

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/04/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31508-la-tutela-cautelare-alla-luce-del-codice-del-processo-amministrativo>

Autore: Barchiesi Simona

La tutela cautelare (alla luce del Codice del processo amministrativo)

Resoconto del convegno svoltosi , in occasione della pubblicazione del volume di Federico Freni dedicato alla tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo (Giuffrè, 2011 presso l'Avvocatura Generale dello Stato il 23 marzo 2011)

Simona Barchiesi

LA TUTELA CAUTELARE
(alla luce del Codice del processo amministrativo)

Resoconto del convegno svoltosi , in occasione della pubblicazione del volume di Federico Freni dedicato alla tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo (Giuffrè, 2011



presso l'Avvocatura Generale dello Stato il 23 marzo 2011

Il convegno -organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti in occasione della presentazione del volume a cura di Federico Freni dedicato alla tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo (Giuffrè, 2011)- ha avuto ad oggetto il tema della tutela cautelare, la cui rilevanza all'interno del processo amministrativo ha conosciuto una notevole evoluzione nel corso degli ultimi anni, sia per opera della giurisprudenza, sia in considerazione delle importanti innovazioni introdotte dalla legislazione, da ultimo con il Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

L'importanza assunta da giudizio cautelare è stata oggetto della relazione introduttiva dell'Avv. Ignazio Francesco Caramazza, *Avvocato Generale dello Stato*, il quale, dopo aver reso i suoi saluti ai molteplici uditori presenti, ha sottolineato come il ruolo centrale assunto dal giudizio cautelare all'interno del processo amministrativo – per come oggi delineato per opera del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo – è testimoniato dalla circostanza per cui l'evoluzione che questo ha conosciuto dalle sue origini ad oggi, che lo ha visto trasformarsi da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, ha modificato anche e soprattutto la struttura e la natura di tale istituto.

Il giudizio cautelare, infatti, ha rappresentato una sorta di “cartina tornasole” dell'effettività della tutela assicurata dal Giudice amministrativo ai cittadini nei loro rapporti con il potere pubblico, dapprima esplicitatasi nei soli confronti degli interessi oppositivi, successivamente a favore anche di quelli pretensivi.

Da qui il ricorso, in un periodo in cui l'idea di una tutela cautelare c.d. "atipica" non era stata ancora pienamente accolta (l'orientamento giurisprudenziale si è, infatti, inaugurato con l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 30 marzo 2000, poi recepito dal Legislatore con la L. n. 205/2000), allo strumento cautelare d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c., il cui impiego è ora superato in considerazione della possibilità per il Giudice amministrativo di emanare il provvedimento cautelare "più idoneo" ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 55, comma 1, del c.p.a.).

Proprio di tali notevoli cambiamenti si è reso testimone il volume presentato per l'occasione (*"La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo"*, a cura di Federico Freni, Giuffrè, 2011), che costituisce il frutto del costante lavoro di ricerca svolto in seno alla Cattedra di Diritto Amministrativo del Prof. Giuseppe Morbidelli, cui l'opera è dedicata.

Il particolare pregio del lavoro è stato valorizzato nelle parole del *Dott. Alberto De Roberto, Presidente emerito del Consiglio di Stato*, considerando la sicura attualità del tema della tutela cautelare in relazione agli innumerevoli interrogativi posti dalla nuova disciplina recata dal Codice del processo amministrativo.

Il presidente, nella veste altresì di coordinatore del dibattito, ha ripercorso la genesi e l'applicazione degli istituti cautelari, rammentando come, in passato, il ricorso a siffatte misure costituiva un evento del tutto eccezionale – strettamente connesso alla valutazione della effettiva ed immediata lesività del provvedimento impugnato – l'esiguità delle domande non richiedendo, nella prassi giudiziaria, la trattazione distinta delle istanze cautelari rispetto ai c.d. meriti.

Momento di svolta dell'istituto *de quo* – strettamente ancorato all'evoluzione pretoria, in particolar modo all'opera creativa svolta dal Consiglio di Stato negli anni '60/'70 – sarebbe da individuarsi proprio nel superamento della misura cautelare tipica della sospensione, strumento del tutto inadatto ad assicurare una tutela interinale effettiva in presenza di provvedimenti negativi o di inerzia dell'Amministrazione, non essendo altresì ancora ammessa la risarcibilità del danno prodotto agli interessi legittimi.

Il dibattito si è, quindi, pregiato degli interventi di autorevoli relatori.

Primo a prendere la parola è stato l'*Avv. Stefano Varone, Avvocato dello Stato*, trattando della stretta correlazione che il Codice del processo amministrativo riconosce, in assoluta novità, tra la tutela cautelare e la competenza del Giudice amministrativo.

L'art. 55, comma 13, del C.p.a., con una disposizione antitetica rispetto alla disciplina precedente, prevede l'impossibilità per il Giudice adito che ritenga la propria incompetenza di disporre in sede cautelare, con l'evidente fine di evitare fenomeni di *forum shopping* di misure cautelari.

Da più parti si è rilevata la carenza di tutela determinatasi per effetto della norma di nuova introduzione (fra cui spicca l'ordinanza del T.a.r. Campania, sede di Napoli, con cui è stata sollevata questione di costituzionalità), tanto più che, se in pendenza del procedimento di regolamento di competenza il Giudice indicato come competente nell'ordinanza di avvio "decide in ogni caso sulla domanda cautelare" (art. 15, comma 5 e 7 del C.p.a.), tale accortezza non è prevista in caso di mera decisione di incompetenza.

La stringente connessione fra tutela cautelare e competenza, di certo molto più accentuata che con riferimento alla fase del merito, si manifesta, altresì, nella possibilità, per il Consiglio di Stato investito in sede di appello dell'istanza cautelare, di valutare *ex se* la competenza del Giudice di primo grado a prescindere da una specifica censura in tal senso formulata dalla parte appellante, non formandosi sul punto il c.d. "giudicato implicito".

Con riferimento ai mezzi di impugnazione dell'ordinanza che decida la domanda cautelare, o che non la decida per effetto della ritenuta incompetenza del Giudice adito, il C.p.a. consente sia la proposizione di un giudizio di appello, sia l'indizione del regolamento di competenza. La

discrezionalità per l'appellante incontra, però, un limite in caso di decisione contestuale dell'istanza cautelare e del merito ai sensi dell'art. 60 C.p.a., potendo esperirsi solo lo strumento ordinario dell'appello; l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione può, quindi, produrre qualche problema giacché, sebbene l'atto possa comunque essere trasformato in ossequio al principio di conservazione degli atti processuali, diverso è il termine previsto nei due giudizi per il suo deposito, senza dimenticare che, in caso di ordinanze del T.A.R. Sicilia, l'errore si riverbera anche nella individuazione del Giudice competente in secondo grado.

Infine, il Codice del processo amministrativo non ha risolto la questione relativa al Giudice competente all'emanazione di atti cautelari in seno al giudizio arbitrale, lacuna resa ancor più evidente in considerazione della disciplina *ad hoc* contenuta nel c.p.c. quanto alle cause civili oggetto di arbitrato.

Il Prof. Avv. Aristide Police si è, invece, interessato dei rapporti fra il giudizio cautelare collegiale e quello in sede di merito.

Molto dibattuta fu, infatti, in sede di Commissione ministeriale per la redazione di una bozza di Codice, l'opportunità di inserire all'interno del processo una fase istruttoria necessaria, ovvero una udienza di tipo preliminare per lo svolgimento di tutta una serie di attività propedeutiche alla decisione definitiva del ricorso.

Il *favor* per la collegialità – considerando che, ovviamente, *dominus* di tale fase sarebbe stato un Giudice monocratico – ha sconsigliato l'istituzione di un'udienza istruttoria necessaria, riconducendo le funzioni sue proprie alla fase cautelare.

Ne costituiscono testimonianza le disposizioni contenute nei commi 10 e ss. dell'art. 55 del C.p.a., che non riguardano propriamente strumenti di tutela cautelare ma inseriscono in questa fase elementi ulteriori che, da una lato, accelerano il naturale svolgimento del processo, dall'altro, evidenziano ancor più la provvisorietà e la strumentalità del giudizio cautelare rispetto alla decisione di merito.

Con riferimento alla possibilità, prevista dal comma 10, di soddisfare l'esigenza cautelare mediante la sollecita fissazione dell'udienza di merito, la norma ha cura di sottolineare che, in ogni caso, deve sussistere una apprezzabile favore per le censure sollevate dal ricorrente, sì da ricomprendere tale misura nel novero degli strumenti affidati al Giudice per assicurare, secondo un ponderato giudizio di idoneità, una tutela interinale effettiva. Tale previsione, evidentemente dettata per tutte quelle ipotesi nelle quali il danno causato dal provvedimento impugnatosi produce nel corso di un lasso di tempo molto vicino a quello della (stabilita) data per la discussione del ricorso nel merito, determina una quotazione dell'esigenza cautelare a tutto favore della effettiva tutela nel merito.

Il comma 11 attribuisce al Giudice che abbia disposto la misura cautelare la facoltà – e non l'obbligo, stante la possibilità, prevista dal secondo periodo, che a ciò sia sollecitato dal Consiglio di Stato – di fissare la data di discussione del ricorso, con evidente funzione sollecitatori. Si accentua, così, ancor più, la provvisorietà della misura cautelare rispetto al merito, trovando questa un limite temporale di efficacia e sottraendo l'impulso processuale alla sola disponibilità del ricorrente.

Il carattere strumentale della fase cautelare si manifesta, altresì, nel successivo comma 12, dovendo il Giudice, anche in assenza di un interesse cautelare apprezzabile, disporre ai fini della completezza dell'istruttoria e dell'integrità del contraddittorio. La soluzione adottata di non dare accesso, nel processo amministrativo, ad una udienza preliminare *ad hoc*, ha quindi comportato che la competenza allo svolgimento dei suddetti adempimenti sia non un Giudice delegato, bensì il *plenum* del Collegio.

In proposito, particolare rilevanza costituisce l'art. 60 che consente la definizione del giudizio in sede cautelare mediante una sentenza in forma semplificata, così assicurando una giustizia tempestiva e, soprattutto, definitiva.

La successiva relazione, a cura della *Prof. Avv. Maria Alessandra Sandulli*, ha avuto ad oggetto i riflessi prodotti sul giudizio cautelare dal principio del contraddittorio, elemento cardine del giusto processo descritto dall'art. 2 del C.p.a.

La tempistica prevista per la fissazione della camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare (venti giorni dall'ultima notifica del ricorso e dieci da deposito nella segreteria del Giudice), ad esempio, costituisce sicura espressione di tale principio, consentendo alle altre parti di articolare una adeguata difesa processuale per tale data e al Giudice di studiare il fascicolo.

Del pari, anche la previsione di un termine libero (due giorni) per il deposito di memorie e documenti prima della data fissata risponde alla evidente fine di evitare che un deposito in camera di consiglio impedisca l'attuarsi di un effettivo contraddittorio su ogni questione rilevante (e magari anche decisiva) per la decisione, anche se è sempre ammessa, quale estremo rimedio, l'autorizzazione del Giudice al deposito tardivo.

Con particolare riferimento al giudizio cautelare monocratico, *ante causam* o successivo alla presentazione del ricorso, il contraddittorio è assicurato mediante la possibilità, riconosciuta *ex lege* e non più subordinata all'autorizzazione del Giudice, di portare il ricorso a conoscenza dei soggetti interessati, oltre con le ordinarie forme di notificazione, anche mediante notifica a mezzo *telex*, tale onere impedendo al Giudice di provvedere sull'istanza cautelare presentata.

Ad ogni modo, la parte non sia riuscita ad esplicitare le sue ragioni, ove ritenga che tale minorazione abbia determinato l'esito a se sfavorevole del giudizio cautelare, potrà sempre agire in giudizio per la revoca o la modificazione del provvedimento (ove concesso) ovvero ripresentando l'istanza (ove rigettata), come generalmente previsto dall'art. 58 del C.p.a.

Il rapporto fra giudizio cautelare e giudizio di ottemperanza è stato al centro dell'intervento del *Prof. Avv. Fabio Cintioli*, sebbene molto di quanto contenuto nel Codice, per quanto concerne tale argomento, era già presente nella disciplina precedente, come innovata per opera della Legge n. 205/2000.

È a tale corpo normativo, infatti, che si deve l'accentuazione del carattere strumentale e provvisorio delle misure cautelari, tanto più in tema di ottemperanza, sebbene tale rito sia stato ispirato al principio di effettività della tutela e di piena cognizione da parte del Giudice.

Sulla scia delle indicate direttrici, si comprende allora la ragione per la quale le ordinanze cautelari non compaiono fra i provvedimenti passibili di ottemperanza ai sensi dell'art. 112 del C.p.a.

L'indebolimento di cui soffre il giudizio cautelare si manifesta, tuttavia, in una fase in cui la restante normativa, soprattutto di origine comunitaria, è al contrario favorevole a riconoscergli un ruolo di sicura rilevanza all'interno del processo, sol che si pensi, in materia di appalti pubblici, agli effetti che la presentazione di un ricorso con corredata istanza cautelare produce, *ope legis*, nei confronti dell'atto di aggiudicazione, questo restando automaticamente sospeso fino alla camera di consiglio per la discussione della domanda cautelare.

Il timore è che, dietro al depotenziamento dell'esecuzione cautelare, ci sia, in realtà, un dequotamento dello strumento cautelare, evenienza, questa, che nessun vantaggio apporterebbe al processo amministrativo.

La prassi invalsa nei tribunali amministrativi di "abbinare" la trattazione dell'istanza cautelare alla decisione del giudizio di merito, infatti, se costituisce, per la maggioranza dei casi, un modello vincente in quanto funzionale alle esigenze di celerità del processo e di rapida resa della giustizia, in altre ipotesi non è affatto la soluzione migliore. La rinuncia alla domanda cautelare in cambio di una decisione tempestiva, infatti, può non assicurare una tutela (in senso ampio) effettiva, ad esempio, nei giudizi avverso i provvedimenti dell'Antitrust di rigetto degli impegni, laddove l'ordinanza cautelare favorevole al ricorrente consentirebbe, nelle more del procedimento, di rivedere il rigetto mentre la sentenza di annullamento potrebbe sopraggiungere rispetto all'irrogazione delle sanzioni. Allo stesso modo, nei procedimenti di bonifica, caratterizzati da una

sequenza di atti endoprocedimentali ad efficacia potenzialmente lesiva della posizione di terzi, la decisione nel merito potrebbe intervenire quanto la sua utilità è, ormai, venuta meno.

La relazione di sintesi dei lavori è stata affidata all'autorevole figura del *Prof. Avv. Filippo Lubrano, segretario della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti*, che ha sottolineato i tratti salienti dei singoli interventi, ponendo in luce gli aspetti di maggiore interesse ovvero di non sopita problematicità.

Per alcuni versi, infatti, il Codice del processo amministrativo, ha enfatizzato il ruolo della misura cautelare anche al di fuori degli ambiti suoi propri, ad esempio affidandole il delicato ruolo, all'interno del giudizio di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni, di indice rivelatore del concorso di colpa del privato, che non l'ha richiesta, alla causazione del danno.

Giudizio cautelare che diviene il ponte di collegamento fra la presentazione del ricorso e l'udienza di merito, sede naturale degli adempimenti istruttori nel rispetto del principio del contraddittorio fra le parti e in ossequio al *favor* per la collegialità del Giudice, arricchitosi di nuove funzioni e di ulteriori finalità, nella prospettazione di un rinnovato ruolo all'interno del processo amministrativo.

Simona Barchiesi