

Articoli e note

n. 5-2007 - © copyright

CATERINA CRISCENTI

Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità*

* Relazione svolta al Convegno " *Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici* ", organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Messina il 19 aprile 2007.

Sommario: 1. Complessità, velocità e giudice amministrativo - 2. La giurisdizione esclusiva nelle controversie in materia di appalti - 3. Verso un diritto processuale degli appalti? - 4. Il processo cautelare dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205 - 5. La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici - 5.1. Le questioni di competenza - 5.2. La revocabilità o modificabilità del provvedimento di accoglimento - 6. Conclusioni.

1. Complessità, velocità e giudice amministrativo. Avvio questo mio intervento con una considerazione metagiuridica, di carattere molto generale.

Stiamo vivendo, in tutti campi - e, dunque, anche nel campo del diritto - un momento di complessità senza precedenti, un tempo dove tutto cambia più celermente di quanto riusciamo a comprendere. E a caratterizzare l'attuale momento della complessità non è il cambiamento in sé, quanto il ritmo che il cambiamento assume. Nel mondo della complessità " *ogni cosa si muove sempre più rapidamente, fino a rendere la velocità, in quanto tale, un obiettivo in sé* " (M. C. TAYLOR).

Il compito che come uomini e come giuristi ci troviamo ad affrontare non può essere però, quello, sterile, di rifiutare la complessità o di evitarla, ma piuttosto di governarla saggiamente ed imparare a convivere con essa in modo costruttivo.

Il problema si sposta allora verso gli strumenti con cui il controllo della complessità deve aver luogo.

Fin ad ora il giudice amministrativo è sicuramente riuscito ad assicurare un positivo approccio alla complessità essenzialmente grazie a due fattori fondamentali della sua giurisdizione: l'elevato grado di specializzazione unito alla esiguità e flessibilità di regole processuali.

Avvalendosi di questi due preziosi ingredienti, egli ha potuto accostarsi in modo responsabile ed incisivo alle problematiche dell'azione pubblica, fino ad offrire al ricorrente, singolo o associato, una tutela capace di proiettarsi oltre il provvedimento amministrativo e di attingere direttamente all'utilità perseguita nel caso concreto.

Oggi entrambi questi fattori, specializzazione e semplicità del rito, sono, per ragioni diverse, in crisi.

Da un lato, la specializzazione risente degli attacchi alla specialità del giudice, a loro volta dovuti al diverso atteggiarsi dell'azione volta alla cura di interessi pubblici.

Se la specialità, nel vigente sistema costituzionale, è collegata ad una pubblica amministrazione che deve agire quale "autorità", rinvenendosi in ciò, come sottolineato con vigore dalla Corte Costituzionale, "la piena dignità di giudice" del giudice amministrativo (cfr. Corte Cost. nn. 204/2004 e 191/2006), la crisi, sociale e giuridica, del concetto di autorità pubblica non poteva che scatenare una crisi del concetto di specialità del giudice amministrativo e, dunque, della sua specializzazione, ossia del suo peculiare compito di dare tutela nell'amministrazione.

E' noto come sia divenuto sempre più problematico stabilire con certezza in quali materie o rispetto a quali situazioni giuridiche soggettive ricorra tale specialità. E si devono indubbiamente anche alla entità e gravità che la questione del riparto di giurisdizione ha assunto in questi ultimi anni le recentissime decisioni, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 4109/2007) e poi della

Corte Costituzionale (sentenza n. 77/2007), volte a dare finalmente ingresso nel nostro ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione.

Dall'altro lato, proliferano testi unici e codici, e con essi si accavallano e si intrecciano le regole processuali.

Esistono ormai tante regole diverse in base al settore cui la domanda di giustizia inerisce. Non più, dunque, un solo modello di processo amministrativo di cognizione, a struttura prevalentemente monofasica, ma tanti processi, speciali e differenti a secondo della materia da trattare, con diversi termini processuali e spesso interamente celebrati in camera di consiglio, che tendono a loro volta a divenire micro-sistemi, contrapposti al rito c.d. ordinario.

L'esempio più evidente è rappresentato dal rito *ex art. 23 bis* l.tar - norma introdotta dall'art. 4 l. 21 luglio 2000 n. 205 contenente regole processuali speciali per le controversie in particolari materie di rilevante interesse economico, tra cui quelle in materia di aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture -, che il legislatore ha poi utilizzato come modello per la disciplina del processo in una notevole varietà di altri casi, non senza apportare di volta in volta delle variazioni più o meno significative, come nel caso delle controversie relative ad infrastrutture ed insediamenti produttivi, oggi regolamentate dall'art. 246 D.l.vo 12 aprile 2006 n. 163 - *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*.

Ritengo che allo studio del codice dei contratti pubblici, ed in particolare alle disposizioni processuali in esso contenute (artt. 244-6), debba accostarsi avendo presente questo mutamento della posizione e degli strumenti del giudice amministrativo, essendo proprio quello degli appalti uno dei settori dell'azione pubblica più interessati dal fenomeno della complessità.

Premetto che intendo essere più sintetica in ordine al profilo della specialità e, quindi, della giurisdizione, mentre vorrei soffermarmi maggiormente sulle nuove regole processuali, o almeno su talune di esse, senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività.

2. La giurisdizione esclusiva nelle controversie in materia di appalti. Deve riconoscersi che, nel campo degli appalti, la crisi della specialità è stata forse meno avvertita rispetto ad altri settori, come ad esempio quello dell'espropriazione, anche se non è stata del tutto assente.

Direi, in estrema sintesi, che le previsioni codicistiche risolvono in modo abbastanza soddisfacente alcune perplessità in punto di giurisdizione.

Dovrebbe, infatti, dirsi superata la questione della giurisdizione degli appalti c.d. "sotto soglia", visto che anche questi appalti, secondo il nuovo codice, devono, in linea di massima, essere affidati nel rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica e saranno, dunque, attratti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come delineata dal co. 1 dell'art. 244 (cfr. M.A. SANDULLI).

In questo comma - per il resto riproduttivo dell'art. 6, co. 1, l.n. 205/00 e dell'art. 4, co. 7, della l. 11 febbraio 1994 n. 109 - è opportunamente chiarito poi che la giurisdizione esclusiva abbraccia anche le controversie risarcitorie connesse.

E' peraltro percepibile, in questo chiarimento, l'eco delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, nelle sentt. n. 204/04 e n. 191/06, sul risarcimento del danno, quale strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio, "incluso" nella giurisdizione del giudice amministrativo e non attribuito come nuova materia (resta, però, irrisolta la questione della applicabilità, nei giudizi risarcitori, della procedura di cui all'art. 23 *bis* l.tar, questione che il C.G.A. ha, infatti, di recente, rimesso all'Adunanza Plenaria con ordinanza del 2 marzo 2007 n. 75).

Si puntualizza, infine, al co. 3 dell'art. 244 la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di una serie di controversie di un certo interesse, per le quali in passato si erano registrate delle incertezze sull'individuazione del giudice competente: sono " *le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 commi 3 e 4*".

E' stato sin d'ora opportunamente avvertito che in alcune di esse viene in rilievo non un provvedimento, ma il famigerato comportamento: potrà trattarsi di un comportamento tacito, come nell'ipotesi di rinnovo tacito di un contratto, od un comportamento omissivo, come nel caso di inerzia della stazione appaltante sulla richiesta di revisione del prezzo.

3. Verso un diritto processuale degli appalti? Di contro, l'esiguità di regole processuali, che

consentiva al giudice di stabilire un contatto immediato e concreto con i casi da giudicare, decidendo più secondo principi che secondo regole (ZAGREBELSKY), è davvero ormai, in questa materia, solo un pallido ricordo.

Il proliferare, a ritmo incalzante, di regole, sia sostanziali che processuali, non di rado dettate dalla necessità di adeguamento al diritto comunitario, ma non sempre correlate ai principi generali che governano il processo, ha assunto proporzioni veramente considerevoli.

Tanto che si inizia da più parti a parlare anche di un vero e proprio "diritto processuale degli appalti", come di un settore a sé stante, distinto o distinguibile dal diritto processuale amministrativo tradizionalmente inteso.

Non so se un tale approccio sia corretto o accettabile, ma intanto è indubbio, in primo luogo, che la varietà e complessità della disciplina sostanziale ha fatto sì che tantissimi istituti del diritto processuale amministrativo siano stati oggetto, negli ultimi anni, di un significativo approfondimento, finendo per assumere contorni del tutto nuovi rispetto al passato e, obiettivamente, assai interessanti.

Se poniamo mente agli istituti chiave del processo amministrativo, noteremo, infatti, come buona parte di essi, pur non avendo subito alcuna modifica legislativa, sono stati profondamente rivisitati da dottrina e giurisprudenza proprio in relazione a vicende riguardanti appalti pubblici.

Si pensi - solo per fare qualche esempio - all'istituto della legittimazione ad agire rispetto ai soggetti non invitati alle procedure negoziate, o rispetto a coloro che non hanno formulato domanda di partecipazione alla procedura; oppure all'interesse a ricorrere nel caso di soggetti facenti parte di un c.d. raggruppamento costituendo o, ancora, l'interesse a ricorrere nell'ipotesi in cui sia stata impugnata solo l'esclusione dalla gara e non anche l'aggiudicazione a terzi; all'istituto dell'atto impugnabile in relazione ai bandi di gara o dell'atto confermativo nel rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva; per non dire poi dell'istituto della disapplicazione con riferimento al diritto comunitario, esplorato nella forma sia della disapplicazione normativa che pure provvedimentoale.

Ma altri istituti - ed è questo il secondo aspetto, assai più delicato - seguono nelle controversie relative ai contratti pubblici regole sempre nuove, diverse da quelle valevoli per tutte le altre controversie delle quali conosce il giudice amministrativo.

L'esempio più evidente, anche nell'ambito del recente codice dei contratti pubblici, è rappresentato dalla tutela cautelare.

Il D.l.vo 12 aprile 2006 n. 163 è intervenuto, infatti, sulla disciplina dei rimedi cautelari nelle controversie instaurate avverso gli atti delle procedure di affidamento, già significativamente modificata dalla l.n. 205/00.

Degli otto commi dell'art. 245, intitolato genericamente "*strumenti di tutela*", ben sei commi e mezzo sono dedicati alla tutela cautelare e ancora più esattamente sei, su sei e mezzo, alla c.d. tutela cautelare *ante causam*.

Dopo aver riaffermato, al I co., la perdurante vigenza nel nostro ordinamento dei due strumenti alternativi di tutela rappresentati dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e dal ricorso al tribunale amministrativo regionale e ribadita l'applicabilità innanzi al giudice amministrativo, in questi casi, del rito *ex art. 23 bis*, compreso, come aggiunge nella prima parte del II co., la disciplina dei rimedi cautelari, l'art. 245 dedica i successivi sei commi alla introduzione e disciplina della tutela cautelare *ante causam*, cioè alla facoltà per l'interessato di ottenere una misura interinale e provvisoria prima ancora della notifica del ricorso, ipotesi finora rimasta estranea al processo amministrativo e prevista oggi solo per questo tipo di controversie.

Se volessimo ragionare con metodo sillogistico, visto lo spazio dedicato, dovremmo ritenere che lo strumento di tutela per eccellenza sia da individuare nella misura cautelare e, segnatamente, nella misura concessa *ante causam*.

Ma ritengo che così assolutamente non sia. Ci troviamo, piuttosto, ancora una volta di fronte alla strana circostanza che l'introduzione di un nuovo strumento di tutela, astrattamente idoneo a garantire una più efficace e pronta risposta dell'ordinamento all'agire illegittimo dell'amministrazione, non dia luogo ad un reale accrescimento di tutela.

4. Il processo cautelare dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205. Ma è indispensabile fare un passo indietro.

Rammentavo come dal 2000 in poi, grazie all'intervento della l.n. 205 cit., il giudice amministrativo, dopo aver ampiamente utilizzato l'unica misura cautelare tipica prevista dalle norme di rito, la sospensione del provvedimento impugnato, ha avuto affidato dal legislatore un vero e proprio processo cautelare, caratterizzato, fra l'altro, sul modello dell'art. 700 c.p.c., dalla atipicità della misura cautelare.

Con la l.n. 205/00 è stata, altresì, riconosciuta alle parte ricorrente la facoltà di richiedere al Presidente la concessione, con decreto, di una misura cautelare, la quale può essere rilasciata "*in caso di estrema gravità ed urgenza*" anche in assenza di un contraddittorio sostanziale, cioè anche senza sentire la parte, ma sempre previa notificazione del ricorso introduttivo del giudizio di merito e, quindi, con la garanzia di un contraddittorio formale e non propriamente *ante causam*.

Per le controversie in materia di procedure per l'affidamento di appalti pubblici il legislatore poi, inseguendo l'obiettivo della velocità di cui si diceva all'inizio, ha istituito un rito speciale che, con terminologia mutuata dal processo penale, è solitamente denominato rito abbreviato, o anche rito accelerato, disciplinato appunto dall'art. 23 *bis* l.tar.

In questo rito, caratterizzato dal dimezzamento dei termini processuali, la tutela cautelare assume una portata del tutto peculiare.

Prevede il co. 3 che se il giudice, ad un primo esame, rilevi la sussistenza dei presupposti della tutela cautelare (probabile fondatezza del ricorso e pregiudizio grave ed irreparabile) non assumerà, come avviene nel rito ordinario, un provvedimento decisorio favorevole, di accoglimento, ma "*fisserà con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza*".

In questi casi è la fissazione anticipata del merito della causa la cautela individuata come idonea a salvaguardare gli interessi del ricorrente.

Solo "*in caso di estrema gravità ed urgenza*" il giudice può "*disporre le opportune misure cautelari*".

E' indubbiamente vero che rispettando rigorosamente il termine (ordinatorio) di trenta giorni la controversia sarà definita celermente. Ma la spinta acceleratoria è garantita a discapito del momento propriamente cautelare, relegato ai casi di estrema gravità ed urgenza.

Casi che, peraltro, sono ormai difficili da individuare, una volta affermati la risarcibilità degli interessi legittimi ed il principio della caducazione del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, per lo meno nel caso in cui il contratto sia stato stipulato successivamente alla proposizione del ricorso (sul punto Cons. Stato n. 7578/2006).

Di fatto, in questa materia dei contratti, la tutela non è, dunque, quasi mai quella cautelare, ma, al più, quella di una pronta definizione del merito, sempre che non intervengano fatti nuovi, come ad esempio la proposizione di motivi aggiunti, e sempre che il giudice rispetti i termini ordinatori che attengono alla sua attività.

Si è persa così una fetta corposa della specializzazione del giudice amministrativo, che si esprimeva nella capacità di indirizzare ed integrare già in questa fase l'azione amministrativa: la sentenza di merito che intervenga comunque a procedura già conclusa non potrà più svolgere un compito così prezioso.

5. La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici. E' nell'ambito di un rito così congegnato che si innesta, come dicevamo, la previsione aggiuntiva di una tutela cautelare viepiù anticipata.

L'art. 245 riconosce la facoltà della parte interessata di ottenere dal Presidente una misura interinale e provvisoria prima della notificazione del ricorso, ma solo se ricorre una situazione "*di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie*" secondo il meccanismo introdotto dall'art. 3 l.n. 205/00, a cui prima si è fatto cenno.

Si ha l'impressione che saranno davvero raramente configurabili delle ipotesi nelle quali ci sia una situazione di urgenza così qualificata da non poter essere soddisfatta con un decreto presidenziale successivo alla notificazione del ricorso *ex art. 3 cit.*, considerato che l'istanza con la quale si chiede la tutela *ante causam* deve essere previamente notificata e dovrà contenere già in estrema sintesi i motivi di gravame (F. SAITTA).

Su quest'ultimo punto mi sembra vi sia, fino ad adesso, convergenza di vedute: poiché nella individuazione del *thema decidendum* in diritto il giudice non ha nessuna autonomia, essendo tenuto a rispettare il principio della domanda di parte, ne consegue l'impossibilità che la tutela cautelare sia disgiunta dalla rappresentazione dell'illegittimità del provvedimento che il ricorrente ha individuato e che deve poi sottoporre al giudice amministrativo, non potendo in nessun modo il giudice sopperire a questa mancata indicazione (C. E. GALLO).

Certo anche questa soluzione non è immune da dubbi: a parte il rilievo che la disposizione, incentrata su un qualificato *periculum in mora*, nulla prescrive in ordine al profilo del *fumus boni juris*, mi domando quale sorte debba avere un motivo dedotto a fondamento dell'istanza cautelare e non

riproposto nel ricorso: dovrà cioè il giudice tenerne conto nella decisione del merito del ricorso oppure dovrà considerarlo *tamquam non esset*? Riterrei preferibile questa seconda soluzione, in virtù del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, essendo la sentenza di merito provvedimento di definizione del ricorso introduttivo.

Numerosi interrogativi suscitano anche le ulteriori regole contenute nell'art. 245.

Mi soffermo solo su due profili, tentando di fornire qualche risposta, necessariamente approssimativa, non essendo supportata, fra l'altro, da una significativa applicazione giurisprudenziale.

5.1. Le questioni di competenza. Il co. 4 dispone che l'istanza si propone al Presidente del Tribunale amministrativo regionale "*competente per il merito*" ed aggiunge che "*le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio*". Questa disposizione - è sicuramente noto - intende arginare il fenomeno del c.d. "turismo cautelare" o anche detto "delle migrazioni cautelari", ossia lo spostamento che si verifica verso Tribunali più propensi a concedere tutela cautelare, in un sistema ordinariamente caratterizzato dalla regola della derogabilità della competenza territoriali.

Sono stati sempre più frequenti, negli ultimi anni, gli interventi legislativi volti ad incidere, in particolari settori, sulla competenza territoriale del giudice amministrativo, ma questo ultimo intervento si caratterizza per la sua intrinseca parzialità. Il legislatore si è, infatti, limitato a disciplinare la questione della competenza in relazione al momento cautelare *ante causam*, ma ha lasciato scoperte tutte le fasi successive.

Mi chiedo, allora, se il Presidente non provveda a rilevare l'incompetenza, o se l'incompetenza derivasse dall'impugnativa, svolta in ricorso, di alcuni atti connessi, può poi il Collegio, chiamato a delibare la domanda cautelare, sollevare d'ufficio la questione?

O ancora, se il Tribunale omette di farlo in sede cautelare, può poi trattare la questione in sentenza, a prescindere, quindi, dalla proposizione di un regolamento di competenza?

In altri termini, ha, in tutta questa materia dei contratti, il legislatore introdotto una nuova ipotesi di competenza territoriale inderogabile, valevole per tutte le fasi, e, quindi, in ipotesi anche nel caso in cui non sia stata neppure proposta una domanda cautelare, oppure l'inderogabilità attiene solo ed esclusivamente alla tutela cautelare *ante causam*?

La norma - è indubbio - si riferisce espressamente alla fase *ante causam*, ma così intesa, a ben vedere, avrebbe scarsissima rilevanza anche rispetto al fenomeno migratorio che si propone di contrastare.

A parte l'irrazionalità di un sistema che - quanto meno in una medesima fase - riconosca al Presidente, come organo monocratico, dei poteri decisori parzialmente maggiori, di quelli che riconosce al Collegio, si potrebbe verificare il caso che il Presidente neghi la tutela, ritenendo la propria incompetenza territoriale, e poi il ricorrente - non ostando il provvedimento presidenziale negativo alla riproposizione della domanda dopo l'inizio del giudizio di merito, come espressamente dispone il successivo co. 5 - riproponga appunto la domanda cautelare, in corso di causa, obbligando così il Collegio, in difetto di regolamento di competenza ritualmente proposto, a non considerare più il profilo della competenza e ad esaminare, dunque, l'istanza.

Sarei, quindi, ad un primo esame più propensa a ritenere che, essendo la fase cautelare rimasta strumentale ed accessoria rispetto a quella di merito, il difetto di competenza territoriale sia rilevabile d'ufficio in ogni stato del processo, e non solo dal Presidente nella fase *ante causam*.

Opterei per questa soluzione, pur nella consapevolezza della complessiva limitatezza di essa in un sistema processuale che continua a prevedere, in via generale, che la questione di competenza territoriale non possa mai costituire motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale (art. 31, co. 9, l. tar). E poiché, peraltro, neppure le disposizioni dell'art. 245 - come precisa il co. 8 - si applicano al giudizio in grado d'appello, la decisione di primo grado, che in fase cautelare o di merito, non abbia tenuto conto dell'incompetenza territoriale del giudice adito, non sarà mai per ciò stesso annullabile.

5.2. La revocabilità o modificabilità del provvedimento di accoglimento. Il provvedimento di accoglimento non è appellabile e perde, comunque, effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione. In ogni caso, recita l'ultimo inciso del co. 6, "*è sempre revocabile o modificabile senza formalità dal Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonchè del Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito*".

Già nel processo cautelare era stata prevista, con la l.n. 205, la revocabilità e modificabilità delle misure cautelari concesse, ma sempre su domanda, nel rispetto del contraddittorio ed al ricorrere di elementi nuovi sopravvenuti.

Orbene, se il fatto che non sia più richiesto il ricorrere di sopravvenienze si può giustificare in virtù della non appellabilità del provvedimento di accoglimento, desta, però, forti perplessità il riconoscimento di un potere ufficioso del Presidente e del Collegio, da esercitare senza formalità, in un sistema processuale integralmente governato dal principio della domanda.

Ritengo che, peraltro, esso sarà nella pratica scarsamente attivato, visto che non esiste un ruolo di cause del singolo giudice e, dunque, il Presidente o un componente del Collegio ha cognizione della controversia e disponibilità del fascicolo solo quando viene designato per la trattazione, designazione che avviene, nel vigente sistema, solo a seguito di un atto ad impulso di parte.

Ma mi sembra che non scevra di dubbi si presenti la disposizione anche nella parte in cui ammette la revoca o la modifica su impulso di parte, o più esattamente, come stabilisce il codice, "*su istanza o reclamo di ogni interessato*".

In base al tenore letterale della norma sembrerebbe allora che legittimato a proporre l'intervento correttivo sia qualunque soggetto interessato alla controversia in questa fase.

Non solo l'amministrazione resistente o il controinteressato intimato, ma anche un soggetto diverso da quelli individuati come contraddittori nell'istanza cautelare, con necessità, dunque, per il giudice di verificare, nonostante l'esiguità degli elementi che egli ha a disposizione in questa fase, il fondamento dell'interesse.

Ma, mi domando, potrebbe, addirittura, lo stesso ricorrente chiedere una modifica *in melius* della misura già concessa? Sebbene la dizione "*ogni interessato*" non lo escluda, mi sembra che una interpretazione siffatta non sia accettabile, in quanto la revoca o la modifica sono riconosciuti come contrappeso alla regola dell'inappellabilità del provvedimento favorevole e, quindi, nell'interesse di chi ha subito l'intervento cautelare.

La norma poi nulla dice sulla procedura da seguire, anzi prevede genericamente che la modifica e la revoca debbano essere assunte senza formalità, ancora assecondando l'esigenza di celerità. Ritengo, però, che una lettura costituzionalmente orientata, rispettosa del diritto di difesa, non consenta di fare a meno dalla previa notificazione della domanda, espressamente prevista per l'istanza volta alla concessione della misura.

6. Conclusioni. E' opinione comune - a prescindere dalla questione comunitaria, che ho volutamente trascurato - non solo che di questo nuovo strumento di tutela non si sentisse affatto la mancanza, ma anche che l'insoddisfacente tecnica legislativa, unita alla previsione di un contributo unificato, di importo molto elevato (vd. art. 13 D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, come modif. dal D.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006 n. 248, e dall'art. 1, co. 1307, l. 27 dicembre 2006 n. 296), che addirittura, secondo una prima interpretazione, dovrebbe essere versato due volte nel caso di ricorso preceduto da istanza di tutela cautelare *ante causam* (*DE NICTOLIS*. In senso contrario Tar Reggio Calabria, 27 aprile 2007 n. 324), rendono di fatto non più, ma meno accessibile la tutela giurisdizionale.

Probabilmente l'errore risiede nel ritenere che la velocità dei cambiamenti sia sempre governabile assicurando un processo veloce. Non è così. Al processo il legislatore deve assicurare una ragionevole durata, e la ragionevolezza, al cui imperativo ovviamente il giudice dal canto suo non intende affatto sottrarsi, è forse più figlia della semplicità (del rito), che della (sua) velocità.

(pubblicato il 9.5.2007)

