

La riforma del 2005 dei procedimenti cautelari, modificata ed integrata nel 2009 consente di non riassumere la causa per il giudizio di merito

IL PROCEDIMENTO CAUTELARE ATIPICO NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO E LA MANCATA RIASSUNZIONE DEL GIUDIZIO DI MERITO

*di Antonio BELSITO**

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il procedimento cautelare atipico. L'ordinanza. 3. La natura dell'ordinanza cautelare. Strumentalità attenuata. 4. Mancata riassunzione nei termini del giudizio di merito. 5. Differenze tra l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. non riassunta e non reclamata e la sentenza passata in giudicato. Le ordinanze equiparabili a sentenza. 6. Determinazione delle modalità di attuazione. 7. Proposizione del giudizio di merito oltre i termini perentori per la riassunzione. 8. Revoca e modifica. 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Dopo la riforma dei procedimenti cautelari introdotta dalla l. 80/2005 integrato dalla l. 51/2006, anche per i procedimenti cautelari atipici di cui all'art. 700 c.p.c. è stata effettuata una rivisitazione utile a rendere tale giudizio più celere, più concreto e più attento alla economia processuale, ri-

conoscendo maggiore rilievo all'ordinanza - emessa proprio a conclusione degli stessi procedimenti cautelari atipici - ritenuta anticipataria degli effetti della sentenza di merito.

Sempre per questi giudizi bisogna ricordare gli ulteriori interventi legislativi di cui alla l. 69/2009 e per il grado di appello alla l. 134/2012.

È appena il caso di far rilevare che dopo l'introduzione del procedimento ex art. 1 l. 92/2012 (cd. legge Fornero)

* Avvocato giuslavorista.

nelle controversie di lavoro, inevitabilmente, non si è fatto più largo uso del procedimento cautelare atipico - sino a quel momento utilizzato soprattutto per impugnare il licenziamento ritenuto illegittimo - essendo oggi previsto per le impugnazioni del licenziamento uno specifico rito sommario di cognizione che, tra l'altro, non necessita dell'accertamento del requisito del *periculum in mora*.

Ciò nonostante il procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. viene residualmente tuttora promosso per alcune controversie di lavoro, perché comunque insorgono esigenze tali da imporre l'intervento immediato del Giudice che con una sua ordinanza eviti l'insorgere del pregiudizio del danno grave ed irreparabile.

Come si vedrà più avanti l'ordinanza cautelare ed in particolare quella del procedimento atipico di cui all'art. 700 c.p.c. non mantiene sempre la sua natura integralmente strumentale e non decisionale, poiché per questi casi atipici il giudizio di merito potrebbe non essere riassunto senza che l'ordinanza cautelare perda la sua efficacia.

2. Il procedimento cautelare atipico. L'ordinanza

Anche il procedimento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c. si propone secondo quanto previsto dall'art. 669 bis e segg. c.p.c. con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente; in ogni caso la causa deve essere promossa dinanzi al Giudice che sarebbe stato competente per il giudizio del merito.

Il Giudice adito dovrà accertare la sussistenza dei noti requisiti fondamentali dei giudizi cautelari e cioè: il fu-

mus boni iuris e il *periculum in mora* ovvero, rispettivamente, la ragione del buon diritto ed il pericolo nel ritardo.

La mancata sussistenza di un solo requisito rende inammissibile il ricorso.

Il Giudice, dopo aver acquisito gli elementi di prova che ritiene necessari, anche a mezzo degli informatori, pronunzia ordinanza immediatamente esecutiva.

Il provvedimento cautelare è l'espressione di una azione giudiziaria autonoma, quale potere strumentale coordinato all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale diretto a garantire una situazione cautelanda da un pericolo imminente, tale da giustificare che l'ipotetico diritto possa subire danno irreversibile.¹

Avverso tale ordinanza, entro 15 giorni dalla comunicazione, è possibile proporre reclamo al Collegio dello stesso Tribunale che pure deciderà questo giudizio di impugnazione con ordinanza, non ricorribile per Cassazione.

L'ordinanza cautelare in quanto esecutiva per legge produce immediatamente i suoi effetti tra le parti in causa.

Essa deve contenere anche la pronunzia sulle spese legali relative al procedimento poiché la l. 69/2009 (riforma sulla razionalizzazione del processo) ha stabilito che il Giudice, quando pronunzia il provvedimento cautelare *ante causam*, idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, è tenuto a provvedere sulle spese del procedimento cautelare, poiché questo giudizio sommario potrebbe non proseguire nel merito.

¹ E. DINI - G. MAMMONE, *I provvedimenti di urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Giuffrè Milano, 1998.

Se il procedimento cautelare viene proposto in corso di causa il giudice riserverà all'esito, con la sentenza, la pronunzia sulle spese di giudizio.

In caso di provvedimento negativo - o anche in caso di accoglimento quindi - il Giudice deve comunque provvedere sulle spese del procedimento cautelare.

Non possono essere contemplati in questo studio alcuni procedimenti cautelari tipici, come ad es. il sequestro conservativo, poiché in tali casi è indispensabile il giudizio di merito, altrimenti il provvedimento cautelare perde efficacia.²

3. La natura dell'ordinanza cautelare. Strumentalità attenuata

Si è sempre sostenuto che l'ordinanza cautelare sarebbe priva di decisorietà cioè non assimilabile a sentenza.

La riforma dei procedimenti cautelari ha stabilito che per alcuni, come quello riveniente dai giudizi atipici ex art. 700 c.p.c., la parte possa decidere di non riassumere nel merito il giudizio qualora ritenga soddisfacente il provvedimento ottenuto in via cautelare.

Si tratterà, quindi, di verificare quale sia la natura giuridica dell'ordinanza di un provvedimento cautelare divenuto definitivo perché né impugnato con

reclamo, né riassunto nei termini per il giudizio di merito.

La riforma del 2005 ha affievolito il nesso tra provvedimento cautelare e giudizio di merito coincidendo sulla classificazione di "strumentalità ed autonomia" prevista da Carnelutti.³

È vero che i procedimenti di urgenza posseggono il carattere distintivo della strumentalità poiché svolgono una funzione non autonoma rispetto a quella di cognizione e sono preordinati all'emanazione di un ulteriore provvedimento di cui in via provvisoria assicurano la fruttuosità, ma è altrettanto vero che l'art. 669 octies c.p.c. ha eliminato l'obbligatorietà dell'onere di instaurare, a pena di inefficacia del provvedimento cautelare, il giudizio di merito entro un determinato tempo, attenuando così il nesso di strumentalità tra provvedimenti cautelari anticipatori e l'eventuale giudizio di merito.

È necessario comunque che con il ricorso cautelare la parte illustri dettagliatamente tutti gli elementi costitutivi dell'azione di merito con specifiche allegazioni onde consentire una completa conoscenza degli elementi di fatto e di diritto a sostegno della pretesa.⁴

Si discute se l'ordinanza non impugnata e divenuta definitiva, in quanto equiparata a sentenza, possa avere una natura di decisorietà.

La dottrina prevalente ritiene che la natura di questa ordinanza, seppur con-

² Cass. civ. Sez. I, Ord. 24 novembre 2011, n. 24844. La Corte con questa ordinanza ha rimesso la questione alle Sezioni Unite rilevando il contrasto di decisione tra la sentenza Cass. 7/11/2008 n. 26834 (che ha ritenuto che la natura speciale della previsione in esame relativa all'accertamento dell'estinzione produttiva - di riflesso - dell'inefficacia della misura cautelare, supera la riferibilità di cui all'art. 282 c.p.c. alle sole pronunce di merito) e Cass. Sez. I, 23/06/2008 n. 17028 (che aveva statuito l'immediata estinzione del processo per effetto di una sentenza di primo grado di natura processuale).

³ P. SANDULLI - A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010: "il legislatore del 2005 ha sancito l'autonomia del provvedimento cautelare ante causam in tutte le ipotesi in cui è idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, sulla scorta di quanto originariamente per il solo rito societario. Ciò, pur lasciando la facoltà, ad entrambe le parti in causa, di promuovere il successivo giudizio di merito".

⁴ Trib. Bari, Sez. lav., ord. 21/07/2007.

servativa, resti sempre strumentale.

Tutte le misure cautelari concesse ai sensi dell'art. 700 c.p.c. devono oggi considerarsi *ex lege* a **strumentalità attenuata**, o affievolita sottraendosi in tal modo a qualsiasi valutazione in ordine alla loro portata dell'idoneità "ad anticipare gli effetti della decisione di merito" che debba essere estesa anche ai provvedimenti d'urgenza.⁵

Premesso che, com'è noto, la cognizione piena del giudizio risulta prevalente su quella sommaria e che le misure cautelari sono strumentali rispetto a quelle rese in sede di cognizione ordinaria, la disciplina inerente i procedimenti cautelari, così come riformata dal 2005, ha fatto emergere la cosiddetta "*strumentalità attenuata*" stante la possibilità dell'estinzione del giudizio di merito con la sopravvivenza dell'ordinanza cautelare.

L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti ex art. 669 octipies, 6 co., c.p.c. anche quando il provvedimento cautelare è stato proposto in corso di causa e quest'ultima poi viene abbandonata.

Questi provvedimenti di urgenza ritenuti idonei ad anticipare gli effetti di una sentenza di merito sono quindi transitati da una strumentalità effettiva ad una ritenuta attenuata.

La dottrina discute se bisogna verificare l'effettiva natura anticipatoria o conservativa dell'ordinanza.

L'orientamento prevalente è quello di considerare tutte queste ordinanze cautelari a strumentalità attenuata.

Trattasi di garantire una **condizione di stabilità della decisione** che correttamente, nel caso dell'ordinanza cautelare, viene individuato come "*strumentalità attenuata*" nel senso che la definitività di quella decisione in qualche modo modifica la sua natura originaria (*che prima del 2005 era necessariamente strumentale perché il provvedimento sopravviveva soltanto con la riassunzione nel giudizio di merito*), lasciandola comunque strumentale perché frutto di una decisione sommaria e cautelare, ma tenendo conto che acquisisce la sua definitività.

4. Mancata riassunzione nei termini del giudizio di merito

L'art. 669 octipies c.p.c. entrato in vigore con la citata riforma del 2005 e successive modificazioni stabilisce che le disposizioni previste in tale articolo ed al primo comma di quello successivo non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nonché agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.

L'articolo in esame prosegue stabilendo che ciascuna parte (chi vi ha interesse) può iniziare il giudizio di merito, quindi non già semplicemente il ricorrente ma anche il convenuto.

A entrambe le parti è fissato il termine perentorio di giorni 60 per riassumere il giudizio di merito. Decorso inutilmente tale termine non sarà possibile riassumere il giudizio di merito e la mancata riassunzione non determinerà l'inefficacia del provvedimento cautelare atipico, anzi l'ordinanza cautelare risulterà definitiva ed inoppugnabile.

Tale provvedimento, pur acquisendo

⁵ L. GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto civile* (Consiglio Nazionale del Notariato); cfr. anche L. GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

la forma della inoppugnabilità non muta la sua natura giuridica (quindi non decisorietà ma strumentalità) in quanto resta sempre provvedimento cautelare.

Tutt'al più si "attenua" la natura strumentale perché, pur risultando l'ordinanza idonea ad anticipare gli effetti della decisione di merito, non acquisisce la natura di "decisorietà" e di "definitività" perché emessa anche sul presupposto di poter perdere efficacia a seguito della eventuale pronuncia definitiva della sentenza di merito.

Va evidenziata una importante decisione della Corte di Cassazione che nel dichiarare inammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. avverso l'ordinanza con cui il tribunale, a norma dell'art. 669 terdecies cod. proc. civ., aveva rigettato il reclamo proposto avverso il rigetto ex art. 700 cod. proc. civ. stabiliva che trattasi "di un provvedimento interinale, ontologicamente inidoneo ad incidere con efficacia di giudicato su posizioni giuridiche di natura sostanziale, dovendosi escludere che su tali caratteri abbiano inciso le modifiche introdotte dall'art. 2, comma 3, lettera e-bis), del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005, che ha disposto l'inapplicabilità ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. dell'art. 669 novies, primo comma, cod. proc. civ., sulla perdita di efficacia del provvedimento cautelare in caso di mancato inizio tempestivo del procedimento di merito ovvero di estinzione di quello eventualmente avviato".⁶

⁶ Cass. civ. Sez. VI, Ord. 8 febbraio 2011, n. 3124; cfr. anche Cass. civ. Sez. I, 20 gennaio 2015 n. 896.

5. Differenze tra l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. non riassunta e non reclamata e la sentenza passata in giudicato. Le ordinanze equiparabili a sentenza

La legge 14/05/2005 n. 80, nel nuovo testo del'art. 669 octies c.p.c., ha stabilito che i provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. e gli altri provvedimenti cautelari, idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, conservano la loro efficacia anche quando non siano seguiti dal giudizio di merito nel termine di 60 giorni ovvero quando il giudizio di merito si estingua.

Nel caso in cui il provvedimento cautelare risulti integralmente anticipatorio e la parte interessata ritenga soddisfacente il risultato conseguito in sede di cognizione sommaria cautelare potrà benissimo non riassumere il giudizio di merito.

Si tratterà, peraltro, in questo caso di verificare se ci sia qualche possibilità che l'ordinanza cautelare divenuta definitiva, perché né reclamata né riassunta nei termini, possa acquisire valore di "giudicato" come accade per le sentenze divenute definitive.

Di fatto viene limitata dal legislatore l'ultrattività ai provvedimenti di urgenza ed agli altri provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio degli effetti della decisione di merito distinguendo così i provvedimenti cautelari anticipatori e quelli meramente conservativi.

Bisogna verificare se effettivamente i procedimenti anticipatori sopravvivano sempre al mancato inizio o all'estinzione del giudizio di merito.

Essi sopravvivono se risultano essere effettivamente anticipatori per gli effetti della decisione di merito.

Si intende per anticipatorio il contenuto del provvedimento che coincida

con quello che potrebbe essere emesso a seguito della domanda di merito ricercandosi così una identità della natura e dell'oggetto.

Non resta quindi che accertarsi se questi provvedimenti cautelari atipici, che risultano essere anticipatori della pronuncia di merito divenuti definitivi, restino sempre di natura strettamente cautelare e non possano acquisire quella di cosa giudicata.

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte questi provvedimenti cautelari definitivi non possono acquisire la natura di cosa passata in giudicato nel senso che non possono essere fatti valere in altro giudizio per opporne la definitività della controversia.

Sorge però spontanea l'obiezione: perché mai il legislatore ha imposto un termine perentorio di 60 giorni per la riassunzione del giudizio nel merito ma poi, superato tale termine, pur diventando definitiva l'ordinanza cautelare, la stessa non può avere la natura riconosciuta alla sentenza passata in giudicato?

La risposta è deducibile dalle norme stesse e dagli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità. Nella procedura civile sia l'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. (ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione) sia quella ex art. 702 quater c.p.c. (ordinanza su giudizio di cognizione sommaria) prevedono che tali provvedimenti acquistano efficacia della sentenza impugnabile con le forme ordinarie.

Infatti, nel caso di ordinanza ex art. 186 quater c.p.c., qualora la parte intimata non chieda, entro 30 giorni dalla comunicazione della citata ordinanza - notificando ricorso all'altra parte e depositandolo in cancelleria - che si pronunzi sentenza, l'ordinanza esecutiva acquisterà efficacia di sentenza e

decorreranno da quel momento i termini ordinari per l'impugnazione.

Anche per quanto concerne il procedimento ex art. 702 quater c.p.c., che conclude il procedimento di cognizione sommaria, decorrono gli stessi termini ordinari per proporre impugnazione atteso che è espressamente scritto che l'ordinanza ex art. 700 ter c.p.c. produce gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ.⁷ se non viene appellata entro 30 giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

Ciò significa che l'ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. acquista efficacia di sentenza e può essere appellata entro 30 giorni dalla sua pubblicazione, diventando altrimenti definitiva. A questo punto si tratta di accertare se queste due ordinanze posseggano i due requisiti essenziali di una sentenza passata in giudicato ex art. 2909 cod. civ. e cioè la definitività e la decisorietà (è opportuno esaminare congiuntamente a questa norma anche l'art. 324 c.p.c.).

Il primo requisito risulta pacifico, mentre sul secondo la dottrina ha disquisito a lungo.

Considerato che questi due tipi di ordinanza (che non hanno natura strumentale) acquistano efficacia di sentenza e possono essere impuginate secondo le forme ordinarie mediante atto di citazione in appello, si può ritenere che le stesse contengano il requisito della decisorietà.

Va evidenziato però che il giudicato formale⁸ assiste tutte le sentenze de-

⁷ Art. 2909 cod. civ.: L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato [324c.p.c.] fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa [1306].

⁸ Cass. civ. Sez. III, 16 dicembre 2014 n. 26377: "La pronuncia "in rito" dà luogo soltanto al giudicato formale, con la conseguenza che essa produce effetto limitato al solo rapporto processuale nel cui ambito è

finitive, qualunque ne sia il contenuto ed è riferita alla stabilità che acquisisce la decisione giudiziaria (cfr. art. 324 c.p.c.).

Quanto innanzi, pur essendo riferito soltanto alle sentenze, va esteso (almeno quelle giudicate favorevoli) anche agli altri provvedimenti con contenuto decisorio.

Il giudicato sostanziale (di cui all'art. 2909 cod. civ.)⁹ è riferito soltanto alle sentenze di merito e fa stato dell'accertamento contenuto nella sentenza, escludendo quelle su questioni pregiudiziali di competenza e attinenti il processo.¹⁰

Diversa questione è quella inerente le ordinanze cautelari, comprese quelle del reclamo degli stessi procedimenti d'urgenza.

emanata e, pertanto, non è idonea a produrre gli effetti del giudicato in senso sostanziale. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la pronuncia d'inammissibilità della domanda di risarcimento danni da circolazione stradale per mancato rispetto dello "spatium deliberandi" accordato all'assicurazione ex art.22 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, costituisce giudicato formale, e non preclude la riproposizione in altro giudizio)".

⁹ Cass. civ. Sez. lav., 8 gennaio 2015 n. 57: "Ai sensi dell'art. 2909 c.c., l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti a terzi né può essere, quindi, vincolante per questi ultimi; tuttavia, il giudicato può spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale, quando questi siano titolari di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo o, comunque, di un diritto subordinato a tale situazione (nella specie, relativamente alla legittimità del licenziamento intimato dalla società distaccante ad un dipendente distaccato, la Corte ha ritenuto che a nulla rilevava la sentenza passata in giudicato che aveva accertato l'insussistenza dei danni lamentati dalla società fruitrice e causati da condotte scorrette poste in essere dal lavoratore distaccato che costituivano le ragioni del licenziamento).

¹⁰ Cfr. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935; V. ANDRIOLI, *La cosa giudicata in Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1980; ANDRIOLI - BARONE - PEZZANO - PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987.

Sia quelle pronunziate dal giudice monocratico sia quelle del Collegio in sede cautelare, pur essendo esecutive, potranno divenire definitive ma non avranno il requisito della decisorietà, trattandosi sempre di provvedimenti di natura cautelare.

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità la parte che non abbia raccolto la *provocatio ad prosequendum* e, con essa la possibilità di ottenere una sentenza sul cosiddetto merito pone in essere una condotta quiescente che rende irretrattabile l'ordinanza munendola di **stabilità** (*non meramente endoprocessuale, ma*) **esterna**, simile a quella della sentenza passata in giudicato.

Quindi, secondo la giurisprudenza, le ordinanze cautelari quando diventano definitive risultano irretrattabili ed acquistano una stabilità esterna.

In effetti non possono ritenersi identiche le ordinanze cautelari definitive con una sentenza passata in giudicato, perché tale riconoscimento presuppone la garanzia della cognizione piena della controversia, vertendosi in materia di diritto o di *status*.

Da ultimo, la conferma della impossibilità che l'ordinanza cautelare pronunziata dal Collegio in sede di reclamo non acquisisca efficacia di sentenza e quindi non acquisisca la sostanza di cosa giudicata ex art.2909 cod. civ. emerge anche dalla impossibilità di proporre ricorso per cassazione avverso tale provvedimento che pure costituisce la decisione di un giudizio di impugnazione che resta però sempre di natura cautelare.

6. Determinazione delle modalità di attuazione

Le modalità di attuazione del provvedimento cautelare non ottemperato dalla parte soccombente sono espressamente previste dall'art. 669 duodecies c.p.c.¹¹, che le demanda allo stesso giudice della cautela.

Si fa rilevare infatti che è stato espressamente previsto un procedimento tipico per l'“attuazione” dell'ordinanza cautelare, che va promosso ai danni del soccombente anche se si tratti di pubblica amministrazione.

Tale procedimento si propone con una istanza che, in quanto atto endo-processuale, va inoltrata telematicamente alla cancelleria del Giudice che ha emesso l'ordinanza da eseguire.

In questo caso, infatti, il giudice ha il potere di ordinare le modalità di attuazione della propria ordinanza e con tale provvedimento, immediatamente esecutivo, la parte soccombente, sarà tenuta pedissequamente ad ottemperare, incorrendo diversamente in ipotesi di reato ben più gravi di quelle contemplate agli artt. 388 e 650 c.p. trattandosi di illeciti contro la P.A..

Né è possibile, qualora si tratti di pubblico impiego, ricorrere al Tribunale Amministrativo per procedere con il giudizio di ottemperanza, poiché l'or-

¹¹ Art. 669 duodecies c.p.c.. Salvo quanto disposto dagli articoli 677 e seguenti in ordine ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.

dinanza cautelare seppur inoppugnabile, come già detto, non acquisisce autorità di giudicato come la sentenza¹² e, soprattutto, perché è prevista una norma *ad hoc* (art. 669 duodecies c.p.c.) per le modalità di attuazione dell'ordinanza.¹³

Infatti le ordinanze cautelari emesse dal giudice ordinario, non avendo autorità di giudicato - anche in seguito alla riforma della tutela cautelare civile di cui alla l. n. 80/2005 - non rientrano tra i provvedimenti giurisdizionali nei cui confronti può essere proposta l'azione di ottemperanza.¹⁴

¹² Il giudizio di ottemperanza, in quanto rito, tra l'altro, riservato all'esecuzione “delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparate del Giudice Ordinario” (art. 112, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 104/2010 - CPA), non può essere utilizzato per ottenere l'esecuzione di ordinanze cautelari emesse dal Giudice Ordinario ex art. 700 c.p.c.. (T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 29/05/2014, n. 1498)

È inammissibile il ricorso per l'esecuzione del giudicato proposto in relazione ad ordinanze ex art. 700 c.p.c., poiché ai sensi dell'art. 112 comma 2, lett. d), CPA (d.lgs. n. 104/2010), i provvedimenti cautelari, non avendo autorità di giudicato - anche in seguito alla riforma della tutela cautelare civile di cui alla l. n. 80 del 2005, non rientrano tra i provvedimenti giurisdizionali nei cui confronti può essere proposta l'azione di ottemperanza; i provvedimenti cautelari di un'autorità giurisdizionale diversa da quella amministrativa, essendo legati a situazioni di fatto puntuali e mutevoli, esigono l'immanente controllo dello stesso giudice che le ha emanate (come si evince anche dall'art. 669 duodecies, c.p.c.) e non possono essere attribuite a giudice diverso. (T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 21/01/2014, n. 175).

¹³ In capo al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare grava l'onere di controllare l'attuazione delle misure cautelari e le modalità di esecuzione delle stesse, art. 669 duodecies c.p.c.; ciò considerato, il ricorso presentato al giudice amministrativo, al fine di ottenere l'ottemperanza a quanto statuito nell'ordinanza dal giudice del lavoro, in accoglimento di un ricorso ex art. 700 c.p.c., è da considerare inammissibile. (T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 26/11/2003, n. 13959)

¹⁴ T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 11/06/2014, n. 707. cfr. anche T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 04/04/2012, n. 670: “Ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. d), CPA (d.lgs. n. 104/2010) i provvedimenti cautelari, non avendo autorità

Di conseguenza ben potrà il giudice ordinario disporre un *facere* alla P.A. inadempiente quando trattasi di questioni inerenti il rapporto di pubblico impiego privatizzato e quindi contrattualizzato, considerato che il giudizio di ottemperanza può essere proposto dinanzi al T.A.R. per le esecuzioni delle sentenze e tale procedimento di ottemperanza non è ammissibile per le ordinanze, seppur esecutive.

Le modalità di attuazione prevista dall'art. 669 duodecies s.p.c. risultano costituire un vero e proprio procedimento tipico, introdotto con apposita istanza, strumento necessario per intervenire contro l'inadempimento della P.A..

L'infungibilità è concetto che definisce mere condotte materiali e non si ataglia certamente all'adozione di quegli atti e provvedimenti formali che anche in materia di pubblico impiego privatizzato sono talvolta *necessario presupposto della condotta materiale*, come ad esempio l'inserimento del dipendente nella pianta organica dell'ufficio, o atto attributivo di diversa qualifica, ecc..

Il provvedimento emesso ex art. 700 c.p.c. può essere integrato ai fini di consentire la concreta attuazione da un commissario *ad acta* che, in quanto ausiliario del giudice ex art. 68 c.p.c., potrà operare in luogo dell'Amministrazione inadempiente.¹⁵

di giudicato - anche in seguito alla riforma della tutela cautelare civile di cui alla l. 80/2005 - non rientrano tra i provvedimenti giurisdizionali nei cui confronti può essere proposta l'azione di ottemperanza. I provvedimenti cautelari di un'Autorità giurisdizionale diversa da quella amministrativa, essendo legati a situazioni di fatto puntuali e mutevoli, esigono l'immanente controllo dello stesso giudice che le ha emanate (come si evince anche dall'art. 669-duodecies c.p.c.) e non possono essere attribuite ad un giudice diverso".

¹⁵ Tribunale di Larino (Giudice dott.ssa Scarlatelli)

Per definizione l'art. 700 c.p.c. assicura provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito e non può condividersi la tesi che differenzia la parte che abbia ottenuto una sentenza definitiva sul merito da quella che abbia ottenuto solo il provvedimento cautelare.

Vanno eseguite entrambe, la prima con giudizio di ottemperanza se si tratta di P.A., il secondo con un provvedimento cui stabilisca le modalità di attuazione.

In virtù di tale considerazione il Giudice del lavoro disporrà le modalità di attuazione ex art. 669 duodecies c.p.c. per eseguire esattamente quanto dallo stesso statuito nel procedimento cautelare.¹⁶

7. Proposizione del giudizio di merito oltre i termini perentori per la riassunzione

Nonostante la perentorietà dei termini per la riassunzione del giudizio di merito posti a carico indifferentemente delle parti in causa, risulta comunque possibile proporre giudizio ordinario oltre tali termini per la medesima vicenda.

Naturalmente non si tratterà di una riassunzione, essendosi il cautelare cristallizzato per il decorso dei termini, bensì di un vero e proprio nuovo giudizio di merito tra le stesse parti e per la medesima vicenda il cui *petitum*, però, non potrà essere rivolto espressamente ad ottenere l'annullamento o invalidità o inefficacia dell'ordinanza cautelare

ord. ex art. 669 duodecies c.p.c., 19/09/2013 (R.G. n. 403/13).

¹⁶ Tribunale di Pavia, Sez. lav., (G.L. D. Onito), 05/06/2017 (R.G. N. 361/2017).

ormai definitiva, seppure non equivalente ad una decisione passata in giudicato.

Non è facile, quindi, stabilire i confini tra quanto statuito in sede cautelare in via "definitiva" e quanto si potrà accertare e determinare con il giudizio ordinario del tutto nuovo e non direttamente collegato a quel procedimento cautelare atipico.

Soccorre quindi l'interpretazione giurisprudenziale utile per stabilire quanto sopravviva autonomamente dell'ordinanza cautelare e quanto possa incidere il nuovo giudizio di merito.

In effetti, trattandosi di una decisione "cautelare" si dovrebbe presupporre un seguito giudiziario.

È stata la riforma del 2015 e successive integrazioni a stabilire che alcuni provvedimenti cautelari non proseguiti nel giudizio di merito sarebbero sempre sopravvissuti. Di conseguenza l'eventuale giudizio di merito tardivamente proposto si concluderà con una sentenza che interverrà sostanzialmente sulle medesime questioni, ma senza poter formalmente intervenire in maniera diretta sul provvedimento cautelare.

8. Revoca e modifica

L'art. 669 decies c.p.c. prevede la possibilità di ottenere la revoca o la modifica all'ordinanza cautelare qualora si verificano mutamenti nelle circostanze, ovvero si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.

In tal caso l'istante deve fornire la prova nel momento in cui né è venuto a conoscenza.

Quando, come nel caso in cui il giudizio di merito non sia iniziato o sia dichiarato estinto, ai sensi del secon-

do comma dell'art. 669 decies c.p.c., è possibile chiedere la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento - esaurita l'eventuale fase del reclamo - al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare?

Trattasi di casi in cui i fatti sopravvenuti impongano al Giudice un intervento per così dire straordinario, a nulla rilevando la definitività del provvedimento cautelare.

Com'è noto ciò è possibile anche per le sentenze definitive.

Insomma, il fatto che ci sia la possibilità di poter ricorrere al giudice per eventi sopravvenuti che inficerebbero il provvedimento al punto di chiedere la revoca o la modifica non fa venir meno la definitività della stessa ordinanza.

Sussiste, altresì, la regola *iuris* della cd. ultra attività dell'ordinanza cautelare, secondo quanto voluto dal legislatore del 2005, anche con le successive modifiche che serve a consentire la stabilizzazione nel tempo degli effetti dell'ordinanza cautelare stante la mancata prosecuzione nel giudizio di merito o l'estinzione dello stesso.

L'ultra attività dell'ordinanza emerge chiaramente dal tenore letterale dell'art. 669 octies c.p.c. che prevede l'inapplicabilità delle regole inerenti la prosecuzione a pena di inefficacia dell'ordinanza cautelare del giudizio di merito: "... ai provvedimenti di urgenza ... nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto".

9. Conclusioni

La disamina appena svolta, seppure in forma alquanto sintetica, consente di trarre delle brevi conclusioni nel senso di prendere atto che la riforma del

procedimento cautelare, voluto dalla legge del 2005 ed integrata nell'anno successivo, ha riconosciuto la definitività dell'ordinanza cautelare non riassunta per il giudizio di merito, ma non ha previsto alcunché per poter consentire alla stessa di mutare la sua natura strumentale in quanto provvedimento cautelare, non acquisendo il requisito della decisorietà, anche se spesso la strumentalità del provvedimento cautelare è di fatto superato dal giudice nel motivare adeguatamente la decisione.

Ciò nonostante questo provvedimento cautelare definitivo, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, è munito di una **stabilità esterna** che risulta molto simile - ma non uguale - alla sentenza passata in giudicato.

Si ha ragione di ritenere tutt'al più che tale provvedimento definitivo potrebbe essere incluso tra quelli coperti da giudicato formale, visto che per

le ordinanze con contenuto decisorio l'orientamento prevalente è in tal senso.

In buona sostanza vi è soltanto uno dei due requisiti previsti dalla normativa (artt. 2909 cod. civ. e 324 c.p.c.) per divenire cosa giudicata e cioè soltanto quella della definitività.

Quest'unico requisito consente di "attenuare" e non mutare la natura strumentale del provvedimento cautelare. Non a caso la Cassazione evidenzia che questa ordinanza definitiva ha una stabilità non meramente endoprocesuale.

L'ordinanza cautelare definitiva non può essere oggetto di impugnazioni ed è pienamente valida ed efficace tra le parti a nulla rilevando l'eventuale tardiva proposizione di un giudizio di merito che potrebbe, ipoteticamente con la sentenza, incidere anche sugli effetti della stessa ordinanza senza poter tuttavia porla nel nulla.

Abstract

L'Autore ha puntualmente analizzato gli effetti della ordinanza emessa ad esito di un procedimento cautelare atipico a cui non sia seguito il giudizio di merito nei termini di legge, rilevando come, pur risultando definitiva, tale ordinanza non possa essere equiparata a sentenza passata in giudicato, non avendo il requisito della decisorietà - trattandosi di un provvedimento strumentale - sebbene la giurisprudenza di legittimità ne riconosca la stabilità - non meramente endoprocesuale - esterna simile a quella di una sentenza definitiva.

The author has punctually analyzed the effects of the issued ordinance to result of an atypical procedure without a judgment of worth, noticing as, also resulting definitive, such ordinance cannot be compared to sentence, not having the requisites – treating itself of an instrumental provision – although the jurisprudence recognizes the stability of it external similar to that of a definitive sentence.