

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA ED ESECUZIONE - GIUDIZIO SULL'ACCESSO

- TUTELA CAUTELARE

I. PREMESSA.

In conformità all'impostazione generale della proposta di modifica del sistema della giustizia amministrativa, anche rispetto agli istituti predetti si sceglie un approccio che ne persegue il miglioramento tramite modifiche non stravolgenti dei testi vigenti, e dunque alla portata, nell'attesa di una loro futura e sistematica riscrittura.

Gli obiettivi perseguiti sono quelli di:

- a)** chiarire e delimitare le fattispecie, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, nell'intento di elevare il grado di certezza del diritto;
- b)** elevare il grado della tutela e ampliarne l'efficacia e l'effettività;
- c)** apprestare opportune garanzie processuali, specie nei giudizi sinora oggetto di disciplina scarsa e frammentaria.

*

II. GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA ED ESECUZIONE.

L'innovazione sul punto è anzitutto testuale. La precisazione del trattarsi di giudizio di ottemperanza ed "esecuzione" si lega alla nota distinzione fra fattispecie nelle quali il giudicato lasci in capo all'amministrazione margini discrezionali quanto alla sua azione successiva e ipotesi (tipiche le condanne al pagamento di somme emanate dal giudice ordinario) nelle quali si tratti, appunto, essa debba solo "eseguire" un comando giudiziale che già ne determina in ogni aspetto la successiva attività. Il chiarimento testuale è volto a fornire uno stimolo per meglio discernere fra le due ipotesi, in chiave di tendenziale allargamento dell'area del giudizio di "esecuzione" anche in correlazione e in convergenza con l'esigenza di definire limiti e portata dell'azione di adempimento nel processo amministrativo.

All'allargamento dell'area della tutela mira l'estensione – nell'art. 37 comma 1 l. 1034/71 - del giudizio *de quo* ai fini dell'attuazione dei comandi espressi in lodi arbitrali rituali e in decreti di decisione di ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica divenuti inoppugnabili. Si tratta di questioni entrambe oggi dibattute in dottrina e giurisprudenza, la soluzione delle quali nel senso proposto nella suddetta ottica di allargamento della tutela si giustifica per le peculiarità legate alle due fonti decisorie. Per l'arbitrato rituale si è considerato il marcato avvicinamento del lodo alla pronuncia giudiziale registratosi già con la riforma del 1994, e la sua stessa crescente considerazione come strumento di dignità realmente para-giurisdizionale (cfr. la posizione della Corte costituzionale sull'astratta ammissibilità di questioni sollevate in via incidentale da collegi arbitrali). Per il ricorso straordinario, accanto alla tradizionalmente riconosciuta natura paragiurisdizionale ha giuocato la considerazione dell'opportunità di promuoverne l'efficacia (anche tramite maggiore garanzia dell'attuazione della decisione), in parallelo all'abbattimento dei tempi medi di decisione registratasi negli ultimi anni e al fine di promuoverne l'utilizzo come mezzo effettivamente alternativo a quello giurisdizionale, con effettivi in ultima analisi deflattivi su quest'ultimo.

Nel senso dell'aumento della certezza del diritto e dei rapporti giuridici amministrativi è la previsione – anche per l'ottemperanza / esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari e sui lodi rituali – di un termine prescrizionale entro il quale l'azione sia proponibile. Il chiarimento (nuovo comma 4 *bis* dell'art. 37 l. 1034/71), forse superfluo, sembra dover essere indirizzato a stabilire l'identico termine prescrizionale ordinario previsto per l'azione di ottemperanza-esecuzione delle pronunce giurisdizionali.

L'ambito della tutela è ulteriormente allargato dalla previsione della possibilità di esperire il giudizio anche nei confronti delle decisioni del giudice ordinario non passate in giudicato (modifica all'art. 37 comma 1 l. 1034/71). Ciò equiparerebbe la posizione dell'attore vittorioso in sede giurisdizionale amministrativa (che dopo la l. 205/00 può

promuovere il giudizio esecutivo anche delle sentenze di primo grado non sospese) e quello vittorioso in sede ordinaria (vincolato tuttora dal riferimento del comma 1 dell'odierno art. 37 l. 1034/71 a un "giudicato" inteso come "giudicato formale" e non semplice "decisione"). L'equiparazione è stata ancora di recente negata dalla Corte costituzionale, che ha reputato legittima la diversità dei livelli di tutela in fase di esecuzione nelle due ipotesi. L'equiparazione pare, però, imporsi *a fortiori*, in primo luogo poiché il giudizio sulla esecuzione delle sentenze del giudice ordinario appare senz'altro meno invasivo nella sfera dell'amministrazione (priva a quel punto di margini discrezionali) di quello di ottemperanza che segue le pronunce del giudice amministrativo, pure oggi ammesso anche sulle decisioni di primo grado. In secondo luogo, l'odierna posizione della Corte costituzionale non sembra riservare idonea considerazione all'ordinanza della stessa Corte 406 del 12 dicembre 1998. Pronunciandosi all'epoca su di un sistema che ammetteva l'esecuzione (dinanzi al giudice ordinario) delle sentenze civili di primo grado non sospese, mentre impediva l'introduzione del giudizio di ottemperanza nei confronti delle pur formalmente efficaci decisioni giurisdizionali amministrative di primo grado, la Corte negò che ciò inducesse incostituzionali disparità di trattamento. L'argomento, al riguardo, fu che "**stante l'unicità dei presupposti** [la presenza di un giudicato in senso formale] *del ricorso per ottemperanza* [dinanzi al giudice amministrativo] *di sentenze dei giudici ordinari e di quelle dei giudici amministrativi, deve escludersi in radice qualsiasi disparità nell'ambito dei ricorsi per l'esecuzione del giudicato.*". Senonché, dopo la l. 205/00 la "**unicità dei presupposti**" ai fini dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza /esecuzione nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo quanto di quelle del giudice ordinario, reputata decisiva dalla Corte è venuta meno. Dunque, l'estensione del rimedio nei sensi predetti sembra legarsi esattamente alla posizione espressa dalla Corte costituzionale nel 1998.

A controbilanciare, in certo senso, questa estensione e comunque in genere l'accentuazione dell'ambito di applicazione ed efficacia del giudizio di ottemperanza /esecuzione sta la previsione – comma 4 *bis* dell'art. 33 l. 1034/71 – della possibilità che

l'attuazione delle misure volte a eseguire/ottemperare una decisione di primo grado non sospesa (ma appellata o appellabile) sia condizionata alla prestazione di una cauzione analoga a quella oggi prevista dall'art. 21 l. 1034/71 (modificato dalla l. 205/00) come possibile a margine dell'esecuzione di misure cautelari.

La disciplina del procedimento registra un aumento delle garanzie per le parti soccombenti. Prevista, anzitutto, la necessità che l'introduzione del ricorso avvenga con notifica (comma 4 *ter* dell'art. 37 l. 1034/71). Ma, soprattutto, è previsto che la notifica avvenga nei confronti di tutte le parti costituite nel giudizio (o arbitrato, ovvero ricorso straordinario) sfociato nella decisione da eseguire / ottemperare, affinché tutti i soggetti interessati all'assetto sostanziale di rapporti determinato dalla decisione, affinché essi possano immediatamente interloquire anche sulla definizione dei limiti del giudicato e della sua portata. Anche mediante la loro audizione (art. 37 comma 4 *quater* l. 1034/71) nella camera di consiglio appositamente fissata, nella quale, a segnare il momento della sottrazione all'amministrazione della possibilità di provvedere sino alla definizione del giudizio, il giudice deve anzitutto accertare “*la persistente mancata ottemperanza o esecuzione, ovvero l'elusione o violazione del giudicato*”. Fatto il che, è dato al giudice di provvedere alle opportune misure esecutive o direttamente o con ausilio di un commissario *ad acta*.

La previsione dell'esperibilità del rimedio anche a fronte della violazione e, soprattutto della “elusione” del giudicato è, chiaramente, intesa a elevare il grado di efficacia ed effettività della tutela a favore dell'attore vittorioso. Ed è ovvia la correlazione fra queste problematiche e quella della nullità del provvedimento amministrativo *ex art. 21 septies* l. 241/90. Rispetto al quale, allorché la questione di nullità si ponga in un giudizio di ottemperanza / esecuzione – rientrando nella giurisdizione di merito del giudice amministrativo – è necessario raccordare la disciplina con quella dell'ambito di giurisdizione esclusiva riconosciuto dall'art. 21 *septies* stesso.

Ulteriore misura volta a elevare il tasso di efficacia ed effettività della tutela è quella della possibilità che l'attore richieda in sede di ottemperanza / esecuzione al giudice amministrativo il risarcimento in forma specifica o per equivalente. Si tratta (art. 37 comma 4 *sexies* l. 1034/71) del risarcimento legati alla mancata ottemperanza o esecuzione. Dunque, di pregiudizi diversi da quelli direttamente derivanti dal provvedimento annullato in sede giurisdizionale di legittimità. La distinzione appare doverosa per evitare di frustrare, in relazione a questi ultimi pregiudizi, la garanzia legata al doppio grado di giudizio, ammettendo, per converso, la richiesta del ristoro dei danni direttamente causati dal mancato o difettoso ossequio prestato dall'amministrazione al comando del giudice, in relazione ai quali il giudice dell'ottemperanza / esecuzione è nella migliore condizione per giudicare. Ciò posto in astratto, ai fini del contemperamento della garanzia del doppio grado (a favore delle parti destinatarie della richiesta risarcitoria) e dell'esigenza di un pronto ristoro a favore dell'attore leso, è indubbia la concreta difficoltà applicativa. Specie ove la domanda risarcitoria afferente i pregiudizi arrecati direttamente dall'atto amministrativo non sia stata introdotto unitamente alla domanda di annullamento.

Per l'ipotesi di nomina di un commissario *ad acta* (art. 37 comma 4 *septies* l. 1034/71) è stabilito che il giudice detti allo stesso indirizzi e direttive, e che le attività del commissario possano formare oggetto di incidenti di esecuzione su ricorso presentato dalle parti al giudice.

La garanzia dell'effettività e della stessa credibilità degli esiti del giudizio di ottemperanza ed esecuzione si lega anche alla previsione (art. 37 comma 4 *octies* l. 1034/71) dell'intangibilità delle posizioni in esso acquisite. La modifica appare opportuna a fronte di norme dell'ordinamento tutt'altro che felicemente formulate (es. art. 43 d.p.r. 327/01), e a fronte della necessaria attuazione nel nostro Paese dei principi convenzionali (CEDU) e comunitari che esigono – a garanzia della certezza del diritto – l'intangibilità del giudicato, e dunque delle misure tese ad attuarlo.

Completa il sistema delle garanzie la previsione di una possibilità di appello (art. 37 comma 4 *nonies*), per soli *errores in procedendo*, a garanzia nei confronti di eventuali errori di particolare gravità, ma con ammissibilità auspicabilmente ammessa entro limiti assai ristretti.

*

II. IL GIUDIZIO SULL'ACCESSO.

Scelta preliminare e di metodo è quella di sopprimere le disposizioni sul giudizio in tema d'accesso racchiuse nell'art. 25, commi 5, 5 *bis* e 6, l. 241/90, per trasferire (con le modifiche *infra* esposte) la disciplina relativa entro la l. 1034/71. Si tratta di un passo volto a semplificare l'acquisizione della conoscenza delle fonti, reputandosi più “naturale”, specie a pro del semplice cittadino, che la regolamentazione del rito in discorso avvenga entro una legge processuale piuttosto che in una sostanziale. Ecco perché si è concepita una disciplina racchiusa per intero in un art. 21 *ter* da aggiungere alla l. 1034/71 nella sua odierna formulazione.

La previsione dell'assegnazione al giudice amministrativo di un ambito di giurisdizione esclusiva che apre – comma 1 – si lega alla discussa natura sostanziale (di diritto soggettivo o interesse legittimo) della pretesa di accesso.

Il comma 2 precisa che l'azione è data sia a fronte di dinieghi espressi, sia a fronte di comportamenti inerti dell'amministrazione che siano caratterizzati dalla legge come determinanti il rigetto dell'istanza.

La precisazione – comma 3 – che nel termine assegnato (trenta giorni) il ricorso dev'essere notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato si lega, oltre che a correggere l'errore delle riforme del 2005, che usavano la disgiuntiva “o” in luogo

della congiuntiva “e”, all’ulteriore disposizione – chiaramente indirizzata ad aumentare le garanzie per tutte le parti e a fare sì che la definizione giudiziale della vicenda afferente l’accesso avvenga contestualmente nei confronti di esse tutte – che impedisce di trattare il ricorso se non dopo l’estensione della notifica a tutti i controinteressati.

Il comma 4, afferente le modalità di deposito del ricorso coniuga la celerità che è propria del rito camerale (da qui anche il termine di dieci giorni per il deposito del ricorso notificato) con la considerazione delle difficoltà pratiche che – in moltissime sedi giudiziarie – si legano al recupero del “reso” degli atti notificati. A questo proposito, la possibilità di effettuare il deposito del ricorso accompagnato – quale prova dell’avvenuta notificazione – dalla dichiarazione della parte o del difensore, e dalla ricevuta che gli ufficiali giudiziari sono tenuti a rilasciare (a richiesta del notificante) *ex art. 109 d.p.r. 1229/59*, agevola l’introduzione del giudizio. Ferma restando, a garanzia ultima della regolare costituzione del contraddittorio (e della verificabilità di ciò) la previsione dell’improcedibilità del ricorso sino al momento del deposito dell’atto reso dall’agente notificatore.

Parrebbe opportuno generalizzare il sistema appena detto a tutte le notifiche effettuate nel processo amministrativo, magari, nei giudizi cautelari *inaudita altera parte*, con l’ulteriore precisazione che l’atto consegnato all’ufficio notifiche deve recare l’indicazione del termine ultimo per la notifica.

È confermata (comma 6) la proponibilità dell’incidente sull’accesso entro i giudizi già pendenti. Il che risponde a evidenti ragioni di opportunità di concentrazione della cognizione. Ferma restando – anche a garanzia del fatto che l’incidente non venga utilizzato quale espediente per intralciare il corso dei processi pendenti – l’esigenza che, sia l’amministrazione cui è rivolta la domanda sull’accesso, sia le parti eventualmente coinvolte da quest’ultima, coincidano con le parti del giudizio già pendente ove si intenda proporre l’incidente.

La previsione (comma 6) della decisione con ordinanza collegiale istruttoria (all'esito della camera di consiglio per l'audizione delle parti che lo richiedano) è completata – al comma 7 – dalla precisazione che la facoltà di proporre (da parte di una delle parti del giudizio principale) il giudizio sull'accesso lascia impregiudicate le prerogative istruttorie ufficiose *ex art. 44 r.d. 1054/26*. La natura del processo amministrativo e la sua stretta correlazione con il successivo utilizzo del potere pubblico esige di non lasciare alla sola dialettica delle parti la possibilità di acquisire elementi di giudizio magari essenziali. Donde, appunto, la scelta di lasciare intatta la possibilità che in tal senso si attivi lo stesso giudice.

La possibilità – comma 8 – della parte di stare in giudizio senza ministero del difensore è data per agevolare l'accesso all'azione, specie in vertenze di non elevato rilievo economico o sostanziale.

La necessità (comma 9) che il giudice, nell'indicare l'obbligo dell'amministrazione di rilasciare copia o esibire i documenti richiesti, indichi altresì il soggetto fisico incaricato – entro l'amministrazione – di provvedere, intende rendere più efficace il comando, diminuendo le inerzie e le possibilità di sua elusione o ritardata attuazione.

La medesima esigenza muove la previsione (comma 10) di uno specifico giudizio di ottemperanza teso ad assicurare comunque l'esecuzione del comando, a fronte di insistita resistenza da parte dell'amministrazione.

*

III. LA TUTELA CAUTELARE.

Un testo legislativo che in qualsiasi modo intervenga sulle disposizioni in tema di giustizia amministrativa non può prescindere da alcune essenziali modifiche alla vigente disciplina della tutela cautelare.

Primo fra tutti, si pone il problema della disciplina della tutela *ante causam* dopo l'ordinanza 29 aprile 2004 in C-203/03 della Corte di Giustizia.

Si potrebbe utilizzare a tal fine il modello dell'art. 245 dello schema del codice dei contratti pubblici, tenendo naturalmente conto dei rilievi espressi dal Consiglio di Stato nel parere n. 6 del 2006, che ha tra l'altro testualmente sottolineato l'esigenza di "*assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare (ante causam: n.d.r.) per la generalità dei casi di giustizia amministrativa*".

Le questioni principali da risolvere attengono alla previsione o meno un legame con la proposizione del ricorso di merito, alla necessità di valutare il *fumus* dell'istanza, alla natura collegiale e all'appellabilità del provvedimento, alla garanzia del contraddittorio.

Sul punto mi permetto di riprendere quanto osservato nella mia – Maria Alessandra Sandulli - Introduzione al Convegno svoltosi a Roma Tre il 20 ottobre 2004.

Il principale parametro normativo di riferimento è, oggi, all'evidenza, la disciplina di cui agli artt. 669 e 700 c.p.c, che peraltro richiedono per un verso in ogni caso di rappresentare il *fumus* del ricorso e giustificare la fondatezza della propria pretesa fornendo fin da quella sede l'indicazione della causa di merito (**Trib. Modena 16 giugno 1999, Trib. Monza-Desio 9 giugno 2001 e Trib. Napoli 5 maggio 2001**) e, per l'altro, richiedono come regola generale il rispetto del contraddittorio.

Salvo che per l'autonomia del giudizio di merito la posizione del ricorrente *ante causam* nel processo civile ordinario non è quindi molto diversa da quella che già attualmente l'ordinamento riconosce al ricorrente dinanzi al giudice amministrativo, al quale è consentito in via eccezionale richiedere il decreto presidenziale *inaudita altera parte* introdotto dalla l. 205: muta però sensibilmente la forma del ricorso che potrà essere molto meno completa epperò più agile.

Non mi sentirei invece di affermare che venga meno l'onere di notifica al controinteressato, che resta comunque, nel giudizio amministrativo, la regola generale di instaurazione del contraddittorio, mentre, almeno *de iure condendo*, si dovrebbe poter escludere che, nei casi di estrema gravità ed urgenza in cui è ammesso il decreto presidenziale, il ricorrente debba provare, oltre alla consegna all'ufficiale giudiziario con l'indicazione del termine ultimo per la notifica, il fatto che questa sia stata portata a buon fine.

L'eccezione dovrebbe però, ripeto, limitarsi, come la deroga al contraddittorio nel c.p.c, ai casi più gravi. È questo, a mio avviso, il profilo che, nel processo amministrativo è più delicato: l'Amministrazione non è un soggetto come gli altri, ma il soggetto istituzionalmente depositario della cura dei ns. interessi: la valutazione dei presupposti di urgenza e di fondatezza di un'azione diretta ad ostacolare l'esercizio del potere pubblico dovrà essere quindi molto più rigorosa rispetto a quella che si compie nei rapporti tra privati.

Così come nonostante quanto si potrebbe essere indotti a ritenere ad una prima lettura della sentenza Corte Giust. sulla Spagna, non appare rinunciabile la condizione, propria anche del g. civile, della necessaria instaurazione del giudizio di merito entro un termine ragionevolmente breve, termine che, nel g. amministrativo, non dovrà mai superare quello di decadenza, ma dovrà possibilmente consentirne la riduzione, se il lasso temporale tra il termine a ricorrere e l'adozione della misura cautelare risulti troppo

ampio. Tale riduzione potrebbe peraltro avere un effetto utilmente dissuasivo nei confronti di domande cautelari prive di reale necessità. Quello della necessaria connessione con un g. di merito è un profilo che merita comunque di essere approfondito.

La sentenza sulla Spagna ha criticato infatti un sistema che prevedeva in via eccezionale una tutela provvisoria *ante causam* condizionata quanto all'efficacia alla proposizione del giudizio di merito entro un termine perentorio di 10 gg. (art. 136 legge 13 luglio 1998 n. 29) A me pare che la sentenza debba essere coerentemente letta come una critica al carattere eccezionale di tale misura e non anche come una dichiarazione di inidoneità della medesima. La misura provvisoria è infatti per sua natura destinata a veder cessare i suoi effetti se non viene tempestivamente proposta un'azione di merito. E allora, al di là del *nomen*, l'unica differenza rispetto al sistema attuale imposta dall'ordinamento comunitario sembra quella che, in via generale, l'ordinamento debba concedere agli amministratori la possibilità di proporre un'azione cautelare davanti al g.amm. anche prima di decidere se ricorrere nel merito e quali richieste formulare in quella sede (cosa che peraltro in un g. di carattere impugnatorio, non consente molte scelte), mentre nulla dovrebbe cambiare sulla natura normalmente collegiale della pronuncia e, soprattutto, sull'esigenza di rispetto del contraddittorio.

La regola che vede l'efficacia della misura cautelare condizionata alla tempestiva proposizione del merito non è stata però seguita dalla Spagna, che nel dare attuazione alle direttive appalti, ha previsto ora espressamente una misura cautelare autonoma dal giudizio principale di merito (art. 67 legge 30.12.2003 n. 62).

Analogamente, l'art. 23 della riforma del nostro diritto societario che anticipando una ipotesi di riforma del processo civile (**V. ora art. 669 octies e duodecies**) supera il vincolo della strumentalità. Invero, una volta ottenuta *ante causam* la misura cautelare, l'attore non ha più l'onere di instaurare (nel termine perentorio fissato dal giudice o, in mancanza, entro 30 giorni) la causa di merito a pena l'inefficacia della misura stessa (art.23, co. 1); il giudice della cautela *ante causam* dovrà in ogni caso – sia che accolga, sia che rigetti – liquidare le spese del procedimento cautelare (art.23, co. 2). La misura cautelare sopravvive pure all'eventuale estinzione del giudizio di merito (art. 23, co. 4). Viene fatta salva la possibilità di chiedere la revoca o modifica della misura cautelare, in presenza di mutamenti nelle circostanze (art. 23, co. 5). Si ha, dunque, un rovesciamento della situazione finora conosciuta. L'onere di attivazione della causa di merito è subordinato all'iniziativa della parte contro la quale è stata emessa la misura cautelare.

La nuova disposizione potrebbe essere quindi così formulata:

All'art. 21 l. 1034/71, dopo il co. 9 aggiungere i seguenti ulteriori commi, entro i quali il testo in grassetto è solo volto segnalare le problematiche che vi si possono legare:

“Negli stessi casi di cui al precedente comma, indipendentemente dalla [il testo del codice usa la formula “in ogni caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire” ma il Consiglio di Stato ha giustamente rilevato la necessità di uniformare da un punto di vista lessicale tale previsione con quella dell’art. 21 co 9 e pertanto rendere identici i presupposti di fatto per l’esercizio del potere cautelare ante causam ed in corso di causa; mi sembrerebbe peraltro più corretto usare la formula “indipendentemente” piuttosto che subordinare la tutela ante causam all’impossibilità di presentare nei termini il ricorso di merito] previa notifica del ricorso, i soggetti legittimati al ricorso possono, con istanza al Presidente del TAR competente per il merito, chiedere l’adozione

delle misure interinali e provvisorie che appaiano indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 21 **[questo riferimento alla proposizione al ricorso di merito, ripreso dal codice dei contratti, potrebbe essere contestato dalla Corte di Giustizia per le ragioni sopra esposte, cui potrebbero aggiungersi rilievi di incostituzionalità in riferimento alla nuova disciplina del processo civile e di quello societario].**

*“L’istanza, previa notifica ai sensi del precedente co. 1, deve essere depositata presso la segreteria del Tribunale entro dieci giorni dall’ ultima notifica **[riprendere qui la formula utilizzata per il ricorso sull’accesso].** Il Presidente o il magistrato da lui delegato provvede sull’istanza, sentite, ove possibile **[questa è la formula usata dal codice dei contratti ma ci riflettere in quanto mi sembra troppo discrezionale]** le parti e omessa ogni altra formalità” **[il Consiglio di Stato suggerisce di aggiungere la rilevabilità d’ufficio dell’incompetenza. Io aggiungerei anche un riferimento alla sommaria delibazione sul fumus].***

*“L’efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi. **[il Consiglio di Stato estende la cauzione ai danni patendi da terzi; la formula è poco comprensibile; per chi sia autenticamente terzo il processo, e gli effetti dei provvedimenti anche cautelari dovrebbero risultare neutri; chi sia toccato da quegli effetti deve invece essere parte]**”* Esso è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni. Il provvedimento di accoglimento è efficace per un periodo non superiore a sessanta giorni dall’emissione e comunque non oltre la pronuncia del collegio cui l’istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile a seguito della proposizione del ricorso” **[è questa la parte delicata sulla quale dobbiamo maggiormente riflettere: consentirei quanto meno l’instaurazione del giudizio a tutte le parti, un po’ come avviene per la trasposizione del ric straord].**

*“Il provvedimento presidenziale non è appellabile, ma è sempre revocabile o modificabile dal Presidente (o dal Giudice da lui delegato: ndr) su istanza o reclamo di ogni interessato. **[questi ultimi due commi sono stati così riformulati dal Consiglio di Stato]***

*“Per l’attuazione del provvedimento cautelare e per la pronuncia in ordine alle spese si applicano i commi” ... **ora 11 e 14***

“Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado di appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dal presente articolo e dall’art. 23-bis”

Altri profili della tutela cautelare da modificare con urgenza

Art 21 co. 10:

occorre chiarire la rilevanza del “sentite sul punto le parti costituite”, precisando se devono o meno essere d’accordo: il punto va in realtà ricordato con l’art. 23, co 1, nel quale andrebbe comunque ormai inserito l’inciso “salvo quanto disposto dagli artt. 21, comma 10; 23-bis, co 3 e 26, comma 5” (quest’ultimo, sempre che si voglia escludere l’obbligo dell’istanza di fissazione anche nell’ipotesi in cui il merito sia deciso con sentenza semplificata nella c.c. fissata d’ufficio a seguito dell’istruttoria).

Si potrebbe, all’art. 26, co 5, inserire l’inciso “sentite sul punto le parti interessate, che possono, ove lo ritengano, proporre, anche oralmente, istanza congiunta di contestuale trattazione del merito”.

Con l’occasione si potrebbero uniformare lessicalmente i co 4 e 5 dell’art. 26, che fanno riferimento il primo ad una sentenza “succintamente motivata” e il secondo ad una decisione in forma “semplificata”.

Tornando al cautelare è inoltre assolutamente necessario **intervenire sull’art. 23 bis** per:

a) chiarire che il ricevimento dell’ordinanza ai fini della decorrenza del termine per il deposito di documenti e memorie è quello da parte del TAR. Sarebbe comunque meglio uniformare la disciplina con il sistema e indicare come in ogni altro caso i termini a scalare dalla c.c.(ma poi, perché solo in questo caso porre limiti di tempo al deposito di atti e documenti in fase cautelare?? E’ voluto??)

b) chiarire i termini per l’appello delle ordinanze cautelari

c) chiarire se la mancata richiesta di misure cautelari sul dispositivo ne preclude la successiva richiesta sulla sentenza. Il principio generale secondo il quale le richieste cautelari non hanno termini vi osterebbe, ma, trattandosi di rito speciale in cui il legislatore ha previsto diversi paletti alla tutela cautelare, occorre essere chiari sulla soluzione accolta

d) risolvere il problema dei termini di deposito eccessivamente ridotti (inserire la previsione suggerita per l’accesso, che dovrebbe essere inserita come previsione generale, nel senso della sufficienza della prova della consegna all’ ufficiale giudiziario, meglio se con l’indicazione di un termine ultimo per la notifica).

Sulla l. obiettivo

Da ultimo, ma davvero non ultimo, occorrerebbe sopprimere (o in subordine inserire nell’art. 21) la norma inserita nella l. obiettivo che esclude la tutela cautelare dopo la stipula del contratto.

M. A. Sandulli

R. Invernizzi