

Il procedimento cautelare previsto dal nuovo Codice del processo amministrativo può manifestarsi attraverso tre meccanismi, in ragione dell'organo chiamato a pronunciarsi o della fase in cui l'intervento cautelare viene richiesto: la tutela collegiale, la tutela monocratica e quella ante causam. La tutela cautelare collegiale permane lo strumento cardine del processo amministrativo, come è dimostrato dalla collocazione nel Codice, in apertura del titolo II (art. 55)

La tutela cautelare nel Codice del processo amministrativo

di **Paola Maria Zerman**
Avvocato dello Stato

Se è vero che “*bis dat qui cito dat*” (chi dà presto dà due volte), a maggior ragione questo vale per il processo, dove il fattore tempo costituisce un fondamentale indice dell'efficacia della tutela prestata dall'ordinamento a chi agisce in giudizio.

Si deve, allora, riconoscere che l'accelerazione del tempo del processo di merito, impressa dal meccanismo cautelare disciplinato dal Codice del processo amministrativo, offre al cittadino una tutela ancor più rapida del riformato processo civile e finanche di quello del lavoro, concepito dal legislatore come un rito particolarmente accelerato.

La previsione, in tal senso, di una generalizzata tutela *ante*

causam - dapprima prevista solo per gli appalti in attuazione della normativa europea - realizza una tutela tanto più anticipata per il cittadino, quanto più grave è il pregiudizio sofferto a causa dell'atto amministrativo che si assume illegittimo.

Contestualmente l'amministrazione pubblica dovrà perfezionare le tecniche di motivazione dell'atto e di rappresentazione dell'*iter* procedimentale che ne costituisce il presupposto, oltre a rendere sempre più funzionale l'organizzazione in rapporto con gli organi deputati alla difesa legale. E ciò per consentire al Giudice di rendere una pronuncia più soddisfattiva degli interessi della parte e dell'amministrazione.

Il sistema cautelare nel codice del processo amministrativo

La tutela cautelare collegiale

Il procedimento cautelare collegiale permane lo strumento cardine del processo amministrativo, come è dimostrato dalla collocazione nel Codice, in apertura del titolo II (art. 55).

Il presupposto dell'istanza cautelare 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, ovviamente, all'esistenza del *fumus boni iuris* che attiene ai “*profili che, a un*

sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso" (art. 55, comma 9).

Il tempo per la decisione dell'istanza 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 PA) e altresì al 10° giorno dal deposito dello stesso. In sostanza il tempo in cui la parte potrà ottenere la decisione sulla sua istanza è di circa un mese dalla notifica del ricorso. Tempo breve, se si considera che può essere lo stesso della definizione della controversia, ove si adotti la decisione in forma semplificata. 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"*. Nelle specifiche materie sottoposte a rito abbreviato dall'art. 119, poi, il Tar, se ritiene *"la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso"*, fissa con ordinanza la data di discussione del merito in tempi brevi (prima udienza successiva alla scadenza del termine di 30 giorni dal deposito dell'ordinanza). In tali materie, l'emanazione di un'eventuale ordinanza cautelare è subordinata al requisito dell'*"estrema gravità e urgenza"*;

2. il collegio emana un'ordinanza cautelare: di rigetto o accoglimento. In quest'ultimo caso fissa la data di discussione del merito. Il Codice riduce i tempi per l'appello dell'ordinanza: 30 dalla sua no-

tificazione o 60 dalla sua pubblicazione;

3. il collegio, ove ravvisi la manifesta fondatezza o infondatezza, improcedibilità o inammissibilità del ricorso (art. 74) *"sentite sul punto le parti costituite"* (art. 60), adotta una sentenza in forma semplificata, con ciò definendo il giudizio.

La disciplina sinteticamente esposta evidenzia la possibilità, per le parti, di ottenere in tempi molto brevi la decisione nel merito del ricorso, sia in caso di sentenza in forma semplificata che di accoglimento dell'istanza cautelare. In tale ipotesi, il legislatore si preoccupa di rafforzare il raccordo con il merito, ponendo l'obbligo di indicazione della relativa udienza, che, sebbene non esplicitato dalla norma, si assume fissata con priorità rispetto alle altre. Raccordo assai importante per superare i gravi problemi sorti sia a danno del ricorrente che dell'amministrazione, a seguito di pronunce di segno opposto intervenute dopo anni dall'accoglimento della sospensiva con pregiudizio dell'inevitabile affidamento del privato e ripercussioni sui controinteressati e sulla PA.

Problemi che, tra l'altro, avevano indotto il legislatore a intervenire, con apposita norma, per rendere definitiva l'ammissione con riserva a esami per il conseguimento di abilitazioni professionali, in caso di superamento delle prove scritte e orali (DI 115/2005 art. 4, comma 2-bis, conv. in L. 168/2005).

La tutela cautelare monocratica

Può avvenire che il pregiudizio sofferto dal privato sia tale che non possa attendere nemmeno la data, pur ravvicinata, dell'udienza cautelare.

Danno quindi che assume un connotato di ancora maggiore intensità, cioè di *"estrema gravità e urgenza"* (art. 56).

In tale caso il ricorrente dovrà notificare comunque il ricorso con la richiesta di domanda cautelare, ma potrà ottenere, prima dell'udienza collegiale, da parte del Presidente

del Tar o della sezione cui è assegnato il ricorso, *"misure cautelari provvisorie"*.

Il decreto presidenziale indica la data della camera di consiglio: la fase monocratica viene quindi assorbita da quella collegiale. Il decreto di accoglimento conserva, infatti, la sua efficacia solo fino alla camera di consiglio, per essere poi sostituito, se confermato, dall'ordinanza collegiale.

La tutela ante causam

L'esposizione sintetica della già nota disciplina cautelare, permette di meglio considerare la novità della tutela *ante causam*, considerata, peraltro, da alcuni, superflua perché non dissimile nei tempi da quella monocratica.

Innanzitutto 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).

Invero non sembra così immediato poter individuare, nell'ambito dell'urgenza, quella che è qualificabile *"estrema"* e tale da legittimare la tutela monocratica ai sensi dell'art. 56, rispetto a quella *"eccezionale"* e che quindi dispensa il ricorrente dalla proposizione del ricorso.

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.

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, che rimane però efficace per sessanta giorni dalla sua emissione).

L'accelerazione dei tempi del processo

La rapida sintesi del sistema cautelare consente di apprezzare la sua incidenza sui tempi del processo, unitariamente inteso, e comprensivo quindi anche della fase decisoria.

A fronte di un'istanza cautelare accolta o comunque "*favorevolmente apprezzata*" dal giudice, il ricorrente gode di una corsia preferenziale per ottenere in tempi brevi l'udienza per la trattazione nel merito e la definizione della causa. Egualmente nel caso di decisione in forma semplificata.

Se l'istanza cautelare viene, invece, respinta, il ricorrente comunque avrà la consapevolezza - salvo la riforma in appello - di dover dare un assetto diverso ai suoi interessi, in ragione della prevedibile lontananza nel tempo della discussione della causa.

La fase di merito, considerata dal legislatore come essenziale, al punto che senza l'istanza di trattazione 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.

La previsione, poi, della tutela *ante causam*, introduce l'evenienza di un'ulteriore fase processuale, che necessariamente anticiperà temporalmente l'intero asse del

processo con la possibilità che si determini tra la fase monocratica *ante causam* e quella successiva collegiale, di più ampia cognizione ai fini della conferma della misura cautelare, un rapporto simile a quello sospensiva-merito.

L'equilibrio tra fase cautelare e di merito, sarà quindi necessariamente inciso dallo spazio che il Ga darà alla tutela cautelare *ante causam*, e quindi dal significato che verrà, in concreto, attribuito al presupposto di "*eccezionale gravità e urgenza*" che ne contrassegna il rilascio.

Efficacia della tutela ed effettività della difesa della PA

L'accelerazione della tutela cautelare con l'ampia gamma di strumenti anticipatori a tutela del cittadino e la possibilità che in tale fase si decidano anche con sentenza le sorti del processo, pone il fondato problema dell'effettività della difesa della PA.

Occorre infatti tenere presente che, a differenza di quella privata che più agilmente può rappresentare le proprie ragioni, la parte pubblica ha istituzionalmente tempi più lunghi per predisporre le proprie difese, in considerazione della complessità degli apparati amministrativi, fattore che non di rado comporta su un piano pratico l'impossibilità di rappresentare, in tempi adeguati, la situazione agli organi tecnici deputati alla difesa (quale l'Avvocatura dello Stato).

Tale situazione può ripercuotersi sulla effettività di tutela dello stesso ricorrente, considerato che il Tar, non potendo decidere "*al buio*", non di rado deve ricorrere a ordinanze interlocutorie (e pertanto dilatorie della decisione) per acquisire gli opportuni chiarimenti.

Consapevole di ciò, il Codice ha prolungato i termini per l'ordinario processo cautelare, che però rimangono comunque brevi per la parte pubblica.

Ai soli fini della tutela cautelare, poi, il legislatore, sempre nell'ot-

tica dell'immediatezza e urgenza, opta per 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 - invero residuale - possibilità, da parte del Presidente del Tar, di provvedere comunque *inaudita altera parte*, ove non sia consentita, - per esigenze cautelari e cause non imputabili al ricorrente, - la verifica del perfezionamento della notifica, salva la possibilità di revoca del provvedimento).

In definitiva sembra necessario che la PA sappia sempre più rendere conto del proprio operato, prima di tutto attraverso un'ideale e congrua motivazione dell'atto, dalla quale emergano con chiarezza tutti i presupposti, le valutazioni e l'istruttoria compiuta in vista dell'interesse pubblico perseguito. In definitiva, l'accelerazione dei tempi del processo impone un cambiamento culturale della PA per dare ragione delle scelte operate in tempi rapidi e in modo esaustivo.

La battuta d'arresto: l'incompetenza del Tar adito

Se il sistema cautelare è concepito per raggiungere la decisione in tempi rapidi, il Codice però prevede che il procedimento si attivi solo se il ricorrente assolve l'onere di esatta individuazione del Tar adito.

La competenza, infatti, diventa un presupposto inderogabile anche per la fase cautelare (art. 16 comma 1), e questo non solo per le misure cautelari collegiali (art. 55 comma 13), ma anche per la tutela monocratica (art. 56 comma 1) e quella *ante causam* (art. 61 comma 3).

Tale circostanza può determinare una battuta d'arresto che vanifica i ritmi rapidi del processo, come si può ben verificare dall'articolato meccanismo che si determina se il Tar adito si ritiene incompetente.

In tal caso, il Giudice non potrà decidere sulla domanda cautelare (art. 15 comma 5) e dovrà, alternativamente:

- Emanare un'ordinanza con cui si dichiara incompetente e indicare il giudice competente. Due, allora, sono le evenienze possibili:

1) il ricorrente riassume la causa davanti al giudice dichiarato competente, nel termine perentorio di 30 giorni e il processo prosegue davanti a tale giudice, diversamente si estingue. Il Tar davanti al quale il processo è stato riassunto, però, può non concordare con l'indicazione di quello che si è spogliato della causa, e può richiedere d'ufficio il regolamento di competenza al Consiglio di Stato;

2) il ricorrente impugna l'ordinanza (30 giorni dalla notifica o 60 dalla comunicazione) con regolamento di competenza avanti al Consiglio di Stato, che decide in camera di Consiglio con ordinanza e indica il Tar competente. Se è diverso da quello adito, il processo deve essere riassunto nel termine perentorio di 30 giorni;

- Emanare un'ordinanza con cui *ex officio* richiede direttamente il regolamento di competenza al Consiglio di Stato, indicando però il Tribunale che reputa competente. (art. 15 comma 5).

In tutti e tre i casi in cui sia stato richiesto il regolamento di competenza (*ex officio* da parte del Tar adito, dal ricorrente su impugnazione dell'ordinanza che dichiara l'incompetenza, o dal giudice davanti al quale la causa è riassunta), il provvedimento cautelare richiesto dal ricorrente dovrà essere esaminato e deciso provvisoriamente dal giudice indicato come competente dal Tar adito (art. 16 comma 4). Se all'esito del regolamento di competenza anche quest'ultimo sia dichiarato incompetente, la pronuncia perderà efficacia dopo 30 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza. Ma anche in tale caso il ricorrente potrà ottenere una nuova pronuncia dal giudice risultato competente.

Il parallelismo tra il contenuto del processo cautelare e il giudizio di merito

Verificati i presupposti per l'emana- zione del provvedimento cautelare, il Ga dovrà quindi emanare le misure ritenute più idonee per la tutela dell'interesse del ricorrente.

Il contenuto delle misure cautelari, come già previsto dalla riforma 205/2000 è atipico e ben si attaglia quindi alla tutela della variegata gamma di interessi non solo oppositivi, ma pretensivi e quindi diretti all'ampliamento della sfera giuridica del privato.

L'inadeguatezza, ai fini della tutela dell'interesse pretensivo, della sola sospensione dell'atto di diniego del bene della vita richiesto, era già stata percepita dalla legge 205/2000, che inaugurava un sistema aperto di tutela cautelare, diretto all'adozione di quelle misure che *"appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso"*.

Da qui la possibilità di emanare ordi- nanze c.d. propulsive o di *remand* con le quali si ordina alla PA la riedizione del potere emendato dai vizi riscontrati o addirittura, secondo parte della dottrina, ordinanze sostitutive in caso di attività vincolata.

Il contenuto e i limiti delle ordina- nze propulsive o di *remand* sono però da molto tempo oggetto di dibattito non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, con ampliamento o riduzione degli spazi di intervento del giudice nei confronti della PA, a seconda della diversa sensibilità dei singoli Tar, come attesta anche la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 537 del 2010: *"Contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, infatti, la circostanza per cui l'ordinanza di sospensione del primo diniego fosse stata adottata attraverso la c.d. tecnica del remand (i.e.: mediante la fissazione delle coordinate operative e sistematiche cui informare la concreta riedizione del potere) non consentiva in alcun modo all'amministrazione di limita-*

re la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo oggetto di impugnativa. Ciò in quanto un siffatto comportamento, in quanto incidente su un interesse di carattere pretensivo, sortiva l'evidente effetto di frustrare nei fatti l'aspettativa a ottenere (anche per effetto del contenuto prescrittivo dell'ordinanza cautelare) un provvedimento amministrativo espresso, da adottarsi tenendo nella debita considerazione i vincoli (in positivo e in negativo) impressi attraverso il ricorso alla richiamata tecnica del remand".

Il fondamento della perplessità in ordine al grado di incidenza della tecnica di *remand*, è legata, come è noto, alla duplice necessità di non oltrepassare il limite della sfera propria della discrezionalità amministrativa (per il principio della separazione dei poteri) e di quello della strumentalità della tutela cautelare, non potendo il provvedimento cautelare assicurare utilità maggiori rispetto alla pronuncia sul merito, di natura essenzialmente caducatoria, essendo controversa la possibilità di tutela in forma specifica, attraverso la condanna ad un *"facere"* dell'amministrazione e quindi all'emana- zione dell'atto richiesto.

Dubbio ora superato con la possibili- tà di condanna della PA all'*"adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio"* (art. 34, comma 1, lett. c), tra cui la condanna all'emana- zione dell'atto richiesto, con le limitazioni, peraltro, indicate dalla norma sul silenzio (art. 31) e cioè agli atti a contenuto vincolato o quando non sia necessaria ulteriore attività istruttoria da parte della PA e non residuino spazi di discrezionalità.

In definitiva, cautela e merito sem- brano essersi allineati quanto al con- tenuto, per una tutela del privato non solo rapida, ma anche soddisfacente della sua pretesa sostanziale, nella misura in cui le stesse pronunce della giurisprudenza chiariranno, nelle sin- goli casi concreti, portata e limiti ●