

*Luci ed ombre in tema di tutela cautelare monocratica
nel processo amministrativo*

Prof. Stefano Tarullo – Avv. Maria Ida Leonardo

1. Premessa – 2. Presidente e Collegio – 3. Il fattore tempo - 4. Il difetto di contraddittorio – 5. L’ordinanza della Corte Costituzionale n. 179/02 – 6. L’art. 21, comma 9, legge TAR - 7. Gli orientamenti comunitari e la tutela ante causam

1. Il decreto cautelare monocratico del 5 gennaio 2005 che si commenta, pur nell’ovvia stringatezza della motivazione, suscita alcune riflessioni in tema di tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo. Più in particolare, esso induce a meditare in merito ad una problematica che non consta si sia sino ad oggi posta all’attenzione degli interpreti: quella della proponibilità, innanzi al Presidente dell’Organo giurisdizionale (o di una sua Sezione), di una istanza di revoca avente ad oggetto il decreto già adottato, in prima battuta, *inaudita altera parte*.

Sotto il profilo metodologico, appare utile e produttivo svolgere le considerazioni *in thema* prendendo spunto dai singoli passaggi motivazionali del decreto.

2. Nel primo snodo della motivazione, ancorché in termini di sommaria delibazione (“è dubbio (...)”) l’autorevole estensore sembra accogliere la tesi di parte ricorrente in virtù della quale, una volta che il Presidente si sia pronunciato, i poteri cautelari passerebbero “automaticamente” al Collegio.

Secondo questa prospettazione, essendo il termine finale di efficacia del decreto provvisorio fissato al *dies* del vaglio collegiale nella prima Camera di Consiglio utile, vi sarebbe una sorta di “consumazione” del

potere presidenziale, con la conseguenza che sarebbe precluso alle controparti (svantaggiate dalla misura interinale) di adire nuovamente la sede monocratica con un'istanza di revoca.

In fin dei conti, seguendo tale concezione, i soggetti pregiudicati dall'esito della fase monocratica dovrebbero attendere comunque e necessariamente la Camera di Consiglio fissata avanti al Collegio per la definizione della questione cautelare, non potendo nuovamente percorrere la strada del rimedio presidenziale per far valere i propri assunti ed interessi.

Non sembra azzardato rilevare che questa concezione, ad un approccio più analitico, si espone a qualche obiezione.

Anzitutto essa non appare radicata in modo univoco nella *littera legis*, tenuto conto che l'art. 21, comma nono, della legge 1034/71, si limita a fissare il termine finale degli effetti della misura (*“Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile”*), senza comprimere in modo esplicito i poteri processuali delle parti (quale, per l'appunto, quello di proporre una revoca del decreto).

In secondo luogo, se pure potesse ammettersi in astratto che vi possa essere una “consumazione” del potere presidenziale quando già vi sia stata pronuncia sui presupposti della cautela (*fumus e periculum*), onde evitare una reiterazione della verifica già avutasi in sede monocratica, alla prova dei fatti questa conclusione non sembrerebbe pacificamente sostenibile nell'ipotesi di carenza di contraddittorio (che, come diremo, si era verificata nel caso di specie), risolvendosi detta irrivalenza in una privazione di tutela per l'amministrazione resistente ed il controinteressato.

Infatti, seguendo la linea di pensiero esposta nel decreto in commento, si potrebbe addivenire ad una situazione che, per quanto assolutamente ipotetica, non può non preoccupare: da un lato il ricorrente potrebbe in linea teorica riuscire a “strappare” una misura cautelare presidenziale adducendo una unilaterale rappresentazione dei fatti di causa

non confutabile in ragione del mancato confronto con le controparti; dall'altro la P.A. ed il controinteressato dovrebbero rassegnarsi a "subire" questa misura fino alla successiva camera di consiglio, solo in quella sede potendo fornire la propria versione dei fatti di causa e significare la effettiva pregnanza dei propri interessi (cioè le ragioni di urgenza che spingono alla conservazione dell'atto impugnato); in sostanza i contraddittori necessari pretermessi sarebbero costretti ad una attesa forzata, vedendosi preclusa la possibilità portare tempestivamente davanti al Presidente in sede di revoca elementi che potrebbero ben supportare una riforma del provvedimento cautelare, onde evitare il propagarsi di un pregiudizio (in particolare per l'interesse pubblico) fino alla camera di consiglio.

3. La vicenda sopra tratteggiata è, naturalmente, un caso di scuola, ma può essere emblematica di un possibile "vuoto di tutela" che, in un sistema come il nostro improntato sulla effettività della stessa (per tutte le parti del giudizio), sembra difficilmente tollerabile.

Neppure sembra potersi ammettere un provvedimento cautelare emesso in carenza assoluta di contraddittorio sulla base della circostanza che il lasso temporale tra il decreto presidenziale e la camera di consiglio è generalmente assai ridotto: è ben possibile invece (specialmente in periodi feriali o comunque di festività, come nella vicenda in esame) che tra la data del provvedimento monocratico e quella della camera di consiglio intercorrano parecchi giorni; ciò che determina una situazione di stallo non sempre agevolmente fronteggiabile e, in casi estremi, persino irreversibile (es. perdita di finanziamenti, perplessità sulla rinnovazione di contratti di lavoro o forniture per l'appaltatore, etc.).

Il fattore tempo potrebbe in concreto non essere decisivo, ma è bene che sia il Giudice – ossia, di necessità, quello monocratico – ad essere investito della verifica circa la sua rilevanza, alla luce delle circostanze che la P.A. ed il controinteressato potrebbero dedurre; solo in tal modo risulta

possibile evitare una “forzosa” dilazione per il soddisfacimento del pubblico interesse che potrebbe rivelarsi gravemente dannosa.

4. Nel decreto presidenziale in esame si osserva che il motivo sul quale è fondata l’istanza di revoca (l’assenza di contraddittorio per mancanza di notifica all’amministrazione ed al controinteressato), è un motivo “concomitante” e non “sopravvenuto” rispetto all’istanza cautelare.

In effetti l’art. 21, comma 13 della legge Tar prevede la revoca dei provvedimenti cautelari solo per motivi “sopravvenuti”: la *ratio* della norma è che solo il mutamento della situazione di fatto può implicare una diversa combinazione degli interessi in gioco, il cui assetto meriti di essere nuovamente vagliato (sia pur interinalmente) in sede giurisdizionale.

Avuto riguardo al contenuto della locuzione “fatti sopravvenuti” vi è chi sostiene che per tali debbano intendersi tanto le sopravvenienze in fatto che quelle in diritto, così come avviene nel processo civile (il giudice dovrebbe compiere un attento apprezzamento dell’effettiva incidenza delle sopravvenienze normative sull’esercizio del potere in contestazione) e chi di contro, richiamandosi al precedente indirizzo giurisprudenziale, ritiene che rilevino solo il mutamento della situazione di fatto o l’avvenuta violazione di norme procedurali poste a garanzia del diritto di difesa.

La norma ha recepito un orientamento consolidato. Esisteva già da tempo in giurisprudenza concordia di vedute circa la revocabilità, prima della pronuncia sentenza merito, dell’ordinanza cautelare collegiale : Cons. Stato, Sez. VI, n.2440/99, la quale nel ribadire il carattere strumentale e provvisorio della misura cautelare, ne sottolinea la modificabilità nella ricorrenza di evenienze sopravvenute; Cons. Stato, Sez. IV n.1532/1995, che condiziona la revoca del provvedimento cautelare al mutamento della situazione di fatto; ed in tal senso ancor prima v. Cons. Stato, Ad. Plen., n.17/1984, nonché Cons. Stato, Sez. V, n.386/78 e Cons. Stato, Ad. Plen., n.1/78.

Sennonchè, la previsione letterale non ha impedito alla giurisprudenza di aprire alla revoca del provvedimento cautelare in presenza della riscontrata violazione di norme procedurali poste a difesa delle parti (ad esempio, appunto, la mancata notifica del ricorso). Tale soluzione ermeneutica si incentra sulla garanzia di tutela del contraddittorio, atteso che, pur considerata l'urgenza di decidere sulla domanda cautelare, non si può adottare un provvedimento senza che i legittimi contraddittori abbiano avuto quantomeno la possibilità di difendersi in giudizio.

Orbene, non vi è dubbio che nel caso di specie si è realizzato il difetto di contraddittorio che è violazione (la violazione per eccellenza, si potrebbe dire) del diritto di difesa; infatti il decreto del Presidente porta la stessa data della notifica all'amministrazione resistente e, non avendo parte ricorrente prodotto in giudizio, al momento dell'accesso alla tutela cautelare monocratica (vale a dire, all'atto del deposito del ricorso) le relate di notifica (o documento equipollente), non poteva in alcun modo evincersi la priorità temporale della notifica stessa rispetto all'instaurazione del rapporto accesso al giudice.

5. Nel decreto presidenziale in esame la circostanza della mancata produzione viene svalutata tramite la constatazione che, come successivamente comprovato, il giorno stesso in cui era stato emesso il decreto la notifica del ricorso era pervenuta all'amministrazione resistente, ragion per cui si sarebbe *de facto* realizzata la situazione di contraddittorio non completo di cui all'art.21, comma 9, della legge 1034/71.

A sostegno di questo assunto il decreto presidenziale fa riferimento all'ordinanza della Corte Costituzionale n.179/02. Tale pronunciamento, tuttavia, non sembra poter supportare una concessione della misura cautelare scardinata dalla verifica (e quindi dalla prova, ad opera del ricorrente) delle notificazioni.

In detta ordinanza, argomentando nel senso che il regime di tutela cautelare vigente a seguito della legge 205/2000 è effettivo, la Consulta attesta che *“il sistema di tutela cautelare provvisoria, previsto per la giustizia amministrativa, consente l'immediata pronuncia interinale del Presidente del Tar o della sezione cui il ricorso è assegnato, su richiesta del ricorrente "contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti" (anche con utilizzazione dei nuovi mezzi di notifica in tempo reale), presupponendosi solo l'esistenza di un ricorso giurisdizionale anche contestuale (integrabile successivamente attraverso motivi aggiunti), comunque depositato, ed anche se non sia completato con la prova di tutte le notifiche, come è confermato indirettamente dalla espressa previsione di decreto motivato, anche con contraddittorio non completo (art. 3 della legge n. 205 del 2000); che deve escludersi una mancanza di effettività della tutela, quando il ricorrente si può avvalere dei nuovi mezzi rapidissimi di notifica (al di fuori di quelli tradizionali mediante consegna materiale a mezzo ufficiale giudiziario e suoi aiutanti) anche a mezzo telefax o per via telematica (uno dei due mezzi certamente esistenti ed utilizzabili per le pubbliche amministrazioni), accompagnati da eventuale riduzione di termini e contestuale decreto di fissazione sia di possibile convocazione delle parti avanti al Presidente (ove questi la ritenga opportuna), sia della successiva prima camera di consiglio collegiale utile”*.

L'espressione utilizzata dalla Corte è chiara: il ricorrente non deve fornire la prova di tutte le notifiche, ma almeno di una.

Questa interpretazione è imposta anzitutto dal contesto letterale (la Corte ben avrebbe potuto impiegare un'espressione differente, ad es. dichiarando la superfluità della prova delle notifiche). Ma soprattutto l'anzidetta lettura, comportante l'obbligo di attendere che sia certa e provata (al momento dell'accesso alla tutela cautelare) almeno una notifica, sembra tendere ad una appagante conciliazione tra le esigenze cautelari del ricorrente e quelle dei litisconsorti passivi necessari, che grazie alla

comprovata precedenza temporale (per quanto minima) della notifica rispetto al provvedimento monocratico sono posti in grado di contraddire.

D'altro canto si ricordi che la Corte ha dichiarato al riguardo *“manifestamente infondata la questione della legittimità costituzionale – sollevata in riferimento agli articoli 24 e 113 della Cost., anche in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – dell'art.21 della legge n.1034 del 1971 come novellata dalla legge 205 del 2000 , nella parte in cui esclude la tutela ante causam e la conseguente applicabilità degli artt.700 e 669 e ss. c.p.c. davanti al giudice amministrativo, sotto il profilo che le modifiche introdotte dalla l. n.205/2000 presuppongono sempre l'avvenuta redazione, la notifica, nonché il deposito del ricorso in sede giurisdizionale, affinché la richiesta misura cautelare provvisoria possa essere reputata ammissibile”*.

Insomma, anche a voler prescindere dal dettato letterale dell'art. 21, comma nono, della legge 1034/71 (introdotto dall'art. 3 legge 205/2000), che richiama il concetto di istanza notificata alle altre parti (il che già lascia intendere che deve essere *certo e provato* che la notifica sia avvenuta *prima* che la parte si rivolga al Presidente per chiedere la cautela), il riferimento all'ordinanza n. 179/02 non appare decisivo, se non ad avvalorare la necessità del rispetto del diritto di difesa: l'effettività della tutela, secondo la Corte, è garantita proprio dal rispetto del procedimento previsto per il rilascio di misure cautelari (notifica effettiva, e quindi *ab origine* provata, e deposito del ricorso).

6. Il disposto della norma testè citata richiede, però, qualche ulteriore precisazione: è ben vero che il comma nono dell'art. 21 prevede che il decreto monocratico possa essere assunto *anche in assenza di contraddittorio*; ciò non significa tuttavia che la controparte possa essere tenuta all'oscuro della stessa richiesta della misura cautelare provvisoria, apparendo viceversa indispensabile che l'esistenza della richiesta (e

dell'intero ricorso, ove la richiesta acceda ad esso) le sia partecipata a mezzo della notifica. Piuttosto, in occasione della concessione della misura cautelare è contemplata come legittima l'ipotesi che il decreto sia reso senza il contraddittorio delle parti senza quindi la partecipazione della parte istante e della parte convenuta (Amministrazione ed altri controinteressati).

Dalla formulazione della norma si può desumere che il legislatore ha inteso introdurre un meccanismo di anticipazione della deliberazione della domanda cautelare comunque posteriore alla notifica ed al deposito del ricorso principale, ossia tenendo fermo il presupposto della '*lite pendente*'.

Menzionando la '*separata istanza*', in particolare, la legge non ha inteso introdurre una forma di tutela *ante causam*, ma riferirsi ad un'istanza comunque assoggettata a notifica e depositata successivamente al ricorso introduttivo del giudizio (pendente).

Il legislatore, con la previsione di un decreto cautelare *inaudita altera parte*, ha tentato di contemperare la celerità del meccanismo processuale, evidentemente irrinunciabile al fine di garantire l'adeguatezza dello stesso rispetto alle situazioni di estrema gravità ed urgenza cui deve far fronte, con il rispetto di un irrinunciabile tasso minimo di coinvolgimento processuale delle parti diverse dal ricorrente.

Il processo amministrativo verte pur sempre sulla tutela del primario interesse pubblico, per cui la *ratio* perseguita è quella di evitare che il giudice amministrativo possa adottare una qualsiasi misura (anche provvisoria ed interinale) senza che almeno un contraddittore (P.A. o controinteressato) sia stato avvisato o messo in condizione di costituirsi (la effettiva costituzione è poi facoltativa, tanto che il Presidente può provvedere *inaudita altera parte* e comunque spesso resa impraticabile dalla ristrettezza dei tempi, che non consentono di approntare una difesa neppure embrionale).

La tesi sopra illustrata non sembra tacciabile di penalizzare eccessivamente per le ragioni del ricorrente abbisognevole di tutela cautelare.

Infatti, ove le ragioni di urgenza non possano tollerare neppure la minima dilazione (ossia il tempo di attesa delle notifiche) è pur sempre percorribile la strada della (autorizzazione alla) notifica via fax ai sensi dell'art.12 della legge 205/2000 (cfr. l'ordinanza della Consulta 179/02); opzione, questa, che di fronte a casi estremi consente di avere la "prova" dell'avvenuta notifica (il c.d. rapportino fax) in un tempo assolutamente trascurabile, e conseguentemente di accedere immediatamente alla cautela, pur nella quasi certezza (lo si deve riconoscere) che le controparti non avranno il tempo di predisporre alla difesa.

A tale ultimo proposito va considerato che in questa prima fase monocratica le argomentazioni in diritto restano inevitabilmente sullo sfondo rispetto ai profili di danno; se così è, non sembra assurdo (*de iure condendo*) consentire che la difesa delle amministrazioni possa essere affidata a funzionari amministrativi (o meglio a dirigenti autorizzati dal rappresentante legale dell'ente) in conformità del modello già introdotto dall'art. 4 della legge 205 con riferimento al rito dell'accesso.

7. Il decreto in commento, nell'ultimo passaggio, fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 15 maggio 2003 in causa C-214/00 riferita al Regno di Spagna, cui ha fatto seguito per il caso italiano l'ordinanza del 29 aprile 2004 in causa C-202/03 (vedila in www.giustamm.it, con il commento di S. Tarullo, "*La Corte di Giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*").

L'orientamento del giudice comunitario, per come si presenta oggi agli occhi dell'interprete, sembra prefigurare una tutela *ante causam*, immediatamente operante nel processo amministrativo.

La Corte di Giustizia, nella suindicata pronuncia dell'aprile 2004 ha gettato ombre sulla tenuta dell'art. 21 Legge 1034/71 nella parte in cui, limitatamente alla materia dei pubblici appalti di rilevanza comunitaria, non

prevede una tutela *ante causam*, che non sia accessoria alla proposizione di un ricorso di merito.

La giurisprudenza della corte di giustizia CE ha contribuito a sottolineare come le misure cautelari abbiano costituito l'occasione per verificare come tale materia rappresenti uno dei settori maggiormente influenzati dal diritto comunitario.

La Corte stabilisce infatti, che vi è obbligo degli Stati membri di dare piena attuazione all'art.2 n.1 lettera a) della Direttiva n.89/665/CEE in materia di aggiudicazioni degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, interpretando la norma nel senso che gli stessi sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto.

Il risultato che gli Stati devono perseguire è senz'altro quello della effettività della tutela giurisdizionale, ragion per cui la volontà del giudice comunitario è quella di affermare la piena cittadinanza di una tutela cautelare *ante causam* prevista da una disposizione specifica quale l'art.2 della Direttiva, senza dover ricorrere a disposizioni più generali.

Il problema che la Corte ha posto è molto serio: i provvedimenti cautelari "*ante causam*" non sono ammessi nel nostro ordinamento in sede di giudizio cautelare amministrativo - nonostante qualche spinta dei TT.AA.RR. in tal senso - ed affiora in tale ambito una discrasia certo grave rispetto al processo civile; se, come è noto, il giudizio cautelare amministrativo è costruito come incidente (ex art. 36 del RD 642/1907) nell'ambito del giudizio principale di annullamento del provvedimento impugnato, viceversa nel giudizio civile il giudice può adottare le opportune anche *ante causam*, come emerge dalle norme che disciplinano il procedimento per la loro adozione, in particolare dagli artt. 669-bis e 669-sexies c.p.c..

Ora, anche se (come la Consulta ha avuto modo di evidenziare nella ord. 179/02) salvo che per l'autonomia dal giudizio di merito, la posizione del ricorrente *ante causam* nel processo civile ordinario non è molto diversa da quella che già attualmente l'ordinamento riconosce e garantisce al ricorrente dinanzi al giudice amministrativo (soprattutto dopo che la l.205 del 2000 ha introdotto la possibilità di richiedere nei casi di estrema gravità ed urgenza il decreto presidenziale *inaudita altera parte*) la normativa comunitaria in materia impone l'adeguamento ad essa del nostro ordinamento.

Né i problemi sembrano agevolmente risolvibili in assenza di un organico intervento legislativo. Sul piano applicativo, infatti, l'innesto delle disposizioni processualcivilistiche sulla tutela *ante causam* nella disciplina del giudizio amministrativo comporterebbe significativi problemi di coordinamento.

Basti pensare ad esempio all'efficacia delle misure cautelari concesse dal giudice civile, i cui effetti cessano, in forza dell'art.669 *novies* c.p.c. se il procedimento non sia iniziato nel termine previsto dall'art. 669 *octies* c.p.c.; nel processo amministrativo dette misure mantengono i propri effetti fino alla conclusione dello stesso processo, e non essendo contemplata una tutela *ante causam*, non è chiaramente evincibile una data di scadenza della misura cautelare per mancato incardinamento del giudizio di merito (con la conseguenza che tale termine dovrebbe essere "creato" dall'interprete).

Ma veniamo al caso di specie: tenendo conto del concreto evolversi della vicenda processuale, il riferimento all'indirizzo della Corte di Giustizia non appare di agevole comprensione.

Lo si sarebbe potuto condividere se il ricorrente avesse seguito la procedura prevista dagli artt.669 bis e ss. che per l'appunto prevede il deposito del ricorso (senza preventiva notifica), il rilascio del provvedimento cautelare e solo successivamente l'instaurazione del giudizio di merito: in tale ipotesi l'art. 21 bis, comma nono, sarebbe potuto

essere disapplicato in virtù della primazia del diritto comunitario (vertendosi, oltretutto, in materia di appalto di fornitura soprasoglia).

Senonchè, il ricorrente nella controversia in esame aveva – per così dire “abdicato” al meccanismo della tutela cautelare processualistica ex art. 669 *octies* c.p.c.: procedendo alla notifica (*vocatio in iudicium*) si era autovincolato alla procedura dell’art. 21, comma nono, della legge n.1034 del 1971.

Di conseguenza, non potevano che ritenersi operanti nel caso di specie tutte le argomentazioni sopra sviluppate circa la necessità di prova dell’avvenuta dimostrazione di almeno una notifica ai contraddittori necessari (ord. 179/02).