

La tutela cautelare nel processo amministrativo

Lezioni 29 e 30 giugno 2015

Avv. Gabriella De Maio

L'incipit

bis dat qui cito dat
(chi dà presto dà due volte)

La *ratio* della tutela cautelare

Il provvedimento amministrativo ha il carattere dell'**esecutorietà**: nel momento in cui è divenuto efficace, il provvedimento può essere posto in esecuzione.

In tale ottica, il processo cautelare è diretto ad ottenere, da parte del giudice amministrativo, una misura che “paralizzi” l'esecuzione del provvedimento impugnato, in attesa della definizione del giudizio di merito.

Le riflessioni di Chiovenda

Il fondamento della tutela cautelare è il cd. principio chiovendiano, per cui la **durata del giudizio non deve comportare un pregiudizio per chi ha ragione.**

Secondo Chiovenda la tutela cautelare è indefettibile (art. 24 Cost.)

Vi è dunque una portata **strumentale e servente** dell'ordinanza rispetto alla sentenza di primo grado. L'o.za perde rilievo e i suoi effetti si caducano quando è emessa la sentenza.

Le fonti della attuale disciplina

- * La tutela cautelare trova copertura negli **artt. 24 e 111 della Costituzione**, nei **principi generali del diritto comunitario** e, infine, negli **artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**.
- * Il nuovo codice del processo amministrativo disciplina le misure cautelari negli **artt. da 55 a 61**, mentre in altre disposizioni del codice si prevedono norme particolari relativamente ai cc.dd. riti speciali.

L'evoluzione storica dell'istituto

- * La fonte più risalente dedicata al giudizio cautelare amministrativo fu l'art. 12 della legge 31 marzo 1889 n. 5992 (legge Crispi istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato), ai sensi del quale la proposizione del ricorso non aveva effetto sospensivo del provvedimento impugnato, se non in presenza di **“gravi ragioni”**.
- * Successivamente, l'art. 39 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) ha confermato la possibilità, per il ricorrente, di chiedere la sospensione del provvedimento impugnato solo **“per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente”**.
- * L'art. 21, settimo comma, della legge 7 dicembre 1971 n. 1034 (istitutiva dei Tribunale Amministrativi Regionali), ha previsto la facoltà per il soggetto che **“abbia proposto ricorso giurisdizionale”** di chiedere al giudice la sospensione dell'atto impugnato.

La tutela cautelare prima del cpa

Dalle fonti normative sopra richiamate si delinea una disciplina dell'istituto connotata dai seguenti tratti caratterizzanti :

- * la proposizione del ricorso giurisdizionale **non comporta automaticamente la sospensione** dell'efficacia del provvedimento impugnato, perché si ritiene pregiudizievole per l'interesse pubblico che l'esecuzione degli atti amministrativi, dotati di esecutorietà, venga paralizzata da impugnazioni che potrebbero avere scopo dilatorio ;
- * la tutela cautelare si esaurisce in un **rimedio tipico**, costituito dalla sospensione del provvedimento impugnato con il ricorso giurisdizionale, non essendo consentito al giudice amministrativo adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso ;
- * **non si prevede una tutela cautelare ante causam**, vale a dire antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale (lacuna poi colmata con l'art. 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per il solo settore degli appalti pubblici e, in via generale, con l'art. 61 del codice del processo amministrativo).

Spunti di diritto comparato

Il nostro sistema di giustizia amministrativa veniva così a differenziarsi nettamente dalle soluzioni accolte da altri ordinamenti europei.

- * In particolare, l'**ordinamento francese**, oltre alla possibilità per il giudice di sospendere il provvedimento impugnato nell'azione di annullamento (contentieux de l'annulation), contempla varie altre misure (rèfèrè) attivabili in caso di urgenza, specialmente di ordine istruttorio.
- * Nell'**ordinamento tedesco**, contrariamente alla soluzione accolta dal legislatore italiano, la proposizione dell'azione di annullamento determina, automaticamente, la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato; mentre altre tipologie di misure cautelari sono previste in relazione ad altri tipi di azione.

Il sistema monistico

- * Prima del cpa la tutela cautelare era stata disciplinata con art. 21 l.Tar che prevedeva solo la sospensione del provvedimento impugnato in attesa della sentenza di annullamento = **sistema monistico**.
- * Tuttavia nei confronti di un interesse pretensivo tale tutela si presentava poco soddisfacente. Anche la rilevanza sempre più crescente della giurisdizione esclusiva imponeva cambiamenti. In caso di atti paritetici dell'amm.ne incidenti su rapporti con diritti ed obblighi, la protezione interinale dei diritti richiedeva l'adozione di misure cautelari assimilabili a quelle di cui dispone il giudice civile.

La “parziale” efficacia del rimedio

Nella disciplina delineata dal legislatore italiano, il giudizio cautelare poteva offrire tutela esclusivamente nel caso che venisse impugnato un **atto a contenuto positivo**, come tale idoneo ad incidere direttamente su un bene della vita, già acquisito al patrimonio del ricorrente, paralizzandone gli effetti (ad esempio, l'accoglimento dell'istanza di sospensione di un decreto di occupazione d'urgenza, o di espropriazione, consente di preservare il diritto di proprietà del ricorrente, nelle more del giudizio).

L'assetto normativo originario lasciava privo di tutela, invece, un vasto settore dell'attività amministrativa, rappresentato dai cc.dd. **provvedimenti a contenuto negativo** (diniego di concessione, diniego di autorizzazione, diniego di ammissione a gara o concorso, ecc.).

Interessi oppositivi e pretensivi

- * La sospensione, dunque, non era compatibile in relazione ai provvedimenti a **contenuto negativo**, con più moderna terminologia ampliativi delle posizioni giuridiche del privato, come tali non suscettibili di esecuzione materiale.
- * La distinzione tra atti a contenuto positivo ed atti a contenuto negativo si ricollega, sul piano teorico generale, a quella tra **interessi c.d. oppositivi (o statici)**, i quali tendono alla conservazione di una situazione di vantaggio, incisa dall'atto amministrativo; ed **interessi pretensivi (o dinamici)**, con i quali si aspira ad ottenere dall'amministrazione il provvedimento ampliativo richiesto.

I “limiti” dell’istituto

- * L’unico effetto di un atto negativo (ad esempio, il diniego di concessione) era quello di lasciare immutata la situazione giuridica del destinatario, impedendo al soggetto di acquisire il bene della vita cui egli aspirava.
- * L’eventuale sospensione dell’atto impugnato non avrebbe portato al ricorrente alcun effetto utile, posto che un effetto utile sarebbe potuto derivare soltanto dalla condanna della pubblica amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto dal privato (nel caso, il rilascio della concessione richiesta).
- * Era pertanto evidente l’insufficienza del modello cautelare originario ad offrire una tutela piena ed effettiva del ricorrente, anche perché all’epoca non era ancora stata riconosciuta la risarcibilità dell’interesse legittimo.

La distinzione tra atti negativi impropri ed atti negativi propri

- * L'impostazione tradizionale fu progressivamente superata dalla giurisprudenza, dapprima introducendo, nell'ambito degli atti negativi, una rilevante distinzione tra atti negativi in senso proprio ed atti negativi in senso improprio, nonostante si tratti in entrambi i casi di provvedimenti di rigetto dell'istanza del privato.
- * Si è così osservato che gli **atti negativi in senso improprio**, pur se caratterizzati da un diniego, producono effetti innovativi, atteso che essi modificano, in qualche modo, la situazione giuridica del destinatario di essi.

Le prime aperture giurisprudenziali

- * La giurisprudenza amministrativa inizia ad ammettere la **sospensione del diniego di dispensa dal servizio militare**, dal momento che, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto positivo nel provvedimento: il diniego di dispensa equivale infatti, implicitamente, all'ordine di prestare il servizio militare.
- * E la **sospensione del diniego di rinnovazione di concessione** (ad es. di bene demaniale), dal momento che anche in questo caso, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto positivo : il diniego di rinnovazione di concessione equivale, infatti, implicitamente all'ordine di rilascio del bene oggetto di concessione.

Gli atti negativi propri

Restava problematica la situazione relativa ai c.d. **atti negativi propri (o puri)**, i quali non provocano alcuna modificazione della situazione giuridica del destinatario o della realtà materiale, in relazione ai quali la misura cautelare della sospensione appariva inconfigurabile, in quanto inidonea od inutile (si pensi, ad esempio, alla richiesta di sospensione del diniego di autorizzazione).

I termini del dibattito

Diverse erano le obiezioni che venivano sollevate alla possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso dalla sospensione:

- a) il dato letterale dell'art. 21 (nel testo originario) della legge n. 1034/1971, che non prevedeva misure cautelari atipiche;
- b) l'inconciliabilità di misure cautelari atipiche con la giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo, che ha come "naturale" misura anticipatoria la sospensione dell'atto amministrativo;
- c) il rischio, per il giudice amministrativo, di invadere la sfera di poteri riservata alla pubblica amministrazione.

L'utilizzo dell'art. 700 cpc

Per reagire all'indicata mancanza di tutela, si era sviluppata, a partire dal 1975, una **giurisprudenza pretorile** che sosteneva l'ammissibilità del ricorso al giudice ordinario, per ottenere la tutela cautelare prevista dall'art. 700 c.p.c., anche quando la controversia principale rientrava nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Tuttavia, il legame inscindibile fra giudizio cautelare e giudizio principale (di merito) opera in modo da **non consentire il frazionamento della giurisdizione** tra due compagini giudiziarie diverse (nella specie, il giudice ordinario per la fase cautelare ed il giudice amministrativo per la fase di merito).

Le **Sezioni Unite**, pertanto, dichiararono il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, adito in sede cautelare ex art. 700 c.p.c..

La presa d'atto del “vuoto” di tutela

Il Consiglio di Stato, tuttavia, aveva evidenziato che, essendo la misura cautelare diretta ad evitare un pregiudizio grave ed irreparabile nella sfera del ricorrente, siffatto pregiudizio ben avrebbe potuto verificarsi anche in relazione ai c.d. atti negativi puri.

Determinante, ai fini del mutamento giurisprudenziale, si è rivelata l'esigenza di garantire nel processo amministrativo la stessa pienezza ed effettività della tutela cautelare assicurata dal processo civile.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, ult.co., legge 1034/71

A questo punto, due Tribunali Amministrativi Regionali sollevarono la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 ult. comma, della legge n. 1034/1971, nella parte in cui non consentiva, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di emettere pronunce sommarie di pagamento di somme, a carico dell'amministrazione, ed in favore del pubblico dipendente.

La Corte Costituzionale, intervenendo sulla questione, dichiarò l'illegittimità della norma ora richiamata, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare, provvisoriamente, gli effetti della decisione sul merito.

Il punto di vista della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia, nel 2004, ha affermato poi la regola della atipicità della tutela cautelare in materia di appalti.

Tale principio viene recepito nel nostro ordinamento con il codice dei contratti pubblici all'art. 245 che introduce tali misure, limitatamente alla materia degli appalti.

Per gli appalti pubblici, dunque, viene prevista una tutela cautelare ancor prima che venisse notificato presentato il ricorso.

Successivamente, il cpa estenderà questa possibilità ad ogni possibile controversia deducibile innanzi al g.a. (art. 61).

La legge 205/00 codifica l'atipicità delle misure cautelari

Nel frattempo, con legge 205/00, viene sancito il principio di **atipicità** ed **elasticità** delle tecniche di tutela cautelare, per cui il g.a. può adottare le misure più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso. I presupposti sono il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

Le misure monocratiche sono dunque state introdotte con legge 205/00: in attesa che vi sia camera di consiglio collegiale il Presidente o magistrato da lui delegato può emettere ogni misura, che però perde effetti *ipso iure* il giorno stesso in cui è stato convocato il collegio per l'esame della medesima domanda cautelare.

L'influsso della CEDU

Anche la CEDU ha elaborato tre principi poi recepiti nel cpa:

1. il p. effettività riguarda il processo di cognizione.
2. il p. tutela cautelare.
3. la pronuncia di giustizia deve trovare indefettibile esecuzione. Anche sulla base dell'influsso della Corte di Giustizia è stata inserita tutela cautelare ante causam e misura ordinanza presidenziale di massima urgenza.

La codificazione delle misure cautelari collegiali

Il cpa ha esteso, negli artt. 55 e segg., intitolati alle “misure cautelari collegiali”, a tutti i giudici la disciplina cautelare che prima era prevista solo per gli appalti pubblici che consente di avere tutela cautelare ancor prima che sia notificato il ricorso.

Dal sistema monistico a quello atipico

In una prospettiva che si concentrava sulla reazione al provvedimento che modificava l'assetto sostanziale con effetti lesivi per il cittadino che ne fosse destinatario, **la misura cautelare era tipicamente la sospensione degli effetti** (o dell'esecuzione) del provvedimento impugnato. In questo contesto, l'assetto della tutela cautelare era sostanzialmente unitario.

Invece, in una prospettiva più ampia, che tenesse in considerazione qualsiasi ordine di provvedimento, la misura della sospensione diventava insufficiente: la tutela cautelare assume allora contenuti ulteriori, che tendono non a paralizzare l'attività amministrativa, ma **a surrogarne gli effetti**, perché il cittadino è pregiudicato dal fatto che l'attività amministrativa non sia stata esercitata o sia stata esercitata negativamente.

In cosa consiste l'atipicità

- * Si è passati a sistema di atipicità della tutela cautelare nel senso che l'o.za può contenere **qualsiasi misura** interinale per utilità dell'interesse del r.te (effetto utile del ricorso).
- * Inoltre, mentre in passato, si ammetteva solo l'o.za collegiale, la legge n. 205/2000 **ha aggiunto il decreto presidenziale monocratico** in attesa della prima utile camera di consiglio collegiale.
- * Il decreto perde effetti alla convocazione del collegio, anche se quest'ultimo collegio viene rinviato.

Il principio di effettività della tutela

L'art. 1 del cpa afferma il **principio di effettività della tutela**, secondo “i principi della Costituzione e del diritto europeo” e dunque anche degli artt. 6 e 13 della CEDU, concernenti le regole sul giusto processo, la indeffettibilità della tutela cautelare e della fase di esecuzione di decisioni di giustizia.

Il principio di effettività era stato però sin dall'800 richiamato e applicato dal CdS, che nel corso dei decenni ed in assenza di un organico quadro normativo aveva delineato la tecniche di tutela nei casi di silenzio della p.a., di diniego in tema di tutela cautelare, di azioni proponibili, di ottemperanza.

Una tutela cautelare più vicina al modello processual-civilistico

Sulla base del principio di effettività della tutela cautelare, a partire dal 1990, la giurisprudenza amministrativa è giunta ad ammettere misure cautelari non limitate alla sola sospensione dell'atto impugnato, ma impositive dell'obbligo per l'amministrazione di adottare, in via provvisoria, determinati provvedimenti o comportamenti (**c.d. ordinanze propulsive**).

Si parlò, all'epoca, di “settecentizzazione” del processo amministrativo, con evidente richiamo all'art. 700 del codice di procedura civile.

La tecnica del remand

Remand = ordinanza propulsiva ordinatoria, sospensiva di merito, mediante la quale il g.a. riscontrata la sussistenza dei consueti presupposti del *fumus* e *periculum*, sollecita l'amm.ne perché faccia luogo alla rinnovazione del procedimento e riesame del provvedimento, completando l'istruttoria o valutando alcuni profili.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari remand imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale, è sicura la illegittimità di un provvedimento adottato dopo il remand che ignori completamente il tenore precettivo della misura cautelare.

Il “fulcro” del remand

Le ordinanze propulsive, accanto alla sospensione del provvedimento impugnato, impongono all'amministrazione il riesame del provvedimento amministrativo, tenendo conto dei criteri adottati dal giudice amministrativo nella motivazione dell'ordinanza (c.d. remand).

In tal senso TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 febbraio 2010 n. 1658, ord.: *“Le ordinanze cautelari possono avere un'efficacia propulsiva ... consistente nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde **pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale**”*.

Una nuova visuale dell'attività amministrativa

La nuova impostazione del giudizio cautelare si fonda, dunque, su una considerazione della sentenza di annullamento, capace non soltanto di un effetto demolitorio dell'atto impugnato, ma anche di determinare in capo all'amministrazione **un obbligo conformativo** nel riesercizio del potere amministrativo susseguente all'annullamento.

Il passo successivo è stato quello di attribuire all'ordinanza cautelare, non soltanto una mera natura conservativa (in grado di assicurare tutela agli interessi oppositivi), ma anche il potere di imporre all'amministrazione **un preciso obbligo di comportamento in sede di riesame del provvedimento** (in modo da assicurare protezione agli interessi pretensivi).

L'obbligo conformativo della p.a.

Il carattere strumentale della cautela, nel giudizio amministrativo, deve essere valutato, non tanto in relazione alla sentenza di merito (di annullamento), quanto e soprattutto **ai provvedimenti che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adottare in ottemperanza alla sentenza.**

Il risultato di questa elaborazione giurisprudenziale è stato quello di ammettere pronunce cautelari che, in via provvisoria, obblighino l'amministrazione a riesercitare il potere amministrativo: *“la sospensione dell'efficacia del provvedimento negativo, provocando l'inidoneità dell'atto amministrativo a disciplinare la situazione giuridica, determina la reviviscenza del dovere dell'amministrazione di provvedere, regolando ex novo e medio tempore la situazione”* (così, limpidamente, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20.9.1994 n. 2438, ord.).

Un dialogo fra giurisdizione ed amministrazione

Il Consiglio di Stato, sez. V, 19.2.2007 n. 833 precisa che “*le misure cautelari propulsive consistono nell’ordine, rivolto all’amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all’adozione di un atto, **emendato** dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale.*”

Il c.d. remand (così è anche denominata la figura delle ordinanze propulsive) instaura dunque un **dialogo tra la giurisdizione e l’amministrazione**, mirante ad orientare l’attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima”.

Le fattispecie tipiche del remand

La giurisprudenza amministrativa fa uso delle ordinanze propulsive nelle più svariate materie:

A) pubblici concorsi: si è assicurata la tutela cautelare in materia di ammissione a gare, concorsi pubblici ed esami di abilitazione.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ammesso, *“allo scopo di garantire una immediata tutela giurisdizionale, anche cautelare, l’ammissione con riserva a gare, esami e concorsi”* (C.d.S., IV, n. 2168/2005, ord.)

Elezioni

B) competizioni elettorali:

La giurisprudenza ha fatto applicazione delle ordinanze propulsive anche nella materia elettorale.

Fra le prime si ricorda TAR Veneto, Venezia, sez. I, 9.10.1997 n. 1593, ord., ha ammesso con riserva alla competizione elettorale per il rinnovo della carica di Presidente del Consiglio Regionale una lista esclusa dall'Ufficio elettorale centrale.

Organizzazione della p.a.

C) organizzazione della pubblica amministrazione :

Nella materia indicata va ricordata l'ordinanza del TAR Emilia-Romagna, sez. Parma, n. 260/1996, con la quale si dispone l'inserimento in via provvisoria del ricorrente, aspirante giudice tributario, negli appositi elenchi e si ordina all'amministrazione finanziaria di riesaminare la domanda del ricorrente.

Appalti

D) gare d'appalto :

In materia di procedure di gara per la scelta del contraente, la tutela cautelare non si limita alla sola sospensione, ma incide anche sul procedimento con ordinanze propulsive. L'ipotesi più frequente è quella delle ordinanze propulsive che dispongono la riammissione alla gara di concorrenti esclusi.

TAR Veneto, Venezia, 5.11.1997 n. 1670, ord., dispone la rinnovazione della procedura di gara, in considerazione della illegittima composizione della commissione preposta alla valutazione dei progetti.

TAR Sardegna, Cagliari, 20.9.1996 n. 547, ord., sospende i provvedimenti impugnati e dispone che la commissione giudicatrice riesamini le giustificazioni fornite dall'impresa, in relazione alla sospetta anomalia dell'offerta.

Urbanistica ed edilizia

E) urbanistica ed edilizia:

In materia si segnala TAR Sicilia, Catania, sez. III, 8.1.1997 n. 23, ord., con la quale si ordina all'amministrazione di provvedere nuovamente e motivatamente sulla domanda di approvazione del piano di lottizzazione presentata dal ricorrente.

“Altre tipologie” di ordinanze propulsive

F) altre tipologie:

In altri casi, le ordinanze propulsive prevedono la sospensione del provvedimento impugnato accompagnata da ulteriori prescrizioni:

- di provvedere nuovamente, integrando la motivazione carente (C.d.S., IV, 10.7.2001 n. 3862, ord.);
- di considerare elementi di fatto emersi nel giudizio e non precedentemente valutati (C.d.S., V, 6.3.2001 n. 1427, ord.);
- di reiterare l'istruttoria, in modo da consentire l'audizione degli interessati (C.d.S., IV, 24.4.2001 n. 2403, ord.);
- di non tener conto delle ragioni indicate nell'atto sospeso (C.d.S., IV; 13.3.1996 n. 389, ord.).

La distinzione fra ordinanze propulsive e sostitutive

Parte della dottrina (CARINGELLA), dunque, distingue fra o.ze

- **PROPULSIVE:** in cui si ordina che l'Am.ne provveda;
- **SOSTITUTIVE:** che sostituiscono il provvedimento, ammissibili solo in caso di atto vincolato. Ciò perché poichè l'o.za anticipa gli effetti del provvedimento giurisdizionale non esiste o.za sostitutiva lì dove vi è discrezionalità dell'am.ne, altrimenti si violerebbe il principio della separazione dei poteri.

Le ordinanze sostitutive

Le ordinanze cc.dd. di **tipo sostitutivo**, consistenti in misure positive con le quali il giudice amministrativo adotta direttamente le prescrizioni necessarie, producendo in via anticipata, nelle more della definizione del giudizio, gli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione.

In tal caso, con tecnica più incisiva rispetto alle ordinanze propulsive, la misura cautelare di tipo sostitutivo comporta che l'ordinanza collegiale tiene luogo del provvedimento invocato dal ricorrente, e negato dall'amministrazione.

Le ordinanze sostitutive e il principio di legalità

E' importante sottolineare che le ordinanze sostitutive trovano applicazione nel caso di **attività vincolata** dell'amministrazione o comunque, come si afferma in giurisprudenza, "a basso tasso di discrezionalità".

Al fine di garantire il rispetto del **principio di legalità e della separazione dei poteri** va precisato che in caso di attività vincolata il giudice può ordinare l'adozione di un atto avente un certo contenuto, invece se residua uno spazio discrezionale per l'amm.ne l'ordine del giudice può avere carattere esclusivamente procedimentale, in quanto destinato alla riattivazione del procedimento.

Richiami giurisprudenziali su ordinanze sostitutive

Appartiene a questa categoria l'ordinanza (V, 18.5.2004 n. 2227), con la quale il Consiglio di Stato, ritenuta fondata la pretesa del ricorrente di non veder ammesso alla competizione elettorale **un contrassegno suscettibile di generare confusione con il proprio**, ha ordinato in sede cautelare modifiche al contrassegno contestato.

Altrettanto significativa è l'ordinanza (VI, 27.9.2005 n. 4354), con la quale il Consiglio di Stato ha ordinato all'amministrazione di rilasciare al ricorrente, in via provvisoria, **la concessione negata**, riservandosi di nominare un commissario ad acta, in caso di inadempimento.

Significativa è l'ordinanza con la quale il TAR Puglia, Lecce (sez. I, 16.7.2008 n. 616), ha accolto la domanda cautelare diretta alla sospensione del diniego del comune di consentire la **rinnovazione dell'installazione di un gazebo**, “disponendo che il ricorrente possa provvedere alla installazione del gazebo nei modi assentiti dal comune precedentemente”.

Il comportamento dell'amministrazione dopo il remand

Talvolta dopo o.za di ammissione con riserva (ad es. ad una classe scolastica successiva, agli esami di maturità, ad un concorso etc), segue l'approvazione della graduatoria finale ovvero l'emanazione degli atti riguardanti il successivo curriculum scolastico.

- * In tali casi è decisivo leggere l'atto emesso dopo l'o.za propulsiva: se questo contiene la formula **“con riserva dell'esito del giudizio”** oppure la formula vista l'o.za del g.a. **“x”** vuol dire che il g.a. deve decidere l'originario ricorso e se lo respinge si caduca non solo l'o.za ma anche l'atto di esecuzione.
- * Se invece **non vi è alcuna di tali formule** o una equivalente allora l'originario ricorso diventa improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Ordinanze propulsive e sentenza breve

In tema di o.ze propulsive, si può osservare come esse si siano ridotte di numero con l'entrata in vigore della legge 205/00, che ha consentito al g.a. di emettere, previa segnalazioni alle parti presenti, una **sentenza al termine della camera di consiglio** (la sentenza cd. breve).

I caratteri ed i presupposti della tutela cautelare

La tutela cautelare presenta i **caratteri** della provvisorietà e della strumentalità rispetto al giudizio di merito

Essa è legata alla sussistenza di due **presupposti**:

1. il periculum in mora (il pregiudizio dell'interesse sostanziale fatto valere nelle more del giudizio)
2. ed il fumus boni iuris (la verosimiglianza circa la fondatezza dell'azione di merito, fondata su un giudizio sommario e di probabilità).

I principi della tutela cautelare

- * L'esigenza di garantire che il privato ricorrente non soffra del tempo necessario ad una pronuncia soddisfattiva, è espressione del più generale **principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale**, rinvenibile negli artt. 24 e 113 Cost., nonché dal principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., mutuato dall'ordinamento comunitario, in base al quale, tra l'altro, occorre assicurare ai cittadini una durata ragionevole dei giudizi, nonché, negli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.
- * La tutela cautelare si definisce **sommatoria**, perché, a differenza della tutela “normale”, essa – sia quando è invocabile ante causam (cioè prima dell'instaurazione del processo di cognizione ordinaria), sia quando si invoca nel corso di un processo già pendente – procede per le vie più brevi, e attraverso indagini più superficiali e meno complete senza mai dare luogo a sentenze che producano l'accertamento del giudicato descritto nell'art. 2909 c.c..

Autonomia funzionale

La tutela cautelare è, inoltre, allo stesso tempo, **autonoma e strumentale**. L'autonomia va intesa in senso sia funzionale che strutturale.

In primo luogo, essa concerne la funzione, che non è quella di accertamento, né di anticipazione soddisfattiva della pretesa a favore di una delle parti in lite, ma di **garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale**.

La funzione tipica della tutela cautelare è conservativa, e non anticipatoria, posto che i rimedi cautelari, non sono diretti a far conseguire al ricorrente, che agisce in via cautelare, l'attribuzione definitiva del bene della vita anelato, piuttosto, essi assolvono **la funzione di evitare che, nelle more del giudizio, si verifichi un pregiudizio irreversibile al bene della vita 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.

Autonomia strutturale

L'autonomia è **strutturale**, in quanto il processo cautelare, ancorché accessorio a quello principale, presenta autonome caratteristiche che lo differenziano da questo.

Il giudizio impugnatorio, infatti, si fonda su un'azione di annullamento e si risolve in una decisione che incide sulla stessa permanenza in vita dell'atto amministrativo.

Quello cautelare, invece, è **volto a conservare inalterato lo status quo ante** e si conclude, in caso di accoglimento, con una pronuncia provvisoria che opera non sull'atto in sé, ma sui suoi effetti, ponendoli temporaneamente in uno stato di quiescenza.

Periculum e fumus

Oggi il periculum è **pregiudizio grave ed irreparabile derivante da esecuzione del provvedimento impugnato o dall'inerzia della p.a. durante il tempo necessario a decidere il ricorso.**

Il fumus invece richiede che l'ordinanza cautelare indichi i **profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.**

In caso di rito abbreviato il riscontro del periculum va rafforzato e occorre farlo **bilateralmente** e cioè valutando non solo il pregiudizio paventato dal ricorrente, ma anche per amm.ne e controinteressati.

L'o.cautelare ha carattere provvisorio e attesa la sua natura strumentale volta a garantire l'effettività della decisione finale di merito non sopravvive alla sentenza definitiva, ma resta da essa assorbita.

Dal danno al pregiudizio

Quanto al periculum, nella formulazione normativa dell'art. 55, c.p.a., il riferimento al “pregiudizio” sostituisce quello tradizionale di “danno”: resta invariata, invece, l'espressione utilizzata per qualificare il presupposto in questione, ancora ancorato ai connotati della gravità e dell'irreparabilità.

- * La sussistenza del pregiudizio va valutata, tenendo conto della **possibile durata del processo** e del tempo, quindi, che si ritiene necessario per giungere alla decisione di merito. Il fattore temporale diventa, pertanto, parametro imposto al giudice della cautela, in sede di apprezzamento della consistenza del pregiudizio che il ricorrente paventa, e di cui chiede la neutralizzazione attraverso l'intervento interinale.
- * Quanto al fumus, l'art. 55, comma 9, c.p.a., introduce l'espresso riferimento a questa ulteriore condizione di concedibilità della misura interinale, pretendendo dal giudice della cautela l'esplicitazione dei profili che, ad un sommario esame, inducono ad **una ragionevole previsione sull'esito del ricorso**.

La specificità del periculum

- * Il '*periculum in mora*' è identificato nell'art. 55, co. 1, c.p.a. con il rischio che il cittadino possa «subire un pregiudizio grave e irreparabile», per effetto del provvedimento impugnato, «**durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso**».
- * Questo pregiudizio deve essere **specificamente dimostrato** dal ricorrente che chiede la misura cautelare: il giudice non può d'ufficio introdurlo nel processo.
- * Nel giudizio proposto per l'annullamento di un provvedimento amministrativo, il «pregiudizio grave e irreparabile», ovviamente, non può essere rappresentato dalla mera lesione dell'interesse legittimo: altrimenti, il '*periculum in mora*' perderebbe ogni specificità.

La verifica del pregiudizio

Il pregiudizio che può giustificare una misura cautelare è qualificato, invece, dal carattere della 'gravità' e della 'irreparabilità'.

Questo carattere, secondo la giurisprudenza, può essere verificato in:

- **senso 'assoluto'** (ossia, in relazione al tipo di interesse pregiudicato dal provvedimento, indipendentemente dalle condizioni particolari del ricorrente: si pensi al provvedimento la cui esecuzione comporti la distruzione di un edificio, la cessazione di un'attività imprenditoriale, la perdita del posto di lavoro, ecc.), ovvero
- **in senso 'relativo'** (ossia, in relazione all'incidenza sulle condizioni del cittadino: si pensi alla sanzione pecuniaria il cui importo sia esorbitante rispetto al reddito del ricorrente). La valutazione del giudice deve prendere in considerazione il danno in tutte le sue componenti, e non soltanto per i profili più appariscenti, di ordine esistenziale, economico, morale, ecc.

Tre diversi modelli procedurali

La tutela cautelare nel codice si articola secondo tre modelli procedurali diversi.

- * Accanto a una **procedura ordinaria**, che si attua con una ordinanza del collegio, sono previste due procedure che si attuano con decreti presidenziali, destinati ad avere un'efficacia meramente provvisoria, fino alla pronuncia cautelare del collegio.
- * Le due procedure avanti al presidente vengono in genere contrapposte per il fatto che **l'istanza cautelare sia proposta, o meno, prima dell'introduzione del giudizio**; in realtà divergono principalmente per l'intensità del presupposto rappresentato dall'urgenza della pronuncia.
- * La disciplina del procedimento cautelare è richiamata anche per la trattazione dell'istanza cautelare proposta nei giudizi d'impugnazione.
- * Nei giudizi d'impugnazione non è, però, ammessa una tutela cautelare *'ante causam'*.

La disciplina ordinaria

- * Il procedimento cautelare è avviato, come si è già segnalato, da un'istanza di parte, che **può essere inserita nel ricorso introduttivo del giudizio o con istanza separata.**
- * L'istanza deve essere notificata “alle altre parti” (art. 55, co. 3, c.p.a.). Questa disposizione è coerente, per un verso, con la regola secondo cui per l'ammissibilità del ricorso è sufficiente la notifica all'amministrazione ad almeno uno dei controinteressati (art. 41, co. 2, c.p.a.) e, per altro verso, va temperata con il principio secondo cui l'integrazione del contraddittorio è preliminare ad ogni pronuncia 'definitiva' anche di ordine cautelare (artt. 27, co. 2, e 55, co. 12, c.p.a.).

La tutela cautelare collegiale

- * Il procedimento cautelare collegiale permane lo strumento *cardine* del processo amministrativo, (art. 55).
- * Il *presupposto* è costituito dall'esistenza di un *pregiudizio grave e irreparabile* a carico del ricorrente, che può chiedere al collegio l'emanazione delle “misure cautelari che appaiono secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso.”
- * Oltre all'esistenza del *fumus boni iuris* che attiene ai “profili , che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso”.(art. 55 comma 9).

Il deposito dell'istanza cautelare

- * L'istanza cautelare proposta nel corso di un giudizio è diretta al giudice avanti al quale penda il giudizio stesso.
- * L'istanza cautelare, dopo la notifica, deve essere depositata presso il Tar adito.
- * Nel caso di istanza cautelare **proposta col ricorso**, il deposito del ricorso consente anche all'ufficio giudiziario di venire a conoscenza dell'istanza e il termine per il deposito è quello stabilito per il ricorso.
- * Invece nel caso di istanza **proposta in atto separato**, il codice non fissa un termine specifico per il deposito; pertanto, deve ritenersi applicabile il termine ordinario di trenta giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica, stabilito dall'art. 45 c.p.a. per il deposito di ogni «atto processuale».

Il deposito dell'istanza di fissazione del merito

- * Il codice richiede come condizione di procedibilità dell'istanza cautelare il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito (art. 55, co. 4, c.p.a.; l'istanza di fissazione d'udienza non è necessaria nei casi in cui l'udienza di merito debba essere fissata d'ufficio, come nei giudizi elettorali e nei procedimenti camerali).
- * In questo modo il legislatore ha voluto evitare il pericolo di ricorsi proposti al solo fine di conseguire una misura cautelare, per paralizzare l'azione amministrativa, senza interesse ad una sollecita decisione. Nel caso sia concessa una misura cautelare il collegio deve fissare, nella medesima ordinanza, l'udienza di discussione (art. 55, co. 10, c.p.a.).
- * Sull'istanza cautelare si pronuncia il collegio. Il collegio provvede in camera di consiglio, decorsi almeno venti giorni dalla notifica dell'istanza e dieci dal suo deposito (art. 55, co. 5, c.p.a.; il termine può essere ridotto ai sensi dell'art. 53 c.p.a.).

La domanda cautelare

La domanda cautelare può essere esaminata se vi è domanda di fissazione di udienza (entro un anno da proposizione del ricorso). Unica eccezione per i processi riguardanti le grandi infrastrutture strategiche (legge 2/2009).

Decreto monocratico vale fino a quando a data di convocazione del collegio.

La tutela cautelare nel ricorso straordinario al PdR è stata prevista già dalla g.za del CdS nel 1936 (parere) poi è stata codificata nel cpa.

Prima della decisione in sede cautelare

- * Per una decisione del ricorso, però, devono essere verificate alcune condizioni fondamentali (art. 60 c.p.a.). In particolare:
- * a) il collegio deve verificare **“la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria”**. La garanzia del contraddittorio e l’esigenza che il giudice abbia una cognizione completa della vertenza sono sempre essenziali per una decisione di merito;
- * b) il collegio deve segnalare preventivamente alle parti costituite **l’eventualità di una decisione anticipata**, così da consentire ad esse di prospettare subito particolari esigenze di istruttoria o di difesa, che rendano opportuno il differimento della decisione;
- * c) il collegio **non può procedere alla decisione del ricorso**, se una delle parti abbia dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, o ricorso incidentale, o regolamento di giurisdizione o di competenza. In questo caso, infatti, la fase introduttiva del processo non può ritenersi ancora conclusa e i termini della domanda non sono ancora stati definiti; ovvero, il radicamento del giudizio davanti all’ufficio giudiziario non è ancora acquisito.
- * Il ricorso in questo caso è deciso con una **«sentenza in forma semplificata»**, e cioè con una motivazione succinta, incentrata sui profili fondamentali del ricorso (cfr. art. 74 c.p.a.).

L'udienza per la discussione del cautelare

- * Il codice del processo, anche in considerazione della previsione della tutela ante causam, **ha ampliato** il termine dilatorio per la fissazione dell'udienza cautelare.
- * La stessa viene *automaticamente* fissata alla prima camera di consiglio successiva al 20 giorno dalla notifica del ricorso con l'istanza cautelare (e ciò per meglio tutelare la possibilità di difesa della p.a.) e altresì al 10 giorno dal deposito dello stesso (e ciò per tutelare la possibilità di esame da parte del giudice).
- * In sostanza il tempo in cui la parte potrà avere esaminata e decisa la sua istanza è di circa un mese dalla notifica del ricorso. Tempo breve, se si considera che può essere lo stesso di definizione della controversia, ove si adotti la decisione in forma semplificata.

Decisione su cautelare

- * Sull'istanza il collegio provvede con ordinanza motivata (art. 55, co. 9, c.p.a.).
- * L'ordinanza viene pubblicata mediante deposito in cancelleria; la sua efficacia decorre dal momento del deposito e non è in alcun modo subordinata alla notifica.
- * Nell'ordinanza il giudice è tenuto a liquidare le spese per la fase cautelare del processo (cfr. art. 57 c.p.a.).

Le possibili decisioni del collegio

L'emanazione di un'ordinanza cautelare di accoglimento o di rigetto, in sede di sospensiva, non è infatti l'unica evenienza possibile, potendosi verificare tre distinte ipotesi:

- * 1. Il collegio **non emana un'ordinanza cautelare**, ma fissa l'udienza di merito per la sollecita definizione del ricorso (art. 55, comma 10), ritenendo che le esigenze del ricorrente siano “apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente” in tal modo.
- * 2. il collegio **emana un'ordinanza cautelare**: di rigetto o accoglimento. In quest'ultimo caso fissa la data di discussione del merito del ricorso. Il codice riduce i tempi per l'appello dell'ordinanza: trenta giorni dalla sua notificazione o 60 dalla sua pubblicazione;
- * 3. il collegio **emana una sentenza in forma semplificata**, “sentite sul punto le parti costituite” (art. 60), con ciò definendo il giudizio, ove ravvisi la manifesta fondatezza o infondatezza, improcedibilità o inammissibilità del ricorso (art. 74)

La tutela cautelare monocratica

- * Può avvenire che il pregiudizio sofferto dal privato sia tale da non potersi attendere nemmeno il tempo per l'udienza cautelare.
- * In tale caso il ricorrente **dovrà notificare comunque il ricorso con la richiesta di domanda cautelare**, ma potrà ottenere, prima dell'udienza cautelare collegiale, da parte del Presidente del Tar o del Collegio cui è assegnato il ricorso, "misure cautelari provvisorie".
- * La decisione, adottata con decreto, indica la data della camera di consiglio: la fase monocratica viene quindi *assorbita da quella collegiale*. **Il decreto di accoglimento è, infatti, efficace solo fino alla camera di consiglio**, per essere poi sostituito, se confermato, dall'ordinanza collegiale.

I presupposti della tutela monocratica

- * La tutela 'monocratica' in pendenza di giudizio è ammessa «**in caso di estrema gravità e urgenza**» tali da determinare il pericolo grave che l'interesse del ricorrente sia pregiudicato dall'attesa dei termini previsti per una pronuncia cautelare collegiale (art. 56, co. 1, c.p.a.).
- * Presuppone la notifica del ricorso, che in questo caso, però, può essere effettuata direttamente dal difensore via fax, senza la necessità di autorizzazioni di sorta, fatto salvo l'obbligo di procedere alla notifica anche secondo le regole ordinarie, entro cinque giorni dalla richiesta della misura cautelare (art. 56, co. 2 e 5, c.p.a.).
- * Sull'istanza provvede il presidente del Tar (o il presidente della sezione, se il ricorso sia già stato assegnato a una sezione); il presidente, ove lo ritenga necessario, può sentire fuori udienza, senza formalità particolari, le parti che si siano dichiarate disponibili.

La tutela *ante causam*

- * Il presupposto è costituito da un ulteriore aggravamento dell'intensità del pregiudizio risentito dal privato, rappresentato da una situazione di **eccezionale gravità e urgenza** (art.61).
- * In tale ipotesi il privato, senza dover redigere e notificare un ricorso (come richiesto comunque per la tutela monocratica), ma **con una semplice istanza** (e quindi anteriormente alla causa), chiede al Presidente del Tar le “misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili” durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso nel merito e della domanda cautelare in corso di causa.

... adempimenti celeri

- * La legge impone successivi **adempimenti in termini perentori molto brevi** perché la misura cautelare, se adottata, non perda efficacia: la notifica del provvedimento di accoglimento entro 5 giorni; la notifica del ricorso con l'istanza cautelate entro 15 giorni dall'emanazione del provvedimento.
- * Anche in tale caso, è **previsto l'assorbimento di questa fase anticipata in quella del successivo giudizio cautelare** (che deve confermare o riformare la pronuncia che prevede la misura cautelare).

... la prova della notifica

Ai soli fini della tutela cautelare poi, il legislatore, **sempre nell'ottica dell'immediatezza ed urgenza**, si accontenta di forme di notifica semplificate (il comma 6 dell'art. 55 ritiene sufficiente, per la *prova* dell'avvenuta notifica per posta, l'attestazione del sito internet postale).

Per le misure monocratiche, anche *ante causam*, è prevista poi la possibilità di notifica *via fax da parte del difensore* o la possibilità, da parte del Presidente del Tar, di provvedere comunque *inaudita altera parte*, ove non sia consentita, -per le esigenze cautelari e cause non imputabili al ricorrente,- la verifica del perfezionamento della notifica, salva la possibilità di revoca del provvedimento.

Decreto presidenziale

- * Il presidente si pronuncia con decreto motivato; il decreto non è impugnabile, ma è «**sempre modificabile o revocabile**» su istanza di parte (art. 56, co. 4, c.p.a.). Se sia concessa una misura cautelare, il decreto conserva i suoi effetti fino alla camera di consiglio fissata per l'esame in sede collegiale; tale camera di consiglio deve essere indicata nel decreto stesso.
- * La misura cautelare disposta '*ante causam*' è efficace fino alla pronuncia cautelare del collegio (per le sue condizioni d'efficacia, cfr. art. 61, co. 5, c.p.a.). Il decreto presidenziale, anche in questo caso, **non è appellabile**, ma può essere "sempre" modificato o revocato su istanza di parte.

I diversi gradi del periculum

La tutela cautelare monocratica richiede che la gravità ed urgenza devono essere estreme, quindi di entità superiore a quella che connota il periculum della sospensiva, ma inferiore a quella eccezionale richiesta per la misura ante causam.

La norma non cita il fumus ma si ritiene che il giudice adito non possa esimersi da una ricognizione se pur sommaria circa il fumus di fondatezza del ricorso.

L'abbinamento al merito

La prassi processuale amm.va prevede l'abbinamento al merito, cioè quando la cautelare viene decisa insieme al merito. In tal caso viene emanata una sentenza.

Qualora la parte sia d'accordo si ha abbinamento al merito, altrimenti la parte se non è d'accordo viene emanata subito ordinanza.

Cessazione della materia del contendere

- * Se l'Am.ne prende atto dell'o.za cautelare e presta acquiescenza alla ord.za ed emana permesso di costruire vi è cessata materia del contendere per la domanda di annullamento, ma se vi è richiesta di risarcimento del danno quest'ultima continua a pendere.
- * Si ha CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE quando l'Am.ne soddisfa l'interesse del r.te.

L'ingiunzione al pagamento di una somma in via provvisoria

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 1/2000) ha affermato l'esigenza di completare la tutela cautelare del ricorrente, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attribuendo al giudice il potere di emettere **un'ordinanza di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma a titolo di provvisoria**.

L'art. 55. co.1, sancisce che: “se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio”.

Differenza con il decreto ingiuntivo

- * L'ordinanza di condanna al pagamento di una somma a titolo di provvisionale, specificamente prevista adesso dall'art. 55 del codice del processo amministrativo, comma 1, si distingue nettamente dallo strumento del decreto ingiuntivo.
- * La prima necessita della **preventiva delibazione dei presupposti**, comuni a tutte le misure cautelari, del fumus boni iuris e del periculum in mora.
- * Il decreto ingiuntivo, invece, può essere emesso ove il giudice riscontri **la liquidità ed esigibilità del credito unitamente alla prova scritta**, come avviene nel processo civile.

La cauzione

- * La **cauzione** può essere disposta da g.a in base all'art. 55, co. 2 del cpa, il quale ha reso generale una possibilità originariamente consentita nella materia degli appalti e degli espropri dalla legge n. 1/78.
- * L'articolo precisa che: *“qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il presidente può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, determinata con riguardo all'entità degli effetti irreversibili che possono prodursi per le parti e i terzi”*.
- * La cauzione è oggi tipica misura cautelare che può essere imposta al ricorrente o al resistente.

Rapporti tra cautelare e merito

- * La fase di merito, considerata dal legislatore come essenziale, al punto che senza l'istanza di trattazione nel merito la domanda cautelare è improcedibile, viene *attratta temporalmente* dall'esito del giudizio cautelare, oltre che, in ordine alla fondatezza, dal positivo giudizio sul *fumus boni iuris*.
- * Sembra così che la fase cautelare - superando il limite suo proprio di strumentalità e provvisorietà- si attesti sempre più come *lo strumento determinante per la soluzione definitiva e rapida della controversia*.
- * Non a caso il codice prevede (art. 57) la pronuncia sulle spese della fase cautelare.

I rimedi nei confronti delle pronunce cautelari

Le pronunce cautelari del giudice amministrativo (sia collegiali che monocratiche) sono passibili di **revoca o di modifica** (art. 58 c.p.a.).

Inoltre è ammesso l'**appello** (art. 62 c.p.a.) nei confronti delle pronunce cautelari collegiali 'definitive': sono le ordinanze con cui il collegio si pronuncia in via definitiva sull'istanza cautelare.

Revoca e modifica delle pronunce cautelari

A) La revoca o di modifica delle pronunce cautelari riflette la dipendenza delle misure cautelari dai due presupposti generali già richiamati all'inizio.

- * Il “**mutamento delle circostanze**” rilevanti per la pronuncia cautelare consente la presentazione di una nuova istanza: il mutamento può riguardare sia le circostanze di fatto, che determinano il ‘*periculum in mora*’, sia le ragioni di diritto, che invece, in genere, rilevano per il ‘*fumus boni iuris*’.
- * La revoca o la modifica di una pronuncia cautelare è comunque subordinata a **iniziativa di parte**.

L'appello al Consiglio di Stato

B) Nei confronti delle ordinanze dei Tar che abbiano provveduto in via definitiva sull'istanza cautelare, la parte può proporre appello al Consiglio di Stato, deducendo **l'invalidità o l'ingiustizia della pronuncia**.

Al Consiglio di Stato l'appellante può richiedere anche un **decreto presidenziale**, nel caso si deducano ragioni di «*estrema gravità e urgenza*», tali da non essere compatibili neppure con i tempi ordinari per la trattazione collegiale. Il decreto è destinato a valere fino all'ordinanza collegiale.

L'esecuzione delle misure cautelari

Se l'amministrazione non adempie alla pronuncia cautelare del giudice amministrativo, la parte interessata può richiedere al giudice che ha pronunciato l'ordinanza di assumere i provvedimenti necessari per l'esecuzione.

A tal fine il codice, sulla linea della giurisprudenza precedente, **non richiede l'esperimento di un ricorso per l'ottemperanza**, ma assegna comunque al giudice amministrativo tutti i poteri che gli spettano nel giudizio di ottemperanza (art. 59 c.p.a.).

Pertanto, il giudice può ordinare all'amministrazione un comportamento specifico e può nominare un commissario che si sostituisca all'amministrazione inadempiente (art. 114, co. 4, c.p.a.).

L'esecuzione deve essere richiesta con istanza motivata, che va previamente notificata alle altre parti (art. 59 c.p.a.).

La tutela cautelare nei riti speciali

Negli ultimi decenni il processo amministrativo si è evoluto verso una pluralità di riti e verso modelli di tutela differenziata, espressione di esigenze molto diverse. L'evoluzione ha comportato l'introduzione di discipline particolari anche rispetto alla tutela cautelare. In particolare:

- * a) Nelle vertenze elencate dall'art. 119 c.p.a. **la trattazione dell'istanza cautelare è sottoposta a termini dilatori dimezzati:** devono trascorrere dieci giorni dalla notifica dell'istanza e cinque dal deposito del ricorso.ù

Inoltre, la decisione di merito è accelerata anche perché il collegio, in sede cautelare, dopo l'accertamento della completezza del contraddittorio (ovvero dopo l'integrazione del contraddittorio), se da un sommario esame emergano “*profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave ed irreparabile*”, può fissare la discussione del ricorso nel merito per la prima udienza successiva al termine dilatorio di trenta giorni.

... e in particolare negli appalti pubblici

b) La disciplina appena descritta si applica anche alle vertenze concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici. Nei giudizi proposti contro l'aggiudicazione definitiva di un contratto pubblico si applicano, inoltre, anche alcune disposizioni peculiari, introdotte nel codice dei contratti pubblici.

Prima di procedere alla sottoscrizione del contratto l'amministrazione deve osservare un termine dilatorio di **almeno trentacinque giorni**, decorrente dall'invio dell'ultima comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (c.d. *stand-still*).

Il ricorso nei confronti di un'aggiudicazione definitiva, se sia proposta anche l'istanza cautelare, ha effetto sospensivo.

La sospensione della stipula del contratto

- * Dal momento della notifica dell'istanza cautelare la stazione appaltante **non può stipulare il contratto per i successivi venti giorni**, se entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado (o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di merito, nel caso di anticipazione della decisione), ovvero fino alla pronuncia sull'istanza cautelare, se intervenga solo dopo tali venti giorni.
- * L'effetto sospensivo dovrebbe consentire al ricorrente di ottenere una pronuncia cautelare prima che sia stato stipulato il contratto o che sia data esecuzione alle prestazioni oggetto del contratto. **La tutela cautelare ha, quindi, un obiettivo tipicamente 'preventivo'**.
- * Nelle vertenze in esame il collegio, se accoglie l'istanza cautelare, oltre a fissare l'udienza di merito **"con assoluta priorità"**, è comunque tenuto a decidere interinalmente sulla sospensione dell'aggiudicazione.

... e nelle procedure di progettazione

c) Ulteriori disposizioni in materia cautelare sono dettate dal codice per i giudizi che riguardano procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi e le relative attività di espropriazione, occupazione, asservimento.

In questi casi si applica, comunque, anche la disciplina già richiamata sopra a proposito della tutela cautelare nel rito abbreviato.

Il giudice in sede cautelare deve valutare le conseguenze cagionate dal provvedimento impugnato rispetto a tutti gli interessi coinvolti, l'interesse nazionale alla realizzazione dell'opera e il pregiudizio che potrebbe derivare al ricorrente nel caso di esecuzione del provvedimento (art. 125, co. 2, c.p.a.).

Consiglio di Stato sez. VI

05/03/2013, n. 1310

Gli effetti dell'ordinanza cautelare - per la loro natura strumentale e servente per una definizione del giudizio di cognizione coerente con la regola della effettività della tutela - **vengono meno quando si conclude il giudizio nel corso del quale l'ordinanza è stata emanata.**

In deroga a tale principio, l'art. 11, comma 7, c. proc. amm., prevede un caso di **temporanea ultrattività** della misura cautelare (per il termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione della pronuncia declaratoria del difetto di giurisdizione), con facoltà delle parti di riproporre la domanda cautelare al giudice ad quem munito di giurisdizione. Trattasi di un'ipotesi di - temporanea - alterazione della strumentalità funzionale della tutela cautelare, poiché perdurano gli effetti di un provvedimento cautelare adottato da un giudice che non può decidere la controversia nel merito, ma l'efficacia ultrattiva è assolutamente delimitata nel tempo. **La ratio della menzionata disciplina processuale è quella di consentire alle parti di riproporre la domanda cautelare al giudice munito di giurisdizione, garantendo la continuità e l'effettività della tutela cautelare anche nel caso di "translatio iudicii".**

Consiglio di Stato sez. VI 25/11/2013, n. 5601

Le regole speciali relative alla fase cautelare (termine per comparire sensibilmente più breve di quello ordinario; ulteriore possibilità di abbreviazione a discrezione del giudice; non sospensione nel periodo feriale) costituiscono **una severa limitazione al diritto di difesa**, comportando che si riduca a pochi (a volte pochissimi) giorni il tempo nel quale le controparti possono predisporre le proprie difese.

Tale sacrificio imposto alle parti resistenti **si giustifica in considerazione dell'intrinseca urgenza della tutela cautelare**, e anche (o soprattutto) del fatto che, di per sé, **il provvedimento cautelare non pregiudica le controparti in modo irreversibile e definitivo**: il resistente, che a causa della ristrettezza del termine (e se del caso per la concomitanza del periodo feriale) non abbia potuto o voluto costituirsi in tempo per la discussione cautelare, **è ancora nella pienezza delle sue facoltà di difesa in vista del giudizio di merito**.

T.A.R. Milano sez. I 05/09/2013, n. 2109

Il remand é una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per **rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato**, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale.

Il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di **estinzione del giudizio** per cessazione della materia del contendere, **ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente**, oppure di **improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse**, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo.

Confermata anche da T.A.R. Catanzaro sez. II, 07/03/2014, n. 416

Consiglio di Stato sez. V

11/12/2013, n. 5956

- * L'art. 73 comma 3 c.p.a., nella parte in cui prevede l'obbligo per il giudice, che intenda porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, di informarne le parti, dandone atto a verbale, è **applicabile anche in sede cautelare**, trattandosi di prescrizione dettata a tutela del diritto di difesa e del contraddittorio tra le parti, ogni qual volta il giudice deve adottare una decisione, nonché manifestazione del principio del giusto processo.

Consiglio di Stato ad. plen.

03/02/2014, n. 8

L'appello contro il dispositivo della sentenza di primo grado e l'appello avverso la successiva sentenza non costituiscono impugnazioni autonome l'una dall'altra, ma sono fasi di un unico processo d'appello, **la prima delle quali è finalizzata all'emissione di misure cautelari**, la seconda alla definizione della controversia con cognizione piena del merito della stessa.

Segue da ciò che, stante **il rapporto di simmetria fra tutela cautelare e possibile esito del giudizio di merito** la parte, che abbia anticipato la tutela avverso il dispositivo della sentenza, è onerata in prosieguo ad una compiuta deduzione dei motivi di appello, una volta perfezionatasi la pubblicazione della sentenza, onde non incorrere nella declaratoria d'improcedibilità dell'impugnazione contro il dispositivo e nella perdita di efficacia di ogni misura cautelare eventualmente accordata.

Grazie per l'attenzione