettoria evolutiva²⁸⁶, in cui un punto significativo di partenza su cui soffermarsi è offerto da *Grupo Mexicano de Desarrollo, SA v. Alliance Bond Fund, Inc.*²⁸⁷. In quel caso la Corte, con decisione adottata da una maggioranza di 5 – 4 perfettamente rispecchiante la composizione ideologica che allora la caratterizzava, ebbe ad escludere la possibilità che le Corti federali potessero emettere un rimedio ricalcante la *Mareva Injunction* del modello inglese²⁸⁸, un provvedimento avente sostanzialmente le sembianze di un sequestro conservativo, in quanto finalizzato a congelare taluni *asset* presenti nel patrimonio del debitore al fine di garantire la fruttuosità di un eventuale provvedimento di condanna al risarcimento del danno. Tale posizione, per mano del Giudice Scalia, a nome della maggioranza, veniva argomentata sostenendo che un simile rimedio non poteva essere concesso poiché non rientrava nel ventaglio di quelli praticati dalla *High Court of Chancery* inglese nel

²⁸⁵ Per una fondamentale contributo nell'ambito dell'orientamento dottrinale in esame si rinvia a S. L. Bray, *The System Of Equitable Remedies*, in 63 *UCLA L. Rev.* 530 (2016). In senso conforme, D. Rendleman, *Irreparability Resurrected: Does a Recalibrated Irreparable Injury Rule Threaten the Warren Court's Establishment Clause Legacy*, in 59 *Wash. & Lee L. Rev.* 1343 (2002). Nel medesimo senso parrebbero D.B. Dobbs – C.L. Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, cit., 48, ove si evidenzia come l'orientamento in esame sia supportato dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

²⁸⁶ L'esistenza di tale traiettoria evolutiva è sostenuta e messa in evidenza da S. L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, in 68 *Vand. L. Rev.* 997 (2015).

²⁸⁷ Cfr. *Grupo Mexicano De Desarrollo v. All. Bond Fund*, 527 U.S. 308, 119 S. Ct. 1961 (1999).

²⁸⁸ Su cui si rinvia a Varano, voce *Injunction*, cit., par. 10; L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 75; T. F. Koschinka – P. Leanza, *Preliminary injunctions: Germany, England/Wales, Italy and France*, cit., 133 ss.; G. Jones, *The Rise of the Mareva Injunction*, in 11 *U. Queensland L.J.* 133 (1980).

1789, anno di adozione del *Judiciary Act* con il quale venne affidata alle Corti federali la giurisdizione sulle controversie *in equity*; venne perciò fortemente criticata, sia dalla dottrina²⁸⁹ che dalla minoranza della Corte Suprema, per mano della Giudice Ginsburg, sostenitrice di un approccio più elastico, conforme al carattere adattabile e dinamico storicamente caratterizzante la giurisdizione di equità. Ancora una volta, probabilmente, la contrapposizione trascendeva il problema particolare in esame per rintracciare la più ampia discussione attorno al metodo originalista di interpretazione della Costituzione²⁹⁰. L'elaborazione successiva, pur riecheggiando talvolta²⁹¹ la contrapposizione ideologica di *Grupo Mexicano*, ha visto la Corte Suprema elaborare una vera e propria «artificial history of equity», punto di compromesso tra i due contrapposti approcci (anche ideologici) esposti, in forza della quale nel disegnare il perimetro della giurisdizione di equità la Corte rivolge sì l'attenzione al passato, alla tradizione dell'*equity*, ai giorni della «divided bench» ed agli strumenti impiegati dalla *Court of Chancery* inglese, riservandosi tuttavia una certa flessibilità, posto che il formale richiamo al dato storico nella sostanza non è rigorosamente circostanziato a livello geografico e temporale²⁹². I già

²⁸⁹ Le critiche si appuntano fondamentalmente sulla visione restrittiva del ruolo dei giudici conseguente a tale impostazione. Si rinvia alla dottrina citata da S. L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, cit., 1001, spec. alla nota 14, tra cui S. B. Burbank, *The Bitter with the Sweet: Tradition, History, and Limitations on Federal Judicial Power-A Case Study*, in 75 *Notre Dame L. Rev.* 1291 (2000); D. J. Meltzer, *The Supreme Court's Judicial Passivity*, in 2002 *SUP. CT. REV.* 343; J. Resnik, *Constricting Remedies: The Rehnquist Judiciary, Congress, and Federal Power*, in 78 *Ind. L.J.* 223 (2003); D. L. Shapiro, *Justice Ginsburg's First Decade: Some Thoughts About Her Contributions in the Fields of Procedure and Jurisdiction*, in 104 *Colum. L. Rev.* 21, 22-23 (2004).

²⁹⁰ In tal senso S. L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, cit., 1011.

²⁹¹ Di recente in *Whole Woman's Health v. Jackson*, 142 S. Ct. 522 (2021), il Giudice Clarence Thomas, ha sottolineato: «As we have explained elsewhere, a federal court's jurisdiction in equity extends no further than "the jurisdiction in equity exercised by the High Court of Chancery in England at the time of the adoption of the Constitution and the enactment of the original Judiciary Act"».

²⁹² Osserva S. L. Bray, *op. ult. cit.*, 1018 – 1019: «What the Court is constructing might be called an artificial history of equity. It allows the Court to proclaim what was done "in equity" – without reference to any particular court, nation, or century. It is true that the Court has not created this equitable tradition *ex nihilo* (as is sometimes

richiamati casi *Ebay* e *Winter* si collocano sostanzialmente nella medesima prospettiva, laddove cercano di circoscrivere ed orientare, senza però limitare eccessivamente, la discrezionalità del giudice nell’emanazione di una *permanent injunction* o di una *preliminary injunction*, ricorrendo alla predisposizione di appositi test multifattoriali.

Resta confermata l’impossibilità di sovrapporre la categoria dell’*equity* nel processo americano con la categoria dell’equità nel processo civile italiano: come si è visto, infatti, la prima ha un’importanza decisamente maggiore, in quanto schiude l’orizzonte processuale ad una pluralità di rimedi costituenti veri e propri assi portanti del sistema in esame, la cui applicazione è regolata da rigoroso tecnicismo²⁹³, laddove nel nostro sistema l’equità tende ad avere prevalente funzione integrativa e marginale²⁹⁴. Entrambe le categorie, peraltro, condividono un nucleo ispiratore dato da elasticità e tensione verso principi di giustizia naturale che può fornire terreno comune per riflessioni comparatistiche attorno al regime delle misure cautelari, avuto riguardo al loro concreto atteggiarsi nella prassi e in particolare alla convergente tendenza ad attuare una regolazione provvisoria del conflitto potenzialmente soddisfattiva per le parti e non necessariamente improntata a canoni di stretta legalità.

Concludendo sul punto, i dibattiti, perennemente *in itinere* e tra di loro correlati, sulla ricerca di uno *standard* e sulla posizione della *preliminary injunction* (ma più in generale dei provvedimenti equitativi) nel sistema dei *remedies*, sembrano oscillare attorno ad un perno comune caratterizzato dalla necessità di trovare un punto di equilibrio tra discrezionalità del giudice e individuazione di opportuni, univoci criteri al fine di orientare la stessa. Più in generale, prendendo a canoni di riferimento per il modello di *common law* l’esperienza

true of traditions). Yet this tradition is still an abstraction from history. It glosses, and glosses over, the real complexity of equity’s past».

²⁹³ Cfr. A. Frignani, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., 36.

²⁹⁴ Sull’equità nel processo civile italiano cfr. G. Finocchiaro, *L’equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova 2001; Id., voce *Equità (giudizio di)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, vol. IV, Torino, 2007, 496 ss.; M. Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino 2018.

americana e quella inglese (pensando in particolare ai presupposti per l’emanazione di una *interlocutory injunction* individuati in *American Cyanamid*²⁹⁵) e a canone di riferimento per il modello di *civil law* l’esperienza italiana, sembrerebbe potersi trarre conferma di come gli ordinamenti occidentali, pur cercando tra gli strumenti a propria disposizione in virtù dell’evoluzione storica di ciascuno, finiscano con il rispondere alla domanda di tutela giurisdizionale urgente tendendo trasversalmente a fare affidamento su misure la cui adozione dipende da una accentuata discrezionalità giudiziale, irrinunciabile e pur tuttavia sempre bisognosa di criteri orientativi. Così sollecitando contrapposizioni che, nell’esperienza americana in particolare, finiscono con il riflettere diverse idee di processo, di società, politiche, messe a nudo con particolare chiarezza in un contesto procedimentale caratterizzato da due tratti salienti: necessità indefettibile di fornire una risposta giurisdizionale volta a neutralizzare il pericolo (nell’ambito di un sistema, come si è detto, sempre meno propenso a rimettere alla decisione giudiziale la regolamentazione dei conflitti); natura fortemente discrezionale di tale comando giudiziale.

²⁹⁵ Cfr. *House of Lords*, 5 febbraio 1975, *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*, in *All Engl. rep.*, 1975, 504, ove sono stati individuati tre presupposti per l’emanazione di una *interlocutory injunction*: «*prima facie case*»; «*harm of irreparable injury*»; «*balance of convenience*». In argomento, si rimanda a A. A. S. Zuckerman, *Civil procedure*, Londra 2003, 272 ss.; V. Varano, voce *Injunction*, cit., 494 ss; A. Frignani, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., 167 ss. L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 73 ss.; T. F. Koschinka – P. Leanza, *Preliminary injunctions: Germany, England/Wales, Italy and France*, cit., 109 ss. Si veda altresì *House of Lords, Series 5 software v. Clerke*, in *All. Engl. rep.* 1996, 853 ss., di cui uno stralcio è riportato in L. Querzola, *op. ult. cit.*, 76, decisione che nel riepilogare le condizioni per la concessione della misura cautelare dopo *American Cyanamid* e soprattutto l’entrata in vigore delle *Civil Procedure Rules*, mette chiaramente e decisamente in evidenza il ruolo giocato dalla discrezionalità del giudice.

6. *Nationwide injunctions*: disapplicazione in via cautelare di norme sospette di incostituzionalità, uso politico della *preliminary injunction*, tra *judicial review* e *de facto class action*

L'*injunction* è attualmente al centro di un accesissimo dibattito, che coinvolge gli studiosi dei *Remedies*, anzitutto, ma si estende a vari livelli ed a una pluralità di osservatori della scena giuridica e politica americana.

Oggetto del confronto è la legittimità e il regime delle cc.dd. *Nationwide injunctions*, talvolta definite anche “universali”²⁹⁶ o “cosmiche”²⁹⁷, ossia provvedimenti caratterizzati dal fatto di vincolare la condotta del convenuto non solo nei confronti dell’attore ma anche di soggetti non parti del processo e potenzialmente addirittura della generalità dei consociati, tipicamente emanati contro il governo o sue articolazioni al fine di inibire *erga omnes* l’applicazione di leggi o atti amministrativi di cui è contestata la costituzionalità o, in genere, la legittimità²⁹⁸. L’analisi della casistica rivela come tali strumenti vengano adottati pressoché esclusivamente nella forma interlocutoria di *TROs* o *preliminary injunctions*.

²⁹⁶ Così H. M. Wasserman, *Nationwide Injunctions Are Really Universal Injunctions and They Are Never Appropriate*, in 22 *Lewis & Clark L. REV.* 335, 338, 349 (2018).

²⁹⁷ Il termine è stato impiegato dal Giudice della Corte Suprema Neil Gorsuch nella discussione orale di *Trump v. Hawaii*, su cui si tornerà nel prosieguo. Cfr. *Transcript of Oral Argument at 73, Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) (No. 17 – 965).

²⁹⁸ Per introdurre immediatamente due voci schierate su fronti opposti del confronto interpretativo, S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, in 131 *Harv. L. Rev.* 418 (2017), definisce le misure *de quibus* «injunctions that apply across the nation, controlling the defendant’s behavior with respect to nonparties»; A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, in 93 *N.Y.U.L. Rev.* 1065 (2018), secondo cui «With increasing frequency, courts are issuing nationwide injunctions barring the executive from enforcing federal laws and policies against anyone, not just the plaintiffs in the case before them». Per una ricognizione dello stato dell’arte, si veda il *Report* predisposto dal *Congressional Research Service*, J. R. Lampe, *Nationwide Injunctions: Law, History, and Proposals for Reform*, 8 settembre 2021, <https://crsreports.congress.gov>.

Tra i moltissimi, per illustrare il fenomeno può essere utile partire da due importanti casi, collocatisi rispettivamente durante l'amministrazione Obama e l'amministrazione Trump. Il primo ha tratto origine dalla promozione di una controversia avanti la *United States District Court for the Southern District of Texas* da parte di 26 Stati nei confronti degli Stati Uniti e di vari ufficiali del *Department of Homeland Security*, al fine di inibire ai convenuti l'attuazione del *Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents* ("DAPA"), programma governativo con il quale veniva garantita la permanenza nel paese a milioni di immigrati irregolari, genitori di cittadini americani o immigrati regolari. Nella prospettazione attorea, tale iniziativa governativa si poneva in contrasto con varie disposizioni di legge e statutarie, nonché con il dovere costituzionale del Presidente degli Stati Uniti di garantire la corretta attuazione della legge²⁹⁹. La Corte distrettuale emanava una *preliminary injunction* con cui veniva inibita ai convenuti l'attuazione del programma in favore del solo Stato del Texas, tra gli attori l'unico ritenuto legittimato ad agire; accanto alla probabile fondatezza nel merito della pretesa attorea, la Corte individuava un rischio di danno irreparabile nel potenziale dispendio di risorse pubbliche conseguente all'attuazione del programma governativo³⁰⁰. La pronuncia veniva confermata dalla Corte d'Appello distrettuale³⁰¹ e poi dalla Corte Suprema adita in sede di impugnazione³⁰². La Corte d'Appello, a fronte di mozione volta a sospendere o circoscrivere territorialmente in via interlocutoria l'efficacia della misura cautelare in pendenza di impugnazione, ribadiva esplicitamente la portata nazionale e generale dell'efficacia del provvedimento, non limitata al solo territorio del Texas (nonostante quest'ultimo, come detto, fosse l'unico soggetto ad avere il potere di proporre la domanda)³⁰³. La *preliminary injunction*,

²⁹⁹ Si rinvia più diffusamente ad A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit., 1076 ss.

³⁰⁰ Cfr. *Texas v. United States*, 86 F. Supp. 3d 591 (S.D. Tex. 2015).

³⁰¹ Cfr. *Texas v. United States*, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015).

³⁰² Cfr. *United States v. Texas*, 136 S. Ct. 2271 (2016).

³⁰³ Cfr. *Texas v. United States*, 787 F.3d 733 (5th Cir. 2015), in questi termini testuali «The government maintains that the nationwide scope of the injunction is an abuse of discretion, so it asks that the injunction be confined to Texas or the plaintiff states. But partial implementation of DAPA would undermine the constitutional imperative

di fatto, precludeva la realizzazione del più importante programma in materia di immigrazione dell'amministrazione Obama³⁰⁴.

Il secondo caso, anch'esso in materia di immigrazione, affonda le radici nel primo semestre della amministrazione Trump, quando quest'ultima è stata investita da una pioggia di *Nationwide injunctions* con le quali le veniva ordinato, sostanzialmente, di fare tutto e il contrario di tutto³⁰⁵. In particolare, già ad una settimana dalla sua adozione, una Corte distrettuale nello Stato del Washington ha bloccato, con *Nationwide injunction* confermata in sede di appello³⁰⁶, l'efficacia del c.d. *Muslim Travel Ban*, la cui versione originaria, adottata con *executive order* presidenziale nella prima settimana in carica del Presidente Trump³⁰⁷, vietava per un periodo di 90 giorni l'ingresso sul suolo statunitense a tutti i cittadini provenienti da sette nazioni a predominanza religiosa islamica (Somalia, Sudan, Iran, Iraq, Siria, Yemen e Libia), oltre a sospendere le richieste di asilo per un periodo di 150 giorni (salva la Siria, per cui le richieste d'asilo erano sospese a tempo indeterminato). La seconda versione dell'*executive order*³⁰⁸, emendata da alcune delle criticità che ne mettevano a repentaglio la legittimità costituzionale, ha conosciuto una sorte non troppo dissimile: dapprima l'efficacia è stata sospesa da una pluralità di *preliminary injunctions*, confermate in sede d'appello; in seguito, la Corte Suprema, cui il governo federale chiedeva di sospendere l'efficacia delle misure cautelari in pendenza d'appello, con provvedimento interlocutorio ha circoscritto

of “a uniform Rule of Naturalization” and Congress’s instruction that “the immigration laws of the United States should be enforced vigorously and uniformly.” A patchwork system would “detract from the ‘integrated scheme of regulation’ created by Congress.” Further, there is a substantial likelihood that a partial injunction would be ineffective because DAPA beneficiaries would be free to move between states».

³⁰⁴ Cfr. S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 418.

³⁰⁵ Come osservato da B. I. Huang, *Coordinating Injunctions*, in 98 *Tex. L. Rev.* 1331 (2020).

³⁰⁶ Cfr. *Washington v. Trump*, 847 F.3d 1151, 1169 (9th Cir. 2017).

³⁰⁷ 82 FR 8977.

³⁰⁸ 82 FR 13209.

l'efficacia delle *Nationwide injunctions* alle sole persone aventi un collegamento in buona fede con persone o entità già presenti sul territorio degli Stati Uniti³⁰⁹. Infine, la terza ed ultima versione del *Travel ban*, con il quale si imponevano definitivamente restrizioni al diritto di immigrazione per cittadini provenienti da otto nazioni che asseritamente non avevano chiarito e condiviso adeguate informazioni circa la minaccia che esse rappresentavano per la sicurezza degli Stati Uniti³¹⁰, ha visto anch'essa immediatamente sospesa la propria efficacia con *Nationwide injunction* emessa da una corte distrettuale³¹¹, confermata in sede di appello³¹². Sennonché la Corte Suprema, in *Trump v. Hawaii*, ha dapprima sospeso provvisoriamente l'efficacia della misura cautelare e infine sancito definitivamente la legittimità dell'*executive order* presidenziale³¹³, suscitando ampia critica, sia in dottrina che nell'opinione pubblica³¹⁴. Il rigetto nel merito delle pretese degli attori ha sollevato la Corte dalla necessità di esprimersi sulla legittimità delle *Nationwide injunctions*. Cionondimeno, il Giudice Clarence Thomas ha redatto una lunga *concurring opinion* in cui ha evidenziato esplicitamente l'assenza di giustificazione del rimedio, sul piano storico e su quello della separazione dei poteri³¹⁵. Al

³⁰⁹ Cfr. *Trump v. Int'l Refugee Assistance Project*, 137 S. Ct. 2080 (2017).

³¹⁰ 82 FR 45161.

³¹¹ Cfr. *Hawai'i v. Trump*, 265 F. Supp. 3d 1140 (D. Haw. 2017).

³¹² Cfr. *Hawaii v. Trump*, 878 F.3d 662 (9th Cir. 2017).

³¹³ Cfr. *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018).

³¹⁴ Si rinvia in proposito a M. J. Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, in 134 *Harv. L. Rev.* 1, 218 (2020); N. K. Katyal, *Trump v. Hawaii: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in 128 *Yale Law Journal Forum* 641 (2018), Z. Ramahi, *The Muslim Ban Cases: A Lost Opportunity for the Court and a Lesson for the Future*, in 108 *Cal. Law Rev.*, 557 (2020). Nella dottrina italiana, L.G. Aravantinou, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, in *Nomos* 2018, II, 16-17; S. Penasa, *Mr. President and Dr. Trump: La Corte Suprema americana tra "facial neutrality" e "reasonable observer" standard. Ultima puntata della saga Travel Ban?*, in *DPCE online*, n. 3/2018.

³¹⁵ *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2424 - 2429 (2018), (Thomas J., *concurring*), secondo cui: «[...] Injunctions that prohibit the Executive Branch from applying a law or policy against anyone — often called "universal" or

contrario, seppur molto più sinteticamente, la Giudice Sonia Sotomayor, con il concorso della Giudice Ginsburg, ha sottoscritto una *dissenting opinion* esprimendosi a favore della legittimità del rimedio³¹⁶.

Più di recente, in *Dep't of Homeland Sec. v. New York*³¹⁷, nell'ambito di una pronuncia con cui la Corte Suprema ha revocato l'efficacia di una pluralità di *Nationwide injunctions* rivolte contro l'amministrazione Trump sempre in materia di immigrazione, il Giudice Neil Gorsuch (con il concorso del Giudice Thomas) è stato autore di una articolata *concurring opinion*, in cui ha espresso anch'egli la propria contrarietà rispetto alla legittimità del rimedio e l'auspicio che la Corte Suprema possa affrontare *ex professo* la questione³¹⁸. All'opposto, taluni giudici di

“nationwide” injunctions — have become increasingly common. District courts, including the one here, have begun imposing universal injunctions without considering their authority to grant such sweeping relief. These injunctions are beginning to take a toll on the federal court system — preventing legal questions from percolating through the federal courts, encouraging forum shopping, and making every case a national emergency for the courts and for the Executive Branch. I am skeptical that district courts have the authority to enter universal injunctions. These injunctions did not emerge until a century and a half after the founding. And they appear to be inconsistent with longstanding limits on equitable relief and the power of Article III courts. If their popularity continues, this Court must address their legality. If district courts have any authority to issue universal injunctions, that authority must come from a statute or the Constitution. [...] No statute expressly grants district courts the power to issue universal injunctions. So the only possible bases for these injunctions are a generic statute that authorizes equitable relief or the courts' inherent constitutional authority. Neither of those sources would permit a form of injunctive relief that is “[in]consistent with our history and traditions”».

³¹⁶ Si veda alla nota 13, ove si osserva «The District Court did not abuse its discretion by granting nationwide relief. Given the nature of the Establishment Clause violation and the unique circumstances of this case, the imposition of a nationwide injunction was “necessary to provide complete relief to the plaintiffs”».

³¹⁷ Cfr. *Dep't of Homeland Sec. v. New York*, 140 S. Ct. 599 (2020).

³¹⁸ La pronuncia consiste in un ordine interlocutorio ascrivibile alla c.d. *Shadow docket* della Corte Suprema e, come si è esposto *supra*, avrebbe pertanto potuto essere emesso priva di motivazione. È significativo quindi che il Giudice Gorsuch abbia ritenuto di affrontare e formalizzare la propria posizione sulla questione processuale, del seguente tenore testuale: «As the brief and furious history of the regulation before us illustrates, the routine issuance of universal injunctions is patently unworkable, sowing chaos for litigants, the government, courts, and

ispirazione progressista nel collegio della Corte Suprema, hanno velatamente ribadito il proprio orientamento a favore delle *Nationwide Injunctions*: in tal senso esplicitamente, seppur sinteticamente, la Giudice Ginsburg (con il concorso della Giudice Sonia Sotomayor) in *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home v. Pennsylvania*³¹⁹. Insomma, nonostante sembrerebbe delinearsi una spaccatura coerente con la composizione ideologica della Corte, la posizione di quest'ultima sulla questione non appare ancora definita: come si è visto, in *Trump v. Int'l Refugee Assistance Project*, concernente la seconda versione del *Travel ban*, la maggioranza della Corte Suprema ha provvisoriamente garantito l'efficacia di una *Nationwide injunction*, così forse lasciando trasparire la propria non contrarietà rispetto alla legittimità in sé dello strumento processuale; in precedenza, in *United States v. Texas*, la Corte aveva rigettato l'impugnazione della *preliminary injunction* che aveva bloccato la realizzazione del *DAPA*³²⁰. Analogamente, come più diffusamente si esporrà nel prosieguo, è avvenuto di recente con riguardo a misure cautelari volte ad inibire l'attuazione di provvedimenti governativi imponenti l'obbligo di vaccinazione contro il Covid – 19 per talune categorie di lavoratori, adottati

all those affected by these conflicting decisions. Rather than spending their time methodically developing arguments and evidence in cases limited to the parties at hand, both sides have been forced to rush from one preliminary injunction hearing to another, leaping from one emergency stay application to the next, each with potentially nationwide stakes, and all based on expedited briefing and little opportunity for the adversarial testing of evidence. [...] This is not normal. Universal injunctions have little basis in traditional equitable practice. [...] What in this gamesmanship and chaos can we be proud of? I concur in the Court's decision to issue a stay. But I hope, too, that we might at an appropriate juncture take up some of the underlying equitable and constitutional questions raised by the rise of nationwide injunctions».

³¹⁹ Cfr. *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home v. Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367 (2020), (Ginsburg J., *dissenting*) secondo cui «Although the Court does not reach the issue, the District Court did not abuse its discretion in issuing a nationwide injunction».

³²⁰ Si veda in proposito H. M. Wasserman, *Nationwide Injunctions Are Really Universal Injunctions and They Are Never Appropriate*, cit., 376 ss., la quale, pur prendendo atto di tali pronunce, esclude che esse consentano di trarre argomenti decisivi circa l'orientamento della Corte Suprema.

dall'amministrazione Biden³²¹. In altre occasioni, viceversa, proprio nell'intervento urgente della Corte al fine di far cessare l'efficacia di una *Nationwide Injunction* è stato intravisto un argomento da cui desumere la probabile contrarietà della maggioranza dei giudici rispetto al rimedio³²², la quale sarebbe coerente con l'ispirazione ideologica dei giudici che, come si è detto, già espressamente hanno formalizzato la propria posizione in materia. Guardando al futuro, è interessante notare come la Giudice Ketanji Brown Jackson, neominata dal Presidente Biden come Giudice Associato della Corte Suprema a seguito delle dimissioni del Giudice Stephen Bryer, in una *opinion* redatta nel suo allora ruolo di giudice federale per la *United States District Court for the District of Columbia*, abbia esplicitamente criticato gli argomenti invocati dall'Amministrazione Trump contro la ammissibilità delle *Nationwide injunctions*³²³. In attesa di comprendere come evolverà il dibattito e la direzione che eventualmente prenderà la maggioranza della Corte, i rapporti di forza di partenza sembrano confermare una chiara spaccatura ideologica, peraltro allo stato in termini di sostanziale parità numerica, considerando i Giudici che espressamente hanno preso posizione sul tema.

³²¹ Ci si riferisce a *Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. DOL, OSHA*, 142 S. Ct. 661 (2022).

³²² In tal senso cfr. D. I. Levine, *The twilight of nationwide injunctions?*, in *dailyjournal.com*, riferendosi a *Barr v. E. Bay Sanctuary Covenant*, 140 S. Ct. 3 (2019).

³²³ Cfr. *Make the Rd. N.Y. v. McAleenan*, 405 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2019), ove si osserva, nell'ambito di una ampia motivazione proprio incentrata sul rimedio oggetto di attenzione «because our constitutional system clearly contemplates that the judiciary will have the power to check the conduct of executive branch officials who violate the law, DHS's contention that the agency should be deemed to have the unfettered ability to carry on with respect to pronounced unlawful behavior—in the wake of a ruling by a federal judge that the particular conduct at issue (i.e., enforcement of a procedurally invalid rule) violates a federal statute, and before the case has run its course through the courts of appeals—is quite troubling. What is more, DHS makes the astonishing suggestion that the Court itself should declare that, after a plaintiff successfully establishes that an agency rule violates the law, the federal courts must stand impotently by while the agency acts in direct defiance of that court's legal determination by continuing to apply the invalid rule with respect to any person who is not the individual who filed the legal action that is before the Court ».

Come espressamente evidenziato dalle richiamate *opinions* dei Giudici Thomas e Gorsuch e come rivela la crescente attenzione riservata al fenomeno, l'ascesa delle *Nationwide injunctions* è un evento relativamente recente, fermo restando quanto si preciserà di seguito in ordine all'origine storica del rimedio. La traiettoria ascendente è particolarmente marcata in momenti storici caratterizzati da profonda divisione ed aspra contrapposizione politica. Secondo i dati del *Department of Justice* americano, infatti, le *Nationwide injunctions* emanate durante le amministrazioni Bush e Obama sono state rispettivamente 12 e 19 nell'arco degli otto anni dei rispettivi due mandati, fino alla ripida impennata durante l'amministrazione Trump, in cui siffatto rimedio è stato adottato non meno di 58 volte nei soli primi tre anni di mandato³²⁴. Anche il Presidente Biden ha dovuto attendere meno di una settimana dall'insediamento per conoscere il primo provvedimento urgente con cui, con efficacia *erga omnes*, un giudice in Texas, dapprima con *TRO*³²⁵, poi con *preliminary injunction*³²⁶, ha sospeso l'efficacia di un provvedimento governativo con cui venivano congelate per 100 giorni le espulsioni degli immigrati irregolari dal Paese. Il dibattito prosegue così a vari livelli. L'amministrazione Trump ha espressamente preso posizione contraria alle *Nationwide injunctions*, sollecitando interventi normativi oppure della Suprema Corte, ad esempio tramite pubblici appelli del Vicepresidente Mike Pence³²⁷ oltre che con la predisposizione di un *memorandum* da parte dell'*Attorney General* rivolto ai difensori del *Department of Justice* e volto ad orientarne la strategia processuale, in cui chiaramente è stata assunta una linea contraria e sono stati formulati

³²⁴ Il dato è fornito dal *Deputy Attorney General* J A. Rosen, *Delivers Opening Remarks at Forum on Nationwide Injunctions and Federal Regulatory Programs*, 12 febbraio 2020; rinvia a tale fonte anche C. M. Rodríguez, *The Supreme Court 2020 Term: Foreword: Regime Change*, in 135 *Harv. L. Rev.* 1, 104 (2021).

³²⁵ Cfr. *Texas v. United States*, 515 F. Supp. 3d 627 (S.D. Tex. 2021).

³²⁶ Cfr. *Texas I*, ___ F. Supp. 3d ___, 2021 U.S. Dist. LEXIS 33890, 2021 WL 2096669.

³²⁷ Cfr. M. Alder, *Senators Grapple With Nationwide Injunctions That Anger Trump*, in www.bloomberg.com, 25 febbraio 2020.

argomenti contro il rimedio *de quo*³²⁸. La questione è stata altresì discussa avanti il *Committee on the Judiciary*³²⁹ e sono state avanzate proposte di riforma al Congresso³³⁰.

Al fine di comprendere precisamente i termini del problema, è pertanto fondamentale addentrarsi nell'intenso confronto dottrinale che ha interessato ed interessa la questione.

Si è delineato, anzitutto, un nutrito fronte di studiosi che si sono espressi in senso contrario rispetto alla legittimità delle *Nationwide injunctions*³³¹. Si tratta dello schieramento numericamente probabilmente prevalente, almeno in un primo momento, ma ciò forse è anche

³²⁸ Cfr. *Attorney General, Litigation Guidelines for Cases Presenting the Possibility of Nationwide Injunctions*, 13 settembre 2018.

³²⁹ L'udienza si è tenuta il 25 febbraio 2020 e l'evento è stato intitolato *Rule by District Judge: The Challenges of Universal Injunctions*, cfr. <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/rule-by-district-judge-the-challenges-of-universal-injunctions>

³³⁰ Si veda la Lettera del Prof. Samuel L. Bray, all'*Advisory Committee on Rules of Civil Procedure*, 1 marzo 2017, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/17-cv-e-suggestion_bray_0.pdf.

³³¹ Il contributo più importante, cui rivolgono la maggiore attenzione anche gli autori ascrivibili all'orientamento contrario ed esplicitamente menzionato anche dalla Suprema Corte nelle due richiamate *concurring opinions* dei Giudici Thomas e Gorsuch è S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit. Si vedano inoltre: M. T. Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, in 39 *Harv J. L. & Pub. Pol'y* 487 (2016); Id., *Nationwide Injunctions, Rule 23(B)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, in 97 *B.U. L. Rev.* 615 (2017); Id., *Disaggregating Nationwide Injunctions*, in 71 *Ala. L. Rev.* 1 (2019); R. A. Cass, *Nationwide Injunctions' Governance Problems: Forum Shopping, Politicizing Courts, and Eroding Constitutional Structure*, in 27 *Geo. Mason L. Rev.* 29 (2019); Z. D. Clopton, *Nationwide Injunctions and Preclusion*, in 118 *Mich. L. Rev.* 1 (2019); Z. Siddique, *Nationwide Injunctions*, in 117 *Colum. L. Rev.* 2095 (2017); H. M. Wasserman, "Nationwide" *Injunctions Are Really "Universal" Injunctions and They Are Never Appropriate*, cit.; Id., *Concepts, Not Nomenclature: Universal Injunctions, Declaratory Judgments, Opinions, and Precedent*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 999 (2020); R. L. Weaver, *Nationwide Injunctions*, in 14 *F.I.U. L. Rev.* 103 (2020); K. B. Wheeler, *Why There Should Be a Presumption Against Nationwide Preliminary Injunctions*, in 96 *N.C. L. Rev.* 200 (2017); P. J. Larkin Jr. – G. Canaparo, *One Ring to Rule Them All: Individual Judgments, Nationwide Injunctions, and Universal Handcuffs*, in 96 *Notre Dame L. Rev. Reflection* 55 (2020).

dovuto al fatto che il dibattito è nato come reazione al descritto fenomeno di repentina ascesa del rimedio, cosicché le voci critiche sono state le prime ad emergere ed accumularsi. Un primo, fondamentale, ordine di argomenti ha matrice squisitamente storica: tale approccio, come si è dimostrato *supra* (cfr. al par. 5) è metodologicamente imprescindibile, poiché la tradizione dell'*equity* e l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in materia impongono di tenere in considerazione il dato storico nella delineazione del perimetro dei singoli rimedi equitativi. In proposito, viene osservato che le *Nationwide injunctions*, non sono rinvenibili nella tradizione della giurisdizione di *equity*, infatti, l'identificazione del *Chancellor* inglese con il Sovrano rende in radice impossibile ipotizzare (come in effetti non sembrano rinvenirsi) *injunctions* finalizzate a paralizzare ordini della Corona³³². Viceversa, viene sostenuto, siffatti rimedi sono un'innovazione recente, resa possibile dal passaggio a quella che può essere descritta come una pluralità di cancellieri a seguito della fusione tra Corti *in law* e Corti *in equity* attuata con il *Judiciary Act* del 1759 e definitivamente libera di decollare (seppure all'inizio timidamente) a partire dagli anni 60' del secolo scorso, in forza anche del rinnovato (entusiastico) attivismo giudiziale sulla scorta di *Brown v. Board of Education*³³³. Vengono poi invocati una pluralità di argomenti, che al contempo ambiscono a dimostrare l'impossibilità di rinvenire ragioni giustificative a sostegno delle *Nationwide injunctions* e le conseguenze aberranti cui la loro adozione conduce. Un primo argomento, mette in rilievo come i rimedi in esame incoraggino ed esasperino il fenomeno del *forum shopping*³³⁴, per di più con

³³² Cfr. S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 425 ss.; H. M. Wasserman, "Nationwide" Injunctions Are Really "Universal" Injunctions and They Are Never Appropriate, cit., 354 ss.; P. J. Larkin Jr. – G. Canaparo, *One Ring to Rule Them All: Individual Judgments, Nationwide Injunctions, and Universal Handcuffs*, cit., 61 – 62.

³³³ S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 437 ss.

³³⁴ Per una analisi tecnica circa l'individuazione del giudice competente quando convenuto sia un ufficiale o un impiegato degli Stati Uniti, cfr. K. Huddleston, *Nationwide Injunctions: Venue Considerations*, in 127 *Yale L.J. F.* 242 (2017-2018), ove peraltro viene presa posizione contraria rispetto alla tesi secondo cui le *Nationwide injunctions* andrebbero abolite o limitate al fine di ovviare al fenomeno del *forum shopping*. A livello normativo,

conseguenze asimmetriche sul piano delle preclusioni processuali, poiché in caso di soccombenza dell'attore la lite può essere riproposta da altri soggetti titolari della medesima posizione soggettiva, mentre il convenuto (tendenzialmente il Governo) in caso di soccombenza, risulta inibito dal potere di applicare la normativa oggetto di giudizio con efficacia *erga omnes*³³⁵: plasticamente, tutti gli autori mettono in rilievo come durante le amministrazioni Bush e Trump le Corti maggiormente attive e sollecitate fossero quelle californiane (o comunque appartenenti a territori a prevalenza politica progressista, come quelle del quarto, settimo e nono circuito), mentre durante l'amministrazione Obama e di nuovo ora con l'amministrazione Biden i provvedimenti in parola sono quasi sempre emanati da Corti collocate in territori a maggioranza conservatrice, Texas *in primis*³³⁶. Viene inoltre sostenuto che siffatti rimedi alterano, in negativo, il processo decisionale nella dialettica tra Corti, poiché chiamano in causa molto spesso la Suprema Corte, di fatto imponendole di intervenire pur senza che la questione giuridica sia circolata e abbia dato luogo a un conflitto interpretativo nelle Corti inferiori e addirittura senza che i fatti in causa siano stati adeguatamente allegati ed accertati, posto che il giudizio *a quo* normalmente non è approdato alla fase del *trial* al momento dell'emanazione della misura cautelare³³⁷. Altro inconveniente messo in rilievo dalla dottrina concerne il rischio di decisioni contrastanti tra i vari giudici aditi e conseguente necessità di

la previsione normativa di riferimento è quella di cui al 28 U.S.C. § 1391(e), la quale nel riferirsi al luogo di residenza del convenuto, di fatto affida all'attore grande discrezionalità di scelta.

³³⁵ Con specifico riferimento all'asimmetrico atteggiarsi della *res judicata* tra attore e convenuto, cfr. M. T. Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, cit., 531 ss.

³³⁶ Sul *forum shopping*, cfr. S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 457 ss.; H. M. Wasserman, "Nationwide" Injunctions Are Really "Universal" Injunctions and They Are Never Appropriate, cit., 363 ss.; Z. D. Clopton, *National Injunctions and Preclusion*, cit., 9 ss.

³³⁷ Si veda in proposito, nuovamente, L. Bray, *op. ult. cit.*, 461 ss.; H. M. Wasserman, *op. ult. cit.*, 378 ss.; Z. D. Clopton, *op. ult. cit.*, 9 ss. La circolazione della questione di diritto nel circuito federale viene descritta tramite il concetto di «percolation»: sul valore e sull'importanza di tale dinamica, in generale, cfr. H. Leventhal, *A Modest Proposal for a Multi-Circuit Court of Appeals*, in *24 Am. U. L. Rev.* 881, 907 (1975).

coordinamento: consentire che la decisione possa vincolare soggetti diversi dalle parti in causa conduce infatti a provvedimenti molto diversi e variegati sotto il profilo dell'efficacia soggettiva del provvedimento³³⁸. Un ulteriore pregnante supporto argomentativo muove dal rapporto tra *Nationwide injunctions* e *class action*³³⁹. Viene infatti denunciato come le *defendant oriented injunctions* consistano nella sostanza in *de facto class action* ai sensi della *Rule 23(b)(2)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*³⁴⁰, eludendo tuttavia tutto il complesso delle garanzie procedurali previste dalla legge a presidio di tale straordinario strumento, inclusa la necessaria certificazione da parte del giudice previa verifica della sussistenza dei relativi presupposti (*numerosity, commonality, typicality, adequacy*)³⁴¹, il tutto ancora una volta con evidente asimmetria nei rapporti di forza tra attore e convenuto: infatti, solo il giudicato favorevole all'attore vincola i membri della classe di fatto, mentre in caso di provvedimento sfavorevole all'attore, gli altri membri conservano il potere di riproporre la domanda³⁴². A livello di chiusura, considerazioni di matrice costituzionale intersecano tutti gli argomenti esposti. Viene infatti sottolineato come la prassi delle *Nationwide injunctions*

³³⁸ S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 462 ss.; B. I. Huang, *Coordinating Injunctions*, cit.

³³⁹ In generale su tale strumento cfr. G.C. Hazard JR. – W.A. Fletcher – S.M. Bundy – A. Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, cit., 702 ss.; J.H. Friedenthal – M.K. Kane – A.R. Miller – A.N. Steinman, *Civil procedure*, cit., 725 ss.; R.L. Marcus – T.D. Rowe Jr., *Gilbert Law Summary in civil procedure*, cit., 239 ss; R. L. Marcus – E. F. Sherman – H. M. Erichson – A. D. Bradt *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, VII Ed, St, Paul MN 2021, 163 ss. Per una prospettiva di bilancio sull'istituto, anche con sguardo riformistico cfr. R. L. Marcus, *Revolution v. Evolution in Class Action Reform*, in 96 *N.C. L. Rev.* 903 (2018).

³⁴⁰ Cfr. Fed. R. Civ. P. 23 (b) (2).

³⁴¹ Cfr. Fed. R. Civ. P. 23 (a).

³⁴² Tali argomenti vengono sostenuti con particolare approfondimento da M. T. Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, cit.; Id., *Nationwide Injunctions, Rule 23(B)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, cit.; S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 464.

esorbiti dai poteri costituzionalmente attribuiti al *judiciary*, non solo sotto il profilo tecnico-processuale concernente l'estensione della protezione giurisdizionale a soggetti non parti del giudizio³⁴³, ma più in generale poiché esse importano una distorsione patologica della *judicial review*, dovuta alla esasperata politicizzazione che caratterizza il rimedio e con conseguenze aberranti anche per ciò che concerne i principi in tema di efficacia verticale e orizzontale del precedente, di fatto svuotati del loro significato sull'altare dell'onnipotenza del potere giudiziario³⁴⁴.

Un contrapposto orientamento dottrinale, significativo a livello numerico e sostenuto da autorevoli esponenti, probabilmente consolidatosi in un secondo momento ma apparentemente capace di raccogliere consensi sempre più ampio, si è schierato a favore delle *Nationwide injunctions*, quasi a vera e propria loro difesa a seguito dell'attacco da esse subito su più fronti al cospetto della loro ascesa³⁴⁵. Anche in questo caso, la prima linea argomentativa è quella di natura storica. Viene infatti osservato come, nonostante le *Nationwide injunctions* come oggi

³⁴³ Cfr. M. T. Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, cit., 524; R. A. Cass, *Nationwide Injunctions' Governance Problems: Forum Shopping, Politicizing Courts, and Eroding Constitutional Structure*, cit., 36. H. M. Wasserman, *"Nationwide" Injunctions Are Really "Universal" Injunctions and They Are Never Appropriate*, cit., 366 ss.

³⁴⁴ Cfr. M. T. Morley, *Nationwide Injunctions, Rule 23(B)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, cit., 647 ss.

³⁴⁵ Ascrivibili a tale orientamento sono: E. Amdur – D. Hausman, *Nationwide Injunctions and Nationwide Harm*, in 131 *Harv. L. Rev. F.* 49 (2017); S. M. Malveaux, *Class Actions, Civil Rights, and the National Injunction*, in 131 *Harv L. Rev. F.* 56 (2017); A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit.; S. S. Barnas, *Can and Should Universal Injunctions Be Saved*, in 72 *Vand. L. Rev.* 1675 (2019); A. M. Trammell, *Demystifying Nationwide Injunctions*, in 98 *Tex. L. Rev.* 67 (2019); Id., *The Constitutionality of Nationwide Injunctions*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 977 (2020); M. Sohoni, *The lost history of the "Universal" injunction*, in 133 *Harv. L. Rev.* 920 (2020); Id., *The Power to Vacate a Rule*, in 88 *Geo. Wash. L. Rev.* 1121 (2020); D. Rendleman, *Preserving the Nationwide National Government Injunction to stop illegal executive branch activity*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 887 (2020); E. I. Young, *The Chancellors Are Alright: Nationwide Injunctions and an Abstention Doctrine to Salve What Ails Us*, in 69 *Clev. St. L. Rev.* 859 (2021).

le conosciamo siano rimedi relativamente recenti, provvedimenti del tutto simili venivano emanati dalle Corti americane già quantomeno a partire dall'inizio e per tutto il ventesimo secolo. In particolare, viene evidenziato, la stessa Corte Suprema non solo ha emanato già nel 1913 un provvedimento interlocutorio con cui è stata inibita a livello federale l'applicazione di un *federal statute* in *Lewis Publishing Co. v. Morgan*³⁴⁶ ma, più in generale, ha sempre avallato l'emissione da parte delle Corti inferiori, federali e statali, di *preliminary injunctions* aventi efficacia estesa a soggetti diversi rispetto alle parti del procedimento e volte ad impedire l'applicazione di leggi statali e federali o di provvedimenti emanati da agenzie governative³⁴⁷. Inoltre, guardando, come necessario, alla tradizione dell'*equity*, viene sottolineato come quest'ultima, pacificamente, non ha mai vietato l'emissione di *injunctions* idonee a vincolare la condotta del convenuto nei confronti di soggetti non parti del giudizio ed anzi, ha conosciuto nella prassi l'insorgenza di uno strumento come il *bill of peace* con il quale, già nel diciassettesimo e diciottesimo secolo, era concesso alle Corti di emanare provvedimenti con i quali si proteggeva non solo l'attore ma anche soggetti rispetto ad esso «closely connected and similarly situated»³⁴⁸. Passando poi ad un ordine di argomenti di respiro costituzionale e ordinamentale, si sottolinea come la possibilità che i giudici nella sostanza disapplicino (provvisoriamente nel caso dei provvedimenti oggetto di attenzione) leggi o provvedimenti ritenuti contrari alla Costituzione, altro non è che un normale corollario del potere di *judicial review* e della collocazione del giudiziario nella dialettica tra poteri: l'accentuato attivismo giudiziale correlato alla prassi delle *Nationwide injunctions* è così del tutto naturale ed anzi necessario al fine di contenere gli eccessi dell'esecutivo, come testimonia la radicale ed inedita ascesa del rimedio in parola durante l'amministrazione Trump³⁴⁹. Vengono poi confutati gli

³⁴⁶ Cfr. *Lewis Publishing Co. v. Morgan*, 229 U.S. 288 (1913).

³⁴⁷ Cfr. in proposito M. Sohoni, *The lost history of the "Universal" injunction*, cit., spec. 943 – 993.

³⁴⁸ Così. A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit., 1081.

³⁴⁹ In argomento cfr. D. Rendleman, *Preserving the Nationwide National Government Injunction to stop illegal executive branch activity*, cit., 893 ss.; la correlazione tra ascesa del rimedio e azionismo dell'esecutivo è messa in evidenza anche da S. S. Barnas, *Can and Should Universal Injunctions Be Saved*, cit., 1679. La dottrina

ulteriori argomenti portati dai detrattori del rimedio. Quanto al *forum shopping*, si evidenzia che è discusso e discutibile intravedere in esso un disvalore³⁵⁰, tantopiù che nel caso oggetto di attenzione esso si configura quale conseguenza della precisa scelta di politica legislativa – processuale di consentire che il governo o la parte pubblica possano venire evocati in giudizio nel foro scelto dall’attore e a lui più prossimo o conveniente, in una chiara prospettiva perequativa senz’altro prevalente, in un’ottica di bilanciamento di beni giuridici in conflitto, rispetto agli (eventuali) inconvenienti del *forum shopping*³⁵¹. In ordine alla asserita sovrapposizione tra *Nationwide injunctions* e la *class action* di cui alla *Rule 23(b)(2)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, si evidenzia come quest’ultimo strumento ha comunque significativi vantaggi rispetto al primo, come la possibilità che l’esecuzione mediante *contempt of Court* dell’*injunction* concessa a favore della classe possa essere richiesta da ciascun membro della stessa (laddove in caso di assenza di *class action* tale strumento compete solo all’attore), oltre al fatto che la cessazione della materia del contendere rispetto al singolo attore, in caso di *class action*, non travolge la possibilità che tutti i restanti membri proseguano il processo³⁵². In definitiva, è pienamente legittima la possibilità per l’attore di optare per una *class action* ovvero per una *Nationwide injunction*, soppesando vantaggi e svantaggi di ciascuna soluzione, tantopiù che l’asimmetria delle preclusioni tra attore e convenuto caratteristica del secondo rimedio e

decisamente maggioritaria ha denunciato la grave deviazione della legalità costituzionale causata dall’azione politica dell’amministrazione Trump: senza pretesa di completezza si rinvia a M. Goodwin – E. Chemerinsky, *The Trump Administration: Immigration, Racism, and COVID-19*, in 169 *U. Pa. L. Rev.* 313 (2021); M. J. Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, in 134 *Harv. L. Rev.*, 1 (2020); E. Chemerinsky, *Trump, the Court, and Constitutional Law*, in 93 *Ind. L.J.* 73 (2018); in “difesa” del Presidente Trump, cfr. J. Yoo, *Defender in Chief*, New York 2020, *passim*.

³⁵⁰ In generale sulle virtù del *forum shopping*, cfr. P. K. Bookman, *The Unsung Virtues of Global Forum Shopping*, in 92 *Notre Dame L. Rev.* 579 (2016).

³⁵¹ In argomento D. Rendleman, *op. cit.*, 936; K. Huddleston, *Nationwide Injunctions: Venue Considerations*, *cit.*, spec. 246 ss. A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, *cit.*, 1104 ss.

³⁵² In tal senso cfr. S. S. Barnas, *Can and Should Universal Injunctions Be Saved*, *cit.*, 1700 ss. A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, *cit.*, 1110 ss.

denunciata dai suoi detrattori, non è in realtà affatto illegittima e contraria ad alcun principio generale dell'ordinamento, considerando che una simile asimmetria era prevista e connaturata alla *class action* c.d. spuria, caratterizzata dal meccanismo dell'*opt – in* e presente nell'impianto originario delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938³⁵³. Fuori dagli stretti tecnicismi e al vero cuore del problema, i difensori delle *Nationwide injunctions* sostengono che esse costituiscono l'unico ed irrinunciabile strumento utile al fine di prevenire in capo all'attore ed ai soggetti titolari della medesima posizione giuridica soggettiva il patimento di un pregiudizio imminente ed irreparabile in conseguenza di un esercizio abusivo ed illegittimo del proprio potere da parte dell'esecutivo, non altrimenti evitabile, neppure in forza di altri rimedi, inclusa la *class action*, poiché qui, per dirla con una celebre espressione della dottrina italiana, «il far presto conta più del far bene»³⁵⁴: al cospetto di tale esigenza primaria, gli eventuali inconvenienti dovuti dall'applicazione del rimedio non possono che avere portata recessiva³⁵⁵.

Il secondo dei riportati orientamenti è preferibile a parere di chi scrive³⁵⁶ e sembra in via di consolidamento nella giurisprudenza delle Corti americane, le quali paiono avere elaborato una

³⁵³ Cfr. S. S. Barnas, *op. cit.*, 1703 ss. Sulla *class action* spuria, cfr. D. Marcus, *The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang*, in 90 *Wash. U. L. Rev.* 587, 600 (2013).

³⁵⁴ Così P. Calamandrei, *Opere Giuridiche*, Vol. 1, *Problemi generali del diritto e del processo*, Ristampa anastatica, Roma 2019, 384.

³⁵⁵ In tal senso A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit., 1090, secondo cui «when they are the only method of providing the plaintiff with complete relief; when they are the only means of preventing irreparable injury to individuals similarly situated to plaintiffs; and when they are the only practical remedy because a more limited injunction would be chaotic to administer and would impose significant costs on the courts or others. In cases in which nationwide injunctions can serve one or more of these goals, the benefits of such an injunction may outweigh the costs». Cfr. altresì E. Amdur – D. Hausman, *Nationwide Injunctions and Nationwide Harm*, cit.; S. M. Malveaux, *Class Actions, Civil Rights, and the National Injunction*, cit.

³⁵⁶ Sul piano generale della separazione dei poteri e del ruolo delle Corti federali, un fondamentale criterio orientatore mi sembra ancora ricavabile nelle parole, pur formulate in relazione ad un diverso (ma tangente) problema da W. A., Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, cit., 697, secondo cui: «When the failure of the political bodies is so egregious and the demands for protection of

soluzione applicativa di compromesso che sostanzialmente non espunge il rimedio dall'ordinamento. Esemplarmente, possono richiamarsi in tal senso due pronunce. La prima è stata resa in *City of Chicago v. Barr*³⁵⁷, controversia originata da un provvedimento dell'Amministrazione Trump con il quale si sospendeva l'erogazione di fondi pubblici a sostegno di politiche in materia di giustizia penale a favore di talune città definite "santuario", poiché inadempienti rispetto alla *disclosure* di alcune informazioni in materia di immigrazione cui l'esecutivo subordinava l'accesso a tali fondi pubblici³⁵⁸. La decisione della *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* avverso la *Nationwide injunction* con cui era stata inibita all'esecutivo l'attuazione di tale politica poggia su tre capisaldi fondamentali secondo cui: i) come dimostrato anche dalla memoria di alcuni *amici curiae*, principalmente professori di storia in primarie università americane, il rimedio è riconducibile sul piano storico alla tradizione della giurisdizione di *equity*³⁵⁹; ii) il rimedio deve essere concepito come del tutto

constitutional rights so importunate that there is no practical alternative to federal court intervention, there is no need for a new legitimating normative or theoretical structure. Such intervention, for so long as it is essential for the protection of constitutional rights, is already legitimate»).

³⁵⁷ Cfr. *City of Chi. v. Barr*, 961 F.3d 882 (7th Cir. 2020).

³⁵⁸ Sull'argomento cfr. C. N. Lasch – R. L. Chan – I. V. Eagly – D. F. Haynes – A. Lai – E. M. McCormick – J. P. Stumpf, *Understanding Sanctuary Cities*, in 59 *B.C. L. Rev.* 1703 (2018).

³⁵⁹ Cfr. *City of Chi. v. Barr*, cit., 914 ss., ove si osserva «Those historians examined the relief provided in equity from the 18th century onward, such as bills of peace as well as ordinary bills for injunctions including injunctions to abate nuisances, and concluded that "equity courts had the equitable powers to issue nationwide injunctions in the early republic," and "have long issued injunctions that protect the interests of non-parties." [...]. In fact, the historians noted periods of time in which the equitable remedies were much more drastic, extending as far as enjoining non-parties (which it noted would not be accepted today) and including a period of time in which injunctions were so broad they were called "omnibus injunctions" and "Gatling- gun injunctions". [...] They noted that those omnibus injunctions were repeatedly upheld by the Supreme Court, and ultimately Congress used its power to restrain their issuance. [...]. Although concluding that nationwide injunctions are historically grounded, the legal historians cautioned against an approach that would anchor equitable remedies too closely to the "notoriously difficult subject" of history" noting that the continuity of some traditional equity practices should not foreclose adapting equitable remedies to modern circumstances»).

eccezionale ma, quando necessario, può essere concesso al fine di prevenire il patimento di un pregiudizio irreparabile in capo all'attore ed a soggetti non parti del giudizio³⁶⁰; iii) proprio in virtù della sua eccezionalità il rimedio deve essere quanto più circoscritto nella sua portata, che nel caso di specie viene limitata alla sola città di Chicago³⁶¹. Più di recente, in *Louisiana v. Becerra*³⁶², la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, nel giudizio di impugnazione avverso una *preliminary injunction* con cui era stata disposta a livello nazionale la sospensione dell'applicazione dell'obbligo vaccinale voluto dall'Amministrazione Biden per talune categorie di lavoratori attivi nel settore della sanità, ha confermato la validità della misura cautelare solo con riguardo al territorio dei 14 Stati attori, così confermando sia la bontà del rimedio (seppur adottabile solo in circostanze eccezionali)³⁶³, sia la necessità di circoscriverne quanto più la portata, adottando ad esempio un criterio di tipo geografico³⁶⁴. Le soluzioni offerte

³⁶⁰ *Ivi*, 918 ss, viene sottolineato: «Absent the ability to grant injunctive relief that extends beyond the particular party, courts will have little ability to check the abuse of power that presents the most serious threat to the rule of law—such as that which is swift in implementation, widespread in impact, and targeted toward those with the least ability to seek redress. Although circumspection is appropriate in ascertaining whether such relief is appropriate, an outright ban of such injunctions is neither required by history nor desirable in light of the range of situations—some as unpredictable and impactful as the sudden travel ban — that courts may confront».

³⁶¹ *Ivi*, 126, in questi termini «To clarify that focus, we direct the court on remand to modify the language of the injunction to require the Attorney General to calculate the City of Chicago's Byrne JAG grant as if the challenged conditions were universally inapplicable to all grantees. This modification is true to our focus on providing the plaintiff with complete relief, while keeping the injunction as narrow as possible».

³⁶² Cfr. *Louisiana v. Becerra*, No. 21-30734, 2021 U.S. App. LEXIS 37035 (5th Cir. Dec. 15, 2021).

³⁶³ *Ivi*, 263, si legge «The question posed is whether one district court should make a binding judgment for the entire country. At times, we have answered the question affirmatively. For example, we allowed nationwide injunctions in an immigration case. See *Texas v. United States*, 809 F.3d 134, 188 (5th Cir. 2015). That decision, though, does not hold that nationwide injunctions are required or even the norm. As is true for all injunctive relief, the scope of the injunction must be justified based on the “circumstances”».

³⁶⁴ *Ivi*, 263 – 264, secondo cui «The district court here gave little justification for issuing an injunction outside the 14 States that brought this suit. It stated that “due to the nationwide scope of the CMS Mandate, a nationwide injunction is necessary due to the need for uniformity” and noted that “there are unvaccinated workers in other

dalle due pronunce analizzate sembrano condividere un comune nucleo interpretativo sui temi fondamentali del problema e, considerando anche che provengono a distanza di tempo da due Corti collocabili in territori aventi opposte maggioranze politiche (progressista la prima, conservatrice la seconda), sembrano prospettare una via d'uscita pragmatica e sostenibile, pur sempre precaria in attesa di conoscere se l'orientamento si stabilizzerà e se legislatore e Corte Suprema interverranno *ex professo* sulla questione.

Il dibattito, tutt'ora in essere, di cui si è cercato di dare conto, conferma ed anzi costituisce un esempio estremo della tendenza dell'*injunction* americana (specie nella sua forma interlocutoria) a prestarsi ad applicazioni e talvolta strumentalizzazioni motivate fondamentalmente da logiche di tipo politico, come ampiamente notato dalla dottrina³⁶⁵. Il

states who also need protection.” Lacking is either the constitutional uniformity principle in Texas or that case’s concern that patchwork rulings would undermine an injunction limited to certain jurisdictions».

³⁶⁵ Molto chiaramente, cfr. R. A. Cass, *Nationwide Injunctions’ Governance Problems: Forum Shopping, Politicizing Courts, and Eroding Constitutional Structure*, cit., 53 – 54, ove si osserva: « the pattern that emerges is the routine use of suits seeking nationwide injunctions in highly politically salient cases with relatively consistent blocs of public officials and interest groups, from relatively consistent parts of the nation, lining up in opposition. Reflecting the same pattern seen in the actual political arena, suits by Republicans from “red states” opposed President Obama’s administration on matters related to health care, environmental and public land regulation, and immigration, while suits by Democrats from “blue states” have opposed President Trump’s administration on those same issues. Inserting the judiciary into quintessentially political fights, even when there is a substantial legal issue to be decided on recognizably legal grounds, plainly risks the perception that judges base decisions on political preferences, or at least are affected by those preferences». In senso conforme, S. L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, cit., 459 – 460. Nello schieramento opposto, cfr. A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit., 1105; con sottolineatura del fatto che la politicizzazione del contenzioso è naturale nel sistema americano, caratterizzato altresì dalla politicizzazione delle Corti cfr. D. Rendleman, *Preserving the Nationwide National Government Injunction to stop illegal executive branch activity*, 943 ss. Si veda altresì, D. Laycock – R. L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, cit., 287, ove le *Nationwide injunctions* vengono definite «political weapons». Quest’ultimo A., pur mantenendosi su un piano meramente descrittivo rispetto al dibattito, sembra esprimere scetticismo sulla legittimità del rimedio.

piano politico in senso stretto, talvolta ritenuto addirittura preminente³⁶⁶, ancora una volta interseca quello della politica del diritto e del processo, posto che le opposte soluzioni fornite riposano in definitiva su diverse concezioni del fenomeno processuale e della sua funzione, tra dimensione privatistica e pubblicistica³⁶⁷. È peraltro interessante notare come nel caso del rimedio in parola, la discussione ha condotto alla delineazione di schieramenti non nettamente catalogabili in senso ideologico, posto che, come dimostrato, entrambe le parti politiche si sono trovate talvolta ad invocare l'applicazione del rimedio talaltra a resistere a fronte della sua invocazione³⁶⁸. Se la politicizzazione dell'*injunction* costituisce un classico del rimedio nel sistema in esame³⁶⁹, il fenomeno descritto sembra determinare addirittura un salto di qualità. Qui, infatti, oggetto di attenzione è lo strumento processuale in sé e non la situazione giuridica soggettiva alla cui protezione il processo ambisce, come tendenzialmente avvenuto nel passato: come si è detto, ad esempio, l'*injunction* ha costituito strumento di cambiamento e reazione al cambiamento nell'ambito della battaglia per i diritti civili, come nel caso della desegregazione delle scuole americane, ma in quella vicenda la contrapposizione si incentrava sul diritto

³⁶⁶ In tal senso cfr. C. C. Copeland, *Seeing Beyond Courts: The Political Context of the Nationwide Injunction*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 789 (2020), il quale sottolinea la necessità di non isolare il ruolo delle Corti ed il dibattito attorno ad esse rispetto al contesto politico, anzi decisivo al fine di trovare una soluzione al problema, giungendo ad esprimersi a favore delle *Nationwide injunctions*.

³⁶⁷ In termini americani, l'oscillazione è tra «dispute resolution» e «law declaration», cfr. A. Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, cit., 1087; *ivi*, alla nota 103 per opportuni richiami dottrinali sul tema, anche con riguardo ai più recenti sviluppi su tale contrapposizione.

³⁶⁸ J. R. Lampe, *Nationwide Injunctions: Law, History, and Proposals for Reform*, cit., osserva: «The debate over nationwide injunction does not split neatly along partisan lines. High-profile policies of both major political parties have been delayed or permanently halted by nationwide injunctions». Non può peraltro non sottolinearsi la contraddittorietà della posizione di chi, a correnti alterne e secondo la convenienza del momento, ha avvertito ovvero invocato l'applicazione del rimedio: in proposito, cfr. M. J. Stern, *Conservative Judges Keep Doing This Thing They Say They Hate*, <https://slate.com/news-and-politics/2021/06/conservative-judges-nationwide-injunction-biden.html>, 16 giugno 2021.

³⁶⁹ Si richiama nuovamente in proposito V. Varano, voce *Injunction*, cit., spec. par. 12.

sostanziale, non sul rimedio processuale in sé considerato³⁷⁰. La marcata politicizzazione, peraltro, è accentuata dal fatto che il rimedio, come rivelato dai casi analizzati, spesso sollecita e quasi obbliga l'intervento della Corte Suprema, di cui è oggi molto criticata l'esaasperata ideologizzazione³⁷¹. La tutela cautelare ed il processo sono così sottoposti a forti sollecitazioni che da un lato preoccupano, nella misura in cui riflettono le tendenze di un sistema fortemente (probabilmente, patologicamente) diviso e frammentato lungo linee ideologiche, dall'altro tranquillizzano, poiché lo sfogo processuale è probabilmente quello preferibile, al fine auspicato di ricondurre tali tensioni a sistema³⁷².

³⁷⁰ Si rinvia a quanto esposto al superiore par. 2; sul tema, cfr. D.B. Oppenheimer, *Martin Luther King, Walker v. City of Birmingham, and the Letter from Birmingham Jail*, cit., spec. 805 ss.; O. Fiss, *The civil rights injunction*, cit., *passim*.

³⁷¹ Su tale assunto vi è sostanziale concordia nella maggioranza della dottrina. Senza qui voler entrare diffusamente in tale ampio e complesso tema, si rinvia a E. Chemerinsky, *The New Supreme Court*, in *Calif. L. Rev. Online* (gennaio 2021), <https://www.californialawreview.org/the-new-supreme-court>; Id., *The Court should not let politically divided times affect its choices and decisions*, in 61 *Wm. & Mary L. Rev.* 971 (2020); Id. *The case against the Supreme Court*, Londra 2014 *passim*; M. J. Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, cit., 178 ss; S. I. Friedland, *Controversial Five to-Four Supreme Court Decisions and the Politicization of the Majority of One*, in 12 *Dartmouth L.J.* 12 (2014).

³⁷² Sul ruolo di recente giocato dal processo civile e dai giudici federali nel salvataggio del sistema democratico americano a fronte del massiccio contenzioso instaurato dal Presidente Donald Trump e dai suoi sostenitori al fine di ribaltare il risultato delle elezioni presidenziali del novembre 2020, ci si permette di richiamare M. Morotti, *In litigation we trust: riflessioni su magistratura, politica e processo civile a partire dal rapporto tra Donald Trump e judiciary*, in *Federalismi.it* 2022, VII, 201 ss.

7. Uno sguardo all'evoluzione della *preliminary injunction* durante l'amministrazione Biden: *Climate change litigation – Corporate social responsibility; Covid – 19 litigation*

Il dibattito attorno alle *preliminary injunctions* è quanto mai vivo e aperto su vari fronti ed il panorama dottrinale e giurisprudenziale si presenta magmatico e in continua evoluzione. Tra i molti profili problematici di cui si è dato atto, le questioni concernenti la ricerca di uno *standard* comune per l'emanazione della misura cautelare, da un lato, e la legittimità delle *Nationwide injunctions*, dall'altro lato, costituiscono i fronti più divisivi. Come si è visto, entrambi i casi confermano la tendenza dell'istituto a prestarsi a strumentalizzazioni di tipo politico, tipica del rimedio nell'ordinamento americano, anche rispetto a quello inglese. Nel secondo caso, peraltro, l'oscillazione tra le varie soluzioni proposte, sembra dipendere da ragioni non solo di politica del diritto o del processo ma in senso stretto politico – ideologico.

Per tale motivo, al fine di indagare i più recenti sviluppi dell'istituto, appare strategico individuare come spartiacque il passaggio dall'Amministrazione Trump all'Amministrazione Biden, a seguito delle elezioni del novembre 2020, e concentrare l'attenzione sulle tendenze del rimedio nel primo periodo della nuova presidenza democratica. Il passaggio appare particolarmente interessante e significativo poiché il cambio di amministrazione, nel caso di specie, ha importato non solo la transizione dalla guida repubblicana a quella democratica ma anche il ritorno ad una (quantomeno auspicata) normalizzazione del ruolo dell'esecutivo, a seguito degli eccessi che hanno caratterizzato l'epoca Trump. Come si è già anticipato, l'attuale Presidente ha dovuto attendere meno di una settimana dall'insediamento nella carica per conoscere la prima *Nationwide injunction* emanata contro la propria amministrazione³⁷³. Al fine di delimitare il campo di indagine, ci si soffermerà con particolare attenzione su due ambiti di *litigation*, entrambi suscettibili di dare luogo a scissioni e contrapposizioni di tipo ideologico,

³⁷³ Si richiama nuovamente *Texas v. United States*, 515 F. Supp. 3d 627 (S.D. Tex. 2021). In proposito, cfr. S. Bray, *The First National Injunction Against the Biden Administration*, in www.reason.com, 26 gennaio 2021, <https://reason.com/volokh/2021/01/26/the-first-national-injunction-against-the-biden-administration/>

ossia *in primis* il contenzioso in materia ambientale; *in secundis* il contenzioso avente ad oggetto gli strumenti normativi adottati dalla nuova amministrazione al fine di contrastare e contenere la diffusione della pandemia da Covid – 19.

Per completezza, merita dare conto di come la *preliminary injunction* non risulti avere giocato un ruolo diretto in quello che è stato da più parti immediatamente identificato come il caso più politicamente divisivo ed eclatante dei tempi recenti, ossia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*³⁷⁴, culminato nella ormai già famosa pronuncia del 24 giugno 2022 con cui la Corte Suprema è approdata all'*overruling* di *Roe v. Wade*³⁷⁵, così negando la copertura costituzionale del diritto di aborto: come ricavabile dal testo della decisione, la Corte si è pronunciata a seguito dell'emissione del *writ of certiorari* a fronte dell'impugnazione di una sentenza emessa ad esito di *summary judgment* dalla Corte d'appello per il quinto circuito, laddove era stata sancita l'incostituzionalità del *Gestational Age Act* del Mississippi, con cui era stata proibita alle donne la possibilità di abortire, salvo rare eccezioni, dopo quindici settimane dal concepimento³⁷⁶. Non deve peraltro essere sottaciuto come il rimedio oggetto di attenzione abbia avuto modo di essere invocato ed applicato anche in materia di diritto all'aborto, seppur nell'ambito di vicende processuali diverse rispetto a quella da ultimo ricordata. In particolare, tra le più significative di recente, si richiama *Whole Woman's Health v. Jackson*³⁷⁷, caso in cui la Corte Suprema il 1 settembre 2021 ha rifiutato la concessione di una misura cautelare volta ad inibire l'applicazione del *Texas Heartbeat Act*, fortemente limitante il diritto di aborto ed il cui *enforcement* è demandato ai privati cittadini, cui è consentito citare in giudizio chi procuri

³⁷⁴ 597 U.S. ____ (2022).

³⁷⁵ 410 U.S. 113 (1973).

³⁷⁶ La garanzia costituzionale del diritto di aborto era stata sancita quasi cinquant'anni prima dalla Suprema Corte proprio nella storica pronuncia da ultimo citata, *Roe v. Wade*, argomentando a partire dalla *due process clause* di cui al quattordicesimo emendamento alla Costituzione americana, da cui la Corte aveva inferito l'esistenza di un diritto costituzionale alla *privacy* sotto la cui copertura ricadeva anche il diritto di aborto.

³⁷⁷ 549 U.S. (2021), con nota di R. Bizzari, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *Federalismi* 2022, fasc. 12, 1 ss.

o pratici un aborto in violazione della legge richiamata, in quella che pare integrare una sostanziale elusione del sistema di controllo costituzionale delle leggi: la Corte Suprema, nel rigettare la domanda di tutela urgente sulla scorta di argomenti in rito fondamentalmente incentrati su quella che noi definiremmo mancata prova del *fumus boni iuris*³⁷⁸, ha lasciato trasparire le prime avvisaglie del proprio orientamento sul merito della questione, presagendo proprio il successivo *overruling* di *Roe v. Wade*. Il provvedimento, emanato nell'ambito della c.d. *shadow docket* della Corte Suprema, è significativo in merito alle caratteristiche del sistema delle misure interinali di cui la Corte è dotata, su cui si tornerà più diffusamente al capitolo successivo.

Cominciando quindi con il primo filone che si è scelto di analizzare, occorre premettere che la dottrina nazionale³⁷⁹ e internazionale³⁸⁰ e le istituzioni³⁸¹ hanno recentemente riservato significativa e crescente attenzione al fenomeno della *Climate Change Litigation*. Quest'ultimo, nel cui perimetro sono riconducibili i procedimenti di natura giurisdizionale o amministrativa aventi quale propria ragione giustificatrice i problemi del cambiamento climatico³⁸², ha

³⁷⁸ Nei seguenti termini testuali: «The applicants now before us have raised serious questions regarding the constitutionality of the Texas law at issue. But their application also presents complex and novel antecedent procedural questions on which they have not carried their burden».

³⁷⁹ Cfr. da ultimo M. Schirripa, *Climate Change Litigation and the Need for 'Radical Change'*, in *Federalismi.it* 2022, III, 184 ss.

³⁸⁰ Per una aggiornata trattazione d'insieme, cfr. I. Alogna – C. Bakker – J-P. Gauci, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leiden – Boston 2021.

³⁸¹ Si rinvia al *Global Climate Litigation Report 2020: Status Review*, Nairobi 2022, a cura del *United Nations Environment Programme* e del *Sabin Center for Climate Change Law* presso la *Columbia Law School*.

³⁸² Nel *Global Climate Litigation Report 2020: Status Review*, cit., 6, vengono ricondotti entro tale perimetro «cases that raise material issues of law or fact relating to climate change mitigation, adaptation, or the science of climate change. Such cases are brought before a range of administrative, judicial, and other adjudicatory bodies».

conosciuto negli ultimi anni, a seguito dell'Accordo di Parigi del 2015³⁸³, una significativa crescita a livello quantitativo, su scala mondiale³⁸⁴. Nell'orizzonte della *Corporate Social Responsibility*³⁸⁵, esso costituisce uno degli avamposti del *sustainable development*³⁸⁶ ed in particolare la risposta, avanzata da una pluralità di *stakeholders* ad una pluralità di latitudini, rispetto al problema portato dalla difficoltà di *enforcement* degli accordi ed obiettivi mondiali in materia di cambiamento climatico e, più in generale, tutela dell'ambiente, troppo spesso tendenti a rimanere relegati più sulla carta delle buone intenzioni, che non a tradursi in concreto nella realtà³⁸⁷. Da un punto di vista puramente numerico, gli Stati Uniti sono il teatro di un numero di controversie in materia di *Climate change litigation* maggiore rispetto alla somma

³⁸³ Cfr. *Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 12 dicembre 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.

³⁸⁴ In tal senso cfr. P. Toussaint, *Loss and Damage and Climate Litigation: The Case for Greater Interlinkage*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2020, XXX, 17.

³⁸⁵ Come noto, una fondamentale messa a fuoco di tale concetto, nella quadruplice dimensione economica, legale, etica e filantropica, risale a A. Carroll, *Three-dimensional conceptual model of corporate performance?*, in *Academy of Management Review*, 1979, 4, 497 ss., anche in reazione al contrapposto approccio monetarista espresso nel famoso lavoro di M. Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970. Per più recenti ricostruzioni, nella prospettiva economica, cfr. A. Carrol, *A history of corporate social responsibility: Concepts and practices*, in A. Crane – A. McWilliams – D. Matten – J. Moon – D. S. Siegel, *The Oxford handbook of corporate social responsibility*, Oxford 2008, 19 ss.; F. Perrini – S. Pogutz – A. Tencati, *Developing Corporate Social Responsibility. A European Perspective*, Cheltenham (UK) 2006; A. Tencati – L. Zsolnai, *The Collaborative Enterprise: Creating Values for a Sustainable World*, Oxford – Bern 2010. Nella prospettiva giuridica cfr. G. Alpa – G. Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano 2015; G. Conte, *L'impresa responsabile*, Milano 2018.

³⁸⁶ Rimane fondamentale la definizione di tale concetto di cui al c.d. *Brundtland Report*, cfr. *World Commission on Environment and Development, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Oxford 1987, 37, secondo cui «Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs».

³⁸⁷ Cfr. M. Schirripa, *Climate Change Litigation and the Need for 'Radical Change'*, cit., 186.

di tutte quelle che avvengono nel resto del mondo³⁸⁸ e ciò non stupisce, nel Paese dell'*adversarial legalism*³⁸⁹. Il contenzioso tende ad assumere le sembianze della «federal statutory litigation», ossia a proiettarsi teleologicamente verso il contrasto ovvero l'applicazione – invocazione (con un ruolo quasi di supplenza del diritto giurisprudenziale rispetto al legislatore) di politiche legislative e governative in materia ambientale: di nuovo, l'accentuata ideologizzazione delle istanze alla base della *litigation* importa che, tendenzialmente, durante le amministrazioni democratiche ad agire siano Stati e *corporations* animati dall'intento di bloccare politiche di ispirazione ambientalista; durante le amministrazioni repubblicane agiscono invece, in prevalenza, soggetti vicini all'area dell'ambientalismo, al fine di rimediare all'inerzia del legislatore rispetto all'adozione di politiche di protezione dell'ambiente³⁹⁰. In tale contesto, la *preliminary injunction* ha storicamente giocato un ruolo importante. Infatti, proprio *Winter v. Natural Resources Defence Counsel, Inc*, il caso in cui, come si è visto, la Suprema Corte ha ribadito e fissato i presupposti per la concessione della misura cautelare³⁹¹, vero e proprio punto di riferimento nella trattazione dell'istituto, ha costituito un importante snodo nell'affermazione per via giurisdizionale dei principi del *sustainable development* negli Stati Uniti, sotto il particolare profilo della promozione e tutela della biodiversità animale³⁹². In quel caso, la Corte distrettuale concesse

³⁸⁸ In tal senso, M. B. Gerrard, *Climate Change Litigation in the United States: High Volume of Cases, Mostly About Statutes*, in I. Alogna – C. Bakker – J-P. Gauci, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, cit., 33. Di recente, sul *Climate Change Litigation* negli Stati Uniti cfr. altresì C. N. Kempf, *Why Did So Many Do So Little? Movement Building and Climate Change Litigation in the Time of Juliana v. United States*, in 99 *Tex. Law Rev.* 1105 (2021).

³⁸⁹ Si richiama nuovamente R. A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, cit., *passim*.

³⁹⁰ Cfr. M. B. Gerrard, *Climate Change Litigation in the United States: High Volume of Cases, Mostly About Statutes*, cit., 34 ss.

³⁹¹ Cfr. nuovamente *Winter v. National Resource Defense Council, Inc*, 555 U.S. 7 (2008), su cui ci si è soffermati in precedenza ai par. 2 e 5.

³⁹² In tal senso, cfr. J. R. May, *Not at all: Environmental Sustainability in the Supreme Court*, in 10 *Sustainable Dev. L. & Po'y* 20, 21 (2009).

una *preliminary injunction* al fine di bloccare l'effettuazione di esercitazioni militari sottomarine basate sull'impiego di frequenze radar a bassa frequenza nei pressi della costa sud californiana, ritenendo che tale tipo di frequenze potesse danneggiare la fauna marina presente nella zona³⁹³. La misura cautelare venne però revocata dalla Suprema Corte: l'opinione della maggioranza (conservatrice) argomentava a partire dalla prevalenza dell'interesse pubblico all'effettuazione di tali esercitazioni militari rispetto a quello alla tutela dell'ambiente, oltreché dalla necessità che il danno irreparabile in capo all'attore fosse probabile e non meramente possibile; la *dissenting opinion* redatta dalla Giudice Ginsburg, tuttavia, oltre a segnalarsi, come già detto, per la ricostruzione dei confini della giurisdizione di *equity*, ricollegava il danno irreparabile proprio alla necessità di tutela della sostenibilità ambientale e per ciò ha scolpito un importante segnale rispetto alla affermazione giurisprudenziale dei principi della sostenibilità ambientale³⁹⁴. La materia ambientale, peraltro, fornisce frequentissimo campo di applicazione della *preliminary injunction* rispetto alla quale, ad una analisi quantitativa e qualitativa, le Corti inferiori non sembrano avere risentito in senso restrittivo di quanto affermato in *Winter*, continuando a ricercare all'interno della propria consolidata giurisprudenza i criteri per l'applicazione in concreto dei quattro *factors* astrattamente formulati dalla Suprema Corte per la concessione della misura cautelare³⁹⁵.

Venendo all'amministrazione Biden, non sorprende così che proprio la *Climate change litigation* abbia fornito occasione per l'emanazione di *Nationwide injunctions* contro l'esecutivo a guida democratica e che il ruolo qui giocato dal rimedio sia stato negativo o

³⁹³ Cfr. *NRDC v. Winter*, 518 F.3d 658 (9th Cir. 2008).

³⁹⁴ In tal senso cfr. J. R. May, *Not at all: Environmental Sustainability in the Supreme Court*, cit., 22, secondo cui «While the majority did not engage sustainability principles at all, the dissent concerned itself with just how the SOCAL exercise affected marine mammals».

³⁹⁵ Per una analisi della applicazione dell'istituto della *preliminary injunction* in materia ambientale dopo *Winter*, cfr. S. J. Morath, *A Mild Winter: The Status of Environmental Preliminary Injunctions*, in 37 *Seattle U. L. Rev.* 155 (2013).

oppositivo, ossia di resistenza alla azione contro il *climate change*³⁹⁶. Come noto, tra le priorità dell'agenda Biden – Harris vi è stata l'adozione di misure volte a fronteggiare il cambiamento climatico ed a superare la vastissima *deregulation* voluta dalla precedente amministrazione³⁹⁷. In tale prospettiva, il Presidente ha emanato già il 27 gennaio 2021 l'*Executive Order 14008*, intitolato «Tackling the Climate Crisis at Home and Abroad»³⁹⁸, con cui *inter alia*, in forza di quanto previsto dalla *Section 208*, è stato imposto al Ministro dell'Interno di sospendere le concessioni di terreni e acque federali al fine dell'estrazione di petrolio e gas naturali, in pendenza di una revisione complessiva dei permessi e della regolamentazione rilevante, anche alla luce dell'impatto ambientale di tali estrazioni³⁹⁹. A fronte di tale provvedimento, 13 Stati⁴⁰⁰ hanno convenuto il governo federale avanti la *United States District Court for the Western District of Louisiana, Lake Charles Division*, ottenendo l'emanazione di una *Nationwide injunction* con cui è stata inibita l'attuazione del richiamato *executive order*⁴⁰¹. La difficoltà di

³⁹⁶ Cfr. M. Joselow, *Meet 5 Republican AGs fighting Biden on climate*, in www.politicopro.com, 6 maggio 2021, <https://subscriber.politicopro.com/article/eenews/1063731829>, secondo cui «Republican attorneys general have a powerful tool for fighting President Biden's early actions on climate change: multistate lawsuits. From Alabama to Wyoming, the top lawyers in red states are teaming up to sue the Biden administration over its efforts to slash planet-warming pollution».

³⁹⁷ In proposito cfr. *ex multis* S. J. Fox, *Why Localizing Climate Federalism Matters (Even) during a Biden Administration*, in 99 *Tex. L. Rev. online* 122 (2021).

³⁹⁸ *Tackling the Climate Crisis at Home and Abroad*, 86 FR 7619.

³⁹⁹ Nei seguenti termini testuali «To the extent consistent with applicable law, the Secretary of the Interior shall pause new oil and natural gas leases on public lands or in offshore waters pending completion of a comprehensive review and reconsideration of Federal oil and gas permitting and leasing practices in light of the Secretary of the Interior's broad stewardship responsibilities over the public lands and in offshore waters, including potential climate and other impacts associated with oil and gas activities on public lands or in offshore waters [...]».

⁴⁰⁰ Trattasi precisamente di Louisiana, Alabama, Alaska, Arkansas, Georgia, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Oklahoma, Texas, Utah e West Virginia.

⁴⁰¹ Cfr. *Louisiana v. Biden*, 543 F. Supp. 3d 388 (W.D. La. 2021). Per un commento, cfr. R. Fazin, *Judge halts Biden pause on new public lands oil leasing*, in www.thehill.com, 15 giugno 2021, <https://thehill.com/policy/energy-environment/558649-judge-halts-biden-pause-on-new-public-lands-oil-leasing>.

integrale risarcimento della perdita economica potenziale conseguente all'applicazione del programma ambientale ha fondato il pericolo di pregiudizio irreparabile necessario per l'emanazione della *preliminary injunction*; ma, ancor più significativamente, la probabile fondatezza della domanda, oltre che sull'argomento del mancato rispetto da parte del Governo dei requisiti procedurali previsti dall'*Administrative Procedure Act* ("APA")⁴⁰², è stata motivata sul difetto di potere in capo all'esecutivo di adottare una simile normativa, in assenza di formale autorizzazione del Congresso, con conseguente possibilità di *judicial review*⁴⁰³. Quanto alla portata del rimedio, la Corte ha espressamente sancito l'efficacia nazionale della misura cautelare⁴⁰⁴. Più di recente, sempre avanti la *United States District Court for the Western District of Louisiana, Lake Charles Division*, un *pool* di attori⁴⁰⁵ costituito pressoché dai medesimi Stati agenti nel caso che si è appena trattato, ha saputo infliggere un'ulteriore significativa battuta d'arresto all'azione politica dell'amministrazione Biden contro il cambiamento climatico. Infatti, il 22 febbraio 2022 gli attori hanno ottenuto una *preliminary injunction*⁴⁰⁶ con cui è stata inibita all'esecutivo, a livello nazionale, l'applicazione

Più in generale sulla vicenda, cfr. R. Webb, *Biden's climate promises require oil and gas leasing reform*, in [www.thehill.com](https://thehill.com/opinion/energy-environment/592671-bidens-climate-promises-require-oil-and-gas-leasing-reform), 3 marzo 2022, <https://thehill.com/opinion/energy-environment/592671-bidens-climate-promises-require-oil-and-gas-leasing-reform>.

⁴⁰² Cfr. 5 U.S.C.S. § 553.

⁴⁰³ Si legge nel provvedimento: «A court may review a Presidential Executive Order. A President's authority to act, as with the exercise of any governmental power, must stem either from an act of Congress, or from the Constitution itself, or a combination of the two. A President may not transgress constitutional limitations. Courts determine where constitutional boundaries lie».

⁴⁰⁴ Ancora, così il provvedimento: «This Court does not favor nationwide injunctions unless absolutely necessary. However, it is necessary here because of the need for uniformity. [...] The Agency Defendants' lease sales are located on public lands and in offshore waters across the nation. Uniformity is needed despite this Court's reluctance to issue a nationwide injunction. Therefore, the scope of this injunction shall be nationwide».

⁴⁰⁵ Nel presente caso ad agire sono Louisiana, Alabama, Florida, Georgia, Kentucky, Mississippi, South Dakota, Texas, West Virginia e Wyoming.

⁴⁰⁶ Cfr. *Louisiana v. Biden*, No. 2:21-CV-01074, 2022 U.S. Dist. LEXIS 25496 (W.D. La. Feb. 11, 2022).

dell'*Executive Order 13990*, adottato il 25 gennaio 2021 ed intitolato «Protecting Public Health and the Environment and Restoring Science To Tackle the Climate Crisis»⁴⁰⁷. Tale provvedimento governativo prevedeva la reintroduzione, sulla scorta di quanto già voluto dall'amministrazione Obama ed in discontinuità rispetto all'amministrazione Trump, dell'*Interagency Working Group on the Social Cost of Carbon* ("IWG"), cui veniva demandato il compito di pubblicare stime provvisorie sul costo sociale dei gas a effetto serra di cui le agenzie avrebbero dovuto tenere conto nella propria attività regolatoria: la monetizzazione del costo sociale, conferendo un valore convenzionale numerico ad esempio al costo per il diritto alla salute, avrebbe dovuto condurre ad una forte riduzione dell'impiego di strategie energetiche dannose per l'ambiente⁴⁰⁸. Anche in questo caso il pericolo di pregiudizio irreparabile è stato identificato dalla Corte nel danno economico che gli Stati attori avrebbero subito in caso di applicazione della normativa contestata⁴⁰⁹. E, altrettanto significativamente, anche qui la probabile fondatezza della pretesa è stata motivata dal giudice a partire dal probabile difetto di potere in capo all'esecutivo di adottare tale normativa, anche sulla scorta della c.d. «major questions doctrine»⁴¹⁰, secondo cui, in questioni di rilevante portata (appunto, *major questions*), il governo e le sue articolazioni possono adottare atti normativi solo in presenza di esplicita autorizzazione del Congresso, sussistendo in caso contrario una illegittima dilatazione

⁴⁰⁷ 86 FR 7037.

⁴⁰⁸ Cfr. per un commento del provvedimento e della normativa P. Otum – R. Jacobson – C. Kelsh, *Carbon Cost Injunction Signals Hurdles For Biden Plans*, in www.law360.com, 23 febbraio 2022, <https://www.law360.com/articles/1467433/carbon-cost-injunction-signals-hurdles-for-biden-plans>; E. Chachko, *International Factors in Domestic Regulation: What the District Court Got Wrong in Louisiana v. Biden*, www.yalejreg.com, 3 marzo 2022, <https://www.yalejreg.com/nc/international-factors-in-domestic-regulation-what-the-district-court-got-wrong-in-louisiana-v-biden-by-elena-chachko/>.

⁴⁰⁹ Nei seguenti termini: «The Plaintiff States submit that they are substantial producers of energy and rely upon tax revenues from energy production to perform their sovereign duties. As such, the increased SC-GHG Estimates will cause regulatory standards affecting air quality, energy efficiency, power plant regulation to increase in stringency, which will directly harm the economies and revenues of Plaintiff States».

⁴¹⁰ Cfr. in argomento J. Blackman, *Gridlock*, in 130 *Harv. L. Rev.* 241 (2016).

del potere delle agenzie federali⁴¹¹. La Suprema Corte in altro caso, ossia *West Virginia v. Epa*⁴¹², ha emesso il *writ of certiorari* proprio sulla questione della potestà delle agenzie federali di regolare la materia ambientale in assenza di esplicita autorizzazione congressuale⁴¹³. Sembrano così potersi presagire foschi orizzonti per il *Climate change litigation*, il quale nei casi in commento ha preso direzione contraria rispetto a quella per il quale esso è nato e viene normalmente studiato. Le *Nationwide injunctions* sono state qui impiegate al fine di frenare la lotta al cambiamento climatico, chieste ed ottenute in contesti tradizionalmente caratterizzati ideologicamente in senso conservatore.

Passando al secondo degli ambiti di *litigation* su cui si è scelto di concentrare l'attenzione, occorre premettere che il contenzioso insorto al fine di contrastare talune politiche di contenimento della pandemia da Covid – 19 dell'amministrazione Biden, ed in particolare gli obblighi di vaccinazione introdotti per talune categorie di persone, si è sviluppato in maniera piuttosto disordinata ed è tutt'ora in divenire. Si darà conto, pertanto, di controversie riconducibili a tre filoni di contenziosi, che appaiono particolarmente rilevanti ai fini della presente trattazione. Anzitutto, due filoni, quasi gemelli, sono corsi in parallelo ed hanno condotto ad altrettante pronunce interlocutorie della Suprema Corte in sede di *shadow docket*.

⁴¹¹Una affermazione di tale dottrina, di recente creazione pretoria, è in *Util. Air Regulatory Grp. v. EPA*, 573 U.S. 302, 134 S. Ct. 2427 (2014), secondo cui «When an agency claims to discover in a long-extant statute an unheralded power to regulate a significant portion of the American economy, a court typically greets its announcement with a measure of skepticism. Congress is expected to speak clearly if it wishes to assign to an agency decisions of vast economic and political significance».

⁴¹² Cfr. *West Virginia v. EPA* 20-1531.

⁴¹³ Questa la questione presentata nella *Petition for a writ for certiorari*: « In 42 U.S.C. § 7411(d), an ancillary provision of the Clean Air Act, did Congress constitutionally authorize the Environmental Protection Agency to issue significant rules—including those capable of reshaping the nation's electricity grids and unilaterally decarbonizing virtually any sector of the economy—without any limits on what the agency can require so long as it considers cost, nonair impacts, and energy requirements?», cfr. https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1530/176915/20210429133443663_2021.04.29%20-%20West%20Virginia%20v.%20EPA%20Petition.pdf.

Il primo ha riguardato l'obbligo di vaccinazione o in alternativa esibizione settimanale di un test negativo imposto ai lavoratori impiegati in aziende con più di cento dipendenti, adottato dal *Department of Labour*, tramite la *Occupational Safety and Health Administration* ("OSHA"), con provvedimento del 5 Novembre 2021⁴¹⁴, sulla scorta di quanto annunciato dal Presidente il 9 settembre 2021⁴¹⁵. Su domanda di un nutrito gruppo di attori, tra cui Stati, aziende, lavoratori, associazioni *non profit*, il 12 novembre 2021 la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* emetteva una *preliminary injunction* con cui veniva inibita l'attuazione di quanto previsto dal citato provvedimento amministrativo al governo ed all'agenzia amministrativa adottante, principalmente muovendo, come nei ricordati casi in materia ambientale, dall'assenza di potestà in capo all'esecutivo di adottare un simile atto in assenza di autorizzazione del Congresso⁴¹⁶. Il processo proseguiva avanti la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, in uno con molti altri caratterizzati dalla sostanziale identità delle questioni di fatto e di diritto trattate⁴¹⁷, ove la misura cautelare veniva revocata⁴¹⁸. Gli attori chiedevano quindi tutela urgente («emergency relief») alla Suprema Corte, la quale con provvedimento interlocutorio del 13 gennaio 2022 revocava la pronuncia della Corte d'Appello per il sesto Circuito ed inibiva provvisoriamente ai convenuti l'*enforcement* dell'obbligo

⁴¹⁴ 86 FR 61402, intitolato «COVID-19 Vaccination and Testing; Emergency Temporary Standard».

⁴¹⁵ Cfr. *Remarks by President Biden on Fighting the COVID-19 Pandemic*, 9 settembre 2021, www.whitehouse.gov, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/09/09/remarks-by-president-biden-on-fighting-the-covid-19-pandemic-3/>

⁴¹⁶ Cfr. *BST Holdings, L.L.C. v. OSHA*, No. 21-60845, 2021 U.S. App. LEXIS 33698 (5th Cir. Nov. 12, 2021).

⁴¹⁷ La «consolidation» avanti il medesimo giudice dei diversi processi proposti avanti diversi tribunali contro un'agenzia governativa è stata disposta in forza della previsione di cui al 28 U.S.C.S. § 2112 (LexisNexis, Lexis Advance through Public Law 117-80, approved December 27, 2021).

⁴¹⁸ Cfr. *Mass. Bldg. Trades Council v. United States DOL* (In re MCP No. 165), Nos. 21-7000, 21-4027, 21-4028, 21-4031, 21-4032, 21-4033, 21-4080, 21-4082, 21-4083, 21-4084, 2021 U.S. App. LEXIS 37349 (6th Cir. Dec. 17, 2021).

vaccinale, in attesa della celebrazione del processo di merito⁴¹⁹. La motivazione della decisione si incentrava sul difetto di potere in capo al governo ed all'agenzia governativa di adottare la normativa contestata⁴²⁰, con esplicito richiamo dei Giudici Gorsuch e Thomas alla *major question doctrine* in separata *concurring opinion* redatta dal primo ed opposizione, formalizzata in apposita *dissenting opinion*, dell'ala progressiva della Corte (Giudici Breyer, Sotomayor, Kagan). Il secondo filone di contenziosi ha riguardato l'obbligo di vaccinazione, salvo esenzioni per motivi religiosi o medici, contro il Covid – 19 per medici, operatori sanitari e lavoratori impiegati in centri convenzionati con i programmi *Medicare* e *Medicaid*⁴²¹, imposto dal *Secretary of Health and Human Services*, tramite i *Centers for Medicare and Medicaid Services* (“*CMS*”), con provvedimento del 5 novembre 2021, intitolato «*Medicare and Medicaid Programs; Omnibus COVID-19 Health Care Staff Vaccination*»⁴²². Il provvedimento amministrativo è motivato principalmente dalla necessità di proteggere i pazienti delle strutture mediche e prevede, in caso di mancata *compliance* da parte di queste ultime, penalizzazioni di tipo economico concernenti la sospensione dell'erogazione dei fondi pubblici a sostegno dei due citati programmi assicurativi. Immediatamente a seguito dell'entrata in vigore, due gruppi di Stati, guidati rispettivamente da Louisiana e Missouri, agivano in giudizio chiedendo che ne fosse inibita la applicazione. La *United States District Court for the Western District of Louisiana, Monroe Division* accoglieva la domanda ed emetteva a tal fine una *Nationwide injunction*⁴²³. Analogo risultato veniva ottenuto avanti la *United States District Court for the Eastern District of Missouri, Eastern Division*, il cui provvedimento cautelare aveva però

⁴¹⁹ Cfr. *Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. DOL, OSHA*, 142 S. Ct. 661 (2022).

⁴²⁰ Ivi, 5, così testualmente «Applicants are likely to succeed on the merits of their claim that the Secretary lacked authority to impose the mandate».

⁴²¹ Come ricordato anche dalle pronunce che si passa ad esaminare, *Medicare* e *Medicaid* sono programmi di assicurazione sanitaria rivolti, rispettivamente, il primo a persone di età superiore ai 65 anni soddisfacenti determinati requisiti ovvero a persone con disabilità, il secondo a persone a basso reddito.

⁴²² 86 FR 61555.

⁴²³ Cfr. *Louisiana v. Becerra*, No. 3:21-CV-03970, 2021 U.S. Dist. LEXIS 229949 (W.D. La. Nov. 30, 2021).

portata geograficamente limitata al territorio degli Stati attori⁴²⁴. Entrambi i provvedimenti venivano motivati, principalmente, ancora una volta, a partire dalla violazione dei principi che governano il procedimento amministrativo e la potestà regolamentare del governo e delle agenzie governative e venivano confermati in sede d'appello, seppure con decisione che, in *Louisiana v. Becerra* limitava l'efficacia della *preliminary injunction* al territorio degli Stati attori⁴²⁵. Infine, la Suprema Corte accoglieva la domanda del governo e con pronuncia interlocutoria, resa il 13 gennaio 2022 in contemporanea a quella inerente all'obbligo vaccinale per i lavoratori delle grandi aziende, giungeva invece qui a sospendere provvisoriamente l'efficacia delle misure cautelari, con maggioranza di 5 – 4 in cui, ai giudici dell'ala progressista, si univano il *Chief Justice* Roberts ed il Giudice Kavanaugh⁴²⁶. Anche in questo caso, il cuore della *ratio decidendi* risiedeva nella analisi e (questa volta) nella ritenuta sussistenza della potestà regolatoria in capo all'agenzia governativa adottante il provvedimento contestato⁴²⁷. È peraltro interessante come il Giudice Thomas, con il concorso degli altri giudici “conservatori” della Corte non aderenti all'opinione della maggioranza, tra cui il Giudice Gorsuch, abbia redatto una articolata *dissenting opinion*, in cui si esprimeva a favore del diniego della revoca delle *Nationwide injunctions* concesse dalle Corti inferiori. I due giudici, infatti, sono gli stessi che, come si è ricordato, in precedenza – durante l'amministrazione Trump per la precisione – avevano espressamente preso posizione contro la legittimità del rimedio in sé. Un terzo filone di contenziosi riguarda l'obbligo di vaccinazione contro il Covid – 19 per il personale impiegato dagli appaltatori e subappaltatori delle agenzie federali introdotto

⁴²⁴ Trattasi di Alaska, Arkansas, Iowa, Kansas, Missouri, Nebraska, New Hampshire, North Dakota, South Dakota e Wyoming.

⁴²⁵ Si veda nuovamente *Louisiana v. Becerra*, No. 21-30734, 2021 U.S. App. LEXIS 37035 (5th Cir. Dec. 15, 2021), già richiamata al precedente par. 6.

⁴²⁶ Cfr. *Missouri v. Biden*, No. 4:21-cv-01329-MTS, 2021 U.S. Dist. LEXIS 227410 (E.D. Mo. Nov. 29, 2021).

⁴²⁷ *Ivi*, 9, si legge «The challenges posed by a global pandemic do not allow a federal agency to exercise power that Congress has not conferred upon it. At the same time, such unprecedented circumstances provide no grounds for limiting the exercise of authorities the agency has long been recognized to have».

dall'*Executive order 14042* del 14 settembre 2021 del Presidente Biden, intitolato «Ensuring Adequate COVID Safety Protocols for Federal Contractors»⁴²⁸. A quanto consta, l'*enforcement* di tale provvedimento è stato inibito con *preliminary injunctions* emesse da non meno di sei Corti federali, di cui quella emessa in Georgia avente efficacia *Nationwide*⁴²⁹, quelle emesse in Kentucky⁴³⁰, Louisiana⁴³¹, Missouri⁴³², Florida⁴³³ e Arizona⁴³⁴ aventi efficacia limitata al territorio o ai contratti stipulati dagli Stati attori. Le decisioni venivano motivate con argomenti quali, di nuovo, la separazione dei poteri e la protezione delle libertà fondamentali dei cittadini. Fuori dai tre menzionati filoni, in almeno un paio di occasioni la Suprema Corte ha rigettato richieste di provvedimenti urgenti volti a bloccare obblighi di vaccinazione introdotti, a livello locale, dagli Stati del Maine⁴³⁵ e di New York⁴³⁶.

Ad una valutazione d'insieme, sembra evidente la conferma della tendenza della *preliminary injunction* ad essere impiegata al fine di veicolare istanze di natura strettamente politica. Tale tendenza si è qui manifestata, ancora una volta con grande forza e frequenza, tramite la prassi delle *Nationwide injunctions*, ora invocate da soggetti riconducibili ideologicamente a quelle aree conservatrici che durante la precedente amministrazione ne avevano avversato la legittimità e concesse da giudici collocati in territori tradizionalmente a trazione repubblicana. Di nuovo, l'atteggiamento della Suprema Corte è apparso prudente. Non solo nel merito, circa gli strumenti adottati dalla Amministrazione Biden per contrastare la pandemia: sarà una

⁴²⁸ 86 FR 50985.

⁴²⁹ *Georgia v. Biden*, No. 1:21-cv-163, 2021 U.S. Dist. LEXIS 234032 (S.D. Ga. Dec. 7, 2021).

⁴³⁰ *Commonwealth v. Biden*, No. 3:21-cv-00055-GFVT, 2021 U.S. Dist. LEXIS 228316 (E.D. Ky. Nov. 30, 2021).

⁴³¹ *Louisiana v. Biden*, No. 21-cv-3867, 2021 U.S. Dist. LEXIS 240865 (W.D. La. Dec. 15, 2021).

⁴³² *Missouri v. Biden*, No. 4:21 CV 1300 DDN, 2021 U.S. Dist. LEXIS 242142 (E.D. Mo. Dec. 20, 2021).

⁴³³ *Florida v. Nelson*, No. 8:21-cv-2524-SDM-TGW, 2021 U.S. Dist. LEXIS 246185 (M.D. Fla. Dec. 22, 2021)

⁴³⁴ *Brnovich v. Biden*, No. CV-21-01568-PHX-MTL, 2022 U.S. Dist. LEXIS 15137 (D. Ariz. Jan. 27, 2022).

⁴³⁵ Cfr. *Doe v. Mills*, 142 S. Ct. 17 (2021).

⁴³⁶ Cfr. *Dr. A. v. Hochul*, 142 S. Ct. 552 (2021).

coincidenza, ma gli opposti provvedimenti del 13 gennaio 2022 sembrano voler “dare un colpo al cerchio e uno alla botte”. Ma anche, a livello processuale, a proposito delle *Nationwide injunctions*. Infatti, la Corte non solo non ha affrontato *ex professo* la questione ma, nei menzionati provvedimenti del 13 gennaio 2022, da un lato ha emanato essa stessa la misura cautelare⁴³⁷, dall’altro ha revocato le *Nationwide injunctions* emesse dalle Corti inferiori⁴³⁸. In entrambi i casi i Giudici Thomas e Gorsuch si sono schierati a favore della disapplicazione in via cautelare dei provvedimenti amministrativi contestati. Ma se nel primo caso ciò potrebbe essere coerente con quanto esposto dal Giudice Gorsuch in *Dep’t of Homeland Sec. v. New York*, da cui sembra desumersi che la Suprema Corte, vertice del sistema giudiziario, è l’unico giudice legittimato a pronunciare provvedimenti aventi efficacia *erga omnes*, nel secondo caso la *dissenting opinion* con cui i due citati giudici si sono schierati a favore delle misure cautelari concesse dalle Corti inferiori sembra contraddire lo scetticismo da essi in precedenza denunciato rispetto al rimedio. Il dibattito rimane aperto ed appare arduo prevedere se e quale esito esso potrà avere.

8. Considerazioni di sintesi conclusive: risposta tendenzialmente armonica degli ordinamenti alla domanda di tutela cautelare. Il problema della politicizzazione del processo

A valle della trattazione condotta sembra utile sintetizzare i principali risultati raggiunti, con particolare attenzione ai profili di maggiore interesse comparatistico. In tale prospettiva, il ragionamento pare potersi svolgere su due differenti livelli, tra di loro connessi. Il primo, di matrice strettamente processuale, si concentra sulla conformazione del modello cautelare di tutela dei diritti nell’ordinamento analizzato e sulle indicazioni che da esso possono trarsi per lo studio della tutela cautelare (atipica *in primis*) nel sistema italiano. Il secondo, partendo dal

⁴³⁷ In *Nat’l Fed’n of Indep. Bus. v. DOL, OSHA*, cit.

⁴³⁸ In *Missouri v. Biden*, cit.

ruolo della tutela cautelare, consente più in generale di svolgere alcune riflessioni conclusive sulle funzioni del processo civile (cautelare ma non solo) e sulle sue prospettive nel contesto delle tensioni che caratterizzano i sistemi democratici nel tempo in cui viviamo.

Incominciando con il primo, occorre ribadire che qualsiasi elemento di tendenza e convergenza tra sistemi non può che essere individuato in una prospettiva dinamica, che tenga conto delle divergenze storiche e sistematiche di partenza⁴³⁹. Il caso americano, in particolare, presenta caratteristiche che lo rendono del tutto peculiare e difficilmente esportabile, collocandosi esso, nell'ambito del paradigma di processo *adversary*, all'intersezione tra la tradizione storica dell'*equity*, tutt'oggi fondamentale per delineare presupposti e contorni delle *preliminary injunctions*, e la natura politica del giudice. Ciò posto, molto pragmaticamente, è innegabile che il concreto atteggiarsi delle misure cautelari americane presenti non poche analogie con il sistema italiano e, più in generale, con le caratteristiche delle misure provvisorie nei sistemi occidentali.

Infatti, come si è visto, i presupposti per la concessione della misura poggiano fondamentalmente sulla necessità di prevenire il pericolo di pregiudizio imminente e irreparabile in capo all'attore e sulla probabile fondatezza della domanda. Il provvedimento ambisce ad una regolazione provvisoria del conflitto improntata a canoni equitativi, anche con funzione deflattiva rispetto al giudizio di merito. I principi in materia di prova subiscono una significativa ricalibrazione, in conseguenza dell'applicazione della tecnica del bilanciamento degli interessi delle parti. La discrezionalità giudiziale è irrinunciabile, pur bisognosa di sempre nuovi criteri orientativi⁴⁴⁰. Il sistema presenta proprietà che consentono di qualificarlo come

⁴³⁹ Secondo l'insegnamento, per tutti, di G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 241.

⁴⁴⁰ Necessità di prevenire un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto soggettivo, apparenza del diritto, verosimiglianza (sul piano della prova), propensione funzionale a stabilire la «pace giuridica», irrinunciabilità della discrezionalità giudiziale e necessità di suoi canoni orientatori: sono caratteristiche trasversali delle misure

totalmente atipico e incentrato su misure a efficacia potenzialmente indefinitamente protratta, senza alcun obbligo in ordine all'introduzione del giudizio di merito. Ribadendo quanto si è già detto, sembrerebbe che i sistemi giuridici, cercando ciascuno tra gli strumenti a propria disposizione in conseguenza della propria evoluzione storica, finiscano con il rispondere alla domanda di tutela urgente con modalità tendenzialmente convergenti. Ciò sembra confermare l'utilità dello studio comparatistico delle misure cautelari (e di quelle statunitensi in particolare), sia per comprendere e ricercare soluzioni a problemi caratteristici o trasversali ai singoli sistemi che per delineare un terreno comune (pur con le difficoltà definitorie di cui si è detto in premessa) quando ci si trovi ad operare o a dover regolare la materia a livello transazionale⁴⁴¹.

Guardando nuovamente al modello italiano, siffatte considerazioni confortano in ordine alla bontà delle conclusioni raggiunte dalla dottrina, ma ancor prima in definitiva dal legislatore, sull'opportunità di conservare nel nostro sistema la tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c., nell'ambito di un equilibrio sempre precario e necessitante nuovi affinamenti, posto che l'adozione delle misure cautelari atipiche in parola risente ineluttabilmente di una buona dose di discrezionalità giudiziale, eppur costituente una soluzione tutt'oggi valida e ottimale, anche alla luce del raffronto comparatistico, a tutela dell'atipicità del diritto di azione e della salvaguardia del principio di effettività del processo di cui all'art. 24 Cost.

Ad un orizzonte più ampio, nel sistema americano il dibattito sulle *preliminary injunctions* rivela contrapposte concezioni della funzione del processo, tra «conflict resolution model» (o

provvisorie già enucleate, a valle di un'indagine sui principali ordinamenti europei, da G. Tarzia, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁴⁴¹ Tali conclusioni sembrano coerenti con l'impostazione di con M. Taruffo, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit. 95 – 96 ed in particolare con la caratterizzazione dei modelli sovranazionali di tutela dei diritti, ove, come già ricordato *supra* al §1.4, i modelli in parola vengono distinti a seconda che essi riguardino appositi procedimenti per le controversie transazionali ovvero siano impiegati quali punti di riferimento nella direzione dell'armonizzazione dei sistemi processuali.

«arbitration model») e «behavior modification model» (o «regulation model») e tende ad anticipare e mettere a nudo con particolare chiarezza le tendenze del sistema processuale, forse anche perché simili discussioni, al cospetto del declino del *trial*, non possono che collocarsi nell'ambito di fasi o forme procedurali alternative al modello ordinario. Anche qui, pertanto, come nel sistema italiano, la tutela cautelare finisce con lo svolgere un ruolo di riallineamento del sistema (processuale e sostanziale) ai dettami della Carta costituzionale, per effetto di un fenomeno di creazione giurisprudenziale del diritto che è connaturato ai sistemi di *common law*⁴⁴² ma ormai ritenuto fisiologico, nell'epoca della pos-modernità, anche in quelli di *civil law*⁴⁴³. In tale contesto, risulta confermata l'inclinazione tipica dell'*injunction* americana, anche rispetto a quella inglese, a prestarsi a strumentalizzazioni di natura schiettamente politica. La recente prassi ascendente delle *Nationwide injunctions*, di cui si è dato conto, sembra rappresentare addirittura un salto di qualità rispetto al passato, poiché oggetto di contrapposizione politica è la legittimità del rimedio in sé, non solo la situazione giuridica sostanziale alla cui protezione esso è strumentale, nell'ambito di una dinamica che determina una repentina verticalizzazione della giurisdizione, poiché sempre più spesso chiama in causa (e quasi obbliga) l'intervento della Suprema Corte (come meglio di dimostrerà al capitolo successivo). La accentuata politicizzazione del processo (cautelare ma non solo) al contempo preoccupa e tranquillizza, non solo in quel sistema, oggi teatro di strutturale e sistematica contrapposizione ideologica, ma anche guardando al nostro sistema, in cui di recente, ad esempio, occasioni di contrapposizioni approdate anche in sede processuale – cautelare sono state fornite dal dialogo tra diritto e scienza, dalla necessità di riconoscere tutela a nuovi diritti nascenti dall'avanzare dell'evoluzione tecnologica, sul fronte dei diritti della personalità, come

⁴⁴² Cfr. M. Taruffo, *op. cit.*, 195 ss.

⁴⁴³ Richiamiamo qui nuovamente P. Grossi, *La "invenzione" del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit., 831 ss., anche in Id., *L'invenzione del diritto*, cit., 2017, 114 ss.; Id., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., 1 ss., ora anche in Id., *Oltre la legalità*, cit., 99 ss. Più diffusamente sul tema si rinvia al precedente capitolo, spec. al §1.2.

già anticipato nel capitolo 1⁴⁴⁴. Preoccupa perché il processo è l'ultimo argine del sistema democratico. Tranquillizza poiché esso è probabilmente il miglior strumento per ricondurre tali tensioni a sistema⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Si rinvia, anche per opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a quanto esposto al superiore § 1.3. Ovviamente, di recente, è stata la pandemia da Covid – 19 ad offrire occasione di dialogo tra il mondo del diritto ed il mondo della scienza. In generale sull'impatto della pandemia sul processo civile, cfr. P. Biavati, *Processo civile e pandemia: che cosa passa e che cosa rimane*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 133 ss. Quanto al ruolo giocato dalla tutela cautelare in sede amministrativistica, cfr. R. Dagostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in www.giustiziasieme.it, 4 dicembre 2020. Si tornerà più ampiamente *infra* sui poteri cautelari esercitati dalla Corte costituzionale in un processo originato da vicende attinenti alla regolamentazione della pandemia.

⁴⁴⁵ Come si è ricordato *supra* al par. 6 ciò è stato particolarmente evidente di recente con riguardo al contenzioso insorto negli Stati Uniti a seguito delle elezioni presidenziali del novembre 2020. A livello generale, sembrano ancora valide e pertinenti le parole di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 9, il quale a commento del fenomeno (processuale) di creazione giurisprudenziale del diritto osservava: «L'espansione del ruolo giudiziario rappresenta invero il contrappeso, secondo me necessario in un sistema democratico di *checks and balances*, alla parallela espansione delle «branche politiche» dello stato moderno».

3. TUTELA CAUTELARE E CORTI SUPREME

SOMMARIO: 1. - Funzione pubblicistica delle Corti Supreme: rilevanza del tema negli studi di diritto processuale civile comparato ed ai fini della presente indagine. Natura politica della Corte Suprema degli Stati Uniti 2. - (segue) La Corte costituzionale, tra natura giurisdizionale e politica 3. - (segue) La Corte di Cassazione in crisi d'identità, nella contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* 4. - Appunti sulla tutela urgente avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti. Profili critici dell'ascesa della tecnica decisoria di cui alla c.d. *shadow docket* 5. - Tutela urgente e Corte costituzionale. Il problema dell'esistenza di un processo costituzionale e di un diritto processuale costituzionale. Tutele differenziate e assenza di un rito qualificabile come "ordinario" 6. - (segue) I poteri cautelari nei giudizi costituzionali 7. - (segue) Il recente storico esercizio dei poteri cautelari della Corte costituzionale: effettiva natura del potere interinale esercitato 8. - (segue) Sulla possibilità di applicazione in via analogica della previsione *ex art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87* ai giudizi in via incidentale: cautele ad effetti materiali irreversibili e zone franche del controllo di costituzionalità 9. - Tutela cautelare e Suprema Corte di Cassazione. Delimitazione del campo d'indagine: assenza di poteri interinali propri della Corte Suprema; non ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari; il problema dell'impugnazione del capo sulle spese di lite 10. - Tutela cautelare e funzione nomofilattica. La soluzione del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* 11. - Argomenti, anche di taglio comparatistico, a favore della possibilità di domandare la revoca o la modifica del provvedimento cautelare *ex art. 669-decies c.p.c.* ovvero riproporre la domanda cautelare *ex art. 669-septies c.p.c.* a seguito della pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* 12. - Riflessioni conclusive su tutela cautelare e Corti Supreme negli ordinamenti analizzati

1. Funzione pubblicistica delle Corti Supreme: rilevanza del tema negli studi di diritto processuale civile comparato ed ai fini della presente indagine. Natura politica della Corte Suprema degli Stati Uniti

Lo studio delle Corti Supreme, ed in particolare delle loro funzioni, della loro struttura, del loro funzionamento, è classico oggetto di indagine, potenzialmente sconfinato (anche

metaforicamente), del diritto processuale civile comparato⁴⁴⁶. Ai fini che qui rilevano, risulta particolarmente interessante mettere in evidenza come tali Corti, collocate al vertice del sistema giudiziario e *prima facie* definibili come quelle le cui decisioni non sono (per ciò) normalmente impugnabili avanti ad altre autorità giurisdizionali rispetto ad esse sovraordinate⁴⁴⁷, hanno la caratteristica peculiare (ma condivisa all'interno della categoria) di perseguire, tendenzialmente accanto a funzioni di *dispute resolution*, scopi di pubblico interesse, o pubblicistici, quindi lato senso politici⁴⁴⁸. Spicca in tale prospettiva la funzione volta all'assicurazione dell'uniformità della giurisprudenza delle Corti inferiori⁴⁴⁹, la quale, a seconda dei metodi impiegati per il suo esercizio, è all'origine di tradizionali classificazioni, come la distinzione tra «cassation model», «revision model» e «appeal model»⁴⁵⁰; accanto ad essa, sul piano della struttura del

⁴⁴⁶ In tal senso, cfr. O. G. Chase – V. Varano, *Comparative civil justice*, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, (a cura di) M. Bussani – U. Mattei, Cambridge 2012, 214. In argomento, si vedano i contributi raccolti in P. Yessiou – Faltsi (a cura di), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Salonicco 1998, nonché più di recente in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, in 81 *Studia Iuridica*, 2019. Sul tema, nella dottrina italiana, si rimanda per un inquadramento a M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.* 2011, 11 ss.; A. Dondi – P. Comoglio, *Le Corti Supreme civili nell'esperienza comparatistica*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – A. De Santis, Milano 2018, 291 ss. Cfr. altresì più ampiamente S. Chiarloni – C. Besso (a cura di), *Problemi e prospettive delle Corti Supreme: esperienze a confronto*, Napoli 2012; E. Silvestri, *Il controllo delle Corti Supreme: modelli e funzioni*, Ed. Provisoria, Pavia 2000.

⁴⁴⁷ In senso conforme cfr. M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, cit., 12.

⁴⁴⁸ In tal senso, si veda J. A. Jolowicz, *The role of the Supreme Court at the national and international level*, in *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, cit., 37 ss., spec. 38 sulla definizione di Corti Supreme e 40 sulla natura politica – pubblicistica di molte funzioni che esse esercitano.

⁴⁴⁹ In proposito cfr. M. Taruffo, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 35 ss., spec. 36 ss., ove viene evidenziato come l'attribuzione di tale funzione costituisce una, se non la principale ragione, del «mito» delle Corti Supreme, ossia della loro collocazione al centro del sistema giuridico ed all'apice del sistema giudiziario.

⁴⁵⁰ Su tale classificazione cfr. J. A. Jolowicz, *The role of the Supreme Court at the national and international level*, cit., 50 ss. Come ivi ricostruito, il «cassation model», tipico di ordinamenti quali quello francese e italiano, e il

modello di giustizia costituzionale, la distinzione tra sistemi caratterizzati da un giudizio diffuso di costituzionalità delle leggi, da un lato, e sistemi fondati sul paradigma kelseniano del controllo accentrato, dall'altro lato⁴⁵¹.

La funzione pubblicistica – politica delle Supreme Corti è un elemento acquisito⁴⁵², che le più recenti indagini sembrano dare tendenzialmente per presupposto, tendendo così a focalizzare

«revision model», tipico di ordinamenti quali quello tedesco e austriaco, sono caratterizzati dalla peculiarità per cui il giudizio avanti la Corte Suprema è di mera legittimità, non potendo estendersi all'accertamento dei fatti, che rimangono cristallizzati per come emergenti dalla decisione oggetto di impugnazione; i due modelli, pertanto, presentano il massimo grado di asservimento alla protezione di interessi pubblicistici, lasciando in secondo piano la funzione di *dispute resolution*, differenziandosi l'uno dall'altro poiché, tendenzialmente, nelle corti ascrivibili al primo modello il giudizio è solo rescindente ed invece anche rescissorio nel caso delle corti ascrivibili al secondo, nel contesto peraltro di una traiettoria evolutiva di convergenza, soprattutto alla luce delle numerose eccezioni alla natura rescindente del giudizio delle Corti di Cassazione, come nel caso della Suprema Corte di Cassazione italiana. All'opposto, l'«appeal model», tipico dei sistemi di *common law* ma presente anche negli ordinamenti scandinavi, presenta un maggior grado di distanza dai primi due e si caratterizza invece per la natura di vero e proprio gravame del relativo giudizio, il quale importa il puro e semplice riesame della controversia, in fatto e in diritto, avanti la Corte Suprema, con conseguente esaltazione dell'anima privatistica del relativo processo. La distinzione, di recente, è ripresa da M. Bobek, *Quantity or Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe*, in *EUI LAW* 2007, fasc. 36, spec. 3; A. Galič, *A civil law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, cit., 44 ss., spec. 45.

⁴⁵¹ Su cui si rinvia a M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis 1971. Nella manualistica ci si limita a richiamare, E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino 2021, VII Ed., 1 ss.; S. M. Cicconetti, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino 2019, VI Ed., 5 ss.

⁴⁵² Tanto che M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, cit., 32, intravede quale linea di tendenza generale delle Corti Supreme l'evoluzione verso una prospettiva rivolta sempre meno al controllo di legalità nei singoli casi e sempre più verso la funzione di promozione della legalità in senso dinamico e rivolto al futuro, a livello generale dell'ordinamento. G. F. Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, cit., 3 ss., spec. 8, con riguardo al francese *Tribunal de Cassation* del 1790, antesignano della *Cour de Cassation* del 1804, da cui deriva il modello italiano, sottolinea la funzione essenzialmente «antigiudiziaria» di tale organo, avulso da qualsiasi

l'attenzione sui profili più schiettamente organizzativi e strutturali, desumibili dal raffronto comparatistico⁴⁵³. Tale funzione riflette, ed anzi risalta al massimo, opinioni e problemi ineluttabilmente connaturati all'inquadramento della funzione giurisdizionale nei sistemi democratici, nel delicato equilibrio, talvolta fonte di patologie, della dialettica tra poteri⁴⁵⁴. Insomma, risente dei necessariamente labili e mobili contorni di una «istituzione difficile»⁴⁵⁵, baluardo dei diritti e della legalità costituzionale, anche rispetto alle istituzioni della democrazia rappresentativa, eppur esposta a critiche e a problematici tentativi ricostruttivi, soprattutto quando agisca in contrapposizione a queste ultime, a causa di quel *deficit* democratico che risulta particolarmente evidente, in ragione dell'importanza del potere esercitato, proprio con riguardo alle Corti Supreme⁴⁵⁶.

Lo studio dei poteri di tutela urgente di cui le Corti Supreme sono dotate, inclusi i loro poteri di revisione dell'esercizio della giurisdizione cautelare da parte delle Corti inferiori, è quindi

esigenza di tutela dello *ius litigatoris* ed avente una funzione «essenzialmente pubblicistica e cioè esclusivamente quella della tutela della sovranità della legge di fronte al possibile arbitrio interpretativo dei giudici».

⁴⁵³ In proposito, cfr. A. Uzelac, *Supreme Courts in the 21st Century: Should organization follow the function?*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, cit., 125 ss.

⁴⁵⁴ In tema cfr. D. Kapiszewski – G. Silverstein – R. A. Kagan (a cura di), *Consequential Courts: Judicial roles in global perspective*, Cambridge 2013.

⁴⁵⁵ L'espressione deriva dall'impostazione di M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, cit.

⁴⁵⁶ Il problema della *counter-majoritarian difficulty* è particolarmente sentito nel dibattito all'interno dell'ordinamento statunitense. In argomento si richiama in generale la classica opera di A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., *passim*, spec. 16 ss. Di recente sul tema, in difesa del ruolo del *judiciary*, inclusa la Corte Suprema, cfr. E. Chemerinsky, *In Defense of Judicial Supremacy*, in 58 *Wm. & Mary L.Rev.* 1459 (2017), ove viene sostenuta l'opportunità di affidare la difesa della rigidità della Costituzione al potere dello Stato che più è impermeabile rispetto alle tendenze (e tentazioni) della maggioranza politica *pro tempore*.

strategico nell'ambito di un'indagine avente ad oggetto la funzione politica, o più in senso ampio pubblicistica, della tutela cautelare civile⁴⁵⁷.

Con specifico riferimento ai modelli processuali qui oggetto di attenzione, ossia quello statunitense e quello italiano, occorre considerare, anzitutto, che il modello americano è paradigmatico e costituisce punto di riferimento pressoché irrinunciabile nello studio comparatistico delle Supreme Corti, sul piano dell'accesso, delle modalità decisorie, delle statistiche⁴⁵⁸. Per ciò che qui rileva, preme ribadire che la natura politica della Corte Suprema americana è un dato pacifico, figlio dell'anima lato senso politica e, quindi, dei poteri di *policy making* affidati in quel sistema al potere giudiziario⁴⁵⁹. La Corte Suprema americana è una

⁴⁵⁷ Sono ancora pregnanti le parole di M. Taruffo, *Il vertice ambiguo: Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, 48 – 49, il quale nell'analizzare le implicazioni politiche inerenti all'alternativa tra il modello della Cassazione e quello della terza istanza e all'istituzione di un'unica Corte Suprema centralizzata osserva: «Il dogma teorico dell'uniformità della giurisprudenza si rivela cioè come un valore politico strumentale: dev'essere uniforme la giurisprudenza prodotta da una magistratura compatta e omogenea, perché in questo modo il potere politico riesce ad assicurarsi il controllo totale sull'amministrazione della giustizia. [...] Tutti questi aspetti dei contrapposti sistemi erano chiaramente presenti sia ai fautori della Cassazione, sia ai fautori della revisione: la scelta a favore della prima non è dunque né casuale, né motivata da ragioni teoriche o tecnico giuridiche, bensì dalla chiara e coerente volontà di estendere all'amministrazione della giustizia in tutto lo Stato unitario un controllo politico burocratico accentrato».

⁴⁵⁸ In tal senso G. Alpa, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, in *La Nuova Cassazione civile*, (a cura di) A. Di Porto, Padova 2017, 108.

⁴⁵⁹ La bibliografia sulla natura politica della Corte Suprema americana è ovviamente vastissima. Oltre ai lavori già richiamati *supra* al §2.1, per recenti significativi contributi, cfr. R. A. Kagan, *A Consequential Court: The U.S. Supreme Court in the Twentieth Century*, in *Consequential Courts: Judicial roles in global perspective*, cit., 199; R. L. Marcus, *A Common Law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, cit., 15, ove viene sottolineato come la natura politica della Corte Suprema consegua alla natura lato senso politica del processo e della giurisdizione in quel sistema e si espliciti tendenzialmente (o quanto meno dovrebbe esplicitarsi) in uno scrutinio del corretto esercizio dei propri poteri da parte delle Corti inferiori, nei seguenti termini testuali: «In American federal-court litigation, then, the initiative rests with the parties, not with the court, and only when a case is presented by genuine adversaries with

consequential Court, nel senso che le sue decisioni «have an independent effect on politics, public policy, and power relationships or on social or economic life, the treatment of minorities, criminal suspects, political or religious dissidents»⁴⁶⁰.

Non può peraltro essere sottaciuto come anche la natura della Corte Suprema (e in generale della funzione giudiziaria) sia oggi oggetto di quella totalizzante contrapposizione ideologica che caratterizza in questo tempo la democrazia americana, con effetti potenzialmente distorsivi. In particolare, è emblematico ricordare al riguardo come la tendenza ricorrente al *divided government* e la progressiva polarizzazione del sistema abbiano reso il processo di nomina e conferma dei giudici della Corte estremamente fazioso, ideologico e spettacolarizzato⁴⁶¹. La procedura di *advice and consent* è così divenuta terreno di asserite degenerazioni e deviazioni

legal rights at stake may the court decide. But the breadth of judicial remedies in American litigated cases – often called “public law” cases – probably outstrips what courts can do in most civil law systems, perhaps also common law jurisdictions. American judicial remedies in such cases may command the other branches of government to do or stop doing something even though the political actors in those other branches of government strongly want to pursue their chosen course. Particularly tensions can result when a federal court enters such an order against a state government. Those remedies are usually not directly granted or administered by supreme courts, and although lower court decisions granting such remedies are subject to appellate review that review is often under an “abuse of discretion” standard that accords substantial latitude to the lower courts».

In argomento, cfr. altresì per lavori più risalenti e di ampio respiro, A. Barak, *A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy*, in 116 *Harv. L. Rev.* 19 (2002); G. C. Hazard Jr., *Supreme Court as a Legislature*, in 64 *Cornell L. Rev.* 1 (1978 – 79); W. E. Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution As a Sword*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1532 (1972); N. Hakman, *Political Trials in the Legal Order: A Political Scientist’s Perspective*, in 21 *J. Pub. L.* 73 (1972); R. A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. L.* 279 (1957). In generale sulla Corte Suprema, una famosa opera è inoltre H. W. Perry Jr, *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard 1991.

⁴⁶⁰ Così R. A. Kagan, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶¹ Cfr. dalla prospettiva d’osservazione italiana G. D’Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Padova 2020, 297.

dalla legalità costituzionale⁴⁶², come risultato principalmente di un progressivo mutamento del ruolo giocato dal Senato, oggi protagonista attivo e decisivo in una dialettica che invece, secondo il testo costituzionale, come interpretato dalla prevalente dottrina⁴⁶³, riserverebbe a quest'organo una mera verifica oggettiva sul piano tecnico circa l'adeguatezza a ricoprire la carica da parte dei candidati discrezionalmente individuati dal Presidente.

Per completezza del quadro attuale, merita solo aggiungere che, se da un lato gli studiosi ed osservatori ascrivibili ideologicamente all'area conservatrice rivendicano la posizione politicamente neutra dei giudici e delle Corti, sostenendo che essi agiscono (o dovrebbero agire) ispirandosi ad un *self restraint* che in fondo è al cuore della dottrina originalista⁴⁶⁴, dall'altro lato dall'area liberal-progressista si evidenzia la contraddittorietà (ed ipocrisia) di un simile approccio⁴⁶⁵.

È utile inoltre rimarcare come, tra le tecniche impiegate dalla Corte Suprema al fine di esercitare la propria funzione di *policy making*, particolare importanza rivesta la selezione dei casi da decidere e non decidere, soprattutto tramite gli strumenti del *writ of certiorari* e delle *doctrines*

⁴⁶² In tema cfr. L. P. Vanoni, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE* 2017, 833 ss.

⁴⁶³ Si veda L. Epstein – J. A. Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford 2005, 18.

⁴⁶⁴ In tal senso, significativo un contributo dell'attuale giudice della Corte Suprema, N. M. Gorsuch, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in 66 *Case W. Rsv. L. Rev.* 905 (2016); R. H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Indiana L. J.* 1 (1971). Per uno sguardo d'insieme del dibattito sull'interpretazione della Costituzione, tra gli opposti poli della dottrina originalista e l'obiettivo della *Living Constitution*, cfr. G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 318 ss.

⁴⁶⁵ In tal senso E. Chemerinsky, *We the People: A progressive reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York 2018, 27 ss.; Id., *The vanishing Constitution*, in 103 *Harv. L. Rev.* 43 (1989). Per una ricognizione del dibattito, cfr. M. Shapiro, *The Supreme Court and constitutional adjudication: of politics and neutral principles*, in 31 *Geo. Wash. L. Rev.* 605 (1962 – 1963).

*of justiciability*⁴⁶⁶: spesso la Corte fa discutere per ciò che dice, anche se un potere analogo, e forse ancor maggiore (quantomeno in termini quantitativi) è quello esercitato quando essa sceglie di non dire.

⁴⁶⁶ Su cui ampiamente, cfr. V. Barsotti, *L'arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999, *passim* e spec. 1 ss., 61 ss. Tale, ormai classica, opera mette ben in evidenza come negli Stati Uniti costituisca un ricordo del passato la concezione del giudice come semplice *lawfinder* a favore della concezione del giudice come *policymaker*, la quale non si esplica esclusivamente attraverso l'interpretazione creativa nelle norme bensì anche attraverso le cc.dd. virtù passive, ossia la scelta dei casi da decidere (15 ss.) Ivi, viene ricostruito come i principali strumenti a disposizione della Corte Suprema al fine di evitare la decisione di un caso siano il *writ of certiorari* e le *doctrines of justiciability*. Il primo costituisce «il campione della non decisione», rilevante soprattutto sul piano quantitativo, poiché tramite il puro e semplice diniego di *certiorari* la Corte evita di pronunciarsi sulla maggior parte dei casi. All'opposto le *doctrines of justiciability*, nel cui perimetro sono riconducibili *inter alia* le nozioni di *mootness* (attualità della questione), *ripeness* (maturità della questione), *standing* (legittimazione ad agire), rilevano soprattutto sul piano qualitativo. Tali categorie scaturiscono dall'elaborazione giurisprudenziale attorno alle nozioni di caso o controversia che l'art. III della Costituzione americana rimette alla cognizione del potere giudiziario. Come ben ricostruito sempre dalla medesima A., il raro impiego di tali categorie al fine della non decisione risponde principalmente a due esigenze, ossia anzitutto decidere di non decidere tramite una pronuncia che, a differenza del diniego di *certiorari*, è motivata e quindi ha efficacia di precedente e può essere utilizzata come strumento di non decisione anche dalle Corti inferiori. In secondo luogo, tali categorie, necessariamente generiche e piuttosto vaghe, si prestano ad un uso «manipolatore e strategico» (p. 22), quindi consentono alla Corte Suprema di evitare di pronunciarsi su questioni politicamente controverse ovvero di attribuirsi il potere di decidere casi probabilmente altrimenti esulanti dalla sua competenza, appunto ad esempio per difetto di legittimazione ad agire ovvero cessazione della materia del contendere. Non per caso, come sempre ivi ricordato, tali categorie hanno trovato impiego in decisioni su molti casi politicamente divisivi, come emblematicamente nella già ricordata pronuncia in *Roe v. Wade* in tema di diritto di aborto, quando il caso venne deciso pur a fronte di evidenti problemi di *mootness*, posto che la donna attrice al momento della decisione aveva ormai già partorito e la pronuncia non poteva quindi avere alcun effetto diretto nella sua sfera giuridica soggettiva. Più di recente, sui canali di accesso alla Corte Suprema e sull'importanza del decidere di non decidere, cfr. G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 303 ss.

2. (segue) La Corte costituzionale, tra natura giurisdizionale e politica

Venendo alle Corti italiane, occorre premettere che, come accennato, la tensione verso funzioni di *public interest* è un fattore comune ed anzi ormai elemento decisivo di classificazione anche nell'ambito delle Corti Supreme dei sistemi di *civil law*, tanto che la misurazione del grado di propensione ad occuparsi in via più o meno accentuata di questioni aventi rilievo pubblicistico ovvero privatistico assurge a nuovo criterio di comparazione, quasi a sostituire la dicotomia tra *civil law* e *common law*, ritenuta ormai desueta⁴⁶⁷, nonché a superare anche la distinzione classica tra Corti di cassazione e Corti di terza istanza⁴⁶⁸. D'altro canto, al cospetto di un ordinamento, come il nostro, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di Corti superiori, l'attenzione sarà qui concentrata solo sulla Corte costituzionale e sulla Corte di Cassazione. Tali Corti, infatti, rispetto ai fini ed all'oggetto della presente indagine, paiono costituire termini di riferimento maggiormente calzanti, rispetto ad autorità giurisdizionali quali il Consiglio di Stato e la Corte dei conti⁴⁶⁹. Del resto, proprio la Corte costituzionale è considerata il termine di confronto più immediato della Corte Suprema americana, mentre tanto in relazione alla Corte costituzionale che in relazione alla Corte di Cassazione è possibile ragionare attorno all'impiego (attuale o auspicato) di tecniche di selezione dei casi da decidere (o non decidere)

⁴⁶⁷ Questa l'impostazione di A. Galič, *A civil law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, cit., spec. 48 ss.

⁴⁶⁸ In tal senso K. Kerameus, *Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 145 ss.; conf. E. Silvestri, *Il controllo delle Corti Supreme: modelli e funzioni*, cit., 7.

⁴⁶⁹ La scelta appare in qualche modo coerente con l'impostazione tradizionalmente adottata nell'ambito dello studio con metodo comparatistico del processo civile e delle Corti supreme italiane. Ad esempio, M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia* 2014, 44, nello studio di un tema importante e paradigmatico quale quello del precedente giudiziale, pur richiamando le possibili interferenze che possono determinarsi tra le Corti Supreme, specie con riguardo al Consiglio di Stato, quando un giudice faccia riferimento ad una decisione della Corte Suprema cui esso non soggiace, dato atto del problema, concentra la propria attenzione solo sulla Corte di Cassazione e sulla Corte costituzionale al fine della trattazione ivi svolta.

quali strumenti dell'esercizio della rispettiva funzione politica (o di politica del diritto)⁴⁷⁰, secondo una prospettiva che, appunto, riecheggia e forse risente dell'influenza, quanto meno a livello ricostruttivo, del modello statunitense.

Sempre sul piano della delimitazione del campo d'indagine, si è qui scelto di non soffermarsi con specifica attenzione sul sistema delle misure cautelari della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁷¹ e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁷², pur nella consapevolezza della centralità di tali autorità nel contesto del sistema multilivello di tutela dei diritti in cui l'ordinamento italiano è inserito e delle correlate problematiche e stimolanti dinamiche concernenti il dialogo tra le Corti⁴⁷³.

Venendo quindi alla Corte costituzionale, anzitutto, il problema della sua natura di organo giurisdizionale o politico rimanda ad una annosa discussione ed è connaturato alla morfologia

⁴⁷⁰ In tal senso, nuovamente V. Barsotti, *L'arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., 287; G. Alpa, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, cit., esclude *de iure condito* la compatibilità di modelli quali quello americano o inglese con l'art. 111 Cost.

⁴⁷¹ Si richiama nuovamente in tema C. Silvestri, *Le misure «provvisorie e cautelari» nella ricostruzione interpretativa della Corte di Giustizia*, cit.

⁴⁷² Sul tema, cfr. M. Aversano, *Tutela d'urgenza e ambito d'intervento della Corte*, in F. Buffa – M. G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it, aprile 2019, 370 ss.

⁴⁷³ Cfr. in argomento F. Biondi, *Quale dialogo tra Corti?*, in *Federalismi* 2019, 18, *passim*. Il tema del dialogo tra Corti ha sollecitato ampia discussione di recente anche nella dottrina processualistica, a seguito della pronuncia Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, in *Foro it.* 2020, 11, 3415, con note di A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite* e E. Calzolaio, *La violazione del diritto dell'Unione europea come «motivo di giurisdizione»*. Cfr. altresì A. Proto Pisani, *Attentato delle sezioni unite all'art. 111, ultimo comma, della costituzione?*, in *Giusto proc. civ.* 2021; G. Costantino – A. Carratta – G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in www.questionegiustizia.it.

del sistema italiano di controllo della legittimità costituzionale delle leggi, figlio della scelta operata dall'Assemblea costituente, sostanzialmente di compromesso tra il modello del sindacato diffuso americano e quello del sindacato accentrato, siccome formalmente incentrata sul secondo, seppur con i noti temperamenti che caratterizzano il giudizio in via incidentale, ossia la necessità che la questione di legittimità si ponga nel giudizio *a quo* e sia valutata rilevante e non manifestamente infondata dal giudice remittente, come previsto dall'art. 23, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87⁴⁷⁴. Il tema è complementare rispetto a quello dell'esistenza di un processo costituzionale, su cui si tornerà in seguito. Basti qui ricordare che, come osservato da più parti, le interferenze della Corte costituzionale rispetto ai poteri legislativo e giudiziario, che conducono alternativamente ad imputare criticamente alla Corte di operare come organo politico che minaccia l'indipendenza del giudiziario ovvero di operare come un organo giudiziario che invade il campo del potere politico, sono in realtà del tutto fisiologiche, almeno in astratto (salvo ovviamente eccessi che di volta in volta possono configurarsi) e conseguenti alla natura «di rincalzo» dell'organo giurisdizionale in esame rispetto agli organi di indirizzo politico in senso stretto⁴⁷⁵. Nel prendere atto della natura lato senso politica della

⁴⁷⁴ *Ex multis* si rinvia a G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 317 ss., sulle ragioni di un sistema di giustizia costituzionale, sui modelli ispiratori delle scelte dell'Assemblea costituente e sulle relative contrapposizioni, sul piano tecnico e politico, nonché sulle vicende ed i ritardi che precedettero l'istituzione della Corte costituzionale. Pare significativo ed utile notare l'intreccio e la sovrapposizione di ragioni di natura tecnico-giuridica e politica alla base del dibattito, con argomenti spazianti dalla contrapposizione tra ispirazioni illuministe e giusnaturalistiche, al raffronto dei modelli offerti dalla comparazione tra sistemi, fino a posizioni di natura prettamente ideologica: se in un primo momento l'introduzione della Corte costituzionale fu avversata principalmente dalla componente di sinistra, sulla base della preoccupazione che un potere troppo vasto di controllo dell'operato degli organi costituzionali democraticamente eletti fosse affidato ad un organo tecnico, in un secondo momento fu invece la maggioranza democristiana ad osteggiare l'istituzione della Corte, al fine di precluderne l'accesso ad esponenti espressione del Partito Comunista; cfr. altresì in argomento C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente*, Napoli 2014, *passim*; A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.* 1980, V, 117 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche alle pp. 125 – 126.

⁴⁷⁵ Così A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit. 120.

Corte costituzionale e delle sue decisioni⁴⁷⁶, rivelata anche dalla sua composizione⁴⁷⁷, occorre comunque non sottovalutare i rischi di deviazione politica dovuti alla vocazione in qualche modo ibrida dell'organo, già messi in evidenza dalla dottrina processualistica⁴⁷⁸.

3. (segue) La Corte di Cassazione in crisi d'identità, nella contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*

Quanto alla Corte di Cassazione, la sua propensione verso la tutela di interessi aventi rilievo pubblicistico costituiva la chiave di volta del modello elaborato da Piero Calamandrei nel vigore del codice di rito previgente ed emerge ancora oggi nitidamente dalla funzione nomofilattica

⁴⁷⁶ Il tema è tutt'oggi oggetto di ampio dibattito. Sulla politicità delle decisioni della Consulta, si richiama l'impostazione di R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino 2017, 6, ove viene evidenziato come tale caratteristica può derivare dalla natura della questione trattata, o dai risultati cui la Corte perviene o dalla eccessiva creatività ovvero accondiscendenza rispetto agli organi di indirizzo politico. In argomento cfr. altresì L. Costanzo, *In cosa consiste la politicità delle decisioni della Corte Costituzionale*, ivi, 59. Si rinvia inoltre ai contributi raccolti in P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982.

⁴⁷⁷ Su cui nuovamente per tutti G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 291 ss.

⁴⁷⁸ Ci si riferisce a P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, ripubblicato in *Opere giuridiche*, (a cura di) M. Cappelletti, Napoli 1968, III, *Diritto e processo costituzionale*, ora ripubblicato da Roma TrE-Press, al <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-III-%E2%80%93-Diritto-e-processo-costituzionale.pdf>, 344, ove nella *Lettera dedicatoria al Prof. Enrico Redenti* viene sottolineato il rischio che lo scrutinio di rilevanza e non manifesta infondatezza del giudice *a quo* possa risolversi in una «delibazione politica», ampiamente poi 347 ss. Non può peraltro sottacersi come tale critica si colloca a valle della mancata approvazione da parte dell'Assemblea costituente della proposta di strutturazione del giudizio costituzionale formulata dallo stesso Calamandrei, su cui cfr. C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente*, cit., 127 ss.

affidatale dall'art. 65 ord. giud., la cui formulazione risente grandemente proprio dell'influenza del Maestro fiorentino⁴⁷⁹. Come noto, peraltro, proprio la convivenza di una duplice anima all'interno della Corte, che è asservita alla protezione tanto dello *ius litigatoris* quanto dello *ius constitutionis*⁴⁸⁰, è all'origine non solo di un'ambiguità di fondo sul ruolo dell'istituzione⁴⁸¹, ma

⁴⁷⁹Ci si riferisce alla famosa impostazione di P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Milano – Torino – Roma 1920, voll. I e II, ora in Id., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Napoli 1965, ripubblicata in *open access* da RomaTrE-Press 2019, reperibili ai seguenti *link* <http://romatypress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93Volume-VI-%E2%80%93La-Cassazione-civile-parte-prima.pdf>; <http://romatypress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93Volume-VII-%E2%80%93La-Cassazione-civile-parte-seconda.pdf>. Nello stesso senso P. Calamandrei, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1937, 981 ss., ora in *Opere giuridiche*, cit., VIII, 3 ss.

Sull'influenza di Piero Calamandrei sull'art. 65 ord. giud., si vedano *ex multis* E. Lupo, *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, in *Arch. pen.* 2012, fasc. I.; A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – A. De Santis, cit., 122 – 123, ove si ricorda, peraltro, la “soccumbenza” di Calamandrei pochi anni dopo nel tentativo di costituzionalizzare i principi sanciti dall'art. 65 ord. giud. Come rilevato da N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano 2003, 405, nota 14, è dimostrato che il progetto di riforma delle norme sull'ordinamento giudiziario del 1941 venne sottoposto a Calamandrei. Secondo F. Cipriani, *La scomparsa di Carlo Lessona e “La Cassazione” di Piero Calamandrei (Le acrobatiche piroette di uno scolaro che non dimentica)*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 3 ss., spec. 34, l'art. 65 ord. giud. «non può che essere stato scritto da Calamandrei». Per una recente ricostruzione del pensiero di Calamandrei sulla Cassazione, ed in particolare del ricorso per cassazione come azione di impugnativa diretto all'annullamento della sentenza di merito, cfr. A. Panzarola, *Funzione e struttura del ricorso per cassazione come azione di impugnativa ne “La Cassazione civile” di Piero Calamandrei*, in *www.judicium.it.*, 24 novembre 2020. Per un'introduzione su origine e vicende storiche della Cassazione, dalle origini del modello francese post-rivoluzionario alle quattro Corti di Cassazione dopo l'Unità d'Italia (Torino, Firenze, Napoli, Palermo), fino all'istituzione della Cassazione unica per tutto il Regno d'Italia del 1923, cfr. G. F. Ricci, *Il giudizio civile di Cassazione*, cit., 3 ss.

⁴⁸⁰ Per un tentativo di chiarire la portata di tali due espressioni, ampiamente impiegate, cfr. G. Scarselli, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della recente riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 355 ss.

⁴⁸¹ Famosa ed emblematica è in tal senso la definizione da cui prende il titolo M. Taruffo, *Il vertice ambiguo: Saggi sulla Cassazione civile*, cit.; analogamente, seppur con presa d'atto della faccia del giano bifronte che infine

anche (ed anzi, di conseguenza) della sua profonda attuale crisi, dovuta all'enorme sovraccarico di procedimenti su di essa gravante, figlio della prevalenza (senz'altro in termini strettamente quantitativi) dell'anima della Corte quale giudice di terza istanza, causata, come messo in evidenza da autorevole seppur non unanime dottrina, anche dall'interpretazione in senso sostanziale (da essa stessa fornita) della nozione di sentenza di cui all'art. 111, comma 7, Cost.⁴⁸²

La necessità di restituire qualità e centralità alla funzione nomofilattica, che fatalmente non può essere esercitata efficacemente da una Corte che emette ogni anno nel solo settore civile decine di migliaia di pronunce, è stata così all'origine, soprattutto negli ultimi due decenni, di una pluralità di riforme, tutte volte a rafforzare quanto prescritto dal sintagma "nobile" dell'art. 65 ord. giud., ossia la funzione di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge», a discapito

il legislatore sembra voler privilegiare, C. Consolo, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine, "disambiguato"?)*, in *La Nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, cit., 49 ss.

⁴⁸² La crisi della Cassazione sotto il peso dello *ius litigatoris* è ampiamente nota e commentata, cfr. al riguardo S. Chiarloni, *Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione*, in *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, a cura di C. Besso – S. Chiarloni, cit., 19 ss.; R. Rordorf, *Introduzione*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., XIII, ove viene evidenziata l'impossibilità di esercitare efficacemente la funzione nomofilattica a fronte dell'emissione di circa trentamila provvedimenti civili all'anno. Sulla prevalenza del modello della terza istanza all'origine della crisi (anche, ma non solo) d'identità della Cassazione, cfr. M. Taruffo, *Il vertice ambiguo: saggi sulla Cassazione civile*, cit., 158 ss. Sul ricorso straordinario per Cassazione e sull'interpretazione estensiva in senso sostanziale della nozione di sentenza, cfr. R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., 483 ss., spec. 486 ss. Per una recente, lucida, critica di tale interpretazione estensiva, cfr. A. Proto Pisani, *Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione «diretta» dell'art. 111 Cost., comma 2 e poi 7, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a Costituzione invariata*, in *Riv. dir. proc.* 2020, 1192 ss.; Id., *Il nuovo sistema dei diritti introdotto dalla Costituzione del 1948 e le sue conseguenze sulla disciplina del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1139 ss. Contrario all'opinione secondo cui l'eccessivo aggravio delle pendenze della Cassazione è imputabile all'interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 7, Cost., anche alla luce di dati schiettamente numerici, G. Monteleone, *Il nodo, apparentemente inestricabile, della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 821 ss.,

della funzione negativa, rivolta al singolo giudice *a quo*, della «esatta applicazione»⁴⁸³: invero, ormai, solo la prima delle due accezioni viene ritenuta sinonimo di nomofilachia, ossia quella protesa verso la generalità dei giudici ed orientata ad uniformare l'interpretazione del diritto nella giurisprudenza per il futuro⁴⁸⁴. Per accennare ai più rilevanti interventi, in tale prospettiva si colloca la riforma attuata con d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ed operante, per ciò che qui preme di sottolineare, almeno su un triplice fronte⁴⁸⁵. Anzitutto, la ricalibrazione del principio di diritto, la cui pronuncia ai sensi dell'art. 384 c.p.c. nell'impianto previgente era limitata alle ipotesi in cui la Corte accogliesse il ricorso proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. ed oggi è invece estesa a tutti i casi in cui la Corte decida il ricorso proposto ai sensi della disposizione menzionata, ovvero decidendo su altri motivi di ricorso risolva una questione di diritto di particolare importanza⁴⁸⁶. In secondo luogo, la riforma del principio di diritto nell'interesse della legge, in virtù della riscrittura dell'art. 363 c.p.c., secondo il quale oggi il principio di diritto in parola può essere pronunciato su istanza del Procuratore generale quando il ricorso non sia stato proposto nei termini, ovvero le parti vi abbiano rinunciato, ovvero il

⁴⁸³ Anche sulla consolidata ricostruzione della funzione di esatta applicazione in termini negativi e rivolti al singolo caso e di quella di uniforme interpretazione come proiettata prospetticamente verso il futuro, cfr. A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., 62 ss., spec. 124 ss.

⁴⁸⁴ In tal senso, cfr. A. Panzarola, *op. cit.*, 130; G. Verde, *Jus litigatoris e Jus constitutionis*, in Id., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli – Roma 2012, 11 ss. Emblematiche su tale concezione della funzione nomofilattica sono le parole di G. Canzio, *La riforma del giudizio di Cassazione. Una introduzione*, in *La Nuova Cassazione civile*, (a cura di) A. Di Porto, cit., 1 ss. L'espressione “nomofilachia”, nel senso ampio di custodia del diritto, fu peraltro coniata da Piero Calamandrei, come mostrato da F. Cipriani, *La scomparsa di Carlo Lessona e “La Cassazione” di Piero Calamandrei (Le acrobatiche piroette di uno scolaro che non dimentica)*, cit., 34.

⁴⁸⁵ Per uno sguardo d'insieme si richiama *ex multis* B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 238 ss.

⁴⁸⁶ Ci si limita qui a richiamare al riguardo A. Panzarola, *Commento all'art. 384*, in A. Briguglio – B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, III, I, Padova 2009 282 ss.; R. Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 9 ss., spec. 21 – 23.

provvedimento non sia ricorribile per cassazione né altrimenti impugnabile; ovvero può essere pronunciato anche d'ufficio quando il ricorso proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile e la questione decisa sia di particolare importanza, in tutti i casi con pronuncia che non ha effetto rispetto al giudizio di merito e quindi, appunto, ha valore squisitamente nomofilattico⁴⁸⁷. La nuova fisionomia dell'istituto ne determina una significativa variazione qualitativa, spostandone il baricentro proprio dall'esatta applicazione all'uniforme interpretazione della legge, determinando una sorta di «nomofilachia consultiva» di cui è stata evidenziata la problematicità, soprattutto sul piano dello sganciamento dell'esercizio di tale fondamentale funzione dalla fattispecie concreta oggetto di causa e dal perimetro delle questioni di diritto ivi insorte⁴⁸⁸. Come si è già accennato e si tornerà più oltre ad approfondire, il profilo è particolarmente significativo ai fini della presente trattazione, poiché l'istituto in esame delinea una (probabilmente l'unica) teorica via d'accesso dei provvedimenti cautelari (inclusi i provvedimenti d'urgenza) al giudizio di cassazione e quindi all'esercizio della funzione nomofilattica. In terzo luogo, sempre ad opera del d.lgs. n. 40/2006 è stata attuata la riscrittura dell'art. 374 c.p.c., istituendo un vincolo formale (giuridico seppur negativo o relativo) della giurisprudenza delle Sezioni semplici a quella delle Sezioni unite, in virtù del quale queste ultime vengono sempre più a configurarsi alla stregua di vera e propria «Super Corte» con vocazione (quasi) esclusivamente nomofilattica⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ In argomento cfr. R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., 161 ss.; A. Briguglio, *Commento all'art. 363*, in A. Briguglio – B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, cit. 110 ss.; E. Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino 2018, *passim*.

⁴⁸⁸ Così L. Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino 2018, 61 ss. Sul mutamento qualitativo dell'istituto oggetto di attenzione cfr. Id., *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 79 ss., spec. 84; B. Capponi, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Il processo* 2020, 405 ss.

⁴⁸⁹ Così A. Briguglio, *Appunti sulle Sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 16 ss., spec. 33. In argomento *ex multis* cfr. G. Amoroso, *Commento all'art. 374 c.p.c.*, in A. Briguglio – B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, cit. 195 ss.

Si deve poi alla l. 18 giugno 2009, n. 69 l'introduzione del filtro di ammissibilità di cui all'art. 360-*bis* c.p.c., con cui è stata conferita inedita efficacia preclusiva ai precedenti della Cassazione, da cui deriva l'inammissibilità dei ricorsi avverso decisioni che abbiano deciso questioni di diritto in senso conforme alla giurisprudenza della Corte, laddove l'atto introduttivo non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento⁴⁹⁰. Una successiva, significativa, tappa risale alla l. 7 agosto 2012, n. 134, la quale nel riformulare il motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. ha importato formalmente l'abolizione del sindacato sulla motivazione del provvedimento impugnato, sicché il motivo di ricorso in parola consente ora di censurare solo l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione tra le parti»: la nuova disposizione, chiaramente ispirata da una *ratio* deflattiva, appare criticabile sotto plurimi profili, vuoi poiché determina un ulteriore allontanamento della Corte Suprema (e della funzione nomofilattica) dalla fattispecie concreta oggetto di causa⁴⁹¹, vuoi perché, per un eterogenesi dei fini, la sua interpretazione costituzionalmente orientata può condurre a far rientrare il sindacato sulla motivazione, uscito dalla porta, dalla finestra del motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., cosicché il nuovo n. 5 risulta importare in maniera pura e semplice la aggiunta di un nuovo motivo di impugnazione⁴⁹². Il d.l. 31 agosto 2016, n. 197, convertito con modificazioni in l. 25 ottobre 2016, n. 197, poi, nel solco ideale dell'intervento sul vincolo tra Sezioni Unite e semplici del 2006, ha accentuato la bipartizione di piani a livello

⁴⁹⁰ In argomento cfr. A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., 106, ivi alla nota 177 per opportuni riferimenti bibliografici. Il concetto di «precedenti preclusivi», contrapposto ai «precedenti decisori» è proposto da N. Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *La Nuova Cassazione civile*, (a cura di) A. Di Porto, cit., 9 ss., spec. 12.

⁴⁹¹ In tal senso L. Passanante, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, cit., 96. Di vero e proprio «colpo di spugna» parla B. Sassani, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 54.

⁴⁹² Tale tesi è sostenuta da N. Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., 14; M. Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 383 ss. Di opinione contraria B. Capponi, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 925 ss., cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici sulla nuova formulazione della disposizione in esame, spec. alla nota 1.

procedimentale tra cause aventi una rilevante funzione nomofilattica o meno. Infatti, solo nelle prime, ossia davanti alle Sezioni unite ovvero davanti alla Sezione semplice nei casi di «particolare rilevanza della questione di diritto» ai sensi del novellato art. 375, comma 2, c.p.c., il procedimento potrà giovare della comparizione delle parti in pubblica udienza e della decisione nella forma della sentenza. In tutti gli altri casi, in via generalizzata e residuale, è stato invece previsto che il procedimento si svolga secondo le forme del rito camerale⁴⁹³.

Nella direzione del rafforzamento della funzione nomofilattica muove anche il più recente intervento normativo ed in particolare la l. 26 novembre 2021, n. 26⁴⁹⁴, con cui è stata conferita delega al Governo per l'ennesima, forse questa volta sistemica, riforma del processo civile nella prospettiva dell'efficienza⁴⁹⁵. In particolare, l'art. 9, comma 1, lett. g), prevede l'introduzione dell'istituto del rinvio pregiudiziale, in forza del quale il giudice di merito, al cospetto di una questione di diritto nuova (per la novità della fonte o il modo in cui la questione è prospettata

⁴⁹³ In tema, anche sulla descritta duplicazione di piani, cfr. N. Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *La Nuova Cassazione civile*, (a cura di) A. Di Porto, cit., 9 ss.; C. Consolo, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine, "disambiguato"?)*, ivi, 49 ss.; A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, cit., 107; P. Biavati, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 1209 ss.; B. Sassani, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 35 ss.; L. Passanante, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, cit., 104 – 105, il quale articola su tre livelli il nuovo sistema: procedimento avanti la Sezione semplice in camera di consiglio; procedimento avanti la Sezione semplice in pubblica udienza; procedimento avanti le Sezioni unite. Per una dettagliata ricostruzione del nuovo (*rectius* dei nuovi procedimenti in Cassazione), cfr. F. De Santis, *La (ir)ragionevole durata del processo di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 52 ss.

⁴⁹⁴ Recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*, in G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021.

⁴⁹⁵ Per primi commenti, si rinvia ai lavori raccolti da AA. VV., *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2021, 925 ss. Si veda altresì per letture introduttive E. Merlin, *È legge la delega al governo per gli interventi sul processo civile (Legge 26 novembre 2021, n. 206)*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 258 ss.; P. Biavati, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 45 ss.

in causa), suscettibile di porsi in modo seriale e quindi di dare luogo ad interpretazioni contrastanti nella giurisprudenza, dopo avere provocato il contraddittorio delle parti può sottoporre la questione alla Corte di cassazione al fine della risoluzione del quesito⁴⁹⁶. Lo strumento non è del tutto inedito, in quanto pare ricalcare in parte quello previsto in materia lavoristica dall'art. 420-*bis* c.p.c., e sembra avere raccolto opinioni prevalentemente⁴⁹⁷, seppur non unanimemente⁴⁹⁸, favorevoli.

Il rafforzamento della funzione nomofilattica è stato perseguito anche mediante innovazioni di tipo strettamente organizzativo e operativo attuate dalla stessa Corte di Cassazione: è il caso del “Progetto esecuzioni” avviato dalla Terza Sezione Civile a partire dal 2018, in virtù del quale le cause vertenti su questioni a potenziale valenza nomofilattica vengono individuate, accorpate e trattate su un binario privilegiato al fine, appunto, di facilitare l'emersione e la delineazione di orientamenti del giudice di legittimità⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Il legislatore delegato ha disciplinato l'istituto all'art. 3, comma 27, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che ha novellato il codice di procedura civile introducendo un nuovo art. 363-*bis*.

⁴⁹⁷ G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *www.giustiziainsieme.it*, 5 luglio 2021, esprime una posizione critica, ritenendo che il nuovo istituto confligga con plurimi principi, anche di rango costituzionale, ispiratori del processo civile, tra cui quello di cui all'art. 101, comma 2, Cost.; scettico è altresì B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, *ivi.*, il quale manifesta perplessità di tipo prevalentemente culturale sul successo dell'istituto.

⁴⁹⁸ Si esprimono a favore del nuovo istituto M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 197 ss.; C.V. Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021, 3; L. Passanante, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 999 – 1000.

⁴⁹⁹ In argomento cfr. A. Spirito, *Il “Progetto Esecuzioni” della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 1 ss.; G. Miccolis, *La funzione nomofilattica della Cassazione: a margine del “progetto esecuzioni”*, in *Rassegna dell'esecuzione forzata* 2020, 753 ss.

Il tutto correlato da una oscillazione nel rapporto della Corte rispetto ai fatti di causa, che ha visto il giudice di legittimità da un lato avvicinarsi ad essi sino a divenire giudice del merito nelle ipotesi di Cassazione sostitutiva a seguito della riforma dell'art. 384, comma 2, c.p.c. entrata in vigore nel 1993⁵⁰⁰, la cui portata è stata estesa nel 2006 oltre il motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 3; dall'altro progressivamente allontanarsi dalla fattispecie concreta disputata in causa e dalle specifiche questioni di diritto insorte in quella sede per la risoluzione di una specifica controversia proprio quando svolge la funzione ritenuta più alta, ossia quella nomofilattica⁵⁰¹.

Il fenomeno da ultimo richiamato pare espressivo di una tendenza più ampia in cui è la stessa Corte di cassazione a muovere nella direzione di una modificazione della propria funzione, il cui grimaldello è costituito proprio dall'alterazione delle modalità di esercizio dell'attività nomofilattica, che ormai tende ad essere svolta «in purezza»⁵⁰², ossia ad essere sempre più avulsa e sganciata dalla singola controversia decisa. Insomma, un Giudice che è sempre meno Giudice e sempre più «dottrina giudiziaria»⁵⁰³, o peggio «Ministro della Giurisprudenza»⁵⁰⁴, in un circolo vizioso in cui, da un lato, aumentano vertiginosamente le pronunce di inammissibilità dei ricorsi, spesso in rito o per motivi meramente formali⁵⁰⁵, dall'altro fioccano sentenze aventi la funzione non di risolvere la specifica controversia da cui esse promanano e chiarire la corretta interpretazione delle correlate questioni di diritto, bensì di impartire

⁵⁰⁰ Su cui per tutti cfr. A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Voll. 1 e 2, Torino 2005.

⁵⁰¹ In tal senso L. Passanante, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, cit., *passim*.

⁵⁰² Così L. Passanante, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, cit., 81. In argomento cfr. altresì di recente B. Capponi, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in *www.judicium.it*, 6 luglio 2022.

⁵⁰³ Così, efficacemente, B. Sassani, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., 60 – 61.

⁵⁰⁴ Questa la provocatoria e pregnante definizione di V. Zeno-Zencovich, *Il ministero della giurisprudenza*, in *Foro It.* 2022., V, 214 ss..

⁵⁰⁵ Sul tema, per tutti, V. Zeno-Zencovich, *op. loc. ult. cit.* Per più ampi riferimenti cfr. al superiore §3.3.

«istruzioni per l'uso» generali ed astratte nell'interpretazione della legge⁵⁰⁶. Delle vere e proprie «sentenze trattato»⁵⁰⁷, in cui la Suprema Corte di fatto risulta «sostituirsi non soltanto alla dottrina nella funzione di analisi delle norme e loro sistematizzazione, ma anche, e, soprattutto, al legislatore, enunciando «principi di diritto nell'interesse della legge», rivolti a integrare (e talvolta sovvertire) le disposizioni di legge»⁵⁰⁸.

In definitiva, il quadro descritto rivela come la spinta legislativa verso il rafforzamento della funzione nomofilattica sia avvenuta e stia avvenendo per necessità, in un contesto in cui il legislatore sembra rincorrere, forse accettandole come inesorabili, le descritte tendenze del giudizio di legittimità, con esiti spesso contraddittori e non convincenti nemmeno sul piano dell'efficacia, in mancanza di un disegno di riforma complessivo del ruolo della Corte di Cassazione.

⁵⁰⁶ Un caso emblematico è costituito da Cass. 17 ottobre 2019, n. 26285, in *Guida al Diritto*, 2020, 3, 38 ss., con nota di G. Finocchiaro, *Otto principi di diritto che vanno a incidere su certezze consolidate*. La sentenza è commentata anche da B. Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, in *www.judicium.it*, 24 ottobre 2019; ID., *Postilla*, ivi del 5 novembre 2019. L'arresto, sul tema del reciproco rapporto tra opposizioni all'esecuzione ex art. 615, commi 1 e 3, c.p.c. consta di ben 40 facciate, ha formulato ben otto principi di diritto, è corredata di indice ed organizzata in paragrafi e sottoparagrafi, ciascuno con un proprio titolo.

⁵⁰⁷ L'espressione di recente è utilizzata e a più riprese impiegata da B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 981 ss.

⁵⁰⁸ Così G. Finocchiaro, *Otto principi di diritto che vanno a incidere su certezze consolidate*, cit., 38, il quale prosegue evidenziando come tale tendenza incide in maniera preoccupante sul ruolo della Corte, posto che la copiosa produzione di principi di diritto nell'interesse della legge, spesso contraddittori e di per sé meno persuasivi, siccome enunciati in modo avulso dalle fattispecie concrete oggetto di controversia, finisce con influire negativamente sull'autorevolezza della stessa Corte di Cassazione, oltre agli innegabili effetti negativi sul piano della certezza del diritto. In senso conforme B. Capponi, *Postilla*, cit., il quale evidenzia come la pronuncia appaia ascrivibile al genere della «sentenza nomopoietica più che nomofilattica» segnando il «passaggio dalla sentenza-trattato alla sentenza-editto».

Credo che il dato suggerisca una chiosa di ordine metodologico, in vista della riflessione, che sarà condotta *infra*, sulla possibilità che i provvedimenti cautelari possano in qualche modo trovare accesso al giudizio di Cassazione. Il contesto di riferimento senz'altro deve essere tenuto in considerazione e la necessità di non aggravare ulteriormente il carico dei provvedimenti pendenti deve costituire un fattore da non tralasciare, ogni qualvolta venga in rilievo la possibilità di affidare alla Corte nuove funzioni⁵⁰⁹. La prospettiva dell'efficienza, tuttavia, non può essere l'unica determinante, nella dialettica tra efficienza e garanzie.

4. Appunti sulla tutela urgente avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti. Profili critici dell'ascesa della tecnica decisoria di cui alla c.d. *shadow docket*

Chiarito come la propensione verso l'assolvimento di funzioni di tipo pubblicistico, lato senso politiche, costituisca un fattore comune delle Corti Supreme a livello comparatistico, è ora possibile tornare al tema della tutela urgente e soffermarsi sul primo modello qui oggetto di attenzione, ossia la Corte Suprema degli Stati Uniti. Occorre ribadire, come si è accennato, che l'impugnazione dei provvedimenti cautelari e segnatamente delle *preliminary injunctions* costituisce un canale di accesso privilegiato alla Corte Suprema. Riprendendo e concludendo quanto già esposto *supra* (§2.4) circa il regime di tali impugnazioni ed ampliando il campo dell'indagine in coerenza con i fini del presente capitolo, la circostanza fornisce occasione per una sintetica trattazione d'insieme del sistema delle misure di tutela urgente avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti.

Anzitutto, la previsione di cui al §1253 dello U.S. Code consente di appellare direttamente avanti alla Corte Suprema i provvedimenti di accoglimento o rigetto di una «*interlocutory or permanent injunction*» emessi in una causa che, secondo un atto del Congresso, debba essere

⁵⁰⁹ Come ad esempio di recente rilevato da B. Capponi, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, cit., in relazione al rinvio pregiudiziale di cui alla legge delega per la riforma del processo civile.

decisa da un collegio di una corte distrettuale composto da tre giudici⁵¹⁰. Il §2284 del medesimo codice⁵¹¹ assegna alla cognizione di tale collegio le azioni dirette a contestare la costituzionalità dei proporzionamenti dei distretti congressuali e di altri corpi legislativi, rinviando con previsione aperta ad eventuali ulteriori ipotesi individuate dal Congresso, oggi sostanzialmente limitate al *Civil Rights Act* del 1964 e al *Voting Rights Act* del 1965⁵¹².

Esistono poi (almeno) tre ulteriori vie privilegiate di sollecitazione anticipata della Corte Suprema al fine di ottenere «emergency or extraordinary relief», rispetto alle quali un importante ruolo può essere (ed è stato recentemente) giocato dal *Solicitor General*, sicché esse possono significativamente prestarsi a pressioni e strumentalizzazioni di natura squisitamente politica⁵¹³.

⁵¹⁰ Cfr. 28 U.S.C. § 1253, secondo cui «Except as otherwise provided by law, any party may appeal to the Supreme Court from an order granting or denying, after notice and hearing, an interlocutory or permanent injunction in any civil action, suit or proceeding required by any Act of Congress to be heard and determined by a district court of three judges».

⁵¹¹ Cfr. 28 U.S.C. § 2284 (a), secondo cui «A district court of three judges shall be convened when otherwise required by Act of Congress, or when an action is filed challenging the constitutionality of the apportionment of congressional districts or the apportionment of any statewide legislative body».

⁵¹² La tormentata storia dei «Three-Judge Court Acts» è ricostruita in C.A. Wright – M.K. Kane, *Law of Federal Courts*, VII Ed., St. Paul (MN) 2017, 282 – 286. Si veda altresì *ivi*, alle pp. 687 ss., ove la normativa oggetto di attenzione è collocata nell'ambito più ampio della giurisdizione d'appello della Corte Suprema ed in particolare dei poteri di appello nei confronti delle Corti distrettuali, con ampia attenzione anche in prospettiva storica alla tendenza che condusse agli inizi del XX secolo ad ampliare le ipotesi di appello diretto alla Corte Suprema, poi via via quasi tutte oggetto di abrogazione o comunque forte circoscrizione, siccome foriere di un aggravio del carico di lavoro della Corte, incompatibile con la sua funzione.

⁵¹³ Così S.I. Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, in 133 *Harv. L. Rev.* 123, 124 (2019).

La prima di esse è individuata dal §1254 dello U.S. Code⁵¹⁴, il quale nel disciplinare il *writ of certiorari*, ossia come noto il principale canale di accesso alla Corte⁵¹⁵, precisa che quest'ultima può garantire tale *writ* su istanza di parte anche prima che nella controversia, civile o penale, pendente in secondo grado sia stata emessa qualsiasi decisione, definitiva o non definitiva, cosicché la Corte Suprema può sostanzialmente “avocare a sé” un caso già nel momento in cui esso approdi nel circuito di appello federale⁵¹⁶. Un secondo strumento è fornito dall'*All Writs Act*⁵¹⁷, previsione aperta che consente alla Corte (ed ai suoi singoli giudici) di emettere di volta in volta i *writs* necessari ed appropriati per il presidio della propria giurisdizione, ancor prima che la controversia sia pendente in sede d'appello⁵¹⁸. La disposizione è stata invocata per l'emissione di ordini di *mandamus* o *prohibition*⁵¹⁹, al fine di indirizzare, con efficacia

⁵¹⁴ Cfr. 28 U.S.C. § 1254, secondo cui «Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods:

(1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree;

(2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy».

⁵¹⁵ Su cui si rinvia in generale nuovamente a V. Barsotti, *L'arte di tacere: Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., 61 ss.

⁵¹⁶ Cfr. *Hohn v. United States*, 524 U.S. 236, 118 S. Ct. 1969 (1998).

⁵¹⁷ Cfr. 28 U.S.C. § 1651. In argomento si veda D.M. Gonen, *Judging in Chambers: The Powers of a Single Justice of the Supreme Court*, in 76 *U. Cin. L. Rev.* 1159, 1167 (2008).

⁵¹⁸ Cfr. *Ex parte United States*, 287 U.S. 241, 53 S. Ct. 129 (1932).

⁵¹⁹ Per una definizione e ricostruzione storica di tali due *writs*, si veda T. Spelling, *Treatise on Injunctions and Other Extraordinary Remedies Covering Habeas Corpus, Mandamus, Prohibition, Quo Warranto, and Certiorari or Review*, VII Ed., Boston, 1901, rispettivamente alle pp. 1166 ss. e 1472 ss. Cfr. altresì *Supervisory and Advisory Mandamus under the All Writs Act*, in 86 *Harv. L. Rev.* 595 (1973).

vincolante, il giudizio di una Corte inferiore in specifici casi⁵²⁰; essa ha inoltre consentito l'emissione da parte della Corte Suprema di un vero e proprio *writ of injunction*⁵²¹.

Infine, ed è questo probabilmente il caso principale, anche a livello numerico, in forza della previsione di cui al § 2101(f) dello U.S. Code⁵²² la Corte Suprema (ma anche, singolarmente ogni suo singolo giudice cui venga rivolta una mozione in tal senso)⁵²³, può emettere i cc.dd. *emergency stays*, ossia veri e propri provvedimenti d'urgenza, caratterizzati da connotati di sommarietà e provvisorietà, volti a sospendere in via interinale l'efficacia di provvedimenti che siano stati impugnati avanti alla Corte, inclusi i provvedimenti di concessione o diniego di una misura cautelare emessi da una Corte inferiore, anche prima della eventuale emissione del *writ of certiorari*⁵²⁴. Ciò può avvenire anche in forza di decisioni della Corte Suprema che, nel

⁵²⁰ Si veda S.I. Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, cit., 129.

⁵²¹ Cfr. *Brown v. Gilmore*, 533 U.S. 1301, 122 S. Ct. 1 (2001), secondo cui «The All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651(a) (1994 ed.), is the only source of this Court's authority to issue such an injunction. It is established, and our own rules require, that injunctive relief under the All Writs Act is to be used “sparingly and only in the most critical and exigent circumstances”».

⁵²² Cfr. 28 U.S.C. § 2101(f), secondo cui «In any case in which the final judgment or decree of any court is subject to review by the Supreme Court on writ of certiorari, the execution and enforcement of such judgment or decree may be stayed for a reasonable time to enable the party aggrieved to obtain a writ of certiorari from the Supreme Court. The stay may be granted by a judge of the court rendering the judgment or decree or by a justice of the Supreme Court, and may be conditioned on the giving of security, approved by such judge or justice, that if the aggrieved party fails to make application for such writ within the period allotted therefor, or fails to obtain an order granting his application, or fails to make his plea good in the Supreme Court, he shall answer for all damages and costs which the other party may sustain by reason of the stay».

⁵²³ In argomento, cfr. D.M. Gonen, *Judging in Chambers: The Powers of a Single Justice of the Supreme Court*, cit.; L.J. Scali, *Prediction-Making in the Supreme Court: The Granting of Stays by Individual Justices*, in 32 *UCLA L. Rev.* 1020 (1985).

⁵²⁴ Il procedimento ed il regime temporale di validità degli effetti di un simile provvedimento è messo in evidenza nell'*incipit* di *Food & Drug Admin. v. Am. Coll. of Obstetricians & Gynecologists*, 141 S. Ct. 578 (2021): in caso di successiva emissione del *writ of certiorari*, il provvedimento interinale resta efficace fino alla decisione di merito; in caso contrario esso perde efficacia nel momento del rifiuto del *writ of certiorari*. In argomento, cfr. C.A. Wright – M.K. Kane, *Law of Federal Courts*, cit., 692.

revocare un provvedimento di diniego della misura cautelare del giudice *a quo*, di fatto risultano avere contenuto positivo ed importano quindi la concessione della misura cautelare medesima⁵²⁵. I presupposti per l'emissione di un *emergency stay* da parte della Corte Suprema sono i medesimi richiesti quando la misura cautelare sia impugnata nei gradi inferiori (cfr. *supra* al § 2.4) e ricalcano sostanzialmente, con marginali adattamenti, i quattro fattori richiesti per l'emanazione delle *preliminary injunctions*. È infatti richiesto che l'istante dimostri: la propria probabilità di successo nel giudizio di merito; la probabilità che il proprio diritto subisca un pregiudizio irreparabile nel tempo necessario per la celebrazione del giudizio di merito; che la concessione della misura provvisoria assicuri il miglior bilanciamento degli interessi in gioco, da valutarsi equitativamente; che la concessione della misura assicuri, o quanto meno non violi, il pubblico interesse⁵²⁶. Al fine di prevenire abusi delle parti e preservare il ruolo della Corte, in questo caso, a differenza di quanto avviene avanti le Corti inferiori, la probabile fondatezza della pretesa è valutata anche, con valutazione prospettica, alla luce di una prognosi circa le possibilità che la Suprema Corte possa infine accettare di decidere il caso nel merito⁵²⁷.

I descritti poteri di tutela urgente della Corte Suprema sono tradizionalmente concepiti come esercitabili in via del tutto straordinaria⁵²⁸, quali strumenti eccezionali di un giudice che, a sua

⁵²⁵ Cfr. S.I. Vladeck, *op. loc. ult. cit.*

⁵²⁶ Si richiama nuovamente il precedente di riferimento, *Nken v. Holder*, 556 U. S. 418, 426 (2009), secondo cui «The fact that the issuance of a stay pending appeal is left to a court's discretion does not mean that no legal standard governs that discretion. A motion to a court's discretion is a motion, not to its inclination, but to its judgment, and its judgment is to be guided by sound legal principles. Those legal principles are distilled into consideration of four factors: (1) whether the stay applicant has made a strong showing that he is likely to succeed on the merits; (2) whether the applicant will be irreparably injured absent a stay; (3) whether issuance of the stay will substantially injure the other parties interested in the proceeding; and (4) where the public interest lies».

⁵²⁷ Cfr. *Hollingsworth v. Perry*, 558 U.S. 183, 130 S. Ct. 705 (2010)6.

⁵²⁸ Per una chiara enunciazione nella giurisprudenza cfr. *Ex parte Fahey*, 332 U.S. 258, 67 S. Ct. 1558 (1947). Per una recentissima affermazione della eccezionalità del potere di sospendere in via interinale in pendenza di appello l'efficacia di una decisione emessa da una Corte inferiore, si rimanda alla *dissenting opinion* del Giudice Elena

volta, come noto, ha un ruolo marginale nella decisione delle singole controversie, diremmo noi rispetto allo *ius litigatoris*⁵²⁹. Essi peraltro hanno conosciuto di recente una straordinaria e crescente applicazione, particolarmente evidente durante il mandato presidenziale di Donald Trump, come riflesso della inedita proattività dell'ufficio del *Solicitor General* sotto la sua amministrazione nel sollecitare l'intervento urgente della Corte Suprema⁵³⁰. Il fenomeno, peraltro, anche a valle dei tumulti dell'epoca trumpiana, da considerarsi come si è già detto e come noto per molti aspetti eccezionale, continua comunque ad avere un rilievo decisamente importante, tanto più che spesso l'intervento urgente della Suprema Corte è richiesto al fine di concedere ovvero sospendere l'efficacia delle *Nationwide injunctions*, di cui si è detto ampiamente *supra* (§2.6). In tale prospettiva si sono collocate, tra le moltissime, solo per menzionare alcuni esempi recenti, le due pronunce di gennaio 2022 sui provvedimenti adottati dall'amministrazione Biden per il contrasto ed il contenimento della pandemia da Covid – 19

Kagan in *Merril v. Milligan*, 595 U. S. ____ (2022), secondo cui «A stay pending appeal is an “extraordinary” remedy».

⁵²⁹ Sulla funzione della Suprema Corte e sul conseguente limitato numero di casi da essa decisi, basti rinviare a O.M. Fiss – D. Rendleman, *Injunctions*, cit., 445; C.A. Wright – M.K. Kane, *Law of Federal Courts*, cit. 687. Cfr. altresì V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, cit.

⁵³⁰ Cfr. S.I. Vladeck, *op. cit.*, 132 ss., per un'ampia analisi, sia nel merito di molti casi di sollecitazione della giurisdizione interlocutoria della Corte Suprema durante l'amministrazione Trump, sia per un raffronto in termini strettamente numerici con la prassi delle amministrazioni precedenti. I numeri ivi ricostruiti sono significativi e meritano di essere richiamati: durante gli otto anni dell'amministrazione Bush (2001 – 2009) il *Solicitor General* ha avanzato una richiesta di *certiorari before judgment*, cinque richieste di *stays* contro decisioni delle Corti inferiori e nessuna richiesta di *mandamus*; durante gli otto anni dell'amministrazione Obama (2009 – 2017) il *Solicitor General* ha avanzato tre richieste di *certiorari before judgment*, tre richieste di *stays* contro decisioni delle Corti inferiori e nessuna richiesta di *mandamus*; durante i primi trentadue mesi dell'amministrazione Trump (2017 – 2019), il *Solicitor General* ha avanzato nove richieste di *certiorari before judgment*, ventuno richieste di *stays* contro decisioni delle Corti inferiori e tre richieste di *mandamus*.

ed aventi ad oggetto l'obbligo di vaccinazione per determinate categorie di lavoratori⁵³¹, oppure la decisione del settembre 2021 sul tema dell'aborto in cui la Suprema Corte ha lasciato trasparire le prime avvisaglie del probabile *overruling* di *Roe v. Wade*⁵³², o ancor prima la decisione costituente l'epilogo del contenzioso post-elettorale instaurato dal Presidente Trump al fine di sovvertire il risultato delle elezioni del novembre 2020, costituita dalla laconica pronuncia con cui la Suprema Corte ha integralmente rigettato le domande proposte dallo Stato del Texas al fine di invalidare i risultati delle elezioni presidenziali in Pennsylvania⁵³³.

L'importante aumento quantitativo dei casi in cui la Corte Suprema ha emesso provvedimenti aventi natura sommaria ha condotto ad una rilevante crescita dell'attenzione degli studiosi rispetto alla c.d. «*shadow docket*», il ruolo ombra da cui promana tutto il complesso dei provvedimenti diversi dalla decisione di merito ed aventi la natura più disparata: dai provvedimenti con cui viene concesso o negato il *writ of certiorari* a quelli aventi natura più schiettamente ordinatoria, fino appunto ai provvedimenti aventi natura lato senso cautelare-urgente⁵³⁴. Si tratta di casi in cui la Corte deroga al modello procedimentale ordinario adottato per i casi in cui decide la causa nel merito, caratterizzato dalla più ampia attuazione del contraddittorio, grazie alla possibilità per le parti e per gli *amici curiae* di presentare i propri *briefs* e poi discutere in sede di *oral argument*, in un contesto di reale e fattiva dialettica con i

⁵³¹ Ci si riferisce alle pronunce *Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. DOL, OSHA*, 142 S. Ct. 661 (2022) e *Missouri v. Biden*, No. 4:21-cv-01329-MTS, 2021 U.S. Dist. LEXIS 227410 (E.D. Mo. Nov. 29, 2021), di cui si è già fatta menzione al superiore § 2.7.

⁵³² Ci si riferisce a *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. (2021), No. 21A24, con nota di R. Bizzari, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *Federalismi 2022*, fasc. 12, 1 ss., spec. 7 ss.

⁵³³ Cfr. *Texas v. Pennsylvania*, 592 U.S. ____ (2020).

⁵³⁴ Per un recente contributo nella dottrina italiana, si richiama R. Bizzari, *op. cit.*, 7 ss.

Giudici⁵³⁵. Nel caso della *shadow docket*, viceversa, la Corte provvede tendenzialmente senza alcuna discussione orale, in forza di decisioni succintamente motivate e talvolta nemmeno firmate: non stupisce così che tale ruolo ombra stia suscitando forti critiche, soprattutto sotto il profilo della scarsa trasparenza del processo decisionale e della mancanza di ponderazione⁵³⁶, nonché della dubbia natura dei relativi provvedimenti, di cui non è chiara la esatta vincolatività in termini di precedenti, i quali tuttavia, a prescindere dalla loro formale portata, esercitano anche solo in via di fatto un'influenza significativa sulle Corti inferiori, *in primis* il giudizio di merito *a quo*, con effetti sistematici potenzialmente distorsivi⁵³⁷.

Il fenomeno, da leggersi come si è detto anche in parallelo con la prassi (spesso correlata) delle *Nationwide injunctions*, sta assumendo progressivamente i connotati di un vero e proprio canale alternativo di decisione da parte del supremo collegio, disegnando una traiettoria di repentina verticalizzazione della giurisdizione federale i cui esiti ordinamentali sul lungo periodo potrebbero essere significativi, importando un ulteriore rafforzamento dell'influenza, anche politica, del supremo organo giurisdizionale, sia rispetto alle Corti inferiori che rispetto agli organi del potere legislativo ed esecutivo. Esiti che appaiono in grado (come già stanno facendo) se non di sconvolgere quantomeno di rimodellare i contorni del modello giurisdizionale federale che, perciò, sarà interessante monitorare negli anni a venire.

⁵³⁵ Per una ricognizione delle regole di procedura avanti la *Supreme Court*, si richiamano le *Rules of the Supreme Court of the United States*, approvate il 18 aprile 2019 e reperibili al seguente link <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>.

⁵³⁶ Cfr. W. Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in 9 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 1 (2015); R. J. Pierce, Jr., *The Supreme Court Should Eliminate its Lawless Shadow Docket*, in 74 *Admin. L. Rev* 1 (2022). Nella giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. di recente nuovamente *Merril v. Milligan*, 595 U. S. ____ (2022) ed in particolare la *dissenting opinion* del Giudice Kagan, alla p. 11, secondo cui «Today's decision is one more in a disconcertingly long line of cases in which this Court uses its shadow docket to signal or make changes in the law, without anything approaching full briefing and argument».

⁵³⁷ Cfr. T.N. McFadden – V. Kapoor, *The Precedential Effects of the Supreme Court's Emergency Stays*, in 44 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 827 (2021).

5. Tutela urgente e Corte costituzionale. Il problema dell'esistenza di un processo costituzionale e di un diritto processuale costituzionale. Tutele differenziate e assenza di un rito qualificabile come "ordinario"

Tornando all'ordinamento italiano, occorre considerare che le ragioni che fondano e giustificano l'esistenza della tutela cautelare, ossia in prima approssimazione la necessità che la durata del processo non torni in danno dell'attore, che probabilmente ha ragione⁵³⁸, ovvero, in altri termini, che il diritto cautelando non patisca un pregiudizio grave ed irreparabile nel tempo occorrente per la celebrazione del giudizio di merito⁵³⁹, si pongono rispetto a qualsiasi forma di attività giurisdizionale. D'altro canto, l'esistenza di un processo è essenziale affinché si possa ipotizzare l'esistenza di forme di protezione cautelare del diritto controverso, vista la natura giurisdizionale della attività cautelare stessa⁵⁴⁰ e la necessità di individuare un *processo* cui la cautela è strumentale⁵⁴¹.

⁵³⁸ Secondo il classico insegnamento, già ricordato, di G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935, II Ed., I, 242, fatto proprio da Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, su cui cfr. *supra* al capitolo 1, nota 26.

⁵³⁹ In tal senso la altrettanto classica ricostruzione di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 18, il quale fa propria l'impostazione di E. Finzi, *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*, in *Riv. dir. civ.* 1926, II, 50, ove il *periculum in mora* viene configurato come il «danno marginale» dovuto alla celebrazione del processo di merito. In senso conforme cfr. S. La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., 157 ss. Tale impostazione, tutt'oggi impiegata nella sistemazione della materia, risulta peraltro superata, posto che prevale oggi la concezione del *periculum in mora* focalizzata sulle caratteristiche intrinseche della situazione sostanziale necessitante la protezione giurisdizionale urgente, su cui si richiama F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., 137 – 138, ss.; N. Balbi, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 4; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 100 ss., spec. 103, anche per una ricognizione del dibattito.

⁵⁴⁰ La natura giurisdizionale della tutela cautelare raccoglie ormai consenso pressoché unanime, a fronte del rifiuto delle tesi della natura amministrativa o di polizia giudiziaria, su cui per tutti cfr. S. Recchioni, *op. cit.*, 13 ss.

⁵⁴¹ Sul requisito della strumentalità, cfr. di nuovo per tutti P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 21; A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 5 ss.

Come già rilevato dalla dottrina, tali esigenze si pongono anche in relazione ai giudizi costituzionali e determinano la necessità di dotare la Corte costituzionale di opportuni poteri di tutela cautelare urgente, ovvero di individuare di volta in volta l'organo giurisdizionale cui tali poteri spettano, come avviene nel caso del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale⁵⁴². Occorre allora soffermarsi sulla discussione concernente l'esistenza o meno di un vero e proprio processo costituzionale e, di conseguenza, di un diritto processuale costituzionale. Argomento che, peraltro, si rivela particolarmente strategico ai fini del presente lavoro poiché, come si è anticipato *supra*, interseca e consente di completare anche il ragionamento attorno alla natura giurisdizionale o politica della Consulta.

Il dibattito attorno all'esistenza di un processo costituzionale è molto affascinante e risale agli albori dell'esperienza della giustizia costituzionale italiana⁵⁴³. Esso nacque dall'esigenza non solo di chiarire la collocazione della Corte costituzionale nell'ordinamento, a seconda della sua natura giurisdizionale o politica, ma anche di individuare gli strumenti tecnici che la Consulta avrebbe dovuto utilizzare al fine di adempiere alla funzione di *giudicare* nei casi di cui all'art. 134 Cost.: fu immediatamente chiara, anche prima dell'istituzione dell'organo e dell'avvio della sua concreta operatività, e grazie anche al decisivo contributo della dottrina processualcivile, la specificità del processo costituzionale⁵⁴⁴. Sennonché, la «matura consapevolezza» di tale specificità non rimase intatta all'indomani dell'avvio dei lavori della Corte costituzionale, quando il problema del reperimento degli strumenti tecnici da fornire alla Corte venne risolto perlopiù attingendo a categorie e termini di altre discipline processuali, ed

⁵⁴² Si richiama in argomento il lavoro monografico di A. Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009, spec. 3 ss., nonché 104 – 105.

⁵⁴³ Per una recente ricostruzione si veda F. Biondi, *Il processo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4.

⁵⁴⁴ Su cui si veda ad esempio V. Andrioli, *La giustizia costituzionale ed i principi del diritto processuale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1950, 27 ss., ora anche in Id., *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano 1992, 3 ss., spec. 11 ss., ove viene affrontato il problema, paradigmatico, della pregiudiziale di incostituzionalità, risolvendolo nel senso della non riconducibilità della categoria entro il perimetro della pregiudizialità tecnica del diritto processuale civile.

in primis del diritto processuale civile, riadattati più o meno consapevolmente con il fine (anche comprensibile) di consentire alla Consulta di poter finalmente operare⁵⁴⁵.

Vennero così a delinarsi due contrapposte ricostruzioni. La prima enfatizzava l'anima giurisdizionale della Corte costituzionale, sostenendo che essa avesse quale funzione precipua la tutela dei diritti costituzionali, nell'ambito di un vero e proprio processo, proteso anzitutto verso il giudizio *a quo* e le sue parti, le cui regole erano inderogabili anche per il giudice (la Consulta) e costituivano un vero e proprio diritto processuale costituzionale⁵⁴⁶. La seconda enfatizzava invece l'anima politica della Corte, concepita come funzionalmente orientata verso la tutela non dei diritti ma del diritto costituzionale in senso oggettivo, ad esito dell'applicazione di regole declassabili all'area della mera procedura⁵⁴⁷, siccome predisposte al fine di assicurare il corretto esercizio della funzione e non, o quanto meno più che, le posizioni giuridiche soggettive, sostanziali e processuali, delle parti coinvolte⁵⁴⁸. A valle di un nutrito lavoro dottrinale volto alla ricostruzione dello strumentario processuale della Consulta, il quale ha consentito di stemperare la necessità pratica di mettere la Corte in condizione di poter lavorare⁵⁴⁹, il punto di equilibrio tra le posizioni descritte venne così a collocarsi in una

⁵⁴⁵ In tal senso, e per una ampia ricostruzione del dibattito, cfr. M. D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.* 1990, 480 ss., 484 per le parole virgolettate.

⁵⁴⁶ In tale prospettiva, G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 105 ss.; Id., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile – E. Cheli (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 103 ss.

⁵⁴⁷ Sulla distinzione tra procedura civile e diritto processuale civile, anche a seguito del noto «cambiamento di sesso» nel passaggio dalla prima al secondo, si richiama S. Satta, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 28 ss. Al riguardo altresì F. Carnelutti, *Torniamo al «giudizio»?*, in *Riv. dir. proc.* 1949, 165 ss.

⁵⁴⁸ In tal senso, cfr. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 19 ss.

⁵⁴⁹ Su cui si rinvia ai lavori richiamati da F. Biondi, *Il processo costituzionale*, cit., alle note 5, 6 e 7.

posizione intermedia, ossia sulla consapevolezza, tutt'oggi valida, secondo cui la visione giurisdizionale e quella politica della Corte costituzionale, e quindi dei procedimenti che davanti ad essa si celebrano, sono due realtà destinate a convivere⁵⁵⁰.

Pare però utile fissare alcuni punti fermi e dare atto di alcune tendenze recenti, da cui possono trarsi utili coordinate in vista del ragionamento che sarà condotto in seguito sui poteri cautelari della Corte costituzionale.

Anzitutto, viene giustamente osservato come l'anima giurisdizionale della Corte costituzionale e la natura autenticamente *processuale* dei procedimenti che davanti ad essa si svolgono non servono ad imbrigliare la Corte entro un dedalo di formalismi che ne circoscrivono la discrezionalità e ne pregiudicano la possibilità di operare come «superlegislatore»⁵⁵¹, bensì consentono di garantirne l'indipendenza dal potere politico e a legittimarne l'operato, nella misura in cui consentono alla Consulta di essere percepita come un organo di tipo tecnico⁵⁵². Ecco perché «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità»⁵⁵³: il punto nevralgico è quindi l'individuazione di un

⁵⁵⁰ Al riguardo cfr. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 86; V. Onida, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, cit., 304 – 306.

⁵⁵¹ Espressione di V. Onida, *op. cit.*, 304.

⁵⁵² In tal senso F. Biondi, *Il processo costituzionale*, cit., par. 1; L. Elia, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, cit., 98.

⁵⁵³ Così A. Pizzorusso, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 133, citato da R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, cit., 10 – 11.

nucleo di regole processuali non derogabili nemmeno da parte della Consulta⁵⁵⁴, che pure è un giudice che ampiamente dispone del proprio processo, tramite le *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, e le cui decisioni non sono appellabili, che gode quindi, e al quale deve essere anzi garantito, un certo margine di flessibilità⁵⁵⁵.

D'altro canto, l'analisi della giurisprudenza recente della Corte costituzionale sembra rivelare un allentamento del rispetto delle regole processuali, sintomo forse della propensione della Consulta a dialogare con il potere politico ed a decidere su questioni politiche con maggiore attivismo: ciò è soprattutto il risultato di una diminuzione delle decisioni di inammissibilità, nonché dell'esistenza di decisioni in cui la Corte ha modificato il *thema decidendum* oppure ritenuto nella propria disponibilità la scelta dei tempi della decisione⁵⁵⁶. Particolarmente interessanti, in particolare, le pronunce C. cost. 13 gennaio 2014, n. 1⁵⁵⁷ e C. cost. 9 febbraio

⁵⁵⁴ In tal senso R. Romboli, *op. loc. cit.*

⁵⁵⁵ Secondo l'impostazione di V. Onida, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, cit., 304 ss., il quale mette in evidenza appunto la necessità di coniugare le due anime della Corte ed individuare un nucleo inviolabile di norme processuali che sottraggano alla Corte stessa la possibilità di decidere *se decidere, su che cosa decidere e quando decidere*.

⁵⁵⁶ Questa l'impostazione di F. Biondi, *Il processo costituzionale*, cit., par. 2.

⁵⁵⁷ Si è trattato della ben nota pronuncia con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del meccanismo elettorale della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica previsto dalla l. 21 dicembre 2005, n. 270 (balzata all'onore delle cronache con il poco edificante appellativo di *Porcellum*), a seguito del sollevamento della relativa questione ad opera della Corte di Cassazione, ad esito dell'iniziativa giudiziaria introdotta da taluni cittadini elettori con azione di mero accertamento della lesione del proprio diritto di voto ad opera della normativa censurata. Per commenti, nella dottrina processualistica cfr. G. Basilico, *Mero accertamento di diritti fondamentali e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 34 ss.; C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in *Corriere giur.* 2014, 7 ss.; Id., *Dopo la Consulta la Cassazione chiude sulla vecchia legge elettorale, ma quanto davvero? (nota a Cass. civ., Sez. I, 6 aprile 2014, n. 8878)*, ivi, 1553 ss. A commento della pronuncia è copiosissima la dottrina costituzionalistica, per tutti ci si limita a richiamare, in senso problematico, R. Romboli, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro it.* 2014, I, 677 ss. Apertamente critico per

2017, n. 35⁵⁵⁸, di dichiarazione (parziale) di incostituzionalità delle leggi elettorali allora vigenti, in cui la Corte ha derogato al requisito della pregiudizialità ai fini della ammissibilità della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, attirando aspre critiche in dottrina, motivate sulla scorta della surrettizia introduzione per tale via di un ricorso diretto alla Consulta il quale importa, nella prospettiva critica in parola, una significativa deviazione del modello di giustizia costituzionale⁵⁵⁹. In tali casi, l'anima giurisdizionale della Corte e la natura in senso stretto processualistica delle regole di giudizio da essa applicate hanno dovuto cedere il passo al cospetto dell'esigenza, ritenuta prevalente dal Giudice costituzionale, di prevenire la creazione di «zone franche» dell'ordinamento strutturalmente sottratte al controllo di costituzionalità, le quali potrebbero costituire appunto un corollario negativo della visione strettamente processualistica, di cui occorre tener conto.

Resta da precisare che il processo costituzionale non costituisce un modello unitario⁵⁶⁰ ed anzi la giustizia costituzionale sembra rappresentare un «mondo di tutele differenziate»⁵⁶¹. Il

il carattere eccessivamente politico della pronuncia, A. Morrone, *Exit porcellum*, in www.forumcostituzionale.it 2014, Per uno sguardo d'insieme delle contrastanti letture date alla sentenza cfr. G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.* 2014, 2960 ss.

⁵⁵⁸ Con cui è stata dichiarata la parziale incostituzionalità del sistema elettorale derivante dalla l. 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*). Tra i molti commenti, interessante nella prospettiva qui assunta è A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi* 2017, 5, 1 ss.

⁵⁵⁹ Questa l'impostazione della dottrina prevalente, tra cui per tutti R. Bin, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in www.forumcostituzionale.it 2017. In senso contrario N. Zanon, *"Stagioni creative" della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, Napoli 2020, 387; R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, cit. 15.

⁵⁶⁰ In tal senso cfr. A. Cerri, *Corte e processo costituzionale*, in *Foro it.* 2006, V, 177 ss.

⁵⁶¹ Sembrano qui spendibili *mutatus mutandis* le parole di M. Nigro, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in Id., *La riforma del processo amministrativo*, Milano 1980, 177 – 178, ivi riferite alla giustizia amministrativa, secondo l'impostazione di G. Scala, *Specialità del giudizio di legittimità*

problematico fenomeno della tutela giurisdizionale differenziata, *prima facie* definibile come quello per cui a diverse situazioni sostanziali necessitanti la protezione giurisdizionale corrispondono altrettante specifiche e differenziate forme processuali⁵⁶², sembra qui presentarsi nella declinazione caratterizzata dalla contemporanea coesistenza di una pluralità di riti a cognizione piena⁵⁶³, posto che, come è stato rilevato, nel sistema di giustizia costituzionale non è possibile individuare un (unico) processo che assurga al rango di rito ordinario⁵⁶⁴. L'inesistenza di un vero e proprio rito ordinario di cognizione non preclude la necessità di forme di tutela cautelare ma impone viceversa una pluralità di provvedimenti e procedimenti cautelari al fianco di ciascuno dei vari modelli di processo ordinario costituiti dai vari giudizi che si svolgono davanti alla Consulta.

costituzionale in via principale per le Regioni ad autonomia differenziata, in F. Astone – P. Falzea – A. Morelli – F. Saitta – L. Ventura (a cura di), *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2009, 89 ss., spec. 90.

⁵⁶² Tale concetto è riconducibile all'elaborazione di A. Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 536 ss., il quale per primo ne sottolinea peraltro la natura altamente equivocabile. Non stupisce quindi che la categoria abbia raccolto critiche nella dottrina, tra cui G. Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. giur.* 1978, 241 ss., ove viene sostenuto che la predisposizione da parte del legislatore di riti speciali con funzione politica e perequativa rischia di condurre al risultato opposto a quello desiderato della accentuazione delle differenze già esistenti nelle posizioni soggettive sostanziali di partenza; L. Montesano, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 592 ss., evidenzia l'inconsistenza della categoria su un piano strettamente tecnico-giuridico, pur sottolineando l'opportunità di indagarne la sostanza nella misura in cui essa costituisce espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ispirato dal pensiero Chiovendiano e codificato dalla fondamentale norma di cui all'art. 24 Cost.

⁵⁶³ In tal senso cfr. A. Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., 538 – 539, ove vengono distinte due possibili forme di tutela giurisdizionale differenziata, ossia da un lato l'esistenza di una pluralità di riti a cognizione piena, dall'altro l'esistenza di forme di tutela sommaria o cautelare, affiancate al processo a cognizione piena.

⁵⁶⁴ In tal senso G. Scala, *op. loc. ult. cit.*; Conf. A. Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 23 – 24.

6. (segue) I poteri cautelari nei giudizi costituzionali

Come si è evidenziato, la Corte costituzionale è organo avente natura lato senso giurisdizionale e, pur in assenza di un rito idoneo ad assurgere al rango di rito ordinario, anche in relazione ai processi che davanti ad essa si celebrano si pongono quelle esigenze di effettività del processo e neutralizzazione del fattore tempo che giustificano l'esistenza della tutela cautelare.

Il legislatore ha pertanto provveduto a dotare la Corte costituzionale di poteri cautelari d'urgenza, variamente modulati, sia in ordine alle caratteristiche strutturali del provvedimento cautelare che in ordine al profilo procedimentale, a seconda del tipo di giudizio costituzionale che venga in rilievo⁵⁶⁵. Ci si soffermerà sui procedimenti di maggiore interesse nella prospettiva d'indagine assunta, ossia i conflitti di attribuzione tra enti, i conflitti tra poteri dello Stato, i giudizi di legittimità delle leggi in via principale e incidentale, tralasciando il giudizio di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica ed il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo *ex art. 75 Cost.*

Nell'ambito dei conflitti di attribuzione tra enti (cc.dd. conflitti intersoggettivi), il riconoscimento di poteri cautelari alla Corte costituzionale risale all'origine dell'esperienza della giustizia costituzionale italiana. L'art. 40, l. 11 marzo 1953, n. 87, sin dalla sua formulazione originaria, prevede infatti che «L'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzione fra Stato e Regione ovvero tra Regioni può essere, in pendenza del giudizio, sospesa per gravi ragioni, con ordinanza motivata, dalla Corte». Si ritiene che una

⁵⁶⁵ Il presente ed i successivi due paragrafi sono tratti, seppur con talune integrazioni e opportuni riadattamenti, da M. Morotti, *Sui poteri cautelari della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1462 ss., spec. 1465 ss.

siffatta pronuncia ambisca proprio a scongiurare il rischio di danno irreparabile da tardività del provvedimento definitivo⁵⁶⁶, nell'ambito di un «notevolissimo potere»⁵⁶⁷ concesso alla Corte.

Analogo istituto non è previsto con riguardo ai conflitti tra poteri dello Stato (cc.dd. conflitti interorganici). In tema, l'atteggiamento inizialmente molto cauto della dottrina circa la possibilità di riconoscere poteri di sospensiva alla Corte costituzionale in assenza di una esplicita previsione normativa, motivato principalmente alla luce della necessità di rispettare la riserva di legge *ex art. 137 Cost.* e di non dilatare eccessivamente i poteri della Consulta (soprattutto nei confronti del legislativo)⁵⁶⁸, ha lasciato progressivamente spazio ad un orientamento favorevole a riconoscere alla Corte tale potestà, argomentando a partire dalla possibilità di applicazione analogica dell'art. 40, l. 11 marzo 1953, n. 87 e dai principi generali in materia di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁶⁹. Ad esito di un costante lavoro, in cui la Corte costituzionale non ha mai accolto ma nemmeno dichiarato radicalmente inammissibili in rito le istanze di sospensiva rivolte, gli argomenti da ultimo richiamati sono stati infine accolti e posti dalla Corte a sostegno di una pronuncia in cui è stata sancita l'ammissibilità della sospensiva nei conflitti interorganici, pur con rigetto nel merito della domanda cautelare sostanzialmente per difetto di (idonea allegazione del) *periculum in mora*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 440.

⁵⁶⁷ Così G. Grotanelli De' Santi, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Milano 1985, 152. Per ulteriori riferimenti cfr. A. Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 72, spec. alla nota 4.

⁵⁶⁸ Cfr. M. Mazziotti Di Celso, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, II, Milano 1972, 165; F. Sorrentino, *Garanzie costituzionali*, sub *Art. 137*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 493.

⁵⁶⁹ In tal senso A. Predieri, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze 1966, 204; G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Padova 1989; A. Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 77, secondo cui «si può ritenere che la tutela cautelare nel caso in questione si impone senza dubbio».

⁵⁷⁰ Trattasi di Corte cost., ord., 2 novembre 2017, n. 558.

Nell'ambito del giudizio di legittimità in via principale, l'introduzione dell'incidente cautelare risale all'art. 9, comma 4, l. 5 giugno 2003, n. 131, cui si deve la formulazione della versione tuttora vigente dell'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87⁵⁷¹. La novella si colloca a valle della riforma del titolo V della Costituzione e del conseguente riassetto, in una logica di parificazione, dei rapporti tra Stato e regioni, e venne accolta con scetticismo da una parte della dottrina, le cui critiche, formalmente incentrate sulle necessità che una simile previsione dovesse essere adottata ad opera di una legge costituzionale, rivelavano in fondo, ancora una volta, la preoccupazione di non vedere oltremodo dilatati i poteri della Consulta⁵⁷². Forse anche per questo l'istituto, dal 2003, non ha mai trovato applicazione, sino alla pronuncia C. cost. 14 gennaio 2021, n. 4 (ord.), nonostante le sistematiche sollecitazioni operate dai ricorrenti⁵⁷³. Prima del richiamato recente arresto (su cui si tornerà a breve), l'unica occasione in cui la domanda di sospensiva venne discussa ed infine rigettata nel merito per difetto di *periculum in mora*, risaliva al 2010⁵⁷⁴. Merita osservare come in quel caso la Corte mise esplicitamente in

⁵⁷¹ Il quale così recita: «1. Quando è promossa una questione di legittimità costituzionale ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, la Corte costituzionale fissa l'udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito dello stesso. Qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'articolo 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione».

⁵⁷² Cfr. A. Nania, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *Federalismi* 18 aprile 2002; A. Anzon, *Le potestà legislative dello Stato e delle regioni*, Torino 2005, 108.

⁵⁷³ In tal senso cfr. A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi* 2021, 10, 309 ss., spec 312.

⁵⁷⁴ Trattasi di Corte cost., 24 marzo 2010, n. 107, con note di A. Gragnani, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.* 2010, 3965 ss.; di P. Vipiana, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it; di A. Vuolo, *Crollo di un antico feticcio*, in www.forumcostituzionale.it. In precedenza, con laconica motivazione, una richiesta di sospensiva era stata rigettata da Corte cost., ord., 22 giugno 2006, n. 245, con commenti di A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur.*

rilievo la necessità che la domanda di provvedimento interinale si fondasse sui requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, nonché il regime di precarietà e provvisorietà del provvedimento sommario richiesto (ma non concesso) rispetto al successivo provvedimento di merito.

Infine, con riguardo ai giudizi di costituzionalità delle leggi in via incidentale, come si è anticipato al capitolo 1, l'ordinamento positivo non fornisce soluzione al problema portato dalla dedotta incostituzionalità della legge la cui applicazione importi una lesione grave e irreparabile del diritto cautelando. La questione è stata così al centro di annoso e intenso dibattito. Da un lato, per lungo tempo, è prevalsa l'impostazione restrittiva di coloro che ritenevano preclusa per il giudice di merito la possibilità di deliberare provvisoriamente, e porre a fondamento del *fumus boni iuris*, le probabilità di accoglimento della questione di costituzionalità, con conseguente dovere del giudice *a quo*, a fronte di una questione ritenuta rilevante e non manifestamente infondata, di rimettere senz'altro gli atti alla Corte costituzionale, senza poter disapplicare nelle more *ex art. 700 c.p.c.* la norma sospetta di incostituzionalità. Tale tesi veniva argomentata alla luce dell'inesistenza *de iure condito* del diritto cautelando al momento della proposizione della domanda, nonché del rispetto del sistema di controllo accentrato di costituzionalità delle leggi⁵⁷⁵. Un simile approccio è anche coerente con la tesi, autorevolmente

cost. 2006, 2444 ss.; P. Milazzo, *L'impugnativa regionale del «codice dell'ambiente»: un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni* 2007, 153 ss.

⁵⁷⁵ Per una ricostruzione del dibattito ci si permette di richiamare M. Morotti, *Tutela cautelare e questione di costituzionalità nei recenti casi «De Magistris» e «De Luca»*, cit., 1183 ss., spec. 1187 ss. La tesi in esame, come ivi riportato alla nota 22 è sostenuta in dottrina da C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, Milano 1985, 661; G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1985, 106 ss.; G. Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 39; E.A. Dini, G. Mammone, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1993, 321 ss.; L. Chieffi, *Tutela cautelare e diritti «di rilievo costituzionale» (aspetti problematici)*, in *Giur. cost.* 1986, I, 2580 ss.; M. Montanari, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.* 1988, 3, 151 ss.

sostenuta ma probabilmente minoritaria, della natura non radicalmente nulla giacché, solo annullabile, della legge incostituzionale⁵⁷⁶. All'opposto, l'orientamento ormai maggioritario e consolidato, anche in giurisprudenza, riconosce al giudice *a quo* il potere di sospendere in via cautelare l'applicazione della norma sospetta di incostituzionalità in attesa dell'intervento della Consulta. Tale soluzione, anche in linea con l'insegnamento della Corte di giustizia UE⁵⁷⁷, assicura il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e poggia sull'argomento per cui la valutazione del *fumus boni iuris* implica una prognosi complessiva della fondatezza nel merito della pretesa, inclusiva dell'eventuale incidente di costituzionalità⁵⁷⁸. L'approccio è ormai stabilmente fatto proprio dalla Corte costituzionale, secondo cui il giudice *a quo* remittente all'atto della sospensione in via cautelare d'urgenza dell'efficacia della norma di

⁵⁷⁶ In tal senso M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957, 37 ss.

⁵⁷⁷ C. Giust CE 19 giugno 1990 (causa C 213/1989), *Factorframe*. Si veda al riguardo C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2012, 209; Id., *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.* 1994, I 1, 353; L. P. Comoglio, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro it.* 1994, V, 153 ss., spec. 158; M. Sica, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia della Cee*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 1119 ss.

⁵⁷⁸ Ci si permette di richiamare i contributi riportati in M. Morotti, *Tutela cautelare e questione di costituzionalità nei recenti casi «De Magistris» e «De Luca»*, cit., 1190, nota 24. In particolare, con riguardo alla sola dottrina: A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza*, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 398; B. Sassani, *Osservazioni a Cass. 12 dicembre 1991, n. 13415*, in *Giur. comm.* 1992, I, 1819; G. Borrè, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 141 ss.; G. Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 151 ss.; A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 704 ss.; C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 283 ss.; A. Romano, *Rapporto di pubblico impiego a termine, questione di costituzionalità e rilevanza della questione di giurisdizione*, in *Giur. cost.* 1986, I, 748; G. Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 446 ss.; G. Zagrebelsky, *La tutela d'urgenza*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 40 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 10^a ed., Milano 2019, 205.

rango primario non deve esaurire la propria *potestas iudicandi* in attesa della ripresa del processo cautelare ad esito del giudizio costituzionale, così assicurando la (perdurante) rilevanza della questione sollevata rispetto al giudizio *a quo*⁵⁷⁹. La posizione sembra esprimere un ragionevole compromesso tra la spinta verso la natura politica della Corte costituzionale e la necessità di ribadire la natura giurisdizionale del giudizio di costituzionalità che, appunto, almeno formalmente, continua a svolgersi in funzione della soluzione del conflitto di merito e della risposta alla domanda di protezione giurisdizionale del diritto soggettivo nel processo in cui è stata sollevata l'eccezione di illegittimità costituzionale e posta la relativa questione. Un simile approccio, inoltre, è coerente con la tesi, probabilmente maggioritaria, secondo cui la legge incostituzionale è da ritenere radicalmente nulla, cosicché è di mero accertamento la pronuncia diretta a rilevarne l'invalidità⁵⁸⁰.

7. (segue) Il recente storico esercizio dei poteri cautelari della Corte costituzionale: effettiva natura del potere interinale esercitato

L'ordinanza Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4⁵⁸¹ ha suscitato ampia attenzione tra gli studiosi (del diritto costituzionale *in primis*), i quali non hanno mancato di metterne immediatamente in

⁵⁷⁹ Per tale consolidato orientamento cfr. Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 10; Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost., ord., 23 dicembre 2013, n. 325; Corte cost. 9 maggio 2013, n. 83; C. cost. 8 maggio 2009, n. 151; C. cost. 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., ord., 27 gennaio 2006, n. 25.

⁵⁸⁰ In tal senso E. Garbagnati, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova 1950, 201 ss.; E. T. Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 514; L. Montesano, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità (a proposito dell'art. 5 della legge silana)*, in *Foro. it.* 1952, IV, 157; V. Onida, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.* 1965, 514 ss.

⁵⁸¹ La pronuncia è stata commentata da M. Morotti, *Sui poteri cautelari della Corte costituzionale*, cit., che ci si permette di richiamare nuovamente e da cui è tratto, con marginali riadattamenti, il presente paragrafo.

evidenza il carattere storico e inedito⁵⁸². Si è trattato infatti del primo caso in cui la Corte costituzionale ha sospeso in via cautelare l'efficacia di una legge, esercitando un potere, come detto, legislativamente riconosciute fin dal 2003 nell'ambito dei giudizi in via principale, rimasto tuttavia del tutto «quiescente» fino all'occasione qui oggetto di attenzione⁵⁸³.

⁵⁸² Cfr. A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *www.costituzionalismo.it* 2021, fasc. 1, spec. 30; G. Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 3, 102 ss.; A. Conzutti, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 1, 251 ss.; M. Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?*, in *Le Regioni* 2021, fasc. 3; R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi* 2021, 4, 118 ss.; P. Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it* 2021, 1; E. Lamarque, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021; A. Lo Calzo, *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica (Osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, in *Rivista AIC* 2021, fasc. 3, 189 ss.; S. Mabellini, *L'emergenza sanitaria scongela la sospensiva delle leggi...e paralizza il legislatore regionale*, in *Giur. cost.* 2021, 43 ss.; N. Miniscalco, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, in *Consulta online* 2021, 223 ss.; G. Menegus, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)* in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 2, 88 ss.; E. Rossi, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale* 2021, 2, 154 ss.; D. Trabucco, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del Covid -19*, in *dirittifondamentali.it* 2021, 355 ss.; A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi* 2021, 10, 309 ss.

⁵⁸³ Così A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.* 2006, 2444. In ordine alla desuetudine di tale potere, pur normativamente previsto, cfr. altresì C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, Bologna 2020, 159.

La pandemia da Covid – 19 e il diritto della pandemia hanno costituito il contesto storico ed il perimetro giuridico in cui la vicenda si è collocata⁵⁸⁴. È stata peraltro la prima occasione in cui la Consulta ha potuto pronunciarsi sulla normativa emergenziale concernente il contrasto e il contenimento della pandemia da Covid - 19, recuperando centralità in un dibattito che l’aveva in qualche modo vista fino a quel momento rimanere ai margini⁵⁸⁵.

Il caso ha tratto origine dalla promozione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, con ricorso del 21 dicembre 2020, del giudizio di costituzionalità in via principale dell’intera l. reg. Valle d’Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, recante *Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d’Aosta in relazione allo stato d’emergenza*. Nella prospettazione del ricorrente, la legge regionale si poneva in contrasto con il riparto delle competenze statali e regionali delineato da plurime norme costituzionali, quali gli artt. 117, comma 2, lett. m) e q), 118 e 120 Cost., anche in violazione dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Ciò in quanto la legge impugnata introduceva una disciplina dell’emergenza sanitaria più permissiva rispetto a quella attuata dal legislatore statale, da ultimo con d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74). La legge regionale, infatti, individuava attività sociali ed economiche il cui svolgimento era consentito, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, anche in deroga a quanto contrariamente

⁵⁸⁴ Nell’ambito della vasta letteratura sul rapporto tra pandemia e diritto, con specifica attenzione al solo diritto processuale civile, ci si limita a richiamare P. Biavati, *Processo civile e pandemia: che cosa passa e che cosa rimane*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 133 ss.; C. Cecchella, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell’emergenza epidemiologica*, in www.questionegiustizia.it, I. Pagni, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l’emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell’udienza*, in www.judicium.it, 15 dicembre 2020; G. Ruffini, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in www.questionegiustizia.it; L. Zanuttigh, *Atti e strumenti di regolazione dell’emergenza e giusto processo*, in *Lo Stato* 2020, 417 ss.

⁵⁸⁵ In tal senso cfr. A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit., 317; P. Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, cit., 7.

stabilito dalla citata normativa statale⁵⁸⁶. In forza dell'ordinanza in parola, pubblicata il 4 gennaio 2021, la Corte costituzionale ha accolto l'istanza di sospensione cautelare dell'efficacia dell'intera legge impugnata, proposta dal ricorrente ai sensi dell'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87. La Corte ha ritenuto sussistere il *fumus boni iuris*, affermando che la gestione della pandemia richiedesse interventi nella materia della profilassi internazionale, di competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2, lett. q), Cost.* Il potenziale rischio di aggravamento della pandemia conseguente all'applicazione della normativa regionale ha invece fondato il *periculum in mora*, secondo i canoni tipizzati dall'art. 35 cit. del «rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico» e del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini». Gli effetti dell'ordinanza sono definitivamente venuti meno a seguito del sopravvenire della sentenza definitiva⁵⁸⁷, che ha confermato l'impostazione adottata in sede sommaria circa la competenza statale in tema di profilassi internazionale e, per l'effetto, dichiarato l'illegittimità costituzionale delle relative disposizioni della legge impugnata⁵⁸⁸. Con riguardo ad altre previsioni, è stata invece dichiarata la non fondatezza delle questioni di costituzionalità⁵⁸⁹.

È interessante indagare se il potere esercitato dalla Consulta abbia effettivamente o meno natura cautelare, per almeno due ordini di ragioni. Anzitutto, in uno dei pochissimi casi in cui in precedenza la normativa oggetto di attenzione aveva avuto applicazione (culminato a differenza del caso oggetto di attenzione con una ordinanza di rigetto nel merito della domanda di sospensiva), come si è detto, la stessa Consulta ha fatto espresso richiamo ai principi generali

⁵⁸⁶ Per una più ampia ricostruzione della richiamata normativa si rinvia a A. Conzutti, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, cit., 254, spec. alla nota 9.

⁵⁸⁷ Trattasi della sentenza C. Cost., 12 marzo 2021, n. 37.

⁵⁸⁸ In particolare, la declaratoria di illegittimità costituzionale ha avuto ad oggetto gli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2 e 3 della l. reg. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11.

⁵⁸⁹ Trattasi in particolare degli artt. 3, 4, commi 4, 5, 6 e 7 della l. reg. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, disposizioni ritenute dalla Corte incapaci di interferire con quanto determinato dalla legge statale.

che «disciplinano la tutela in via d'urgenza»⁵⁹⁰, la cui delineazione è da ricondursi, come noto e come si è esposto in precedenza, principalmente all'elaborazione della dottrina processualcivilistica, cosicché la circostanza fornisce occasione per soffermarsi in generale sulle caratteristiche della tutela cautelare e sul loro atteggiarsi al di fuori del terreno elettivo all'interno del quale esse sono state elaborate, ossia appunto il processo civile. D'altro canto, più pragmaticamente, solo se cautelare il potere oggetto di attenzione potrebbe ipoteticamente essere invocato ed applicato per analogia al di fuori della fattispecie normativamente prevista, in applicazione del principio di rango costituzionale che fonda la necessità della tutela cautelare come componente necessaria della giurisdizione, in omaggio a esigenze di effettività. Ciò, come si dimostrerà, potrebbe indurre a ripensare o ricalibrare le conclusioni raggiunte con riguardo ai giudizi di costituzionalità delle leggi in via incidentale.

Soffermandosi quindi con specifica attenzione sull'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87 e sulla applicazione di tale norma nel caso in commento, plurimi indici sembrano deporre a sostegno della natura autenticamente cautelare dello strumento processuale. Anzitutto, il rimedio risulta fortemente incentrato sul *periculum in mora*, che ne costituisce l'elemento caratterizzante. Proprio quel requisito che in dottrina, con ampio consenso, viene considerato il parametro, strutturale e funzionale, decisivo al fine stabilire la "cautelarità" di un dato provvedimento⁵⁹¹. Precisamente, la norma codifica i tre *pericula* tipici del «rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica» e del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini»⁵⁹². La Corte costituzionale nella

⁵⁹⁰ Ci si riferisce a Corte cost., 24 marzo 2010, n. 107, cit.

⁵⁹¹ In tal senso cfr. S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit. 94-95; Id., voce *Periculum in mora (nel processo cautelare civile)*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino 2007, 892 ss. A sostegno di tale impostazione: C. Consolo, *Il nuovo processo cautelare*, Torino 1998, 32; E. Merlin, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., con indagine condotta al fine di comprendere quali provvedimenti siano attratti alla disciplina codicistica del rito cautelare uniforme.

⁵⁹² Nel quadro della irrinunciabilità costituzionale della tutela cautelare atipica, è riconosciuto come il legislatore possa discrezionalmente introdurre ipotesi tipiche di *pericula* al fine di circoscrivere e delimitare *ex ante* la

pronuncia in commento ha ritenuto sussistere due delle tre fattispecie tipiche di *pericula* configurate dalla norma ossia il «rischio di grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico» ed il «rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini», in ragione del prevedibile aggravamento della pandemia potenzialmente conseguente all'applicazione della normativa regionale impugnata. Condivisibilmente, a parere di chi scrive, il potenziale danno «alla salute delle persone» è stato ritenuto irreparabile, quasi *in re ipsa*, e prevalente rispetto alla potenziale lesione di altri diritti (anche fondamentali, come quello alla libertà delle iniziative economiche e imprenditoriali) alla cui protezione aspirava la norma impugnata: giova evidenziare come nel periodo in cui si è tenuta la camera di consiglio i decessi causati dalla pandemia in Italia venivano quantificati nell'ordine di 500-600 unità giornaliere⁵⁹³. La messa in pericolo del diritto alla salute, nella duplice sfaccettatura di diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, pare avere integrato entrambe le fattispecie di *periculum in mora* richiamate. Pare invece ancillare, quanto meno sotto il profilo del pericolo, il richiamo operato dalla pronuncia all'interesse ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia. Del resto, è interessante notare e ribadire come proprio il diritto alla salute, come ampiamente esposto, abbia costituito storico banco di prova della tutela cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.* e del correlato fenomeno di creazione giurisprudenziale del diritto, con esiti talvolta anche aberranti, nella problematica dialettica tra diritto e scienza⁵⁹⁴. Insomma, la misura cautelare è stata concessa a fronte del pericolo di danno irreparabile al diritto alla salute, nel

discrezionalità giudiziale nell'accertamento di tale requisito. Cfr. in proposito A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 4, il quale mette in rilievo come il legislatore ben può «sottrarre alla valutazione del giudice ogni indagine in ordine alla irreparabilità del pregiudizio ed al contenuto della misura cautelare da emanare, prevedendo, a favore di determinate situazioni soggettive, ipotesi di misure cautelari tipiche per le quali il *periculum* e/o il contenuto del provvedimento siano predeterminati per legge».

⁵⁹³ Il c.d. Bollettino Quotidiano del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore di Sanità riportava per la giornata del 13 gennaio 2021, data in cui si è tenuta la camera di consiglio della pronuncia in commento, 15.774 nuovi casi e 507 decessi.

⁵⁹⁴ Si rinvia a quanto esposto *supra* al capitolo 1 e in particolare al § 1.3.

tempo necessario ad una «verifica analitica delle singole disposizioni impugnate» ma anche in ragione della potenziale irreparabilità di ogni lesione di tale diritto fondamentale.

Integrando la norma e richiamando la già richiamata pronuncia n. 107/2010, la Corte costituzionale ha ritenuto inoltre necessaria ai fini della concessione del provvedimento la valutazione della sussistenza dell'altro requisito necessario per l'emanazione delle misure cautelari, ossia il *fumus boni iuris*. La probabile fondatezza della pretesa azionata è stata motivata dalla Corte unicamente sulla scorta della ritenuta competenza statale in tema di profilassi internazionale *ex art. 117, comma 2, lett. q)*, Cost. Appare senz'altro meritevole la scelta di rimettere al centro la conoscenza scientifica ufficiale, senza possibilità di deviazione rispetto a quanto stabilito dai preposti enti nazionali e sovranazionali. Peraltro, i primi commentatori hanno criticato la eccessiva sinteticità della motivazione⁵⁹⁵, che si è sottratta a qualsiasi bilanciamento degli interessi coinvolti nella lite⁵⁹⁶. Maggior dettaglio argomentativo sarebbe sicuramente stato opportuno. Tuttavia, tale valutazione è stata probabilmente ritenuta assorbita dalla prevalenza assoluta del diritto alla salute.

Il provvedimento in commento aveva inoltre i caratteri della provvisorietà e strumentalità⁵⁹⁷. I suoi effetti, infatti, sono definitivamente cessati a seguito della pubblicazione della pronuncia

⁵⁹⁵ In tal senso P. Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, cit., 9 ss.; N. Maniscalco, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, cit., 228 – 229; D. Trabucco, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del Covid -19*, cit., 368 – 369.

⁵⁹⁶ La necessità del bilanciamento degli interessi al fine della valutazione del *fumus boni iuris*, ormai riconosciuta nell'ambito della tutela cautelare civile, è stata peraltro elaborata, anche con sguardo comparatistico, nell'ambito della giustizia costituzionale. Cfr. S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 90-91. Critico sulla pretermissione di un simile bilanciamento nell'ordinanza in esame A. Conzutti, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, cit., 262.

⁵⁹⁷ Su tali tradizionali caratteri della tutela cautelare, già chiaramente enucleati nella ricostruzione di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pare qui sufficiente rinviare

di merito, come esplicitamente da quest'ultima sancito. D'altro canto, quanto alla strumentalità, la misura interinale, al fine di neutralizzare il c.d. danno da tardività, ha anticipato alcuni degli effetti della successiva sentenza definitiva, in attesa comunque di essere da questa sostituita, potendosi qualificare quindi come misura anticipatoria⁵⁹⁸. Poiché la legge non disciplina la sorte della misura provvisoria in caso di estinzione o mancata prosecuzione del giudizio di merito si deve supporre che la strumentalità possa essere qualificata come strumentalità forte (con conseguente perdita di efficacia del provvedimento sommario in caso di estinzione del giudizio di merito).

Quanto al profilo della sommarietà, lo strumento non sembra riconducibile alla categoria delle misure sommarie decisorie, poiché non ambisce ad evitare ed anzi nasce in attesa del processo a cognizione piena; nemmeno, sembra riconducibile alla tutela anticipatoria o interinale in senso stretto, che ambisce a premiare (con una pronuncia anticipata rispetto a quella a cognizione piena ed esauriente) la parte che, sulla base delle risultanze progressive del processo, sembra possa risultare vincitrice nel merito⁵⁹⁹: *expressis verbis*, infatti, la Corte ha dichiarato di concedere il provvedimento al fine di neutralizzare specifici *pericula* nell'attesa di poter analizzare compiutamente nella sua interezza, con cognizione piena ed esauriente, la normativa impugnata. Anche sotto tale profilo, risulta confermata la preferibile sussumibilità della fattispecie entro i contorni della tutela cautelare.

per tutti a A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 5 – 6. In generale sulle caratteristiche della tutela cautelare si rinvia al capitolo 1.

⁵⁹⁸ La classica dicotomia tra misure cautelari anticipatorie e conservative, rispettivamente correlate al pericolo da tardività e infruttuosità del provvedimento definitivo, risale a P. Calamandrei, *op. loc. ult. cit.*; cfr. altresì A. Proto Pisani, *op. loc. ult. cit.*, 6-7.

⁵⁹⁹ In ordine a tale classificazione cfr. A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 125; sulla autonomia della categoria dei provvedimenti interinali cfr. C. Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 551 ss.

Un possibile ostacolo alla qualificazione dello strumento processuale in termini di misura cautelare potrebbe essere intravisto nel carattere (apparentemente esclusivamente) officioso del potere di sospensiva delineato dall'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87⁶⁰⁰. Tale assetto, criticabile siccome evidente anomalo in un giudizio tra parti⁶⁰¹, ma anche, più in generale, probabilmente per violazione dei principi del giusto processo e del contraddittorio processuale, è stato in parte superato ad opera della previsione di cui all'art. 21 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, che ha autorizzato il Presidente a disporre l'audizione dei rappresentanti delle parti in caso di richiesta di sospensiva⁶⁰², come del resto sempre avvenuto nella prassi. Alla luce di tale disposizione, sembra pacificamente ammesso, peraltro, che la sospensiva possa essere sollecitata dalle parti in causa⁶⁰³. Nemmeno tale contesto

⁶⁰⁰ In dottrina L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., evidenzia il carattere raro e patologico dei casi di pronuncia officiosa di provvedimenti d'urgenza. Un precedente può essere riscontrato in Pret. Cassino, ord. 15 marzo 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 324, con nota di N. Picardi, *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*. In quel caso la domanda di provvedimento d'urgenza veniva ritenuta dal Giudice implicita nel ricorso introduttivo ex art. 414 c.p.c.

⁶⁰¹ Cfr. in tal senso A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit. 2645, G. Falcon, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano in Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003, 15 ss, A. Pertici, *Nota redazionale*, in *Giur. cost.* 2004, 1194-1195, A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit. 311.

⁶⁰² Questo il tenore testuale della disposizione: «Ove sia proposta istanza di sospensione ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il Presidente, sentito il relatore, convoca la Corte in camera di consiglio qualora ravvisi l'urgenza di provvedere. Con il medesimo provvedimento il Presidente può autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti e lo svolgimento delle indagini ritenute opportune. La cancelleria comunica immediatamente alle parti l'avvenuta fissazione della camera di consiglio e l'eventuale autorizzazione all'audizione».

⁶⁰³ Sul fatto che la prassi e la disposizione delle norme integrative consentano una significativa attenuazione dell'anomalia portata dalla natura officiosa del potere di sospensiva, nonché sulla possibilità per le parti di sollecitare l'esercizio di tale potere cfr. A. Cerri, *op. loc. ult. cit.*, 2445, il quale definisce «caso-limite» l'ipotesi di sospensione pronunciata d'ufficio; P. Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione*

procedimentale, probabilmente disegnato considerando principalmente la natura pubblicistica del processo costituzionale ed il rilievo collettivo degli interessi che esso protegge, sembra comunque idoneo, da solo, a pregiudicare le conclusioni raggiunte sulla natura dell'istituto processuale oggetto di attenzione.

8. (segue) Sulla possibilità di applicazione in via analogica della previsione *ex art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87 ai giudizi in via incidentale: cautele ad effetti materiali irreversibili e zone franche del controllo di costituzionalità*

Parte della dottrina auspica che la Corte costituzionale eserciterà con estrema prudenza e solo in situazioni di eccezionale urgenza il potere cautelare oggetto di attenzione, anche al fine di scongiurare il pericolo che il «pendolo» della Corte oscilli eccessivamente verso la sua anima politica, a discapito di quella giurisdizionale⁶⁰⁴. Altra opinione, viceversa, auspica che l'occasione costituisca un punto di svolta in vista di un effettivo incremento degli strumenti di tutela praticati dalla Consulta, incluso l'ingresso di provvedimenti cautelari atipici nei vari giudizi costituzionali, sulla scorta dell'addentellato normativo di cui all'art. 22, l. 11 marzo 1953, n. 87, che rinvia dinamicamente per i procedimenti avanti la Corte costituzionale alle norme di procedura avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale⁶⁰⁵.

cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, cit., 5; A. Vuolo, *op. loc. ult. cit.*, 313, il quale evidenzia la ulteriore anomalia insita nella preminenza conferita al Presidente ed alle sue «insondabili valutazioni» nella vicenda procedimentale in esame.

⁶⁰⁴ In tal senso cfr. N. Miniscalco, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, cit., 231-232, richiamando l'espressione virgolettata di R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. Romboli, Torino 2017, 4.

⁶⁰⁵ Cfr. A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit. 324 ss.

Quanto al processo civile, come si è anticipato al paragrafo precedente, vien da chiedersi se sia possibile una rimeditazione delle conclusioni raggiunte circa la problematica questione concernente il rapporto tra tutela cautelare e questione di costituzionalità in via incidentale, risolta, come si è ricordato, dalla giurisprudenza, costituzionale e di merito, riconoscendo (unicamente) al giudice *a quo* il potere di disapplicare provvisoriamente in via cautelare la norma sospetta di incostituzionalità, nell'attesa dell'intervento della Corte costituzionale. Tale soluzione, che pur costituisce il miglior compromesso tra le contrapposte esigenze di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e della natura accentrata del giudizio di costituzionalità delle leggi, non appare del tutto priva di inconvenienti. Si pensi al caso delle cautele ad effetti materiali irreversibili⁶⁰⁶, in cui, di fatto, il giudizio di costituzionalità rischia di essere affidato al solo giudice *a quo*, laddove, in alternativa, chiare esigenze di effettività della tutela giurisdizionale risulterebbero frustrate qualora si ritenesse precluso al giudice ordinario l'esercizio del potere cautelare, sulla base dell'assunto che l'adozione della misura provvisoria ne esaurirebbe la *potestas iudicandi*. Quelli ad efficacia materiale irreversibile sono

⁶⁰⁶ Su tale categoria cfr. per tutti A. Panzarola, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I provvedimenti cautelari*, (diretto da) A. Carratta, Bologna 2013, 745 ss., spec. 865 ss. Cfr. altresì C. Delle Donne, *Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, in *www.judicium.it.*, 16 dicembre 2013. Come noto, la nozione è figlia del confronto interpretativo circa la concedibilità di misure cautelari che, nell'anticipare in tutto o in parte gli effetti del provvedimento definitivo, importano sul piano degli effetti mutamenti irreversibili della situazione sostanziale. Confronto che ha visto affermarsi anzitutto una tesi restrittiva, secondo cui la misura cautelare dovrebbe sempre e solo provvedere ad una regolazione provvisoria e reversibile della situazione sostanziale, come conseguenza del rapporto di strumentalità tra tutela cautelare e processo e provvedimento di merito (in tal senso, S. La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, cit., 159 ss.); ciò a cui ha fatto seguito l'emersione di una tesi più concessiva, ormai seguita in prevalenza anche dalla giurisprudenza, secondo cui le misure cautelari ad effetti materiali irreversibili sono concedibili, in omaggio a quelle esigenze di effettività della tutela che costituiscono la ragion d'essere del modello processuale in parola, argomentando anche a partire dalla distinzione tra provvisorietà del provvedimento e provvisorietà degli effetti (in tal senso L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 278; F. Tommaseo, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 861; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, cit., 309.)

peraltro provvedimenti cautelari la cui ammissibilità è stata a lungo negata, poiché l'irreversibilità degli effetti veniva ritenuta incompatibile con la natura provvisoria del provvedimento cautelare, salvo infine il mutamento della giurisprudenza motivato a partire dalla condivisibile prevalenza della necessità di assicurare la protezione giurisdizionale urgente e di non negarla proprio in quei casi in cui il pregiudizio non appaia altrimenti ovviabile⁶⁰⁷.

La dialettica tra ragioni dell'effettività e di coerenza del sistema processuale sembra richiamare gli argomenti che si sono contrapposti nel dibattito sull'esercizio del potere cautelare nell'ambito dei giudizi di costituzionalità delle leggi in via incidentale e proprio la soluzione di riconoscere talvolta la possibilità che il provvedimento cautelare sia concesso dalla Consulta sembra costituire un compromesso ragionevole. D'altro canto, la soluzione di affidare unicamente al giudice *a quo* la tutela cautelare non consente un immediato intervento con efficacia *erga omnes* della Consulta, che potrebbe essere opportuno in determinate circostanze⁶⁰⁸, anche al fine di prevenire disparità di trattamento (art. 3 Cost.) ed assicurare la certezza del diritto, specie in situazioni caratterizzate da contenziosi connotati da elementi di serialità.

La prospettiva qui sostenuta, del resto, parrebbe in linea con l'esigenza di evitare la creazione di zone franche dell'ordinamento sottratte al giudizio di costituzionalità, recentemente affermata *inter alia* nelle sopracitate sentenze della Corte costituzionale in materia elettorale: proprio il fenomeno delle cautele ad effetti materiali irreversibili potrebbe determinare l'insorgenza di siffatte zone franche, nella misura in cui il controllo di costituzionalità è esercitato solo dal giudice *a quo* e di fatto sottratto alla Corte costituzionale, mentre nei

⁶⁰⁷ Cfr. *amplius* alla nota precedente per una ricognizione del dibattito. In tal senso, con riguardo al procedimento di repressione della condotta discriminatoria razziale di cui all'art. 44, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*T.u. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), cfr. Cass. Sez. un. 7 marzo 2008, n. 6172, in *Foro it.* 2008, I, 2168 ss., con nota di G. Scarselli, *Sulla distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria decisoria*.

⁶⁰⁸ Tale esigenza è messa in rilievo da A. Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 103.

contenziosi seriali le zone franche potrebbero conseguire alle diverse soluzioni adottate nei singoli procedimenti ed in ogni caso determinarsi a discapito delle parti deboli non aventi facile accesso al sistema giustizia.

Anche il dato desumibile dall'approccio comparatistico conforta e rivela come l'attribuzione di poteri cautelari in capo alle Corti costituzionali non costituisca un'anomalia ed anzi sia soluzione praticata da vari sistemi, come quello statunitense, di cui si è trattato *supra* e quello tedesco⁶⁰⁹.

Sembra quindi ragionevole ipotizzare che la Corte costituzionale sia dotata e possa esercitare poteri cautelari di sospensiva anche nel giudizio in via incidentale. Al riguardo, sono pertinenti le argomentazioni con cui la Consulta ha già ritenuto applicabile in via analogica ai conflitti interorganici l'art. 40, l. 11 marzo 1953, n. 87, previsto per i soli conflitti intersoggettivi⁶¹⁰. Del resto, come osservato da parte della dottrina, la stessa norma di cui all'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87, altro non ha fatto che codificare un potere comunque già insito nelle attribuzioni dell'organo giurisdizionale, quindi astrattamente esercitabile anche a prescindere da uno specifico fondamento normativo ed anche in via analogica o estensiva, siccome posto a tutela del principio fondamentale dell'effettività della tutela giurisdizionale⁶¹¹.

La appurata natura cautelare del potere *ex art. 35 cit.* consente di escludere che il legislatore, nell'ambito della sua insindacabile discrezionalità, ritenga la Corte costituzionale

⁶⁰⁹ Sui poteri cautelari della *Supreme Court* statunitense si rinvia al superiore par. 4. Sui poteri cautelari della Corte costituzionale tedesca, cfr. A. Gagnani, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.* 2005, 158 ss.

⁶¹⁰ Si rimanda a quanto esposto *supra* al superiore § 3.6.

⁶¹¹ Tali assunti sono sostenuti da A. Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit. 2645; A. Vuolo, *op. loc. ult. cit.*, 104, sostiene esplicitamente proprio la tesi secondo cui la Corte costituzionale già oggi sarebbe dotata di poteri costituzionali nel giudizio in via incidentale, anche sulla scorta dell'argomento letterale per cui il secondo periodo dell'art. 35, l. 11 marzo 1953, 87 potrebbe considerarsi riferibile a tale tipologia di giudizio. Cfr. *ivi* alla nota 78 per riferimenti dottrinali a sostegno di un intervento riformatore in tale direzione.

strutturalmente inidonea ad adottare misure cautelari, come ad esempio storicamente è accaduto con riguardo alla negazione della potestà cautelare del giudice di pace e degli arbitri, casi in cui la competenza ad adottare le misure cautelari viene *ex ante* assegnata ad altro giudice (*i.e.* al giudice ordinario)⁶¹². Risulta confermato che la mancata soluzione della questione per via legislativa è strumentale a consentire, caso per caso, l'individuazione dell'organo giurisdizionale più idoneo ad assicurare l'effettività della tutela richiesta, il quale, pertanto, in casi eccezionali, potrebbe essere la stessa Corte costituzionale⁶¹³.

Del resto, una simile conclusione è stata già autorevolmente sostenuta nella prassi applicativa. Ciò è avvenuto, in particolare, nell'ambito del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto dal Prof. Valerio Onida e dalla Prof.ssa Barbara Randazzo avanti il Tribunale di Milano il 16 ottobre 2016 al fine di impedire lo svolgimento del referendum costituzionale poi invece avvenuto il 4 dicembre 2016, mediante auspicata declaratoria di incostituzionalità degli artt. 4, 12, 16, l. 25 maggio 1970, n. 352 nella parte in cui non prevedono che il quesito del referendum costituzionale di cui all'art. 138, comma 2, Cost. debba essere formulato in modo specifico e

⁶¹² In argomento cfr. P. Licci, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in *Riv. Arb.* 2019, 339 ss. Con specifico riguardo alla assenza di giustificazioni tecniche a sostegno del divieto per il giudice di pace di adottare misure cautelari cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 209. Tale tradizionale assetto è comunque in corso di parziale superamento. Infatti, all'art. 1, comma 15, lett. c), l. 26 novembre 2021, n. 26 è stata espressamente prevista dal legislatore delegante l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare provvedimenti cautelari, a determinate condizioni. La delega ha poi trovato attuazione in forza dell'art. 3, comma 52, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ove è prevista l'introduzione dei nuovi artt. 819, 819-*bis* e 813-*ter* c.p.c. in tema di adozione, reclamo e attuazione delle misure cautelari adottate in sede di arbitrato. Per un recente commento della nuova disciplina, cfr. L. Salvaneschi, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 614 ss., spec. 623 ss.; *Ivi*, è utile ricordare l'insegnamento e l'impostazione di principio secondo cui non esiste alcuna «incompatibilità ontologica tra arbitrato e tutela cautelare».

⁶¹³ In proposito si veda nuovamente A. Vuolo, *op. loc. ult. cit.*, 104, secondo cui «Il problema, allora, si ridurrà alla individuazione dell'organo (prima ancora delle modalità) che sarà in grado di apprestare la migliore tutela alle situazioni giuridiche incise, secondo il principio di effettività».

non eterogeneo⁶¹⁴. L'iniziativa dei ricorrenti, infatti, avrebbe voluto vedere le norme sospette di incostituzionalità disapplicate in via cautelare dapprima dal giudice *a quo* e immediatamente in seguito al sollevamento della questione di legittimità costituzionale anche dalla Consulta, cui veniva chiesto di avvalersi «anche d'ufficio – occorrendo in via analogica – dei poteri di sospensione ad essa attribuiti dalla legge n. 87 del 1953 (artt. 35 e 40)», sussistendo il «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini»⁶¹⁵. Il rigetto in rito della domanda, per altre questioni inerenti *inter alia* all'assenza di strumentalità tra giudizio cautelare e successivo prospettato giudizio di merito, non sembra scalfire, almeno in teoria, la ragionevolezza (o comunque la non eccessiva fantasiosità) della soluzione prospettata per quanto qui d'interesse.

Risulta stimolante osservare come la soluzione proposta acuirebbe il rischio, avvertito particolarmente dai costituzionalisti, come sopra descritto, di dilatare eccessivamente i poteri della Consulta rispetto al potere legislativo ma, viceversa, stempererebbe i rischi di eccessiva dilatazione dei poteri dei giudici ordinari rispetto alla stessa Corte costituzionale ed al legislativo, messi in rilievo principalmente dalla dottrina processualistica come il maggiore ostacolo rispetto alla esercitabilità del potere di sospensiva (pur in via provvisoria) ad opera del giudice *a quo*⁶¹⁶. A conferma della intrinseca problematicità della questione indagata, che probabilmente non ammette soluzioni aprioristiche ma necessita di costante rifinitura e adattamento rispetto ai casi concreti di volta in volta in esame.

⁶¹⁴ Si rinvia in proposito a quanto esposto al capitolo 1 ed in particolare al §1.3 ed ivi alla nota 79.

⁶¹⁵ Così alla p. 6 del ricorso *ex art.* 700 c.p.c., reperibile al seguente *link* <http://www.lacostituzione.info/wp-content/uploads/2016/11/Ricorso.pdf>.

⁶¹⁶ Si rinvia alla superiore nota 574.

9. Tutela cautelare e Suprema Corte di Cassazione. Delimitazione del campo d'indagine: assenza di poteri interinali propri della Corte Suprema; non ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari; il problema dell'impugnazione del capo sulle spese di lite

L'indagine del rapporto tra tutela cautelare e giudizio di legittimità nell'ordinamento italiano si risolve fundamentalmente nello studio del problema dell'esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari: il tema appare peraltro strategico in senso ampio con riguardo allo stato del giudizio di Cassazione ed alle sue prospettive, considerando che, come si è detto, la contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* e la spinta legislativa verso il rafforzamento della funzione nomofilattica, figlia della prevalenza del primo sul secondo, costituiscono la cifra non solo del quotidiano operare della Corte Suprema ma anche dei (molti, quasi frenetici) tentativi di riforma di cui essa è stata, è e, verosimilmente ancora sarà, oggetto⁶¹⁷.

Tale delimitazione del campo d'indagine non è scontata e consegue fundamentalmente all'operare di un duplice ordine di fattori, ossia: da un lato il fatto che la Corte di Cassazione non è dotata di poteri cautelari o interinali suoi propri; dall'altro lato, il dato per cui continua a ritenersi esclusa la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari, anche emessi ad esito del reclamo, in conseguenza della loro natura non decisoria e non definitiva. Appare opportuno soffermarsi brevemente su entrambi i profili.

Quanto al primo profilo, concernente l'assenza di poteri cautelari esercitabili in proprio direttamente dalla Corte di Cassazione, oggetto di attenzione quasi obbligata è la disciplina della sospensione dell'esecuzione delle sentenze oggetto di ricorso per cassazione: tale inibitoria, oggi disciplinata dall'art. 373 c.p.c., infatti, viene tradizionalmente concepita come

⁶¹⁷ Ampiamente al riguardo, cfr. *supra* al §3 del presente capitolo.

misura avente natura *latu sensu* cautelare⁶¹⁸. L'affidamento al giudice *a quo* della competenza a decidere sull'istanza di sospensiva non è peraltro una scelta necessaria, sicché è da escludersi che essa dipenda da una rigida incompatibilità strutturale e funzionale tra giudizio di legittimità e tutela cautelare: infatti, l'originaria versione dell'art. 373 c.p.c., precedente alla riforma del 1950 da cui deriva l'assetto attuale⁶¹⁹, affidava il giudizio sulla sospensiva proprio alla Corte di cassazione⁶²⁰. Non deve in ogni caso sottacersi come la riforma in parola sia conseguita ad una vera e propria «levata di scudi» dei giudici della stessa Cassazione, dovuta alla denunciata difficoltà di affidare al giudice di legittimità un giudizio fortemente incentrato sui fatti quale quello in esame, soprattutto con riguardo al *periculum in mora*⁶²¹. Ci pare che la comprensibile scelta legislativa confermi, se non l'esistenza di un'incompatibilità in senso stretto tra giudizio di legittimità e tutela cautelare, quantomeno la sussistenza di forti ragioni di opportunità a favore della decisione di affidare il potere di sospensiva al giudice *a quo*⁶²². Un simile assetto

⁶¹⁸ In tal senso cfr. R. Vaccarella, *Diffusione e controllo di titoli esecutivi non giudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 47 ss.; Id., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II Ed., Torino 1993, 87 ss.; F. Bucolo, *La sospensione dell'esecuzione*, 1, *La sospensione in generale*, Milano 1972, 99 ss.; R. Tiscini, *Commento all'art. 373*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di B. Sassani – C. Consolo – R. Vaccarella, Torino 2013, IV, 917. Per una affermazione in giurisprudenza della natura cautelare dell'ordinanza *ex art. 373 c.p.c.*, con conseguente sua non assoggettabilità a ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost., cfr. Cass. 16 giugno 2017, n. 15004, in *Ilprocessocivile.it*, 31 luglio 2017, con nota di R. Giordano, *Il regime dell'inibitoria della sentenza pronunciata in grado d'appello*. Secondo la citata sentenza «il provvedimento cautelare impugnato non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, perché non è né definitivo né decisorio, in quanto la suddetta decisione cautelare ha carattere strumentale ed interinale, è destinata ad operare sino alla definizione del già instaurato giudizio di cassazione ed è inidonea ad assumere efficacia di giudicato sia dal punto di vista formale che sostanziale».

⁶¹⁹ La versione vigente dell'art. 373, comma 1, c.p.c. è stata introdotta con la riforma di cui alla l. 14 luglio 1950, n. 581.

⁶²⁰ In argomento cfr. R. Tiscini, *Commento all'art. 373*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 905 ss., 910 ss.

⁶²¹ Così nuovamente R. Tiscini, *op. loc. ult. cit.*

⁶²² Cfr. in tema F. P. Luiso, *Diritto processuale civile 2021*, XII Ed., II, 464.

appare coerente anche con il carattere officioso del giudizio di cassazione cui consegue, *inter alia*, l'inoperatività di una vicenda anomala del processo quale l'interruzione⁶²³, a conferma di una certa insensibilità del giudizio di legittimità rispetto allo stato ed alla concreta evoluzione dei fatti di causa. Peraltro, il consolidarsi nella giurisprudenza di un orientamento secondo cui è precluso al giudice (di merito) della sospensiva ogni valutazione del *fumus boni iuris*⁶²⁴, la quale postula la delibazione provvisoria della fondatezza dei motivi di ricorso per cassazione, strutturalmente ed istituzionalmente affidata alla Corte Suprema, conferma la natura problematica dell'istituto in esame, difficilmente inquadrabile (a maggior ragione in difetto del *fumus boni iuris*) nel solco delle misure cautelari, eppur partecipe di una natura *latu sensu* cautelare, meglio interinale, che suggerisce di sottrarlo alla competenza della Corte di Cassazione. Il discorso potrebbe portare lontano, ma basti prendere atto, ai fini che qui rilevano, che *de iure condito* la Corte di Cassazione italiana è sprovvista di poteri di tutela urgente, cautelari o anche solo interinali, esercitabili in proprio.

⁶²³ *Ex multis* per una recente affermazione giurisprudenziale cfr. Cass. 12 febbraio 2021, n. 3630. Nella manualistica, cfr. C. Mandrioli – A Carratta, *Diritto processuale civile 2022*, XXVIII Ed., II, 304.

⁶²⁴ Cfr. App. Roma, 30 maggio 2018, in *De Jure*, secondo cui «ai fini della sospensione dell'esecuzione della sentenza di secondo grado non si può tener conto della fondatezza o meno del ricorso, essendo la valutazione giudiziale limitata al solo riscontro del danno grave e irreparabile conseguenza dell'esecuzione, come emerge dal chiaro tenore letterale dell'art. 373 c.p.c. e dalla circostanza che la Corte di Appello, a differenza di quanto accade per la delibazione dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza di primo grado disciplinata dall'art. 283 c.p.c., non ha alcun potere decisorio in ordine all'impugnazione proposta con il ricorso per cassazione». In senso conforme, Trib. Savona, 4 dicembre 2018, in *De Jure*. La problematicità dell'affidare la competenza della sospensiva ad un giudice diverso da quello dell'impugnazione è nota alla dottrina e messa in rilievo da G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano 2008, 378. Resta in tutti casi prevalente la tesi secondo cui il giudice *a quo* deve valutare anche il *fumus boni iuris*, su cui R. Tiscini, *Commento all'art. 373*, cit., 918; C. Consolo, *È davvero sempre grave e irreparabile – ex art. 373 c.p.c. – il danno conseguente al rilascio forzato di un immobile (o di un fondo) adibito ad attività d'impresa?*, in *Giur. it.* 1986, I, 2, 175 ss., spec. 183.

Quanto al secondo profilo, il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti emessi ad esito del reclamo cautelare è esplicitamente escluso dalla norma di cui all'art. 669-terdecies, comma 5, c.p.c. Tali provvedimenti risultano così non soggetti ad alcun mezzo di impugnazione⁶²⁵, considerato che l'orientamento univoco e consolidato della giurisprudenza esclude l'esperibilità avverso i provvedimenti che decidono il reclamo cautelare (o più in generale avverso i provvedimenti cautelari *tout court*) del ricorso straordinario *ex art.* 111, comma 7, c.p.c., stante

⁶²⁵ Si tratta di un'opinione sostanzialmente pacifica in dottrina. In tal senso, C. Cecchella, *Il procedimento cautelare: commentario*, Torino 1997, 203; F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002, 360; G. Tarzia – M. F. Ghirga, *Il reclamo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 546; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 877.

il loro regime non decisorio e non definitivo⁶²⁶, nonché l'esperibilità del regolamento di competenza⁶²⁷.

Il panorama mostra alcuni sgretolamenti ed ingenera non pochi problemi interpretativi con riguardo ai provvedimenti sulle spese emessi nell'ambito del procedimento cautelare, i quali, essi sì, hanno natura condannatoria e idoneità ad incidere con efficacia di giudicato su diritti

⁶²⁶ La giurisprudenza sul punto è copiosissima e rinviene probabilmente il proprio *leading case* in Cass. sez. un. 24 gennaio 1995, n. 824, in *Giust. Civ.* 1995, 1859 ss., con nota di G. Finocchiaro, *Inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso i provvedimenti emanati in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. nel corso del procedimento cautelare*, ove viene *inter alia* evidenziato come l'arresto sia in continuità con l'orientamento consolidatosi prima dell'entrata in vigore del rito cautelare uniforme nel 1993 rispetto ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nonché rispetto a provvedimenti ritenuti avere natura cautelare ed eccezionalmente soggetti al rimedio del reclamo, come in materia minorile e fallimentare. Per una recente pronuncia si veda *ex multis* Cass. sez. un. 28 febbraio 2019, n. 6039, secondo cui «*anche nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui del D.L. n. 35 del 2005, art. 2, comma 3, lett. e bis, conv. con modif. in L. n. 80 del 2005, contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi ante causam ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto detti provvedimenti sono privi di stabilità e inadeguati al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito*». Conf. Cass. sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27187. Il medesimo ordine di argomenti conduce ad escludere l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione nell'ambito del procedimento cautelare (Cass. 24 maggio 2022, n. 16764) ed a ritenere invece ammissibile il regolamento di giurisdizione nella causa di merito anche quando sia stato già emanato nel medesimo giudizio un provvedimento cautelare, «*perché il provvedimento cautelare in corso di causa non costituisce sentenza, neppure quando risolve -contestualmente la questione di giurisdizione, eccezion fatta per i casi in cui la questione medesima sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva*» (Cass. 9 giugno 2021, n. 16086).

⁶²⁷ In tal senso in giurisprudenza Cass. 20 gennaio 2017, n. 1613; Cass. 21 maggio 2001, n. 6919; Cass. 29 settembre 2000, n. 12918; Cass. sez. un. 9 luglio 2009, n. 16191, in *Giur. it.*, 2010, 1144 ss. con note di M. Vialardi, *In tema di reclamo cautelare e regolamento di competenza* e A. Ronco, *Chi decide chi deve decidere il reclamo cautelare?*, in *Giur. it.* 2010, 1149 – 1150. La pronuncia, criticamente commentata dagli annotatori, ha stabilito l'impossibilità di sollevare d'ufficio il regolamento di competenza nel procedimento cautelare a seguito del conflitto di competenza di cui all'art. 45 c.p.c.

soggettivi, pur ponendosi in posizione di necessaria accessorietà rispetto a misure, appunto, quali quelle cautelari, viceversa inidonee al giudicato ed anzi strutturalmente in stato di provvisorietà e soggezione rispetto alla futura, anche solo eventuale e meramente ipotetica (come per i provvedimenti *ex art. 669-octies*, comma 6, c.p.c.), decisione di merito⁶²⁸. Il problema dei controlli avverso le decisioni sulle spese di lite emesse nell'ambito del procedimento cautelare è così al centro di ampio contrasto giurisprudenziale. L'orientamento prevalente della giurisprudenza sembra essersi assestato nell'escludere l'ammissibilità del rimedio a prima vista più naturale, ossia proprio il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111.*, comma 7, Cost., prospettando viceversa quali possibili rimedi impugnatori avverso i capi del provvedimento cautelare recanti la disciplina delle spese di lite l'opposizione al precetto oppure all'esecuzione già iniziata *ex art. 615* c.p.c. Ciò, sulla scorta della ritenuta possibilità di qualificare il capo del provvedimento avente ad oggetto la condanna alle spese in termini di titolo esecutivo stragiudiziale, con correlata facoltà per il giudice dell'esecuzione nell'ambito del procedimento a cognizione piena davanti a lui così instaurato, di conoscere il merito del processo cautelare a monte al fine di riesaminare la correttezza della disciplina delle spese operata in sede cautelare, sempre che la parte soccombente non intenda promuovere il giudizio

⁶²⁸ Quanto segue è tratto da M. Morotti, *Sul regime delle spese nei procedimenti cautelari e anticipatori*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 542 ss., cui ci si permette di rinviare. La natura del capo di provvedimento cautelare recante la disciplina delle spese è sostanzialmente condivisa, per un'ampia ricostruzione cfr. S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 616 ss. Id., *Il regime impugnatorio dei provvedimenti sulle spese del processo cautelare: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.* 2002, 1308, e spec. alla successiva nota 7, ove si intravede un addentellato normativo sulla definitività della pronuncia sulle spese nel disposto di cui all'art. 669-*septies*, comma 2, c.p.c. e si evidenzia come il diverso oggetto del giudizio sulle spese rispetto a quello cautelare importa che la cognizione relativa al primo non avvenga in funzione strumentale rispetto al futuro giudizio di merito, bensì in modo principale e definitivo. In senso conforme cfr. G. Scarselli, *Le spese giudiziali*, Milano 1998, 190 ss., secondo cui peraltro la previsione del rimedio impugnatorio *ad hoc* dell'opposizione nelle forme di cui all'art. 645 c.p.c. di cui all'originaria formulazione dell'art. 669-*septies*, comma 3, c.p.c. implicava la sostanziale inedita messa in crisi anche del rapporto di accessorietà della decisione sulle spese rispetto al merito della controversia.

di merito⁶²⁹. L'orientamento prevalente stenta, comunque, a consolidarsi in via definitiva. Devono infatti segnalarsi non poche pronunce di segno difforme, tra cui di recente, la sentenza Cass. 30 aprile 2020, n. 8432, la quale ha stabilito che il decreto con cui la Corte d'Appello decide il reclamo *ex art.* 708, comma 4, c.p.c., non è impugnabile *ex art.* 111, comma 7, Cost. nella parte relativa ai provvedimenti temporanei e urgenti adottati nell'interesse dei coniugi e della prole, i quali pur incidendo su diritti soggettivi avrebbero pur sempre carattere interinale, provvisorio e strumentale al giudizio di merito; mentre l'impugnazione è da considerarsi ammissibile in relazione al «capo del medesimo decreto recante il regolamento delle spese processuali, il quale si configura come una statuizione riguardante posizioni giuridiche soggettive di debito e di credito che discendono da un rapporto obbligatorio autonomo, ed idonea a passare in giudicato»⁶³⁰. Tale ultima soluzione non solo si pone in linea con

⁶²⁹ Cfr. Cass. 24 maggio 2011, n. 11370, in *Riv. esec. forzata* 2011, 473 ss. con note critiche di C. Delle Donne, *La contestazione delle spese del reclamo è rimessa, in tema di tutele cautelari "anticipatorie", al giudizio di merito o di opposizione all'esecuzione e non al ricorso ex art. 111, 7° c. Cost.: un'inaccettabile conclusione della giurisprudenza di legittimità* e B. Sassani, *Sulle spese del procedimento cautelare. Si dice nomofilachia ma non si sa dove il nomos sia*. In senso conforme, Cass. 7 novembre 2012, n. 19276; Cass. 12 luglio 2012, n. 11800; Cass. 28 maggio 2012, n. 8495. Più di recente Cass. 1 marzo 2019, n. 6180.

⁶³⁰ In senso conforme, in genere sull'ammissibilità del rimedio *ex art.* 111, comma 7, Cost. avverso i provvedimenti sulle spese in ambito cautelare cfr. Cass. 27 febbraio 2012, n. 2986; Cass. 11 aprile 2017, n. 9348. Di recente sembrerebbe in senso conforme la pronuncia Cass. 15 dicembre 2020, n. 28607, la quale ha affermato che l'istituto di cui agli artt. 669-*septies*, comma 3, e 645 c.p.c. di cui al regime anteriore alla l. 69/2009 era «mezzo preclusivo del ricorso straordinario per cassazione». Ancor più recente Cass. 4 luglio 2022, n. 21081, ha ammesso il ricorso straordinario per cassazione avverso il capo del provvedimento che ha liquidato le spese ad esito del procedimento di cui all'art. 40 R. D. 29 luglio 1917, n. 1814, avente natura di volontaria giurisdizione, sull'assunto del carattere decisorio del capo in parola, nei seguenti termini testuali: «*proprio per effetto del carattere di volontaria giurisdizione non contenziosa del procedimento in questione, il Presidente del Tribunale non avrebbe potuto adottare, con l'impugnato provvedimento, alcuna pronuncia sulle spese giudiziali, la cui illegittima regolazione - con la condanna dell'A.C.I. al pagamento delle stesse - comporta, pacificamente ma limitatamente a tale statuizione avente valenza decisoria, l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione*».

l'orientamento giurisprudenziale precedente l'introduzione del rito cautelare uniforme⁶³¹ e con gli auspici formulati da parte della dottrina a seguito dell'eliminazione del rimedio dell'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*⁶³², ma sembra raccogliere convincenti critiche formulate al cospetto del consolidarsi dell'orientamento di segno opposto ed appare pertanto preferibile a parere di chi scrive. Come condivisibilmente osservato da una parte della dottrina, infatti, l'esclusione del ricorso straordinario *ex art. 111, comma 7, Cost.* parrebbe costituire un rimedio peggiore del male, poiché potrebbe determinare, proprio in relazione a questioni ritenute bagatellari, una proliferazione del contenzioso in esito al quale l'intervento della Cassazione rischierebbe di essere solo rimandato, con problemi nell'individuazione del giudice competente a conoscere dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* (potenzialmente anche appartenente ad altro tribunale rispetto a quello che ha emesso il provvedimento cautelare, poiché da individuarsi *ex art. 27, comma 1°, c.p.c.*) e conseguente rischio di ingiustizia della decisione, in quanto tendenzialmente il giudice delle spese dovrebbe coincidere con quello del merito processuale⁶³³.

Per completezza, deve essere notato come un angusto sentiero di accesso della tutela cautelare al giudizio di cassazione, e quindi all'esercizio della funzione nomofilattica, è delineato dal rimedio previsto dall'*art. 669-novies, comma 2, c.p.c.* per l'ipotesi in cui insorgano

⁶³¹ Cfr. Cass. 6 novembre 1992, n. 12026; Cass. 3 febbraio 1993, n. 1313; Cass. 9 febbraio 1994, n. 1272.

⁶³² Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2010, 197; A. Saletti, in A. Saletti – B. Sassani, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino 2009, 220 ss.

⁶³³ Cfr. B. Sassani, *Sulle spese del procedimento cautelare. Si dice nomofilachia ma non si sa dove il nomos sia*, cit. In senso conforme anche C. Delle *Donne, op. cit.*, la quale evidenzia anche come la tesi opposta e sostenuta dalla sentenza ivi in commento pare sottintendere una malintesa concezione di automatica superiorità della tutela a cognizione piena rispetto a quella sommaria. Entrambi gli Autori peraltro sottolineano come la tecnica decisoria che il giudice deve applicare nella disciplina delle spese di lite non presenti sostanziali differenze tra giudizi a cognizione piena e sommaria e che la premessa da cui prende le mosse la sentenza criticata, ossia che la condanna alle spese partecipi della sommarietà del provvedimento cautelare, appare errata. Conf., cfr. G. Tarzia – M. Giorgetti, *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 510; L. Passanante, *Il nuovo regime delle spese processuali*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Bologna 2010, 253; G. Scarselli, *Le spese giudiziali*, cit., 202 ss.

contestazioni sull'istanza volta alla dichiarazione di inefficacia della misura cautelare per mancata tempestiva introduzione del giudizio di merito: si tratta del tipico, forse unico, strumento idoneo a veicolare contrapposizioni tra le parti sulla natura, anticipatoria o conservativa, del provvedimento cautelare⁶³⁴, oggi di particolare rilevanza pratica, alla luce della ben nota e già richiamata attenuazione del nesso di strumentalità tra misure cautelari aventi contenuto anticipatorio (*rectius*, tutti i provvedimenti di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.) e giudizio di merito⁶³⁵. I già ricordati arresti sulla natura del provvedimento di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari *ex art. 2378*, comma 3, c.p.c. confermano quanto si sta sostenendo⁶³⁶. L'istituto in commento, tuttavia, sul piano quantitativo e qualitativo, non sembra scalfire la marginalità del controllo della Cassazione rispetto ai provvedimenti resi nell'ambito del procedimento cautelare: vuoi per la particolarità della fattispecie disciplinata; vuoi, soprattutto, per il fatto che l'intervento della Cassazione è qui eventualmente consentito dal fatto che il giudice del procedimento *ex art. 669-novies*, comma 2, c.p.c. decide la causa con sentenza⁶³⁷, situazione del tutto eccezionale, quindi nemmeno suscettibile di applicazione estensiva o in via analogica, nell'ambito del procedimento cautelare uniforme.

⁶³⁴ Al riguardo cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, XI Ed., Milano 2021, IV, 229, secondo cui «Chi decide e in che sede si stabilisce se è un provvedimento cautelare anticipatorio o conservativo? La risposta è sicuramente il giudice al quale, *ex art. 669-novies* c.p.c., è chiesto di dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare. È quella l'unica sede in cui può sorgere controversia circa la disciplina da applicare al provvedimento».

⁶³⁵ Si rimanda più ampiamente in tema a quanto esposto *supra* al §1.2.

⁶³⁶ Ci si riferisce ai recenti e discussi arresti di cui a Cass. 26 aprile 2021, n. 10986 e Cass. 7 ottobre 2019, n. 24939, già trattate più diffusamente al superiore §1.2

⁶³⁷ La forma-contenuto del provvedimento è coerente con la natura a cognizione piena del relativo procedimento, costantemente affermata dalla giurisprudenza. Di recente, molto chiaramente Cass. 7 marzo 2017, n. 5624, secondo cui: «il procedimento *ex art. 669-novies* c.p.c., volto alla declaratoria di inefficacia di un provvedimento cautelare, ove non sia configurabile la non contestazione del resistente, è un giudizio ordinario a cognizione piena che si definisce con sentenza provvisoriamente esecutiva, soggetto, anche nella fase di impugnazione, alla ordinaria sospensione feriale dei termini processuali prevista dalla L. 7 ottobre 1969, n. 742». In senso conforme, Cass. 24 giugno 2020, n. 12403, la quale con riguardo sempre all'istituto di cui all'art. 669-*novies*, comma 2, c.p.c. ha

Lo stato dell'arte, in definitiva, continua ad avere quale presupposto interpretativo e applicativo la ritenuta incompatibilità tra ricorso per cassazione e provvedimenti non aventi natura definitiva, con conseguente significativa restrizione di qualsiasi possibilità di controllo da parte del giudice di legittimità sui provvedimenti sommari (non necessariamente cautelari in senso stretto) resi nell'ambito del procedimento cautelare.

Di ciò occorre prendere atto, non senza avere ricordato le critiche dottrinali nella direzione del superamento di un simile stato delle cose, laddove viene finemente evidenziata l'auspicabilità *de iure condito e de iure condendo* di ammettere il ricorso per cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost. avverso i provvedimenti cautelari concessi ad esito del reclamo cautelare ed aventi natura anticipatoria per i quali, cautelari solo di nome, risulta ormai irragionevole la sottrazione da ogni controllo del giudice di legittimità⁶³⁸.

10. Tutela cautelare e funzione nomofilattica. La soluzione del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*

Preso atto di come la Corte di Cassazione non disponga di poteri cautelari suoi propri e non operi come giudice dell'impugnazione avverso i provvedimenti cautelari, resta da indagare se

affermato: «l'omessa rilevazione dell'incompetenza (derogabile od inderogabile) da parte del giudice nel procedimento cautelare *ante causam* non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adito anche ai fini del successivo giudizio di merito, non operando nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena (Sez. 3, Ordinanza n. 2505 del 03/02/2010, Rv. 611615 - 01). Ne consegue che il giudizio di merito instaurato all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela. Anzi, questa rappresenta la corretta via processuale per dedurre, in un giudizio a cognizione piena, la questione della competenza territoriale».

⁶³⁸ In tal senso F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit. 27 ss.; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 880.

e come la Corte Suprema possa (e debba) quantomeno esercitare la funzione nomofilattica in relazione a tali provvedimenti, avuto ben in mente l'interesse pubblicistico sotteso a tale funzione⁶³⁹ e le difficoltà e tendenze connesse al suo esercizio, strette, come si è più volte detto, tra aumento vertiginoso del numero dei ricorsi e introduzione per via legislativa di istituti volti a consentire alla funzione in parola di poter essere esercitata, pur da una Corte a rischio di affogamento sotto il carico dei procedimenti pendenti.

Anzitutto, l'interrogativo attorno all'auspicabilità o meno di consentire alla Corte di Cassazione di esercitare la funzione nomofilattica rispetto alla giurisdizione cautelare, pur non scontato, ci pare meritare, quanto meno in astratto, riscontro positivo. In tema, nel senso contrario a quello qui sostenuto, non possono di certo essere sottaciuti i puntuali rilievi dottrinali contrari all'estensione del controllo di legittimità per i provvedimenti finali ma non decisori, argomentando soprattutto a partire da due ordini di ragioni: *in primis* la considerazione secondo cui il controllo nomofilattico sulle norme processuali al fine di assicurare uniformità di prassi non esiste nemmeno nell'ambito del processo ordinario; *in secundis* la presa d'atto di come eventuali prassi difformi nell'applicazione delle norme processuali sono soggette al controllo della Corte costituzionale, se violano le garanzie fondamentali del giusto processo e, perciò, non vale la pena gravare la Corte di legittimità di ulteriori procedimenti con riguardo a possibili violazioni che non assurgano a tale livello di gravità⁶⁴⁰. Si tratta di puntualizzazioni significative

⁶³⁹ In tema si richiama A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, cit., 118 ss., ove viene ricostruita l'origine storica e, quindi, la filosofia ispiratrice di fondo dell'art. 65 ord. giud., evidenziando come esso fosse sostanzialmente espressione di una concezione, ormai superata, che affidava allo Stato, tramite la legge, il monopolio delle fonti del diritto.

⁶⁴⁰ Questa l'impostazione di S. Chiarloni, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.* 2003, 817 ss., spec. al § 5.1, ove viene evidenziato «In primo luogo pare esagerato introdurre il controllo nomofilattico anche sulle norme processuali per assicurare l'uniformità delle relative prassi. Si tratta di un controllo che al momento non esiste per quanto riguarda il processo ordinario di cognizione, dove le violazioni o false applicazioni delle leggi processuali sono possibile oggetto di ricorso solo quando abbiano dato luogo a violazione delle norme sulla competenza e sulla giurisdizione, o a nullità della sentenza o del procedimento, in un contesto di evoluzione legislativa che tende, grazie al cielo, a restringere

e tuttavia gli argomenti evidenziati dai sostenitori dell'opinione opposta paiono cogliere maggiormente nel segno. In particolare, appare comprensibile l'opportunità di evitare la creazione di settori dell'ordinamento in cui «regna l'anarchia»⁶⁴¹, anche in termini di leggibilità e prevedibilità del sistema e sua comprensibilità anche agli occhi dei non addetti ai lavori. Si pensi all'ampio novero delle misure cautelari concedibili nell'ambito del procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, ove il compito di riordino dei provvedimenti cautelari concedibili è interamente rimesso alla ricostruzione degli studiosi⁶⁴². O ancora alla annosa

la rilevanza delle mancate conformità al modello legislativo. Non esiste una ragione al mondo per andare in controtendenza. In secondo luogo, se le prassi difformi toccano le garanzie del giusto processo, il controllo nomofilattico è già esercitato adeguatamente dalla Corte costituzionale, mentre, se le garanzie non sono in gioco, il bisogno di uniformazione delle prassi non è così impellente da richiedere l'intervento di una Corte già oberata da troppo lavoro, anche perché tenderebbe ad alimentare un atteggiamento che ritengo nefasto, indirizzato a far prevalere le questioni processuali sulle questioni di merito, con conseguenze gravemente negative sulle esigenze di giustizia sostanziale».

⁶⁴¹ Così F. Cipriani, *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione*, in *Foro it.* 1999, I, c. 1887. Nel medesimo senso Id., *Il controllo giudiziario degli atti societari*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 69 ss.; B. Sassani, *Corte Suprema e jus dicere*, in *Giur. It.* 2003, 822 ss.; Id., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 217 ss., spec. 299 ss.; F. Tommaseo, *La riforma del giudizio di cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?*, in *Giur. It.* 2003, 817 ss., spec. 827; S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 880; G. Arieta – F. De Santis (a cura di), *Corso base di diritto processuale civile*, VII. Ed., Padova 2019, 593.

⁶⁴² In argomento, per un'ampia indagine ricognitiva e ricostruttiva della giurisprudenza ancora nel vigore della Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), la cui necessità viene motivata anche dall'assenza di uniformità dovuta al mancato esercizio della funzione nomofilattica, si richiama G. Finocchiaro, *I provvedimenti cautelari nel giudizio prefallimentare*, in *Fallimento* 2018, 915 ss. Si tratta peraltro di considerazioni valide ed estensibili anche al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), di cui al D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, posto che le misure cautelari ivi previste, ed in particolare definite all'art. 2, lett. q), hanno un «chiaro ascendente» nell'art. 15, l. fall., come rilevato da M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nell'ambito della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 849 ss., spec. 850. Nell'ambito di una produzione dottrina già copiosa sul tema, si rinvia per una recente trattazione a valle dell'entrata in vigore della versione finale del CCII, anche ad esito dell'intervento «correttivo» di cui al D. Lgs. n. 147/2021 e del recepimento della c.d. *Direttiva Insolvency*

questione dell'ammissibilità o meno della revoca *ante causam* dell'amministratore di s.r.l. ex art. 2476, comma 3, c.p.c., oggetto di ampia frammentazione interpretativa nella giurisprudenza di merito⁶⁴³, cosicché risulta oggettivamente complesso comprendere la razionalità del sistema o ancor più spiegare all'imprenditore per quale motivo il medesimo provvedimento sia ottenibile a Milano⁶⁴⁴ e negato a pochi chilometri di distanza, a Brescia⁶⁴⁵, oltre che a Roma⁶⁴⁶.

Tale stato di cose è all'origine, ma allo stesso tempo è la conseguenza dello scarso successo, della soluzione legislativa adottata dall'art. 4 d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, di cui si è già parlato⁶⁴⁷, con cui è stata estesa anche ai provvedimenti non ricorribili per cassazione la

(Direttiva UE 2019/1023) ad opera del D. Lgs. n. 83/2022, a A. Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento* 2022, 1251 ss.

⁶⁴³ Per analisi ricostruttive, peraltro infine conclusive nel senso dell'ammissibilità dell'azione cautelare *ante causam* in parola, si veda G. Scognamiglio, *Revoca "cautelare" e revoca "nel merito" dell'amministratore di S.r.l.*, in *Rivista ODC* 2015, 1 ss.; C. Consolo, *Note sul potere di revoca fra diritto e processo*, in *Corr. giur.* 2005, 272 ss. In senso contrario, alla luce della argomentata natura conservativa della misura cautelare, necessariamente quindi strumentale in senso stretto all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori, G. Arieta – M.P. Gasperini, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l.*, in *Corr. giur.* 2005, 267; I. Pagni, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Società* 2012, 449 ss.

⁶⁴⁴ L'orientamento è consolidato nella giurisprudenza milanese. Di recente Trib. Milano, 15 luglio 2019, in *Società* 2020, 835 ss., con nota di F. Fanti, *Sulla revoca cautelare di amministratore di cooperativa e sui profili di applicabilità dell'art. 2476 c.c.*, in *Le Società* 2020, 836 ss.; conf. Trib. Milano 17 maggio 2017, in *Società* 2017, 1143 ss., con nota di M. Spadaro, *Ancora sulla revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.: gli orientamenti del Tribunale di Milano e la strumentalità al merito di rimozione giudiziale*.

⁶⁴⁵ Si veda Trib. Brescia, 20 dicembre 2019, in *Osservatorio bresciano sulla giurisprudenza commerciale*, <https://www.obgc.unibs.it/osservatorio/wp-content/uploads/2020/09/3.-Ord.-20.12.2019-revoca-cautelare.pdf>.

⁶⁴⁶ Cfr. Trib. Roma 24 agosto 2016, n. 16049, in *ISocietario.it*, 31 gennaio 2017, con nota di L. Martino, *L'azione cautelare di revoca degli amministratori è strumentale all'azione di responsabilità*.

⁶⁴⁷ Si rimanda *supra* al §3.3.

fattispecie della pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* al fine di garantire anche rispetto ad essi l'esercizio della funzione nomofilattica⁶⁴⁸.

La soluzione, tramite l'iniziativa del Procuratore generale di cui all'art. 363, comma 1, c.p.c. ovvero tramite iniziativa delle parti ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, ha così disegnato un canale di accesso, quantomeno teorico, dei provvedimenti cautelari alla funzione nomofilattica⁶⁴⁹, sollecitando in dottrina reazioni variegata, seppur tendenzialmente tiepide.

Al netto di chi, come detto, esclude in radice l'opportunità che la funzione nomofilattica sia esercitata in relazione ai provvedimenti cautelari⁶⁵⁰, la soluzione adottata è stata da più parti criticata sotto il profilo della sua scarsa utilità pratica, la quale, innegabilmente, risulta pregiudicata dal fatto che, ad una interpretazione letterale e rigorosa della norma, le parti del giudizio di merito non possono giovare della pronuncia resa *ex art. 363 c.p.c.* e pertanto hanno decisamente poco interesse a ricorrere all'istituto (e a sostenere i costi del relativo giudizio di Cassazione)⁶⁵¹. Secondo un approccio ancor più severo, l'impianto è stato definito addirittura deleterio nella prospettiva dell'ulteriore aggravamento del carico dei procedimenti pendenti

⁶⁴⁸ Molto lucidamente sulla funzione della norma si veda M. De Cristofaro, *Sub art. 363 in Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, II, V Ed., 914 ss., ove viene messo in evidenza come l'istituto esprima un'antica visione «politica» della funzione nomofilattica.

⁶⁴⁹ S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, cit., 879, evidenzia come per tal via «senza dubbio [...] per lo meno sotto questo specifico profilo la materia cautelare possa essere indagata sotto ogni profilo possibile, nonostante il sindacato della cassazione sia normalmente precluso avverso i provvedimenti cautelari»; conf. G. Arieta – F. De Santis (a cura di), *op. loc. ult. cit.*, i quali auspicano che la procura generale solleciti la Corte di Cassazione a pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche in relazione a procedimenti destinati a concludersi in forza di provvedimenti privi del requisito della decisorietà, come appunto i provvedimenti cautelari, in relazione ai quali è indubbia la necessità della delineazione di orientamenti giurisprudenziali uniformi che solo la funzione nomofilattica può assicurare.

⁶⁵⁰ Si richiama nuovamente in tema quanto osservato da S. Chiarloni, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵¹ In tal senso cfr. E. Dalmotto, *Il rito cautelare "competitivo"*, cit.; La marginalità del rimedio è altresì evidenziata da C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 202.

avanti il giudice di legittimità, nella misura in cui costituisce «un’offa lanciata agli avvocati al fine di ottenere – «premedo» sul giudice di merito mediante il ricorso per cassazione inammissibile e la successiva pronuncia del principio di diritto da parte della stessa Cassazione – la revoca o quanto meno la modifica del provvedimento impugnato»⁶⁵². Più equilibrata l’opinione di coloro che, in posizione intermedia, pur prendendo atto delle criticità dell’istituto sul piano della sua utilità pratica, hanno evidenziato come esso costituisca in fondo un ragionevole compromesso tra le opposte necessità di non gravare ulteriormente ed eccessivamente il carico della Corte di Cassazione e consentire di prevenire la formazione di zone franche dell’ordinamento sottratte all’esercizio della funzione nomofilattica⁶⁵³.

De iure condito, pur con i limiti derivanti dalla natura sostanzialmente di compromesso dell’istituto in esame, un parziale recupero di centralità ed effettività del rimedio è predicabile a partire dall’opinione dottrinale, finemente elaborata e condivisibile a parere di chi scrive⁶⁵⁴, come più ampiamente si dimostrerà in seguito, seppur non sempre unanimemente sostenuta e declinata secondo varie accezioni⁶⁵⁵, secondo cui a seguito dell’ottenimento di una pronuncia

⁶⁵² Così A. Carratta, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 1105 ss., spec. 1124 – 1129, ove viene altresì sostenuto che la “pressione” sul giudice di merito è acuita dalle potenziali ricadute sul piano disciplinare del mancato allineamento al principio di diritto affermato dalla Cassazione.

⁶⁵³ Semberebbero ascrivibili a tale corrente di pensiero S. Recchioni, *op. loc. ult. cit.*; B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., par. 10.

⁶⁵⁴ Tale conclusione è sostenuta da A. Proto Pisani, *Novità del giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2005, V, 254; A. Briguglio, *Commento all’art. 363*, cit., 129; M. De Cristofaro, *Sub art. 363*, cit., 920 dà conto della prospettività di una simile conclusione, mantenendo un approccio dubitativo in ordine alla sua effettiva esattezza; A. Carratta, *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., 1124, ritiene percorribile la soluzione e da ciò desume motivo di critica all’istituto in esame, come ricordato *supra*.

⁶⁵⁵ G. F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 434 ss., ritiene che la pronuncia della Cassazione non abbia efficacia vincolante equiparabile a quella di cui all’art. 384, comma 2, c.p.c. nei confronti del giudice del rinvio, sicché il giudice del cautelare potrà comportarsi «come ogni giudice di fronte a un precedente giudiziario» e quindi decidere di seguirlo o non seguirlo; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 202, sostiene “a prima lettura” che il provvedimento cautelare rimanga intangibile ad esito della pronuncia della

favorevole nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* che abbia deciso la questione di diritto in senso difforme dal provvedimento del giudice di merito oggetto di (inammissibile) impugnazione, la parte che abbia stimolato tale pronuncia possa giovarsene domandando la revoca o modifica del provvedimento cautelare *ex art. 669-decies c.p.c.*

Una simile conclusione è stata velatamente paventata anche in giurisprudenza⁶⁵⁶, nell'ambito di quello che rimane un caso paradigmatico di principio di diritto nell'interesse della legge pronunciato *ex art. 363 c.p.c.* ad esito di un procedimento inammissibile siccome promosso avverso un provvedimento reso ad esito del reclamo cautelare⁶⁵⁷.

Tale ultimo arresto, vuoi per gli argomenti affrontati sul piano processuale, vuoi per il tempo ormai trascorso sia dalla pronuncia, rimasta a quanto consta fundamentalmente isolata, sia dalla di poco precedente innovazione normativa che si sta commentando, risalente come detto all'anno 2006, fornisce probabilmente alcuni spunti per un bilancio sull'andamento

Cassazione nell'interesse della legge, per poi ricalibrare la propria posizione nell'edizione successiva della medesima opera (C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2008, 271), in termini sostanzialmente analoghi alla ricostruzione di G. F. Ricci esposta nella presente nota.

⁶⁵⁶ Lo nota anche M. De Cristofaro, *Sub art. 363*, cit., 920, riferendosi al ben noto arresto di cui a Cass. sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro It.* 2008, I, 766. Premesso che nel caso in esame il ricorso per cassazione avverso il provvedimento cautelare era stato proposto sia *ex art. 111*, comma 7, Cost. che come regolamento preventivo di giurisdizione, il passaggio pertinente, seppur riferito alla decisione del regolamento di giurisdizione, si rinviene laddove è affermato che «l'eventuale esito positivo del regolamento potrebbe costituire mutamento di circostanze, in astratto idoneo a legittimare la parte a chiedere al Giudice che ha emesso il provvedimento urgente la revoca di esso, ai sensi dell'art. 669-decies».

⁶⁵⁷ Merita di essere segnalata anche Cass. sez. un. 9 luglio 2009, n. 16091, in cui alla declaratoria di inammissibilità del regolamento di competenza nell'ambito del procedimento cautelare, sollevato d'ufficio nel caso di specie *ex art. 45 c.p.c.*, ha fatto seguito la dichiarazione del seguente principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*: «Nei procedimenti cautelari in materia di lavoro, l'eventuale reclamo deve essere deciso dal Tribunale in composizione collegiale e non dalla Corte di appello».

dell'istituto. Sembra in particolare possibile trarre alcune utili conclusioni quantomeno sotto un triplice ordine di profili.

In primo luogo, la pronuncia ha costituito occasione per riaffermare l'orientamento, come si è già detto costante ed in seguito ulteriormente consolidato, secondo cui la mancanza di stabilità dei provvedimenti cautelari, inclusi quelli di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. ne preclude la ricorribilità per cassazione⁶⁵⁸.

In secondo luogo, il fatto che l'arresto sia rimasto isolato consente di desumere tanto come fossero fondate le preoccupazioni di chi evidenziava la probabile inutilità pratica dell'istituto, tanto quanto siano invece rimaste prive di riscontro le preoccupazioni di chi temeva che la proliferazione di richieste di pronuncia di principi di diritto nell'interesse della legge avverso ricorsi inammissibili potesse tradursi in un ulteriore, intollerabile, aggravio del carico dei procedimenti pendenti avanti la Corte di Cassazione.

Il terzo profilo è quello che, probabilmente, più preoccupa e (quindi) interessa. È significativa, in tema, la sottolineatura secondo cui al fine della pronuncia nell'interesse della legge oggetto

⁶⁵⁸ Si legge infatti nel provvedimento oggetto di attenzione: «Non vi è una stabilità o definitività del provvedimento urgente, il cui contenuto decisorio e anticipatorio della eventuale sentenza di merito, può conservare efficacia permanente, allorché la eliminazione del pregiudizio imminente e irreparabile di cui all'art. 700 c.p.c., abbia soddisfatto ogni interesse del ricorrente, al punto da indurlo a non far valere in via ordinaria il diritto stesso e per la sua revoca il destinatario del provvedimento non agisca con azione di accertamento negativo del diritto cautelato, per farne dichiarare la inesistenza. Nella concreta fattispecie, si tratterebbe per le amministrazioni ricorrenti, di proporre l'azione di accertamento negativo non del diritto alla salute, che nessun giudice potrebbe denegare, ma solo del carattere *non jure* del loro comportamento conseguente ad atti legittimi del Commissario e della mancata lesione del predetto diritto alla salute per effetto dell'attività contestata da chi ha chiesto l'inibitoria, con la quale si sono eseguiti provvedimenti commissariali legittimi. Comunque, anche allorché il giudizio di merito non sia iniziato da nessuna delle parti del procedimento cautelare, il permanere dell'efficacia esecutiva del provvedimento che lo conclude non ne comporta la stabilità, da intendere come concreta idoneità a costituire giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., e di conseguenza deve negarsi la ricorribilità straordinaria dell'atto ai sensi dell'art. 111 Cost.».

di attenzione non abbia verosimilmente nuociuto la natura soggettiva delle parti ricorrenti, nel caso di specie la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del presidente *pro tempore*, e il Commissario straordinario del governo per l'emergenza rifiuti in Campania⁶⁵⁹. La circostanza, nella misura in cui mette in rilievo come il principio di diritto sia stato pronunziato proprio a fronte di una sollecitazione proveniente da una parte non qualsiasi ma fortemente connotata in senso politico, o comunque pubblico, è interessante perché la coincidenza fornisce occasione per notare, con plastica evidenza, come anche l'istituto in esame contribuisca alla modifica qualitativa che la funzione nomofilattica sta conoscendo, di cui si è detto in precedenza⁶⁶⁰. Un salto di qualità nella direzione di quella che è stata definita una vera e propria «giurisdizione consultiva»⁶⁶¹, quasi alla stregua di un *certiorari* all'italiana in cui la Corte, tramite i propri organi di vertice, ossia il Primo Presidente e il Procuratore Generale, decide se, quando, come e quali ricorsi vuole decidere⁶⁶².

11. Argomenti, anche di taglio comparatistico, a favore della possibilità di domandare la revoca o la modifica del provvedimento cautelare ex art. 669-decies c.p.c. ovvero riproporre la domanda cautelare ex art. 669-septies c.p.c. a seguito della pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.

Il quadro descritto rivela come lo stato dell'arte circa il controllo in Cassazione dei provvedimenti cautelari sia decisamente insoddisfacente sotto vari aspetti.

⁶⁵⁹ Lo nota L. Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino 2018, 18, spec. nota 66.

⁶⁶⁰ Si richiama quanto esposto al par. 3 del presente capitolo.

⁶⁶¹ Sulla varietà di opinioni in ordine alla funzione dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c., tra nomofilachia e «giurisdizione consultiva», cfr. M. De Cristofaro, *Sub art. 363*, cit., 915.

⁶⁶² In argomento cfr. L. Passanante, *op. loc. ult. cit.*

Appare così utile fissare alcuni punti del ragionamento sin qui condotto, in vista dello svolgimento di alcune riflessioni conclusive, in prospettiva necessariamente *de iure condito*.

In primo luogo, come si è già detto, la realtà attuale del giudizio di Cassazione non può essere ignorata ed anzi deve essere tenuta in considerazione ogni qualvolta si ipotizzi di affidare nuove funzioni alla Corte, così rischiando di aggravare ulteriormente, quanto meno nell'immediato, il problema dell'enorme carico di procedimenti pendenti, con ogni conseguente riflesso negativo sia in termini di ragionevole durata del processo⁶⁶³ sia di qualità dell'esercizio della funzione nomofilattica, nella duplice prospettiva della «esatta applicazione» e della «uniforme interpretazione della legge». Ciò, tuttavia, a parere di chi scrive, non può e non deve condurre a fornire sistematicamente e aprioristicamente risposta negativa quando ci si interroghi sull'ammissibilità del ricorso per cassazione (o sull'opportunità di estenderne l'ammissibilità) avverso determinati provvedimenti, ovvero ci si interroghi su soluzioni che in astratto potrebbero determinare un aggravio, anche lieve o solo teorico, delle pendenze, poiché la prospettiva dell'efficienza non può essere l'unica rilevante⁶⁶⁴.

In secondo luogo, merita adesione la tesi secondo cui è opportuno e auspicabile consentire, in una qualche forma, il controllo in Cassazione dei provvedimenti cautelari, almeno per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto per evitare che un settore così nevralgico della tutela giurisdizionale sia completamente sottratto alla funzione uniformatrice della giurisprudenza ad opera della Corte Suprema sull'applicazione delle norme processuali, così consentendo di porre rimedio alla creazione, fisiologica nella misura in cui non perdura *sine die*, di orientamenti contrastanti, talvolta antitetici, nell'interpretazione della legge da parte dei giudici di merito. Accanto a ciò, come osservato dalla dottrina, ammettere una forma di controllo in Cassazione dei provvedimenti cautelari, specie di quelli aventi contenuto anticipatorio ed ancor più se oggetto di reclamo, consentirebbe un più pieno sfruttamento, anche nella prospettiva deflattiva

⁶⁶³ Su cui si richiama, con particolare riguardo al giudizio di cassazione, F. De Santis, *La (ir)ragionevole durata del processo di cassazione*, cit., *passim*.

⁶⁶⁴ Si rinvia a quanto esposto più ampiamente al superiore § 3.3, in special modo in conclusione del paragrafo.

(del giudizio di merito) del modello cautelare di tutela dei diritti e precisamente di quei provvedimenti anticipatori a strumentalità attenuata che, oggi, come già ricordato, appaiono difficilmente riconducibili all'alveo della tutela cautelare in senso stretto e muovono sempre più nella direzione della tutela sommaria non urgente dei diritti soggettivi⁶⁶⁵.

In terzo luogo, lo strumento processuale specificamente disegnato dal legislatore al fine di consentire l'esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari, ossia l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*, da un lato si è rivelato sostanzialmente inutile o comunque inutilizzato, poiché incapace di garantire risultati utili sul piano degli effetti alle parti del procedimento cautelare; dall'altro lato, costituisce espressione di una concezione "pura" della funzione nomofilattica, sempre più avulsa e scollegata dalla fattispecie concreta decisa dalla pronuncia oggetto di ricorso per cassazione e protesa verso un'opera ricostruttiva e di sistematizzazione più propria della dottrina che non della giurisdizione e che, quindi, preoccupa e, auspicabilmente, dovrebbe essere ridimensionata⁶⁶⁶.

In tale contesto, sembra opportuno indagare la possibilità di percorrere quella che è stata ritenuta la principale soluzione predicabile *de iure condito* al fine di consentire in via generalizzata il controllo in Cassazione dei provvedimenti cautelari⁶⁶⁷, ossia la sostenibilità della tesi secondo cui a seguito dell'ottenimento di una pronuncia favorevole nell'interesse

⁶⁶⁵ In tale prospettiva F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit. 27 ss., il quale evidenzia come l'opportunità di un simile rimedio sia acuita dal fatto che in virtù della previsione del reclamo avverso il provvedimento di rigetto la misura cautelare può essere concessa per la prima volta proprio ad esito del reclamo, con provvedimento quindi allo stato dei fatti sostanzialmente non impugnabile.

⁶⁶⁶ Di nuovo si rinvia in tema al superiore §3.3.

⁶⁶⁷ Occorre peraltro rilevare che ai sensi dell'art. 35, comma 7, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, l'istituto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363bis c.p.c.* risulta applicabile ai procedimenti di merito pendenti al 1° gennaio 2023, con conseguenze rilevanti al fine della questione giuridica qui oggetto di indagine, come messo in evidenza in conclusione al presente paragrafo.

della legge *ex art. 363 c.p.c.*, la parte che abbia stimolato tale pronuncia possa giovarsene domandando la revoca o modifica del provvedimento cautelare *ex art. 669-decies c.p.c.*⁶⁶⁸, ovvero possa riproporre la domanda cautelare *ex art. 669-septies*, comma 1, c.p.c.

In tema, sembrano potersi desumere alcuni argomenti dal raffronto comparatistico ed in particolare dall'analisi di quanto ricavabile dai due modelli stranieri considerati nel presente lavoro, ossia il modello statunitense ed il modello francese, il quale costituisce, come noto e già ricordato, imprescindibile punto di riferimento nello studio comparatistico delle misure cautelari e, soprattutto, paradigma di riferimento per lo studio del modello italiano a seguito dell'attenuazione del nesso di strumentalità rispetto al giudizio di merito per le misure previste dall'*art. 669-octies*, comma 6, c.p.c.⁶⁶⁹.

Un primo elemento desumibile dal raffronto comparatistico è che non esiste incompatibilità in linea di principio tra provvisorietà (degli effetti) del provvedimento e possibilità che la Corte Suprema possa avere un ruolo ed essere direttamente coinvolta nell'ambito del procedimento cautelare. Infatti, come si è dimostrato, le *preliminary injunctions* sono pacificamente ed ordinariamente sottoposte al controllo della *Supreme Court* nel sistema statunitense ed anzi quest'ultima dispone di ampi poteri di revisione delle misure cautelari e provvisorie adottate dalle Corti inferiori, oltre ad essere sostanzialmente dotata di poteri cautelari suoi propri. Il tutto, tramite i poteri di cui alla c.d. *shadow docket*, polmone di respiro della giurisdizione della Corte che, se da un lato le consente con flessibilità di adattarsi, anche con riguardo alle forme processuali di esercizio del potere giurisdizionale, alle esigenze poste dalla prassi applicativa, dall'altro lato è stata ed è fonte di discussioni, poiché induce ad un'estrema dilatazione del potere, anche politico, della Corte stessa⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Su cui si riscontrano contrapposte opinioni dottrinali, riportate alle note 653 e 654.

⁶⁶⁹ In tema ci si limita a richiamare A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 283 ss.

⁶⁷⁰ In argomento si rinvia a quanto esposto *supra* al § 3.4.

Senz'altro in quel sistema gioca un ruolo la circostanza che la Corte Suprema americana, secondo il c.d. *appeal model* è anche giudice del fatto⁶⁷¹ ma la decisività di quest'ultimo argomento sembra potersi stemperare laddove si consideri che anche nell'ordinamento francese, afferente al pari di quello italiano al c.d. *cassation model*⁶⁷², i provvedimenti emessi in *référé*, pur essendo inidonei al giudicato, sono inclusi nel novero delle pronunce avverso cui è proponibile il ricorso per cassazione, secondo la disciplina generale di cui agli artt. 605 ss. N.c.p.c. Tale inclusione, ad onore del vero, costituisce peraltro un'innovazione relativamente recente, dovuta all'accresciuta importanza applicativa dell'istituto ed al regime di provvisoria esecutorietà dei provvedimenti in commento, a fronte di un più risalente contrapposto assetto in cui proprio il carattere provvisorio del provvedimento ha indotto per lungo tempo ad escluderne la ricorribilità per cassazione⁶⁷³.

Quanto agli strumenti concretamente adottati dagli ordinamenti al fine di strutturare il regime dei controlli avverso i provvedimenti cautelari, incluso l'eventuale giudizio di legittimità, l'analisi dei modelli stranieri delinea una tendenziale bipartizione di soluzioni. Si contrappongono, in particolare, modelli caratterizzati dalla sottoposizione delle misure provvisorie a strumenti di riesame *ad hoc* (pur con marginali riadattamenti) e modelli in cui, invece, l'impugnazione delle misure provvisorie è rimessa agli istituti di diritto comune: al primo insieme appartengono il modello francese, senz'altro, e quello americano; al secondo il

⁶⁷¹ Cfr. Art. III, sez. II, cl. 2 Cost., secondo cui, fuori dai casi di giurisdizione originaria della Corte Suprema, in cui essa giudica come Giudice di primo e unico grado, tra cui il caso di giudizi che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici o consoli, oppure quando uno Stato sia parte in causa (cfr. G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 303 ss.), «In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make».

⁶⁷² Tali classificazioni sono state trattate in apertura del presente capitolo.

⁶⁷³ Così C. Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 149 ss., spec. 161, ove viene *inter alia* ricordato come l'inclusione dei provvedimenti *de quibus* tra quelli ricorribili per cassazione risale al 1967.

modello italiano⁶⁷⁴. La divaricazione è espressiva in fondo della diversità di approcci rispetto alla natura della tutela cautelare, nell'oscillazione tra temporaneità (correlata a rigida strumentalità) e provvisorietà (correlata ad attenuazione o elisione della strumentalità, quindi ad equiparazione sul piano funzionale tra provvedimento provvisorio e sentenza)⁶⁷⁵.

I due ordini di argomenti trattati, ossia l'assenza di incompatibilità in linea di principio tra provvisorietà degli effetti del provvedimento e cognizione della Corte Suprema e l'esistenza di variegate soluzioni sul fronte procedimentale, paiono appunto muovere a sostegno della possibilità che la pronuncia della Corte di Cassazione nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* possa avere ricadute concrete nel procedimento cautelare da cui essa sia promanata, terminato ad esito del provvedimento sul reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, consentendo a tale procedimento di trovare nuovo impulso in sede di modifica o revoca della misura concessa ai sensi dell'*art. 669-decies c.p.c.* Tale approccio sarebbe anche coerente con la scelta italiana di predisporre un sistema impugnatorio *ad hoc* per le misure cautelari, a sua volta figlia della perdurante inidoneità al giudicato di tali misure.

Invero, la delineazione di un orientamento della giurisprudenza di legittimità in virtù della pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge pare integrare quella nozione di «mutamento nelle circostanze» cui la norma di cui all'*art. 669-decies c.p.c.* subordina, accanto all'allegazione di fatti anteriori di cui la parte sia venuta a conoscenza solo in seguito alla concessione del provvedimento cautelare, la possibilità di domandare la revoca o modifica del provvedimento cautelare medesimo⁶⁷⁶. Infatti, la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* sembra ricadere in quella «realità extraprocessuale» ove

⁶⁷⁴ In tema cfr. C. Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 151, ove vengono specificamente considerati i soli modelli francese e italiano.

⁶⁷⁵ Cfr. G. Tarzia in *La tutela d'urgenza*, Atti del XV Convegno internazionale, Bari 4 – 5 ottobre 1985, Rimini 1986, 153 – 154.

⁶⁷⁶ Per una compiuta ricostruzione degli istituti della revoca e modifica cfr. per tutti E. Merlin, *La revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 461 ss.

necessariamente devono collocarsi le «circostanze» il cui mutamento legittima la revoca o modifica della misura cautelare, tantopiù che, nonostante la necessità di interpretare la norma in senso restrittivo, è possibile il ricorso all'analogia⁶⁷⁷ e dottrina e giurisprudenza ritengono ammissibile la revoca o modifica della misura cautelare in caso di *ius superveniens*⁶⁷⁸. Pare significativo a tal proposito il fatto che in giurisprudenza sia stato considerato mutamento delle circostanze la pronuncia di una sentenza straniera fra parti diverse da quelle del procedimento cautelare ma incidente sul merito di quel procedimento⁶⁷⁹: infatti, anche il principio di diritto nell'interesse della legge può essere pronunciato, nel caso di cui all'art. 363, comma 1, c.p.c.

⁶⁷⁷ Cfr. E. Merlin, *La revoca e la modifica*, cit. 466.

⁶⁷⁸ In tal senso E. Merlin, *La revoca e la modifica*, cit., 465, spec. nota 10, 469; A. Carratta, *Inefficacia, modifica e revoca*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna 2013, 335; I. C. Maggio, *Il procedimento cautelare uniforme*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, IV, Milano 2019, 4935.

⁶⁷⁹ Cfr. Trib. Genova, 12 maggio 2011, in *Giur. it.* 2012, 882 ss., con nota di T. Salvioni, *Sulla competenza a revocare o modificare il provvedimento cautelare in ipotesi di interruzione del giudizio di merito*, la quale così ricostruisce la complessa vicenda oggetto della pronuncia «Un istituto di credito italiano aveva concesso una fideiussione ad una società` marittima connazionale, a garanzia di un contratto da quest'ultima stipulato con una compagnia di navigazione cipriota. Per bloccare il tentativo di escussione della garanzia a prima richiesta da parte della compagnia estera, la società garantita aveva ottenuto dal tribunale genovese un provvedimento d'urgenza, con il quale veniva inibito alla banca il pagamento in favore del beneficiario delle somme assicurate. Qualche mese dopo la banca stessa veniva, però, convenuta dalla compagnia cipriota davanti all'autorità giudiziaria inglese, [...]: in quella sede, nell'assenza di contraddittorio con il debitore principale, veniva riconosciuta in via definitiva l'esistenza del diritto della parte attrice di ottenere dall'istituto di credito il pagamento della somma garantita, portata da quella stessa fideiussione della quale in Italia era inibito il pagamento. Nel frattempo, la compagnia di navigazione italiana instaurava davanti al giudice nazionale un procedimento di merito, a suo dire per salvaguardare il provvedimento d'urgenza; nel corso di tale giudizio, tuttavia, la società attrice falliva. La banca, volendo adempiere alla sentenza contro di lei pronunciata dal giudice inglese, ma pur sempre inibita al pagamento da una misura cautelare interna ancora efficace, decideva quindi di proporre istanza di revoca del provvedimento d'urgenza dinanzi al giudice investito della causa di merito, sostenendo che la condanna riportata all'estero sarebbe valsa ad integrare gli estremi del mutamento delle circostanze richiesto dall'art. 669-decies c.p.c. per la rimozione dell'inibitoria». La pronuncia è richiamata anche da E. Merlin, *La revoca e la modifica*, cit., 469, nota 24.

su richiesta del Procuratore Generale, quindi a prescindere da qualsiasi iniziativa delle parti del procedimento cautelare e dalla loro presenza attiva nel giudizio di cassazione che ne consegue. Proprio perché “extraprocessuale”, pare però corretto affermare che la pronuncia della Cassazione possa avere un’efficacia solo persuasiva e non rigidamente vincolante nei confronti del giudice cautelare⁶⁸⁰. Un addentellato normativo in tal senso sembra ora potersi ricavare anche dall’istituto del rinvio pregiudiziale di cui al nuovo art. 363-*bis* c.p.c.⁶⁸¹, ove è previsto che il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione abbia efficacia vincolante solo «nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti», sicché al di fuori di tale perimetro la pronuncia potrà avere efficacia di mero “precedente”⁶⁸² non vincolante.

Una simile soluzione avrebbe inoltre almeno due ulteriori corollari positivi. *In primis* nell’ambito del giudizio di legittimità nell’interesse della legge *ex* art. 363 c.p.c. la funzione nomofilattica potrebbe probabilmente tornare ad essere esercitata dalla Corte di Cassazione tenendo maggiormente conto della fattispecie concreta oggetto di causa ed in relazione al preciso perimetro delle sole questioni di diritto ivi sollevate, con contenimento del rischio (e della tentazione) delle «sentenze trattato», proprio in virtù delle possibili ricadute pratiche della pronuncia per le parti del procedimento cautelare. Ciò consentirebbe di stemperare le critiche mosse in dottrina all’istituto in parola in virtù della modificazione qualitativa della funzione nomofilattica che esso implica⁶⁸³. *In secundis*, l’attuazione in sede cautelare di una regolazione

⁶⁸⁰ In linea con quanto sostenuto dalla dottrina richiamata alla superiore nota 655.

⁶⁸¹ Come più ampiamente esposto al superiore paragrafo 3, l’istituto è stato disciplinato dal legislatore delegato all’art. 3, comma 27, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

⁶⁸² Non può qui essere affrontato l’ampio tema del precedente giurisprudenziale, per il quale si rinvia per alcuni essenziali chiarimenti a M. Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 111 ss.

⁶⁸³ Cfr. il superiore paragrafo 3, spec. note 486 e 487, nonché il paragrafo 10 alle note 660 e 661.

del conflitto maggiormente aderente agli interessi delle parti potrebbe avere ricadute sul piano deflattivo, in ordine alla proposizione o prosecuzione del giudizio di merito.

Come noto, revoca e modifica *ex art. 669-decies* c.p.c. sono applicabili solo ai provvedimenti positivi di concessione della misura cautelare e del provvedimento di modifica possono giovare sia la parte ricorrente che la parte resistente nel giudizio cautelare, sia sul piano quantitativo che qualitativo (ad esempio, l'attore già beneficiario della misura potrebbe chiedere «l'estensione del provvedimento a beni o comportamenti diversi da quelli già oggetto del primo provvedimento»)⁶⁸⁴. Gli argomenti esposti, tuttavia, sono estensibili anche al caso di provvedimento “negativo” di rigetto della domanda cautelare, laddove la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363* c.p.c. potrebbe legittimare la riproposizione della domanda *ex art. 669-septies* c.p.c. Infatti, i «mutamenti delle circostanze» di cui all'art. 669-septies c.p.c. coincidono con quelli di cui all'art. 669-decies c.p.c. e la bontà della conclusione è assicurata anche dalla maggiore ampiezza dei presupposti della riproposizione (concedibile anche in caso di deduzione di nuove ragioni di fatto o diritto) rispetto alla revoca/modifica⁶⁸⁵. Senz'altro, non deve sottacersi, che nel caso della riproposizione *ex art. 669-septies* c.p.c. la rilevanza pratica della soluzione proposta è anche inferiore, posto che il lungo tempo intercorrente tra il momento del rigetto della domanda cautelare e la pronuncia della Cassazione mal si concilia con le esigenze del *periculum in mora*.

⁶⁸⁴ Così E. Merlin, *La revoca e la modifica*, cit., 461.

⁶⁸⁵ Sul tema cfr. G. Tarzia – M. C. Giorgetti, *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare* a cura di G. Tarzia – A. Saletti, cit., 483 ss., spec. 492 ss. Sul rapporto tra gli istituti della riproposizione, della revoca, della modifica e del reclamo cautelare, anche in ordine alla precisazione secondo cui *de iure condito* i presupposti legittimanti rispettivamente riproposizione e revoca/modifica non coincidono, poiché il perimetro della riproposizione *ex art. 669-septies*, comma 1, c.p.c. è più ampio di quello di cui all'art. 66-decies, comma 1, cfr. C. Consolo, *Serpeggianti equivoci sui limiti alla riproponibilità delle istanze cautelari rigettate*, in *Corriere giur.* 2020, 100 ss.

Le riflessioni condotte vorrebbero non trascurare i rischi e problemi correlati al fenomeno della sommarizzazione delle forme processuali⁶⁸⁶, tendenza ricorrente e crescente, sotto il mantra dell'efficienza, di tutti i più recenti tentativi di riforma del processo civile italiano, incluso il più attuale⁶⁸⁷.

La soluzione proposta, invero, pare rassicurante, anche se considerata rispetto all'assetto attuale, proprio sul piano delle garanzie, con riguardo ad un modello processuale, quello cautelare uniforme, ampiamente garantista e che ha già dato ampia buona prova di sé nella prassi applicativa, proprio nella dialettica tra efficienza e garanzie⁶⁸⁸. Il descritto recupero di efficienza, in termini di mancata proposizione di giudizi di merito con correlato potenziale ricorso per cassazione solo rimandato, sarebbe qui raggiunto a valle di un procedimento pienamente garantista ed efficace, anche sul piano della qualità dell'accertamento. Sembra quindi avere portata recessiva, in un'ottica di bilanciamento di pregi e difetti dell'impostazione sostenuta, anche il problema, pur esistente, del potenziale aggravamento nell'immediato del carico dei procedimenti pendenti avanti la Corte di Cassazione, comunque, come si è già detto,

⁶⁸⁶ La letteratura sull'argomento è ampissima. Per recenti, pertinenti, contributi, si richiamano le Relazioni svolte alla XXXI giornata di studio della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* tenuta a Bologna il 17 dicembre 2019, pubblicate in M. Taruffo, *Parole introduttive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 431 ss.; P. Biavati, *Le recenti riforme e la complessità trascurata*, in *ivi*, 435 ss.; M. De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza garanzie*, in *ivi*, 481 ss. Per una recente analisi nella prospettiva dell'ordinamento giudiziario e forense, con particolare riguardo al ruolo della magistratura giudicante ed al dialogo – contrapposizione tra processo (civile) ed economia, cfr. G. Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1155. Si rinvia più ampiamente al superiore §1.4, sul tema dell'evoluzione dei modelli processuali nella direzione della sommarizzazione e sul processo «sotto l'incubo della ragionevole durata».

⁶⁸⁷ Ci si riferisce, nuovamente, al disegno riformistico, a più riprese richiamato, delineato dalla l. 26 novembre 2021, n. 26 ed attuato dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, per riferimenti al quale si rinvia al superiore § 3.3. Tale intervento riformatore ambisce al raggiungimento dell'obiettivo della riduzione del 40 per cento dei tempi della giustizia civile, fissato dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, p. 95, raggiungibile al [link https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf).

⁶⁸⁸ Cfr. nuovamente in argomento F. Cipriani, *Il processo cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., spec. 27 ss.

del tutto teorico e dimostrato come non effettivo, alla luce della perdurante marginalità dell'istituto di cui all'art. 363 c.p.c. nella prassi applicativa, probabilmente destinata a rimanere tale anche per il futuro quanto ai provvedimenti cautelari, rispetto ai quali, come rilevato dai primi commentatori, la funzione nomofilattica potrà probabilmente infine prioritariamente essere esercitata in forza dell'istituto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363bis c.p.c.*⁶⁸⁹

12. Riflessioni conclusive su tutela cautelare e Corti Supreme negli ordinamenti analizzati

La funzione pubblicistica, lato senso politica, delle Corti Supreme è nota e sempre più preminente, mentre lo studio delle Corti Supreme costituisce tema di indagine classico, quasi obbligatorio, negli studi di diritto processuale comparato. Questo il duplice ordine di premesse da cui hanno preso le mosse le riflessioni condotte nel presente capitolo.

Per tali motivi, nell'ambito di una ricerca, anche di diritto comparato, su sistematica e prospettive della tutela cautelare civile, con particolare attenzione alla sua funzione creativa e scardinante rispetto ai vincoli posti dal sistema positivo, è parso utile ed opportuno indagare nei sistemi oggetto di attenzione, ossia quello italiano e quello americano, con occhio sempre aperto sul sistema francese, costituente il paradigma di riferimento in tema di misure cautelari a strumentalità attenuata, il rapporto tra Corti Supreme e tutela cautelare. Rapporto studiato tanto in relazione ai poteri cautelari-interinali di tutela urgente di cui le Corti sono, direttamente o indirettamente, dotate, quanto nell'analisi del sistema dei controlli avverso le misure cautelari emesse dalle Corti inferiori.

Lo studio dei poteri cautelari della Corte Suprema degli Stati Uniti ha consentito di trarre utili indicazioni, sia sullo stato e sulle prospettive della Corte e in generale della giurisdizione federale in quell'ordinamento, sia in chiave comparatistica rispetto al modello italiano. Chiarita

⁶⁸⁹ Cfr. A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in www.judicium.it, 21 dicembre 2022; A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in www.judicium.it, 27 dicembre 2022.

e data per presupposta la natura politica della *Supreme Court*, è emerso come essa sia dotata di ampi poteri di tutela urgente, esercitabili secondo almeno quattro diversi canali: la previsione di cui al §1253 dello U.S. Code, sull'appellabilità delle «interlocutory or permanent injunction» emesse in una causa che, secondo un atto del Congresso, debba essere decisa da un collegio di una corte distrettuale composto da tre giudici; la previsione del §1254 dello U.S. Code, che consente alla Corte di emettere il *writ of certiorari* già nel momento in cui la causa sia approdata (ma non ancora decisa) in grado di appello; l'*All writs Act*, in base al quale è stata ritenuta ammissibile l'emanazione del *writ of injunction*; infine, e soprattutto, la previsione di cui al § 2101(f) dello U.S. Code, in forza della quale la Corte, nell'ambito del giudizio di impugnazione delle misure cautelari emesse (o negate) dai giudici inferiori può emettere i cc.dd. *emergency stays*, ossia veri e propri provvedimenti d'urgenza. Come evidenziato, il crescente ricorso da parte della Corte Suprema ai propri poteri di tutela urgente, prevalentemente mediante emanazione di *emergency stays* e spesso, soprattutto nella prassi più recente, dietro sollecitazione del *Solicitor General*, conduce a patologiche, o quantomeno preoccupanti, conseguenze circa la natura politica delle decisioni attuate dalla Corte. Tantopiù che la repentina verticalizzazione della giurisdizione federale per tal via impressa avviene tramite i poteri, procedurali e decisionali, di cui alla c.d. *shadow docket*, ossia in un contesto processuale sommario e deformalizzato in cui l'esercizio della potestà giurisdizionale non è circondato da idonee tutele procedurali⁶⁹⁰.

Tali considerazioni, in uno con quanto desumibile dal raffronto, più sinteticamente condotto, con il modello francese e l'istituto del *référé*, hanno tuttavia consentito di desumere come sia isolata e non giustificata la sostanziale ritrosia del sistema italiano rispetto alla possibilità che le Corti superiori emettano misure cautelari o possano conoscerne in sede di impugnazione, tantopiù che proprio i due richiamati sistemi stranieri rivelano come non vi sia incompatibilità strutturale tra provvisorietà degli effetti del provvedimento e cognizione della Corti Supreme.

⁶⁹⁰ Si richiama quello che, a quanto consta, risulta ad oggi il più completo e significativo contributo sul tema, ossia S.I. Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, cit.

L'indagine sul rapporto tra Corti Supreme italiane e tutela cautelare, infatti, aveva preso l'abbrivio dall'esistenza di una situazione apparentemente contraddittoria tra uno *status quo* in cui il ruolo di tali Corti rispetto alla tutela urgente è del tutto marginale ed una prospettiva, incoraggiata dal legislatore e da alcune recenti pronunce, volta invece al superamento di tale condizione.

Quanto alla Corte costituzionale, si è sottolineato che risale ai suoi albori ed è tutt'ora in auge il dibattito sulla sua natura giurisdizionale o politica e quindi sull'esistenza o meno di un processo costituzionale e di un diritto processuale costituzionale. Di recente la Consulta ha mostrato di voler superare la prudenza (*rectius* inerzia) tradizionalmente dimostrata rispetto all'esercizio dei propri poteri di tutela urgente, allorquando con ordinanza Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4, ha applicato per la prima volta il rimedio previsto sin dall'anno 2003 dall'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87. Dall'appurata natura cautelare del rimedio si è desunta la possibilità di una sua applicazione estensiva o analogica, al fine soprattutto di prevenire la creazione di zone franche dell'ordinamento sottratte al giudizio di costituzionalità, rischio ineludibile in caso di applicazione piana al caso delle cc.dd. tutele ad effetti materiali irreversibili della soluzione, comunque valida e giustamente sostenuta da giurisprudenza e dottrina prevalenti, a sostegno della possibilità che il giudice *a quo* possa deliberare in sede cautelare la fondatezza della questione di costituzionalità di una legge in via incidentale da lui sollevata, così procedendo *ex art.* 700 c.p.c. alla disapplicazione della norma sospetta di incostituzionalità in attesa dell'intervento della Consulta. La soluzione qui prospettata enfatizza il rischio che il baricentro della Corte costituzionale possa oscillare verso la sua anima politica, a discapito di quella giurisdizionale, e pertanto deve essere applicata con la dovuta cautela.

Quanto alla Corte di Cassazione, si è visto come essa non sia dotata di poteri cautelari suoi propri né ordinariamente coinvolta nel regime dei controlli delle misure cautelari civili. Si è altresì notato come, se da un lato nella contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* il costante afflato legislativo miri nella direzione del rafforzamento del secondo, dall'altro lato è opportuno che l'esercizio della funzione nomofilattica, o il suo rafforzamento, di per sé auspicabili o comunque non deprecabili, non avvengano in maniera completamente avulsa e

disancorata dalla fattispecie concreta oggetto di controversia e dal preciso perimetro delle questioni di diritto ivi insorte.

De iure condito si è quindi espressa adesione alla tesi secondo cui la (rara) pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c* su ricorso per cassazione avverso un provvedimento cautelare, quindi inammissibile, dovrebbe poter essere invocata nel procedimento cautelare e consentire di chiedere al giudice di merito la revoca o modifica del provvedimento cautelare stesso *ex art. 669-decies c.p.c.*, ovvero consentire la riproposizione della domanda cautelare *ex art. 669-septies c.p.c.*

Ciò, al fine di consentire l'esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari ed un più pieno sfruttamento delle potenzialità del modello cautelare di tutela dei diritti, imperniato sulle misure cautelari a strumentalità attenuata, come noto già oggi idonee a stabilizzarsi provvisoriamente in via di fatto sul piano degli effetti, seppur non suscettibili di passare in giudicato.

Conclusivamente, collocando le riflessioni in un contesto in cui il dibattito sul processo è caratterizzato dal «brutale»⁶⁹¹ confronto – conflitto tra efficienza e garanzie, gli elementi desumibili dal raffronto comparatistico consentono di trarre argomenti a sostegno del superamento della tradizionale marginalità che caratterizza la potestà cautelare, lato senso considerata, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. Sarebbero così presidiate meritevoli esigenze pubblicistiche di certezza del diritto e coerenza dell'ordinamento, senza ragionevolmente che ciò esponga il sistema a rischi di deviazione patologica, come avviene nel sistema americano, grazie al sistema di pesi e contrappesi in cui le Corti Supreme italiane sono inserite ed alla natura non politica del giudice italiano.

⁶⁹¹ L'aggettivo, ancora validissimo, è impiegato da G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 252.

CONCLUSIONI

Nell'accingersi a sintetizzare i principali risultati dell'indagine condotta, pare utile premettere e ribadire nuovamente che qualsiasi elemento di tendenza e convergenza nello studio comparatistico dei diversi modelli processuali non può che essere individuato in una prospettiva dinamica, che tenga conto delle divergenze storiche e sistematiche di partenza⁶⁹².

Ciò posto, dallo studio della tutela cautelare nel sistema processuale civile degli Stati Uniti, è emerso come, pur nella distanza dei punti storici e sistematici di partenza (da ricercarsi nella tradizione dell'*equity* nel caso statunitense), il concreto atteggiarsi delle misure cautelari americane presenti non poche analogie con il sistema italiano e, più in generale, con le caratteristiche delle misure provvisorie nei sistemi occidentali.

Infatti, i presupposti per la concessione di *Temporary restraining orders (TROs)* e *preliminary injunctions* poggiano fondamentalmente sulla necessità di prevenire il pericolo di pregiudizio imminente e irreparabile al diritto cautelando e sulla probabile fondatezza della domanda. I provvedimenti cautelari mirano ad una regolazione provvisoria del conflitto improntata a canoni equitativi, anche con funzione deflattiva rispetto al giudizio di merito. I principi in materia di prova subiscono una significativa ricalibrazione, in conseguenza dell'applicazione della tecnica del bilanciamento degli interessi delle parti. La discrezionalità giudiziale è irrinunciabile, seppur bisognosa di sempre nuovi criteri orientativi⁶⁹³. Il sistema presenta proprietà che consentono di qualificarlo come totalmente atipico e incentrato su misure a efficacia potenzialmente indefinitamente protratta. Ribadendo quanto si è già detto, anche alla

⁶⁹² Secondo l'insegnamento, per tutti, di G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 241.

⁶⁹³ Necessità di prevenire un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto soggettivo, apparenza del diritto, verosimiglianza (sul piano della prova), propensione funzionale a stabilire la «pace giuridica», irrinunciabilità della discrezionalità giudiziale e necessità di suoi canoni orientatori: sono caratteristiche trasversali delle misure provvisorie già enunciate, a valle di un'indagine sui principali ordinamenti europei, da G. Tarzia, *op. ult. cit.*, *passim*.

luce di quanto desumibile da altri modelli di riferimento, primo per tutti il *référé* francese, sembrerebbe confermato come i sistemi giuridici occidentali, cercando ciascuno tra gli strumenti a propria disposizione in conseguenza della propria evoluzione storica, finiscano con il rispondere alla domanda di tutela urgente con modalità tendenzialmente convergenti.

Ciò conferma l'utilità dello studio comparatistico delle misure cautelari (e di quelle statunitensi in particolare), sia per comprendere e ricercare soluzioni a problemi caratteristici o trasversali ai singoli sistemi che per delineare un terreno comune nel contenzioso transnazionale e nella regolazione transnazionale della materia⁶⁹⁴.

Guardando nuovamente al modello italiano, siffatte considerazioni confortano in ordine alla bontà delle conclusioni raggiunte dalla dottrina, ma ancor prima in definitiva dal legislatore, sull'opportunità di conservare nel nostro sistema la tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c., nell'ambito di un equilibrio sempre precario e necessitante nuovi affinamenti, eppur costituente una soluzione tutt'oggi valida e ottimale, anche alla luce del raffronto comparatistico, a tutela dell'atipicità del diritto di azione e della salvaguardia del principio di effettività del processo di cui all'art. 24 Cost.

Ad un orizzonte più ampio, nel sistema americano il dibattito sulle *preliminary injunctions* rivela contrapposte concezioni della funzione del processo, tra concezione privatistica e pubblicistica, ossia tra «*conflict resolution model*» (o «*arbitration model*») e «*behavior modification model*» (o «*regulation model*»). Anche qui, come nel sistema italiano, la tutela cautelare finisce con lo svolgere un ruolo di riallineamento del sistema (processuale e sostanziale) ai dettami della Costituzione, per effetto di un fenomeno di creazione giurisprudenziale del diritto che è connaturato ai sistemi di *common law*⁶⁹⁵ ma ormai ritenuto fisiologico, nell'epoca della post-modernità, se esercitato entro determinati limiti, anche in

⁶⁹⁴ Tali conclusioni sembrano coerenti con l'impostazione di M. Taruffo, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, cit., 95 – 96.

⁶⁹⁵ Cfr. M. Taruffo, *op. cit.*, 195 ss.

quelli di *civil law*⁶⁹⁶: paradigmatica, in tal senso, la nozione coniata dalla dottrina americana di «*structural injunction*»⁶⁹⁷.

In tale contesto, risulta confermata l'inclinazione tipica dell'*injunction* americana, anche rispetto a quella inglese, a prestarsi a strumentalizzazioni di natura schiettamente politica: la recente prassi ascendente delle cc.dd. *Nationwide injunctions* è significativa ed emblema di una accentuata politicizzazione del processo (cautelare ma non solo) che al contempo preoccupa e tranquillizza. Preoccupa perché il processo è l'ultimo argine del sistema democratico. Tranquillizza poiché esso è probabilmente il miglior strumento per ricondurre tali tensioni a sistema.

Quanto al rapporto tra Corti Supreme e tutela cautelare, incominciando dalla *Supreme Court* americana e dalla sua indubbia anima lato senso politica, si è ricostruito come essa sia dotata di ampi poteri di tutela urgente, esercitabili secondo almeno quattro diversi canali: la previsione di cui al §1253 dello U.S. Code, sull'appellabilità delle «*interlocutory or permanent injunction*» emesse in una causa che, secondo un atto del Congresso, debba essere decisa da un collegio di una corte distrettuale composto da tre giudici; la previsione del §1254 dello U.S. Code, che consente alla Corte di emettere il *writ of certiorari* già nel momento in cui la causa sia approdata (ma non ancora decisa) in grado di appello; l'*All writs Act*, in base al quale è stata ritenuta ammissibile l'emanazione del *writ of injunction*; infine, e soprattutto, la previsione di cui al § 2101(f) dello U.S. Code, in forza della quale la Corte, nell'ambito del giudizio di impugnazione delle misure cautelari emesse (o negate) dai giudici inferiori può emettere i cc.dd. *emergency stays*, ossia veri e propri provvedimenti d'urgenza. Il ricorso sempre più frequente a tali istituti, tramite il procedimento sommario e deformalizzato di cui alla c.d. *shadow docket*,

⁶⁹⁶ Si richiama nuovamente P. Grossi, *La "invenzione" del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit., 831 ss., anche in Id., *L'invenzione del diritto*, cit., 2017, 114 ss.; Id., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., 1 ss., ora anche in Id., *Oltre la legalità*, cit., 99 ss.

⁶⁹⁷ Cfr. O. Fiss, *The civil rights injunction*, cit., *passim*.

determina una repentina verticalizzazione della giurisdizione federale, con accresciuto rischio di strumentalizzazione politica, visto anche il ruolo di stimolo riservato al *Solicitor General*.

L'analisi, condotta considerando in parallelo, seppur sinteticamente, anche il modello francese, ha consentito di desumere come non vi sia incompatibilità strutturale tra provvisorietà degli effetti del provvedimento e cognizione della Corti Supreme.

Quanto alla Corte costituzionale, si è quindi giunti a sostenere che il potere interinale previsto nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale dall'art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87, esercitato per la prima volta con ordinanza Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4, abbia natura cautelare in senso stretto. Ciò da cui si è desunta la possibilità di una applicazione estensiva o analogica della norma, al fine soprattutto di prevenire la creazione di zone franche dell'ordinamento sottratte al giudizio di costituzionalità, rischio ineludibile in caso di applicazione piana al caso delle cc.dd. tutele ad effetti materiali irreversibili della soluzione, comunque valida e giustamente sostenuta da giurisprudenza e dottrina prevalenti, a sostegno della possibilità che il giudice *a quo* possa deliberare in sede cautelare la fondatezza della questione di costituzionalità di una legge in via incidentale da lui sollevata, così procedendo *ex art. 700 c.p.c.* alla disapplicazione della norma sospetta di incostituzionalità in attesa dell'intervento della Consulta.

Quanto alla Corte di Cassazione *de iure condito* ha espresso adesione alla tesi secondo cui la (rara) pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* su ricorso per cassazione avverso un provvedimento cautelare, quindi inammissibile, dovrebbe poter essere invocata nel procedimento cautelare e consentire di chiedere al giudice di merito la revoca o modifica del provvedimento cautelare stesso *ex art. 669-decies c.p.c.*, ovvero consentire la riproposizione della domanda cautelare *ex art. 669-septies c.p.c.*

Ciò, al fine di consentire l'esercizio della funzione nomofilattica in relazione ai provvedimenti cautelari ed un più pieno sfruttamento delle potenzialità del modello cautelare di tutela dei diritti, imperniato sulle misure cautelari a strumentalità attenuata, idonee a stabilizzarsi provvisoriamente in via di fatto sul piano degli effetti, seppur non suscettibili di passare in

giudicato, ai sensi dell'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., con innegabili deflattivi, ma a valle di un procedimento pienamente garantistico come quello cautelare.

Conclusivamente, in un contesto in cui il dibattito sul processo è caratterizzato dal «brutale»⁶⁹⁸ confronto – conflitto tra efficienza e garanzie, gli elementi desumibili dal raffronto comparatistico consentono di trarre argomenti a sostegno del superamento della tradizionale marginalità che caratterizza la potestà cautelare, lato senso considerata, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. Sarebbero così presidiate meritevoli esigenze pubblicistiche di certezza del diritto e coerenza dell'ordinamento, senza ragionevolmente che ciò esponga il sistema a rischi di deviazione patologica, come avviene nel sistema americano, grazie al sistema di pesi e contrappesi in cui le Corti Supreme italiane sono inserite ed alla natura non politica del giudice italiano.

⁶⁹⁸ L'aggettivo è impiegato da G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 252.

BIBLIOGRAFIA

- Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *www.costituzionalismo.it* 2021, fasc. 1, spec. 30
- Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1936, I, 18 ss.
- Alogna – Bakker – Gauci, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leiden – Boston 2021
- Alpa – Conte G. (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano 2015
- Alpa, *Il futuro di Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e Impr.* 2016, 3, 597 ss.
- Alpa, *La creatività della giurisprudenza*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 1, Napoli 2001, 6 ss.
- Alpa, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, in *La Nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova 2017, 108 ss.
- Amdur – Hausman, *Nationwide Injunctions and Nationwide Harm*, in 131 *Harv. L. Rev. F.* 49 (2017)
- Amoroso, *Commento all'art. 374 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, a cura di A. Briguglio – B. Capponi, III, I, Padova 2009, 195 ss.
- Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964
- Andrioli, *La giustizia costituzionale ed i principi del diritto processuale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1950, 27 ss., ora anche in Id., *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano 1992, 3 ss., spec. 11 ss.
- Anenson, *Treating Equity Like Law: A Post-Merger Justification of Unclean Hands*, in 45 *Am. Bus. L.J.* 455 (2008)
- Anzon, *Le potestà legislative dello Stato e delle regioni*, Torino 2005
- Apicella, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello 1948
- Aravantinou, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, in *Nomos* 2018, II, 16 ss.
- Arieta – De Santis (a cura di), *Corso base di diritto processuale civile*, VII. Ed., Padova 2019

- Arieta – Gasperini, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l.*, in *Corr. giur.* 2005, 267 ss.
- Arieta, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1985
- Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991
- Aversano, *Tutela d’urgenza e ambito d’intervento della Corte*, in F. Buffa – M. G. Civinini, (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it, aprile 2019, 370 ss.
- Balbi, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino 1997
- Balena, *La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”*, in G. Balena – M. Bove a cura di, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 334 ss.
- Barak, *A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy*, in 116 *Harv. L. Rev.* 19 (2002)
- Barile – Cheli – Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982
- Barsotti – Varano, *La traduzione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law*, I, VII Ed., Torino 2021
- Barsotti, *L’arte di tacere: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999
- Barnas, *Can and Should Universal Injunctions Be Saved*, in 72 *Vand. L. Rev.* 1675 (2019)
- Basilico, *Mero accertamento di diritti fondamentali e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 34 ss.
- Baude, *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in 9 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 1 (2015)
- Bentham, *A fragment on government: being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone’s commentaries / with a preface, in which is given a critique of the work at large*, Dublino 1976
- Benvenuti – Gabbrielli – Nucci – Piergiovanni, *Il cosiddetto “metodo Stamina”: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2014, 431 ss.

- Biavati, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 1209 ss.
- Biavati, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 45 ss.
- Biavati, *Le recenti riforme e la complessità trascurata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 435 ss.
- Biavati, *Processo civile e pandemia: che cosa passa e che cosa rimane*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 133 ss.
- Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II Ed., Yale (New Heaven) 1986
- Bin, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in www.forumcostituzionale.it 2017
- Biondi, *Quale dialogo tra Corti?*, in *Federalismi* 2019, 18 ss.
- Bizzari, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *Federalismi* 2022, fasc. 12, 1 ss.
- Blackman, *Gridlock*, in 130 *Harv. L. Rev.* 241 (2016)
- Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993
- Bobek, *Quantity or Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe*, in *EUI LAW* 2007, fasc. 36
- Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 3, 102 ss.
- Bonato, *I référés nell'ordinamento francese*, in, *La tutela sommaria in Europa*, a cura di A. Carratta Napoli 2012, 35 ss.
- Bookman, *The Unsung Virtues of Global Forum Shopping*, in 92 *Notre Dame L. Rev.* 579 (2016)
- Borghesi, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna 2007, 78 ss.
- Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Indiana L. J.* 1 (1971)
- Borrè, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 141 ss.;

- Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, in 131 *Harv. L. Rev.* 418 (2017)
- Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, in 68 *Vand. L. Rev.* 997 (2015)
- Bray, *The System Of Equitable Remedies*, in 63 *UCLA L. Rev.* 530 (2016)
- Briguglio, *Appunti sulle Sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 16 ss.
- Briguglio, *Commento all'art. 363*, in *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, a cura di A. Briguglio – B. Capponi, III, I, Padova 2009, 110 ss.
- Briguglio, *Fumus, periculum ed altro ai tempi della strumentalità attenuata*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 793 ss.
- Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in www.judicium.it, 21 dicembre 2022
- Brooks –Schwartz, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, in 58 *Stan. L. Rev.* 381, 382 – 383 (2005)
- Bucolo, *La sospensione dell'esecuzione*, 1, *La sospensione in generale*, Milano 1972
- Buffoni, *La "validità" della legge scientifica nel "caso" stamina*, in *Giur. cost.* 2015, 1549 ss.
- Buoncristiani, *Sistema dei «référé»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 514 ss.
- Burbank, *The Bitter with the Sweet: Tradition, History, and Limitations on Federal Judicial Power-A Case Study*, in 75 *Notre Dame L. Rev.* 1291 (2000)
- Buzzi – Tassi, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della "governance" amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2014, 415 ss.
- Bybee, *All judges are political – Except when they are not: Acceptable hypocrisies and the rule of law*, Stanford 2010.
- Cacace, *A proposito di scienza e diritto: il "caso Stamina" (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2016, 109 ss.
- Calabresi – Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972)
- Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale (NH) 1970

- Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, 105 ss.
- Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936
- Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, ripubblicato in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli 1968, III, *Diritto e processo costituzionale*, ora ripubblicato da Roma TrE-Press, al <https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-III-%E2%80%93-Diritto-e-processo-costituzionale.pdf>,
- Calamandrei, *La Cassazione civile*, Milano – Torino – Roma 1920, voll. I e II, ora in Id., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Napoli 1965, ripubblicata in *open access* da RomaTrE-Press 2019, reperibili ai seguenti link <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-VI-%E2%80%93-La-Cassazione-civile-parte-prima.pdf>; <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche-%E2%80%93-Volume-VII-%E2%80%93-La-Cassazione-civile-parte-seconda.pdf>.
- Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, I, 598 ss.
- Calamandrei, *Opere Giuridiche*, Vol. 1, *Problemi generali del diritto e del processo*, Ristampa anastatica, Roma 2019
- Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 151 ss.
- Canzio, *La riforma del giudizio di Cassazione. Una introduzione*, in *La Nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova 2017, 1 ss.
- Caponi, “*Doing Business*” as a Purpose of Civil Justice? *The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study*, in (a cura di) C. Althammer – H. Roth, *Instrumentalisierung von Zivilprozessen*, Tubinga 2018, 79 ss.
- Caponi, “*Doing Business*” come scopo del processo civile?, in *Foro It.*, 2015, V, 10 ss.
- Caponi, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1250 ss.
- Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1442 ss.
- Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna 1994
- Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano 1984
- Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis 1971

- Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957
- Capponi, *è opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in www.giustiziainsieme.it, 19 giugno 2021
- Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; in *Giur. it.* 1994, I, 1, c. 409 ss.
- Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, in www.judicium.it, 24 ottobre 2019
- Capponi, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 925 ss.
- Capponi, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Il processo* 2020, 405 ss.
- Capponi, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in www.judicium.it, 6 luglio 2022
- Capponi, *Postilla*, www.judicium.it, 15 novembre 2019
- Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova 2006
- Carmellino, *La tutela urgente dei nuovi diritti*, Torino 2020
- Carnelutti, *Diritto e processo*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Napoli 1958, 363 ss.
- Carnelutti, *Lineamenti di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1929, I, 3
- Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936
- Carnelutti, *Studi di diritto processuale*, Padova 1939, IV
- Carnelutti, *Torniamo al «giudizio»?*, in *Riv. dir. proc.* 1949, 165 ss.
- Carpi, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1265
- Carpi, *I provvedimenti provvisori: controversie transazionali e prospettive di armonizzazione*, in *Speciale Doc. Giust.* 1, febbraio 1996, c. 171 ss.
- Carpi, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 647 ss.
- Carratta, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020 449 ss.

- Carratta, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 1105 ss.
- Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997
- Carrol, *A history of corporate social responsibility: Concepts and practices*, in A. Crane – A. McWilliams – D. Matten – J. Moon – D. S. Siegel, *The Oxford handbook of corporate social responsibility*, Oxford 2008, 19 ss.
- Carroll, *Three-dimensional conceptual model of corporate performance?*, in *Academy of Management Review*, 1979, 4, 497 ss.,
- Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, Bologna 2020
- Cass, *Nationwide Injunctions' Governance Problems: Forum Shopping, Politicizing Courts, and Eroding Constitutional Structure*, in *27 Geo. Mason L. Rev.* 29 (2019)
- Cavallini, *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 161 ss.
- Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 981 ss.
- Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1 ss.
- Cavallone, *Les mesures provisoires et les règles de preuve*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, a cura di J. V. Compernelle – G. Tarzia, Bruxelles 1998
- Cecchella, *Il procedimento cautelare: commentario*, Torino 1997, 203
- Cecchella, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell'emergenza epidemiologica*, in www.questionegiustizia.it
- Cerri, *Corte e processo costituzionale*, in *Foro it.* 2006, V, 177 ss.
- Cerri, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.* 2006, 2444
- Chafee Jr., *Foreword*, in AA. VV. (a cura di) Z. Chafee Jr, *Selected essays on equity*, New York 1955
- Chase – Varano, *Comparative civil justice*, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, a cura di M. Bussani – U. Mattei, Cambridge 2012, 214 ss.
- Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *89 Harv. L. Rev.* 1281, 1298 (1976)

- Chemerinsky, *Aspen Student Treatise for Constitutional Law: Principles and Policies*, V Ed., New York 2015
- Chemerinsky, *In Defense of Judicial Supremacy*, in 58 *Wm. & Mary L.Rev.* 1459 (2017)
- Chemerinsky, *The case against the Supreme Court*, Londra 2014
- Chemerinsky, *The Court should not let politically divided times affect its choices and decisions*, in 61 *Wm. & Mary L. Rev.* 971 (2020)
- Chemerinsky, *The New Supreme Court*, in *Calif. L. Rev. Online* (gennaio 2021), <https://www.californialawreview.org/the-new-supreme-court>.
- Chemerinsky, *Trump, the Court, and Constitutional Law*, in 93 *Ind. L.J.* 73 (2018);
- Chemerinsky, *We the People: A progressive reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York 2018, 27 ss.
- Chemersinsky, *The vanishing Constitution*, in 103 *Harv. L. Rev.* 43 (1989)
- Chiarloni – Besso (a cura di), *Problemi e prospettive delle Corti Supreme: esperienze a confronto*, Napoli 2012
- Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, in Id., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995, 6 ss.
- Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1 ss.
- Chiarloni, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.* 2003, 817 ss.
- Chiarloni, *Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione*, in *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, a cura di C. Besso – S. Chiarloni, Napoli 2012, 19 ss.
- Chieffi, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it* 2017, VII, 2 ss.
- Chieffi, *Tutela cautelare e diritti «di rilievo costituzionale» (aspetti problematici)*, in *Giur. cost.* 1986, I, 2580 ss.
- Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli 1953
- Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935, II Ed., I
- Cicconetti, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino 2019, VI Ed.
- Cipriani, *Il controllo giudiziario degli atti societari*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 69 ss.
- Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.* 2006, 1 ss.

- Cipriani, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.* 2002, V, 24 ss.
- Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 445 ss.
- Cipriani, *La scomparsa di Carlo Lessona e “La Cassazione” di Piero Calamandrei (Le acrobatiche piroette di uno scolaro che non dimentica)*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 3 ss.
- Cipriani, *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione*, in *Foro it.* 1999, I, c. 1887
- Cipriani, *Piero Calamandrei, la Relazione al Re e l’apostolato di Chiovena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 749 ss.
- Cipriani, *Scritti in onore dei Patres*, Milano 2006
- Clopton, *National Injunctions and Preclusion*, in 118 *Mich. L. Rev.* 1 (2019)
- Comoglio – Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 963 ss
- Comoglio L. P., *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell’Unione Europea*, in *Foro it.* 1994, V, 153 ss.
- Comoglio P., *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino 2018
- Coniglio, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano 1951, 319 ss.
- Consolo, *Dopo la Consulta la Cassazione chiude sulla vecchia legge elettorale, ma quanto davvero? (nota a Cass. civ., Sez. I, 6 aprile 2014, n. 8878)*, *Corriere. giur.* 2014, 1553 ss.
- Consolo, *è davvero sempre grave e irreparabile – ex art. 373 c.p.c. – il danno conseguente al rilascio forzato di un immobile (o di un fondo) adibito ad attività d’impresa?*, in *Giur. it.* 1986, I, 2, 175 ss.
- Consolo, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.* 1994, I 1, 353
- Consolo, *Il nuovo Codice di procedura civile*, in *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile*, a cura di G. Alpa – S. Calamandrei – F. Marullo di Condojanni, Bologna 2019, 229 ss.
- Consolo, *Il nuovo processo cautelare: problemi e casi*. Torino 1998
- Consolo, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata*; in *Corriere giur.* 1994, 948 ss.

- Consolo, in C. Consolo – F. P. Luiso – B. Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 1991, *sub art.* 74 (669bis), 468
- Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in *Corriere giur.* 2014, 7 ss.
- Consolo, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine, "disambiguato"?)*, in *La Nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, 49 ss.
- Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006
- Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2008
- Consolo, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, 1518 ss.
- Consolo, *Note sul potere di revoca fra diritto e processo*, in *Corr. giur.* 2005, 272 ss.
- Consolo, *Serpeggianti equivoci sui limiti alla riproponibilità delle istanze cautelari rigettate*, in *Corriere giur.* 2020, 100 ss.
- Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2012, 209
- Consolo, *Sub art. 669 undecies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo – F. P. Luiso, II, III Ed., Milano 2007
- Conte G., *L'impresa responsabile*, Milano 2018
- Conte R., *Dei provvedimenti d'urgenza*, in *Codice di procedura civile commentato*, (a cura di) C. Consolo, V Ed., Milano 2013, III, 751 ss.
- Conte R., *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 216 ss.
- Conte R., *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 213 ss.
- Conzutti, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 1, 251 ss.
- Copeland, *Seeing Beyond Courts: The Political Context of the Nationwide Injunction*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 789 (2020)
- Corea, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in www.judicium.it, 11 maggio 2020
- Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002
- Costantino – Carratta – Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in www.questionegiustizia.it.

- Costanzo, *In cosa consiste la politicITÀ delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. Romboli, Torino 2017, 59 ss
- Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?*, in *Le Regioni 2021*, fasc. 3
- Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984
- D'Amico G., *"Funziona! non vi basta?" A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina*, in *Rivista di Biodiritto* 2016, fasc. 1
- D'Amico G., *Caso "Stamina": la lotta per la "salute"*, in *Quad. cost.* 2015, 157 ss.
- D'Amico J. V., *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli 2018
- D'Amico J. V., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, in *Giusto proc. civ.* 2007, 875 ss.
- D'Amico J. V., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte seconda)*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 253 ss.
- D'Amico M., *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.* 1990, 480 ss.
- D'Elia, *Il "ricorso Onida" e la chiarezza del quesito referendario «avuto riguardo all'elettore medio»*, in www.LexItalia.it, 14 novembre 2016
- D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova 2020
- Dagostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in www.giustiziansieme.it, 4 dicembre 2020
- Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *6 J. Pub. L.* 279 (1957)
- Dalmotto, *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 267 ss.
- Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna 1991
- Damaška, *Truth in Adjudication*, in *49 Hastings L.J.* 289 (1998)
- Dan-Cohen, *Bureaucratic Organizations and the Theory of Adjudication*, in *85 Colum. L. Rev.* 1 (1985)
- Dangel, *Contempt*, Boston 1939

- De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 481 ss.
- De Cristofaro, *Sub art. 363 in Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, II, V Ed., 914 ss.
- De Santis, *La (ir)ragionevole durata del processo di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 52 ss.
- De Tocqueville, *La democrazia in America*, (a cura) di G. Candeloro, VII Ed., Milano 2007
- Delle Donne, *Riflessioni sulla tutela “anticipatoria” d’urgenza nell’esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, in *www.judicium.it*, 16 dicembre 2013
- Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution As a Sword*, in 85 *Harv. L. Rev.* 1532 (1972)
- Denlow, *The motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 *Rev. Litig.* 495, 499-500 (2003)
- Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 336 ss.
- Denti, *Le azioni di tutela degli interessi collettivi*, in *Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova 1976
- Denti, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Milano 1948, 29
- Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l’efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi* 2021, 4, 118 ss.
- Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento* 2022, 1251 ss.
- Dini – Mammone, *I provvedimenti d’urgenza nel diritto civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1993, 321 ss.
- Dini – Mammone, *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1997, VII Ed.
- Dini, *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile*, Milano 1973, IV Ed.
- Dittrich (diretto da), *Diritto processuale civile*, Milano 2019
- Dittrich, *Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare* a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, 247 ss.

- Dittrich, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 589 ss.
- Dittrich, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 108 ss.
- Dobbs – Roberts, *Law of remedies: damages, equity, restitution*, III Ed., St. Paul (MN) 2018
- Dobbs, *Contempt of Court, a Survey*, in 56, *Cornell L. Rev.*, 183 (1970 – 1971)
- Dondi – Ansanelli – Comoglio, *Processi civili in evoluzione: Una prospettiva comparata*, Padova 2018, II Ed.
- Dondi – Comoglio P., *Le Corti Supreme civili nell'esperienza comparatistica*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, Milano 2018, 291 ss.
- Dondi *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di risorsa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161 ss.
- Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Milano 1985
- Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I: Il modello statunitense*. Padova 1991.
- Dondi, *L'evoluzione della "hearsay rule" nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 97 ss.
- Dondi, *L'evoluzione della "hearsay rule" nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 223 ss.
- Dondi, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. Una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 927 ss.
- Dondi, *Qualche cenno in tema di abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 1 ss.
- Dondi, voce *Abuso del processo civile*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano 2010, 1 ss.
- Dorr – Traphagen, *Federal Ex Parte Temporary Relief*, in 61 *Denv. L.J.* 767 (1984)
- Dudley Jr., *Getting Beyond the Civil/Criminal Distinction: A New Approach to the Regulation of Indirect Contempts*, in 79 *Va. L. Rev.* 1025, 1049 (1993)
- E. Lamarque, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021
- Elia, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 98 ss.

- Elliott, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *U. Chi. L. Rev.* 306 (1986)
- Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 *Fordham L. Rev.* 2131 (2018)
- Epstein –Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford 2005
- F. Biondi, *Il processo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4 ss.
- Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nell’ambito della crisi d’impresa*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 849 ss.
- Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 197 ss.
- Falcon, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano in Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003
- Faletta, *Controlli e responsabilità dei “social network” sui discorsi d’odio “online”*, in *Rivista di diritto dei media* 2020, 146 ss.
- Fanti, *Sulla revoca cautelare di amministratore di cooperativa e sui profili di applicabilità dell’art. 2476 c.c.*, in *Società* 2020, 836 ss.
- Farber – Siegel, *United States Constitutional Law*, I ed., St. Paul (MN) 2019, 17
- Farhang, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U. S.*, Princeton (NJ) 2010
- Felloni, *Natura, anticipatoria o conservativa, della sospensione della deliberazione assembleare*, in *GiustiziaCivile.com*, 2022
- Ferrarese, *L’istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli 1984
- Ferrari, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di “cure compassionevoli”*, in *Resp.* 2014, 1019 ss.
- Finocchiaro, *I provvedimenti cautelari nel giudizio prefallimentare*, in *Fallimento* 2018, 915 ss.
- Finocchiaro, *Inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso i provvedimenti emanati in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. nel corso del procedimento cautelare*, in *Giust. Civ.* 1995, 1859 ss.
- Finocchiaro, *L’equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova 2001

- Finocchiaro, *Otto principi di diritto che vanno a incidere su certezze consolidate*, in *Guida al Diritto*, 2020, 3, 38 ss.
- Finocchiaro, *Sul nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 873 ss.
- Finocchiaro, voce *Equità (giudizio di)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, vol. IV, Torino, 2007, 496 ss.
- Finzi, *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*, in *Riv. dir. civ.* 1926, II, 50 ss.
- Fisher, *Understanding remedies*, IV Ed., Durham (NC) 2021
- Fiss – Rendleman, *Injunctions*, II Ed., Mineola (NY) 1984
- Fiss, *The civil rights injunction*, Bloomington 1978
- Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, in 91 *Yale L.J.* 635 (1982)
- Fox, *Why Localizing Climate Federalism Matters (Even) during a Biden Administration*, in 99 *Tex. L. Rev. online* 122 (2021)
- Friedenthal – Kane – Miller – Steinman, *Civil procedure*, VI Ed., St. Paul (MN) 2021
- Friedland, *Controversial Five to-Four Supreme Court Decisions and the Politicization of the Majority of One*, in 12 *Dartmouth L.J.* 12 (2014)
- Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970
- Friedman, *Total Justice*, New York 1985
- Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Padova 1974
- Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, in 93 *N.Y.U.L. Rev.* 1065 (2018)
- Furey, *Comments: The Duration of Temporary Restraining Orders in Federal Court* in 12 *U. Balt. L. Rev.*, 276 (1983)
- Galanter, *Civil Jury as a Regulator of the Litigation Process*, in 1990 *U. Chi. Legal F.* 201 (1990)
- Galič, *A civil law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, a cura di Yessiou – Faltsi, 44 ss.
- Gambaro –Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, II Ed., Torino 2000
- Garavaglia, *La ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di civil law e common law*, Tesi di Dottorato, Università di Milano 2016

- Garbagnati, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova 1950
- Gemma, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Osservatorio costituzionale* 2016, fasc. 2
- Gensler, *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, in 60 *Duke L.J.* 669 (2010)
- Gergen – Golden –Smith, *The Supreme Court's Accidental Revolution - The Test for Permanent Injunctions*, in 112 *Colum. L. Rev.* 203 (2012)
- Giabardo, *Aspetti distintivi del civil contempt of court nel processo civile angloamericano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 295 ss.
- Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in www.giustiziainsieme.it 2021
- Giabardo, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in www.questionegiustizia.it, 4 settembre 2020
- Gigliotti, *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.* 2020, 843 ss.
- Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, Milano 2018, 161 ss.
- Golia Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione "online" e democrazia (non) protetta in "CasaPound c. Facebook" e "Forza Nuova c. Facebook"*, in *Federalismi.it* 2020, XVIII, 134 ss.
- Gonen, *Judging in Chambers: The Powers of a Single Justice of the Supreme Court*, in 76 *U. Cin. L. Rev.* 1159, 1167 (2008)
- Goodwin – Chemerinsky, *The Trump Administration: Immigration, Racism, and COVID-19*, in 169 *U. Pa. L. Rev.* 313 (2021)
- Gorla, *Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo)*, in *Foro It.* 1980, V, I
- Gorla, voce *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Padova 1964, 932 ss.
- Gorsuch, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in 66 *Case W. Rsv. L. Rev.* 905 (2016)

- Gragnani, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.* 2010, 3965 ss.
- Gragnani, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.* 2005, 158 ss.
- Gray, *Criminal and Civil Contempt: Some Sense of a Hodgepodge*, in *72 St. John's L. Rev.* 337 (1998)
- Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa – M. Graziadei – A. Guarneri – U. Mattei – P.G. Monateri – R. Sacco, *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile* (diretto da) R. Sacco, Torino 2001, 25 ss.
- Grossi, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 1 ss.
- Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma – Bari 2017
- Grossi, *La "invenzione" del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 117 ss.
- Grossi, *Oltre la legalità*, Roma – Bari 2020
- Grottanelli De' Santi, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Milano 1985
- Hakman, *Political Trials in the Legal Order: A Political Scientist's Perspective*, in *21 J. Pub. L.* 73 (1972)
- Hasen, *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*, in *61 Emory L.J.* 779, 792 (2012)
- Hazard – Fletcher – Bundy – Bradt, *Pleading and Procedure: States and Federal Cases and Materials*, 12 Ed., St. Paul (MN) 2020
- Hazard – Taruffo, *American Civil Procedure: An introduction*, Yale 1993
- Hazard Jr., *Supreme Court as a Legislature*, in *64 Cornell L. Rev.* 1 (1978 – 79)
- Hessick – Morley, *Interpreting injunctions*, in *107 Va. L. Rev.* 1059 (2021)
- Huang, *Coordinating Injunctions*, in *98 Tex. L. Rev.* 1331 (2020)
- Huddleston, *Nationwide Injunctions: Venue Considerations*, in *127 Yale L.J. F.* 242 (2017-2018),
- Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano 2008
- Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *La Nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova 2017, 9 ss.

- Janutis, *The Supreme Court's Unremarkable Decision in Ebay Inc. v. Mercexchange, L.L.C.*, in 14 *Lewis & Clark L. Rev.* 597 (2010)
- Jolowicz, *The role of the Supreme Court at the national and international level*, in *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, a cura di Yessiou – Faltsi, Salonicco 1998
- Jommi, *Il référé provision*, Torino 2005
- Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, II Ed., Cambridge (MA) 2019
- Kapiszewski –Silverstein – Kagan (a cura di), *Consequential Courts: Judicial roles in global perspective*, Cambridge 2013
- Katyal, *Trump v. Hawaii: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in 128 *Yale Law Journal Forum* 641 (2018)
- Kayne, *Provisional and Final Remedies and Special Proceedings*, in C.A. Wright – A.R. Miller, 11A *Fed. Prac. & Proc. Civ.*, III Ed, St. Paul (MN) 2021, § 2941.
- Kempf, *Why Did So Many Do So Little? Movement Building and Climate Change Litigation in the Time of Juliana v. United States*, in 99 *Tex. Law Rev.* 1105 (2021)
- Kerameus, *Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 145 ss.
- Kerr, *A treatise on the law and practice of injunctions in equity*, Boston 1871
- Kessler, *Inventing American Exceptionalism: The Origins of American Adversarial Legal Culture, 1800 – 1877*, Yale 2017
- Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy and the Court*, in 134 *Harv. L. Rev.* 1, 218 (2020)
- Koschinka –Leanza, *Preliminary injunctions: Germany, England/Wales, Italy and France*, Alphen aan den Rijn 2015.
- Kroger, *Supreme Court Equity, 1789 – 1835, and the History of American Judging*, 34 *Hous. L. Rev.* 1425 (1998)
- La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 151 ss.
- Lahav, *In praise of litigation*, Oxford 2017
- Lahav, *The Roles of Litigation in American Democracy*, in 65 *Emory L. J.* 1657 (2016)
- Larkin Jr. –Canaparo, *One Ring to Rule Them All: Individual Judgments, Nationwide Injunctions, and Universal Handcuffs*, in 96 *Notre Dame L. Rev. Reflection* 55 (2020)

- Lasch – Chan – Eagly – Haynes – Lai – McCormick – Stumpf, *Understanding Sanctuary Cities*, in 59 *B.C. L. Rev.* 1703 (2018)
- Laycock – Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials*, V Ed., New York 2019
- Laycock, *How Remedies Became a Field: A History*, 27 *Rev. Litig.* 161 (2008)
- Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, in 103 *Harv. L. Rev.* 687 (1989 – 1990)
- Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, Oxford 1991
- Laycock, *The Triumph of Equity*, in 56 *Law & Contemp. Probs* 53, 61 (Summer 1993).
- Lee, *Preliminary Injunctions and the Status Quo*, 58 *Wash. & Lee L. Rev.* 109 (2001)
- Leubsdorf, *The standard for preliminary injunctions*, in 91 *Harv. L. Rev.* 525 (1978)
- Leventhal, *A Modest Proposal for a Multi-Circuit Court of Appeals*, in 24 *Am. U. L. Rev.* 881, 907 (1975)
- Levine, *Remedies A Course Fit for Civil Procedure Teachers*, in 57 *Saint Louis University Law Journal* 585 (2013).
- Lewis, *Wild Card That Is the Public Interest: Putting a New Face on the Fourth Preliminary Injunction Factor*, in 72 *Tex. L. Rev.* 849 (1994)
- Licci, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in *Riv. Arb.* 2019, 339 ss
- Lichtenstein, *Settling the Law in the Circuits: Presenting Hearsay Evidence in a Preliminary Injunction Hearing*, in 29 *Am. J. Trial Advoc.* 415 (2005)
- Liebman, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 514
- Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1954, 248 ss.
- Lo Calzo, *La “parsimonia cautelare” della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell’emergenza pandemica (Osservazioni all’ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, in *Rivista AIC* 2021, fasc. 3, 189 ss.
- Lo Presti, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2020, 924 ss.
- Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975
- Love, *Teaching Preliminary Injunctions after Winter*, in 57 *St. Louis U. L.J.* 689 (2013)
- Luiso, *Diritto processuale civile* 2021, XII Ed., II, 464

- Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 10^a ed., Milano 2019
- Luiso, *Diritto processuale civile*, XI Ed., Milano 2021, IV
- Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino 2003
- Luiso, *Le riforme dei procedimenti cautelari*, in *Doc. giust.* 1990
- Lupo, *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, in *Arch. pen.* 2012, fasc. I.
- Mabellini, *L'emergenza sanitaria scongela la sospensiva delle leggi...e paralizza il legislatore regionale*, in *Giur. cost.* 2021, 43 ss.
- Maggio, *Il procedimento cautelare uniforme*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, IV, Milano 2019, 4935 ss.
- Main, *Traditional Equity and Contemporary Procedure*, in 78 *Whas. L. Rev.* 429 (2003).
- Maitland, *Equity: Also the forms of action at Common Law*, Cambridge 1910
- Malfatti –Panizza –Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino 2021, VII Ed.
- Malveaux, *Class Actions, Civil Rights, and the National Injunction*, in 131 *Harv L. Rev. F.* 56 (2017)
- Mandrioli – Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, XVII ed., Torino 2020, III, 196
- Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile 2022*, XXVIII Ed., II
- Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile*, XXVIII Ed., Torino 2022
- Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 657 ss.
- Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano 1953, 146
- Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 551 ss.
- Marcus D, *The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang*, in 90 *Wash. U. L. Rev.* 587 (2013)
- Marcus R. – E. F. Sherman – H. M. Erichson – A. D. Bradt *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, VII Ed, St, Paul MN 2021
- Marcus R. – Rowe Jr., *Gilbert Law Summary in civil procedure*, XVIII Ed., St. Paul (MN) 2017, 267 ss.
- Marcus R., *A Common Law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, in *The*

Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice, a cura di Yessiou – Faltsi in 81 *Studia Iuridica*, 2019

- Marcus R., *Of Babies and Bathwater: The Prosepects for Procedural Progress*, in 59 *Brook. L. Rev.* 761 (1993)
- Marcus R., *Revolution v. Evolution in Class Action Reform*, in 96 *N.C. L. Rev.* 903 (2018)
- Marcus R., *The Litigation Superpower’s Case Management Cure for Adversarial Ills*, in *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, edito da P. C. H. Chan – C. H. van Rhee, Singapore 2021, 109 ss.
- Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino 1905, V Ed., V
- May, *Not at all: Environmental Sustainability in the Supreme Court*, in 10 *Sustainable Dev. L. & Po’y* 20, 21 (2009)
- Mazziotti Di Celso, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, II, Milano 1972
- Mazzolai, *“Hate speech” e comportamenti d’odio in rete: il caso “Forza Nuova c. Facebook”*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica* 2020, 581ss.
- Mazzolai, *La censura su piattaforme digitali private: il caso “Casa Pound c. Facebook”*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica* 2020, 109 ss.
- McFadden – Kapoor, *The Precedential Effects of the Supreme Court’s Emergency Stays*, in 44 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 827 (2021)
- Meltzer, *The Supreme Court’s Judicial Passivity*, in 2002 *SUP. CT. REV.* 343
- Menchini, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, I, 90 ss.
- Menegus, *L’accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale alla luce della decisione sul ricorso “Onida - Randazzo”*, in www.forumcostituzionale.it, 19 gennaio 2017
- Menegus, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)* in *Forum di Quaderni cost.* 2021, 2, 88 ss.
- Merlin, *E’ legge la delega al governo per gli interventi sul processo civile (Legge 26 novembre 2021, n. 206)*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 258 ss.
- Merlin, *La revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, 461 ss.
- Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 759 ss.

- Merlin, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv.*, Torino 1996, XIV, 412 ss.
- Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente*, Napoli 2014,
- Miccolis, *La funzione nomofilattica della Cassazione: a margine del “progetto esecuzioni”*, in *Rassegna dell’esecuzione forzata* 2020, 753 ss.
- Milazzo, *L’impugnativa regionale del «codice dell’ambiente»: un’occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell’ambito dei giudizi in via d’azione introdotti dalle regioni*, in *Le Regioni* 2007, 153 ss.
- Miller, *Contempt of Court*, III Ed., Oxford 2000
- Miller, *The pretrial rush to judgment: are the “litigation explosion,” “liability crisis,” and efficiency clichés eroding up our day in Court and jury trial commitments?*, in 78 *N.Y.U. L. Rev.* 982 (2003)
- Miniscalco, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, in *Consulta online* 2021, 223 ss
- Mnookin –Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in 88 *Yale Law Journal* 950 (1979)
- Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile – E. Cheli, Bologna 1982, 19 ss.
- Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in www.judicium.it, 27 dicembre 2022
- Montanari, *Provvedimento d’urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.* 1988, 3, 151 ss.
- Monteleone, *Il nodo, apparentemente inestricabile, della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 821 ss.
- Monteleone, *L’evoluzione delle misure cautelari verso l’introduzione del référé*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2006, 1182 ss.
- Montesano A., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994
- Montesano L., *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile*, Napoli 1955
- Montesano L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità (a proposito dell’art. 5 della legge silana)*, in *Foro. it.* 1952, IV, 157
- Montesano L., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 592 ss.

- Montesano L., *Sulle misure provvisorie in Italia*, in *Atti del colloquio internazionale*, Milano 1985, 113 ss.
- Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, in 117 Mich. L. Rev. 939 (2019)
- Morath, *A Mild Winter: The Status of Environmental Preliminary Injunctions*, in 37 *Seattle U. L. Rev.* 155 (2013)
- Morley, *De Facto Class Actions? Plaintiff and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases*, in 39 *Harv J. L. & Pub. Pol'y* 487 (2016)
- Morley, *Disaggregating Nationwide Injunctions*, in 71 *Ala. L. Rev.* 1 (2019)
- Morley, *Nationwide Injunctions, Rule 23(B)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, in 97 *B.U. L. Rev.* 615 (2017)
- Morotti, *In litigation we trust: riflessioni su magistratura, politica e processo civile a partire dal rapporto tra Donald Trump e judiciary*, in *Federalismi.it* 2022, VII, 201 ss.
- Morotti, *Sul regime delle spese nei procedimenti cautelari e anticipatori*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 542 ss.
- Morotti, *Tutela cautelare e questione di costituzionalità nei recenti casi «De Magistris» e «De Luca»*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1183 ss.
- Morotti, *Sui poteri cautelari della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1462 ss.
- Morrone, *Exit porcellum*, in *www.forumcostituzionale.it* 2014
- Morton, *Security for Interlocutory Injunctions under Rule 65(c): Exceptions to the Rule Gone Awry*, 46 *Hastings L.J.* 1863 (1995)
- Nania, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *Federalismi* 18 aprile 2002
- Nardocci, *Caso “Stamina”*: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto, in *Quad. cost.* 2015, 160 ss.
- Nigro, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Id.*, *La riforma del processo amministrativo*, Milano 1980
- Nowak –Rotunda, *Constitutional Law*, VIII Ed., St. Paul (MN) 2010
- Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino 2018
- Onida, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.* 1965, 514 ss.

- Onida, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 304 ss.
- Oppenheimer, *Martin Luther King, Walker v. City of Birmingham, and the Letter from Birmingham Jail*, in *26 U.C. Davis L. Rev.* 791 (1993)
- Giangaspero, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it* 2021, 1
- Pace, *Diritto alla salute o diritto alla speranza? L'accesso al “metodo Stamina” per i pazienti affetti da patologie incurabili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 2, 133 ss.
- Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 704 ss.
- Pagni, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *www.judicium.it*, 15 dicembre 2020.
- Pagni, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Società* 2012, 449 ss.
- Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 283 ss.
- Palmer, *Collateral Bar and Contempt: Challenging a Court Order after Disobeying It*, in *88 Cornell L. Rev.* 215 (2002)
- Panzarola, *Commento all’art. 384, Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, a cura di A. Briguglio – B. Capponi, III, I, Padova 2009 282 ss.
- Panzarola, *Funzione e struttura del ricorso per cassazione come azione di impugnativa ne “La Cassazione civile” di Piero Calamandrei*, in *www.judicium.it*, 24 novembre 2020
- Panzarola, *I provvedimenti d’urgenza dell’art. 700 c.p.c.*, in *I provvedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna 2013, 745 ss.
- Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1549 ss.
- Panzarola, *L’evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell’art. 65 ord. giud.*, in A. Didone – F. De Santis (a cura di), *I nuovi processi civili in Cassazione*, Milano 2018., 62 ss.
- Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Voll. 1 e 2, Torino 2005

- Paris, *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario* 2016, 1321 ss.
- Parkin, *Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation*, in 70 *Vand. L. Rev.* 167 (2017).
- Passanante, *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 79 ss.
- Passanante, *Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione*, in *Riv. dir. proc.* 2020, 1066 ss.
- Passanante, *Il nuovo regime delle spese processuali*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Bologna 2010, 253
- Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino 2018
- Passanante, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 993 ss.
- Patroni Griffi, *Alcune riflessioni finali, ma non conclusive, su scienza, bioetica, giustizia e politica*, in *DPER online*, 2, 2020
- Patroni Griffi, *Alcune riflessioni finali, ma non conclusive, su scienza, bioetica, giustizia e politica*, in *DPER online*, 2, 2020
- Patterson – Haeberle, *TROs and Preliminary Injunctions: Handling the Business Emergency*, II Ed., Chicago 2021
- Patti, *Prove. Disposizioni generali*, Bologna – Roma 1997, 158
- Payne, *Now is the winter of Ginsburg’s dissent: Unifying the Circuit Split as to Preliminary Injunctions and Establishing a Sliding Scale Test*, in 13 *Tenn. J.L. & Pol’y* 15 (2018).
- Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1973, 1020 ss.
- Pelleriti, *La “governance” privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?*, in *Rivista della regolazione dei mercati* 2021, 429 ss.
- Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto* 2015, 271 ss.

- Penasa, *Mr. President and Dr. Trump: La Corte Suprema americana tra “facial neutrality” e “reasonable observer” standard. Ultima puntata della saga Travel Ban?*, in *DPCE online*, 3/2018
- Perrini –Pogutz – Tencati, *Developing Corporate Social Responsibility. A European Perspective*, Cheltenham (UK) 2006
- Perry Jr, *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard 1991
- Phillips –Stevenson, *Rutter Group Practice Guide: Federal Civil Procedure Before Trial*, National Edition 2021, 13
- Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 41 ss.
- Piccinni, *Tutela della salute “versus” libertà di cura? Il caso Stamina nella lente deformante dell'urgenza*, in *Politica del diritto* 2014, 607 ss.
- Pierce, Jr., *The Supreme Court Should Eliminate its Lawless Shadow Docket*, in *74 Admin. L. Rev* 1 (2022)
- Pisanelli – Scialoja – Mancini, *Commento del codice di procedura civile*, Napoli 1879,
- Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.* 1980, V, 117 ss.
- Pizzorusso, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale, Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino 1996, 133
- Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 9 ss.
- Posner, *Blackstone and Bentham*, in *19 J.L. & Econ.* 569 (1976)
- Posner, *Economic Analysis of Law*, XIV Ed., New York 2014
- Predieri, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze 1966, 204 ss.;
- Presser, *Evaluating President Obama’s Appointments of Judges from a Conservative Perspective: What Did the Election of Donald Trump Mean for Popular Sovereignty*, in *60 Howard L.J.* 663 (2017).
- Presser, *Law professors: three centuries of shaping American law*, St Paul (MN) 2017
- Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982
- Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 309 ss.

- Proto Pisani, *Attentato delle sezioni unite all'art. 111, ultimo comma, della costituzione?*, in *Giusto proc. civ.* 2021
- Proto Pisani, *Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione «diretta» dell'art. 111 Cost., comma 2 e poi 7, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a Costituzione invariata*, in *Riv. dir. proc.* 2020, 1192 ss.
- Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 16 ss.
- Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, in *Foro it.* 2012, 5, 170 ss.
- Proto Pisani, *Il nuovo sistema dei diritti introdotto dalla Costituzione del 1948 e le sue conseguenze sulla disciplina del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1139 ss.
- Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1
- Proto Pisani, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 102 ss.
- Proto Pisani, *Novità del giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2005, V, 254 ss.
- Proto Pisani, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.* 1998, V, 8
- Proto Pisani, *Persona umana e processo civile*, Milano 2022
- Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 536 ss.
- Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* 1991, XXIV, Roma
- Querzola, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 501 ss.
- Querzola, *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel reg. Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 1479 ss.
- Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna 2006, 45
- Querzola, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 317 ss.
- Ramahi, *The Muslim Ban Cases: A Lost Opportunity for the Court and a Lesson for the Future*, in *108 Cal. Law Rev.*, 557 (2020)
- Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015
- Recchioni, *Il regime impugnatorio dei provvedimenti sulle spese del processo cautelare: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.* 2002, 1308

- Recchioni, voce *Periculum in mora (nel processo cautelare civile)*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino 2007, 892 ss.
- Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917, 3 ss.
- Rendleman, *Brown II's All Deliberate Speed at Fifty: A Golden Anniversary or a Midlife Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy*, in 41 *San Diego L. Rev.* 1575 (2004)
- Rendleman, *Irreparability Resurrected: Does a Recalibrated Irreparable Injury Rule Threaten the Warren Court's Establishment Clause Legacy*, in 59 *Wash. & Lee L. Rev.* 1343 (2002)
- Rendleman, *More on Void Orders*, in 7 *Ga. L. Rev.* 246, 291 (1973)
- Rendleman, *Preserving the Nationwide National Government Injunction to stop illegal executive branch activity*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 887 (2020)
- Rendleman, *The Trial Judge's Equitable Discretion Following eBay v. MercExchange*, in 27 *Rev. Litig.* 63 (2007)
- Resnik, *Constricting Remedies: The Rehnquist Judiciary, Congress, and Federal Power*, in 78 *Ind. L.J.* 223 (2003)
- Ricci, *I procedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, a cura di G. Tarzia, Milano 1998, 65 ss.
- Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino 2013, 434 ss.
- Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 211 ss.
- Rivosocchi, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio costituzionale* 2017, fasc. 1
- Roberts, *The Restitution Revival and the Ghosts of Equity*, in 68 *Wash. & Lee L. Rev.* 1027 (2011)
- Rodotà, *Repertorio di fine di secolo*, Roma - Bari, 1992
- Rodríguez, *The Supreme Court 2020 Term: Foreword: Regime Change*, in 135 *Harv. L. Rev.* 1, 104 (2021)
- Romano, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*; in *Giur. it.* 2022, 91
- Romano, *Rapporto di pubblico impiego a termine, questione di costituzionalità e rilevanza della questione di giurisdizione*, in *Giur. cost.* 1986, I, 74

- Romboli, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro it.* 2014, I, 677 ss
- Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino 2017
- Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino 2017, 6 ss.
- Ronco, *Chi decide chi deve decidere il reclamo cautelare?*, in *Giur. it.* 2010, 1149 ss.
- Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.* 2014, 2739 ss.
- Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano 2003
- Rordorf, *Introduzione*, in *I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, Milano 2018, I ss.
- Rossi, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale* 2021, 2, 154 ss.
- Ruffini, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in www.questionegiustizia.it
- Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da) R. Sacco, Torino 1992
- Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 368
- Saletti, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti – B. Sassani, Torino 2009, 220 ss.
- Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, 290 ss.
- Salvaneschi, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, in *Riv. dir proc.* 2022, 614 ss.
- Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, V Ed., Milano 2015, 373 ss.

- Salvioni, *Sulla competenza a revocare o modificare il provvedimento cautelare in ipotesi di interruzione del giudizio di merito* *Giur. it.* 2012, 882 ss.
- Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 63
- Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano 2001
- Sassani, *Corte Suprema e jus dicere*, in *Giur. It.* 2003, 822 ss.
- Sassani, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 35 ss.;
- Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 217 ss.
- Sassani, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 54.
- Sassani, *Osservazioni a Cass. 12 dicembre 1991, n. 13415*, in *Giur. comm.* 1992, I, 1819
- Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1968
- Satta, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 28 ss.
- Satta, *Limiti all'applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.* 1953, I, 132
- Scala, *Specialità del giudizio di legittimità costituzionale in via principale per le Regioni ad autonomia differenziata*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, a cura di F. Astone – P. Falzea – A. Morelli – F. Saitta – L. Ventura, Soveria Mannelli 2009, 89 ss.
- Scalera, *Brevi note a margine del caso “Stamina”*, in *Fam. e dir.* 2013, 939 ss.
- Scalera, *Il “caso Stamina” all'attenzione della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.* 2014, 981 ss.
- Scalera, *Il caso “Stamina” tra diritto e scienza*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 2, 75 ss.
- Scalera, *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal “caso Di Bella”. Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 10, 437 ss.
- Scali, *Prediction-Making in the Supreme Court: The Granting of Stays by Individual Justices*, in *32 UCLA L. Rev.* 1020 (1985)
- Scandaglia – Ryan, *Temporary restraining orders and preliminary injunctions*, in *Illinois Institute for Continuing Legal Education's Business & Commercial Litigation*, Chicago 2007

- Scarselli, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della recente riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 355 ss.
- Scarselli, *Le spese giudiziali*, Milano 1998
- Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in www.giustiziainsieme.it, 5 luglio 2021
- Scognamiglio, *Revoca “cautelare” e revoca “nel merito” dell’amministratore di S.r.l.*, in *Rivista ODC* 2015, 1 ss.
- Scott, *Two Models of the Civil Process*, in *27 Stan L. Rev.* 937 (1975)
- Sereno, *Il “caso Stamina” all’esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale* 2015, fasc. 1
- Shapiro D.L., *Justice Ginsburg’s First Decade: Some Thoughts About Her Contributions in the Fields of Procedure and Jurisdiction*, in *104 Colum. L. Rev.* 21, 22-23 (2004)
- Shapiro M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs (NJ) 1966
- Shapiro M., *The Collateral Bar Rule - Transparently Invalid: A Theoretical and Historical Perspective*, in *24 Colum. J.L. & Soc. Probs.* 561 (1991)
- Shapiro M., *The Supreme Court and constitutional adjudication: of politics and neutral principles*, in *31 Geo. Wash. L. Rev.* 605 (1962 – 1963)
- Sica, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia della Cee*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 1119 ss.
- Siddique, *Nationwide Injunctions*, in *117 Colum. L. Rev.* 2095 (2017)
- Silvestri C., *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino 2005
- Silvestri C., *Le misure «provvisorie e cautelari» nella ricostruzione interpretativa della Corte di Giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 711 ss.
- Silvestri E., *Il controllo delle Corti Supreme: modelli e funzioni*, Ed. Provvisoria, Pavia 2000.
- Snell – Rivington – Fountaine, *Snell’s principles of equity: intended for the use of students and practitioners*, Londra 1925
- Sohoni, *The lost history of the “Universal” injunction*, in *133 Harv. L. Rev.* 920 (2020)
- Sohoni, *The Power to Vacate a Rule*, in *88 Geo. Wash. L. Rev.* 1121 (2020)
- Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino 2019

- Sorrentino, *Garanzie costituzionali*, sub Art. 137, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981
- Spadaro, *Ancora sulla revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.: gli orientamenti del Tribunale di Milano e la strumentalità al merito di rimozione giudiziale*, in *Società* 2017, 1143 ss.
- Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi* 2017, 5, 1 ss.
- Spelling, *A treatise on injunctions and other extraordinary remedies*, II Ed., Boston 1901
- Spirito, *Il "Progetto Esecuzioni" della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione*, in *Riv. esec. forzata* 2019, 1 ss.
- Stoll DeBell – Dempsey –Dempsey, *Injunctive relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, Chicago 2009
- Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure In Historical Perspective*, 135 *U. Pa. L. Rev.* 909 (1987)
- Sunstein – Schake – Ellman – Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C. 2006
- Sunstein, *Radical In Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, New York 2005
- *Supervisory and Advisory Mandamus under the All Writs Act*, in 86 *Harv. L. Rev.* 595 (1973)
- Taruffo voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1990, VI, 324 ss.
- Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 383 ss.
- Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia* 2014
- Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 995 ss.
- Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979
- Taruffo, *Il vertice ambiguo: Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991
- Taruffo, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 35 ss.
- Taruffo, *La semplice verità: il Giudice e la costruzione dei fatti*, Roma – Bari 2009

- Taruffo, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.* 2011, 11 ss.
- Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 11 ss.
- Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 111 ss.
- Taruffo, *Parole introduttive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, 431 ss.
- Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970
- Taruffo, *Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002
- Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino 2020.
- Taruffo, voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, vol. XIII, Torino 1995
- Tarzia – Ghirga, *Il reclamo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, 546;
- Tarzia – Giorgetti, *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, 483 ss.
- Tarzia in *La tutela d'urgenza*, Atti del XV Convegno internazionale, Bari 4 – 5 ottobre 1985, Rimini 1986, ss.
- Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 240 ss.
- Tarzia, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia – A. Saletti, Padova 2015, XXIII ss.
- Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 35 ss.
- Tencati – Zsolnai, *The Collaborative Enterprise: Creating Values for a Sustainable World*, Oxford – Bern 2010
- Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898
- Tiscini, *Commento all'art. 373*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di B. Sassani – C. Consolo – R. Vaccarella, Torino 2013, IV, 917 ss.
- Tiscini, *I provvedimenti senza accertamento*, Torino 2009
- Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione, I nuovi processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone – F. De Santis, Milano 2018, 483 ss.
- Tiscini, *Impressioni a caldo sulla sommarietà nel progetto di riforma Luiso... in attesa che il caldo estivo ne chiarisca gli esiti*, in www.judicium.it, 14 giugno 2021

- Tomasi, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *Rivista di Biodiritto* 2016, fasc. 1
- Tomasi, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della "vicenda Stamina"*, in *Rass. dir. pubblico europeo*, 2013, 63 ss.
- Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza: Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova 1983
- Tommaseo, *Il fondamento costituzionale della tutela anticipatoria*, in *Scritti in onore di C. Punzi*, III, Torino 2008, 409 ss.
- Tommaseo, *La riforma del giudizio di cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?*, in *Giur. It.* 2003, 817 ss.
- Tommaseo, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 856 ss.
- Toussaint, *Loss and Damage and Climate Litigation: The Case for Greater Interlinkage*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2020, XXX, 17
- Trabucco, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del Covid -19*, in *dirittifondamentali.it* 2021, 355 ss.
- Trammel, *The Constitutionality of Nationwide Injunctions*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 977 (2020)
- Trammell, *Demystifying Nationwide Injunctions*, in 98 *Tex. L. Rev.* 67 (2019)
- Uzelac, *Supreme Courts in the 21st Century: Should organization follow the function?*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, a cura di Yessiou – Faltsi, 125 ss.
- Vaccarella, *Diffusione e controllo di titoli esecutivi non giudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 47 ss.
- Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II Ed., Torino 1993
- Van Rhee, *Civil Procedure Beyond National Borders*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 2018
- Vanoni, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE* 2017, 833 ss
- Varano, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, in *Riv. dir. civ.* 1985, 241
- Varano, voce *Contempt of court*, in *Dig., disc. pen.*, vol. III, Torino 1989
- Varano, voce *Injunction*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1993, IX, 487 ss.

- Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, in 68 *Or. L. Rev.* 839 (1990)
- Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali: Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 407 ss., spec. 415 ss.
- Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 505 ss.
- Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.* 2021, 1155 ss.
- Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Roma 2013
- Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. giur.* 1978, 241 ss.
- Veronesi, *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *Rivista di Biodiritto* 2015, fasc. 1
- Vettori, *Sistema normativo "aperto", rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche (a proposito del "caso Stamina")*, in *Rivista di Biodiritto* 2015, fasc. 1
- Vigorito, *La moderazione dei contenuti online e la (provvisoria) definizione della vicenda Facebook-Forza Nuova*, in *GiustiziaCivile.com* 2021, fasc. 6
- Vigorito, *Piattaforme digitali e "political speech": dal caso Facebook-CasaPound alla vicenda Twitter-Trump*, in *GiustiziaCivile.com* 2020, fasc. 11
- Vipiana, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it
- Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, in 133 *Harv. L. Rev.* 123, 124 (2019)
- Vullo, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in (a cura di) S. Chiarloni – C. Consolo, *I processi sommari e speciali*, Torino 2005, II, 1305 ss.
- Vuolo, *Crollo di un antico feticcio*, in www.forumcostituzionale.it.
- Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi* 2021, 10, 309 ss.
- Vuolo, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009
- Wasserman, *Concepts, Not Nomenclature: Universal Injunctions, Declaratory Judgments, Opinions, and Precedent*, in 91 *U. Colo. L. Rev.* 999 (2020)

- Wasserman, *Nationwide Injunctions Are Really Universal Injunctions and They Are Never Appropriate*, in 22 *Lewis & Clark L. REV.* 335, 338, 349 (2018)
- Weaver, *Nationwide Injunctions*, in 14 *F.I.U. L. Rev.* 103 (2020)
- Weisshaar, *Hazy Shades of Winter: Resolving the Circuit Split over Preliminary Injunctions*, in 65 *Vand. L. Rev.* 1011 (2012)
- Wheeler, *Why There Should Be a Presumption Against Nationwide Preliminary Injunctions*, in 96 *N.C. L. Rev.* 200 (2017)
- Wittlin, *Meta-Evidence and Preliminary Injunctions*, in 10 *UC Irvine L. Rev.* 1331 (2020)
- Wright –Kane, *Law of Federal Courts*, VII Ed., St. Paul (MN) 2017
- Wright, *The Law of Remedies as a Social Institution*, 18 *U. Detroit L.J.* 376 (1955)
- Yessiou – Faltsi, *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, in 81 *Studia Iuridica*, 2019.
- Yessiou – Faltsi, *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Salonicco 1998
- Yoo, *Defender in Chief*, New York 2020
- Young, *The Chancellors Are Alright: Nationwide Injunctions and an Abstention Doctrine to Salve What Ails Us*, in 69 *Clev. St. L. Rev.* 859 (2021)
- Zagrebelsky – Marcenò, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018
- Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 105 ss.
- Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992
- Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore, Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile – E. Cheli, Bologna 1982, 103 ss.
- Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977
- Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.* 2014, 2960 ss.
- Zagrebelsky, *La tutela d’urgenza*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 40 ss.
- Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Padova 1989

- Zanon – Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V Ed., Bologna 2019
- Zanon, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale? *Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in , *Una nuova stagione creativa*, a cura di C. Padula Napoli 2020, 387 ss.
- Zanuttigh, «*Italia nostra*» di fronte al Consiglio di Stato, in *Foro.it.*, 1974, III, 34 ss.
- Zanuttigh, *Atti e strumenti di regolazione dell'emergenza e giusto processo*, in *Lo Stato* 2020, 417 ss.
- Zeno-Zencovich, *Il ministero della giurisprudenza*, in *Foro It.* 2022., V, 214 ss.
- Zuckerman, *Civil procedure*, Londra 2003
- Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino 2018