

Processo civile comparato

# I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese (I) (\*)

di GIACOMO OBERTO

**L'Autore analizza approfonditamente gli strumenti che, nei sistemi tedesco ed inglese, consentono una soluzione semplificata ed accelerata delle controversie civili. Lo studio segue, in relazione ai due ordinamenti, il medesimo percorso: dapprima vengono analizzati i rimedi semplificatori e gli accorgimenti acceleratori inseriti nel rito ordinario; segue la presentazione dei procedimenti speciali caratterizzati dalla sommarietà; vengono infine illustrate le procedure cautelari. Il lavoro tende altresì a porre in evidenza, in una prospettiva comparatistica, i principali punti di somiglianza e di differenza rispetto ai corrispondenti istituti processuali italiani, rimarcando, in relazione a questi ultimi, la maggiore estensione dei poteri concessi al giudice dall'ordinamento germanico e, in modo ancor più rilevante, da quello inglese (\*\*)**

## 1. Premessa. Gli accorgimenti a scopo acceleratorio presenti nel rito ordinario civile tedesco

Il sistema processuale civile tedesco contiene svariati tipi speciali di procedimento che possono sicuramente qualificarsi come semplificati o accelerati rispetto al modello contenzioso ordinario, disciplinato dai libri primo e secondo della *Zivilprozessordnung* (ZPO) (1). Peraltro sarà opportuno precisare subito che questo stesso modello processuale comprende numerose regole volte ad imprimere alle procedure una trattazione il più possibile concentrata ed ispirata ai principi di economia processuale, così spingendo verso una risoluzione spedita delle controversie civili. E al riguardo può dirsi che, complessivamente, le norme in esame funzionano assai bene, se è vero come è vero che in Germania il tempo medio di evasione delle cause civili è inferiore ai due anni (v. sul punto *infra*, paragrafo 10).

Il principio di concentrazione processuale trova, innanzi tutto, la sua sanzione nel § 182 ZPO, che consacra la regola dell'oralità, nonché nel § 272 ZPO, secondo il quale «la causa deve di regola essere esaurita in un'unica udienza di trattazione orale» (c.d. *Haupttermin*), anche se il giudice può autorizzare una trattazione scritta precedente a quella orale (2). Sempre a fini acceleratori rispondono le c.d. misure preparatorie (*vorbereitende Maßnahmen*), previste dal § 273 ZPO, che consistono in disposizioni date dal giudice dirette, per esempio, ad integrare gli scritti difensivi e a richiedere la produzione di atti ritenuti utili, richiedere informazioni a pubbliche amministrazioni, disporre la comparizione personale del-

Note:

(\*) Relazione presentata il 16 aprile 2002 all'incontro di studio organizzato a Roma dal Consiglio Superiore della Magistratura nell'ambito del programma «Grotius civile» dell'Unione Europea sul tema: «I procedimenti semplificati e accelerati nelle controversie civili ed amministrative nei Paesi dell'Unione Europea». Il presente lavoro è dedicato alle procedure di tipo giudiziale: restano pertanto esclusi i diversi schemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*), che formano oggetto di altre relazioni presentate al predetto incontro. L'autore esprime i propri più sentiti ringraziamenti, per le informazioni trasmesse, alla collega Angelika Peters e al dott. Matthias Kober, per ciò che attiene alle procedure tedesche, nonché ai colleghi Jonhathan Mance (Lord Justice Mance) e Sir Richard Aikens, per le procedure inglesi. I links alle pagine web citate sono stati verificati in data 27 marzo 2002.

(\*\*) La parte dell'articolo relativa ai *Procedimenti semplificati e accelerati nell'esperienza inglese* sarà pubblicata prossimamente in questa Rivista.

(1) Il codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung - ZPO*), in vigore dal 30 gennaio 1877, si articola in dieci libri. Il relativo testo è disponibile al seguente sito web: <http://www.wbs.cs.tu-berlin.de/cgi/gesetze/ZPO/short.html>; la relativa ricerca per parole testuali nella ZPO può essere effettuata al sito web seguente: <http://www.wbs.cs.tu-berlin.de/cgi/gesetze/search.html?law=ZPO>. La bibliografia in tema di procedure accelerate e semplificate tedesche sarà presentata nel corpo delle note seguenti, in relazione ai vari istituti. Per uno studio specifico in lingua inglese cfr. Gottwald, *Simplified civil procedure in West Germany*, in *American Journal of Comparative Law* (1983), 31, p. 687 ss.

(2) Thomas e Putzo, *Zivilprozessordnung*, München, 1990, 562: «Der Haupttermin (Abs 1) ist das Kernstück des Zivilprozesses. Die Vorschrift will Konzentration, Rationalisierung, Beschleunigung des Prozesses und Intensivierung der mündlichen Verhandlung erreichen. Ihre strikte Anwendung ist geeignet, die Rechtspflege vor allem auch in ihrer Effektivität zu verbessern und dadurch das Vertrauen in sie zu stärken. Wo es vom Stoff her irgend möglich ist, muß der Haupttermin der einzige sein. Das ist in der großen Mehrzahl der Fälle erreichbar, wenn der Richter seine Pflicht zur umfassenden Vorbereitung ernst nimmt und die Prozeßbeitragenden mitmachen».

le parti (che in Germania non è mai obbligatoria, come invece dissennatamente imposto dal nostro art. 183 c.p.c.) (3), o nominare esperti, perché riferiscano in sede di udienza di trattazione orale.

Un'ulteriore regola tendente ad un'accelerazione del processo può essere riscontrata nel disposto dei §§ 282 e 296 ZPO (nonché 527 per le impugnazioni), a mente del quale le parti debbono presentare durante la trattazione orale le proprie allegazioni, deduzioni e difese «secondo modalità temporali corrispondenti ai principi di una condotta processuale diligente ed attenta alla speditezza della procedura»; una volta decorsi i termini ordinari per la presentazione di allegazioni e difese (secondo quanto stabilito dai §§ 273, 275, 267 e 277 ZPO), queste possono essere ammesse dal giudice solo a condizione che il giudice stesso, secondo il suo libero convincimento, le ritenga non in grado di ritardare lo svolgimento del processo, oppure quando le parti arrechino giustificazioni persuasive di tali possibili ritardi. Una prova di tali giustificazioni è necessaria solo se il giudice la ritiene tale, richiedendola alla parte interessata (cfr. § 296, quarto comma, ZPO).

Le regole in questione si applicano anche ai termini fissati dal giudice, purché questi non siano troppo brevi (4). Si noti peraltro che la fissazione dei vari termini è quasi sempre rimessa dalla legge al giudice. Così per esempio, ai sensi del § 275 ZPO compete al giudice stesso il potere di decidere se assegnare al convenuto un termine per il deposito, in preparazione dell'udienza di trattazione, di una replica scritta alla citazione (*Klageerwiderrung*, grosso modo corrispondente alla nostra comparsa di risposta, che in Germania è però solo eventuale, essendo la trattazione della causa essenzialmente orale) e, eventualmente, all'attore un ulteriore termine per la controparte (*Stellungnahme auf die Klageerwiderrung*).

Un particolare accorgimento accelerativo è dato dalla decisione «secondo apprezzamento equitativo» (*nach billigem Ermessen*), prevista nel caso di giudizio dell'*Amtsgericht* (5) nelle cause di valore non superiore ai 1.200 DM (oggi all'incirca 600 €): cfr. § 495a ZPO. La sentenza, in tal caso, non deve contenere la narrazione dei fatti (*Tatbestand*), mentre l'esposizione dei motivi della decisione non è necessaria «se il suo contenuto essenziale risulta dal verbale di causa».

Ma è giunto ora il momento di passare all'esame di quei procedimenti che, a giusto titolo, possono essere qualificati come semplificati ed accelerati rispetto al rito contenzioso ordinario. Si tratterà qui, in particolare dei seguenti:

- procedura monitoria (*Mahnverfahren*),
- sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*),
- procedimento documentale (*Urkundsprozess*),
- provvedimenti cautelari (*Arrest, einstweilige Verfügungen*).

## 2. La procedura monitoria tedesca (*Mahnverfahren*): generalità

Analogamente a quanto avviene in Italia per il procedi-

mento per decreto ingiuntivo, anche il procedimento monitorio tedesco (*Mahnverfahren*) (6) consente al creditore di ottenere in tempi brevi uno strumento idoneo ad ottenere il pagamento del proprio credito. Per fornire un'idea al riguardo basterà dire che, per esempio, da un'indagine svolta nel 1988, è emerso che nel 1986 sono state presentate nella Repubblica Federale Tedesca pres-

### Note:

(3) Per una critica al riguardo si fa rinvio a Oberto, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 313 s.: «A parte il rilievo preliminare per cui tutte le controversie in cui si discute di diritti indisponibili sono di natura tale da non consentire una definizione transattiva e dunque il tentativo di conciliazione, va osservato come una notevole serie di cause siano caratterizzate o da una domanda o da una resistenza in giudizio manifestamente infondate. In questi casi, spingere a una conciliazione tra chi chiede la Luna e chi disperatamente cerca di far comprendere alla controparte che la Luna non è nella sua disponibilità (o - ciò che è lo stesso - tra chi vuole far valere un suo sacrosanto diritto e chi nega quest'ultimo nella maniera più sfacciata) significa veramente rendere un disservizio alla parte che ha ragione, posto che, come si sa, la transazione presuppone sempre un *aliquid datum* e un *aliquid retentum*. E poi non sembra proprio degno del mestiere di giudice che quest'ultimo si trasformi in più o meno improvvisato "piazista" della soluzione transattiva!

Si obietterà che lo scopo principale della comparizione delle parti è costituito dalla richiesta di chiarimenti, come del resto espressamente previsto dal nuovo art. 183 c.p.c.

Ebbene, anche qui, chi fa il mestiere del giudice sa che moltissime sono le liti nelle quali non c'è proprio alcun chiarimento da chiedere alle parti: vuoi perché la causa è, come si suol dire, "documentale", vuoi perché la decisione postula uno o più accertamenti tecnici che non possono essere demandati se non ad un perito (si pensi a un'impugnazione di riconoscimento per difetto di veridicità, dove tutto si risolve con consulenza di tipo genetico e dove il tentativo di conciliazione è vietato, attesa la natura della controversia), vuoi perché si tratta di accertare un dato di fatto del tutto "banale" (il semaforo era verde o rosso? Chi veniva da destra?), su cui possono riferire soltanto dei testi, vuoi, infine, perché la causa è di puro diritto, e in tal caso sarà senz'altro meglio che il giudice impieghi il suo tempo a interrogare liberamente ... la dottrina e la giurisprudenza.

Ma ciò che è più grave è che il riformatore (e qui veniamo alle considerazioni di tipo teorico) sembra aver trascurato un principio fondamentale del nostro ordinamento: in un processo civile come il nostro, caratterizzato dal principio della domanda e dalla negazione del sistema inquisitorio, la mancanza di chiarezza nelle posizioni delle parti va risolta (non già con il libero interrogatorio delle parti, ma) con il ricorso alle regole generali sull'onere della allegazione e della prova. Così, se la "confusione" ingenerata (magari creata ad arte dal difensore) riguarderà i fatti costitutivi, essa andrà a tutto discapito dell'attore; se concernerà i fatti impeditivi, modificativi, ovvero estintivi, essa andrà a detrimento del convenuto.

Del resto, non si dimentichi che, dopo la riforma, il giudice parla a due parti che sono già "cristallizzate" nelle loro rispettive deduzioni di merito. I fatti sono quelli esposti in citazione e in comparsa di risposta. Vi è dunque una palese contraddizione, intrinseca nella legge, tra imporre la comparizione delle parti a chiarimenti, da un lato, e pretendere che la stessa avvenga "sulla base dei fatti allegati", e come tali immutabili. Chiarire dei fatti, invero, il più delle volte non significa altro se non indicarne dei nuovi; ma l'esposizione di questi ultimi è ormai impossibile, essendo irrimediabilmente calate le "saracinesche" delle preclusioni in ordine alle deduzioni di merito».

(4) Cfr. BGH, in NJW, 1994, 736.

(5) Giudice monocratico di primo grado per le cause di valore più modesto - di regola sino a DM 10.000 (oggi all'incirca 5.000 €) - grosso modo corrispondente a quello che fu il nostro pretore.

(6) Kammler, *Methodik der Fallbearbeitung*, in *JuS*, 1989, 116. Per alcune informazioni su tale procedura in lingua italiana cfr. Cfr. Dalla Verità, Tanda e Zattoni, *Affari e commercio con la Germania*, disponibile alla pagina web seguente: <http://www.ice.it/estero2/germania/affari2.htm>.

so gli uffici giudiziari di primo grado (*Amtsgerichte*) ben 5.100.865 istanze di procedura monitoria, contro 1.320.442 procedimenti ordinari e 375.126 cause in materia di famiglia.

Occorrerà al riguardo tenere presente che, in linea generale, il creditore di una somma di denaro ha l'alternativa tra il ricorso alla procedura in oggetto, ovvero a quella ordinaria. La scelta per la procedura monitoria è determinata non già, come da noi, dalla circostanza di possedere una prova scritta del proprio credito, bensì dal livello di probabilità che il debitore non contesti l'ingiunzione. In effetti, se il debitore proporrà opposizione, il vantaggio iniziale del *Mahnverfahren* si tradurrà, in realtà, in una perdita di tempo. Naturalmente, in favore della scelta per la procedura monitoria militano anche i costi, che sono sensibilmente ridotti rispetto a quelli del procedimento ordinario (7). In quest'ultimo aspetto si manifesta un'altra differenza rispetto al sistema italiano, nel quale accade assai sovente che il legale del creditore preferisca iniziare la procedura con un atto di citazione, sperando in tal modo di indurre il debitore a pagare, per evitare di anticipare la pesante imposta di registro dovuta sul decreto ingiuntivo.

La procedura, descritta ai §§ 688 ss. ZPO, si articola in due fasi. Nella prima, su istanza del creditore, viene emesso il decreto monitorio (*Mahnbescheid*), che viene notificato al debitore. In caso di mancata opposizione da parte di quest'ultimo, viene emesso il decreto di esecutorietà del decreto monitorio (*Vollstreckungsbescheid zum Mahnbescheid*). Decorsi inutilmente i termini di opposizione, il creditore può dare inizio agli atti esecutivi. In caso di opposizione si apre invece un'ordinaria procedura contenziosa.

### 3. La procedura monitoria tedesca (*Mahnverfahren*): ammissibilità e competenza

Sotto il profilo dell'ammissibilità la legge (§ 688 ZPO) richiede che il ricorrente vanti un credito in denaro, più esattamente «in valuta nazionale» (*in inländischer Währung*), cioè, oggi, in euro. La prestazione non deve inoltre dipendere da una controprestazione non ancora adempiuta.

La competenza territoriale è dell'*Amtsgericht* del luogo del domicilio (o della sede legale, se trattasi di società) del ricorrente (§ 689 cpv. ZPO). Il giudice competente è dunque quello del creditore istante. I cittadini stranieri possono anch'essi ricorrere al *Mahnverfahren*, con competenza esclusiva dell'*Amtsgericht* di Berlino-Schöneberg. Funzionalmente competente è però non già il giudice (*Amtsrichter*), bensì il *Rechtspfleger*. Trattasi di organo sconosciuto in Italia, che non ha natura giurisdizionale in senso stretto, bensì una collocazione piuttosto burocratico-amministrativa. Per questa ragione, tra l'altro, il *Rechtspfleger* si limita ad un controllo più che altro formale circa la completezza dei documenti allegati (oltre, come si vedrà tra poco, ad un limitato controllo di fondatezza dell'istanza).

L'istanza va presentata secondo una modulistica predisposta dall'Ufficio (§§ 703c cpv., 691, primo comma, lett. i, ZPO); essa deve contenere l'indicazione delle parti, del difensore, dell'ufficio competente a emettere l'ingiunzione di pagamento, dell'ufficio competente per il giudizio ordinario, nonché la dichiarazione che il credito è liquido, certo ed esigibile, e che non è collegato ad una controprestazione dell'istante (o che essa, se esistente, è stata adempiuta). Ovviamente, deve essere indicato anche l'importo del credito, mentre non è necessario che venga specificato il rapporto contrattuale da cui esso ha tratto origine (8).

È poi opportuno che l'istanza contenga anche la manifestazione di volontà del creditore in ordine all'instaurazione del giudizio a cognizione piena, in caso di opposizione, poiché tale attivazione non è automatica (§§ 696, primo comma, ZPO). Come da noi, la litispendenza è determinata dalla notifica del provvedimento al debitore (§ 696, terzo comma, ZPO). A differenza che da noi, invece, l'istanza non può contenere una richiesta di provvisoria esecutorietà (cfr. § 699, primo comma, ZPO).

### 4. La procedura monitoria tedesca (*Mahnverfahren*): la decisione sul ricorso e l'opposizione del debitore (*Widerspruch*)

Ricevuto il ricorso, il *Rechtspfleger* svolge un accertamento della competenza del giudice adito, nonché della completezza formale dell'istanza. Se egli riscontra una carenza di elementi, ovvero l'incompetenza del giudice, o, ancora, che le spese giudiziali non sono state pagate in anticipo, fissa un termine per il richiedente entro il quale sanare la mancanza di elementi essenziali. Trascorso inutilmente questo termine, il *Rechtspfleger* rigetta con proprio provvedimento la domanda di emissione del decreto monitorio. Il *Rechtspfleger* ha però anche sicuramente poteri di controllo sulla eventuale manifesta infondatezza dell'istanza: si parla al riguardo di un «limitato controllo di merito» (*eingeschränkte Sachprüfung*) e si porta, per esempio, il caso di pretese fondate su obbligazioni naturali o impossibili (9).

La richiesta di emissione del *Mahnbescheid*, anche se rigettata, produce effetto interruttivo della prescrizione, poiché in Germania ciò può accadere esclusivamente con un atto giudiziario. Contro l'eventuale rigetto è ammesso ricorso (*Erinnerung*) di fronte all'*Amtsrichter*. In ogni caso il rigetto non ha efficacia di giudicato e pertanto la richiesta può essere sempre ripresentata, tanto nelle forme monitorie, che in quelle ordinarie.

In caso di accoglimento della domanda il *Mahnbescheid* viene a costituire, nella sostanza, un'intimazione al debi-

#### Note:

(7) Cfr. Kammler, *op. cit.*, 116.

(8) Cfr. Kammler, *op. cit.*, 117.

(9) Cfr. Kammler, *op. cit.*, 117.

tore a pagare entro il termine di due settimane dalla notifica il debito, con l'informazione che di quest'ultimo non è stata accertata la fondatezza. L'opposizione può essere proposta entro lo stesso termine. Il decreto monitorio è notificato al debitore a cura dell'ufficio (§ 693, primo comma, ZPO).

Il debitore può proporre opposizione (*Widerspruch*: cfr. § 694 ZPO) al *Mahnbescheid* entro il termine di due settimane dalla notifica (§ 692, comma primo, nr. 3). In realtà, il termine non è da intendersi perentorio, in quanto il debitore può proporre l'opposizione fino a che non gli viene notificato il decreto di esecutorietà (§ 694, primo comma, ZPO). L'opposizione necessita di motivazione specifica sulla (asserita) infondatezza della pretesa del creditore; essa può anche essere meramente parziale. Una volta proposta, l'opposizione blocca l'azione esecutiva del creditore istante.

La proposizione dell'opposizione impedisce dunque al decreto di acquistare esecutorietà, ma non produce *ipso facto* il radicamento del processo ordinario di cognizione, che si instaura solo su richiesta di parte - di solito il creditore - da presentarsi presso il *Rechtspfleger*, che trasmette a sua cura il fascicolo all'Ufficio Giudiziario competente. Lo stesso *Rechtspfleger* fissa per il creditore un termine di due settimane per motivare il proprio credito, in ciò ponendo le premesse per l'integrazione dell'istanza originaria, e per la nascita del procedimento ordinario di cognizione. A seguito dell'inizio del processo di merito da parte del ricorrente, quest'ultimo assume - come ovvio - la posizione processuale di attore (e non già di convenuto-opposto come da noi) e il resistente di convenuto.

### 5. La procedura monitoria tedesca (*Mahnverfahren*): il decreto esecutivo (*Vollstreckungsbescheid*)

Se entro due settimane dalla notifica del *Mahnbescheid* il debitore non propone opposizione, il *Rechtspfleger*, su richiesta del creditore, emette il *Vollstreckungsbescheid* (decreto di esecutorietà del decreto monitorio), ai sensi del § 696, primo comma, Nr. 1 ZPO. All'importo originario vanno aggiunte le spese sostenute dalla procedura. L'emissione del decreto esecutivo non è automatica, ma presuppone la richiesta del creditore, richiesta che va effettuata, a pena di inefficacia del *Mahnbescheid*, entro sei mesi dalla notifica di quest'ultimo (§ 701 ZPO). Il decreto di esecutorietà viene notificato d'ufficio al debitore, è provvisoriamente esecutivo, e diviene definitivamente esecutivo se non impugnato. Come titolo esecutivo il decreto è soggetto a prescrizione trentennale.

Il decreto di esecutorietà può essere impugnato con un particolare tipo di opposizione denominata *Einspruch*, analoga a quella prevista per la sentenza in contumacia (su cui cfr. *infra*, paragrafo 8): ciò deriva direttamente dal fatto che il *Vollstreckungsbescheid* viene dal § 700 ZPO equiparato *in toto* ad un *Versäumnisurteil* (sentenza contumaciale, per l'appunto) munito di clausola di provvi-

soria esecutorietà. La proposizione di tale opposizione impedisce al decreto esecutivo di acquistare l'efficacia di cosa giudicata, ma non ne sospende l'esecutorietà. A tal fine il debitore deve chiedere (ai sensi dei §§ 719, primo comma, e 707 ZPO) la sospensione dell'esecuzione forzata. L'*Einspruch* va proposto nel termine perentorio di due settimane dalla notifica del *Vollstreckungsbescheid*. Il suo effetto è quello di dar luogo ad una procedura ordinaria di cognizione che si svolge dinanzi al giudice competente, cui il *Rechtspfleger* invia gli atti (§ 700, terzo comma, ZPO).

### 6. Le principali differenze tra *Mahnverfahren* tedesco e procedimento per decreto ingiuntivo italiano

Sulla base di quanto sopra esposto emergono evidenti le differenze fra il decreto ingiuntivo italiano ed il decreto monitorio tedesco: la più rilevante consiste nel fatto che in Germania il creditore non è tenuto a provare l'esistenza del credito, né ad esporre i fatti costitutivi della pretesa. È sufficiente menzionare l'importo del credito ed il rapporto contrattuale, ma non è necessario provarne la fondatezza: spetta al giudice valutare l'attendibilità della richiesta del creditore. La ZPO non richiede inoltre che del credito vantato sia data prova scritta (per tale ipotesi esiste invece un distinto procedimento semplificato: l'*Urkundsprozess*, su cui v. *infra*, paragrafo 9).

Il legislatore tedesco ha modificato l'originaria disposizione che impediva il ricorso al *Mahnbescheid* se il debitore si trovava all'estero; attualmente, il decreto monitorio può essere utilizzato se la notifica deve essere effettuata in un paese aderente alla Convenzione di Bruxelles del 1968 (cfr. ora il Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) (10). In Italia, la notifica avviene in applicazione della Convenzione dell'Aja del 1965 sulla circolazione di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale (cfr. ora il Regolamento CE n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale) (11). L'impugnazione da parte

#### Note:

(10) Testo disponibile alla pagina web seguente: [http://europa.eu.int/eurlex/it/lif/dat/2001/it\\_301R0044.html](http://europa.eu.int/eurlex/it/lif/dat/2001/it_301R0044.html) Sul tema della «circolazione» all'interno dello spazio giuridico europeo dei provvedimenti sommari cfr. per tutti Consolo, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la «circolazione» comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, 593 ss. Per un caso recente concernente il riconoscimento in Germania di un provvedimento interinale ex art. 186-ter c.p.c. cfr. OLG Düsseldorf, 21 febbraio 2001, in *Int'l Lis*, 1, Inverno 2001/2002, 20, con nota di Merlin, *Sulla libera circolazione delle ordinanze di ingiunzione ex art. 186 ter c.p.c. con il fardello però della cauzione*.

(11) Testo disponibile alla pagina web seguente: [http://europa.eu.int/eurlex/it/lif/dat/2000/it\\_300R1348.html](http://europa.eu.int/eurlex/it/lif/dat/2000/it_300R1348.html)

del debitore deve essere proposta nel termine allungato di un mese (e non di due settimane).

### 7. Il Mahnverfahren in Internet

Numerosi sono ormai i siti tedeschi che trattano della procedura monitoria, ne descrivono l'iter, raccolgono materiale informativo, formulari, etc. e rinviando ad altri siti contenenti informazioni del medesimo genere. Al riguardo potranno utilmente consultarsi, *ex multis*, i seguenti:

– jura-lotse.de, all'indirizzo *web* seguente:

<http://www.jura-lotse.de/Links/Rechtsgebiete/Zwangsvollstreckung/Mahnverfahren/>

– mahnverfahren-aktuell.de, all'indirizzo *web* seguente:

<http://www.mahnverfahren-aktuell.de/Einfuehrung%20in%20das%20Mahnverfahre/einfuehrung%20in%20das%20mahnverfahre.html>

– mahnverfahren-info.de, all'indirizzo *web* seguente

<http://www.mahnverfahren-info.de/html/mahnverfahren.html>

[http://www.mahnverfahren-info.de/html/allgemeine\\_hinweise.html](http://www.mahnverfahren-info.de/html/allgemeine_hinweise.html)

Formulari *online* sono reperibili agli indirizzi seguenti:

– <http://www.disque.de/ra/index.html?ra/info/mahnbescheid.html>

– <http://www.mahnverfahren-info.de/html/download.html>

– <http://www.mahnung-online.de/>

Vari *softwares* scaricabili per la redazione delle istanze e dei principali atti afferenti alla procedura monitoria tedesca sono reperibili agli indirizzi seguenti:

– <http://www.mahnverfahren-aktuell.de/DTA%20/dta%20.html#Softwareanbieter>

– <http://www.mahnverfahren-info.de/html/druckprogramm.html>

Copiosi rinvii di carattere bibliografico sono reperibili all'indirizzo seguente:

– <http://www.mahnverfahren-info.de/html/literatur.html>

In Internet esistono anche veri e propri *fora* di discussione sul tema *Mahnverfahren*, nei quali ogni interessato può porre domande e richiedere così aiuto. Le relative risposte vengono pubblicate e messe a disposizione di tutti gli utenti. Al riguardo si consulti, per esempio, il sito seguente:

– [http://cgi04.puretec.de/cgi-bin/fo\\_shw?clsid=5e921d61b19f44da47bb766f26acb368](http://cgi04.puretec.de/cgi-bin/fo_shw?clsid=5e921d61b19f44da47bb766f26acb368)

Alcuni siti mettono poi a disposizione anche raccolte di decisioni sui problemi specifici del procedimento monitorio; si consulti, ad esempio, il seguente:

– <http://www.mahnverfahren-info.de/html/wichtig.html>

Dettagliate informazioni sono poi reperibili sui procedimenti monitori nei confronti di stranieri o da eseguire all'estero; si consulti, ad esempio, la seguente pagina *web*:

– [http://www.auslandsmahnverfahren.de/html/ab\\_01\\_06\\_2001.html](http://www.auslandsmahnverfahren.de/html/ab_01_06_2001.html)

Altre pagine contengono una sorta di prontuario di «pronto soccorso» a chi, per esempio, si veda notificare un *Mahnbescheid*:

– <http://www.forderungenbeitreibung.de/schuldner-tipps.htm>

Non mancano peraltro informazioni fornite a chi voglia studiare il problema, per così dire, *ex latere creditoris*; cfr. per esempio:

– [http://www.berlin.ihk.de/service/recht/18beratung-mahnverfahren8\\_2.html](http://www.berlin.ihk.de/service/recht/18beratung-mahnverfahren8_2.html)

Infine, si potranno indicare un paio di siti contenenti una schematica presentazione dei passaggi salienti della procedura in oggetto:

– <http://www.arbg.bayern.de/lagn/mv1.htm>

– [http://www.berlin.ihk.de/service/recht/18beratung-mahnverfahren8\\_2.html](http://www.berlin.ihk.de/service/recht/18beratung-mahnverfahren8_2.html)

### 8. La sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*)

Ai sensi del § 330 ZPO, nel caso di mancata presentazione dell'attore all'udienza per la trattazione orale, il giudice, su istanza del convenuto, deve puramente e semplicemente rigettare la domanda. Nel caso di mancata presentazione del convenuto il giudice, su istanza dell'attore, deve ritenere come riconosciuti dal convenuto i fatti oggetto della narrativa dell'atto di citazione. Se tanto basta all'accoglimento della domanda e non si pongono questioni rilevabili d'ufficio, il giudice deve accogliere quest'ultima (cfr. § 331 ZPO). Inutile sottolineare sul punto la differenza rispetto al nostro sistema, nel quale non solo la contumacia, ma neppure la mancata presentazione a rendere l'interrogatorio formale ritualmente deferito al contumace possono costituire motivo (o *tout court* motivo) per ritenere provati i fatti dedotti dalla parte costituita.

Dottrina e giurisprudenza sogliono però distinguere tra sentenza contumaciale vera e propria (*echtes Versäumnisurteil*) e sentenza contumaciale impropria (*unechtes Versäumnisurteil*). Quest'ultima si ha allorché la decisione è resa in contumacia di una delle parti, ma non già a ragione della contumacia stessa, bensì per un altro motivo: si pensi al rigetto della domanda perché inammissibile (12). È evidente che la contumacia del convenuto andrà dichiarata solo se questi sia stato ritualmente evocato in giudizio, nel senso che l'ufficiale giudiziario deve avere, ai sensi del § 214 ZPO, proceduto ad una regolare notifica della citazione a comparire all'udienza fissata dal giudice (§ 216 ZPO), nel rispetto del termine a comparire previsto dalla legge (§ 217 ZPO). La sentenza contumaciale non potrà essere pronunziata neppure nel caso in cui la parte non comparso abbia addotto un giustificato motivo per la sua assenza: in tal caso la trattazione orale andrà rinviata (§ 337 ZPO). Solitamente si considera giustificata anche

Nota:

(12) Cfr. OLG München, in MDR, 1988, 973.

un'assenza preannunziata dall'avvocato al collega avversario (13).

La relativa sentenza non dovrà contenere, di regola, né la narrazione dei fatti e lo svolgimento del processo (*Tatbestand*), né i motivi della decisione (*Entscheidungsgründe*): § 313b, primo comma, ZPO. I principi testé delineati valgono però solo per il procedimento orale, che, ai sensi del § 128 ZPO, costituisce la regola: esso appare incentrato sulla trattazione orale (*mündliche Verhandlung*) all'udienza fissata dal giudice; proprio in relazione a quest'ultima va valutata la comparizione o meno delle parti, con conseguente eventuale contumacia. Il *Versäumnisurteil* non è invece ammissibile qualora il processo sia scritto (14). Ciò si verifica allorché entrambe le parti concordano nel derogare alla regola dell'oralità, ovvero se il giudice lo ritiene opportuno, per cause di valore modesto (cfr. § 128 ZPO).

La sentenza contumaciale è una pronuncia dotata, come tutte le altre, di provvisoria esecutorietà. Essa non è attaccabile né con appello, né con alcun mezzo di impugnazione straordinaria (§§ 513, primo comma, 566 ZPO). Esiste però uno speciale mezzo di gravame, denominato *Einspruch* (opposizione: cfr. §§ 338 ss. ZPO), che, per il fatto di investire il medesimo giudice che ha pronunziato la sentenza in contumacia, è privo di effetto devolutivo e non viene pertanto considerato un mezzo di impugnazione (si tratta piuttosto di un mezzo di gravame) (15). Se dichiarato ammissibile, esso determina la regressione del processo alla fase iniziale, precedente alla contumacia (§ 342 ZPO), con la conseguenza che, per esempio, un riconoscimento contenuto in un eventuale scritto anteriore all'udienza (perché depositato in un'eventuale fase preprocessuale denominata *schriftliches Vorverfahren*: cfr. § 272 cpv. ZPO) conserva efficacia (16). Quanto sopra vale solo per la sentenza contumaciale propria (*echtes Versäumnisurteil*), dal momento che, nel caso di sentenza contumaciale impropria (*unechtes Versäumnisurteil*), i rimedi sono quelli ordinari (17).

L'opposizione è ammissibile qualora ricorrano i seguenti presupposti (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*):

- procedibilità (*Statthaftigkeit*), in relazione al fatto che si tratti di pronuncia contumaciale propria;
  - tempestività, nel senso che deve essere rispettato il termine di due settimane previsto dal § 339 ZPO a decorrere dalla data di notificazione della sentenza;
  - rispetto dei requisiti formali previsti dal § 340 ZPO (indicazione della sentenza contumaciale opposta, dichiarazione formale di opposizione, deduzione nel corpo dell'*Einspruchsschrift* delle deduzioni di merito ed istruttorie).
- Si noti che tra i presupposti di ammissibilità non rientra la prova della non ricorrenza dei presupposti per la pronuncia in contumacia: in altri termini la parte rimasta contumace può opporsi per ogni motivo, tanto di legittimità che di merito.

Il giudice deve valutare *ex officio* l'ammissibilità della domanda: in caso di ritenuta inammissibilità questa va dichiarata, per l'appunto, senz'altro inammissibile (§ 341

ZPO); qualora la ritenga ammissibile, il giudice deve invece fissare l'udienza per la trattazione orale (§ 341a ZPO), con conseguente regressione del processo alla fase iniziale, come se la contumacia non si fosse verificata. Nel caso di contumacia anche in questa seconda fase il giudice emette un *zweites Versäumnisurteil*, contro cui è esclusa ogni forma di opposizione (così come di ogni altro rimedio: cfr. § 345 ZPO).

### 9. Il procedimento documentale (*Urkundsprozess*)

Un particolare tipo di procedimento speciale caratterizzato da una, almeno tendenziale, maggior velocità, è costituito dal processo documentale (*Urkundsprozess*). Ai sensi del § 592 ZPO il creditore di una somma di denaro determinata, o di una prestazione avente ad oggetto una quantità di cose fungibili o titoli di credito può valersi di siffatta procedura, allorché è in grado di dimostrare documentalmente tutti i fatti costitutivi della propria pretesa. La stessa disposizione precisa poi che a tali fattispecie è equiparata la pretesa garantita da ipoteca, da ipoteca navale, credito fondiario (*Grundschuld*) o da rendita vitalizia. Il creditore deve manifestare nell'atto introduttivo (esplicitamente o anche solo *per facta concludentia*, secondo la giurisprudenza) che intende avvalersi della procedura in oggetto (§ 593 ZPO) e i documenti prodotti vanno notificati al debitore, in una con la citazione a comparire. In siffatto tipo di processo non sono ammesse domande riconvenzionali, né si consente che la parte chieda al giudice di ordinare la produzione di atti, che debbono già trovarsi nella disponibilità delle parti e che vanno pertanto prodotti in causa (§ 595 ZPO). La parte attrice può, sino alla chiusura della trattazione orale, rinunciare alla procedura speciale e domandare che la medesima si converta in procedura ordinaria (§ 596 ZPO). L'istruttoria è limitata alla sola produzione documentale e all'interrogatorio formale (§ 595 cpv. ZPO): ne consegue che anche le eccezioni del convenuto sono ammissibili alla sola condizione che si fondino su evidenze documentali. Per tali non debbono intendersi soli atti pubblici, ma anche semplici scritture private (18). La giurisprudenza del BGH ha poi chiarito che la prova scritta è necessaria solo per quelle allegazioni che non vengono contestate dal convenuto (19). In genera-

#### Note:

(13) Cfr. BGH, in NJW, 1976, 196.

(14) Cfr. BverfG, in NJW, 1993, 2864.

(15) Thomas e Putzo, *op. cit.*, 738: «Der Einspruch ist kein Rechtsmittel, weil er die Sache nicht an die höhere Instanz bringt und nicht zur Nachprüfung des Versäumnisurteils, sondern zur Nachholung der versäumten Verhandlung führt. Er ist der einzige Rechtsbehelf, der die nachteiligen Folgen totaler Säumnis beseitigt».

(16) Cfr. BGH, in NJW, 193, 1717.

(17) Cfr. Thomas e Putzo, *op. cit.*, 738.

(18) Nel senso dell'ammissibilità di una prova fondata su di un fax cfr. OLG Köln, in NJW, 1992, 1774.

(19) Cfr. BGH, in NJW, 1974, 1199.

le i giudici si mostrano piuttosto generosi nella valutazione della prova scritta, nel senso che essi non richiedono che il diritto fatto valere risulti necessariamente e direttamente dal documento, ma ritengono sufficiente che il documento prodotto evidenzi l'esistenza di un indizio, nel senso della sussistenza degli elementi di fatto dai quali nasce il diritto fatto valere in giudizio (20).

La sentenza può essere emessa con o senza riserva (cfr. § 599 ZPO). È senza riserva la sentenza pronunciata contro il convenuto che ha ammesso il proprio debito o che comunque non lo ha contestato o è rimasto contumace. Se il convenuto si è opposto la sentenza deve invece essere emessa con riserva e dunque contenere un'espressa salvezza della facoltà per il convenuto di far valere con successivo processo i suoi diritti. Essa costituisce però titolo esecutivo (§ 599, terzo comma, ZPO). In tale ultimo caso si apre un successivo processo (*Nachverfahren*), cui peraltro si applicano le regole in tema di contumacia (cfr. § 600 ZPO), sia contro l'attore che il convenuto (cfr. *supra*, paragrafo 8). In questo secondo procedimento vigono le regole ordinarie e, nel caso di reiezione della domanda di parte attrice, questa sarà condannata al risarcimento dei danni conseguenti all'esecuzione della pronuncia con riserva (cfr. § 302, quarto comma, cui fa rinvio il § 600, terzo comma, ZPO). Si noti peraltro che, anche quando il giudice emette sentenza con riserva, egli non è tenuto a fissare un'udienza di prosecuzione dinanzi a sé. Il giudice dovrà invece attendere al riguardo una richiesta di parte, in assenza della quale, trascorsi sei mesi, emetterà un provvedimento analogo al nostro di cancellazione della causa dal ruolo, con immediata estinzione del procedimento (cfr. § 7, nr. 3c AktO).

Le disposizioni in esame si applicano anche nel caso in cui la prova scritta emerga da cambiale e assegno (si parla qui di *Wechselprozeß*, ai sensi del § 602 ZPO, e di *Scheckprozeß*, ai sensi del § 605a ZPO).

### 10. I provvedimenti cautelari tedeschi: generalità

Le statistiche giudiziarie tedesche attestano che la durata media di un processo ordinario di cognizione avanti un tribunale ordinario è di gran lunga inferiore a quella di un processo italiano. Secondo il rapporto inviato dalla delegazione tedesca per la riunione della Seconda Commissione di Studi dell'Unione Internazionale dei Magistrati svoltasi ad Atene nel 1994, la durata media dei procedimenti ordinari dinanzi agli *Amtsgerichte* è di quattro mesi, dinanzi ai *Landgerichte* sei mesi. Il giudizio d'appello dinanzi ai *Landgerichte* è di 5 mesi, dinanzi agli *Oberlandesgerichte* 9 mesi; dinanzi al *Bundesgerichtshof* 10 mesi. Tenendo conto che il ricorso alla Corte Suprema Federale è consentito in casi rigidamente limitati dalla legge, è possibile affermare che il tempo medio di evasione delle controversie è inferiore ai due anni (21).

Alla luce di quanto sopra, sembrerebbe di non grande momento il ricorso a procedure cautelari, vista l'efficienza dell'ordine giudiziario. Ciononostante, il ricorso alle misure cautelari è in aumento, e, in determinati settori

(quale quello della libera concorrenza e del diritto industriale in genere), esso ha soppiantato l'usuale giudizio di cognizione (22). Esattamente come da noi, l'originaria funzione di esclusiva garanzia propria di tali procedure è stata superata da una funzione (in Italia quanto meno *de facto*) di vera e propria attuazione del diritto. Come osservato in dottrina, tale funzione, «die ursprünglich ausschließlich der Rechtssicherung dienende, wird zunehmend in Bereiche (vorläufiger) Rechtsverwirklichung ausgeweitet, so daß sie auf einzelnen Rechtsgebieten - etwa im Wettbewerbsrecht oder im Presserecht - den normalen Prozeß bereits weitgehend zurückdrängen und oft vollständig ersetzen» (23).

La legislazione tedesca in materia è assai scarna, oltre che disorganica (24), e si può ritrovare nella quinta se-

#### Note:

(20) Cfr. per esempio BGH, in WM, 1983, 22; in NJW, 1985, p. 2953; OLG Köln, in NJW, 1992, 1774.

(21) Sul punto cfr. anche Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in Foro it., 1998, V, 27.

(22) Cfr. Dalla Verità, Tanda e Zattoni, *Affari e commercio con la Germania*, cit.; si noti che già oltre vent'anni fa la dottrina rimarcava che siffatte procedure avevano «eine immense praktische Bedeutung gewonnen»: cfr. Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, in JuS, 1980, 882. Più in generale, per la letteratura tedesca sull'argomento cfr., *ex multis*, Teplitzky, *Streitfragen beim Arrest und der einstweiligen Verfügung*, in MZ, 1982, 41 ss.; Schellhammer, *Zivilprozeß*, Heidelberg, 1992; Tempel, *Mustertexte zum Zivilprozeß*, II, München 1993; Sattelmacher, Sirp e Schuschke, *Bericht, Gutachten und Urteil*, München, 1994; Oberheim, *Zivilprozeßrecht für Referendare*, Düsseldorf, 1997; Baumbach, Lauterbach, Albers e Hartmann, *Zivilprozeßordnung*, München, 1998; v. inoltre l'articolo anonimo dal titolo *Arrest und einstweilige Verfügung*, disponibile al sito web seguente: [http://www.jurathek.de/tom/katalog/av\\_referate/referat\\_zivilr\\_9.html](http://www.jurathek.de/tom/katalog/av_referate/referat_zivilr_9.html). Per la letteratura in lingua italiana cfr., anche per gli ulteriori rinvii, Habscheid, *Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca*, in Riv. dir. proc., 1987, 924 ss.; Massari, *La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco*, in Riv. dir. proc., 1996, 480 ss.; Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 26 ss. Sullo speciale tema dei rapporti tra procedimento cautelare e giudizio arbitrale cfr. Walter, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia)*, in Riv. dir. proc., 1999, 677 ss.

(23) Così Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 883.

(24) Osserva al riguardo Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 883, che «Die Erarbeitung der dafür unerläßlichen Verfahrenskennntnisse wird dem Lernwilligen allerdings nicht ganz leicht gemacht, denn die gesetzliche Regelung in den §§ 916-945 ist in mehrfacher Hinsicht mißglückt. Darüber, daß sie an der falschen Stelle steht, besteht heute völlige Einhelligkeit. Das 8. Buch der ZPO, in dem sie sich als 5. Abschnitt findet, regelt die Zwangsvollstreckung. Die Vorschriften über Arrest und einstweilige Verfügung haben jedoch - abgesehen von den wenigen Bestimmungen (§§ 928-934), die den Vollzug dieser Maßnahmen betreffen - mit Zwangsvollstreckung nichts zu tun. Sie setzen - anders als letztere - keinen Vollstreckungstitel voraus, sondern dienen erst seiner Erwirkung. Sie regeln damit eine besondere Form des Erkenntnisverfahrens. Als ungünstig hat sich auch erwiesen, daß die Regelung dieses Verfahrens unvollständig ist und obendrein vom Arrest ausgeht, während sie sich bei der praktisch viel häufigeren, bedeutenderen und problematischeren einstweiligen Verfügung auf wenige Sonderbestimmungen (§§ 935 bis 944) und auf die allgemeine Verweisung auf die Arrestvorschriften durch § 936 beschränkt. Schließlich ergeben sich erhebliche Arbeiterschwerungen daraus, daß die Kommentare die

(segue)

zione dell'ottavo libro della ZPO, §§ 916 ss. Esistono fondamentalmente due categorie di provvedimenti cautelari:

- l'Arrest, cioè il sequestro conservativo dei beni e l'arresto del debitore (§§ 916-936);
- le *einstweilige Verfügungen*, cioè una serie di provvedimenti provvisori (25) (§§ 937 ss.).

La disciplina più particolareggiata è certamente quella dell'Arrest, istituto storicamente più antico, mentre la regolamentazione dei provvedimenti provvisori è ricavabile dal combinato disposto degli articoli espressamente ad essi dedicati, in numero piuttosto scarso, con gli articoli applicabili all'Arrest (che costituiscono la disciplina di riferimento, ove compatibile). In effetti questa tecnica normativa mostra i segni del tempo, perché le applicazioni delle *einstweilige Verfügungen* sono ormai più frequenti di quelle dell'Arrest (26). Il ricorso sempre più frequente nella prassi ai provvedimenti provvisori, accompagnato da una normativa non esaustiva, ha dato ampio spazio all'azione dei giudici, le cui ordinanze costituiscono un vero e proprio *corpus* di diritto giurisprudenziale.

La dottrina definisce l'Arrest e le *einstweilige Verfügungen* come provvedimenti giudiziali che, in determinati casi e a determinate condizioni, consentono di attribuire al ricorrente una tutela provvisoria a seguito di un procedimento sommario, accelerato nei tempi e snellito nelle procedure (27).

### 11. I provvedimenti cautelari tedeschi: l'Arrest

L'Arrest è un provvedimento cautelare diretto ad assicurare il creditore contro i rischi di insolvenza del debitore, al fine di garantire l'esito di una futura esecuzione forzata in relazione a crediti pecuniari, ovvero convertibili in crediti pecuniari (per tali ultimi intendendosi usualmente i crediti risarcitori). Le forme dell'Arrest sono due:

- il sequestro conservativo (*dinglicher Arrest*),
- l'arresto del debitore (*persönlicher Arrest*).

Condizione essenziale per la concessione della misura da parte dell'autorità giurisdizionale è che la pretesa sostanziale posta a base della richiesta cautelare (*Arrestanspruch*) sia fondata su credito pecuniario, o convertibile in esso. Sempre sotto il profilo che noi definiremmo del *fumus boni iuris* va notato che la legge non richiede che il debito sia già esigibile (28) purché, se sottoposto a condizione, l'avveramento di questa si palesi non improbabile (cfr. § 916 cpv. ZPO) (29). Non è invece ammissibile il ricorso all'Arrest per la tutela di diritti futuri (30).

Il secondo requisito è la presenza dell'*Arrestgrund* (corrispondente al nostro *periculum in mora*) che consiste essenzialmente nel pericolo che, in mancanza del sequestro o dell'arresto, la tutela dei diritti del creditore (o l'esecuzione della sentenza del processo di cognizione) sarebbe resa più difficile o, peggio, impossibile (§ 917 ZPO). Al riguardo non ha rilevanza il fatto che il depauperamento del patrimonio del debitore sia effetto di una sua azione deliberata, ovvero sia frutto di un oggettivo

atteggiarsi della fattispecie concreta. Se il provvedimento va eseguito all'estero, la legge presume l'esistenza di un sufficiente *Arrestgrund* (§ 917 cpv. ZPO). Nel caso il debitore presti garanzie alternative al sequestro (pegno, ipoteca, titoli, ecc.) il sequestro concesso al creditore può essere sostituito dalle garanzie medesime. Va notato peraltro che il requisito in esame viene valutato in Germania con assai maggior rigore che non da noi: è pacifico, infatti, che la prova delle cattive condizioni econo-

#### Note:

(segue nota 24)

notwendigen Informationen zwar in imponierender Fülle, aber ohne einheitliches System bringen». Per analoghe considerazioni cfr. Schild, *Arrest und einstweilige Verfügung*, disponibile al seguente sito web: <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/ZPO-Bistro/s-download.htm>

(25) L'espressione «provvedimenti provvisori» sembra preferibile a quella «provvedimenti interinali», suggerita da Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 28, in quanto tale ultima locuzione designa ormai da noi provvedimenti di natura non cautelare, quali quelli di cui agli artt. 186-bis, 186-ter e 186-quater c.p.c. (sulla differenza tra tali procedimenti e quelli cautelari v. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 94; Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993, 144; fanno leva, per pervenire alle stesse conclusioni, sull'assenza del requisito del *periculum in mora* al fine della concessione delle misure in discorso Consolo, Luiso e Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 548; sulla «cautelarità» o meno, nei termini sopra indicati, del provvedimento ex 423 c.p.c. v. anche Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 358).

(26) Cfr. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 28.

(27) Così Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 882 ss.

(28) Si noti che alle stesse conclusioni si perviene in Italia, argomentandosi dal disposto dell'art. 1356, primo comma, c.c. ed applicando a fortiori tale regola in relazione alle obbligazioni sottoposte a termine: cfr. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 674. Nello stesso senso appare orientata la giurisprudenza: cfr. Cass., 28 gennaio 1994, n. 864 (secondo cui «La legittimazione a chiedere il sequestro conservativo spetta solo a chi sia titolare di un credito attuale, ancorché non esigibile. Non è, pertanto, legittimato l'eventuale erede di un soggetto nel caso in cui beni di quest'ultimo abbiano formato oggetto di alienazione da parte dell'erede legittimo, non configurandosi tra dette parti un rapporto in virtù del quale alla prima possa essere attribuita la qualifica di creditore dell'altra»); v. inoltre Cass., 21 ottobre 1966, n. 2573 (secondo cui «Per la concessione e la convalida del sequestro conservativo non è necessario che il credito sia esigibile. L'esigenza di tale misura cautelare può, infatti, presentarsi con carattere di maggiore urgenza proprio quando il credito non è esigibile, stante l'impossibilità di escutere immediatamente il debitore e di impedire, in tale modo, che il suo patrimonio venga disperso e, con esso, vengano meno le garanzie del credito»).

(29) Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 884.

(30) Cfr. Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1616; per ulteriori approfondimenti cfr. inoltre Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 28. La giurisprudenza italiana afferma al riguardo che «a legittimare la concessione del sequestro conservativo occorre la esistenza di un credito, anche se non liquido od esigibile, purché attuale, ossia non meramente ipotetico od eventuale» (cfr. Cass., 20 novembre 1970, n. 2445; v. inoltre Cass., 5 gennaio 1967, n. 22, secondo cui «Nei confronti della società in liquidazione il socio ha un credito soltanto ipotetico alla restituzione del conferimento, e pertanto, sino a che nel corso del procedimento di liquidazione non si delinei la probabilità di un suo credito e sussista il pericolo di perderne le garanzie, non può chiedere sequestro conservativo»).

miche del debitore o la dimostrata presenza di altri creditori non sono sufficienti per l'emanazione della misura (31), se non si prova che, per esempio, il debitore sta sperperando il suo patrimonio, o che sta alienando in maniera sospetta i propri cespiti, o che sta per rendersi irreperibile o per fuggire all'estero (32).

L'eventualità prevista dalla legge dell'arresto del debitore (§ 918 ZPO: *persönlicher Arrest*) è volta non tanto a limitarne la libertà personale, in un contesto sanzionatorio, quanto la possibilità d'azione, se questa può verificare un depauperamento e provocare la nascita di un *periculum*. Tale interpretazione è confermata indirettamente dal fatto che l'arresto non è ammissibile se il debitore ha già perduto il suo patrimonio (33). Ancora, si pone il problema se arresto e sequestro conservativo siano strumenti giurisdizionali del tutto fungibili. Al riguardo, appare palese come la restrizione della libertà personale sia provvedimento molto più grave rispetto al sequestro dei beni; quindi, in applicazione del «principio costituzionale della proporzionalità» (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) (34), l'arresto vero e proprio è misura applicabile solo in casi eccezionali (ai sensi dei §§ 908 ss., 933 ZPO), e quando non è sostituibile con misure più «morbide» (ritiro del passaporto, obbligo di firma periodico presso un comando di polizia, ecc.).

## 12. I provvedimenti cautelari tedeschi: le *einstweilige Verfügungen* in generale

I provvedimenti provvisori (*einstweilige Verfügungen*) appaiono riconducibili a due grandi categorie:

– *Sicherungsverfügungen* (provvedimenti «di sicurezza») ex § 935 ZPO, secondo cui sono ammissibili misure provvisorie qualora si tema che una modifica della situazione esistente impedisca o renda notevolmente più difficile l'attuazione del diritto di una parte;

– *Befriedigungsverfügungen* (provvedimenti «satisfattori», o «anticipatori») ex § 940 ZPO, secondo cui sono ammissibili misure provvisorie al fine di disciplinare una situazione provvisoria relativamente ad un rapporto giuridico controverso, qualora ciò appaia necessario al fine di evitare un notevole pregiudizio ad una parte o che quest'ultima subisca violenza o altro pregiudizio (35).

Va subito detto in proposito che la differenza tra i predetti istituti non può essere impostata - come saremmo tentati di fare noi italiani - in termini di provvedimenti conservativi/provvedimenti anticipatori. In entrambe le categorie si rinvergono infatti, come si vedrà, provvedimenti dell'uno e dell'altro genere. In realtà le differenze fra le due fattispecie sopra ricordate sono, a ben vedere, tanto sfumate da rendere difficile per il ricorrente specificare esattamente nell'istanza il tipo di misura da richiedere.

La prassi tende a risolvere la difficoltà richiamando contemporaneamente il § 935 e il § 940. Il ricorrente non ha l'onere di specificare nell'istanza se intende chiedere l'uno o l'altro dei provvedimenti cautelari. Se l'istanza viene proposta sulla base di una sola delle due

disposizioni, il giudice può accoglierla sulla base dell'altra, senza necessità di invitare il ricorrente a modificare la propria istanza. Questo modo di procedere si risolve indubbiamente in un'attenuazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (§ 308 ZPO) nel procedimento di rilascio delle *einstweilige Verfügungen*, poiché il ricorrente non ha l'onere di precisare con esattezza il tipo di provvedimento che richiede, ma deve indicare solamente il diritto da tutelare e il tipo di tutela (conservativa o anticipatoria) richiesto (36). L'appiglio di diritto positivo è individuato nel § 938, primo comma, ZPO, che attribuisce al giudice un margine di apprezzamento nell'attribuire al provvedimento cautelare un contenuto idoneo al conseguimento dello scopo (37).

Il diritto di famiglia conosce poi speciali misure denominate *einstweilige Anordnungen* (cfr. §§ 620-620g, 641d ZPO), che non si distinguono se non sul piano terminologico dai provvedimenti qui in esame, al punto che le eventuali lacune circa la disciplina delle prime sono colmate attraverso il rinvio alla disciplina propria delle seconde (38).

## 13. I provvedimenti cautelari tedeschi: le *Sicherungsverfügungen*

Le *Sicherungsverfügungen* (provvedimenti «di sicurezza») ex § 935 ZPO, sono, come si è detto, misure cautelari dirette ad assicurare la futura esecuzione forzata di crediti diversi da quelli aventi ad oggetto somme di denaro, quali ad esempio quelli concernenti la consegna, l'esibi-

### Note:

(31) Sul punto per approfondimenti cfr. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 29.

(32) Così Schellhammer, *op. cit.*, Nr. 1931.

(33) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 30.

(34) Così Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 30.

(35) Sulle *Regelungsverfügungen* che secondo gran parte della dottrina costituirebbero un *tertium genus* di *einstweilige Verfügungen*, ma che in realtà non si distinguono dalle *Befriedigungsverfügungen* cfr. per tutti Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 30 s.

(36) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 31.

(37) «Gem. § 938 liegt es im freien Ermessen des Gerichts festzulegen, welche Maßnahmen zur Sicherung des gegenwärtigen Zustands erforderlich sind. Der Gläubiger wird zwar in der Regel eine bestimmte Maßnahme beantragen, daran ist das Gericht aber nicht gebunden. § 308 I entfaltet hier nur insoweit Wirkung, als die angeordnete Maßnahme nicht über den Antrag des Gläubigers hinausgehen darf» (Baumbach, Lauterbach, Albers e Hartmann, *op. cit.*, § 938, Rdnr. 3).

(38) Cfr. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 31. Sul tema *vereinfachtes Verfahren* nel diritto di famiglia cfr. la raccolta di decisioni dell'Oberlandesgericht Frankfurt am Main - Progetto *Infothek*, alla seguente pagina web: <http://www.hefam.de/urteile/katZ03.html>

zione, il compimento di un certo atto giuridico o l'astenersi dal tenere un certo comportamento (39). Esempio di tale tipo di procedimenti sono il sequestro giudiziario (*Sequestration*) ai sensi del § 938 cpv. ZPO, così come l'imposizione dell'ordine o del divieto di tenere certi comportamenti, quali ad esempio l'alienazione, la sottoposizione a vincoli, ad ipoteche o a oneri di altro genere di determinati beni mobili (si pensi ad un autoveicolo) od immobili.

In particolare, il sequestro giudiziario (*Sequestration*) dà luogo alla custodia e all'amministrazione di uno o più beni da parte di un soggetto (il custode), nominato dal giudice. Con il provvedimento di nomina sono stabiliti altresì contenuto e limiti della custodia e dell'amministrazione. Esso può avere per oggetto sia diritti reali su beni immobili, mobili e aziende, sia crediti la cui titolarità sia controversa fra le parti. Sul punto va dunque registrata una differenza rispetto a quanto disposto dall'art. 670 c.p.c., limitato alle controversie sulla proprietà (sia pure nella lata interpretazione relativa tanto allo *ius in re* che a quello *ad rem*: si pensi al caso dell'azione personale diretta alla risoluzione di un contratto con conseguente riconsegna della cosa alienata) o sul possesso (40).

Venendo agli effetti della misura, per i beni mobili, essendo sconosciuto al diritto tedesco il principio dell'efficacia traslativa del consenso (cfr. art. 1376 c.c.), ma essendo viceversa necessaria la consegna materiale della cosa, la consegna dei beni sequestrati al custode rende impossibile ogni passaggio di proprietà del bene sequestrato (41).

Per i beni immobili, il sequestro ha l'effetto di evitare atti di disposizione materiale (per esempio, atti di immissione nel possesso). Per scongiurare il trasferimento di proprietà con finalità lesive dei diritti dei creditori, questi ultimi hanno la possibilità di richiedere al giudice un provvedimento di divieto di alienazione (con effetti sull'eventuale terzo acquirente in buona fede), ovvero (ed è questa la soluzione più semplice) la trascrizione sui registri fondiari di una prenotazione (*Vormerkung*) o di una opposizione (*Widerspruch*). Il primo provvedimento precede di solito gli altri, e genera l'inefficacia degli atti dipositivi effettuati in data posteriore alla sua trascrizione. Il secondo introduce l'impugnazione di una trascrizione sui registri fondiari considerata non corretta dal ricorrente, perché ingiustamente lesiva dei suoi interessi (cfr. i §§ 894 e 899 BGB) (42).

#### 14. I provvedimenti cautelari tedeschi: le *Befriedigungsverfügungen*

Le *Befriedigungsverfügungen* (provvedimenti «satisfattori») ex § 940 ZPO determinano l'obbligo immediato per il debitore di adempiere le proprie obbligazioni, facendolo decadere dall'eventuale beneficio del termine. In questo caso, i provvedimenti cautelari non si sostituiscono a quelli ordinari di cognizione: essi esplicano, più semplicemente, la propria funzione di evitare gli effetti di atti o fatti pregiudizievoli per il creditore, in attesa che nel me-

rito si pronuncino nei termini ordinari il giudice di cognizione.

Vi sono, innanzi tutto, casi particolari in cui è la legge stessa ad ammettere tali misure: così il § 16150 BGB prevede espressamente che il pagamento di somme di denaro per il mantenimento di un figlio possa essere ordinato in via cautelare (43). Ciò viene di solito ammesso per il pagamento di somme che servono al soddisfacimento di bisogni primari (44). In effetti, anche al di là delle ipotesi normativamente previste, il sottogruppo di provvedimenti più importante è proprio quello relativo all'obbligo per il debitore di pagare una somma di denaro. I crediti in relazione ai quali può essere fatta valere questa misura cautelare sono solitamente quelli per somme dovute a favore di un soggetto vittima di un atto illecito (ai sensi dei §§ 843, 844 BGB, 11 StVG), o, in taluni casi, anche i crediti di lavoro (45). La condanna per il debitore non deve essere necessariamente di entità eguale al credito, ma può essere anche di importo inferiore (quello sufficiente per eliminare lo stato di necessità del creditore).

#### Note:

(39) Per un elenco completo cfr. Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1642.

(40) Cfr. Caponi, *Il sequestro giudiziario di beni. In particolare: la nozione di controversia sulla proprietà e l'efficacia nei confronti degli atti di disposizione giuridica*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1999, n.106, *La tutela sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, I, Roma, 1999, 433 ss. Per ulteriori approfondimenti e rinvii cfr. inoltre Id., *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile. Profilo storico-sistemico*, Milano, 2000, 77 ss.

(41) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 32.

(42) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 32 s., cui si fa rinvio per ulteriori approfondimenti sul tema.

(43) «§ 1615o Einstweilige Verfügung

1. Auf Antrag des Kindes kann durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat oder der nach § 1600d Abs. 2 als Vater vermutet wird, den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt zu zahlen hat. Der Antrag kann bereits vor der Geburt des Kindes durch die Mutter oder einen für die Leibesfrucht bestellten Pfleger gestellt werden; in diesem Falle kann angeordnet werden, daß der erforderliche Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen ist.

2. Auf Antrag der Mutter kann durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, daß der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat oder der nach § 1600d Abs. 2 als Vater vermutet wird, die nach § 1615l Abs. 1 voraussichtlich zu leistenden Beträge an die Mutter zu zahlen hat; auch kann die Hinterlegung eines angemessenen Betrages angeordnet werden.

3. Eine Gefährdung des Anspruchs braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden».

(44) «Die Zahlung von Geld auf einen vom Antragsteller geltend gemachten Anspruch kann dann durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, wenn ihm ein nicht wiedergutzumachender, existenzbedrohender Schaden droht, dies aber auf seiten des Antragseigners nicht der Fall ist. Orientierungspunkt für diese Fallgruppe ist § 1615o BGB» (Oberheim, *op. cit.*, § 12, Nr. 29f).

(45) Oberheim, *op. cit.*, § 12 Rdnr. 32. Per ulteriori approfondimenti sul tema si fa rinvio a Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 34 s.

Le *Befriedigungsverfügungen* possono poi essere impiegate al fine di imporre la consegna di cose determinate, o di emanare ordini aventi ad oggetto un *facere* o un *non facere* (46). Per ciò che attiene in particolare a questi ultimi vanno citate le misure aventi ad oggetto l'ordine di astensione dal compimento di determinati atti. A queste fattispecie appartengono molti provvedimenti adottati nel campo della concorrenza sleale, e del diritto industriale in genere. Sul punto un'ipotesi speciale è prevista dal § 25 UWG (legge sulla concorrenza sleale) che consente il rilascio di provvedimenti cautelari «anche se non ricorrono i presupposti previsti dai §§ 935 e 940 ZPO» (47). Secondo la giurisprudenza i provvedimenti cautelari a contenuto inibitorio sono ammissibili anche al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge, ad esempio per impedire la violazione di un diritto di brevetto, o per assicurare il rispetto di un divieto legale o contrattuale di concorrenza, per proibire la diffusione di affermazioni diffamatorie, per inibire il tentativo di influenzare un testimone, per impedire lo storno di un lavoratore in violazione delle norme sulla concorrenza, ecc. (48). Sempre a tale proposito potranno citarsi in particolare gli ordini di rettificazione da impartirsi ai *media*, sempre che tali fattispecie non siano già regolate in modo speciale dalle legislazioni dei singoli *Länder* (49).

Un'altra categoria di provvedimenti di tale tipo è volta alla tutela del possesso. L'autore di atti di spoglio o molestia del possesso (*verbotene Eigenmacht*: § 858, primo comma, BGB) può essere condannato alla restituzione della cosa (§ 861 BGB) o alla manutenzione del possesso (§ 862 BGB). Il motivo che giustifica il rilascio del provvedimento non è qui lo stato di necessità del soggetto spogliato o del molestato, ma il carattere urgente intrinseco alla tutela possessoria, secondo la disciplina del BGB (50). La tutela in via urgente della proprietà sarà invece rimessa al rimedio «ordinario», ex § 938 cpv. ZPO e dunque tramite il solo sequestro. Ciò significa che il proprietario non può, per effetto della sua stessa qualità, richiedere un provvedimento avente ad oggetto la consegna del bene, a meno che la reimmersione nel possesso non sia necessaria per il suo sostentamento (venendo in tal caso in considerazione il § 940 ZPO) (51).

Un ulteriore sottogruppo di provvedimenti cautelari ha come oggetto la condanna al rilascio di dichiarazioni di volontà. In particolare, il BGB disciplina due ipotesi in cui un provvedimento cautelare produce gli effetti di una dichiarazione di volontà che non è stata emessa: sono le ipotesi della registrazione della prenotazione o dell'opposizione sui libri fondiari, a cui si procede attraverso una *einstweilige Verfügung*, se non vi è il consenso di colui il cui diritto è toccato dalla prenotazione o dall'opposizione (§§ 885, 899 BGB) (52).

Alle ipotesi sopra delineate la dottrina (o, per lo meno, una parte di essa) suole aggiungere ulteriori tipi di condanna, quali quello al rilascio di informazioni, al compimento

di atti quali la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed infine provvedimenti cautelari meramente dichiarativi (53).

### 15. I provvedimenti cautelari tedeschi: il rito

Il procedimento diretto al rilascio della misura cautelare è disciplinato per l'Arrest dai §§ 919 ss. ZPO. Il § 936 ZPO estende tali disposizioni anche alle *einstweilige Verfügungen*, per quanto non specialmente disposto dai §§ 937-945 ZPO. La procedura inizia con il deposito dell'istanza nella cancelleria del giudice competente (o con richiesta verbale da presentarsi direttamente al cancelliere, che ne stende verbale: § 920, terzo comma, ZPO). Per l'Arrest esso è, alternativamente, il giudice che sarebbe competente per la causa di merito (se questa non pende ancora), ovvero quello della causa di merito (se essa è pendente), ovvero ancora l'*Amtsgericht* nella cui circoscrizione si trova il bene da sequestrare ovvero la residenza della persona da limitare nella sua libertà personale (§ 919 ZPO). Nel caso invece delle *Befriedigungsverfügungen* la competenza è del giudice che sarebbe competente per il merito (*ante causam*), ovvero del giu-

#### Note:

(46) Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 884.

(47) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 36.

(48) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 36.

(49) Teplitzky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, cit., 885.

(50) Cfr. in particolare il § 863 BGB: sul punto v. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 35.

(51) Così Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 35.

(52) Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 37, il quale rimarca inoltre che «è controverso se, al di là delle ipotesi previste dalla legge, si possano emanare dei provvedimenti cautelari produttivi di effetti di una dichiarazione di volontà che non è stata emessa. In proposito la dottrina distingue a seconda che si tratti di un obbligo secondario o di un obbligo principale. L'obbligo secondario di rilasciare una dichiarazione di volontà ha solo la funzione di assicurare l'adempimento dell'obbligo principale o di assicurare il corretto svolgimento di una situazione giuridica durevole nel tempo: se ne sussistono i presupposti, esso può essere fatto oggetto di un provvedimento cautelare, che assume un contenuto conservativo o di disciplina provvisoria di un rapporto giuridico controverso: un esempio di quest'ultimo tipo si ha nelle ipotesi in cui la rappresentanza di una società commerciale sia attribuita in forma congiunta a più soci e uno di essi si rifiuti di prestare il proprio consenso alla revoca di un institore disonesto; qui si può chiedere un provvedimento cautelare che produca gli effetti del mancato consenso. Nelle ipotesi in cui l'obbligo di rilasciare una dichiarazione di volontà costituisce invece l'obbligo principale (ad esempio, l'obbligo che scaturisce dalla stipulazione di un contratto preliminare), gli effetti della mancata dichiarazione di volontà possono essere prodotti da un provvedimento cautelare solo nei casi eccezionali in cui ciò eviti un pregiudizio irreparabile all'esistenza dell'avente diritto».

(53) Per approfondimenti sul punto v. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 38 s.

dice della causa di merito (*lite pendente*): § 937 ZPO. Pur tuttavia, quando adire il giudice del merito potrebbe comportare un danno per il ricorrente per problemi connessi ai tempi del giudizio, ci si può rivolgere anche all'*Amtsrichter* competente per territorio (§ 942 ZPO). Si noti che, come appena detto, la parte può adire l'*Amtsgericht* anche in ipotesi di pendenza già in atto del giudizio di merito (peraltro per le *Befriedigungsverfügungen* solo in caso di ricorrenza delle condizioni d'urgenza indicate) (54).

L'istanza cautelare, per essere accoglibile, deve innanzitutto contenere l'allegazione della pretesa, pretesa che non deve però essere pienamente provata: la legge (§ 920 cpv. ZPO) si accontenta qui (esattamente come da noi, dove si parla di *semiplena probatio*) del fatto che la pretesa sia *glaubhaft*, cioè credibile (o verosimile, plausibile) (55), oltre che fondata su di un *periculum in mora*. La forma del provvedimento è quella della sentenza (*Endurteil*), se si è costituito il contraddittorio, ovvero del decreto non motivato (*Beschluß*), se si è proceduto in camera di consiglio, *inaudita altera parte*, fatta eccezione per un decreto da fare valere all'estero, per la deliberazione del quale è necessaria la motivazione. La comunicazione del provvedimento è fatta al creditore a cura dell'ufficio; spetta al creditore provvedere poi alla notifica al debitore (§ 922 ZPO). Da notare che, a differenza che da noi, l'instaurazione del contraddittorio per la decisione dell'istanza di *Arrest* è meramente eventuale ed è lasciata alla discrezione del giudice (cfr. § 921 ZPO) (56). La parte che subisce la misura senza avere avuto la possibilità di difendersi potrà dunque tutelarsi solo facendo ricorso ai mezzi di impugnazione previsti contro le misure cautelari (su cui cfr. *infra*, paragrafo 16). Al contrario, la decisione di provvedimenti provvisori (*einstweilige Verfügungen*) deve essere presa in udienza nel contraddittorio delle parti, salvo casi di urgenza (§ 937 cpv. ZPO).

Il giudice, nel concedere la misura, può imporre la prestazione di una cauzione (§ 921 ZPO). Ai sensi del § 926 ZPO, nel caso di accoglimento dell'istanza, può poi essere fissato un termine per l'instaurazione della causa di merito. Nel caso di mancato rispetto di questo termine da parte del ricorrente, il giudice pronuncia su istanza di parte la revoca del provvedimento in origine concesso. Si noti peraltro che la fissazione del termine non è mai inserita *ex officio* nella misura; essa deve invece essere (necessariamente) effettuata esclusivamente su richiesta del debitore. Competente alla fissazione di tale termine è il *Rechtspfleger* dell'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento (57); siffatta regola vale anche per le *einstweilige Verfügungen* (58).

Anche in ciò si manifesta dunque una differenza sensibile rispetto al rito cautelare uniforme italiano, posto che ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c., ogni misura cautelare non seguita dall'instaurazione del giudizio di merito nel termine di trenta giorni è destinata inesorabilmente a decadere. Al riguardo si è esattamente rilevato che l'adozione di una soluzione simile a quella seguita in Ger-

mania si muoverebbe nella direzione di una maggiore economia processuale, osservandosi come in tal caso si potrebbe ottenere, con riferimento ai procedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, di fare in modo che «la tutela cautelare (irrobustita quanto alle garanzie processuali dagli attuali art. 669 *bis* ss. c.p.c.) possa essere chiamata ad assolvere non solo la funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, ma anche la funzione di economia dei giudizi, evitando che all'emanazione del provvedimento cautelare debba sempre e necessariamente seguire - pena l'inefficacia del provvedimento stesso - un processo a cognizione piena» (59). Significativo è il fatto che il recente d.d.l. recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», approvato dal Consiglio dei Ministri il 21 dicembre 2001 preveda proprio l'eliminazione della necessità, per la parte «cautelata» da un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, di instaurare il giudizio di merito, con correlativo obbligo per il giudice di liquidare le spese anche in caso di accoglimento dell'istanza cautelare diretta ad un provvedimento d'urgenza (60).

Appare superfluo sottolineare l'effetto semplificatorio e di snellimento proprio d'un accorgimento del genere,

**Note:**

(54) Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1619.

(55) «Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn ihr Vorliegen überwiegend wahrscheinlich erscheint»: Baumbach, *op. cit.*, § 294 Rdnr. 1.

(56) Cfr. sul punto Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1622.

(57) Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1627.

(58) Cfr. Thomas e Putzo, *op. cit.*, 1644.

(59) Proto Pisani, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8.

(60) Il testo del d.d.l. è disponibile al seguente sito web: <http://www.filodiritto.com/notizieaggiornamenti/30dicembre2001/ddl-modificheurgentipc.htm>

Si riporta al riguardo il testo degli articoli concernenti la modifica in questione:

«Articolo 45

1. All'articolo 669 *octies* del c.p.c., al primo comma le parole: «trenta giorni» sono sostituite dalle parole: «sessanta giorni».

2. All'articolo 669 *octies* del c.p.c., al secondo comma le parole: «trenta giorni» sono sostituite dalle parole: «sessanta giorni».

3. All'articolo 669 *octies* del c.p.c., al quinto comma sono aggiunti i seguenti commi: «Nel caso di reclamo, i termini di cui ai commi precedenti decorrono dalla comunicazione del provvedimento che ha deciso sul reclamo.

Le disposizioni dei commi precedenti e quella di cui al primo comma dell'articolo seguente non si applicano ai provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700, ma la parte contro la quale è stato emesso il provvedimento può iniziare il giudizio di merito; si applica l'articolo 669 *novies*, terzo comma.

Nel caso di mancato inizio del giudizio di merito il provvedimento d'urgenza è revocabile e modificabile dal giudice che l'ha emesso solo se si verificano mutamenti delle circostanze».

«Articolo 47

1. All'articolo 700 del c.p.c., al primo comma è aggiunto il seguente:

«In ogni caso, il giudice provvede sulle spese a norma degli articoli 91 e seguenti».

Per un primo commento al d.d.l. cit. v. Carbone e Consolo, *Quali riforme oggi per il processo civile di cognizione?*, in questa *Rivista*, 2002, 3, 281 ss.; Conte, *Progetti di riforma al codice di rito e tutela sommaria: pro memoria per il legislatore*, ivi, 2002, 4, 546.

quanto meno in linea di principio. A voler essere realisti occorre però subito aggiungere che il completo fallimento (quanto meno, per chi ancora s'ostina a collocarsi in un'ottica deflattiva dei giudizi) degli istituti *ex artt. 186 bis, 186 ter e 186 quater* c.p.c. dovrebbe tarpare le ali a troppo facili ottimismo: la pratica dei rimedi citati, invero, ha dimostrato che gli avvocati, anche una volta ottenuto il provvedimento interinale, ben raramente rinunciano alla definizione con sentenza della controversia. *Mutatis mutandis* non vi sarà dunque da scandalizzarsi se, in molti casi, i giudizi di merito verranno ugualmente attivati, vuoi (*ex latere... victoris*) per lucrare ulteriori spese legali, vuoi (*ex latere... victi*) per dar luogo ad un'aggiuntiva serie di «reclami» avverso la misura.

Per ciò che attiene all'attuazione delle misure cautelari (61) va detto che per l'attuazione dell'Arrest non vi è bisogno, di regola, di apporre alcuna formula esecutiva (§ 929, primo comma, ZPO). Peraltro non è più possibile procedere all'attuazione della cautela dopo un mese dal suo rilascio o dalla sua notificazione alla parte che l'ha richiesta (§ 929 cpv. ZPO). All'esecuzione dell'Arrest si applicano le norme sull'esecuzione forzata, salvo che non vengano derogate dai §§ 929-934 ZPO (cfr. § 928 ZPO). Il sequestro di beni mobili si esegue quindi nelle forme del pignoramento (§ 930 ZPO), mentre il sequestro di beni immobili e di diritti immobiliari si esegue con l'iscrizione di un'ipoteca di garanzia (§ 932 ZPO). Per l'attuazione delle *einstweilige Verfügungen* si seguono le norme sull'attuazione dell'Arrest in quanto applicabili: ciò vale innanzitutto per la superfluità della formula esecutiva e per il rispetto del termine d'esecuzione. La possibilità di seguire le norme sull'Arrest sarà ovviamente molto limitata nelle ipotesi di *Befriedigungsverfügungen*, poiché tali provvedimenti non sono diretti a conservare uno stato di fatto o di diritto, ma ad offrire al creditore un'immediata soddisfazione.

## 16. I provvedimenti cautelari tedeschi: i rimedi

Contro il provvedimento di accoglimento sono esperibili vari rimedi, la cui natura dipende dal tipo di misura impugnata (62). Se la decisione è presa con sentenza (*audita altera parte*) il rimedio è quello ordinario dell'appello (*Berufung*), ai sensi del § 511 ZPO. Se è presa con decreto, nel caso di rigetto il creditore può ricorrere al giudice superiore con il rimedio del reclamo (*Beschwerde*), previsto in linea generale per i decreti camerati dal § 567 ZPO.

Nel caso invece di accoglimento (sempre con decreto e dunque *inaudita altera parte*), il debitore può ricorrere contro il decreto allo stesso giudice che ha rilasciato il provvedimento proponendo opposizione (*Widerspruch*), ai sensi del § 924 ZPO. Tale procedimento di opposizione si svolge in contraddittorio fra le parti, e non interrompe l'esecuzione del provvedimento in origine concesso. La sospensione dell'esecuzione può essere disposta dal giudice su istanza della parte che ne abbia interesse. Il giudizio di opposizione si conclude con una sentenza

(§ 925 ZPO), che può confermare, modificare o revocare la misura cautelare, anche con la previsione della prestazione di una garanzia cauzionale. La sentenza è impugnabile in via ordinaria.

Se il rilascio della misura cautelare dovesse rivelarsi ingiustificato al vaglio del giudizio di opposizione, la parte che ha ottenuto il provvedimento è tenuta al risarcimento del danno della controparte che abbia subito esecuzioni immobiliari, pignoramenti, ovvero che abbia prestato cauzione per evitare i predetti atti di esecuzione (§ 945 ZPO).

Al debitore soccombente è riconosciuto un ulteriore rimedio, consistente nell'opposizione diretta alla revoca del provvedimento fondata sul «mutamento delle circostanze» (*Aufhebung wegen veränderten Umstände*), secondo la quale si pone all'attenzione del giudice il fatto che sono venute meno le condizioni originariamente alla base della concessione della misura cautelare (cfr. § 927 ZPO) (63). Una parte consistente della dottrina tedesca suole attribuire alla necessaria deduzione di fatti nuovi un valore puramente oggettivo, collegato al principio generale - ritenuto applicabile al caso di specie - secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (§ 767 cpv. ZPO). Ne consegue che l'istanza di revoca è inammissibile se fondata su circostanze di fatto o mezzi di prova di cui la parte sia venuta a conoscenza solo dopo l'esaurimento dei mezzi di gravame nei confronti della misura (64); si tenga però presente che la possibilità di individuare un «giudicato cautelare» è anche in Germania quanto mai discussa (65). La decisione sull'istanza di revoca è presa con sentenza da parte del giudice che ha emesso la misura *ante causam*, ovvero, nel caso di provvedimento reso *lite pendente*, dal giudice della causa di merito.

### Note:

(61) Sul tema v. Caponi, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 41 s.

(62) Per una panoramica cfr. Massari, *op. cit.*, 480 ss.

(63) Per approfondimenti sul tema cfr. Massari, *op. cit.*, 486 ss.

(64) Per analoghe considerazioni nel diritto italiano cfr. Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, cit., 74 s., cui si fa rinvio anche per ulteriori richiami.

(65) Per approfondimenti sul tema cfr. Massari, *op. cit.*, 491 ss.