

Speciale

Diritto Amministrativo

La tutela cautelare. Ancora “centro di gravità” del processo amministrativo?

Fabrizio Perla
Avvocato

Nell'ultimo degli incontri previsti per il Seminario sul diritto amministrativo organizzato dall'Ordine di S.Maria C.V. non può non essere colta la possibilità di esprimere sincera gratitudine ai colleghi organizzatori per l'ottima riuscita dell'iniziativa che riporta il diritto amministrativo in questo Foro e, al tempo stesso, grazie all'autorevolezza e all'elevato livello degli interventi che vi sono stati, consente a noi avvocati amministrativisti sammaritani, qui chiamati unitamente ai magistrati del T.A.R. Campania, di sentirci un po' meno minoranza etnica rispetto al Foro napoletano; altresì, sul piano strettamente personale, è inevitabile quanto piacevole evidenziare la singolare circostanza per la quale ci si trovi a discutere di temi del diritto amministrativo proprio nella strada cittadina intitolata a Raffaele Perla, già Presidente del Consiglio di Stato, “che ha tenuto alto il prestigio della Giustizia amministrativa nel nostro paese con sentenze che restano memorabili”, come ha recentemente ricordato il Presidente dell'Alto Consesso in occasione del 150° anniversario. Nel premettere che quello del sottoscritto vuole essere un tentativo di approccio assolutamente pratico, un input per qualche riflessione comune su temi e aspetti della nostra materia derivante dall'attività quotidiana nelle aule

di udienza dove il processo e dunque il diritto amministrativo vive – e non posso qui non domandarmi quanto o quanto poco gli avvocati abbiamo contribuito al Nuovo Processo – il mio modesto contributo vuole semplicemente rappresentare, dalla trincea quotidiana, null'altro che una lettera dal fronte con la quale tentare di fornire il mio punto di vista personale sull'argomento della tutela cautelare, pietra angolare del processo amministrativo e certamente punto di visione privilegiato del processo e dunque anche delle sue criticità.

Posto che sia innegabile che la fase cautelare abbia da sempre avuto un ruolo centrale nel processo amministrativo, tanto da risolvere molto spesso in essa l'essenza del processo stesso, la domanda è se ciò sia vero ancora oggi, se dunque abbia quindi senso parlare di una centralità della fase cautelare nel giudizio amministrativo e/o se, provocatoriamente, “esista” ancora una tutela cautelare in senso stretto.

Se infatti le consistenti e radicali modifiche recate dalla L.n. 205/2000 prima e dal D. Lgs n. 104/2010 e successivi correttivi poi, che hanno stravolto il processo amministrativo rispetto a quello che era in vigore della L.n.1034/71 introducendo nuovi e decisivi strumenti per il Giudice, nel deliberato fine di definire quanto più possibile le questio-

ni nel merito e non in via provvisoria, indurrebbero a ritenere che lo spazio che residua alla tutela cautelare sia ormai esiguo o quasi inesistente, la risposta, non mi pare, tuttavia, affatto scontata, finendo anzi per rivelare, come tenterò di mettere a nudo, qualche sorpresa in rapporto a quello che resta il vero tema e il vero problema, quello della effettività della tutela giurisdizionale amministrativa.

Per rispetto al dovere di chiarezza espositiva, benché si tratti argomenti noti, va ricordato come il **fondamento e il presupposto normativo** della tutela cautelare lo si ritrovi negli artt. 24 e 111 della Costituzione, nei principi generali del diritto comunitario (di effettività della tutela giurisdizionale e dell'effetto utile delle disposizioni comunitarie) e infine negli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; in estrema sintesi, come ricorda l'antico brocardo, **BIS DAT QUI CITO DAT - chi dà presto dà due volte** – e questo vale a maggior ragione per il processo, dove il fattore tempo costituisce un fondamentale indice dell'efficacia della tutela prestata dall'ordinamento a chi agisce in giudizio.

Nel processo amministrativo ciò è ancor più vero per almeno due ragioni fondamentali che finiscono per collocare la fase cautelare al centro del processo: in primo luogo i provvedimenti amministra-

La tutela cautelare.
Ancora "centro di gravità"
del processo
amministrativo?

Fabrizio Perla

tivi ancorché illegittimi sono comunque produttivi di effetti, per cui sussiste la evidente necessità che il giudice ne possa sospendere l'efficacia; in secondo luogo qui, più che altrove, la decisione cautelare costituisce anche un delicato problema di bilanciamento dei diversi interessi, legato alla misura adottata non soltanto tra l'interesse del ricorrente e quello dei suoi legittimi contraddittori, ma anche tra i diversi interessi pubblici coinvolti.

Il g.a. è giudice della funzione amministrativa, dell'interesse pubblico e giudice dell'economia: il suo intervento tempestivo assume quindi rilevanza essenziale anche per il buon andamento della P. A., alla quale il giudice finisce per fornire concrete indicazioni.

La sospensione di un provvedimento può dunque ben essere strumentale anche all'interesse pubblico generale, tutelato dalle norme violate, **che non sempre coincide con quello specifico della P.A. che ha emanato l'atto** e che magari ha preposto il pubblico interesse particolare di cui essa è affidataria a quello generale.

Tale considerazione, che rende innegabilmente del tutto particolare la posizione del g.a., si può cogliere appieno, ad esempio, nella recente Ordinanza TAR Campania, VIII Sezione n. 213 del 06.02.2013 (confermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato), laddove il Giudice, nella ritenuta presenza di seri

e concreti elementi di incompatibilità di membri della Commissione giudicatrice nel Concorso per Dirigenti scolastici in Campania, ha disposto la sospensione tout court della procedura concorsuale a tutela, evidentemente, non solo della lesione lamentata dai ricorrenti ma soprattutto dell'interesse pubblico generale che di certo, nel caso di specie, non coincideva con quello specifico della P.A. resistente, che aveva invece interesse alla prosecuzione del concorso. Di più. La centralità e il ruolo cardine assolto dalla fase cautelare nel processo amministrativo, come osservato poco sopra, sono tanto veri che spesso determina che lo stesso processo risolve in essa la propria essenza.

Se si guarda, ad esempio, alla penalizzazione, come oggi ridisciplinata dalle Norme Transitorie del CPA, risulta difficile anche solo immaginare come un istituto del genere possa operare in altri ambiti del diritto se non in quello amministrativo: centinaia di ricorsi che per il solo decorso del tempo si estinguono e "spariscono" ogni giorno nei vari TT.AA.RR. (e in Consiglio di Stato) senza che ciò susciti particolare reazione o preoccupazione negli operatori e tenendo conto che per meno del 5% di essi viene prodotta nuova istanza tesa a ribadire la permanenza di interesse alla definizione del giudizio. Ciò non è spiegabile diversamen-

te, a parer di chi scrive, se non per il fatto che, evidentemente, si tratta di giudizi – dando ovviamente per scontata la sussistenza dell'interesse al momento della proposizione del ricorso – il cui interesse risiedeva in via assorbente nella fase cautelare, esaurita la quale, men che scarso è l'interesse ad una pronuncia di merito.

Tali le premesse, ben ha risposto inizialmente il sistema delineato dall'art. 21 della L.n.1034/71, il cui VII comma, come noto, prevedeva *sic et simpliciter* la facoltà per il soggetto che "abbia proposto ricorso giurisdizionale" di chiedere al giudice la sospensione dell'atto impugnato, posto in essere operando una scelta diversa da quella di altri ordinamenti europei – *laddove in Germania, ad esempio, la proposizione dell'azione di annullamento determina, automaticamente, la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato* – in un sistema poggiante su due elementi essenziali:

a. **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.
Ancora "centro di gravità"
del processo
amministrativo?

Fabrizio Perla

b. **la tutela cautelare si esaurisce in un rimedio tipico**, costituito dalla sospensione del provvedimento impugnato, non essendo consentito al giudice amministrativo adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso.

Aggiunto il fatto che non era prevista **una tutela cautelare ante causam**, (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 nuovo codice del processo amministrativo) tale assetto ben poteva offrire – e forse, paradossalmente, come vedremo, ancora offre – piena tutela esclusivamente nel caso venisse impugnato un atto a contenuto positivo, come tale idoneo ad incidere direttamente su un bene della vita, paralizzandone gli effetti, ben coniugato con l'attività della p.a. "dell'epoca" – nessun problema creava, né lo crea oggi, rispetto ai provvedimenti a contenuto positivo, mentre lasciava privo di tutela, invece, un vasto settore dell'attività amministrativa, rappresentato dai provvedimenti a contenuto negativo.

Per il vero la giurisprudenza ha subito avvertito tale problema degli interessi pretensivi (o dinamici) – con i quali si aspira ad ottenere dall'amministrazione il provvedimento ampliativo richiesto – e con il suo massiccio inter-

vento ha infatti progressivamente portato al superamento dell'impostazione tradizionale, senza particolari problemi in relazione agli atti negativi impropri, i quali pur se caratterizzati da un diniego, producono effetti innovativi, atteso che essi modificano, la situazione giuridica del destinatario di essi. (Basti pensare al al diniego di rinnovo di concessione demaniale che equivale all'ordine di rilascio del bene oggetto di concessione); in modo più problematico si è invece posta la questione **relativamente agli atti negativi propri**, i quali non provocano alcuna modificazione della situazione giuridica del destinatario, in relazione ai quali la misura cautelare della sospensione appariva inidonea od inutile.

La circostanza per la quale il dato letterale dell'art. 21 (nel testo originario) della legge n. 1034/1971 non prevedeva misure cautelari atipiche ed il rischio, per il giudice amministrativo, di invadere la sfera di poteri riservata alla pubblica amministrazione non rendevano agevole la soluzione progressivamente rinvenuta, anche su impulso del Consiglio di Stato, in nome della esigenza di garantire nel processo amministrativo la stessa pienezza ed effettività della tutela cautelare assicurata dal processo civile, in forza della **c.d. interpretazione adeguatrice dell'art. 21 della legge n. 1034/71**.

Da qui le cc.dd. ordinanze **pro-**

pulsive, le quali 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); 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.

Il risultato di questa elaborazione giurisprudenziale è stato quello di ammettere pronunce cautelari che, in via provvisoria, obbligassero l'amministrazione a riesercitare il potere amministrativo e dal contenuto sempre più vario.

In disparte la considerazione per cui proprio gli elementi ora riferiti hanno finito per accentuare quella "preferenza per il merito" a discapito della fase cautelare vera e propria, tale è sommarariamente lo stato di cose stato di cose fino all'intervento, ormai ineludibile, del Legislatore, con la L.n.205/2000, primo intervento sul processo amministrativo dopo trenta anni e soprattutto indubbio punto di svolta, del quale il successivo D.Lgs. n.104/2010 ne è la continuazione naturale.

Fermo restando, sullo sfondo, il

La tutela cautelare.
Ancora "centro di gravità"
del processo
amministrativo?
Fabrizio Perla

problema della effettività della pronunce del g.a., con l'introduzione di tale norma, peraltro molto recependo dalla stessa giurisprudenza, la tutela cautelare ha subito una rivoluzione copernicana, introducendosi l'attribuzione al g.a., sia nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva, di un potere cautelare a contenuto generico e atipico che ben si attaglia alla tutela della variegata gamma di interessi: «*Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interamente gli effetti della decisione del ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio*».

Vi è ora un esplicito riferimento alla necessità di verifica del fumus boni iuris, con la esternazione anche dell'esistenza di questo requisito nella motivazione e nel contempo viene introdotto il rito speciale relativamente all'inerzia della P.A. prevedendosi il ricorso contro il silenzio, ulteriormente "arricchito" con il D.Lgs. n.

104/2010 con l'introduzione della possibilità di conoscere nel merito della domanda ove il G.A. abbia la giurisdizione.

Con la L.n. 205/2000 e il D. Lgs. n. 104/2010, poi, in sostanza, la tutela cautelare si allontana dal riferimento più rigido al giudizio di impugnazione dell'atto, e si rapporta alla tutela arricchita della fase della cognizione laddove **cautela e merito sembrano essersi allineati quanto al contenuto**, per una tutela del privato non solo rapida, ma anche satisfattiva della sua pretesa sostanziale; altresì, pure innovativi sono taluni profili squisitamente processuali, in particolare, va detto, introducendo la possibilità che la tutela cautelare sia accordata direttamente dal presidente del tribunale.

In estrema sintesi, gli aspetti più significativi della riforma che delineano il quadro attuale della tutela cautelare (L.n.205/2000-D. Lg.sn.104/2010), possono essere considerati sinteticamente i seguenti.

1) Atipicità della misura cautelare

Per quanto concerne la tipologia dei provvedimenti adottabili, la legge n. 205 del 2000 ha introdotto espressamente una dizione generica di misura cautelare, "di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicura-

re interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso" superando, perciò, la dizione originaria che faceva riferimento soltanto alla sospensione dell'esecuzione del provvedimento.

2) Allineamento al merito

La concessione della tutela cautelare non risponde soltanto alla valutazione dell'esistenza in capo al ricorrente di danni gravi ed irreparabili, **ma impone una considerazione necessaria sia del possibile esito del giudizio** che del contesto nel quale il comportamento e il provvedimento dell'amministrazione si situa. (Possibilità di fissare una cauzione)

3) Provvedimento cautelare monocratico

La legge n. 205 del 2000 attribuisce al Presidente del Tribunale, o della Sezione alla quale il ricorso è assegnato, il potere di disporre misure cautelari provvisorie, in presenza di ragioni di "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della Camera di Consiglio". Il provvedimento presidenziale ha una validità temporale limitata, essendo efficace sino alla Camera di Consiglio del Collegio - come precisato poi dal D.Lgs.n. 104/2010, che ne ha anche in qualche modo "stabilizzato" l'uso, attesi i rigidi e diversi tempi da essa dettati per pervenire alla fissazione della Camera di Consiglio.

4) Tutela cautelare *ante causam*

Introdotta a completamento del sistema ed infatti spiegabile solo nell'ottica di una impostazione codicistica del legislatore tendente a prevedere tutti casi possibile e offrire una tutela a 360 gradi, può considerarsi affatto superflua in un processo, quale quello amministrativo che già prevede la tutela monocratica, non dissimile nei tempi.

5) Introduzione riti abbreviati e speciali

L'introduzione dei riti speciali relativamente all'inerzia della p.a. quale il ricorso contro il silenzio e la possibilità di definizione della vertenza con sentenza breve, succintamente e motivata e dunque la "preferenza per il merito" sono oggetto di altro intervento della giornata di oggi, peraltro mirabilmente svolto dal Consigliere Santini.

Ciò che si vuole qui osservare, pertanto, è che se tali "strumenti" operano nella direzione, innegabilmente corretta e condivisibile, della definizione degli interessi in gioco nel processo, in maniera rapida e definitiva, tuttavia poco spazio hanno ormai lasciato alla tutela cautelare tradizionale.

Ed ancora, se ciò è vero, non può non domandarsi se la "ricchezza" dei predetti strumenti offerti dal Legislatore al Giudice abbia realmente comportato, in termini concreti, una maggiore capacità di incidere nei rapporti e non solo

negli atti, e dunque una maggiore tutela per gli amministrati, che resta il problema centrale e mai veramente risolto.

Vi è di vero che tutti i correttivi, strumenti, innovazioni offerti del legislatore con la L.n. 205/2000 prima e con il D. Lgs.n.104/2010 poi se danno l'impressione di fornire – ed in effetti forniscono – molte più possibilità al Giudice, non fuggano le perplessità se si sia realmente aggiunto qualcosa in termini di effettività e di concreta tutela poiché a tutt'oggi noi avvocati non riusciamo a rispondere appieno alle istanze di giustizia che ci vengono rappresentate dai nostri assistiti.

Ancora oggi, nonostante quanto si è osservato, l'effettività della tutela, peraltro perseguita quale fine all'art. 1 del C.P.A., resta maggiormente garantita laddove si tratti *sic et simpliciter* di privare di efficacia l'atto impugnato (cfr. TAR Latina, I Sezione, Ord. n. 299/2013) mentre la cosa si fa molto più complicata nei casi nei quali alla pronuncia segue/dovrebbe seguire un'attività da parte della pubblica amministrazione. Sono innumerevoli gli esempi che possono essere prodotti di casi nei quali alla pronuncia del Giudice l'attività della p.a. che dovrebbe seguire non viene affatto posta in essere, finendo per privare il cittadino di ciò cui ha diritto e di ciò per cui ha, vittoriosamente, agito in giudizio.

In questo senso, tutti i correttivi introdotti non hanno risolto appieno, né trovate le adeguate contromisure, alla talvolta sfrenata attività della p.a. che, quando vuole porsi in posizione oppositiva e inottemperante, non ha eguali.

Si veda, in proposito, la recente sentenza TAR Campania, VIII Sezione, n. 1915/2013, con la quale il Tribunale ha annullato il provvedimento del dirigente con il quale quest'ultimo invocando la formazione del silenzio-rifiuto (sic!), dunque quasi "rivendicando" il proprio inadempimento e introducendo una sorta di nuova figura di silenzio (silenzio-atto ?!) aveva ritenuto di non potersi/doversi più pronunciare sull'istanza di lottizzazione della ricorrente.

E non è secondario il fatto che, a tutt'oggi, dopo accoglimento, obbligo di pronuncia, nomina commissariale, l'interessato, in concreto – come in moltissimi casi analoghi – non abbia ancora ottenuto alcunché.

Ebbene, tale ultima considerazione non può non essere direttamente collegata alla enorme crisi che la "nostra" giustizia sta vivendo, palesemente strutturale, che non può unicamente e semplicisticamente essere ricondotta agli elevati costi – cfr. *contributi unificati* – che di certo non aiutano ma che non possono essere individuati come unica causa.

La difficoltà, molto frequente, da

**L'Ambiguità
della Performance
nella Pubblica
Amministrazione**
Claudio Lombardi

parte di noi avvocati, di fornire adeguate risposte alle istanze di coloro i quali ce le rappresentano è un elemento centrale della crisi che stiamo attraversando e rispetto alla quale trovare più adeguate contromisure e strumenti, duramente lavorando nella direzione della “effettività” della tutela, quella che gli amministrati si

aspettano.

Purché si faccia presto.

In proposito mi piace ricordare come Charlie Parker, forse il più grande jazzista di tutti i tempi e senz'altro il più grande sassofonista, allontanatosi dalle scene per qualche tempo per ragioni di salute, al suo ritorno negli abituali locali affermò di aver approfittato di

tale sosta per approfondire e studiare maggiormente il *be-bop*, la sua musica, dovendo però amaramente constatare che, nelle more, quel genere non si suonava ormai più.

Ricordo spesso tale episodio come un monito sperando che non abbia mai a verificarsi nel “nostro” processo amministrativo.