

IL SISTEMA CAUTELARE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO QUALE STRUMENTO RAPIDO DI TUTELA IN ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ dell'Avv. Maria Corasaniti, Commissario di polizia penitenziaria

Sommario. 1) Funzione, natura ed origine della tutela cautelare – 2) Le linee evolutive della tutela cautelare nel giudizio amministrativo e la riforma di cui alla legge 21 luglio 2000, n. 205 ed al d.lgs. 104/2000 – 3) Le misure cautelari collegiali, monocratiche ed *ante causam* alla luce del codice amministrativo – 4) Gli atti esecutivi delle ordinanze cautelari e l'impugnazioni di quest'ultime.

1. Funzione, natura ed origine della tutela cautelare.

1.1 La giustizia cautelare è stata ed è tuttora, per intensità e rapidità, il settore privilegiato dagli amministrati per ottenere un'effettiva protezione interinale soprattutto degli interessi pretensivi destinati a commisurarsi spesso con provvedimenti negativi dell'amministrazione: si pensi ai dinieghi di rinnovo di concessione amministrativa o all'esclusione dalle procedure concorsuali.

La tutela cautelare è, quindi, uno dei più importanti strumenti tecnici mediante i quali l'ordinamento garantisce l'effettività della protezione giurisdizionale e, quindi, del diritto di azione di cui all'articolo 24, 1° co. della Costituzione.

Principio di effettività che, come vedremo, la legge 205/2000 ha accresciuto anche con riferimento alle tecniche della tutela cautelare ed il codice del processo amministrativo ha positivizzato rendendolo baluardo per tutte le situazioni soggettive e quindi vero valore e cardine dell'intero sistema giurisdizionale di protezione nei confronti della P.A.: l'art. 1 del codice, nel richiamare l'esigenza di una tutela piena ed effettiva, rinvia implicitamente all'art. 24 Cost. che già conteneva e contiene il principio medesimo.

In linea con quest'ultimo la tutela cautelare costituisce, quindi, un rimedio fondamentale predisposto dal legislatore per ovviare al fenomeno patologico, di scottante attualità, della resistenza e dei ritardi della P.A. e, soprattutto, alla durata del processo ordinario¹, durata che non deve andare a danno dell'attore che ha ragione.

L'essenzialità della tutela cautelare ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale è stata più volte sostenuta dalla Corte Costituzionale

¹ M. Bove, "Tutela cautelare nel processo amministrativo", in Dir. proc. Amm., 2011,1, p. 43.

all'esito di un articolato iter evolutivo: dopo aver negli anni '80 enunciato e ribadito il principio di normale inerenza del potere di protezione interinale rispetto alla giurisdizione amministrativa di annullamento (sentenze n. 8 del 1 febbraio 1982 e n. 190 del 28 giugno 1985), la Consulta negli anni '90, ed in particolare con la sentenza n. 249 del 16 luglio 1996, ha definitivamente enunciato il principio di essenzialità della tutela cautelare nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale².

In verità prima di quest'ultima sentenza era stata la giurisprudenza del giudice comunitario a rafforzare le possibilità di intervento del giudice nazionale al fine di offrire alle situazioni soggettive fondate sul diritto europeo una più ampia tutela interinale indispensabile per garantire la pienezza e l'effettività della protezione giurisdizionale³.

Un particolare rilievo ha assunto in tale ottica la decisione del 9 novembre 1995 sul caso *Atlanta* nella quale la Corte di giustizia, nel ribadire la necessità di garantire la pienezza e l'effettività delle misure cautelari adottabili a protezione delle posizioni soggettive di fonte comunitaria, ha ritenuto che l'intervento interinale, lungi dall'esaurirsi nella mera sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato, poteva assumere anche le sembianze del provvedimento positivo non più per i soli diritti soggettivi a contenuto patrimoniale ma anche per gli interessi legittimi pretensivi.

Secondo la migliore dottrina (Nigro) il giudizio cautelare ha una funzione accessoria, strumentale rispetto al processo di cognizione, in quanto è teso all'adozione di misure preventive volte a preservare le utilità fornite dall'eventuale sentenza favorevole di cognizione da eventi che possono manifestarsi durante il corso del processo⁴.

La tutela stessa trova la sua ragion d'essere nell'impossibilità che la tutela ordinaria sia istantanea e nella conseguente inevitabilità che sussista uno *spatium temporis* durante il quale, in attesa del

² La Consulta con tale ultima sentenza, lungi dal limitarsi a qualificare la tutela cautelare come elemento connaturale e proprio di un sistema di giustizia amministrativa ha espressamente sostenuto che *"la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 Cost."*.

³ Decisioni della Corte di giustizia della comunità europea del 19 giugno 1990 (caso Factortame) e del 21 febbraio 1991 (caso Zuckerfabrik).

⁴ La concezione della complementarietà dell'azione cautelare rispetto all'azione principale, dell'essere cioè posta al servizio di questa, è da tempo apparsa alla maggioritaria dottrina come la più idonea a far comprendere la possibilità di ottenere una pronuncia che, sia pur interinalmente, incida sulla sfera giuridica di un altro soggetto indipendentemente dall'accertamento della sussistenza di una situazione di vantaggio asserita da parte di chi richiede il provvedimento cautelare: v. per tutti Calamandrei, *"Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari"*, Padova, 1936, p. 39; V. Caianello, *"La sospensione del provvedimento impugnato"*, in lineamenti del proc. Amm. Torino 1976, p.332 ss.. Alcuni autori si sono opposti al concetto di strumentalità dell'azione cautelare nel processo amministrativo: tra questi Bartolomei, *"Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato"*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1968, p.403 e seg.

provvedimento ordinario, il diritto della parte rischia di subire in pregiudizio irreparabile⁵.

Essa non ha, quindi, carattere di definitività ma di provvisorietà rispetto alla decisione di merito, i cui effetti sono destinati a sostituire quelli del provvedimento cautelare: quest'ultimo è, pertanto, servente rispetto alla predetta decisione, della quale deve garantire la fruttuosità pratica, anticipandone provvisoriamente gli effetti ed assicurando che la situazione non venga modificata in attesa della disciplina degli effetti che sarà dettata dalla medesima sentenza di merito: la misura cautelare, sempre assicurata da un atto precario e rivedibile (giurisprudenza pacifica), è, allo stesso tempo, autonoma e strumentale⁶ e l'autonomia concerne soprattutto la funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Ed invero l'esigenza primaria di una protezione immediata della pretesa ha spostato l'ago della giustizia amministrativa sulle forme di tutela interinale non solo sul piano quantitativo ma anche su quello qualitativo, avendo i provvedimenti cautelari mostrato una capacità di adattamento a nuovi interessi ed alle nuove richieste di tutela⁷.

In quanto tale il sistema della giustizia cautelare si è rivelato uno strumento di tutela duttile e variabile (principio di elasticità e di atipicità), efficiente, soprattutto rapido e, perciò, particolarmente importante nel quadro di attuazione del citato principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi del cittadino.

Sempre sul piano funzionale la migliore dottrina ha rilevato che *"a rigore, la funzione tipica della tutela cautelare è conservativa e non anticipatoria: i rimedi cautelari, infatti, non sono diretti a far conseguire al ricorrente che agisce in via cautelare tutto quanto egli ha diritto di ottenere e, dunque, l'attribuzione definitiva del bene della vita anelato che è, per definizione, estranea all'area della tutela in questione; piuttosto, essi assolvono alla funzione di evitare che nelle more del giudizio si verifichi un pregiudizio irreversibile al bene stesso oggetto della domanda, così consentendo che la tutela giurisdizionale ordinaria, una volta attuata, non si riveli inutile per la parte che abbia visto accolta la propria domanda di merito"*⁸.

⁵ In tal senso è per tutti, F. Cipriani, *"Il procedimento cautelare tra inefficienze e garanzie"*, in Giust. Proc. Civ., 206, p. 9.

⁶ Il riconosciuto (da parte della dominante dottrina e giurisprudenza) carattere della strumentalità della misura cautelare rispetto alla garanzia giurisdizionale principale è stato in passato negato da qualche autore: Lancellotti, *"Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare"*, in Riv. Dir. proc. Civ., 1939, I, 232.

⁷ In dottrina V., tra gli altri, F. Cintioli, *"I provvedimenti cautelari nell'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa"*, in studi per il centenario della giustizia amministrativa, cura di M. Stipo, TIELLEMEDIA, Roma 2006, p. 157.

⁸ In tal senso V.F. Caringella e M. Giustiniani, *"Manuale del processo amministrativo"*, op. cit. pagg. 403 e 404 in nota.

Essendo per quanto sopra detto la tutela cautelare oltre che strumentale e coesistente al diritto di tutela giurisdizionale anche "implicita" nel principio di effettività di quest'ultima⁹, la stessa trova diretta copertura, come detto, nelle norme costituzionali sulla difesa in giudizio e, appunto, sull'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113, Cost.): in tal senso si è più volte pronunciata la Corte Costituzionale¹⁰.

La stessa Corte ha, inoltre, rimarcato il collegamento funzionale tra la tutela cautelare ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ribadendo la regola secondo cui l'amministrazione è comunque obbligata ad attuare le decisioni cautelari del giudice, il quale, da parte sua, ha il potere di farle eseguire coattivamente in caso di inottemperanza, mediante la nomina di un commissario *ad acta*¹¹.

Relativamente al principio di strumentalità della tutela cautelare nel processo amministrativo è stato escluso che la tutela stessa possa comportare utilità maggiori o diverse da quelle realizzabili col provvedimento principale: in sede cautelare il giudice non può concedere alla parte più di quanto le possa spettare per effetto del giudicato.

In questa logica la strumentalità ha finito con l'implicare un rapporto di servizio della tutela cautelare rispetto alla tutela principale conseguibile con il giudizio di merito.

Con riferimento poi al principio stesso di strumentalità rispetto all'effettività della tutela di merito va poi rilevato che gli effetti dell'ordinanza cautelare perdurano fino alla sentenza di primo grado e che il principio medesimo comporta che l'ordinanza non può, di regola, determinare effetti ulteriori rispetto a quelli prodotti dall'esito positivo del giudizio di merito¹² e che gli atti esecutivi dell'ordinanza medesima sono, in definitiva, travolti dalla sopravvenienza della decisione di merito se questa va in direzione diversa, mentre sopravvivono se va nella medesima direzione dell'ordinanza stessa.

1.2 Quanto alla natura della misura cautelare del giudice amministrativo in passato il carattere giurisdizionale dell'ordinanza cautelare è stato negato da una parte della dottrina che ha ritenuto di

⁹ Sulla valorizzazione della tutela cautelare e sull'attribuzione alla stessa di una posizione di primo piano nella costruzione del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti comunitari v. tra le altre: Corte di Giustizia CE, 19 giugno 1990, n. 223, "*Factortame*", nella quale si è affermato che il giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto comunitario, deve disapplicare la norma di diritto interno che impedisce l'adozione delle misure provvisorie e d'urgenza a tutela della pretesa; Corte di Giustizia CE, 9 novembre 1995, n. 465, "*Atlanta*", in Foro amm., 1996, p.1783; 19 settembre 1996, n. 236, Urb. App. 1996,212, le quali, in relazione al contenuto della misura cautelare, hanno riconosciuto al giudice nazionale il potere di adottare i provvedimenti provvisori di contenuto positivo che appaiono in concreto necessari ad assicurare l'effettività della tutela cautelare.

¹⁰ Vedasi Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427, in Corr. Giur., 2000, p. 166; 17 dicembre 1987, n. 550, in giur. Cost., 1987; Corte cost., 1 aprile 1982, n. 63, in Foro amm., 1982, I, p. 1767.

¹¹ Tra le altre V. Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419, in Foro amm., 1996, p. 19; 15 settembre 1995, n. 435, in Giur. It., 1997, I, p. 104; 16 luglio 1996, n. 249, in Giust. Civ., 1997, I, p. 3).

¹² Così. Cons., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1310..

poter attribuire ad essa natura amministrativa sull'assunto che la stessa non applicherebbe al caso concreto una norma di diritto ma costituirebbe esercizio di un potere discrezionale di valutazione comparativa degli interessi in gioco assimilabile alle valutazioni di opportunità tipiche dell'attività amministrativa¹³.

La prevalente dottrina ha, invece, sostenuto il carattere giurisdizionale del rimedio sostenendo che l'accessorietà al giudizio principale ed il carattere incidentale dello stesso attribuiscono al rimedio lo stesso carattere del processo principale cui accede, per cui la pronuncia sulla sospensione costituisce estrinsecazione, in via meramente cautelare, del più ampio potere giurisdizionale di sindacato di legittimità e di annullamento degli atti illegittimi, che completa la giurisdizione amministrativa¹⁴.

Dopo che la Corte Costituzionale ha riferito, con più pronunce, alle misure cautelari del giudice amministrativo i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale e sugli atti giurisdizionali è uscita definitivamente sconfitta la tesi del carattere amministrativo delle misure stesse.

La previsione dell'appellabilità dell'ordinanza cautelare dinanzi al Consiglio di Stato (art. 62 c.p.a.) ha consolidato definitivamente la tesi della natura decisoria dell'ordinanza stessa.

Quanto all'origine della tutela cautelare è noto che essa nasce con la legge Crispi n. 5992 del 1889, il cui art. 12 prevede la sospensione cautelare urgente dell'atto amministrativo impugnato come fenomeno eccezionale, strumentale e provvisorio rispetto alla sentenza di merito.

La sospensione cautelare serve, in sostanza, a paralizzare in anticipo l'esecuzione dell'atto stesso quando vi siano gravi ragioni, ossia quando vi sia il pericolo che possa derivare al ricorrente un danno irreparabile¹⁵.

Essa viene utilizzata, in altri termini, al fine di impedire che si verifichi una trasformazione definitiva e non reversibile del reale: nel giudizio cautelare l'esame si concentrava, infatti, sul requisito del danno irreparabile che potesse derivare dall'esecuzione dell'atto.

All'epoca la sospensione cautelare era, in definitiva, un istituto marginale e non centrale come lo è oggi: essa era allora vista come misura la cui

¹³ In tal senso Rocco, *"Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati innanzi al Consiglio di Stato"*, in Scritti in onore di Santi Romano, 526 e seg.; Lucifredi, *"Declaratoria di incompetenza in sede di decisione sull'istanza di sospensione"*, in Giur. Cass. civ., 1945,412; Berio, *"Sul rifiuto dell'amministrazione di uniformarsi alle pronunce giurisdizionale del Consiglio di Stato"*, in Riv. Amm., 1949, 79.

¹⁴ La tesi della natura giurisdizionale della misura cautelare è stata sostenuta da Cammeo, Nigro, Gargiulo, Virga.

¹⁵ L'articolo 12 della legge del 1889 disponeva che: *"i ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospeso per gravi ragioni, con decreto motivato della 4^a sezione sopra istanza del ricorrente"*.

L'espressione *"gravi ragioni"* fu, subito dopo l'entrata in vigore della legge, interpretata dalla 4^a sezione del Consiglio di Stato con riferimento alla *"gravità delle conseguenze che potevano derivare dall'esecuzione dell'atto impugnato"* a carico del ricorrente.

funzione consisteva, come detto, nell'impedire l'effetto materiale anziché l'effetto giuridico dell'atto: la possibilità di incidere sugli effetti dell'atto era riservata alla pronuncia definitiva, essendo solo essa in grado di comprimere, con i suoi corollari della continuità ed efficacia, l'imperatività dell'azione amministrativa.

La sospensione, in ragione della sua funzione essenzialmente conservativa e non ordinatoria, era ritenuta ammissibile solo per i provvedimenti restrittivi degli interessi dell'amministrato qualificati come oppositivi e non anche per quelli di diniego di atti ampliativi alla cui base si trovano interessi pretensivi; l'esigenza, in altri termini, di una tutela cautelare che impedisse al provvedimento di produrre i suoi effetti nelle more della conclusione del giudizio principale si manifestava esclusivamente nei confronti dei diritti soggettivi perfetti affidati alla cognizione del giudice amministrativo.

Tutto ciò era chiaramente coerente con la struttura demolitoria del processo basato sulla mera impugnazione dell'atto in difesa degli interessi oppositivi, con conseguente emarginazione di ogni tipologia di azioni diversa ed ulteriore¹⁶ e sulla convinzione che gli atti negativi non producessero effetti innovativi della realtà materiale.

Il sistema così delineato, la suggestione del principio di continuità dell'azione amministrativa ed il requisito di esecutorietà dell'atto erano tali, in definitiva, da dissuadere il Consiglio di Stato dall'intervenire fino agli anni '40, ed oltre, con facilità e frequenza in sede cautelare e mai sugli atti negativi o quelli che avessero avuto già la loro esecuzione totale o anche parziale¹⁷.

2. Le linee evolutive della tutela cautelare nel giudizio amministrativo e la riforma di cui alla legge 21 luglio 2000, n. 205 ed al d.lgs. 104/2000.

2.1 Il surriferito contesto ordinamentale - nel quale la sospensiva era stata introdotta come forma di intervento cautelare del giudice

¹⁶ Questo orientamento ha da sempre fatto leva sugli artt. 26 e 34 del R.D. n.1054/1924, per i quali oggetto del processo amministrativo era solo il provvedimento impugnato e lo spettro cognitivo del giudice amministrativo non si poteva estendere al rapporto sostanziale inciso dall'atto, rimanendo circoscritto alla verifica della legittimità del provvedimento nei limiti delle censure dedotte dal ricorrente. Inoltre il dogma della tutela esclusivamente demolitoria veniva altresì rafforzato dall'esigenza di riservare alla P.A. l'adozione di provvedimenti dichiarativi o di accertamento, in vista della conformazione della realtà amministrativa ai principi del giudicato.

¹⁷ Solo dopo gli anni '40 il Consiglio di Stato iniziò ad ammettere anche la pronuncia di un'ordinanza di sospensione che fosse tale da determinare l'interruzione dell'esecuzione materiale dell'atto già iniziate compiuta per una sua parte.

amministrativo, in posizione quasi ibrida tra giurisdizione e amministrazione – sulla esecuzione materiale dell'atto lesivo di un interesse legittimo oppositivo, con evidente deficit assoluto di tutela degli interessi pretensivi incisi da provvedimenti negativi, permane nella scarna normativa e nella giurisprudenza dei decenni successivi.

Nella giustizia amministrativa, prima della legge n. 205/2000, la tutela cautelare è stata, infatti, tradizionalmente interpretata nella logica della mera sospensione dei provvedimenti positivi.

Premesso che la procedura per il giudizio cautelare fu disciplinata per prima dall'articolo 21 del R. D. n. 6516 del 17 ottobre 1889¹⁸ - con la previsione della notifica, da parte del richiedente, della domanda di sospensione alle altre parti intimiate nel giudizio le quali potevano presentare memorie o istanze - può dirsi che nessuna sostanziale innovazione dell'inadeguato modello cautelare è dato intravedere a livello legislativo prima degli anni duemila.

Ed invero: **a)** l'articolo 36 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642 si limita a ribadire la procedura da seguirsi per la presentazione della domanda di sospensione e la sua trattazione; **b)** l'art. 39 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 (regolamento per la procedura del giudizio davanti al Consiglio di Stato) se da una parte conferma, nei precisi termini di cui all'articolo 12 della legge n. 5992/1889, la possibilità per il ricorrente di chiedere la sospensione del provvedimento impugnato e la ricorrenza del presupposto delle "gravi ragioni" per poter ottenere la richiesta misura cautelare con decreto motivato della sezione, dall'altra recepisce il precedente articolo 27, 1° co., n. 4 dello stesso T.U. che aveva disposto l'esecuzione dell'ordinanza indicandone le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere; **c)** l'art. 2 del D.L. 5 maggio 1948, n. 642 si limita a sostituire l'ordinanza al decreto motivato; **d)** l'art. 10 della legge 21 dicembre 1950, infine, ha previsto l'intervento in camera di consiglio degli avvocati che ne facciano richiesta.

La legge sui tribunali amministrativi regionali, intervenuta a distanza di oltre 80 anni dalla legge del 1889 e di 23 anni dalla Carta Costituzionale, avrebbe potuto costituire l'occasione ideale per porre rimedio alle carenze della vecchia disciplina (la quale incentrava la tutela cautelare nella sospensione del provvedimento impugnato) e, quindi, assicurare una tutela cautelare più piena ed efficace.

Così non è stato essendo la disciplina positiva della tutela cautelare nel processo amministrativo rimasta, nei suoi termini fondamentali, quasi immutata dalla istituzione della 4^a sezione del Consiglio di Stato.

¹⁸ L'articolo 12 della legge n. 5992/1889 non aveva disciplinato la procedura per il giudizio cautelare: non aveva previsto in particolare un contraddittorio sulla richiesta di sospensione e la pronuncia del giudice avveniva per "decreto" ..

Lo spettro delle disposizioni regolatrici della fase cautelare non viene, infatti, ampliato dall'ultimo comma dell'art. 21 della legge 1034 / 1971, che disciplina l'istituto della sospensione per il giudizio di 1° grado. La norma stabilisce che *"se il ricorrente, allegando danni gravi ed irreparabili derivanti dalla esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta"*.

Dalla disamina di tale disposizione si evince, come novità rispetto al T.U. n. 1054/1924, che la condizione che subordina la concessione del provvedimento cautelare non è più la sussistenza di "gravi ragioni" ma quella di "danni gravi ed irreparabili".

Secondo alcuni autori con tale nuova formulazione il legislatore ha voluto rendere più rigoroso l'accertamento del danno prevedibile, nel senso di restringere la sospendibilità dell'atto ai soli casi in cui esso produca un danno tale da rendere assolutamente impossibile il ripristino della situazione anteriore nel caso di annullamento dell'atto stesso.

Secondo altri nulla è stato innovato in quanto la nuova formulazione legislativa riflette un'espressione in uso da tempo in giurisprudenza e dottrina con riferimento alle "gravi ragioni" indicate dall'articolo 39 del predetto testo unico¹⁹ e, quindi, potevano continuare ad applicarsi i principi in precedenza elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina che avevano ritenuto sufficiente il pericolo di danni gravi, irreparabili o difficilmente riparabili²⁰.

Va, tuttavia, rilevato che già prima della legge del 1971 la giurisprudenza aveva chiarito che deve tenersi conto non solo del danno derivante al ricorrente dal permanere dell'atto amministrativo, ma anche di quello che riceverebbe la P.A. in caso di accoglimento del ricorso, nonché di quello che risentirebbero altri privati cittadini²¹.

La dottrina a sua volta aveva evidenziato che la verifica della sussistenza del grave pregiudizio doveva essere, ovviamente, correlata all'esistenza in capo al ricorrente di un interesse all'emanazione della pronuncia²² per cui va negata la sospensiva ogniqualvolta da essa non derivi alcun vantaggio immediato a colui che la richieda (in tal senso la giurisprudenza).

Alla su riferita evidente carenza nella legge 1034/1971 di una dinamica evolutiva diretta alla valorizzazione della tutela cautelare ed all'attribuzione alla stessa di una posizione di primo piano - col superamento, quindi, del modello della sospensione del provvedimento impugnato come unica misura cautelare generale nel processo

¹⁹ Per tutti V. Caianello, *"Lineamenti del processo amministrativo"*, UTET Torino 1976, p. 340.

²⁰ Tra gli altri, Virga, *"La tutela..."* op. cit, p.330

²¹ Tra le più risalenti Cons. St., sez. IV, 21 novembre 1945, n. 146 e 11 aprile 1945, n. 71.

²² Per tutti Paleologo, *"Il giudizio cautelare amministrativo"*, Padova, 1971 p. 308 e seg.

amministrativo inadeguata ad assicurare una effettiva e piena tutela interinale delle situazioni soggettive diverse dagli interessi legittimi oppositivi - hanno supplito, prima della legge 205/2000, la Corte costituzionale, la Corte di giustizia e la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Queste ultime con una serie di interventi, hanno messo apertamente in discussione il tradizionale ruolo marginale della tutela cautelare esaltandone la sua posizione di primo piano e, quindi, la sua essenzialità nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale.

La Consulta ha affermato in più decisioni: che la tutela cautelare trova diretta copertura nelle norme costituzionali sulla difesa in giudizio e sull'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113, Cost.) e che è, pertanto, illegittima qualunque normativa diretta a sopprimere la tutela cautelare della pretesa dedotta nel processo²³; che l'amministrazione è obbligata ad attuare le decisioni cautelari del giudice, il quale, da parte sua, ha il potere di farle eseguire coattivamente in caso di inottemperanza, mediante la nomina di un commissario *ad acta*²⁴.

A sua volta la Corte di giustizia ha sostenuto che l'esigenza della protezione reale dei diritti comunitari si manifesta fin dalla fase cautelare e richiede un giudice capace di tutelare con efficacia ed urgenza la pretesa dell'interessato.

Si è affermato, in tale logica, che il giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto comunitario, deve disapplicare la norma di diritto interno che gli impedisce l'adozione delle misure provvisorie d'urgenza a tutela della pretesa²⁵ e che lo stesso giudice ha il potere di adottare i provvedimenti provvisori di contenuto positivo che appaiono in concreto necessari ad assicurare l'effettività della tutela cautelare.

Questo orientamento di segno estensivo è stato fatto proprio dai giudici amministrativi italiani i quali hanno riconosciuto la possibilità che il potere cautelare nel processo amministrativo si estrinsechi attraverso l'emanazione di un ordine impartito alla pubblica amministrazione di effettuare una prestazione in favore del titolare del diritto alla salute od anche il pagamento di una somma di denaro.

2.2 È questo il quadro giurisprudenziale nazionale e comunitario propulsivo che il legislatore del 2000 si è trovato davanti.

Ora a fronte di tutto ciò e della giurisprudenza di merito che più volte aveva rimarcato l'inadeguatezza della misura meramente inibitoria della sospensione con riferimento, soprattutto, alle materie assegnate alla

²³ V. Corte Cost., 10 novembre 1999, n.427, in *Corr. giur.* 2000, p.166; 17 dicembre 1987, n. 550 in *Giur. Cost.*, 1987.; 1 aprile 1982, n.63, in *Foro amm.*,1982, p.1767.

²⁴ Corte Cost., 16 luglio 1996, n.249, in *Giust. Civ.*,1997, I, p.3; 8 settembre 1995, n, 419, in *foro amm.*, 1996, p. 19.

²⁵ Corte di giustizia CE, 19 giugno 1990, n. 213 cit..

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - nelle quali venivano spesso in gioco situazioni di diritto soggettivo a contenuto patrimoniale e la cui tutela interinale non poteva, a livello legislativo, realizzarsi attraverso l'utilizzazione di tecniche di intervento a connotazione positiva e, soprattutto di tipo ingiuntivo²⁶ - il legislatore non poteva continuare a mantenere il suo già lungo silenzio sul modello monistico di tutela cautelare delineato dalle vigenti previsioni normative che ammettevano, come detto, una sola e tipica misura interinale identificata nella sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato²⁷.

Era, quindi, giocoforza per il legislatore stesso riformare il processo cautelare del giudizio amministrativo con un intervento fortemente innovativo in chiave di ampliamento degli strumenti di tutela cautelare.

A ciò ha provveduto prima con la legge n. 205 del 21 luglio 2000²⁸ e poi col codice del processo amministrativo, che ha fornito una ricostruzione organica e sistematica anche di tale branca dell'ordinamento.

Tali atti legislativi hanno dettato una nuova disciplina del sistema di tutela cautelare attribuendole la dignità che ad esso compete.

Attraverso la riscrittura dell'art. 21 della legge Tar la legge 205 ha, anzitutto, recepito i principi giurisprudenziali che, negli anni erano andati via consolidandosi, apportando conseguentemente e contestualmente alcune importanti innovazioni processuali.

L'art. 3 rivede, infatti, i punti nevralgici del sistema cautelare abbandonando l'identificazione della misura interinale invocabile nel processo amministrativo con la sola sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato e superando in modo definitivo i dubbi avanzati in merito all'ammissibilità di tecniche di intervento cautelare a protezione di interessi pretensivi.

La norma stessa utilizza, infatti, una definizione ampia del contenuto della misura stessa supportata dal principio di atipicità ed elasticità della cautela ed amplia, quindi, lo spettro delle situazioni giuridiche soggettive efficacemente tutelabili anche nella sede cautelare; prevede espressamente la possibilità che il giudice amministrativo adotti ordinanze cautelari a contenuto ingiuntivo non limitate alle sole ipotesi in cui si controverta in sede esclusiva di diritti soggettivi a contenuto

²⁶ Sulla questione si era, peraltro, da poco pronunciata anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la quale con ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000 - nel condividere l'orientamento già emerso in giurisprudenza inteso a riconoscere in capo al giudice amministrativo un generale potere cautelare già ai sensi della precedente formulazione dell'articolo 21 legge Tar - aveva riconosciuto la legittimazione dello stesso giudice amministrativo "a pronunciare ordinanza di ingiunzione di pagamento", ai sensi degli artt. 186 e ss. c.p.c. nelle materie in cui la conoscenza dei diritti soggettivi è trasferita ai sensi delle d.lgs. n. 80 del 1998".

²⁷ L'utilizzo di misure cautelari atipiche, di contenuto anche positivo, ascrivibili alla figura disciplinata dall'art. 700 c.p.c., era già stato avvertito come indispensabile rispetto alla nuova giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, di urbanistica ed edilizia introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998.

²⁸ Sul nuovo processo cautelare nella legge 205 del 2000 V.:Garofoli, "La nuova tutela cautelare", in Caringella - Garofoli, "Trattato di giustizia amministrativa", III, Milano, 2006; Garofoli - Protto, "Tutela cautelare, molitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo", Milano, 2002.

patrimoniale: la tecnica cautelare dell'imposizione dell'obbligo di pagare somme di denaro può essere utilizzata, quindi, anche al di fuori delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva²⁹.

La norma stessa individua i presupposti per l'adozione di misure cautelari positivizzando le precedenti elaborazioni giurisprudenziali.

In precedenza la legge 1034/1971 col suo articolo 21 faceva riferimento ai soli *"danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto"*, pur avendo la giurisprudenza già individuato l'altro presupposto del *fumus boni iuris*.

Lo stesso articolo 3 conferma la necessaria sussistenza del presupposto del pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'atto o dal comportamento inerte dell'amministrazione ma richiama anche il presupposto del *fumus*³⁰.

La disposizione stessa, infatti, ha previsto che *"l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, a un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso"*.

Dall'imposizione della motivazione del provvedimento cautelare sembra evincersi la necessità che il *fumus* sia sottoposto a un riscontro più rigoroso fino a corrispondere alla probabilità di successo del ricorso³¹.

Quanto al c.d. *"periculum in mora"* e cioè al *"pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato"* di cui all'articolo 3 della legge 205/2000 è prevalente l'affermazione che la gravità del danno va considerata in termini assoluti, nel senso cioè che il carattere della gravità viene riconosciuta al danno che abbia una particolare rilevanza: da ciò la necessità di una motivazione sul pregiudizio medesimo.

Il danno deve avere oltre al carattere della gravità anche il carattere della irreparabilità: ciò ricorre allorquando il pregiudizio provocato dal provvedimento non sia agevolmente rimediabile.

In base alla normativa in esame nel giudizio cautelare la cognizione del giudice amministrativo deve, in definitiva, investire sia il *fumus boni iuris* del ricorso sia il *periculum in mora*³², che sono i presupposti tipici per

²⁹ Cintioli, *" Osservazione sul nuovo processo cautelare amministrativo(art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205"*, in Urb. e App., 2001, n. 3; Sanino, *"Il processo cautelare, verso il nuovo processo amministrativo"*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 249.

³⁰ In dottrina sono presenti due indirizzi divergenti sulla identificazione del *"fumus"*: il primo che lo identifica con la probabilità di successo del ricorso (per tutti Falzone); il secondo che lo identifica invece con la non manifesta infondatezza del ricorso (Sandulli). La giurisprudenza prevalente sembra favorevole al secondo indirizzo.

³¹ In precedenza era consuetudine ridurre al minimo la motivazione sul *fumus* della controversia, stante la preoccupazione di evitare che la motivazione puntuale potesse anticipare l'orientamento del collegio e pregiudicarne la soluzione finale

³² Nel recente passato controverso è stato il rapporto fra *fumus* e *periculum in mora* ai fini della concessione della misura cautelare. Si affermava da una parte, sia in giurisprudenza che in dottrina, che il *fumus* non era di per sé sufficiente per la concessione della misura cautelare sul rilievo che lo stesso avesse

l'adozione delle misure cautelari: in presenza di essi la misura interinale può essere adottata.

Tali presupposti, con le novità introdotte dal citato articolo 3 della legge 205/2000, vengono ribaditi dal codice del processo amministrativo: l'art. 55 (misure cautelari collegiali) prevede al primo comma il requisito del *periculum in mora* stabilendo che il ricorrente deve allegare "*un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario aggiungere alla decisione sul ricorso*"; la necessità del *fumus boni iuris* si ricava poi dal comma 9 dello stesso articolo 55 nel quale è previsto l'obbligo per il giudice di motivare l'ordinanza cautelare sia con riferimento alla valutazione del pregiudizio sia con riguardo ai profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso³³.

Dalle predette prospettazioni sembrerebbe che i danni oggetto della cognizione del giudice in sede cautelare debbano essere visti nella esclusiva prospettiva del ricorrente.

Ma così non è dovendosi considerare, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, anche l'interesse di tutte le parti in causa, in primis la P.A., in una valutazione comparata fra danni derivanti dall'esecuzione del provvedimento al ricorrente e danni agli altri interessi privati e pubblici derivanti dall'eventuale sospensione del provvedimento impugnato³⁴.

Ed invero secondo la giurisprudenza³⁵ e la dottrina prevalente³⁶ la concessione della misura cautelare richiede una ponderazione degli interessi del ricorrente con quelli delle altre parti.

Il quadro innovativo introdotto dalla legge 205 del 2000 nella materia cautelare è stato infine completato dal codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 104/2010.

Quest'ultimo ha, infatti, posto in essere una normativa molto più articolata rispetto al passato disciplinando analiticamente i modelli della

un profilo minore nella cognizione del giudice in sede cautelare rispetto la valutazione del danno (Cons. St., sez. V, n. 1022/1989; Ad. Pl. N. 1/2000; in dottrina: Paleologo, Sandulli, Barbieri). C'è stato in verità anche una tendenza dottrinarie minoritaria secondo la quale l'accertamento del *fumus* avesse invece un rilievo prioritario (Cacciavillani).

³³ Secondo la prevalente dottrina tale giudizio si sostanzia in una valutazione di tipo prognostico sulla probabilità di accoglimento della domanda principale, essendo oggi recessivo l'orientamento tradizionale secondo cui il giudizio dovrebbe invece limitarsi all'accertamento della non manifesta infondatezza del ricorso: v. in tal senso F. Caringella e M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo*, DIKE e. Roma 2016.

³⁴ Si veda Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2014, n. 61 secondo cui "*Ai sensi dell'art. 55 comma 9, c.p.a. la pronuncia cautelare sia di 1° grado che d'appello è basata su un sommario esame ed ha essenzialmente la funzione di salvaguardare i contrapposti interesse delle parti durante la pendenza del giudizio...*"

³⁵ Tra le decisioni più risalenti v. Cons. St. Ad. Pl., n. 1/ 1978; sez. IV, n. 146/ 1985; sez. VI, n. 240/1987..

³⁶ V.: Andrioli, R.d. proc. Civ. 42, II, 413; Roehrsen, Giur. Compl. Cass. civ. 45, I 383; Sandulli, Manuale, p. 1463.

tutela cautelare collegiale, monocratica ed *ante causam* (artt. 55-62)³⁷, dettando altresì disposizioni specifiche per il giudizio di cui all'articolo 119 (commi 3. e 4), in materia di contratti della pubblica amministrazione (art. 120 comma 8) e per le controversie relative a infrastrutture strategiche (art. 125 comma 2).

3. La tutela cautelare collegiale, monocratica ed *ante causam*

3.1 La disciplina generale in materia di misure cautelari collegiali è dettata dall'articolo 55 c.p.a. in base al quale presupposto perché possano essere invocate tali misure è che dagli effetti prodotti dal provvedimento impugnato derivi un danno grave e irreparabile, con la conseguente necessità che si adottino provvedimenti interinali finché non sia definita la causa nel merito.

La domanda di tutela cautelare collegiale, che può essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio o proposta separatamente, deve tra l'altro, contenere:

- a)** l'allegazione del *periculum in mora* (1° comma). Il pericolo deve essere grave e irreparabile, di entità quindi inferiore sia a quella richiesta per la misura monocratica in corso di causa (art. 56 c.p.a.), per la quale la gravità è l'urgenza devono essere "estreme", che a quella "eccezionale" richiesta per la misura *ante causam* (art.61 c.p.a.);
- b)** l'indicazione del *petitum* cautelare, cioè il contenuto del provvedimento richiesto visto che le misure concedibili sono atipiche;
- c)** il *fumus boni iuris* (comma 9)³⁸.

La predetta norma non precisa quale deve essere il contenuto della pronuncia del giudice, ma fa generico riferimento a misure che "secondo le circostanze" appaiano più idonee a preservare lo *status quo* e ad evitare che la pronuncia di merito arrivi quando ormai la situazione è irreversibilmente compromessa³⁹.

Il comma 10 dello stesso articolo 55 prevede, poi, la possibilità che il collegio, in sede di esame della domanda cautelare, individui come misura idonea a tutelare il ricorrente la fissazione a breve dell'udienza

³⁷ M. Allena e F. Fracchia, "Il ruolo il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal D. Leg.vo 104/2010", in Dir. Proc. Amm. 2011,1, 191.

³⁸ La fondatezza del ricorso, anche se deliberata con un sommario esame, è necessaria perché sia concessa la misura cautelare, non essendo sufficiente il danno grave ed irreparabile.

³⁹ Il comma 10 dell'articolo 55 c.p.a. prevede la possibilità che il collegio, in sede di esame della domanda cautelare, individui come misura idonea a tutelare il ricorrente la fissazione della trattazione di merito del ricorso "se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito: in questi casi la fissazione dell'udienza breve e alternativa alla concessione della misura cautelare".

per la trattazione di merito del ricorso (*“se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabile favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito”*), fissazione che si presenta, quindi, come alternativa alla concessione della misura cautelare.

Quanto alle tipologie di provvedimenti cautelari viene, in presenza del principio di atipicità anche della tutela cautelare, riconosciuto, al giudice amministrativo il potere di adottare tutte le misure che risultino idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 55, comma 1).

Distinguendo i modelli di tutela cautelare a seconda che si tratti di controversie su interessi legittimi oppositivi o pretensivi vengono delineate le seguenti misure adottabili:

1) misure a contenuto negativo per gli interessi legittimi oppositivi, essendo la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato la più idonea a conservare inalterata la situazione di fatto sino alla definizione del giudizio di merito;

2) misure sospensive - propulsive, cioè le ordinanze che, oltre alla sospensione del provvedimento negativo impugnato, ordinano all'amministrazione di riesaminare la situazione controversa concedendo al ricorrente il richiesto provvedimento ampliativo o anche negandolo qualora sussistano altre legittime ragioni ostative non evidenziate in precedenza⁴⁰;

3) misure sostitutive, cioè le ordinanze con le quali il giudice, sostituendosi all'amministrazione, adotta direttamente, e quindi senza dialogare con l'amministrazione stessa, le determinazioni necessarie ad evitare che il tempo occorrente per la definizione del giudizio pregiudichi l'interesse dedotto dal ricorrente; con esse si realizza l'effetto di temporanea ed anticipata produzione degli effetti propri del provvedimento da esso invocato (es. il rilascio di un'autorizzazione) ma negato dall'amministrazione stessa⁴¹;

⁴⁰ La giurisprudenza del Consiglio di Stato con riferimento al c.d. *remand* (così è denominata la figura delle ordinanze propulsive) ha avuto modo di affermare; che *“nel giudizio amministrativo, la circostanza per cui l'ordinanza di sospensione di un diniego sia stata adottata attraverso la c.d. tecnica del remand, ossia mediante la fissazione delle coordinate operative sistematiche cui informare la concreta riedizione del potere, non consenta all'amministrazione di limitare la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo oggetto di impugnativa, altrimenti venendo meno il continuum funzional (anche in chiave procedimentale) che necessariamente deve intercorrere fra lo iussum giudiziale (quand'anche impartito nella forma dell'ordinanza cautelare atipica) e le conseguenze con formative, risolventisi nella riedizione del potere, 2° l'assetto delineato con il comando del giudice”* (sez.IV, 4 febbraio 2013, n. 651); che *“le ordinanze cautelari tipo propulsivo imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale 1 vincolo conformativo, con la conseguenza che illegittimo il provvedimento adottato in seguito ad 1 impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale”* (sez.V, 19 febbraio 2007, n. 833).

⁴¹ Secondo la migliore dottrina (Travi, Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, in Dir. proc. amm., 1997,178;) le misure positive possono essere adottate dal giudice della cautela solo quando, venuto meno interinalmente l'impugnato provvedimento di

4) misure ordinatorie a contenuto patrimoniale (per i diritti soggettivi) con le quali si mira a soddisfare gli interessi c. d. oppositivi di cui sia titolare il ricorrente; la loro funzione è quella di conservare inalterata la situazione di fatto sino alla definizione del giudizio di merito.

L'articolo 58, comma 1, del codice prevede, inoltre, che le parti possano riproporre al collegio la domanda cautelare respinta o chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare collegiale in presenza dei seguenti due presupposti, tra loro alternativi: il verificarsi di mutamenti nelle circostanze e l'allegazione di fatti anteriori conosciuti successivamente al provvedimento cautelare.

Una terza ipotesi di riforma del provvedimento cautelare è prevista dalla stessa disposizione lì dove ricorrono i presupposti per la richiesta di rievocazione delle sentenze prevista dall'articolo 395 c.p.c..

Il codice medesimo, con l'articolo 60, conferma, inoltre, la possibilità, introdotta dalla legge 205, che il collegio definisca direttamente la causa nel merito all'esito della trattazione dell'istanza cautelare attraverso una sentenza in forma semplificata (c.d. giudizio immediato).

I presupposti della decisione in forma semplificata del giudizio sono: l'integrità del contraddittorio; l'audizione delle parti costituite⁴²; la completezza dell'istruttoria e il decorso di almeno 20 giorni dall'ultima notifica del ricorso.

3.2 Tra le altre innovazioni introdotte dall'articolo 3 della legge n. 205 del 2000 nel sistema cautelare del processo amministrativo merita particolare attenzione quella della possibilità di un intervento interinale anticipato rispetto a quello di tipo collegiale: trattasi cioè dell'introduzione delle **misure cautelari monocratiche**.

Il comma 8 dell'articolo 21, della legge 1034/1971, così come riscritto dalla norma su riferita, ha attribuito al Presidente del tribunale amministrativo regionale, in caso di estrema gravità ed urgenza, la possibilità di provvedere direttamente, in via provvisoria, sulla richiesta cautelare con proprio decreto che, conserva efficacia fino alla pronuncia del collegio nella prima camera di consiglio utile.

Tale nuova disciplina della tutela cautelare monocratica, con i suoi connotati di non trascurabile innovatività rispetto alla precedente normativa, è stata confermata dal codice del processo amministrativo.

diniego, l'amministrazione possa ritenersi vincolata in sede di esercizio del potere, per essere il contenuto dell'atto da adottare predeterminato dalla legge o da altro atto endo-procedimentale; viceversa allorché residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità valutativa è precluso l'intervento cautelare sostitutivo del giudice.

⁴² La locuzione "*sentite sul punto le parti costituite*" viene inteso nel senso che non occorre il consenso delle parti predette, ma solo che esse siano rese e dotte della possibilità che il collegio può pronunciare sentenza definitiva anziché limitarsi alla misura cautelare richiesta, consentendo così il pieno esplicarsi del diritto di difesa (Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5684; sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1810. La scelta delle parti in causa di non comparire nella camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare non può costituire ostacolo alla rapida definizione del giudizio (Cons. St. sez. III, 7 luglio 2014, n. 3453.

L'articolo 56 comma 1 del codice stesso richiede il requisito dell'*estrema gravità ed urgenza*, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, configurando l'intervento presidenziale quale *extrema ratio* cui ricorrere a fronte di situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiarli che giustifichino la deroga al principio della collegialità delle decisioni nel processo amministrativo⁴³.

I presupposti perché possa essere concessa l'invocata misura cautelare monocratica sono con più precisione: la presentazione della domanda di fissazione di udienza; la competenza del giudice adito e l'*estrema gravità ed urgenza*" (comma 1 dell'art. 56 c.p.a.).

La qualificazione della gravità e dell'urgenza come "estreme" comporta che queste ultime debbano essere di entità superiore a quella che connota il pericolo necessario per chiedere la misura collegiale ex art. 55 c.p.a. (pregiudizio grave e irreparabile), ma inferiore a quella "eccezionale" richiesta per la misura *ante causam* (art. 61 c.p.a.).

Il codice nulla prevede, invece, in merito al *fumus boni iuris*, per cui permane la dibattuta questione se per la concessione della tutela monocratica necessiti la previa valutazione, seppure sommaria, della fondatezza della domanda⁴⁴ oppure se tale valutazione non sia necessaria⁴⁵.

Tale misura può essere richiesta contestualmente alla domanda cautelare ovvero con autonoma istanza notificata alle controparti.

Constatata la perfezione della notifica il Presidente ha la possibilità di decidere sull'istanza *inaudita altera parte* ("anche in assenza di contraddittorio"), previo ascolto, ove necessario, delle parti coinvolte nel giudizio e, così come per la pronuncia collegiale, può chiedere all'istante la prestazione di una cauzione.

Il decreto deve essere motivato e deve indicare la data della camera di consiglio collegiale e, in caso di accoglimento, perde comunque efficacia a quella data, anche se non c'è stata pronuncia del collegio (art. 56, comma 4, c.p.a.): tale disposizione supera definitivamente l'orientamento minoritario della dottrina e della giurisprudenza secondo cui il decreto monocratico doveva considerarsi efficace sino alla

⁴³ Sul punto vedasi R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo IX edizione*, nel diritto Ed. Roma 2016 p. 2401.

⁴⁴ Secondo una parte della dottrina seppure il legislatore presupponi un procedimento deliberativo "aggravato" (rispetto all'ipotesi della misura cautelare collegiale) sotto il profilo della ponderazione del pericolo, ciò non toglie che si possa prescindere dalla valutazione anche sulla fondatezza della domanda: v. F. Caringella-M. Giustiniani, op. cit.; in giurisprudenza: Tar Toscana, sez. I, decreto 7 maggio 2005, n. 384; Tar Puglia, Bari, sez. I, decreto 26 settembre 2000, n. 1167.

⁴⁵ La tesi negativa viene sostenuta sul rilievo che una eventuale pronuncia sul *fumus* potrebbe influenzare il collegio chiamato successivamente a valutare il decreto presidenziale. Per tale orientamento Wenders in giurisprudenza Tar Lazio, Roma, sez. II, decreto 31 agosto 2000, n. 3 e sez. I, decreto 19 agosto 2000, n. 1.

“pronuncia” effettiva del collegio e, quindi, non fino alla data, e non oltre, della fissata camera di consiglio collegiale.

Un ulteriore elemento che caratterizza le misure cautelari monocratiche nel nuovo processo amministrativo è costituito dalla temporaneità del decreto presidenziale⁴⁶: decreto non appellabile (art. 61 comma 4) ma sempre revocabile e modificabile su istanza di parte previamente notificata.

Già nel modificato art. 21 comma 9 della legge 1034/1971 era stato previsto che *“il decreto è efficace fino alla pronuncia del collegio, cui l’istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile”*.

Ora mentre sulla base di tale disposizione il decreto era produttivo di effetti sino all’adozione da parte del collegio di un proprio provvedimento, nel nuovo sistema del codice nell’ipotesi di adozione di misure cautelari monocratiche richieste contestualmente alla presentazione di un ricorso, il decreto, in caso di accoglimento *“è efficace sino alla... camera di consiglio”* fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare.

Ne consegue che a tale data il decreto perde efficacia (art.56 comma 4 c.p.a.) per cui nei casi di rinvio della camera di consiglio il difensore del ricorrente deve richiedere l’adozione di un provvedimento collegiale interinale al fine di confermare gli effetti del decreto presidenziale sino all’ulteriore camera di consiglio.

Nel caso di richiesta di misure cautelari monocratiche il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene che sussista la competenza del tribunale adito, altrimenti, ex art. 56 comma 1 ultimo periodo c.p.a., rimette le parti al collegio per i provvedimenti di cui all’art. 55 comma 13 c.p.a.

Nelle more della decisione collegiale la misura monocratica è sempre modificabile o revocabile, su richiesta di parte.

Quanto alla discussa (nella vigenza della pregressa disciplina) questione relativa all’appellabilità o meno della misura monocratica presidenziale⁴⁷ si rileva come essa sia stata ormai superata dal comma 1 dell’articolo 62 c.p.a. che, come detto, individua, quali atti impugnabili, le “ordinanze”cautelari” e quindi esclude implicitamente i “decreti”cautelari presidenziali⁴⁸.

3.3 La legge 205/2000 ha, come visto, introdotto la tutela cautelare monocratica ed anticipata rispetto all’intervento del collegio ma non ha

⁴⁶ La dottrina definisce tale elemento come *“cedevole e transeunte”*; in tal senso vedi G. Castriota Scanderbeg, *“Pronuncia cautelare e di immediatezza della tutela”*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Mentre per la 4^a sezione del Consiglio di Stato era da considerare inammissibile l’appello avverso il decreto emesso dal presidente del Tar, essendo tale misura di carattere eccezionale ed dovendo la stessa essere esaminata velocemente dal collegio (sentenza del 17 novembre 2000, n. 5602) per la 5^a sezione il decreto stesso era da considerare appellabile sussistendo motivi di estrema gravità ed urgenza che non consentissero di attendere alla camera di consiglio (sentenza del del 18 settembre 2009, n. 4628).

⁴⁸ Sul punto vedasi: Gi. Ferrari, *Art. 56, in “Il nuovo codice del processo amministrativo”*, IV ed. 2014.

risolto il problema posto in precedenza da alcuni tribunali amministrativi regionali⁴⁹ in ordine alla possibilità di tale **tutela ante causam** e cioè antecedente alla stessa instaurazione del rapporto processuale.

La tutela cautelare ante causam è stata introdotta per la prima volta nel processo amministrativo dall'art. 245 d.lgs.n. 163 del 2006⁵⁰ ma solo in materia di pubblici appalti, in attuazione di alcune pronunce della Corte di giustizia.

È stato, successivamente, il codice del processo amministrativo che ha, con l'articolo 61, esteso a tutti gli i giudizi la suddetta forma di tutela consentendo al ricorrente di invocare, solo in 1° grado, la sospensione dell'atto impugnato prima ancora che il ricorso sia notificato.

Il procedimento è analogo a quello relativo alla richiesta di misure cautelari provvisorie.

Diversamente dal provvedimento presidenziale *intra causam*, non occorre redigere il ricorso in quanto la misura cautelare è richiesta dal soggetto legittimato al ricorso con una istanza motivata che va notificata con le forme previste per il ricorso, ivi incluso l'eventuale uso del fax ad opera del difensore (art. 61, comma 2, c.p.a.): la notifica dell'istanza ai destinatari prima del suo deposito garantisce il contraddittorio e consente al Presidente (o al magistrato delegato), una volta accertato il perfezionamento della notificazione stessa, di provvedere sull'istanza, sentite ove necessario le parti ed omessa ogni altra formalità.

Il provvedimento di rigetto dell'istanza assume la forma del decreto e, al pari di quello di accoglimento, non è impugnabile: l'istanza può essere tuttavia riproposta dopo la notifica del ricorso di merito con le stesse forme previste per le domande cautelari in corso di causa.

Presupposti per la concessione della misura cautelare *ante causam* sono: **a)** la notifica dell'istanza cautelare; **b)** l'eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso⁵¹; **c)** la competenza del giudice al quale chiesto la misura cautelare.

Se la misura stessa viene concessa la sua efficacia è condizionata dall'introduzione del successivo giudizio cautelare.

I provvedimenti cautelari *ante causam* rappresentano, quindi, uno strumento eccezionale e sussidiario di tutela, la cui adozione presuppone

⁴⁹ Prima della legge 205 il Tar Lombardia, in particolare (Milano, decreto 4 febbraio 2005, n. 133) aveva cercato di introdurre l'indirizzo giurisprudenziale volto a riconoscere al presidente del Tar il potere di emettere provvedimenti cautelari, *inaudita altera parte ex art. 669 ter c.p.c.*, prima ancora che fosse formalmente instaurato il giudizio, ricorrendo i presupposti dell'estrema gravità e dell'urgenza, ma il Consiglio di Stato con ordinanza della 5ª sezione 28 aprile 1998, n. 781 ha bocciati tentativi di introduzione in via pretoria di tale tutela preventiva.

⁵⁰ Tarullo,, "La nuova tutela cautelare ante causa introdotta dall'articolo 245 del codice degli appalti", in www.giustamm.it.

⁵¹ Appare decisiva l'emersione di una situazione di eccezionalità, ossia di straordinarietà tale da imporre 1 provvedimento assolutamente indifferibile onde evitare che l'esecuzione materiale del provvedimento possa determinare in mutazioni non più reversibili in forza di successive cure cautelari.

una situazione di "eccezionale gravità e urgenza" non fronteggiabile con le ordinarie misure collegiali o con l'anticipazione presidenziale monocratica, entrambe misure *post causam*.

Tali misure sono connotate da interinalità e provvisorietà, essendo destinate ad essere superate dalle successive ordinanze collegiali ordinarie o da decreti presidenziali d'urgenza.

Il decreto non è appellabile (art. 61, comma 4). E' sempre revocabile e modificabile su istanza di parte previamente notificata.

Se di segno negativo il ricorrente può sempre richiedere la misura cautelare anche monocratica.

Il decreto che accoglie l'istanza cautelare deve essere notificato alle altre parti entro il termine perentorio fissato del giudice, che non può essere superiore a 5 giorni.

Il decreto di accoglimento perde effetto: ove entro 15 giorni dalla sua emanazione non sia stato notificato il ricorso con la domanda cautelare; ovvero una volta notificato, il ricorso non sia stato depositato nei successivi 5 giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso decorsi 60 giorni della sua emissione.

Anche l'emanazione del decreto *ante causam* (come per la misura collegiale e per quella monocratica) può essere condizionato dal Presidente alla presentazione di una cauzione, anche mediante fideiussione.

Si ritiene che sia possibile chiedere la sua esecuzione (art. 61, comma 6).

4. Gli atti esecutivi delle ordinanze cautelari e la loro impugnazione.

4.1 Le ordinanze cautelari hanno carattere provvisorio a causa del loro collegamento accessorio con la decisione di merito, per cui alla sopravvenienza di questa sono travolti se la decisione va in diversa direzione, mentre sopravvivono se va nella medesima direzione, con ciò configurandosi come anticipazione degli effetti di quella.

L'ordinanza di sospensione incide sugli effetti materiali e giuridici del provvedimento impugnato; essa preclude cioè la sua esecuzione materiale e la sua capacità di produrre effetti giuridici: l'effetto sospensivo opera *ex nunc*, non travolge cioè gli effetti già esauriti né impone all'Amministrazione di eliminare i pregiudizi ormai verificatisi per effetto dell'esecuzione dell'atto prima della misura cautelare.

La P.A. conserva sia il potere di adottare un nuovo provvedimento a seguito di rinnovata istruttoria e nel rispetto dei vincoli derivanti dalla

misura cautelare, sia il potere di adottare provvedimenti diversi, salvo accertare se ciò non comporti elusione della misura cautelare concessa. Relativamente all'esecuzione dei provvedimenti cautelari la legge 205/200 prima e l'art. 59 c.p.a. poi, superando le precedenti resistenze del Consiglio di Stato⁵², hanno previsto che ove la misura cautelare di accoglimento non sia seguita dall'amministrazione, il ricorrente può esperire il rimedio dell'ottemperanza (art. 113 e 114 c.p.a.).

In particolare il citato articolo 59 dispone che *"Qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative. Il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al titolo I del libro IV e provvede sulle spese. La liquidazione delle spese operata ai sensi del presente comma prescinde da quella conseguente al giudizio di merito, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza"*.

Tale norma fa generico riferimento ai "provvedimenti cautelari", lasciando quindi intendere che oggetto del giudizio di ottemperanza possono essere anche i decreti monocratici ex artt. 56 e 61 c.p.a., giudizio nel quale il giudice esercita una giurisdizione estesa al merito.

La competenza, ex art. 113, comma 1, c.p.a., è del giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza del giudice di 1° grado anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia dei primi lo stesso contenuto dispositivo e conformativo.

In tal caso il giudice amministrativo esercita i poteri che gli sono attribuiti in sede di ottemperanza compresa la nomina del commissario (artt. 113 e 114 c.p.a.).

Per quanto attiene alla competenza, ai sensi del citato articolo 113, comma 1, essa è del giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza è del giudice di 1° grado anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia dei primi lo stesso contenuto dispositivo e conformativo.

4.2 Relativamente alle **impugnazioni delle ordinanze cautelari** l'art. 62 del c.p.a. ammette e disciplina l'appello avverso tali ordinanze emesse dal Tar prevedendo, in ragione del carattere di urgenza tipico della fase cautelare, una specifica disciplina acceleratoria dei termini.

Il comma primo di tale disposizione, riprendendo il comma 2 dell'articolo 28 della legge Tar, stabilisce infatti che *"contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione"*. L'articolo 62 così operando ha risolto il contrasto giurisprudenziale sorto nella vigenza della precedente

⁵² Ad. Pl., 30 aprile 1982, 30 aprile 1982 n. 6.

disciplina in ordine alla possibilità di impugnare i decreti cautelari monocratici⁵³.

L'ordinanza del giudice di appello che conferma o riforma la pronuncia di 1° grado deve essere sempre motivata. Se il Consiglio di Stato rileva la necessità che la causa sia sollecitamente decisa nel merito dal giudice di 1° grado, riforma motivatamente l'ordinanza impugnata e dispone il rinvio della causa a detto giudice perché fissi il merito.

La prevalente giurisprudenza ritiene inammissibile il ricorso in Cassazione contro la decisione cautelare stante, per definizione, la sua inidoneità ad acquisire quella stabilità ed autorità di cosa giudicata che il ricorso per cassazione mira ad evitare⁵⁴.

E' ritenuto, invece, ammissibile il rimedio della revocazione per le cause di cui all'art. 395 c.p.c.⁵⁵.

L'articolo 3 comma 4 della legge n. 205 del 2000 ha espressamente previsto la possibilità della concessione della sospensiva nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ove siano stati allegati danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto.

La norma stessa fa esclusivo riferimento alla sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato non indicando la possibilità che siano adottate tutte le misure cautelari che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione nel ricorso.

Tale limitazione viene giustificata dal fatto che si è voluto evitare che l'autorità decidente possa imporre ad altra amministrazione l'adozione di atti⁵⁶.

C'è chi (De Carolis), invece, imputa l'identificazione della sola sospensiva della cautela ad un difetto di coordinamento superabile in via interpretativa sulla base del principio delle parallelismo tali fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale.

L'articolo 48 c.p.a. prevede che le pronunce sull'istanza cautelare resi in sede di ricorso straordinario perdono efficacia alla scadenza del 60° giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio a seguito dell'effettuata trasposizione del ricorso stesso (c.d.

⁵³ La sezione 4^a del Consiglio di Stato aveva ritenuto inammissibile l'appello avverso il decreto emesso dal presidente del Tar, avendo tale misura carattere eccezionale e dovendo la questione allegata essere esaminata dal collegio (sentenza n. 5602 del 17 novembre 2000); la sezione 6^a aveva, invece, ritenuto appellabile il decreto cautelare presidenziale in presenza di motivi di estrema gravità ed urgenza che non consentissero di attendere la camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare (sentenza n. 4628 del 18 settembre 2009).

⁵⁴ Ex multis: SS. UU. della Cassazione n. 9151/ 2008, n.12068/2008. Un risalente orientamento giurisprudenziale aveva, invece, ritenuto ammissibile tale impugnazione in considerazione del carattere decisorio dell'ordinanza.

⁵⁵ Cons. St., sez. VI, ord., 23 settembre 2004, n. 4289.

⁵⁶ Sanino, "Il giudizio cautelare amministrativo", sunto della relazione tenuta in occasione del convegno il giudizio cautelare amministrativo (le ordinanze propulsive), svoltosi il 14 aprile 1999 a Palazzo Spada, in *Sospensive*, 1999,99, 15.181.

opposizione): il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al tribunale amministrativo regionale.

Si è affermato⁵⁷ che tale regola è in linea con lo spirito del codice, il quale esclude che possano rimanere nel mondo giuridico pronunce cautelari prese da soggetti incompetenti.

A conclusione di questo scritto preme sottolineare e ribadire come il legislatore con i predetti ultimi cruciali passaggi normativi abbia in sostanza abbracciato quello che è il suo indefettibile corollario e cioè il principio dell'effettività della tutela.

⁵⁷ 57 G. Ferrari, "Art., 48 , in *Il nuovo codice del processo amministrativo*", Roma, III ed.,2013.