

## La tutela cautelare

**Autore:** Carlo Giannoni

**In:** Diritto penale

### 1. L'origine e la natura

La giustizia cautelare è stata ed è tuttora, per intensità e rapidità, il settore privilegiato dagli amministratori 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.

Al fine di garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24, 1° co. della Costituzione l'ordinamento predispone la cd. Tutela cautelare al fine di anticipare, nelle more del giudizio, il contenuto della successiva decisione di merito in modo da evitare che i tempi, spesso lunghi, possano frustare o compromettere la pretesa fatta valere dall'attore. 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 ordinario, 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 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 giurisdizionale.

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 strumentale e l'autonomia concerne soprattutto la funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale.

### Volume consigliato

## 2. L'influenza della giurisprudenza comunitaria

Il rafforzamento del sistema cautelare è stato sempre più valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue, la quale inquadra l'istituto de quo come uno strumento che consente di anticipare, provvisoriamente, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice. 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 processo. 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 provvedimento ordinario, il diritto della parte rischia di subire in pregiudizio irreparabile.

## 3. Le fonti

Le fonti più risalenti riguardo alla tutela cautelare sono sicuramente l'art. 12 della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato e l'art. 21 appartenente alla legge istitutiva del Tar ma con la sentenza della Corte Costituzionale del 1985 c'è stato il riconoscimento di misure cautelari atipiche. Invero, la consacrazione della atipicità del sistema cautelare si è avuta con l'art. 3 della l.205/2000 e il codice del processo amministrativo ha dettato una disciplina organica per la tutela cautelare. Con l'assetto attuale si è conferito al giudice amministrativo il potere di adottare, in via cautelare, ogni provvedimento, che appare più idoneo, ad assicurare preliminarmente gli effetti della decisione finale.

Come anticipato poco fa, sul sistema cautelare ha influito notevolmente la giurisprudenza comunitaria e uno dei campi di applicazione di detta influenza è sicuramente la tutela ante causam. L'articolo 61 del codice del processo amministrativo permette di ottenere la misura cautelare, prima ancora che il ricorso sia notificato, rappresentando la tutela ante causam uno strumento eccezionale dotato di gravità e urgenza.

## 4. Il remand

Con il sistema cautelare odierno si è abbandonata la sola possibilità di sospensione dei provvedimenti

restrittivi a cui corrispondono interessi oppositivi, infatti esclusi dalla sospensione vi erano gli atti ampliativi dell'amministrato, fonte di interessi pretensivi. Ulteriore rimedio cautelare introdotto è la tecnica del remand, utilizzata dai giudici per sollecitare la risposta da parte della pubblica amministrazione, dopo aver evidenziato i presupposti del fumus e del periculum. Più nello specifico, la tecnica del remand è volta a conseguire una rinnovazione del procedimento e ad un riesame del provvedimento impugnato, attività di cui è protagonista la P.A.

Dunque, con il remand si vuole nuovamente investire la pubblica amministrazione della questione, corretta dai precedenti vizi e incongruenze. Tale misura è dunque uno strumento che permette l'istaurazione di un dialogo tra pubblica amministrazione e giurisdizione. 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 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 amministrativa. 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 amministrativa.

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.

## 5. La fase esecutiva

Ultima fase della tutela cautelare è sicuramente quella dell'esecuzione, la quale permette di raggiungere i risultati prefissati all'interno dell'ordinanza del giudice. Invero, se si è al cospetto di un'ordinanza di tipo sospensivo questa sarà "self excuting" poiché è lo stesso provvedimento a paralizzare gli effetti dell'atto oggetto di tutela cautelare. Più problematica è la questione inerente le ordinanze cautelari propulsive con le quali, come nel remand, il giudice amministrativo impone alla pubblica amministrazione un nuovo esercizio del potere. Per la dottrina e la giurisprudenza, spetta alla pubblica amministrazione dare attuazione a tali ordinanze. E rimedi esperibili in caso di mancata attuazione sarebbero identificabili nei mezzi coercitivi indiretti ovvero sanzioni di tipo penale (artt. 650 - 388 c.p.) o amministrativo. Si è osservato che in molti casi, anche con l'ausilio delle sanzioni appena indicate, si assiste ad una mancata collaborazione da parte della pubblica amministrazione per l'attuazione delle ordinanze propulsive. Per

far fronte a tale problematica si è fatta strada l'attivabilità del giudizio di ottemperanza, il quale permette al giudice amministrativo di sostituirsi alla pubblica amministrazione inadempiente e dare così esecuzione all'ordinanza.

Ultima questione da dover affrontare è il sistema delle impugnazioni applicabili alle misure cautelari. In passato, la dottrina era convinta dell'inappellabilità di tali misure in ragione della loro provvisorietà ma nel 1978 svanisce questa idea, l'Adunanza Plenaria riconobbe l'impugnazione delle misure cautelari ad eccezione di quelle monocratiche.

Questione ancora aperta è quella riguardo il concetto di giudicato cautelare, la giurisprudenza è intervenuta a più riprese ribadendone la mancata natura di giudicato in quanto prive di contenuto decisorio e contraddistinte dalla provvisorietà.

### **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/la-tutela-cautelare/>