

Avv. Marco Annoni

IL RIORDINO DELLA TUTELA CAUTELARE

Capitolo Primo

L'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo prima del codice del processo amministrativo

1. Per inquadrare, sia pure sinteticamente, il lungo percorso compiuto dalla tutela cautelare sino alla regolazione intervenuta con il Codice del processo amministrativo e comprenderne appieno l'evoluzione, occorre prendere le mosse dalle norme che per lungo tempo l'hanno regolata e considerare il fondamentale intervento operato con la legge n. 205 del 2000.

L'azione cautelare, sino alla legge n. 205 del 2000, è stata governata da due norme:

- (i) l'art. 39 del RD n. 1054 del 1924 contenente il testo unico delle norme sul Consiglio di Stato che riproponeva l'art. 31 del precedente testo unico approvato con RD n. 638 del 1907 e
- (ii) l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, o meglio l'ultimo comma dello stesso articolo 21.

In tale arco temporale, per gli aspetti procedurali l'unica norma regolatrice del processo cautelare è stata l'art. 36 del RD n. 642 del 1907, contenente il Regolamento di esecuzione del testo unico delle leggi del Consiglio di Stato, non modificato a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico del 1924.

2. Sulla base di tali scarse disposizioni, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale hanno progressivamente costruito, in via pretoria, le forme, le modalità e l'ambito della tutela cautelare nel processo amministrativo, facendone uno strumento essenziale e potente di tutela del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione.
3. In tale quadro ricostruttivo non può poi ignorarsi l'impulso fornito dal Diritto Comunitario, che ha indotto il legislatore nazionale ad introdurre, nel 2006 e per la prima volta nel processo amministrativo, la tutela cautelare *ante causam*, se pure per

le limitate materie oggetto di disciplina del D.Leg.vo n. 163 del 2006, il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

4. La legge n. 205 del 2000 ha inciso significativamente sulla tutela cautelare, recependo gli indirizzi giurisprudenziali medio tempore intervenuti ed introducendo ulteriori strumenti di tutela sulla spinta delle istanze della dottrina e della stessa giurisprudenza.

5. Il Codice del processo amministrativo, dando attuazione alla delega contenuta all'art. 44 della legge n. 69 del 2009 per il riassetto della disciplina del processo amministrativo ha riordinato ed organizzato l'intero procedimento cautelare, dando ad esso sistematicità e compiutezza e riconducendo ad unità anche riti speciali, tra cui quello introdotto con il D.Leg.vo n. 53 del 2010.

Al procedimento cautelare è dedicato l'intero Titolo II del Libro II relativo al processo amministrativo di primo grado, dall'articolo 55 all'art. 62, ma misure cautelari specifiche sono disciplinate in altre parti del Codice (ad es.: agli artt. 98, 111, 119, 120 e 125)

Ma la tutela cautelare pervade l'intero nuovo Codice del Processo Amministrativo: è anche per porre fine ad alcune patologie manifestatesi in tale ambito che il legislatore delegato, nel Libro Primo dedicato alle disposizioni generali sul processo amministrativo, ha introdotto, con valenza generale, l'inderogabilità della competenza territoriale dei tribunali amministrativi regionali.

6. Tutto prende avvio – però - dalle tre scarse disposizioni che hanno governato il processo cautelare per quasi un secolo (dal 1907 al 2000, anno di entrata in vigore della legge 205).

I. La tutela cautelare sino al 2000

I.1 Le norme regolanti la tutela cautelare sino al 2000

Come ricordato, la tutela cautelare nel giudizio amministrativo è stata prevista dall'art. 31 del T.U. n. 638 del 1907 riproposto dall'art. 39 del T.U. n. 1054 del 1924.

E la previsione è assai scarna:

“I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione, sopra istanza del ricorrente”.

A tale disposizione ha fatto seguito l'art. 21, della legge n. 1034 del 1971 che, nel disciplinare le modalità di proposizione del ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, all'ultimo comma ha previsto che *“Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta”.*

2. Le regole procedurali applicabili al giudizio cautelare sono rinvenibili unicamente nell'art. 36 del RD n. 642 del 1907 ai sensi del quale:
 - (i) le domande di sospensione dell'atto o del provvedimento amministrativo, se non proposte nel ricorso, devono farsi con istanza diretta al Giudice Amministrativo cui è stato presentato il ricorso, notificata ai controinteressati e all'amministrazione e depositata in segreteria;
 - (ii) l'amministrazione e i controinteressati entro 10 giorni dalla notifica possono depositare istanze e memorie in segreteria;
 - (iii) il Giudice Amministrativo si pronuncia sull'istanza cautelare alla prima camera di consiglio utile successiva alla scadenza del termine di 10 giorni dalla notifica dell'istanza (o del ricorso, se l'istanza è stata proposta con il ricorso) assegnato alle altre parti del giudizio cautelare per le proprie attività defensionali;
 - (iv) il termine di 10 giorni può essere abbreviato dal Presidente dell'Organo Giudiziario adito.

L'art. 21 della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali ha poi statuito il rito in camera di consiglio per l'esame di tali istanze.

3. La scarna disciplina sopra riportata, pertanto, ha configurato il processo cautelare come lo strumento, incidentale rispetto al giudizio di merito, finalizzato ad evitare che il ricorrente potesse subire “*danni gravi ed irreparabili dell’esecuzione dell’atto impugnato*” (presupposto modificato nel 1971 rispetto alle “*gravi ragioni*”, previste dalla norma del 1924). E a tal fine, configurava come unica misura adottabile in sede cautelare la sola “sospensione” dell’atto impugnato, coerentemente con una visione del processo amministrativo preordinato al solo annullamento dell’atto medesimo.

I.2 L’evoluzione del procedimento cautelare nella Giurisprudenza Costituzionale e del Consiglio di Stato

1. Gli interventi della giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato in materia si sono mossi, evidentemente, da punti di partenza profondamente diversi, ma entrambi hanno concorso a conformare nei suoi contenuti e nelle sue regole la tutela cautelare nel processo amministrativo.

Con una articolata serie di pronunce l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti integrato la disciplina del processo cautelare – tra l’altro - in tema

- (i) di contraddittorio nel giudizio cautelare;
- (ii) di provvedimenti cautelari adottabili;
- (iii) di appellabilità dei provvedimenti cautelari di primo grado;
- (iv) di esecuzione dei provvedimenti cautelari ed altro ancora, dando così dignità e compiutezza ad un procedimento normativamente definito soltanto
 - (a) nella tipologia del provvedimento cautelare da adottare dal Giudice Amministrativo (ordinanza);
 - (b) nella natura collegiale del provvedimento stesso, da assumere in camera di consiglio;
 - (c) nella riferibilità del provvedimento cautelare richiesto all’atto impugnato dinanzi al Giudice Amministrativo.

La Corte Costituzionale, a sua volta, chiamata ad esprimersi in merito ad interventi legislativi finalizzati a limitare, in modo assoluto o almeno parziale, l’esplicazione

della tutela cautelare medesima ne ha inquadrato la sua funzione in relazione alle garanzie costituzionali fondamentali.

Ed è interessante notare che a partire dalla legge n. 865 del 1971 gli interventi legislativi finalizzati a limitare la tutela cautelare nel processo amministrativo sono una costante della produzione normativa in particolari materie (e segnatamente in materia espropriativa, in tema di realizzazione di programmi di interventi pubblici e/o di opere pubbliche etc.), a riprova della efficacia (e del “fastidio”) che la tutela cautelare andava pregressivamente dimostrando.

A. *Le garanzie costituzionali della tutela cautelare: le decisioni n. 284 del 1974 e n. 227 del 1975 della Corte Costituzionale*

1. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 13 della legge n. 865 del 1971 (che, nella materia dell’edilizia residenziale pubblica, consentiva la sospensione dei provvedimenti di occupazione d’urgenza “*nei soli casi di errore grave ed evidente nell’individuazione degli immobili ovvero delle persone di proprietari*”) la Corte ha affermato (con la sentenza n. 284 del 1974) alcuni principi fondamentali per l’inquadramento della tutela cautelare nel giudizio amministrativo, Ha infatti statuito, sulla base dell’art. 113 Cost., che una volta operate dal legislatore le scelte in ordine all’attribuzione del potere finale di annullamento dell’atto amministrativo e strutturato conseguentemente “*un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, appunto, nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi, è naturale e conseguenziale l’attribuzione, all’organo medesimo deputato all’annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell’atto impugnato.*”

L’esercizio di tale potere consente, infatti, di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l’effetto tipico del provvedimento finale della giurisdizione, permettendo che questo intervenga re adhuc integra.

Posto che il potere di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo è un elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale che si realizzi in definitiva con l’annullamento degli atti della pubblica amministrazione e che le citate leggi sugli organi di giustizia amministrativa, in via generale e in conformità

di una lunga tradizione storica, consentono di valutare caso per caso la ricorrenza delle gravi ragioni (o del pericolo di irreparabilità degli effetti della esecuzione), una esclusione del potere medesimo o una limitazione dell'area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato contrasta con principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento”.

E tale ragionevole giustificazione non poteva ritenersi ricorrente in presenza del solo presupposto invocato dalla legge di ragioni di urgenza nell'esecuzione degli interventi pubblici previsti dalla norma, posto che l'urgenza stessa, in realtà, è da intendersi elemento ricorrente in una *“altrettanto vasta gamma di provvedimenti dell'autorità”*.

2. Con la sentenza n. 223 del 1975 la Corte è ritornata sull'argomento, sanzionando di illegittimità costituzionale - per i medesimi presupposti di contrasto con i precetti costituzionali - una diversa norma (l'art. 7 del DL n. 115 del 1974 convertito in legge n. 247 del 1974) che escludeva del tutto la possibilità per il Giudice Amministrativo di adottare provvedimenti cautelari nei casi in cui il provvedimento ablatorio fosse stato disposto nei confronti dei proprietari catastali.
3. Alla tutela cautelare esercitata dal Giudice Amministrativo – con gli interventi della Corte del 1974 e del 1975 – è stata dunque riconosciuta rilevanza costituzionale, quale *“elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale”* che trova fondamento nell'art. 113 Cost.

B. *La configurazione del processo cautelare operata dalla giurisprudenza*

1. Nel silenzio della disciplina, la Giurisprudenza ha configurato, in via interpretativa, alcune essenziali articolazioni del processo cautelare, connotandolo ulteriormente nella sua autonoma configurazione, se pure nella necessaria incidentalità rispetto al giudizio di merito.

2. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1 del 1978, risolvendo un contrasto di orientamenti delle Sezioni Giurisdizionali, ha statuito l'appellabilità delle ordinanze dei Tribunali Amministrativi Regionali assunte sulle istanze cautelari in Primo Grado, (il tema si era posto in quanto la legge n. 1034 del 1971 aveva espressamente riconosciuto solo l'appellabilità delle sentenze dei giudici amministrativi, nulla dicendo in merito alle ordinanze cautelari) nel contempo definitivamente inquadrando la collocazione del giudizio cautelare nel processo amministrativo.

Muovendo dal principio generale, desumibile dalle previsioni del codice di procedura civile, che devono ritenersi appellabili tutte le pronunce del Giudice che abbiano natura decisoria, indipendentemente dalla forma assunta dal provvedimento adottato (sentenza, ordinanza o decreto), l'Adunanza Plenaria ha risolto la questione dell'appellabilità delle ordinanze cautelari riconoscendo ad esse il carattere decisorio di una controversia.

Per pervenire a tale risultato il Consiglio di Stato ha considerato che l'istanza rivolta al giudice amministrativo di Primo Grado di disporre la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato da luogo *“ad un'azione di conservazione distinta e autonoma rispetto all'azione d'impugnazione, costituita dal potere spettante alla parte medesima di chiedere allo stesso giudice l'eliminazione con l'annullamento (o la modifica) dell'atto in questione.*

La prima, infatti, tende alla conservazione di un bene della vita o di una posizione di vantaggio, con la temporanea paralizzazzione degli effetti lesivi dell'atto, ben diversa da quello conseguibile con la seconda (rimozione dell'atto invalido); poggia su una causa petendi (possibilità che dall'esecuzione derivino danni gravi e irreparabili) del tutto indipendente dalla ragione giustificatrice dell'altra (esistenza di un vizio di legittimità o di un vizio di merito); è contraddistinta, infine – quanto all'esercizio – da un onere d'iniziativa (art. 21, ult. comma, legge n. 1034/1971 e 36 r.d. 17 agosto 1907 n. 642) separato dall'onere stabilito per l'instaurazione del cosiddetto processo di merito”.

A tale autonoma azione (cautelare) corrispondono peculiari connotazioni del relativo giudizio (cautelare) rispetto al giudizio di impugnazione, essendo esso *“preordinato ad assicurare al ricorrente – attraverso la concessione dell'invocata*

misura conservativa – una tutela provvisoria durante le more della causa principale, cioè a garantire il temporaneo mantenimento della situazione preesistente all’atto impugnato per rendere possibile, nell’eventualità di un accoglimento del ricorso, l’esplicazione completa dell’efficacia ripristinatoria della sentenza”.

Mentre quindi nel giudizio di impugnazione *“la lite investe la permanenza in vita del provvedimento censurato e ha come criterio di definizione la verifica della validità del provvedimento stesso alla stregua delle regole di legittimità e, talvolta, di buona amministrazione”*, nel giudizio cautelare *“la lite riguarda l’eseguità di detto atto e postula, ai fini decisori, l’accertamento della convenienza o utilità della sospensione, compiuta in base a una valutazione discrezionale, che ritiene conto – sulla scorta anche dei principi di comune esperienza – della possibile insorgenza di un danno grave e irreparabile a causa della esecuzione (art. 21, ult. comma, legge n. 1034/1971).*

Il giudizio cautelare – sebbene sia condizionato dalle vicende del giudizio d’impugnazione, nel duplice senso che non può essere proposto prima dell’instaurazione né dopo l’esaurimento di quest’ultimo (art. 36 r.d. 17 agosto 1907 n. 642) e che la misura della sospensione, una volta assentita, è destinata a perdere efficacia al momento della conclusione del secondo, per assorbimento nella sentenza, se favorevole, o per caducazione, negli altri casi – non ha, tuttavia, carattere di pregiudizialità, rispetto al giudizio di merito. Infatti, la pronuncia sulla domanda di sospensione non influisce, in alcun modo, sulla risoluzione delle questioni dibattute o rilevabili d’ufficio nel distinto processo di annullamento (o di riforma) dell’atto impugnato, anche se le due controversie pendono contemporaneamente dinanzi allo stesso giudice”.

Nel giudizio cautelare, infatti, *“l’indagine affidata al giudice della sospensiva circa l’esistenza del fumus boni iuris del ricorso si identifica – soprattutto dopo il mutamento del titolo giustificativo dell’azione conservativa, avvenuto mediante la sostituzione della formula “gravi ragioni” (art. 39, ult. comma, T.U. n. 1054/1924) con quella più ristretta e circoscritta di “danni gravi e irreparabili” (art. 21, ult. comma, legge n. 1054/1971) – non tanto nell’esame della probabilità di esito favorevole del ricorso, quanto nella valutazione sommaria della non manifesta*

infondatezza di esso, proprio perché l'esercizio della tutela cautelare presuppone, nell'ordinamento della giustizia amministrativa, l'instaurazione con un grado minimo di attendibilità del processo (principale) contro l'atto che si assume invalido.

Simile indagine, peraltro – necessaria a scoraggiare richieste del tutto avventate di misure cautelari – deve compiersi soltanto quanto esista la condizione del danno grave e irreparabile, valevole a determinare la concessione della sospensiva”.

Per tali ragioni, quindi, all'ordinanza che definisce la domanda cautelare deve necessariamente riconoscersi natura decisoria risolvendo un conflitto sulla permanenza o meno degli effetti dell'atto impugnato e – conseguentemente – *“dettando il regolamento giuridico di esso e attribuendo ad uno dei soggetti in contesa in concreto il vantaggio attribuito dalla legge”.*

Da ciò la sua appellabilità, in omogeneità con le sentenze di primo grado ai sensi dell'art. 28 della legge n. 1034 del 1971.

Al provvedimento cautelare assunto in grado di appello è stato riconosciuto dal Consiglio di Stato lo stesso ambito temporale di efficacia dell'ordinanza di primo grado, essendo destinato a produrre effetti sino alla sentenza adottata dal Giudice di Primo Grado, in nulla condizionato – quest'ultimo - nella sua autonomia decisionale, posto che lo scrutinio del *fumus* giuridico in sede cautelare resta circoscritto alla *“sola non manifesta infondatezza”* di esso, senza che pertanto possa costituire *“un'anticipazione del futuro giudizio di merito”*.

Nel riconoscere l'appellabilità delle ordinanze cautelari l'Adunanza Plenaria ha anche statuito (ricostruttivamente) il rito e le modalità di proposizione dell'impugnazione stabilendo che anche l'appello dovesse essere deciso in camera di consiglio e dovessero applicarsi i termini per la proposizione dell'appello avverso le sentenze.

3. Il doppio grado di giudizio in materia cautelare nel processo amministrativo ha trovato poi anche riconoscimento costituzionale.

La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 8 del 1972, pur ribadendo la propria costante giurisprudenza circa l'assenza di rilevanza costituzionale dell'istituto del doppio grado di giurisdizione, ha riconosciuto che relativamente al

processo amministrativo tale giurisprudenza non potesse trovare applicazione in quanto la giurisdizione amministrativa *“trova nella stessa carta costituzionale una disciplina differenziata. Infatti l’art. 125, secondo comma, esplicitamente stabilisce che i tribunali amministrativi da istituire (e poi istituiti con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 “Istituzione dei tribunali amministrativi regionali”)* sono giudici di primo grado, soggetti pertanto al giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Il che trova spiegazione nei caratteri propri della giurisdizione amministrativa ordinaria, che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa.

Non v’ha, quindi, dubbio che nel settore in parola il principio del doppio grado di giurisdizione abbia rilevanza costituzionale”.

Tale rilevanza costituzionale del doppio grado di giudizio è stata attribuita anche al processo cautelare sul presupposto del già riscontrato (con le menzionate pronunce n. 284 del 1974 e n. 227 del 1975) *“carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima compenetrazione sua con il processo di merito nell’ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l’effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell’interesse che risulti nel processo meritevole di tutela.*

E’ del resto noto che la pronuncia incidentale sulla domanda di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo impugnato, quale che ne sia il contenuto, è suscettibile di incidere in maniera decisa sulle conseguenze delle pronunce di merito del giudice e, quindi, anche se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sugli interessi che entrano nel processo amministrativo, in modo particolare sul pubblico interesse: la pronuncia incidentale, invero, come può pregiudicare (se negativa) l’interesse del privato ricorrente, così, in non pochi casi (se positiva), può pregiudicare la soddisfazione del pubblico interesse, anche se di altissimo rilievo, che l’atto amministrativo impugnato aveva ritenuto di realizzare in un determinato modo.

Date queste premesse e considerando, quindi, la necessità che le opposte posizioni del privato e della P.A. trovino la più piena e completa valutazione da parte del giudice amministrativo, è da ritenere che il principio del doppio grado di giurisdizione, e quindi la possibilità di un riesame del provvedimento decisorio del giudice di primo grado da parte del Consiglio di Stato, trovi applicazione anche nei riguardi del processo cautelare”.

In ragione di tale assunto la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5, ultimo comma, della legge n. 1 del 1978, (promulgata pressoché contemporaneamente alla sopra richiamata decisione n. 1 del 1978 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) che aveva espressamente negato l’appellabilità delle ordinanze cautelari di Primo Grado.

Nel contempo però la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale di altre disposizioni della medesima normativa (l’art. 5, quarto comma, della legge n. 1 del 1978) – assunte nel quadro di un complessivo disegno acceleratorio dei giudizi amministrativi in una determinata materia – che avevano fissato un limite massimo di durata di efficacia del provvedimento cautelare, e la subordinazione della trattazione della domanda cautelare alla presentazione dell’istanza di fissazione di udienza.

4. Nel 1982 l’Adunanza Plenaria ha affrontato l’ulteriore delicato profilo della tutela cautelare, anch’esso non disciplinato dalla normativa allora vigente, relativo all’esecuzione delle ordinanze cautelari (sentenza n. 6 del 1982).

Si dubitava infatti che i provvedimenti assunti in materia, pur avendo un contenuto decisorio della controversia cautelare, potessero formare oggetto del giudizio di ottemperanza di cui all’art. 27 n. 4 del T.U. n. 1054 del 1924: ad essi, infatti, non poteva comunque riconoscersi *“l’efficacia definitiva che, in ordine al caso deciso, ha il giudicato”*.

Ed infatti l’Adunanza Plenaria ha negato l’esperibilità dell’azione di ottemperanza alle ordinanze cautelari.

Ma nel contempo ha affermato che le ordinanze cautelari non potevano risolversi *“in pronunce declaratorie inidonee ad essere eseguite al di fuori dell’ipotesi della spontanea ottemperanza dell’Amministrazione”*.

La soluzione del problema è stata così trovata nei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (sent. n. 2823 del 1966) che aveva da tempo affermato che il processo cautelare *“ha carattere rigorosamente unitario e non può, pertanto, scindersi in procedimento di cognizione e procedimento di esecuzione”*.

Ed infatti a differenza delle sentenze assunte in sede di cognizione, nei cui confronti la fase esecutiva si pone solo come eventuale, *“il processo cautelare si compie soltanto con l’attuazione della misura cautelare, rispetto alla quale la fase di cognizione in senso stretto va riguardata come momento necessario ma non finale del processo. In altri termini, l’azione cautelare tende alla costituzione della situazione cautelare attraverso l’esecuzione (attuazione) del provvedimento cautelare sicché la fase di esecuzione-attuazione del provvedimento è parte integrante del procedimento e, quindi, fase del processo ed elemento indefettibile dello stesso. Se ne deve concludere che l’attuazione del provvedimento non è, a rigore, assimilabile all’esecuzione forzata ma va piuttosto considerata come un momento necessario ed indispensabile perché il processo cautelare abbia una reale ed effettiva ragion d’essere”*.

Applicando siffatti principi al processo cautelare amministrativo, l’Adunanza Plenaria ha conseguentemente concluso che *“per potere realizzare, lo scopo al quale è finalizzato, il potere (strumentale) di sospensione non può esaurirsi nell’emanazione di un provvedimento meramente cognitorio, essendo invece essenziale alla sua funzione l’esplicazione di effetti concretamente incidenti sulla efficacia degli atti (o dei comportamenti) impugnati nel giudizio. L’esplicazione del potere cautelare, in altri termini, o blocca realmente l’azione amministrativa che il ricorrente assume lesiva di proprie posizioni soggettive o finisce con l’essere elusiva di un meccanismo, al quale [come si è visto] è stata riconosciuta la dignità della tutela costituzionale”*.

Pertanto *“allorquando l’ordinanza di sospensione non sia per se stessa sufficiente a garantire l’effettività della tutela dell’interesse fatto valere dal ricorrente ovvero l’Amministrazione ne rifiuti o eluda l’esecuzione, l’interessato ben può adire nuovamente il giudice chiudendo l’emanazione dei provvedimenti ritenuti idonei (e consentiti dal sistema) per assicurare l’esecuzione della sospensione”*.

Tale ulteriore domanda deve essere proposta innanzi al medesimo giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, con le forme stabilite per l'ordinaria azione cautelare della quale la domanda stessa rappresenta nulla più che una fase integrativa e – quindi – mediante istanza notificata a tutte le parti evocate in giudizio.

5. Anche al potere del Giudice Amministrativo di dare esecuzione coattiva alle proprie ordinanze cautelari è stata attribuita rilevanza costituzionale.

Esprimendosi in sede di conflitto di attribuzione sollevato dal Consiglio Superiore della Magistratura che negava l'esistenza di tale potere (quantomeno nella specifica materia, relativa alle nomine dei magistrati in individuati incarichi, riservata al Consiglio Superiore medesimo) la Corte Costituzionale (sent. n. 419 del 1995) ha affermato in primo luogo che *“tutti i soggetti di diritto, ivi compresi gli organi a rilevanza costituzionale, sono ugualmente tenuti al rispetto della legge”* e che *“la Costituzione accoglie il principio in base al quale il potere dell'amministrazione merita tutela solo sul presupposto della legittimità del suo esercizio, demandando agli organi di giustizia il potere di sindacato – pieno, ai sensi del secondo comma dell'art. 113 della Cost. – sull'esistenza di tale presupposto”*.

Da ciò la Corte Costituzionale ha derivato che *“una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice.*

Ma proprio in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica)

altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo costituzionale qual'è il C.S.M. .

In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria”.

6. Nel 1985 con ordinanza n. 2 del 20 febbraio, l'Adunanza Plenaria, ha affrontato il delicato profilo della tutela del contraddittorio nel procedimento cautelare.

La disciplina continuata all'art. 36 del RD n. 642 del 1907 non prevedeva alcuna comunicazione al ricorrente e alle altre parti del giudizio della data di trattazione della domanda cautelare, stabilendo solo che sulla domanda stessa il Giudice doveva pronunciarsi alla prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dalla notifica dell'istanza. Conseguentemente l'individuazione della data di trattazione costituiva un onere delle parti agevolmente espletabile.

Ma nei casi (divenuti nel tempo assolutamente prevalenti) in cui tale data “legale” non fosse stata rispettata dal Giudice adito, la partecipazione delle parti alla camera di consiglio non trovava alcuna forma di garanzia, dovendo esse gravarsi di continue verifiche presso la segreteria del Giudice.

Chiamata a pronunciarsi sul punto, l'Adunanza Plenaria ha affermato ulteriori principi ricostruttivi del giudizio cautelare amministrativo, prendendo le mosse da quanto da essa (e dalla Corte Costituzionale) già affermato, secondo cui il giudizio cautelare costituisce una *“fase processuale strutturalmente autonoma (ancorchè incidente nel giudizio di merito e funzionalmente collegato all'esito di esso): e quindi tale da svilupparsi, secondo una sua autonoma linea di coerenza logica e formale, verso l'approdo di un provvedimento decisorio suscettibile di formare giudicato su di un punto controverso della lite”.*

Muovendo da tale assunto il Consiglio di Stato ha ritenuto *“la necessità di interpretare le disposizioni che conferiscono alle parti determinati poteri di*

intervento nella vicenda processuale nell'unico senso coerente con la cennata linea evolutiva tendente ad accentuare il ruolo della difesa tecnica e l'esigenza del contraddittorio pieno già nella fase cautelare: e cioè nel senso che il <<diritto>> di essere ascoltati in Camera di Consiglio sia da configurare non come una astratta facoltà, il cui esercizio sia rimesso alla mera iniziativa degli interessati, ma come un concreto potere processuale comprensivo di ogni strumentale pretesa verso il giudice e le altre parti: e così anche, ove necessario, della pretesa ad ottenere quelle informazioni che possano rendere concretamente esercitabile il diritto di difesa, così come configurato dalla norma espressa”.

Pertanto, per il caso in cui il processo non avesse seguito lo sviluppo stabilito dall'art. 36 del RD n. 642 del 1907 “*venendo meno la condizione obiettiva di conoscibilità ancorata alla previsione legale*”, alle parti doveva essere assicurata la comunicazione della data di fissazione della camera di consiglio da parte della segreteria del Giudice, per consentire loro “*di concretamente esercitare il diritto di difesa, ad essi espressamente riconosciuto dalle norme*”.

Muovendo quindi dai principi da essa progressivamente affermati, il Consiglio di Stato è giunto a affermare come essenziale alla fase cautelare l'effettività della pienezza del contraddittorio, rilevante non solo per parte ricorrente ma anche per l'Amministrazione resistente e gli eventuali controinteressati.

7. L'essenzialità e la pienezza della tutela cautelare è stata ulteriormente riconosciuta dalla Corte Costituzionale in tema di condizioni procedibilità all'azione.

Con la sentenza n. 403 del 2007 la Corte, ha infatti affermato la illegittimità costituzionale di norme che tali condizioni imponessero alla proponibilità dell'azione cautelare, sia in assoluto che nell'ambito del processo amministrativo, sul presupposto che la tutela cautelare “*in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (sentenza n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa (Corte di giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame)*”.

L'azione cautelare nel processo amministrativo non poteva ritenersi sottoposta a condizioni di procedibilità.

C. *L'estensione dell'ambito della tutela cautelare operata dalla giurisprudenza*

1. Il T.U. del 1924 prima e l'art. 21, ultimo comma, della legge n. 1034 del 1971 poi avevano individuato la “*sospensione*” del provvedimento o atto impugnato quale misura cautelare adottabile dal Giudice Amministrativo, con l'obiettivo di mantenere inalterata la situazione incisa dal provvedimento stesso sino alla decisione sulla sua legittimità.

La misura cautelare prevista dal legislatore rispondeva dunque al principio immanente nell'ordinamento secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione (principio elevato a rango costituzionale da una pluralità di decisioni della Corte Costituzionale: cfr. la sentenza n. 190 del 1985, n. 249 del 1996, n. 253 del 1994).

2. Ma in tale contesto non potevano trovare adeguata tutela gli interessi pretensivi, cioè a dire gli interessi correlati all'ottenimento di un provvedimento o un atto da parte dell'amministrazione, provvedimento o atto che invece era stato negato.

Si pensi ai casi di non ammissione a procedure di concorso, ad esami, alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, etc.

In tali casi la mera sospensione dell'atto impugnato non era in grado di assicurare l'effettiva tutela del ricorrente, posto che la sospensione del provvedimento negativo non determinava per ciò stesso l'effetto positivo atteso (l'ammissione al concorso, all'esame, alla gara etc.).

3. Tale “vuoto” di tutela cautelare è stato stabilmente sanato, ancora una volta, dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ordinanza n. 17 del 1982).

Nell'esaminare proprio un caso di non ammissione di uno studente all'esame di maturità – al quale in primo grado era stato negato il provvedimento cautelare richiesto per difetto di interesse “*ad una pronuncia di accoglimento priva di*

concreta utilità, non essendo possibile sostituire al giudizio di non ammissione il prescritto giudizio di ammissione” – il Consiglio di Stato ha considerato che “l’esclusione di ogni cautela in tema di non ammissione all’esame di maturità porterebbe al risultato – non certo apprezzabile sul piano della giustizia sostanziale – che, nelle more del giudizio di merito, l’interessato, ripetendo la classe, subirebbe tutto intero quel danno che la tutela giurisdizionale concessa in tale materia è preordinata ad evitare”.

Ritenendo tale risultato incompatibile con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale (con la sentenza n. 284 del 1974 sopra ricordata e ulteriormente ribaditi con la sentenza n. 8 del 1982) in merito alla necessità (costituzionalmente garantita) di un procedimento cautelare *“che consenta di anticipare sia pure a titolo provvisorio, l’effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell’interesse che risulti nel processo meritevole di tutela”*, ha statuito che la *“tutela cautelare sia da ammettere anche nella materia in esame e possa essere attuata appunto mediante l’ordinanza di sospensione del provvedimento impugnato, affinché l’amministrazione, nel darle esecuzione, disponga l’ammissione del candidato all’esame di maturità con riserva, sino all’esito del ricorso e degli eventuali ulteriori provvedimenti”*.

Assumendo tale provvedimento cautelare il Giudice Amministrativo in ogni caso non invade il campo di azione riservato all’amministrazione ed all’esercizio della discrezionalità sua propria posto che l’ordinanza di sospensione opera limitatamente all’effetto *“preclusivo del provvedimento di non ammissione e per conseguenza consente l’ammissione condizionata del candidato all’esame, in via provvisoria; essa serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 113 e 24 Cost.”*.

4. Ammessa pertanto in via generale la tutela cautelare anche degli interessi pretensivi, essa si è via via estesa per effetto dell’iniziativa del Giudice Amministrativo anche all’assunzione di provvedimenti cautelari finalizzati a promuovere un “facere” dell’Amministrazione, imponendo, a titolo esemplificativo, un riesame della situazione del ricorrente che aveva indotto l’Amministrazione stessa ad

interrompere una procedura avviata su istanza dello stesso ovvero a negare l'assunzione del provvedimento richiesto (le c.d. "ordinanze propulsive" o di "remand").

5. L'ampliamento dell'ambito applicativo della tutela cautelare nel processo amministrativo ha poi avuto decisivo impulso con la sentenza n. 190 del 1985 della Corte Costituzionale relativamente agli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e segnatamente per le controversie patrimoniali nel pubblico impiego (prima del loro trasferimento al giudice ordinario).

Agendo in tale ambito non solo come giudice degli interessi legittimi ma anche dei diritti soggettivi, è parso che la tutela cautelare consentita al Giudice Amministrativo dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 subisse limiti assai maggiori rispetto alle analoghe situazioni di diritto rimesse al giudice ordinario.

A quest'ultimo, infatti, l'art. 700 CpC consentiva di adottare una tutela dei diritti azionati in sede cautelare ben maggiore rispetto a quella ammessa dall'art. 21 della legge istitutiva dei TAR.

Pronunciandosi sul punto, la Corte Costituzionale ha affermato la necessità di assicurare il principio di uguaglianza di trattamento, ritenendo costituzionalmente illegittimo l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 nella parte in cui *"limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in maniera di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile"*.

In tal modo al giudice amministrativo è stato riconosciuto in tali controversie di giurisdizione esclusiva gli stessi ambiti di azione riconosciuti al giudice ordinario dall'art. 700 CpC, ritenuto norma espressiva del principio *"per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità"* e che è

espressione “*di direttiva di razionalità tutelata dall’art. 3, 1 comma e, in subiecta materia, dall’art. 113 Cost.*”.

6. Il principio sancito dalla Corte Costituzionale ha costituito la base dell’ordinanza n. 1 del 2000 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la quale è stata affermata in via generale nelle materie di giurisdizione esclusiva la possibilità per il giudice amministrativo di adottare i provvedimenti cautelari più idonei a tutela di diritti soggettivi pur se relativi e di natura patrimoniale “*poiché l’art. 21, ultimo comma, della legge n. 1034 del 1971 va interpretato conformemente agli artt. 3, 24, 100, 103 e 113 Cost.*”.

L’affermazione di principio effettuata dal Consiglio di Stato con tale ordinanza ha costituito il punto di arrivo del lungo percorso che il Giudice Amministrativo aveva avviato molti anni addietro nel delineare i contenuti e le modalità di esercizio della tutela cautelare nel processo amministrativo: “*in sede cautelare e salvo l’esito del giudizio di cognizione, il giudice amministrativo può emanare le statuizioni più opportune nel caso in cui emerga il fumus boni iuris sulla lesione del diritto dell’utente o del gestore, disponendo l’effettuazione di una dovuta prestazione da parte dell’amministrazione ovvero l’emanazione di ordini di pagamento di una somma a favore del ricorrente*”.

Tale principio è stato poi recepito nella legge n. 205 del 2000 ed è stato confermato nel Codice del processo amministrativo.

D. *La tutela cautelare e le questioni di costituzionalità e di contrasto con l’ordinamento comunitario*

1. Un particolare aspetto della tutela cautelare nel processo amministrativo attiene alla sua ammissibilità in presenza di atti dell’amministrazione che siano stati assunti in stretta esecuzione di norme di legge, ritenute in contrasto con precetti costituzionali ovvero con norme e principi dell’ordinamento comunitario.
2. Quanto al primo caso è stato infatti osservato che in presenza di censure mosse nei confronti di atti o di provvedimenti amministrativi meramente attuativi di norme di

legge ritenute in contrasto con precetti costituzionali, le censure stesse avrebbero ad oggetto, nella sostanza, le norme primarie, che il giudice amministrativo non può disapplicare, essendo il controllo su di esse di competenza della Corte Costituzionale.

In tale contesto è parso “abnorme” l’adozione di una misura cautelare “*che si traduca nella pratica disapplicazione della norma di legge sospettata di incostituzionalità*” (Cons. Stato IV, ord. n. 2275 del 1999)

3. Ma anche su tale aspetto l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ordinanza n. 2 del 1999) ha ritenuto di privilegiare la funzione essenziale della tutela cautelare ritenendo che “*al fine di conciliare il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, ove ne ricorrano i presupposti, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consenta la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte Costituzionale, con effetti erga omnes*”.

In tale contesto, esaminando una questione attinente l’esclusione di un concorrente da una procedura di concorso regolata da tassative norme di legge (ritenute non conformi a precetti costituzionali) ha statuito che “*la concessione della misura cautelare (ammissione con riserva), non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare la tutela immediata e reale, ancorchè interinale, degli interessi in gioco con il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, e si presenta ad un tempo misura idonea ad evitare il danno grave e irreparabile del ricorrente, consentendogli di partecipare alle prove concorsuali a parità di condizioni con gli altri concorrenti, ed a scongiurare il rischio per l’amministrazione di una invalidazione totale dell’intera procedura concorsuale, (...)*”.

4. Considerazioni più articolate occorre formulare nel valutare l’ammissibilità della tutela cautelare nei confronti di atti e/o provvedimenti adottati dall’amministrazione

in esecuzione di norme di legge ritenute (dal giudice amministrativo) contrastanti con i principi fissati dal Diritto Comunitario.

In tale contesto la tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo (ma anche dinanzi al giudice ordinario) trova la propria fonte ordinamentale non più nelle norme dell'ordinamento interno che la disciplinano bensì nell'ordinamento comunitario, e segnatamente nel principio informatore dello stesso della necessaria effettività della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali garantiti dal diritto comunitario (sentenze C-222/84 del 1986; C-222/86 del 1987, C-467/01 del 2003) principio ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (sottoscritta il 7 dicembre 2000).

Tale necessaria effettività della tutela dei diritti spettanti ai singoli in virtù delle norme del diritto comunitario deve essere garantita dal giudice amministrativo ai sensi del principio della leale collaborazione enunciato dall'art. 10 del Trattato e conformemente agli indirizzi forniti dalla Corte di Giustizia CE cui è demandata l'interpretazione e applicazione delle norme del Trattato stesso.

Proprio la Corte di Giustizia (sentenza 13 marzo 2007 C 432/05) ha individuato i canoni applicativi della tutela cautelare in presenza di ritenute violazioni del diritto comunitario, affermando, tra l'altro, che:

- (i) il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, che provvedimenti provvisori possano essere concessi fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, quando la concessione di tali provvedimenti è necessaria per garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza di tali diritti;
- (ii) in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le condizioni per la concessione di provvedimenti provvisori intesi a garantire la salvaguardia dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario;
- (iii) la concessione di provvedimenti provvisori per sospendere l'applicazione di disposizioni nazionali fino a quando il giudice competente si sia pronunciato

sulla loro conformità con il diritto comunitario è disciplinata dai criteri fissati dal diritto nazionale applicabile dinanzi al giudice adito;

- (iv) tali criteri non possono essere meno vantaggiosi di quelli concernenti domande simili di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Alla luce di tali affermazioni della Corte di Giustizia il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario comporta in caso di dubbio sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, la concessione di provvedimenti cautelari per sospendere l'applicazione di tali disposizioni fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla loro conformità con il diritto comunitario applicando criteri fissati dal diritto nazionale applicabile dinanzi al giudice adito, purché tali criteri non siano meno favorevoli di quelli concernenti domande simili di natura interna e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela cautelare di tali diritti.

Ne consegue che in presenza di provvedimenti meramente esecutivi di norme di legge ritenute dal giudice amministrativo contrastanti con il diritto comunitario, nelle more della decisione finale (comprensiva dell'eventuale pronuncia pregiudiziale richiesta alla Corte di Giustizia CE ai sensi dell'art. 234 del Trattato) il giudice amministrativo è tenuto ad assicurare al ricorrente la necessaria tutela cautelare atta ad impedire che l'esecuzione della legge pregiudichi irrimediabilmente la situazione giuridica del ricorrente, sospendendo quindi l'efficacia dei provvedimenti esecutivi medesimi.

In tal senso il Giudice Amministrativo si è già espresso, dando attuazione ai richiamati orientamenti della Corte di Giustizia CE (TAR Lazio, sez. I, ord. 880/2007).

5. Tali orientamenti giurisprudenziali assumono significativo rilievo in presenza di una produzione legislativa, sempre più diffusa, caratterizzata da una sostanziale natura provvedimentale delle norme adottate dal legislatore, nei cui confronti, quindi, le possibilità di una tutela giurisdizionale effettiva dei soggetti direttamente colpiti dal precetto legislativo risultano grandemente limitate.

* * *

II. La riforma del giudizio cautelare operata con la n. 205 del 2000 - l'ampliamento dei mezzi di tutela cautelare

A. Premesse

1. La legge n. 205 del 2000 ha introdotto significative innovazioni al processo amministrativo non solo istituzionalizzando, con forza di legge, molteplici aspetti della tutela cautelare che si erano andati definendo con il lungo percorso giurisprudenziale sopra sintetizzato ma altresì, sulla pressione di ulteriori esigenze di effettività della tutela cautelare, introducendo nuovi provvedimenti cautelari azionabili dal soggetto interessato, sempre più affini a quelli presenti nel giudizio civile.
2. Giova ancora rammentare che la stessa legge 205 del 2000 è intervenuta successivamente alla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che aveva abbattuto il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, pur con un delicato rapporto tra giurisdizioni per l'accertamento – da un lato – dell'invalidità dell'atto amministrativo e – dall'altro – della promuovibilità dell'azione risarcitoria. La stessa legge ha pertanto ritenuto – modificando all'art. 7 l'originaria formulazione dell'art. 35, quarto comma, del D.Leg.vo n. 80 del 1998 – di attuare il principio fondamentale della concentrazione delle tutele, attribuendo al Giudice Amministrativo *“anche tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e gli altri diritti patrimoniali consequenziali”* con previsione coerente con l'art. 21 della Cost., come attestato dalla Corte Costituzionale con le decisioni n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006.

La tutela cautelare, dopo la riforma del 2000, si deve quindi inquadrare in uno scenario per molti aspetti differente da quelli in cui precedentemente aveva operato.

B. Le misure cautelari – La cauzione

1. Recependo l'insegnamento della giurisprudenza, la riforma del 2000 (art. 3 della legge 205) ha attribuito al giudice amministrativo in sede cautelare il potere di adottare le "*misure cautelari*" ritenute secondo le circostanze, più idonee ad assicurare gli effetti della decisione sul ricorso, sia pure, interinalmente, per il loro carattere provvisorio e incidentale rispetto al giudizio di merito.

E' stato quindi anche normativamente superata la configurazione della tutela cautelare amministrativa quale meramente "sospensiva" degli effetti del provvedimento impugnato: la sospensione degli effetti, nella nuova formulazione, rappresenta solo uno dei possibili esiti dell'istanza cautelare avanzata dal ricorrente, restando aperta la possibilità di adozione di qualunque provvedimento "atipico" da parte del Giudice Amministrativo.

La nuova disposizione legislativa è quindi largamente assimilabile alle previsioni dell'art. 700 CpC (elevato a parametro di coerenza costituzionale delle misure cautelari dalla stessa Corte Costituzionale – cfr. sent. n. 190 del 1985 cit.) con applicazione ancor più ampia e generalizzata dello stesso art. 700 CpC, non utilizzabile allorché sia possibile fare ricorso ad altre forme tipiche di tutela cautelare.

In tale prospettiva, pertanto, la norma ha cancellato ogni dubbio sull'ammissibilità anche di ordinanze cautelari c.d. "propulsive" – peraltro già adottate in precedenza dal giudice amministrativo – comportanti anche obblighi di "facere" da parte dell'amministrazione.

2. La stessa norma, recependo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 1 del 2000) ha ammesso espressamente tra le misure cautelari adottabili dal Giudice Amministrativo "*l'ingiunzione a pagare una somma*" di denaro, applicabile fisiologicamente negli ambiti di giurisdizione esclusiva, nei casi in cui abbiano un rilievo rivendicazioni di diritti patrimoniali.

All'ammissibilità di una ingiunzione di pagamento assunta in sede cautelare deve poi aggiungersi l'ulteriore previsione dell'art. 8 della legge n. 205 del 2000 che ha introdotto nelle materie di giurisdizione esclusiva anche la tutela sommaria propria delle ingiunzioni di pagamento e delle ordinanze ingiunzionali.

Le misure cautelari ingiuntive del pagamento di somme di denaro - confermate nel Codice del processo amministrativo - possono essere adottate in tutti quei casi in cui il ricorrente non si trovi nelle condizioni di avvalersi delle forme di tutela sommaria (ad es.: per mancanza di certezza, esigibilità e liquidità del credito) ma comunque riesca a far valere un pregiudizio grave e irreparabile conseguente al mancato versamento della somma di denaro pretesa dall'amministrazione.

In presenza di tale situazione, pertanto, al Giudice Amministrativo è dunque stato riconosciuto, per ragioni di giustizia sostanziale, il potere di attribuire al ricorrente interinalmente la somma richiesta o parte di essa.

3. La maggiore ampiezza delle misure cautelari, adottabili dal Giudice Amministrativo, devono comunque rispondere al principio di "strumentalità", ponendosi esse in rapporto strumentale rispetto alla decisione di merito, cioè a dire potendo avere solo un effetto anticipatorio della decisione di merito.

Altresì esse devono rispondere al principio della "continenza" ai sensi del quale la misura cautelare per quanto atipica non può avere effetti più ampi di quelli che avrebbe la decisione di ratio.

4. I presupposti dell'azione cautelare disciplinata dalla legge n. 205 del 2000 hanno continuato ad essere il "*periculum in mora*" e il "*fumus giuridico*", assumendo peraltro connotati parzialmente diversi rispetto al regime previgente.

Il "*periculum in mora*" ha assunto infatti i connotati del "*pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione*": non più quindi "*danno grave ed irreparabile*" ma "*pregiudizio grave ed irreparabile*", con una qualificazione che ha perso la sua originaria connotazione tipicamente patrimoniale ("*danno*") per estendersi a qualsiasi inconveniente anche di natura non patrimoniale determinato dall'esecuzione dell'atto impugnato (o dalla mancata assunzione del provvedimento atteso).

Ciò ha assunto rilievo particolare con la (finalmente) riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi: il pregiudizio può sussistere anche per il caso in cui sia risarcibile il danno patrimoniale eventualmente arrecato dal provvedimento illegittimo,

andando questo comunque ad incidere sulla posizione giuridica del ricorrente al di là dell'effetto ripristinatorio conseguente all'esercizio dell'azione di condanna.

Il pregiudizio grave assistito dalle misure cautelari non ha riguardato più soltanto l'esecuzione di provvedimenti ed atti adottati dall'amministrazione, ma anche la mancata assunzione di atti da parte della stessa.

In tal senso deve leggersi il riferimento al "*comportamento inerte dell'amministrazione*" nei cui confronti è stata consentita la tutela cautelare, avendo riguardo agli atti dovuti dall'amministrazione anche a seguito dell'attività sollecitatoria posta in essere dal privato ai sensi della legge n. 241 del 1990.

Tale ambito di tutela cautelare, pur apprezzabile nello scopo perseguito dal legislatore di colpire l'inerzia dell'Amministrazione laddove essa è idonea ad arrecare un pregiudizio irreparabile, è parsa subito di applicazione residuale a seguito dell'introduzione dell'art. 21 bis della legge n. 241 del 1990 che ha regolato con un rito in camera di consiglio assai sollecito i giudizi nei confronti del silenzio dell'amministrazione.

Ultimo elemento da considerare ai fini della valutazione del *periculum* come individuato della legge n. 205 del 2000 è il profilo temporale, posto che la norma lo correla "*al tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso*".

Sul punto la dottrina si è lungamente divisa sull'individuazione dell'interesse tutelato dalla disposizione ma deve ritenersi che esso sia posto a garanzia del ricorrente, per porlo al riparo degli effetti negativi collegati al tempo necessario ad avere la decisione sulla pretesa azionata.

E' quindi con riferimento alla situazione del ricorrente che deve essere valutato tale elemento temporale e non anche in relazione all'efficienza o al carico di lavoro dell'ufficio giudiziario.

Per quanto efficiente questo sia e celere sia lo sviluppo del processo, il pur breve tempo occorrente per pervenire alla decisione potrebbe comunque arrecare pregiudizio alla posizione giuridica del ricorrente, che si vedrebbe quindi riconosciuto, in tempi solleciti, le pretese azionate ma comunque in una situazione anche solo in parte compromessa.

5. Il *fumus* giuridico necessario per l'assunzione della misura cautelare ha trovato specifica qualificazione nella legge di riforma (sempre l'art. 3 della legge n. 205 del 2000) laddove ha prescritto che l'ordinanza cautelare dovesse indicare “*i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*”.

Trattasi dunque di un giudizio sulle probabilità dell'esito (positivo o negativo) del ricorso che il giudice è chiamato ad esprimere già in sede di assunzione della misura cautelare, in tal senso modificando la configurazione operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1 del 1978 (*supra* cap. I, par C2) ove la valutazione del *fumus* in sede cautelare era stato limitato alla “*non manifesta infondatezza*” dell'azione proposta.

Ciò ha anche inevitabilmente mutato il rapporto effettuale tra le pronunce in sede di appello sulle ordinanze cautelari ed il giudizio di primo grado, laddove la valutazione prognostica della fondatezza del ricorso sia diversa tra i due giudici.

6. La legge n. 205 del 2000 ha poi introdotto, con valenza generale, l'istituto della cauzione che poteva essere imposta dal giudice amministrativo nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare fossero derivati effetti irreversibili.

Tale cauzione poteva essere prescritta sia nel caso in cui il provvedimento cautelare fosse stato concesso sia nel caso in cui fosse stato negato.

Non poteva però mai essere imposta la cauzione quando l'istanza cautelare avesse avuto riguardo ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

La novità introdotta dalla riforma non era da cogliere nell'istituto in sé, già previsto da altre specifiche norme per casi individuati (art. 8 l. n. 166/1975, art. 9 l. n. 227/1975 etc.) ma per sua applicazione generalizzata, con l'unica eccezione per quelle situazioni in cui fossero stati rivendicati beni di primario rilievo costituzionale.

La cauzione poteva essere imposta a colui che era risultato vincitore nel procedimento cautelare e quindi al ricorrente in caso di accoglimento della domanda o all'amministrazione in caso di suo rigetto.

Essa costituiva una misura necessariamente accessoria alla misura cautelare concessa o negata e mirava a ristorare il soggetto vincitore nel merito di danni che gli erano derivati dalla non esecuzione del provvedimento impugnato nelle more del giudizio, legittimata dalla misura cautelare, ovvero dalla esecuzione del provvedimento, ove la misura cautelare fosse stata negata.

La sua prescrizione – comunque facoltativa – presupponeva dunque da parte del giudice amministrativo, una valutazione ulteriore rispetto alla verifica della sussistenza del *periculum* e del *fumus* comunque necessari per l'assunzione della misura cautelare.

C. Le misure cautelari provvisorie in corso di causa

1. L'Adunanza Plenaria n. 1 del 2000 aveva ribadito la necessaria assunzione in forma collegiale dei provvedimenti decisorii, anche cautelari, nel processo amministrativo, in assenza di espresse previsioni normative.

Rispondendo alla domanda di una più rapida ed efficace assunzione di misure cautelari l'art. 3 della legge n. 205 del 2000 ha introdotto quindi una nuova misura cautelare provvisoria in corso di causa, rimessa alle determinazioni del solo Presidente dell'organo giudiziario adito (il tribunale amministrativo regionale ovvero il Consiglio di Stato in sede di giudizio di impugnazione sia dell'ordinanza cautelare che della sentenza di merito).

2. Il presupposto di tale nuova misura cautelare è stato individuato nella sussistenza di una "*estrema gravità e urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*".

Trattasi di una peculiare situazione che il ricorrente doveva necessariamente rappresentare al Giudice adito con l'apposita istanza con la quale era richiesta tale specifica misura cautelare.

L'istanza non doveva necessariamente essere inserita nel ricorso introduttivo del giudizio ma poteva essere presentata anche autonomamente, non prima, comunque, della notificazione del ricorso introduttivo, trattandosi comunque di misura cautelare in corso di causa e non *ante causam*.

La presentazione separata dal ricorso comportava comunque l'obbligo per il ricorrente di notificare l'istanza alle stesse parti cui ha notificato il ricorso.

Posto il carattere provvisorio di tale misura cautelare, essendo destinata ad operare solo sino alla decisione collegiale sulle misure cautelari definitive richieste dal ricorrente, poteva essere concessa solo se era stata altresì formulata la richiesta di tali misure cautelari definitive.

3. La misura cautelare provvisoria poteva essere concessa “*anche in assenza di contraddittorio*”.

In realtà – a differenza delle misure cautelari *ante causam* regolate dal Codice di procedura civile e segnatamente dall'art. 700 CpC – il contraddittorio era comunque assicurato dalla notifica dell'istanza a tutte le parti del giudizio: in tale specifica sede non era però necessaria l'audizione delle parti.

Peraltro il Giudice adito poteva sempre disporre l'audizione delle parti prima di decidere sull'istanza e doveva comunque verificare che l'istanza fosse stata ritualmente notificata.

4. La competenza ad assumere la misura cautelare provvisoria è stata assegnata dalla legge n. 205 del 2000 al Presidente del tribunale amministrativo regionale adito ovvero, ove il ricorso notificato fosse stato già stato assegnato ad una sezione, al Presidente della sezione.

Le legge n. 205 non prevedeva quindi la delegabilità della funzione da parte del Presidente, fatti salvi i casi di assenza o impedimento di quest'ultimo: in tali evenienze, infatti, l'“*estrema gravità e urgenza*” della misura cautelare richiesta imponeva l'intervento di un'altro magistrato nell'esercizio della funzione.

5. L'ambito delle misure cautelari provvisorie adottabili dal Presidente del TAR (o del Consiglio di Stato) era il medesimo delle misure cautelari collegiali, potendo quindi essere assunto qualsiasi provvedimento atto ad assicurare l'effettiva tutela del ricorrente.

Peraltro, considerata l'intrinseca provvisorietà della misura cautelare in questione, esso poteva avere contenuto anche differente rispetto alla misura cautelare definitiva, essendo diretto ad assicurare una specifica tutela limitata nel tempo.

6. Sull'istanza di misure cautelari provvisorie il Presidente del TAR (ovvero della Sezione) doveva disporre con decreto motivato.

La motivazione era limitata alla sola sussistenza del requisito della indilazionabile urgenza a provvedere ma anche sul *fumus* giuridico della pretesa dedotta in giudizio, dovendosi peraltro ritenere non necessaria una valutazione prognostica dell'esito del ricorso (riservata alle ordinanze cautelari collegiali) bensì una più limitata e provvisoria disamina quantomeno dei presupposti processuali dell'azione di merito introdotta (sussistenza della giurisdizione, ricevibilità del ricorso etc.).

Tale limitato ambito di esame appare necessariamente correlato al rapporto di autonomia di tale provvedimento provvisorio e la successiva ordinanza collegiale; questa non era chiamata a confermare, revocare o modificare il decreto presidenziale, ma a sostituirsi ad esso, che cessava di manifestare la sua efficacia alla data della camera di consiglio in cui l'istanza cautelare definitiva viene esaminata.

Tale efficacia limitata *ex lege* nel tempo non era nella disponibilità del Giudice o delle parti. Conseguentemente qualora l'istanza di misure cautelari definitive non fosse stata esaminata alla camera di consiglio fissata per la sua trattazione (la prima utile successiva all'adozione del decreto presidenziale) in ogni caso la misura cautelare provvisoria avrebbe perso la sua efficacia ed il Presidente non avrebbe potuto disporre la proroga.

Unica eccezione a tale regola appare l'ipotesi del mero rinvio della camera di consiglio: in tal caso non poteva infatti ritenersi verificato il presupposto previsto dalla norma per la cessazione degli effetti della misura cautelare provvisoria assunta.

7. Il decreto presidenziale, proprio in ragione della sua limitata efficacia temporanea, non era appellabile.

Ma era sempre revocabile o modificabile dal Presidente su istanza di parte in presenza di “fatti sopravvenuti”, in virtù della norma di carattere generale introdotta dalla legge n. 205 del 2000 riguardante tutte le misure cautelari concesse.

In considerazione delle modalità di assunzione del decreto presidenziale, tali “fatti sopravvenuti” potevano essere costituiti anche dalle produzioni documentali allegate all’istanza di revoca o di modifica che la parte resistente non aveva avuto modo di depositare in giudizio prima dell’assunzione del decreto.

D. L’appello delle ordinanze cautelari

1. L’appellabilità delle ordinanze cautelari era già stata ammessa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 1 del 1978) ma ha trovato espressa regolamentazione normativa con la legge n. 205 del 2000, che ha modificato l’art. 28 della legge n. 1034 del 1971.

Con tale disposizione è stato previsto che nei confronti delle ordinanze cautelari “è ammesso ricorso in appello, da proporre nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell’ordinanza ovvero di centoventi giorni dalla comunicazione del deposito dell’ordinanza stessa nella segreteria” (art. 3 legge n. 205 del 2000).

2. In ragione dell’espresso richiamo contenuto nell’art. 21 della legge n. 1034 del 1971 come novellato dall’art. 3 della legge n. 205 del 2000, al giudizio in appello si sono applicate le medesime disposizioni del giudizio cautelare in primo grado.

Conseguentemente il rito da applicare era quello in camera di consiglio e l’appello doveva essere deciso con ordinanza.

Il giudizio di appello poteva concludersi anche con una pronuncia di improcedibilità, qualora nelle more fosse intervenuta la decisione di merito nel giudizio di primo grado: in tal caso, infatti, la misura cautelare concessa in primo grado veniva necessariamente meno ovvero quella negata in primo grado non poteva essere più concessa, essendo intervenuta la decisione sul ricorso (per il carattere strumentale della misura cautelare e la natura incidentale del relativo giudizio).

E. La revocabilità delle misure cautelari

1. La legge di riforma (art. 3 della legge 205 del 2000) ha poi ammesso, in via generale (come sopra riguardato nell'affrontare le misure cautelari provvisorie), la revocabilità o modificabilità delle ordinanze cautelari su istanza di parte.
2. Tale possibilità era già stata affermata in precedenza dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 49 del 1998) sulla base di istanze fondate su “*nuove ragioni di fatto e di diritto*”.

La nuova disciplina è stata intesa dalla dottrina e parte della giurisprudenza limitare tale revocabilità o modificabilità ai soli “*fatti sopravvenuti*” escludendo pertanto le nuove “*ragioni di diritto*”.

In ogni caso sono stati ritenuti per “*fatti sopravvenuti*” solo quelli che non erano conosciuti o conoscibili, secondo ordinaria diligenza, all'atto della presentazione del ricorso.

3. A fronte della riconosciuta possibilità di formulare istanze di revoca o modifica delle misure cautelari assentite, è stata ritenuta parimenti ammissibile la riproposizione dell'istanza di misure cautelari (in precedenza negate) sempreché anch'essa fondata su “*fatti sopravvenuti*”.

Peraltro l'istanza era comunque riproponibile anche in caso di proposizione di motivi aggiunti e – quindi – con l'introduzione nel giudizio di ulteriori censure di illegittimità dei provvedimenti o atti impugnati.

F. L'esecuzione delle misure cautelari

1. Allineandosi all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 6 del 1982), la legge n. 205 del 2000 ha riconosciuto espressamente al giudice amministrativo il potere di portare coattivamente in esecuzione le misure cautelari non adempiute ovvero solo parzialmente adempiute.
2. La procedura fissata dall'art. 3 della legge 205 del 2000 è stata la medesima delineata dal Consiglio di Stato: la parte interessata dovesse formulare istanza

motivata da notificare a tutte le altre parti del giudizio e chiedere al Giudice Amministrativo di assumere “*le opportune disposizioni attuative*”.

Tra queste ultime doveva ritenersi inclusa anche la nomina di un Commissario ad acta.

3. La legge n. 205 del 2000 ha stabilito che nell’assumere tali disposizioni attuative il Giudice Amministrativo esercitava “*i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all’art. 27, primo comma, n. 4 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*”, ribadendo così che la fase di esecuzione coattiva delle misure cautelari concesse non era attuata con l’istituto del giudizio di ottemperanza (confermando anche in questo caso la linea interpretativa dell’Adunanza Plenaria) ma che i poteri del Giudice erano i medesimi del giudizio di ottemperanza, in ragione della piena dignità decisoria (del giudizio cautelare) riconosciuta all’ordinanza cautelare.
4. Considerata l’ampiezza e l’atipicità delle misure cautelari concedibili, altrettanto articolate e variegata avrebbero potuto essere le “*opportune disposizioni attuative*”, non riconducibili pertanto a forme tipizzate, soprattutto in presenza di interessi pretensivi azionati in giudizio.

G. La procedura nei procedimenti cautelari

1. La legge n. 205 del 2000 non ha innovato le regole procedurali del giudizio cautelare, che sono rimaste le medesime fissate dall’art. 36 del RD n. 642 del 1907. Esso infatti ha continuato ad essere azionato con la proposizione di un’istanza notificata alle parti del giudizio, anche disgiuntamente dal ricorso.
L’amministrazione e le altre parti vocate in giudizio, entro dieci giorni dalla notifica della domanda cautelare potevano depositare memorie o istanze nella segreteria.
L’istanza cautelare era esaminata nella prima camera di consiglio successiva al termine di dieci giorni.
Il Presidente poteva abbreviare il termine.

2. Conseguentemente anche successivamente alla legge n. 205 del 2000 hanno trovato applicazione i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria (sentenza n. 2/1985) posti a tutela della pienezza del contraddittorio.

* * *

III. Le tutele cautelari speciali - il rito abbreviato dell'art. 23 bis della legge 205 del 2000 e del D.Leg.vo n. 53 del 2010

A. Le tutele cautelari speciali

1. Prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo il legislatore aveva in taluni casi regolato con speciali modalità la tutela cautelare.
Così per i collaboratori di giustizia ammessi, anche provvisoriamente, a speciali misure di protezione, il provvedimento di ammissione non poteva formare oggetto di istanza di sospensione ex art. 21 della legge n. 1034 del 1971 (art. 10 del DL n. 8 del 1991 convertito in legge n. 82 del 1991).
Nei confronti invece dei provvedimenti di trasferimento e destinazione d'ufficio dei magistrati ordinari in sedi disagiate, l'eventuale sospensione del provvedimento di trasferimento aveva un'efficacia limitata a due mesi (legge n. 133 del 1998).

B. L'art. 23 bis della legge n. 205 del 2000 e il D.Leg.vo n. 53 del 2010

1. La legge n. 205 del 2000 aveva anche introdotto, per particolari materie, un rito speciale "accelerato" anche per il giudizio cautelare (art. 23 bis legge n. 1034 del 1971).
Per tutte tali materie (che attengono, tra l'altro, ai provvedimenti assunti dalle autorità indipendenti, ai provvedimenti relativi a procedure espropriative, ai provvedimenti di nomina adottati previa delibera del Consiglio dei Ministri etc.) – tutte ritenute dal legislatore necessarie di sollecita definizione in caso di contenzioso – i termini processuali sono stati tutti dimezzati, con l'unica esclusione di quelli per la proposizione del ricorso.

In tal senso, pertanto, i termini per la fissazione della camera di consiglio per la trattazione delle istanze di misura cautelare sono stati ridotti a cinque giorni, mentre all'eventuale giudizio di appello relativo alle ordinanze sulle misure cautelari richieste potevano intendersi applicabili i termini ridotti previsti per l'appello avverso le sentenze di merito (trenta giorni dalla notifica e 120 giorni dal deposito).

2. Per tali particolari materie, la legge n. 205 del 2000 ha introdotto una peculiare forma di tutela cautelare, prevedendo che ove il Giudice adito avesse riscontrato la possibile illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile per il ricorrente doveva fissare la discussione nel merito del ricorso alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dal deposito dell'ordinanza.

Le misure cautelari potevano essere disposte solo *“in caso di estrema gravità e urgenza”* e solo nel caso in cui il Giudice aveva riscontrato, ad un sommario esame, *“una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso”*.

3. In caso di rigetto della misura cautelare e – quindi – in caso di mancata immediata fissazione dell'udienza di discussione, il giudice di appello – ove avesse riformato il provvedimento negativo – doveva trasmettere il provvedimento da esso adottato al Tribunale Amministrativo Regionale che era tenuto a fissare immediatamente l'udienza di merito.

Evidentemente, nel caso contrario (di riforma in sede di appello della ordinanza che aveva ritenuto sussistenti le condizioni per l'immediata fissazione dell'udienza di discussione), il giudizio di merito avrebbe seguito il suo corso ordinario.

4. La fissazione immediata dell'udienza prevista dalla legge n. 205 del 2000 non costituiva peraltro una misura cautelare, posto che il provvedimento impugnato rimaneva perfettamente efficace per tutto il periodo sino alla pubblicazione della sentenza di merito (sia pure nelle forme del dispositivo) e – anche in questo caso – sino a quando l'amministrazione ne avesse dato spontanea applicazione.

In caso contrario il ricorrente avrebbe dovuto avvalersi degli strumenti coercitivi propri delle sentenze e non delle misure cautelari.

In tali particolari materie, pertanto, nel caso in cui non fosse stata riconosciuta dal giudice l'estrema gravità e urgenza, la tutela cautelare era sostanzialmente elusa.

5. In senso diametralmente opposto hanno operato invece gli strumenti di tutela in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici come disciplinati dal D.Leg.vo n. 53 del 2010.

Recependo la Direttiva 2007/66/CE in materia di procedure di ricorso relative all'aggiudicazione di appalti pubblici – e quindi conformandosi all'ordinamento comunitario – il legislatore delegato ha fissato alcune peculiari regole procedurali riguardanti anche il giudizio cautelare.

In primo luogo il Decreto Legislativo 53 ha statuito – come ricordato - la competenza territoriale inderogabile nei giudizi aventi ad oggetto tutti gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e relativi incarichi di progettazione e di attività tecnico – amministrativa, fissando altresì termini ridotti a trenta giorni per la presentazione dei ricorsi.

La competenza territoriale doveva essere valutata, anche d'ufficio, prima di ogni altra questione già in sede cautelare.

La proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare determinava effetti automaticamente paralizzanti l'attività dell'amministrazione per la stipula del contratto, posto che tale stipulazione – che non poteva (e non può) comunque avvenire prima di 35 giorni dall'aggiudicazione definitiva - restava preclusa dal momento della notificazione dell'istanza cautelare e per i successivi venti giorni, a condizione che in tale arco temporale fosse intervenuto almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo di sentenza.

Tale effetto sospensivo veniva (e viene) meno in caso di intervenuta dichiarazione di incompetenza del giudice adito, di mancata concessione di misure cautelari ovvero di rinvio al merito dell'esame della misura cautelare.

L'istanza cautelare doveva essere notificata a tutte le parti cui era notificato il ricorso (se disgiunta da quest'ultimo) e le parti stesse potevano presentare istanze o memorie nei cinque giorni successivi alla ricevuta notificazione.

La domanda cautelare doveva comunque essere trattata alla prima udienza utile in camera di consiglio, scaduto tale termine di cinque giorni ed il giudice decideva su di essa, anche in caso di incombenti istruttori, di concessione di termini a difesa ovvero di incidenti processuali.

L'appello avverso l'ordinanza cautelare doveva essere proposto entro il termine di 15 giorni decorrenti dalla sua comunicazione o, se anteriore, dalla sua notificazione. Gli stessi termini e la stessa procedura si applicavano in sede di appello avverso le ordinanze cautelari in primo grado.

C. Un fenomeno patologico: il "turismo cautelare"

1. Il carattere intrinsecamente urgente della tutela cautelare, in unione con la derogabilità della competenza territoriale dei tribunali amministrativi regionali vigente prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo aveva determinato un fenomeno assai particolare, definito comunemente come "turismo cautelare".
2. Forzando la derogabilità della competenza territoriale e considerando che la proposizione del regolamento di competenza non precludeva al giudice adito di pronunciarsi sulla domanda cautelare i ricorrenti, nella sostanza, si sceglievano il giudice amministrativo cui sottoporre – unitamente al ricorso – l'istanza cautelare. Scelta che – ovviamente – era determinata dalla conoscenza dell'orientamento di quel determinato giudice sulle questioni oggetto del ricorso e sulla misura cautelare richiesta.
3. Non essendo chiamato a pronunciarsi sulla propria competenza (e non dovendo farlo d'ufficio al di fuori dei casi tassativi casi di competenza inderogabile fissati dalla legge), il giudice amministrativo adito si pronunciava sulla misura cautelare richiesta, assumendo quindi provvedimenti cautelari anche relativi a controversie per le quali esso era sicuramente incompetente territorialmente.

4. A fronte di tale anomalo fenomeno il legislatore è prima intervenuto ampliando progressivamente gli ambiti di competenza territoriale inderogabile, poi con il D.Leg.vo n. 53 del 2010 in materia di procedura di affidamento di contratti pubblici, e – quindi – introducendo in via generale nel Codice del processo amministrativo l'inderogabilità della competenza territoriale dei tribunali amministrativi regionali.

* * *

Capitolo Secondo

La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo

1. Il Codice del processo amministrativo (d'ora in poi il **Codice**) dando attuazione alle previsioni dell'art. 44, comma 2, lett. f) della legge di delega n. 69 del 2009 ha "*riordinato la tutela cautelare*" anche generalizzando – come indicato dal legislatore delegato – quella "*ante causam*" introdotta per la prima volta nel processo amministrativo nel 2006 limitatamente alle controversie relative all'applicazione del D.Leg.vo n. 163 del 2006 (il Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture).

2. Tale riordino è stato attuato prioritariamente con l'organica disciplina del "Procedimento cautelare" contenuta nel Libro II del Codice relativo al "*Processo amministrativo di primo grado*" (artt. 55 – 62), la cui applicazione è stata estesa anche al giudizio di appello sia in forza del rinvio interno operato dall'art. 38 sia in forza di espresso richiamo (art. 98, secondo comma).
L'introduzione generalizzata della tutela cautelare *ante causam*, per il suo carattere innovativo, ne impone una specifica analisi anche con riferimento ai corrispondenti procedimenti cautelari del giudizio civile.

I. La tutela cautelare in corso di causa nel Codice del processo amministrativo

I.1 Le misure cautelari collegiali (art. 55)

A. *Le modifiche introdotte alla procedura per l'adozione delle misure cautelari collegiali*

1. Come sopra ricordato, anche successivamente alle modifiche introdotte dalla legge n. 205 del 2000 al giudizio cautelare, la procedura era rimasta quella fissata dall'art. 36 del RD n. 642 del 1907.

Conseguentemente:

- (i) l'istanza cautelare poteva essere proposta unitamente o disgiuntamente al ricorso e, in tale ultimo caso, doveva comunque essere notificata a tutte le parti del giudizio;
- (ii) l'amministrazione e le altre parti vocate in giudizio avevano 10 giorni dalla notifica per depositare memorie o istanze in segreteria;
- (iii) l'istanza cautelare doveva essere esaminata dal Giudice Amministrativo nella prima camera di consiglio successiva alla scadenza di tale termine di 10 giorni.

2. Il Codice ha ridisciplinato integralmente tali aspetti procedurali.

La domanda cautelare può ancora essere proposta sia unitamente al ricorso di merito sia distintamente dallo stesso ma in tal caso essa deve essere comunque formulata con uno specifico ricorso, notificato alle altre parti del giudizio (art. 55, comma 3).

L'individuazione del ricorso come strumento processuale da impiegare per la proposizione della domanda cautelare in via autonoma rispetto al ricorso di merito definitivamente qualifica la distinzione del procedimento cautelare rispetto al procedimento di merito, fermo restando il suo carattere di strumentalità e di incidentalità rispetto al secondo.

La trattazione della domanda cautelare è ora sottoposta ad una condizione di procedibilità, costituita dalla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito, fatto salvo il caso che essa debba essere fissata d'ufficio (art. 55, comma 4).

L'ammissibilità di tale condizione è già stata riconosciuta costituzionalmente legittima dalla Corte Costituzionale, pur avendo essa (sentenza n. 403 del 2007) affermato la non assoggettabilità dei provvedimenti cautelari a condizioni di procedibilità.

Ciò trova giustificazione nel fatto che la condizione di procedibilità prevista dal quarto comma dell'art. 55 del Codice è relativa ad un adempimento processuale rimesso unicamente al ricorrente e nella sua esclusiva responsabilità.

Conseguentemente la tutela cautelare richiesta dal ricorrente non potrebbe essere ritardata ovvero anche preclusa da attività di terzi ovvero da circostanze che il ricorrente non sarebbe in grado di controllare ovvero di rimuovere.

Se pure è vero che l'istanza di fissazione dell'udienza di merito può essere presentata anche da una qualsiasi delle parti vocate in giudizio, è sicuramente vero che essa – *in primis* – possa essere presentata dal ricorrente, che pertanto è in grado di rimuovere direttamente – senza alcuna necessaria collaborazione ovvero interferenza di terzi – la condizione di procedibilità introdotta dal Codice.

Deve dunque ritenersi che la condizione di procedibilità in esame non contrasti con precetti costituzionali.

3. Per la trattazione della domanda cautelare devono ricorrere due condizioni:
 - (i) devono essere decorsi venti giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica, anche per il destinatario;
 - (ii) devono essere decorsi dieci giorni dal deposito del ricorso.

La domanda cautelare deve essere trattata alla prima camera di consiglio successiva al verificarsi dell'ultima delle due condizioni indicate (art. 55, comma 5).

Posto che la data di camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare è individuabile direttamente dalle parti del giudizio in ragione del verificarsi delle circostanze previste dalla norma, ove il Giudice Amministrativo non la differisca ad altra data non deve ritenersi necessaria la comunicazione della cancelleria.

In caso di differimento della data, invece, devono ritenersi ancora applicabili i principi già fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che hanno previsto – a piena garanzia del contraddittorio – la comunicazione dell'avviso di fissazione della camera di consiglio a tutte le parti del giudizio.

4. Le parti del giudizio possono presentare memorie e documenti sino a due giorni liberi prima della camera di consiglio (art. 55, comma 5) e solo "*per gravi ragioni*" il Collegio può autorizzare la produzione di documenti direttamente alla camera di consiglio, fermo restando l'obbligo di consegnare copia degli stessi alle altre parti prima dell'inizio della discussione (art. 55, comma 8).

Resta pertanto esclusa la possibilità di depositare memorie alla camera di consiglio, posto che la norma riconosce al Giudice tale potere autorizzatorio limitatamente ai documenti.

5. Le parti possono costituirsi sino alla camera di consiglio (ferme le preclusioni maturatesi precedentemente in ordine alla produzione di memorie e documenti) e i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta. La trattazione orale deve comunque essere connotata da sinteticità (art. 55, comma 7).
6. La pienezza ed effettività del contraddittorio, con particolare riguardo alle amministrazioni resistenti e ai controinteressati, ha costituito l'obiettivo principale perseguito dal legislatore delegato nella regolazione del nuovo rito cautelare.

In tale prospettiva devono infatti inquadrarsi:

- (i) i più ampi termini previsti per la fissazione della camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare;
- (ii) la specifica previsione del perfezionamento della notifica della domanda cautelare nei confronti del destinatario (l'amministrazione ed i controinteressati), posto che nei confronti del ricorrente la notifica si ha per perfezionata con la consegna all'ufficiale giudiziario ovvero con la spedizione a mezzo posta.

Dovendo il Giudice verificare il maturarsi del termine prescritto dalla norma, il Codice ha introdotto un temperamento al rigore di tale adempimento, consentendo al ricorrente, ove la notifica sia stata effettuata a mezzo posta, di provare il perfezionamento della notifica "*producendo copia dell'attestazione del servizio di monitoraggio della corrispondenza sul sito internet delle poste*".

In tal caso è comunque fatta salva la prova contraria (art. 55, comma 6);

- (iii) la fissazione di un termine per il deposito di memorie e documenti per la camera di consiglio.

La particolare attenzione posta alla tutela del contraddittorio impone di valutare se per la fissazione della camera di consiglio debbano essersi perfezionate tutte le notifiche a tutti i soggetti controinteressati ovvero soltanto all'amministrazione e ad uno di essi.

Il tenore testuale della norma (“*perfezionamento, anche per il destinatario, dell’ultima notificazione*”), in combinato disposto del comma 12 del medesimo art. 55, che attribuisce al Giudice Amministrativo, in sede cautelare, di adottare, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare oltre la completezza dell’istruttoria e anche l’integrità del contraddittorio, portano a ritenere che ai fini della trattazione della domanda cautelare il ricorso possa essere notificato solo all’amministrazione resistente e ad un controinteressato e che solo nei confronti di tali soggetti le notifiche si siano perfezionate.

L’eventuale integrazione del contraddittorio agli altri controinteressati potrà infatti essere disposta dal Giudice Amministrativo in sede di trattazione della domanda cautelare.

Una diversa interpretazione della norma onererebbe il ricorrente, per la trattazione della domanda cautelare, della individuazione di tutti i soggetti controinteressati e della notificazione del ricorso a ciascuno di essi, in palese contrasto con le ragioni di celerità (comunque attenuate) proprie del rito cautelare.

7. Pur con tali limitati temperamenti non può negarsi che il procedimento cautelare come ridefinito dal Codice abbia perso gran parte della snellezza e rapidità che lo avevano caratterizzato per circa un secolo, imponendo tempi per l’assunzione di provvedimenti cautelari assai più lunghi e adempimenti prima non previsti.

Peraltro, considerati gli effetti che i provvedimenti cautelari sono in grado di determinare sulla operatività e sulla funzionalità delle pubbliche amministrazioni nonché gli effetti dei provvedimenti stessi sui soggetti controinteressati, non può negarsi l’utilità del rafforzamento del contraddittorio.

Della maggiore compiutezza del contraddittorio troverà sicuro giovamento anche il Giudice Amministrativo, che potrà assumere le proprie determinazioni anche con una maggiore conoscenza delle situazioni e con una migliore ponderazione sulle deduzioni in fatto e in diritto contenute nelle memorie e nei documenti presentati non già direttamente alla camera di consiglio, bensì due giorni prima di tale data.

E’ peraltro presumibile che la dilatazione dei tempi per l’assunzione dei provvedimenti cautelari collegiali determinerà un più ampio ricorso della tutela

cautelare provvisoria di competenza del Presidente dell'Organo di Giustizia Amministrativa adito in forma monocratica, regolata all'art. 56 del Codice.

B. *Ancora sulla procedura: la competenza inderogabile*

1. Il manifestarsi del fenomeno patologico denominato efficacemente “*turismo cautelare*” ha indotto il legislatore delegato ad introdurre in via generale la competenza territoriale inderogabile dei tribunali amministrativi regionali e la rilevabilità d'ufficio dell'eventuale incompetenza del Giudice Amministrativo adito.

In tale contesto, l'art. 55, comma 13, del Codice ha disposto che il giudice adito possa assumere le misure cautelari solo ove si ritenga competente.

Pertanto la disamina della propria competenza costituisce la prima valutazione che il Collegio deve effettuare in sede di giudizio cautelare.

2. Ove rilevi la propria incompetenza – sia essa territoriale inderogabile (art. 13) sia essa funzionale inderogabile (art. 14) – il Giudice adito per la richiesta di misure cautelari può assumere alternativamente, diversi provvedimenti:

- (i) può richiedere d'ufficio, con ordinanza, il regolamento di competenza (art. 15, comma 5);
- (ii) può limitarsi a dichiarare, con ordinanza, la propria incompetenza (art. 16, comma 2).

In entrambi i casi, comunque:

- a) non può assumere il provvedimento cautelare;
- b) deve necessariamente indicare il tribunale amministrativo regionale ritenuto competente.

Tale ultima indicazione assume rilievo essenziale ai fini dell'esercizio della tutela cautelare posto che il Giudice Amministrativo indicato nell'ordinanza che ha declinato la competenza ovvero ha sollevato il regolamento di competenza deve necessariamente pronunciarsi sull'istanza cautelare riproposta dinanzi a lui dal ricorrente, anche qualora si ritenga a sua volta incompetente.

3. Diverse solo le modalità di riproposizione della domanda cautelare dinanzi al Giudice indicato come competente nei due casi sopra individuati:

(i) il presenza di una richiesta d'ufficio di regolamento di competenza (che da avvio al giudizio incidentale dinanzi al Consiglio di Stato, che si pronuncia sulla competenza con ordinanza - art. 15, comma 3 e comma 8 – assunta in camera di consiglio – art. 15, comma 6 -) il ricorrente, nella pendenza della decisione sul regolamento di competenza, può “*riproporre le istanze cautelari*” al Giudice indicato in sede di regolamento di competenza.

La norma (art. 15, comma 7) non chiarisce se la “*riproposizione dell’istanza*” comporti altresì la riproposizione del ricorso nella sua integralità. Posto che la riassunzione del giudizio è prevista solo a seguito dell’ordinanza che ha risolto la questione di competenza, (art. 16, comma 2) deve ritenersi che la riproposizione dell’istanza sia limitata alla domanda di misure cautelari al tribunale amministrativo indicato come competente, da effettuare con autonomo ricorso ai sensi dell’art. 55, comma 3;

(ii) in presenza di una ordinanza che declini la competenza del Giudice adito, non attivando essa il procedimento incidentale dinanzi al Consiglio di Stato, (ma limitandosi ad indicare il tribunale amministrativo ritenuto competente dal Giudice stesso) il ricorrente può assumere due distinti comportamenti:

a) può riassumere direttamente il giudizio dinanzi al tribunale amministrativo regionale indicato come competente entro 30 giorni dalla comunicazione dell’ordinanza che ha declinato la competenza, riproponendo in tale sede la domanda cautelare;

b) può impugnare l’ordinanza che ha declinato la competenza proponendo istanza di regolamento di competenza dinanzi al Consiglio di Stato (entro 30 giorni dalla notificazione dell’ordinanza ovvero entro 60 giorni dalla sua pubblicazione) e riproporre l’istanza cautelare, con autonomo ricorso, dinanzi al tribunale amministrativo regionale indicato come competente.

In entrambi i casi, comunque, il tribunale amministrativo indicato come competente è tenuto ad esprimersi sulla domanda cautelare, anche qualora si ritenga anch’esso incompetente e sollevi d’ufficio il regolamento di competenza. Tale eventualità, peraltro, è limitata al caso di riassunzione del

giudizio operata direttamente dal ricorrente, posto che negli altri casi il regolamento di competenza sarebbe già instaurato.

4. Diversa è anche la procedura del regolamento di competenza sollevato d'ufficio dal Giudice Adito in sede di esame della domanda cautelare, rispetto all'ordinaria procedura del regolamento di competenza proposto su istanza di parte in qualsiasi momento prima della pronuncia di merito (art. 15, comma 2).

In tale caso, infatti, il comma 6 dell'art. 15 prescrive che:

- (i) l'ordinanza del Giudice adito che ha sollevato il regolamento di competenza debba essere trasmessa d'ufficio al Consiglio di Stato;
- (ii) la fissazione della camera di consiglio sia comunicata ai difensori delle parti, costituitisi dinanzi al Consiglio di Stato, mediante avviso, con un anticipo di almeno 10 giorni;
- (iii) fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio possano essere depositate memorie e documenti ed i difensori possano essere sentiti in camera di consiglio ove ne facciano richiesta.

L'ordinaria procedura del regolamento di competenza – applicabile anche qualora questa sia proposta su istanza di parte in presenza di domanda cautelare – è regolata dall'art. 15, terzo comma, con le medesime modalità e termini previsti per il giudizio cautelare (mediante espresso rinvio all'art. 55, comma da 5 a 8).

5. Qualora in sede di regolamento di competenza venga accertata l'incompetenza del tribunale amministrativo che ha assunto il provvedimento cautelare, il provvedimento stesso perde efficacia dopo 30 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza (art. 15, comma 8) ma il ricorrente può comunque riproporre l'istanza al giudice dichiarato competente (art. 15, comma 9), riassumendo il giudizio dinanzi a lui nel termine di 30 giorni dalla notifica dell'ordinanza ovvero di 60 giorni dalla pubblicazione della stessa (art. 15, comma 4).
6. La rilevabilità d'ufficio della incompetenza territoriale del Giudice adito opera anche in sede di appello cautelare, regolato dall'art. 62 del Codice.

Il quarto comma di tale disposizione prevede infatti che il Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, debba verificare la competenza del tribunale amministrativo che ha assunto il provvedimento appellato, anche nel caso in cui la questione di competenza non sia stata sollevata in sede di appello cautelare (in tal senso la verifica della competenza in sede cautelare è ben più incisiva rispetto al giudizio di impugnazione nel merito ove il difetto di competenza può essere rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso un capo della sentenza che si sia espresso esplicitamente o implicitamente sul tema: art. 15, comma 1).

Ove il Consiglio di Stato ritenga sussistere l'incompetenza del Giudice di primo grado, esso deve:

- (i) sottoporre la questione al contraddittorio delle parti, in sede di discussione in camera di consiglio (art. 73, comma 3) ovvero
- (ii) ove abbia già trattenuto in decisione, riservarsi su di essa, fissando con ordinanza un termine non superiore a 30 giorni per il deposito di memorie.

In caso di riscontata incompetenza del Giudice di primo grado, il Consiglio di Stato indica il tribunale amministrativo regionale competente e annulla le misure cautelari già adottate dal Primo Giudice.

Il ricorrente, in tal caso, può riproporre la domanda cautelare al tribunale amministrativo regionale individuato come competente.

Siffatta operatività della pronuncia sulla competenza in sede di appello cautelare suscita alcune perplessità, se rapportate alle previsioni dell'art. 15, comma 8.

Tale disposizione prevede infatti che le misure cautelari adottate dal Giudice dichiarato incompetente in sede di regolamento di competenza perdano comunque efficacia decorso il termine di 30 giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che ha regolato la competenza, consentendo in tal modo al ricorrente di riproporre entro tale termine la domanda cautelare dinanzi al Giudice competente senza alcuna interruzione degli effetti della misura cautelare precedentemente adottata.

L'immediato annullamento della misura cautelare prevista invece dall'art. 62 in sede di appello cautelare per rilevata incompetenza del Giudice di primo grado determina inevitabilmente un vuoto di tutela per il ricorrente, che si estende sino alla riproposizione della domanda cautelare dinanzi al giudice competente.

Tale vuoto di tutela non trova alcuna giustificazione, posto che il Consiglio di Stato è tenuto a verificare la competenza del Giudice di primo grado in via preliminare rispetto alla valutazione della misura cautelare appellata: pertanto, ove riconosca l'incompetenza del Primo Giudice, l'annullamento del provvedimento cautelare opererebbe senza alcuna ulteriore disamina del provvedimento stesso, che – in linea astratta – avrebbe potuto essere ritenuto pienamente adeguato alla tutela interinale della situazione giuridica del ricorrente.

7. In ultimo deve ancora osservarsi che in sede di regolamento di competenza il Consiglio di Stato – in ragione dell'introduzione della competenza territoriale inderogabile – non sia più limitato, nella individuazione del giudice competente, alle indicazioni delle parti ovvero alla indicazione dell'ordinanza del tribunale amministrativo che ha declinato la propria competenza.

Tale limitazione si riteneva sussistente prima dell'entrata in vigore del Codice: in presenza di una competenza territoriale derogabile, in sede di regolamento di competenza il Consiglio di Stato si riteneva vincolato alle indicazioni formulate dalle parti e pertanto ove avesse ritenuto errate tali indicazioni non avrebbe potuto indicare il diverso tribunale amministrativo regionale da esso ritenuto competente, ma avrebbe dovuto limitarsi a respingere l'istanza così come formulata.

Con l'entrata in vigore del Codice tale limitazione non può ritenersi più sussistente, dovendo il Consiglio di Stato regolare in ogni caso la competenza, anche d'ufficio.

8. Lo stesso regime della fase cautelare si applica per i casi di competenza funzionale inderogabile previsti dall'art. 14 del Codice, con riferimento alle specifiche competenze riservate al TAR Lazio, sede di Roma – e al TAR Lombardia – sede di Milano – quest'ultimo per le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.
9. Tra le sezioni distaccate dei singoli tribunali amministrativi regionali non opera il rigoroso principio della competenza territoriale inderogabile: pertanto la ripartizione tra esse delle controversie non costituisce questione di competenza (art. 47, comma 1).

E' comunque consentito all'amministrazione e ai controinteressati eccepire che la controversia proposta dinanzi ad una sezione distaccata debba essere decisa dalla sede nel capoluogo o viceversa.

Tale eccezione deve essere formulata nell'atto di costituzione o comunque entro trenta giorni dal termine per la costituzione delle parti intimare (che è di 60 giorni dal perfezionamento nei loro confronti dalla notifica del ricorso) ed è decisa dal Presidente del tribunale amministrativo regionale con ordinanza motivata (art. 47, comma 2).

Tale decisione può assumere rilievo per il procedimento cautelare, posto che in caso di assunzione di misure cautelari da parte della sezione distaccata ovvero della sede centrale diversamente da quanto deciso dal Presidente del tribunale amministrativo regionale, il provvedimento cautelare cessa di avere efficacia dopo 30 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza presidenziale e la domanda cautelare deve essere riproposta dinanzi la sezione distaccata ovvero la sede centrale individuata dal Presidente medesimo.

C. I presupposti e l'ambito della tutela cautelare. Le misure cautelari adottabili

1. L'art. 55 del Codice non introduce elementi innovativi in ordine all'ambito di applicazione della tutela cautelare ed alle misure cautelari adottabili dal Giudice Amministrativo rispetto a quanto previsto dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 come innovato dalla legge n. 205 del 2000.

Anche se la dizione letterale dell'art. 55, primo comma, del Codice non è del tutto identica a quella dell'art. 21, ottavo comma, della legge n. 1034 del 1971 può dunque ritenersi che la domanda cautelare possa essere proposta per evitare il verificarsi in capo al ricorrente di un "*pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso*", in attuazione del principio – che oramai da tempo è stato affermato anche dalla Corte Costituzionale – che il tempo del giudizio non può operare in danno di colui che il giudizio ha introdotto.

A differenza delle previsioni contenute nell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, l'art. 55, primo comma, del Codice non menzionava più espressamente l'inerzia della pubblica amministrazione tra le circostanze che potrebbero legittimare la

richiesta di misure cautelari. Tale mancato esplicito richiamo, peraltro, non può intendersi come preclusivo dell'azione cautelare nei giudizi diretti a contestare l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, posto che la norma del Codice ha sicuramente un contenuto omnicomprensivo e ha come ambito applicativo qualunque controversia sia sottoposta alla giurisdizione amministrativa così come individuata all'art. 7 del Codice.

Deve quindi ritenersi che anche successivamente all'entrata in vigore del Codice sia proponibile una domanda cautelare in un giudizio riguardante il silenzio della pubblica amministrazione ex art. 117 del Codice medesimo. Oltretutto, posto che il citato art. 117 del Codice non contiene più alcun termine massimo entro cui il ricorso avverso il silenzio debba essere deciso in camera di consiglio, l'applicabilità e l'utilità di eventuali misure cautelari deve ritenersi attualmente ancora più significativo.

2. Per l'assunzione delle misure cautelari, anche ai sensi dell'art. 55 del Codice, occorre che sussistano i due presupposti del "*fumus boni iuris*" e del "*periculum*".

Il primo comma dell'art. 55 non fa espresso riferimento al requisito del *fumus* giuridico (avendo essenzialmente riguardo al profilo del *periculum*) ma la necessaria valutazione della sussistenza di tale elemento da parte del Giudice è rinvenibile al nono comma dello stesso articolo, laddove prevede che l'ordinanza cautelare debba indicare "*i profili che, a un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*" (così come peraltro già previsto dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 nel testo novellato dalla legge n. 205 del 2000).

Quanto al *periculum* – oggi come nella precedente disciplina – deve avere il connotato della gravità e dell'irreparabilità del pregiudizio arrecato al ricorrente.

Il pregiudizio non deve necessariamente avere un contenuto patrimoniale (come si riteneva dovesse avere il "danno" indicato dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 prima della novella del 2000) ma può riguardare in qualsiasi bene della vita rientrante nell'ambito della sfera soggettiva del ricorrente.

A seguito della configurazione dell'azione di condanna per il risarcimento del danno ingiusto "*derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o*

dal mancato esercizio di quella obbligatoria” (art. 30, comma 2 del Codice) permane il dubbio – avanzato nel vigore della precedente disciplina – che allorquando il danno possa essere risarcito in forma specifica ovvero per equivalente non possa mai configurarsi il connotato della irreparabilità prescritto per l’adozione di misure cautelari.

La prevalente dottrina e giurisprudenza hanno peraltro negato l’equazione risarcibilità – riparabilità assumendo correttamente, che il risarcimento del danno opera come completamento degli strumenti di tutela offerti al privato dall’ordinamento, essendo destinato ad operare laddove la tutela in forma specifica non riesca a garantire un effettivo ristoro al privato.

La tutela cautelare, in altri termini, assicurando una salvaguardia di tipo reale delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio preclude in radice il manifestarsi del pregiudizio, in tal modo preservando la situazione giuridica altrimenti lesa e non ripristinabile in tutti i suoi contenuti con il solo rimedio risarcitorio che assume, pertanto, una funzione aggiuntiva e non sostitutiva della tutela cautelare.

3. Permane, in ogni caso, l’onere del Giudice di considerare il complessivo assetto degli interessi dedotti in giudizio e – quindi – non solo quelli del ricorrente ma altresì quelli dell’amministrazione e dei controinteressati.

Peraltro tale valutazione comparativa deve muovere da un principio di equivalenza di tali interessi, non potendo attribuirsi alle esigenze proprie dell’amministrazione una posizione di preminenza.

Unica eccezione a tale principio di ordine generale è rinvenibile all’art. 125 del Codice (già presente all’art. 246 del Codice dei contratti pubblici) che – al secondo comma – dispone in materia di provvedimenti cautelari afferenti la realizzazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale. In tale peculiare fattispecie è infatti previsto che il Giudice debba tenere conto anche espressamente *“del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera”*.

4. In ordine ai contenuti delle misure cautelari adottabili, il Codice conferma le innovazioni introdotte dalla legge n. 205 del 2000, attribuendo al Giudice della cautela il potere di adottare qualunque provvedimento che appaia, secondo le

circostanze, il più idoneo “*ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*”, ivi comprese le ingiunzioni a pagare in via provvisoria una somma di denaro.

Conseguentemente è stata ribadita l’adottabilità non solo di provvedimenti sospensivi degli atti impugnati – a tutela di interessi oppositivi – ma altresì di provvedimenti “prepulsivi” (o di “remand”) in presenza di interessi pretensivi dedotti in giudizio.

Non solo: nella vigenza della legge n. 205 del 2000 il Giudice amministrativo aveva ritenuto adottabili anche misure cautelari di contenuto dispositivo, con le quali anticipare – sia pure provvisoriamente – gli effetti del provvedimento negato. In verità sono sorti non pochi dubbi circa la configurabilità di un provvedimento cautelare di contenuto dispositivo, potendo esso impingere nell’esercizio della discrezionalità riservata insindacabilmente alle pubbliche amministrazioni.

Deve conseguentemente ritenersi che provvedimenti cautelari di contenuto dispositivo possano ammettersi solo nel caso di attività amministrativa del tutto vincolata come effetto risultante dal ricorso proposto.

5. Alla luce di quanto sopra osservato, può ragionevolmente affermarsi che sia in ordine ai presupposti per l’assunzione delle misure cautelari che in ordine all’ambito di applicazione delle stesse il Codice non abbia innovato rispetto al precedente regime fissato dalla legge n. 205 del 2000, così come non abbia innovato sul carattere atipico delle misure cautelari adottabili, non limitato ai soli provvedimenti sospensivi.

Anche la previsione della adottabilità di ingiunzioni di pagamento di contenuto provvisorio ripropone analogo disposizione della legge n. 205 del 2000, e valgono quindi per essa le medesime considerazioni già precedentemente formulate in ordine alla compatibilità di tali provvedimenti con l’ingiunzione di pagamento oggi disciplinata all’art. 118 del Codice.

D. La cauzione

1. Il secondo comma l'art. 52 conferma la disposizione già prevista all'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 come innovato dalla legge n. 205 del 2000, consentendo al Giudice di subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una fidejussione, allorquando da tale concessione o diniego possano determinarsi effetti irreversibili per la controparte.

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formati nella vigenza della precedente disciplina, la irreversibilità degli effetti del provvedimento cautelare concesso o negato deve ritenersi sussistente ogni qualvolta si presenti il pericolo della difficile (ma non impossibile) reversibilità degli stessi.

E questo anche in ragione del fatto che appare dubbia la stessa configurazione di effetti irreversibili determinati da un provvedimento cautelare destinato per sua stessa natura ad avere una efficacia solo provvisoria.

La funzione della cauzione è evidentemente quella di bilanciare a favore della parte soccombente nel giudizio cautelare gli effetti della misura cautelare assunta o negata. La cauzione è stata infatti disposta dal Giudice Amministrativo a carico di soggetti cui, per esemplificare, era stata revocata la concessione ovvero l'autorizzazione all'esercizio di una determinata attività (raccolta di scommesse, intermediazione finanziaria) sul presupposto di una intervenuta inadeguata capacità patrimoniale della parte istante.

In tal modo la cauzione ha operato a garanzia delle condizioni patrimoniali dei ricorrenti, nell'interesse dell'amministrazione.

2. Nulla dice l'art. 55, secondo comma, sulla misura della cauzione, rimessa alla determinazione discrezionale del Giudice.

L'art. 56 – relativo alla tutela cautelare monocratica – nel prevedere analoga disposizione (al terzo comma) statuisce che la cauzione debba essere determinata *“con riguardo all'entità degli effetti irreversibili che si determinano”*.

Deve ritenersi che analogo principio operi anche per le cauzioni disposte nell'ambito dei provvedimenti cautelari collegiali, fermo restando che l'entità della cauzione non potrà essere economicamente insostenibile per la parte tenuta a renderla, operando altrimenti come inammissibile limitazione alla effettività della tutela cautelare.

3. Anche l'art. 55 secondo comma, - al pari del precedente regime novellato con la legge n. 205 del 2000 – esclude la possibilità di condizionare la concessione o il diniego delle misure cautelari alla prestazione di una cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

La formula adottata dal Codice è sicuramente più adeguata di quella contenuta all'art. 21 novellato della legge n. 1034 del 1971, ma il contenuto precettivo può ritenersi sostanzialmente identico.

E. Una nuova modalità di tutela: la fissazione immediata dell'udienza

1. Il decimo comma dell'art. 55 introduce con valenza generalizzata un istituto precedentemente regolato dal terzo comma dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 novellata dalla legge n. 205 del 2000, applicabile in allora solo a particolari materie.
2. Per effetto di tale disposizioni il Codice ha quindi introdotto a regime nel procedimento cautelare una nuova forma di tutela, diversa dall'assunzione di misure cautelari e costituita dalla sola sollecita fissazione dell'udienza di trattazione del merito del ricorso.
3. L'argomento è stato già in precedenza trattato nell'esaminare le innovazioni introdotte dalla legge n. 205 del 2000 alla tutela cautelare e pertanto si rinvia alle considerazioni ivi formulate.

Occorre solo ribadire che la sollecita fissazione dell'udienza di trattazione del merito non può essere intesa come una vera e propria misura cautelare, mancandone integralmente i contenuti e gli effetti.

Essa, pertanto, costituisce una misura intermedia che il Giudice può adottare in tutti quei casi in cui, non verificandosi nell'immediatezza un danno grave ed irreparabile per il ricorrente, tale situazione possa verificarsi con il permanere della situazione censurata con il ricorso.

Conseguentemente devono ritenersi anche diversi i presupposti per l'assunzione di tale misura rispetto all'adozione di misure cautelari.

Il nuovo istituto introdotto con valenza generalizzata è dotato di grande flessibilità rimettendo al Giudice anche la valutazione del tempo per l'udienza di merito (differentemente dalle cessate previsioni dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971).

F. La fissazione obbligatoria dell'udienza di merito

1. L'undicesimo comma dell'art. 55 impone al Giudice, in caso di accoglimento della domanda cautelare, di fissare con il medesimo provvedimento la data dell'udienza di discussione del merito.
2. La legge di delega aveva previsto, nei suoi criteri direttivi, che tale udienza dovesse intervenire entro un anno dall'azione delle misure cautelari, termine che il legislatore delegato non ha riproposto nel Codice.

Peraltro non vi è dubbio che la norma in esame sia espressione della volontà di limitare nel tempo gli effetti delle misure cautelari adottate, a favore della definitiva decisione sul merito del ricorso.

In tale prospettiva è anche previsto che qualora il tribunale amministrativo non provveda in tal senso, il Consiglio di Stato in sede di appello, qualora confermi la misura cautelare, debba disporre affinché il Primo Giudice provveda a tale fissazione.

E' comunque da escludersi che la mancata fissazione dell'udienza possa costituire vizio dell'ordinanza del tribunale amministrativo deducibile autonomamente in sede di appello (ma solo unitamente a profili che investano le misure cautelari adottate).

* * *

G. Le misure cautelari monocratiche (art. 56)

1. Il Codice ha ridisciplinato all'art. 56 le misure cautelari monocratiche in corso di causa introdotte per la prima volta con la legge n. 205 del 2000 che ha novellato l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971.

Non sono mutati i presupposti per l'assunzione di tali misure cautelari: devono sussistere ragioni di "*estrema gravità e urgenza*" tali da non consentire neppure la dilazione sino alla data della camera di consiglio per la trattazione delle misure cautelari "definitive" (nei limiti in cui tale definizione possa applicarsi ai provvedimenti cautelari collegiali che sono comunque anch'essi destinati a cessare di efficacia con la sentenza).

Posto che la nuova procedura fissata dall'art. 55 per l'assunzione delle misure cautelari collegiali ha previsto termini assai più lunghi rispetto al regime precedente per la fissazione della camera di consiglio, è da ritenere che le misure cautelari monocratiche troveranno una ben più ampia applicazione rispetto a quanto è accaduto sino ad ora, potendo verificarsi più frequentemente i presupposti per la loro adozione.

2. La domanda di misure cautelari monocratiche deve essere proposta unitamente alla domanda cautelare collegiale ovvero anche separatamente, a mezzo di autonomo ricorso, notificato alle altre parti del giudizio.

Valgono per la notifica di tale domanda cautelare le stesse considerazioni formulate nell'esaminare l'art. 55.

La domanda deve però essere indirizzata al Presidente del Tribunale amministrativo regionale ovvero – se notificata successivamente al ricorso – al Presidente della sezione cui il ricorso è già stato assegnato.

3. Anche per le misure cautelari monocratiche vige la condizione di procedibilità già indicata dall'art. 55 del Codice, costituita dalla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito (sulla ammissibilità di tale condizione di procedibilità ci siamo già soffermati), fatto salvo il caso che l'udienza debba essere fissata d'ufficio.

4. Il secondo comma dell'art. 56 impone al Presidente del tribunale amministrativo adito di verificare – prima di pronunciarsi sulla misura cautelare richiesta – se la notifica del ricorso contenente la richiesta di misure cautelari monocratiche si sia perfezionata nei confronti dell'amministrazione e di almeno uno dei controinteressati.

Per ragioni di celerità è sempre consentita la notifica del ricorso a mezzo fax, ma in tale caso il ricorso deve essere notificato per via ordinaria entro 5 giorni dalla richiesta delle misure cautelari monocratiche. In assenza di tale adempimento le misure cautelari eventualmente concesse nelle more cessano di avere efficacia.

Il termine di 5 giorni è previsto per l'effettuazione della notifica da parte del ricorrente e non per il perfezionamento della stessa nei confronti del destinatario; valgono pertanto le regole proprie del perfezionamento della notifica per il notificante (consegna all'ufficiale giudiziario, spedizione a mezzo posta, etc.) (art. 56, quinto comma).

Per il caso di notifica del ricorso a mezzo posta, il perfezionamento della notifica nei confronti del destinatario può essere provato mediante il servizio internet delle poste di monitoraggio della corrispondenza (al pari di quanto previsto per le misure cautelari collegiali).

5. Potrebbe però accadere, per fatto non imputabile al ricorrente, che non sia possibile nei termini imposti dall'urgenza del provvedere conseguire l'accertamento dell'avvenuto perfezionamento della notifica nei confronti di destinatari.

In tali circostanze l'art. 56 del Codice consente comunque al Presidente del tribunale amministrativo regionale di provvedere, salvo il potere di revoca delle misure adottate.

6. Per l'assunzione delle misure cautelari monocratiche non è prevista obbligatoriamente l'audizione delle parti, che il Presidente del tribunale amministrativo può sentire "*fuori udienza e senza formalità*", anche separatamente, prima dell'emanazione del decreto.

Tale audizione, peraltro, può essere effettuata solo se necessario e ove le parti si siano rese disponibili.

Trattasi pertanto di una forma assai impropria di contraddittorio per le caratteristiche che lo connotano, (potendo le parti essere sentite anche separatamente), ed altresì del tutto eventuale, non essendo obbligatorio per le parti aderire alla eventuale convocazione da parte del Presidente del tribunale amministrativo e potendo essere attivato solo in caso di necessità.

Tali caratteristiche inducono anche a qualificare la “necessità” prevista dalla norma riferendola ad eventuali esigenze istruttorie del Giudice ritenute indispensabili ai fini del decidere.

7. Altresì il Presidente del tribunale amministrativo prima di assumere la misura cautelare monocratica richiesta deve accertare la competenza del tribunale amministrativo medesimo.

In caso negativo ad esso è preclusa l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 15, commi 5 e 6, del Codice più sopra esaminati con riferimento alle domande di misure cautelari collegiali, essendo tenuto a rimettere le parti al Collegio per i provvedimenti ad esso riservati in materia di competenza territoriale e funzionale.

Ne discende che nessuna misura cautelare monocratica può essere concessa in presenza di una incompetenza territoriale o funzionale, residuando in tal caso le sole misure cautelari collegiali.

Considerati i maggiori tempi previsti per l’assunzione di tali misure cautelari collegiali e l’ambito di tutela urgente riservato in tale contesto alle misure cautelari monocratiche, il *vulnus* creato dalla impossibilità di conseguire tale forma di tutela cautelare più rapida appare difficilmente spiegabile.

8. Il Presidente del tribunale amministrativo regionale (ovvero della sezione cui il ricorso è stato assegnato) può delegare altro magistrato all’assunzione delle misure cautelari monocratiche richieste.

Tale precisazione, introdotta dal Codice, consente di superare i dubbi sorti in ordine alla precedente disciplina, che tale facoltà di delega non prevedeva.

Le misure cautelari monocratiche sono assunte con decreto motivato non impugnabile.

9. Nella motivazione del decreto non può aversi riguardo unicamente al *periculum*, che peraltro costituisce sicuramente il presupposto più rilevante per l'accoglimento della domanda, ma deve altresì considerarsi la sussistenza del *fumus* giuridico.

Su tale aspetto la dottrina formatasi sotto il precedente regime non era univoca, ritenendo alcuni irrilevante il *fumus* giuridico in ragione del carattere provvisorio della misura cautelare, destinata in breve tempo ad essere sostituita dalla pronuncia collegiale sulla domanda cautelare.

Tali considerazioni non possono però essere condivise, non potendosi prescindere da una sia pure sommaria valutazione della attendibilità prospettazioni giuridiche fatte valere con il ricorso, altrimenti ammettendosi la possibilità di misure cautelari (pur provvisorie) fondate su meri presupposti di fatto, inerenti esclusivamente la situazione di estrema gravità e urgenza dedotta nel giudizio cautelare.

10. Il carattere temporaneo della misura cautelare monocratica ne giustifica la sua non impugnabilità, così come già previsto nella precedente disciplina.

Peraltro il Codice ha voluto fissare con certezza il periodo di durata della misura cautelare monocratica, imponendo al Presidente del tribunale amministrativo di indicare nel decreto di accoglimento la data della camera di consiglio in cui sarà trattata la domanda di misure cautelari collegiali.

Il decreto avrà efficacia sino a tale data e perderà comunque efficacia anche se a tale camera di consiglio la domanda cautelare non fosse trattata, ovvero ne fosse rinviata la trattazione.

11. Pur non impugnabile il decreto presidenziale è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte.

All'istanza di revoca o di modifica si applica la medesima procedura (notifica alle parti, etc.) prevista per la domanda di misure cautelari monocratiche.

12. La concessione o il diniego di misure cautelari monocratiche può essere subordinato alla prestazione di cauzione qualora da esso derivino effetti irreversibili.

Valgono le considerazioni già formulate per la cauzione prevista anche per le misure cautelari collegiali, con la precisazione che nel caso in esame essa può essere imposta anche qualora la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

H. La revocabilità e modificabilità delle misure cautelari. La reiterazione delle domande cautelari (art. 58)

1. L'art. 58 del Codice contiene una più organica disciplina della modificabilità e della revoca delle misure cautelari concesse rispetto alla precedente disciplina contenuta all'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 novellato dalla legge n. 205 del 2000.
2. Diversamente da quanto prima previsto, la revoca o la modifica della misura cautelare può oggi essere richiesta *“se si verificano mutamenti delle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”*.

In tale ultimo caso l'istante deve fornire la prova del momento in cui ha acquisito tale conoscenza.

La modifica o la revoca non può essere quindi richiesta solo in presenza di *“fatti sopravvenuti”* come statuito dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971: il mutamento delle *“circostanze”* oggi previsto è locuzione assai più ampia, (simile all'art. 669 *sepities* CpC) e ricomprende anche lo *jus superveniens* idoneo a modificare la situazione precedentemente considerata.

Deve comunque trattarsi di una modificazione delle circostanze e non anche della indicazione di circostanze deducibili prima dell'assunzione del provvedimento e non dedotte dinanzi al Giudice: in altri termini non possono essere poste a fondamento dell'istanza di modifica o revoca della misura cautelare considerazioni giuridiche che ben avrebbero potuto essere dedotte nel corso del giudizio cautelare ma non sono state formulate.

3. Sugli stessi presupposti può essere reiterata la domanda cautelare precedentemente respinta, sempre ammissibile quindi con la proposizione di motivi aggiunti.
4. La possibilità di proporre istanza di revoca o di modifica delle misure cautelari opera anche nei confronti dei provvedimenti cautelari monocratici sopra esaminati, in forza dell'espressa previsione contenuta all'art. 56. Tale norma non indica i presupposti per la presentazione dell'istanza, ma deve necessariamente ritenersi che siano i medesimi previsti all'art. 58, da valutare in relazione all'estrema celerità del procedimento cautelare monocratico che potrebbe non consentire all'amministrazione e ai controinteressati di intervenire utilmente nel giudizio prima dell'assunzione del decreto. In tal caso, pertanto, deve riconoscersi necessariamente una maggiore ampiezza dell'ambito delle "circostanze" posta a fondamento dell'istanza di modifica o di revoca.
5. Il secondo comma dell'art. 58 individua una specifica ipotesi di revoca delle misure cautelari, correlata alla sussistenza delle circostanze disciplinate dall'art. 395 CpC, che attiene alla revocazione delle sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado.

La Giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del Codice aveva già riconosciuto la possibilità di esperire la revocazione nei confronti delle ordinanze cautelari, in forza del carattere decisorio ad esse attribuito.

L'art. 58, secondo comma, ha dunque recepito tale consolidato orientamento giurisprudenziale, pur non attribuendo ad esso la denominazione di revocazione.

Proprio tale mancata qualificazione induce a ritenere che la norma del Codice abbia avuto riguardo ai "vizi revocatori" indicati all'art. 395 CpC piuttosto che ai provvedimenti giurisdizionali in esso indicati, dovendo altrimenti escludersi – e non pare ragionevole – l'applicazione della norma alle ordinanze cautelari collegiali dei tribunali amministrativi regionali, in palese contrasto con la collocazione della disposizione nella disciplina del giudizio di primo grado.

I. L'appello cautelare

1. L'art. 62 del Codice sistematizza l'appello contro le ordinanze cautelari assunte dai tribunali amministrativi regionali, precedentemente regolato dagli artt. 21 e 28 della legge n. 1034 del 1971 novellata dalla legge n. 205 del 2000.
2. L'appello deve essere proposto entro 30 giorni dalla notifica dell'ordinanza ovvero entro 60 giorni dalla sua pubblicazione (art. 62, primo comma).
L'appello deve essere depositato in Consiglio di Stato entro 30 giorni dal perfezionamento presso il destinatario dell'ultima notificazione (che deve essere effettuata nel domicilio eletto dinanzi al tribunale amministrativo regionale per le parti costituite).
3. Al giudizio cautelare di appello si applica lo stesso rito del giudizio cautelare in primo grado e pertanto:
 - (i) l'appello è trattato alla camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento dell'ultima notificazione e comunque non prima del decimo giorno dal deposito dell'appello stesso;
 - (ii) si applicano le medesime disposizioni del giudizio cautelare di primo grado in caso di notifica a mezzo del servizio postale;
 - (iii) le parti possono produrre memorie e documenti sino a due giorni liberi prima della camera di consiglio e sono sentite oralmente ove ne facciano richiesta;
 - (iv) l'appello è deciso con ordinanza motivata sia sul *periculum* che sul *fumus* giuridico;
 - (v) la conferma o l'annullamento della misura cautelare può essere subordinata a cauzione ove derivino effetti irreversibili da tale conferma o annullamento.
4. In sede di appello il Consiglio di Stato può ritenere di adottare la misura della sollecita fissazione dell'udienza di merito, trasmettendo l'ordinanza al Primo Giudice affinché disponga la fissazione dell'udienza.
5. In sede di appello possono essere assunte misure cautelari monocratiche e trova pertanto applicazione l'intera disciplina dell'art. 56 del Codice sopra esaminata.

6. In caso di accoglimento dell'appello e la concessione di misure cautelari, l'ordinanza è inviata al Primo Giudice a cura della segreteria, affinché provveda alla fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 11.
7. Anche in sede di appello deve preliminarmente valutarsi la competenza del Primo Giudice.
Sul punto si rinvia a quanto già in precedenza esaminato.

* * *

II. La tutela cautelare *ante causam* nel Codice del processo amministrativo

A. La tutela cautelare *ante causam* nel giudizio amministrativo prima del Codice del processo amministrativo

1. Negli anni '90, sulla spinta di alcuni orientamenti giurisprudenziali comunitari in materia di applicazione da parte dei Giudici nazionali dei principi e delle norme dell'ordinamento comunitario, alcuni tribunali amministrativi regionali (e segnatamente il TAR Lombardia ed il TAR Sicilia – Catania) avevano prefigurato la possibilità per il Giudice Amministrativo di assumere provvedimenti cautelari monocratici *ante causam* nelle materie in cui più direttamente assumeva rilievo la disciplina comunitaria (e segnatamente in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici).
2. Il Consiglio di Stato aveva reagito negativamente a tali orientamenti giurisprudenziali, negando da un lato l'esistenza di un potere di decisione monocratico nell'ambito del processo amministrativo e dall'altro lato l'ammissibilità di provvedimenti cautelari solo in corso di causa e – quindi – solo in presenza di un giudizio già instaurato.
Tali posizioni venivano ribadite dall'Adunanza Plenaria ancora con la decisione n. 1 del 2000.

3. La legge n. 205 del 2000 ha definitivamente scardinato il granitico principio dell'esercizio necessariamente collegiale del potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo.

Ciò è avvenuto da una lato attribuendo con l'art. 8 della legge n. 205 del 2000 al presidente dell'organo di giurisdizione amministrativa adito il potere di assumere i provvedimenti di ingiunzione di cui al procedimento sommario disciplinato dal Capo I, del Titolo I, del Libro IV del codice di procedura civile (materia oggi disciplinata dall'art. 118 del Codice), e per altro verso introducendo nel procedimento cautelare ridisciplinato dall'art. 3 della stessa legge n. 205 del 2000, il potere monocratico del Presidente del tribunale amministrativo regionale (ovvero del Consiglio di Stato) *“di disporre misure cautelari provvisorie”* in caso *“di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio”* (oggi art. 56 del Codice).

Era rimasta però esclusa dalla portata innovativa della riforma la tutela cautelare *ante causam*, e ciò aveva pertanto indotto il TAR Lombardia a sollevare sul punto la questione di legittimità costituzionale della disciplina novellata per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. *“alla stregua dei quali è garantita l'effettività della tutela giurisdizionale a favore dei diritti e degli interessi legittimi affidati alla giurisdizione amministrativa (Corte Cost. 7 novembre 1997, n. 326)”*.

4. La Corte Costituzionale (ord. n. 179 del 2002) ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni sollevate dal TAR Lombardia ritenendo *“che il legislatore, nella sua discrezionalità – con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà – [poteva] adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali e per autonomia e particolarità dei diversi sistemi processuali”* e che *“la sentenza n. 190 del 1985 non [aveva] affatto introdotto nel giudizio amministrativo una procedura autonoma di ricorso per provvedimenti di urgenza ante causam, ma [aveva] ampliato i poteri del giudice amministrativo <<nelle controversie patrimoniali in*

materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva>>, incidendo solo sul contenuto del provvedimento cautelare, identificabile non più con la sola <<sospensione>>, ma comprensivo di ogni misura cautelare (c.d. tutela cautelare innominata) che [appariva] più idonea ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

Muovendo da tale assunto la Corte Costituzionale aveva quindi osservato “*che nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare [erano] ormai completamente assicurate – per i profili prospettati – dal complesso delle disposizioni processuali, che [prevedevano]: a) la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti e l’impugnazione di atti sopravvenuti o conosciuti dopo la proposizione del ricorso (...); b) la possibilità di abbreviazione dei termini, anche ai fini della instaurazione del contraddittorio (...); c) la non tassatività dei mezzi per l’effettuazione delle notifiche dell’atto introduttivo, compresi quelli in tempo reale per via telematica o telefax (...); d) una ampiezza di contenuto delle misure cautelari, più idonee – secondo le circostanze – ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso (...); e) l’emanabilità <<in caso di estrema gravità ed urgenza>> di misure cautelari interinali con decreto del Presidente del TAR o della Sezione, con efficacia fino alla pronuncia collegiale (...); f) la possibilità anche in sede di camera di consiglio per l’esame della domanda cautelare, di definire il giudizio nel merito con decisioni in forma semplificata (...); g) la possibilità di dichiarare i ricorsi urgenti (c.d. istanza di prelazione) anche di ufficio (...)*”.

In particolare, per tutte le situazioni azionabili dinanzi al giudice amministrativo, relative sia a diritti soggettivi che ad interessi legittimi “*il sistema di tutela cautelare provvisoria, previsto per la giustizia amministrativa, [consentiva] l’immediata pronuncia interinale del Presidente del TAR o della sezione cui il ricorso [era] 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 [fosse] completato con la prova di tutte le notifiche, come [era] confermato indirettamente dalla espressa previsione di decreto motivato, anche con contraddittorio non completo (art. 3 della legge n. 205 del 2000)”.

In ragione di tale complessiva situazione la Corte Costituzionale aveva concluso dovesse *“escludersi, sulla base delle predette considerazioni, che la Pubblica amministrazione si [trovasse], in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo, in una posizione privilegiata”*, essendo sempre possibile l’intervento, anche immediato, del giudice con misure cautelari provvisorie atte ad assicurare *“la effettività della tutela, sempre prevista per il sistema italiano, avanti ad un organo giurisdizionale”*.

5. Non domo il TAR Lombardia ha quindi sottoposto alla Corte di Giustizia CE, in sede pregiudiziale, la questione della compatibilità del sistema processuale amministrativo italiano – che non ammetteva misure cautelari *ante causam* – con la disciplina comunitaria in materia di tutela delle posizioni giuridiche soggettive conformate dall’ordinamento comunitario, con specifico riferimento alla Direttiva 669/89/CE (la c.d. “Direttiva ricorsi”).

E la Corte di Giustizia CE ha condiviso le perplessità del Giudice lombardo affermando (sent. C214/00 del 15.5.2003) che l’art. 2 della Direttiva 669/89/CE e successive modificazioni dovesse essere *“interpretato nel senso che gli Stati membri [erano] 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 sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell’appalto in esame”*.

Veniva così definitivamente sancito che la disciplina del processo amministrativo italiano, quantomeno per le materie cui trovava applicazione la Direttiva n. 669/89/CE e successive integrazioni, non era conforme all’ordinamento comunitario, non prevedendo la tutela cautelare *ante causam*.

6. Per superare la situazione di violazione della normativa comunitaria risultante dall’ordinanza della Corte di Giustizia, il legislatore italiano è intervenuto

normativamente in sede di recepimento delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, disciplinanti le materie cui trovava applicazione la Direttiva ricorsi.

Ha così introdotto all'art. 245, commi dal terzo al settimo, del D.Leg.vo n. 163 del 12 aprile 2006 una specifica misura cautelare *ante causam*, applicabile unicamente agli atti e ai provvedimenti regolati da tale normativa delegata e – quindi – soltanto agli atti e ai provvedimenti riguardanti le procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nonché ai provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici per lavori servizi e forniture.

Tale limitata applicazione della tutela cautelare *ante causam* ha sollevato immediati dubbi di costituzionalità per disparità di trattamento “*allorchè si [fosse evidenziato] anche in altre materie, [che si era] in presenza della medesima situazione giuridica soggettiva tutelata nella materia degli appalti*” (così il Consiglio di Stato nel parere reso in data 6 febbraio 2006 n. 355 sullo schema di decreto legislativo).

Peraltro l'ambito della delega non aveva consentito al legislatore delegato di diversamente operare e pertanto l'organo consultivo suggeriva di dare corso ad “*una urgente e specifica iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare [ante causam] per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa*”.

Il suggerimento del Consiglio di Stato è stato colto dall'art. 44, comma 2, lett. f) della legge di delega 18.6.2009 n. 69, che ha indicato tra i criteri direttivi che il legislatore delegato avrebbe dovuto seguire nel “*riassetto della disciplina del processo amministrativo*”, anche quello di generalizzare la tutela cautelare *ante causam*, nell'ambito del riordino della tutela cautelare.

In attuazione di tale delega, l'art. 61 del Codice ha introdotto in via ordinaria e generale la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, eliminando così i dubbi di costituzionalità che avevano permeato l'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 per il suo limitato ambito di applicazione.

Tale ultima norma, poi, è stata integralmente sostituita dall'art. 3, comma 19, lett. d) della Norme Transitorie del Codice con una norma di coordinamento adottata ai sensi dell'art. 44, terzo comma, della legge di delega n. 69 del 2009.

B. La tutela cautelare *ante causam* nel Codice e le sue differenze rispetto all'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006

1. L'art. 61 del Codice ha individuato partitamente i connotati propri della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo e segnatamente:

- i presupposti;
- l'ambito di applicazione;
- la procedura per la richiesta e la pronuncia dei provvedimenti cautelari richiesti;
- le condizioni di efficacia dei provvedimenti cautelari concessi;
- la revocabilità e modificabilità dei provvedimenti cautelari concessi e la non impugnabilità dei provvedimenti concessi o negati;
- l'esecuzione dei provvedimenti cautelari concessi.

Sempre l'art. 61 con due ulteriori norme di carattere generale ha disciplinato:

- la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza del giudice adito;
- la non applicabilità della tutela cautelare *ante causam* nel giudizio di appello.

L'art. 61 ha in parte modificato le previsioni dell'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 da un lato meglio definendone la procedura e per altro verso eliminando alcune criticità che erano state motivo di perplessità in fase applicativa.

2. Le principali modifiche introdotte dall'art. 61 alle previsioni dell'art. 245 del D.Leg.vo 163/2006 possono essere così sintetizzate:

- l'audizione delle parti è ora effettuata dal giudice "*ove necessario*" e non più "*ove possibile*", come invece previsto dal cessato art. 245;
- la concessione delle misure cautelari può essere ora subordinata dal giudice alla prestazione di una cauzione anche mediante fidejussione "*qualora dall'esecuzione del provvedimento cautelare emanato*" possano derivare "*effetti irreversibili*" mentre ai sensi del cessato art. 245 il giudice poteva subordinare l'efficacia della misura cautelare già concessa alla prestazione di una cauzione in relazione ai "*danni*" che le "*parti*" e i "*terzi*" avrebbero potuto subire in conseguenza dell'adozione delle misure cautelari;
- le misure cautelari ora concesse ai sensi dell'art. 61 perdono efficacia in caso di mancata notifica del ricorso con la domanda cautelare nei 15 giorni

successivi all'emanazione del provvedimento e di deposito del ricorso stesso nei 5 giorni successivi alla notifica, corredato dall'istanza di fissazione di udienza, condizione non prevista dal cessato art. 245;

- l'art. 245 prevedeva la revocabilità o modificabilità “*d’ufficio*” del provvedimento cautelare concesso e la sua “*reclamabilità da parte di ogni interessato*” mentre l'art. 61 ne consente la revocabilità o modificabilità da parte del giudice solo su istanza di parte;
- il Collegio, in corso di causa, non ha più con l'art. 61 la possibilità di modificare o revocare il provvedimento cautelare monocratico concesso *ante causam* dal Presidente del tribunale amministrativo, diversamente da quanto precedentemente previsto dall'art. 245.

C. La tutela cautelare *ante causam* nel Codice processo amministrativo e nel processo civile

C.1 Le differenze

1. La relazione di accompagnamento al Codice non si è soffermata sulla tutela cautelare *ante causam*, limitandosi a considerare che, in attuazione della legge di delega (art. 44, comma 2, lett. f) della legge n. 69 del 2009), tale forma di tutela è stata estesa a qualunque situazione giuridica soggettiva deducibile dinanzi al giudice amministrativo ed è stata correlata a presupposti di eccezionale gravità ed urgenza tali da non consentire neppure la previa redazione e notificazione del ricorso.

Maggiore attenzione al tema aveva invece prestato la relazione di accompagnamento al D.Leg.vo n. 163 del 2006 che, in riferimento al menzionato art. 245 aveva espressamente richiamato le norme del codice di procedura civile (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies*) considerate ai fini della introduzione della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo per le materie ivi regolate.

2. La dottrina, esaminando la disciplina introdotta dall'art. 245 del D.Leg.vo 163 del 2006 ne aveva evidenziato sia i punti di assonanza che – soprattutto - le distanze

rispetto alle disposizioni del codice di procedura civile evocate dalla relazione di accompagnamento.

Distanze che permangono e ancor più si sono accentuate con l'art. 61 e portano a configurare la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo con connotati suoi propri e differenti da quella disciplinata dalla Sezione I del Capo III del Titolo I del Libro IV del Codice di procedura civile.

Su tali elementi differenziali che connotano la specificità della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo è opportuno soffermarsi.

C.1.1 *Le misure cautelari ante causam nel processo amministrativo non hanno il carattere della autonomia e ultrattività*

1. Un primo elemento di differenziazione è dato dal carattere di stabilità e autonomia che caratterizza i provvedimenti cautelari atipici ex art. 700 CpC adottati in sede civile, nonché gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza, rispetto al giudizio di merito relativo al diritto rivendicato, carattere del tutto assente nei provvedimenti cautelari *ante causam* regolati dall'art. 61 del Codice del processo amministrativo.

A seguito della riforma introdotta dalla legge n. 80 del 2005 che ha modificato l'art. 669 *octies*, sesto comma, CpC, l'efficacia di tali provvedimenti cautelari in sede civile non è più subordinata all'introduzione del giudizio di merito relativo alla rivendicazione del diritto evocato a presupposto della misura cautelare richiesta e concessa; tale giudizio, infatti, potrebbe non essere mai introdotto senza per questo incidere sulla permanenza degli effetti del provvedimento cautelare adottato.

Ancor più tale autonomia assume rilievo in caso di successiva estinzione del giudizio di merito eventualmente introdotto: anche in tal caso il provvedimento cautelare concesso *ante causam* è destinato a permanere nella sua efficacia (ultrattività), senza essere travolto dagli effetti estintivi del giudizio di merito.

2. Tale connotazione ha portato parte della dottrina a riconoscere all'azione cautelare in sede civile una sua distinta autonomia rispetto all'azione di merito, connotata dalla funzione di ovviare agli effetti negativi del decorso del tempo occorrente per il

giudizio ordinario, consentendo all'attore di permanere in una determinata situazione di fatto durante l'intero processo ovvero di anticipare gli effetti della sentenza di merito.

Tale autonomia e ultrattività, per non attribuendo alla misura cautelare l' idoneità a formare giudicato (in tal senso né è stata negata la ricorribilità in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. - Cass. SSUU, 28.11.2007, n. 27187) rendono comunque idoneo il provvedimento cautelare a conformare stabilmente la situazione giuridica delle parti, indipendentemente dall'effettiva rivendicazione in sede giurisdizionale del diritto leso, fino a quando una delle parti riterrà di proporre istanza di modifica o di revoca della misura cautelare, anche nell'eventuale giudizio di merito.

Nel processo amministrativo, invece, la tutela cautelare *ante causam* è priva di qualsiasi autonomia rispetto al giudizio di merito, da cui non può prescindere, derivando da esso il permanere della sua stessa efficacia: l'art. 61, comma 5, prevede infatti la perdita di efficacia della misura cautelare *ante causam* in caso di mancata notifica e di mancato deposito in termini perentori del ricorso con la richiesta di misura cautelare in corso di causa.

Non solo: il provvedimento cautelare *ante causam* nel processo amministrativo è strutturalmente privo del carattere della stabilità, essendo per sua stessa natura provvisorio e destinato a produrre i suoi effetti per un arco di tempo limitato.

C.1.2 *Il carattere provvisorio delle misure cautelari ante causam nel processo amministrativo*

1. Fermi i casi disciplinati dall'art. 669 *octies*, sesto comma, CpC, in ogni caso le misure cautelari *ante causam* nel giudizio civile sono destinate a mantenere i propri effetti per tutta la durata del processo di primo grado, fatti salvi i casi di revoca o modifica di cui all'art. 669 *decies* ovvero di reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* (G. Arieta (13), 37).

La durata nel tempo degli effetti è correlata alla funzione assegnata in sede civile a tali provvedimenti cautelari, preordinati – come detto – a garantire il permanere di una determinata situazione di fatto per l'intero processo ovvero ad anticipare gli effetti della sentenza di primo grado.

Le misure cautelari *ante causam* regolate dall'art. 61 sono invece – come ricordato - espressamente provvisorie ed hanno un orizzonte temporale di efficacia assai limitato, essendo destinate a manifestare i propri effetti entro un arco temporale massimo di 60 giorni.

Tale limitata durata nel tempo è strettamente correlata alla funzione assegnata a tali misure cautelari nel processo amministrativo, finalizzate a consentire all'istante di proporre il ricorso e di richiedere i provvedimenti cautelari monocratici provvisori in corso di causa ovvero i provvedimenti cautelari collegiali in corso di causa di cui agli artt. 56 e 55 del Codice del processo amministrativo sopra esaminati.

Nel processo amministrativo le misure cautelari *ante causam* non sono dunque preordinate a tutelare la posizione del ricorrente per l'intera durata del giudizio (in attuazione del principio sancito dalla Corte Costituzionale “*per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*” – Corte Cost. sent. n. 190 del 1985) essendo tale forma di tutela riservata esclusivamente ai provvedimenti collegiali da adottare in corso di causa.

Le misure cautelari *ante causam* hanno solo carattere provvisorio e svolgono una funzione strumentale all'esercizio dell'azione di merito e alla proposizione della domanda cautelare in corso di causa cui soltanto è riconosciuta stabilità e pienezza di effetti nel tempo (per la durata del giudizio).

C.1.3 *Il contraddittorio nelle misure cautelari ante causam nel processo amministrativo*

1. Un terzo elemento di differenziazione tra le misure cautelari *ante causam* regolate dall'art. 61 e quelle regolate dal codice di procedura civile è dato dal diverso regime del contraddittorio e dell'audizione delle parti ai fini dell'assunzione delle misure cautelari stesse.
2. A tutela del contraddittorio l'art. 669 *sexies*, primo comma, CpC prescrive l'audizione delle parti prima dell'assunzione del provvedimento cautelare, posto che il provvedimento cautelare *ante causam* nel giudizio civile è richiesto con ricorso depositato e non previamente notificato alla controparte ai sensi dell'art. 669 *bis* CpC.

Solo nel caso in cui “*la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l’attuazione del provvedimento*”, il giudice civile può assumere, con decreto, il provvedimento cautelare *inaudita altera parte* ma, in tale ipotesi, con lo stesso decreto deve anche fissare un’udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a 15 giorni.

In tale udienza, nel contraddittorio delle parti, il giudice civile con ordinanza può confermare o modificare i provvedimenti precedentemente adottati con decreto *inaudita altera parte* (art. 669 *sexies*, secondo comma, CpC).

3. L’art. 61 configura diversamente l’intero regime del contraddittorio nel procedimento cautelare *ante causam* nel processo amministrativo.

La norma infatti impone all’interessato di notificare l’istanza “*con le forme prescritte dal ricorso*” e – quindi – (ai sensi dell’art. 41 del Codice) all’amministrazione che ha emesso l’atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati, e richiede altresì al Presidente del tribunale amministrativo regionale (o suo delegato) di accertare che le notificazioni si siano perfezionate con la ricezione dell’atto da parte dei destinatari.

L’art. 61, non impone invece al giudice di sentire obbligatamente le parti prima dell’assunzione della misura cautelare *ante causam*.

L’audizione delle parti è infatti prevista dall’art. 61, secondo comma, solo “*se necessario*” e può ragionevolmente ritenersi che tale situazione si verifichi nel caso in cui il giudice amministrativo ritenga necessario acquisire ulteriori elementi di giudizio e/o di conoscenza in merito alla situazione dedotta con l’istanza, elementi non altrimenti acquisibili se non con l’audizione delle parti.

Nel vigore dell’art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 era previsto che le parti fossero sentite “*se possibile*”, con previsione quindi di contenuto molto più ampio e flessibile di quella consapevolmente utilizzata all’art. 61, secondo comma, del Codice nella prima disposizione l’audizione delle parti aveva come unico limite l’eventuale ritardo che essa avrebbe potuto determinare nell’adozione del provvedimento cautelare, con la conseguenza, “*attese le qualificate ragioni di urgenza, di rendere inutile il provvedimento richiesto*”. In tale contesto l’audizione

delle parti doveva ritenersi essenzialmente funzionale alla pienezza del contraddittorio.

Il diverso regime introdotto dall'art. 61, secondo comma, del Codice prevede invece l'audizione delle parti come misura non ordinaria da assumere dal Presidente del tribunale amministrativo regionale (o suo delegato) solo in presenza di riscontrate ragioni di necessità ai fini del decidere.

L'audizione delle parti, pertanto, secondo le previsioni dell'art. 61, non appare più preordinata a garantire un più efficace contraddittorio (assicurato dalla notifica dell'istanza cautelare) bensì a consentire al giudice di acquisire gli ulteriori elementi di giudizio ritenuti necessari per assumere la decisione sull'istanza cautelare medesima.

C.1.4 *La non impugnabilità dei provvedimenti cautelari ante causam nel processo amministrativo*

1. Una ulteriore differenza è data dalla ordinaria impugnabilità dei provvedimenti cautelari *ante causam* nel giudizio civile, non prevista per i provvedimenti cautelari *ante causam* nel processo amministrativo.
2. Nel giudizio civile, a seguito delle decisioni della Corte Costituzionale (sentenze 23.6.1994 n. 253 e 26.5.1995 n. 197) nonché delle modifiche normative introdotte con la legge n. 80 del 2005, tutte le ordinanze con cui sono stati concessi o negati provvedimenti cautelari sono reclamabili dinanzi al Collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato (art. 669 *terdecies* CpC). Il reclamo avverso le misure cautelari concesse o negate costituisce un mezzo di impugnazione in senso ampio, con caratteristiche sue proprie, essendo diretto a provocare il riesame integrale del provvedimento cautelare da parte di un giudice diverso e collegiale rispetto al giudice monocratico che ha assunto il provvedimento impugnato. In sede di reclamo il giudice dell'impugnazione può riesaminare sia la valutazione dei presupposti e degli elementi sui quali è stato fondato il provvedimento impugnato, sia eventuali circostanze e motivi sopravvenuti anche quando già il reclamo era pendente.

Non è invece ammesso reclamo avverso i decreti assunti *inaudita altera parte* dal giudice civile ex art. 669 *sexies*, secondo comma, CpC avendo tali provvedimenti natura dichiaratamente interlocutoria e dovendo essere modificati o confermati con ordinanza dal medesimo giudice nella pienezza del contraddittorio.

3. Il quarto e il quinto comma dell'art. 61 del Codice del processo amministrativo escludono rispettivamente l'impugnabilità del decreto che rigetta l'istanza cautelare e l'impugnabilità dell'ordinanza con cui è disposta la misura cautelare *ante causam*, discostandosi quindi totalmente dalla disciplina di cui all'art. 669 *terdecies* CpC.

Le ragioni della non impugnabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare *ante causam* nel processo amministrativo sono state individuate dalla dottrina, in riferimento all'analogia previsione contenuta all'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006, nella riproponibilità dell'istanza cautelare "*dopo l'inizio del giudizio di merito con le forme delle domande cautelari in corso di causa*" (art. 61, comma quarto, del Codice e, analogamente, art. 245, comma 5, del D.Leg.vo n. 163 del 2006).

Tale riproposizione – a differenza di quanto previsto in sede civile dall'art. 669 *septies* CpC – non richiede che si siano verificati "*mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto*", e pertanto "*consente, nella sostanza, un riesame dell'originario provvedimento di diniego, rendendo superflua la sua impugnabilità*".

Ma tale ricostruzione (dell'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006) non pare invero persuasiva, posto che la non impugnabilità del provvedimento di rigetto determinava un vuoto di tutela per l'istante sino all'introduzione del giudizio di merito: "*una volta negato (per ragioni di rito o di merito) il provvedimento interinale e provvisorio (...) la parte deve attendere passivamente l'inizio della fase di merito non disponendo di alcun strumento impugnatorio avverso la determinazione del giudice della cautela, a differenza, invece, di quanto accade per il provvedimento di accoglimento che è revocabile e modificabile dal presidente*".

Ancora più insoddisfacente appare la previsione dell'art. 61, quarto comma, del Codice ove si abbia riguardo alla funzione provvisoria delle misure cautelari *ante causam* individuata dall'art. 61, primo comma, preordinata a salvaguardare la

posizione del ricorrente per il periodo di tempo necessario alla proposizione del giudizio di merito e alla presentazione della richiesta di misure cautelari (provvisorie e definitive) in corso di causa.

Il diniego della misura cautelare *ante causam*, in tale prospettiva, ha effetti irrimediabilmente definitivi sulla tutela prevista dall'art. 61, primo comma, certamente non surrogabile dalla riproposizione della richiesta di misure cautelari in corso di causa, posto che tali misure si collocherebbero comunque in un momento temporalmente successivo a quello cui la misura interinale e provvisoria *ante causam* era destinata.

4. La non impugnabilità del provvedimento negativo stabilita dal Codice del processo amministrativo suscita pertanto perplessità di coerenza costituzionale della norma, anche in considerazione del diverso regime che assiste i provvedimenti di accoglimento delle istanze di misure cautelari *ante causam*.

Per questi ultimi, infatti, la non impugnabilità – oltre a trovare giustificazione nel loro carattere provvisorio e nella loro efficacia comunque temporalmente limitata - è ulteriormente temperata dalla possibilità di modifica o revoca del provvedimento da parte del Presidente del tribunale amministrativo regionale su istanza di parte.

Trovando applicazione all'istanza di modifica o di revoca della misura cautelare concessa il secondo comma dell'art. 61, deve ritenersi che l'istanza stessa introduca un vero e proprio procedimento di riesame del provvedimento cautelare adottato, da effettuare da parte del Presidente sulla base delle considerazioni esposte nell'istanza medesima e nelle relative allegazioni.

Se pure il procedimento di riesame si svolge dinanzi al medesimo giudice che ha assunto la misura cautelare in tutto o in parte contestata, non vi è dubbio che la posizione dell'Amministrazione e del controinteressato destinatari della misura cautelare *ante causam* adottata sia assai più favorevole – potendo comunque fruire della possibilità di modifica o revoca del provvedimento adottato - rispetto alla posizione dell'istante che invece si è visto negata la misura cautelare *ante causam* e non ha alcuna possibilità di contestare il provvedimento negativo adottato.

C.2 Le omogeneità

1. Costituiscono elementi di assonanza tra il procedimento regolato dal codice di procedura civile e quello regolato dall'art. 61 del Codice l'attribuzione del potere giurisdizionale per l'assunzione delle misure cautelari *ante causam* ad un giudice monocratico e il verificarsi, sia pure in diverse circostanze e su diversi presupposti, dell'inefficacia delle misure cautelari adottate.

2. Nel giudizio civile l'art. 669 *ter* prevede, per le richieste di misure cautelari *ante causam*, che sia il Presidente del Tribunale a designare il magistrato “*cui è affidata la trattazione del procedimento*” e – quindi – l'assunzione dei relativi provvedimenti.

L'art. 61, secondo comma, del Codice attribuisce funzionalmente al Presidente del tribunale amministrativo regionale la competenza ad esprimersi sulle istanze di misure cautelari *ante causam*, con facoltà dello stesso di delegare altro magistrato.

3. Per quanto attiene all'inefficacia delle misure cautelari *ante causam*, nel giudizio civile essa è disciplinata dall'art. 669 *ter* CpC che la prevede per i casi in cui all'adozione delle misure cautelari debba fare necessariamente seguito l'introduzione del giudizio di merito (e – quindi – per i casi diversi da quelli regolati dall'art. 669 *octies*, sesto comma, CpC) e qualora ciò non avvenga nel termine indicato dal giudice (comunque non superiore a 60 giorni) ovvero nel caso in cui il giudizio regolarmente instaurato si estingua. In tali casi nel giudizio civile l'inefficacia del provvedimento cautelare è dichiarata, su istanza di parte, con ordinanza del giudice che ha emesso il provvedimento stesso, se non sussiste contestazione.

In caso di contestazione la questione è rimessa all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha adottato il provvedimento cautelare e deve essere decisa con sentenza provvisoriamente esecutiva fatti salvi, in corso di causa, i provvedimenti di revoca o di modifica di cui all'art. 669 *decies* CpC.

La stessa norma prevede ulteriori casi particolari di perdita di efficacia delle misure cautelari concesse in sede civile, regolandone la specifica disciplina.

L'art. 61 individua una pluralità di circostanze che determinano l'inefficacia delle misure cautelari concesse, cui si è già fatto menzione:

- in caso di mancata notifica del ricorso di merito con la domanda di provvedimenti cautelari in corso di causa entro 15 giorni dall'adozione del provvedimento cautelare;
- in caso di mancato deposito di tale ricorso entro 5 giorni dalla notifica, accompagnato dall'istanza di fissazione d'udienza;
- alla scadenza del termine di 60 giorni della sua emissione.

A tali circostanze è ragionevole aggiungere anche il caso della mancata notifica alle parti del provvedimento cautelare concesso nel termine perentorio fissato dal giudice e comunque non superiore a 5 giorni dalla adozione del provvedimento stesso. La violazione di tale adempimento non è espressamente sanzionata con la caducazione dell'efficacia del provvedimento cautelare ma, considerato il carattere tassativo della prescrizione, è ragionevole ritenere che a tale violazione sia correlata la perdita di efficacia del provvedimento.

Altresì, in'applicazione analogica dei principi desumibili dall'art. 669 *novies*, primo comma, CpC, è ragionevole ritenere che la perdita di efficacia del provvedimento cautelare concesso venga dichiarata, su istanza di parte, dal medesimo giudice monocratico che ha adottato il provvedimento stesso.

Effetti sull'efficacia delle misure cautelari *ante causam* possono derivare anche dalla riconosciuta incompetenza del giudice che ha adottato il provvedimento.

D. Il giudice competente all'adozione delle misure cautelari *ante causam*

1. Si è già detto dell'attribuzione in forma monocratica al Presidente del tribunale amministrativo regionale della funzione giurisdizionale di pronunciarsi sulle istanze di misure cautelari *ante causam* e di adottare i conseguenti provvedimenti di rigetto o di accoglimento, con facoltà dello stesso di delegare, di volta in volta o per periodi di tempo, ad altro magistrato l'esercizio di tali funzioni.

E' pertanto direttamente al Presidente del tribunale amministrativo regionale che l'istanza deve essere presentata, non rilevando, in ragione dell'assenza di un giudizio di merito, la competenza delle Sezioni interne del tribunale adito.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 61 e del comma 1 dell'art. 15 del Codice, deve ritenersi che il Presidente del tribunale amministrativo regionale adito debba in primo luogo valutare la sussistenza della propria competenza territoriale secondo quanto previsto agli artt. 13 e 14 del Codice medesimo, essendo questione rilevabile d'ufficio in forza di previsioni di ordine generale (art. 15, comma 1 e 16, comma 2) ed assistita da specifica previsione per quanto attiene alle misure cautelari *ante causam* (art. 61, comma 3).

2. Nel vigore dell'art. 245 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 (che con norma innovativa aveva anticipatamente introdotto la competenza territoriale inderogabile solo per le misure cautelari *ante causam*) si era ritenuto che il Presidente del tribunale amministrativo adito, ove avesse ritenuto la propria incompetenza territoriale, avrebbe dovuto trasmettere il fascicolo al tribunale amministrativo ritenuto competente, assumendo un provvedimento di declaratoria della propria incompetenza.

In tal caso il soggetto istante avrebbe dovuto quantomeno formulare un'istanza di assunzione del provvedimento al Presidente del diverso tribunale amministrativo cui il fascicolo era stato trasmesso dal primo giudice.

3. Considerata la nuova disciplina applicabile per le questioni di competenza ai procedimenti cautelari (art. 15, commi dal quinto al nono), è ragionevole ritenere l'applicazione anche nel procedimento *ante causam*, considerata la stretta funzionalità di questo al giudizio di merito.

Conseguentemente è possibile ritenere che qualora il Presidente del tribunale amministrativo regionale adito si reputi incompetente sull'istanza di misure cautelari *ante causam* ad esso sollecitata, possa richiedere d'ufficio, con ordinanza, il regolamento di competenza dinanzi al Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 15, quinto comma, del Codice del processo amministrativo, indicando nell'ordinanza il tribunale amministrativo ritenuto competente.

Il soggetto istante, ai sensi del settimo comma dell'art. 15 - anche nella pendenza del regolamento di competenza - potrà quindi immediatamente riproporre l'istanza cautelare *ante causam* al Presidente del tribunale amministrativo indicato dal primo

giudice il quale sarà quindi tenuto a pronunciarsi sull'istanza medesima, anche qualora non si ritenga competente.

In caso di accoglimento della domanda cautelare *ante causam* da parte di tale secondo giudice, il ricorso con la domanda di provvedimenti cautelari in corso di causa dovrà essere presentato, nei termini perentori indicati dall'art. 61, quinto comma, dinanzi al medesimo giudice.

Essendosi incardinata con tale modalità la competenza di tale giudice, ad esso competerà anche l'esame dei provvedimenti cautelari provvisori o collegiali di cui agli artt. 56 e 55 del Codice del processo amministrativo, ove dovesse essere ancora pendente il regolamento di competenza dinanzi al Consiglio di Stato sollevato dal primo giudice adito.

Qualora il giudice indicato dovesse essere dichiarato incompetente dal Consiglio di Stato, tutte le misure cautelari da questo adottate (sia quelle *ante causam*, se ancora efficaci, che quelle eventualmente assunte in corso di causa) sono destinate a perdere efficacia entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza (art. 15, ottavo comma, del Codice) potendo comunque la parte interessata riproporre le richieste cautelari (sia *ante causam* che in corso di causa) dinanzi al giudice dichiarato competente (art. 15, nono comma).

Nel caso in cui, invece, il Presidente del tribunale amministrativo adito con l'istanza cautelare *ante causam* si dichiari incompetente indicando con l'ordinanza il giudice competente ma non sollevi d'ufficio il regolamento di competenza (art. 15, quinto comma e 16, secondo comma) il soggetto interessato potrà riproporre l'istanza di misure cautelari *ante causam* dinanzi al giudice indicato dall'ordinanza il quale sarà comunque tenuto a pronunciarsi, ferma la possibilità di sollevare d'ufficio il regolamento di competenza in applicazione all'art. 16, terzo comma, del Codice del processo amministrativo.

La parte istante deve ritenersi legittimata a impugnare l'ordinanza del primo giudice adito che neghi la propria competenza, introducendo essa regolamento di competenza con le modalità di cui all'art. 16, terzo comma, del Codice del processo amministrativo. Nelle more della decisione del Consiglio di Stato, l'istante potrà comunque riproporre l'istanza cautelare *ante causam* al Presidente del tribunale

amministrativo regionale indicato nell'ordinanza impugnata, in applicazione dell'art. 16, quarto comma, del Codice del processo amministrativo.

Per gli ulteriori sviluppi della procedura (notifica e deposito del ricorso con istanza cautelare, adozione delle ulteriori misure cautelari in corso di causa, effetti dell'eventuale declaratoria di incompetenza) troveranno applicazione anche a tale diversa ipotesi le previsioni sopra richiamate.

Siffatta ricostruzione della disciplina contenuta nel Codice consente da un lato di omogeneizzare il regime della tutela cautelare *ante causam* a quella in corso di causa per quanto inerente gli strumenti e le modalità di individuazione del giudice competente e per altro verso consente altresì di individuare – come per la tutela cautelare in corso di causa – il giudice che comunque dovrà provvedere sull'istanza di misure cautelari *ante causam*, anche in pendenza dell'eventuale regolamento di competenza.

Tale soluzione appare altresì coerente con una complessiva esigenza di certezza nell'individuazione del giudice competente del giudizio di merito, rispetto al quale la tutela cautelare *ante causam* svolge una funzione essenzialmente strumentale.

E. I presupposti delle misure cautelari *ante causam*

E.1 Il *periculum*

1. L'art. 61, primo comma, del Codice del processo amministrativo pone a presupposto della assunzione delle misure cautelari *ante causam* unicamente l'esistenza di una situazione “*di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie*”.

La norma dunque fa espresso riferimento ad uno soltanto dei presupposti propri delle misure cautelari (il *periculum*) senza menzionare l'ulteriore ordinario presupposto costituito dal *fumus boni iuris* e – quindi – la valutazione, anche sommaria, della fondatezza della domanda di merito.

In ordine all'unico presupposto indicato dalla norma, costituito dal *periculum*, la formula utilizzata dal legislatore, che ha qualificato la situazione giuridica azionabile di “*eccezionale gravità e urgenza*” tale da non consentire neppure la

proposizione del ricorso, induce a ritenere che le misure cautelari *ante causam* possano essere concesse solo in presenza di situazioni assolutamente indilazionabili, tali da essere irrimediabilmente compromesse in assenza delle immediate misure cautelari richieste.

La formulazione adottata dall'art. 61, primo comma, è più restrittiva di quella contenuta all'art. 56, primo comma, relativo alle misure cautelari monocratiche provvisorie, ove si ha riguardo a situazioni di "*estrema gravità e urgenza*" (mentre all'art. 55, primo comma, per le misure cautelari collegiali la norma fa riferimento a situazioni di "*pregiudizio grave e irreparabile*", senza ulteriore qualificazione) e pertanto deve ritenersi che sia richiesta al Presidente del tribunale amministrativo regionale una specifica valutazione di tale situazione di eccezionalità, correlata espressamente all'arco temporale occorrente per la proposizione del ricorso con la domanda di provvedimenti cautelari in corso di causa.

La situazione di "*eccezionale gravità e urgenza*" potrebbe essere costituita anche da comportamenti omissivi dell'amministrazione, il cui perdurare potrebbe generare effetti irreparabili nelle more della presentazione del ricorso.

E.2 Il *fumus*

1. Pur in assenza di uno specifico richiamo, deve ritenersi che il giudice non possa assumere misure cautelari *ante causam* se non all'esito di un sommario esame anche della situazione di merito che sarà successivamente azionata con il ricorso necessariamente da proporre.

A tale conclusione deve inevitabilmente pervenirsi per ragioni di ordine sistematico, posto che è proprio dei provvedimenti cautelari indicare i "*profili che, ad un sommario esame, inducano ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*" (art. 55, nono comma, del Codice del processo amministrativo). Tale indicazione costituisce elemento necessario del provvedimento cautelare, posto che sulla base di essa potranno essere valutati le eventuali successive istanze di modifica o di revoca dei provvedimenti stessi.

2. Deve conseguentemente ritenersi inammissibile una istanza di misure cautelari *ante causam* che non contenga alcun elemento che dia conto dell'illegittimità del provvedimento che sarà impugnato.

Tali elementi di *fumus* non dovranno essere articolati con la puntualità e la completezza richiesti per la proposizione di un ricorso ma dovranno almeno indicare i vizi di legittimità che l'istante ritiene di avere riscontrato.

F. I contenuti delle misure cautelari *ante causam*

1. Sempre il primo comma dell'art. 61 prevede che ove ricorrano i presupposti esaminati al precedente par. E il Presidente del tribunale amministrativo regionale possa adottare le “*misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il periodo di tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa*”.

La norma dunque non individua i contenuti delle possibili misure cautelari adottabili *ante causam*, attribuendo ad esse un connotato “atipico” e legittimando quindi il giudice ad assumere qualsiasi provvedimento ritenuto idoneo a conseguire lo scopo richiesto.

In tal senso, pertanto, alle misure cautelari *ante causam* va riconosciuto lo stesso margine di ampiezza di possibili contenuti che è proprio delle misure cautelari collegiali dell'art. 55 e delle misure cautelari monocratiche provvisorie dell'art. 56.

2. Giova però osservare che la limitata finalità attribuita alle misure cautelari *ante causam*, strumentali a consentire la proposizione del ricorso e della domanda cautelare in corso di causa, porta ad escludere che tali misure cautelari debbano necessariamente avere il medesimo contenuto di quelle collegiali in corso di causa, posto che queste assolvono la diversa funzione di “*assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*”, funzione – come detto - estranea alle misure cautelari di cui all'art. 61.

E' pertanto possibile che le misure cautelari monocratiche presidenziali assunte *ante causam* possano avere contenuti anche in parte differenti da quelle che saranno poi assunte in sede collegiale, anche alla luce del diverso grado di conoscenza della

situazione controversa che dovesse emergere all'esito della proposizione del ricorso e della articolazione dei mezzi defensionali dell'amministrazione e del controinteressato.

G. La proposizione dell'istanza di misure cautelari ed il procedimento di assunzione nelle misure cautelari

1. L'istanza di misure cautelari *ante causam* può essere proposta solo dal soggetto legittimato al ricorso (art. 61, primo comma, Codice del processo amministrativo). Tale legittimazione vincolata è peraltro conseguenza necessaria della natura strumentale delle misure cautelari di che trattasi, funzionali a consentire la presentazione del ricorso da parte del medesimo soggetto con la relativa richiesta di misure cautelari in corso di causa.

2. Tale istanza, deve essere notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso dall'art. 41 del Codice del processo amministrativo e – quindi – all'amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati.

La necessaria notifica alle controparti dell'istanza cautelare attua anche nel procedimento cautelare *ante causam* il necessario principio del contraddittorio, ritenuto connotato essenziale del processo amministrativo avendo riguardo al ruolo dell'amministrazione "*quale soggetto istituzionalmente deputato alla cura degli interessi della collettività che, come tale, necessita di garantire gli effetti del proprio operato sino a quando il giudice ne accerti l'illegittimità*".

Sempre in attuazione di tale principio il giudice, ai fini dell'assunzione della misura cautelare richiesta, deve anche verificare "*il perfezionamento della notificazione per i destinatari*".

Per non pregiudicare l'effettività e l'efficacia delle misure cautelari di che trattasi, che potrebbe venir meno in ragione dei tempi occorrenti per il perfezionamento delle notifiche, la norma da un lato consente modalità di notifica particolarmente rapide e per altro verso introduce alcuni temperamenti.

A fini sollecitatori è infatti sempre consentita la notifica dell'istanza da parte del difensore a mezzo fax, senza necessità della previa autorizzazione del giudice.

Ove poi l'accertamento del perfezionamento della notificazione non fosse possibile "*per cause non imputabili al ricorrente*" [rectius: all'istante] il Presidente del tribunale amministrativo regionale può comunque provvedere, ove valuti che "*l'esigenza cautelare non consenta*" di concludere tale accertamento.

E' da ritenere che le "*cause non imputabili al ricorrente*" richiamate dalla norma siano tutte quelle in cui non sia individuabile una diretta responsabilità dell'istante nella situazione impeditiva dell'accertamento da effettuare. In tal senso non potrà costituire elemento ostativo all'assunzione delle misure cautelari la circostanza che l'istante, pur utilizzando l'ordinaria diligenza, non sia riuscito a porre a disposizione del giudice la prova dell'avvenuta ricezione dell'istanza notificata: così nel caso non sia riuscito ad acquisire il numero di fax presso cui notificare l'istanza o il fax destinatario non abbia rilasciato ricevuta, ovvero nel caso in cui la notifica sia stata effettuata a mezzo del servizio postale anche direttamente dall'avvocato ma non sia stato possibile acquisire certezza della ricezione dell'atto anche attraverso il servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste (ex art. 55, sesto comma, del Codice del processo amministrativo), ovvero nel caso in cui l'ufficiale giudiziario non abbia ancora restituito l'atto notificato.

La valutazione della possibile adozione delle misure cautelari anche in assenza dell'accertato perfezionamento delle notifiche è naturalmente rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che dovrà darne conto nella motivazione del provvedimento adottato.

3. L'intervenuta notificazione dell'istanza esaurisce peraltro le necessarie esigenze del contraddittorio nel procedimento cautelare *ante causam*, posto che l'audizione delle parti non è prevista come elemento necessario del procedimento stesso ma – al contrario – è disposta dal giudice solo "se necessaria".

Tale "necessità" può ritenersi sussistente in caso di assunzione da parte del giudice di eventuali acquisizioni istruttorie, da effettuarsi "*omessa ogni altra formalità*" e – quindi – con piena libertà di forme, fermo restando l'onere della parte istante di

fornire al Presidente del tribunale amministrativo regionale ogni necessario elemento di valutazione dell'istanza presentata.

Sotto tale profilo, può ritenersi che comunque competa al giudice adito compiere una informale istruttoria ai fini dell'assunzione del provvedimento richiesto, connotando tale attività con i caratteri propri della cognizione sommaria.

4. Non è chiara la portata dell'ultima previsione del secondo comma dell'art. 61 del Codice del processo amministrativo, laddove è fatto salvo il potere di revoca dei provvedimenti cautelari adottati per il caso di loro assunzione in assenza della prova dell'avvenuta notifica dell'istanza alle altre parti del giudizio cautelare. Tale potere di revoca è infatti qualificato mediante rinvio all'art. 56, quarto comma, terzo e quarto periodo, dello stesso Codice e – quindi – a disposizioni che si limitano a prevedere la revocabilità del provvedimento cautelare su istanza di parte per tutto il periodo di efficacia del provvedimento stesso, con l'applicazione delle procedure previste per l'assunzione delle misure cautelari medesime.

Tale potere di revoca, pertanto, non pare differire dalla più generale possibilità riconosciuta dal giudice di revocare o modificare, su istanza di parte, le misure cautelari *ante causam* adottate, regolata al quinto comma dello stesso art. 61.

H. Il provvedimento di rigetto e di accoglimento delle misure cautelari – Gli adempimenti successivi - La cauzione

1. Del provvedimento di rigetto delle misure cautelari, da assumersi con decreto, e della sua non impugnabilità si è già detto.

Il provvedimento di accoglimento delle misure stesse deve invece essere notificato a cura dell'interessato a tutte le parti cui è stata notificata l'istanza nel termine fissato dal giudice e comunque non oltre cinque giorni, pena la sua perdita di efficacia.

Il termine, per omogeneità con gli ulteriori termini perentori indicati al quinto comma dell'art. 61 deve ritenersi decorrente dalla data di comunicazione da parte della segreteria del provvedimento adottato, trovando applicazione il combinato disposto degli artt. 39, quarto comma e 89, terzo comma, del Codice.

Dal medesimo termine decorrono quindi i 15 giorni per la notifica del ricorso introduttivo del giudizio di merito con la domanda richiesta di misure cautelari in corso di giudizio.

Tale adempimento deve intendersi compiuto al momento del perfezionamento della notificazione per il notificante con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario ovvero con la spedizione a mezzo posta da parte del difensore (Corte Costituzionale 26.11.2002 n. 477).

2. E' da ritenere che sia da tale data di perfezionamento della notifica per il notificante che decorrano i 5 giorni per il deposito del ricorso con l'istanza di fissazione, posto che la norma espressamente indica tale termine come "successivo" a quello della intervenuta notifica.

3. La concessione della misura cautelare *ante causam* (e non più la sua efficacia come era stato previsto dal cessato art. 254 del D.Leg.vo n. 163 del 2006) può essere subordinata dal giudice alla prestazione di una cauzione, da fornirsi anche mediante fidejussione. Il regime della cauzione ed i suoi presupposti (e cioè a dire per il caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare adottato derivino "*effetti irreversibili*") sono sostanzialmente analoghi alla cauzione disciplinata per i procedimenti cautelari in corso di causa (art. 55, secondo comma e art. 56, terzo comma, del Codice) e pertanto si rinvia a quanto sopra osservato sul punto.

La cauzione eventualmente richiesta ai fini della misura cautelare *ante causam* non può peraltro avere durata superiore alla misura cautelare medesima e quindi è destinata a coprire un arco temporale non superiore di 60 giorni.

I. La cessazione di efficacia delle misure cautelari

1. Il tema della cessazione di efficacia delle misure cautelari *ante causam* e delle circostanze cui tale evento è correlato è già stato affrontato.
Merita però alcune considerazioni il tema della contemporanea vigenza delle misure cautelari in questione e di quelle assunte in corso di causa.

L'art. 61, quinto comma, prevede infatti che le misure cautelari *ante causam* perdano efficacia con il decorso di 60 giorni dalla data del provvedimento di accoglimento “*dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa*”.

La previsione della permanenza dell'efficacia (“*restano efficaci*”) delle misure assunte in corso di causa alla data di cessazione dell'efficacia delle misure cautelari *ante causam* presuppone che le stesse – almeno in ipotesi – siano state assunte precedentemente alla scadenza di quelle adottate *ante causam* e che anch'esse abbiano efficacia dal momento della loro adozione.

2. Posto che, per quanto sopra osservato, le misure cautelari *ante causam* hanno una funzione limitata e strumentale alla proposizione del ricorso con la relativa domanda di misure cautelari in corso di causa e pertanto possano avere un contenuto in tutto o in parte differente da quelle assunte in corso di causa (preordinate ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso) è ben possibile che in un dato momento coesistano più provvedimenti cautelari parimenti efficaci ma non del tutto consonanti tra loro.

L'autonomia e l'esclusività del potere monocratico riconosciuto al Presidente del tribunale amministrativo nell'assunzione dei provvedimenti cautelari *ante causam* porta ad escludere che i provvedimenti cautelari adottati in corso di causa possano modificare quelli assunti *ante causam*.

Del pari è escluso che il giudice monocratico *ante causam* possa autonomamente modificare o revocare le misure cautelari assunte in assenza di una specifica istanza di parte (la modifica o revoca d'ufficio prevista dall'art. 254 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 non è stata riproposta nell'art. 61 del Codice).

Conseguentemente deve ritenersi che ove si determini una situazione di mancata consonanza tra successivi provvedimenti cautelari adottati, entrambi efficaci nel medesimo momento, la parte lesa da tale situazione debba presentare, ai sensi del quinto comma dell'art. 61, del Codice del processo amministrativo, istanza di modifica o di revoca delle misure cautelari *ante causam* al Presidente del tribunale amministrativo affinché esso provveda in merito al provvedimento adottato e

consenta alle successive misure cautelari assunte in corso di causa di dispiegare appieno i propri effetti.

L. La modificazione e la revoca delle misure cautelari *ante causam*

1. Sia la modificazione che la revoca delle misure cautelari *ante causam* possono essere disposte dal giudice solo su istanza di parte e sino al momento in cui le stesse conservano efficacia (art. 61, quinto comma, del Codice del processo amministrativo).

2. L'istanza di modifica deve essere notificata dall'interessato alle altre parti del giudizio cautelare con le stesse modalità dell'istanza originaria.

L'istanza di modifica o revoca, come già osservato, introduce dinanzi allo stesso giudice un procedimento autonomo di riesame, di identico contenuto di quello seguito per l'assunzione delle misure cautelari e che si conclude o con un provvedimento di rigetto dell'istanza di modifica (decreto) ovvero, in caso di accoglimento, con il provvedimento di modifica o di revoca delle misure cautelari concesse.

Nel vigore dell'art. 254 del D.Leg.vo n. 163 del 2006 la dottrina – in analogia alle previsioni dell'art. 669 *decies* CpC e dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 – aveva ritenuto che l'istanza di modificazione o revoca dovesse essere necessariamente correlata a fatti o circostanze nuove rispetto al momento in cui il provvedimento era stato emesso ovvero a fatti o circostanze di cui si fosse acquisita conoscenza successivamente alla sua adozione.

Anche l'art. 58 del Codice del processo amministrativo, nel disciplinare la revoca o la modifica delle misure cautelari collegiali, correla tale evenienza al verificarsi di "*mutamenti nelle circostanze*" ovvero alla allegazione di "*fatti anteriori di cui si è acquisita la conoscenza successivamente*".

Ciò porterebbe ad escludere che le misure cautelari *ante causam* possano essere oggetto di revoca o di modifica sulla base di circostanze precedenti all'assunzione delle misure cautelari e note alla parte che ha richiesto la modificazione o la revoca antecedentemente all'assunzione del provvedimento contestato.

Giova peraltro considerare che le misure cautelari in questione possono essere adottate dal giudice sulla base di un contraddittorio solo formalmente costituito (con la notifica dell'istanza da parte dell'interessato) ma realmente mai realizzato con l'effettivo esercizio del diritto di difesa da parte dell'amministrazione e del controinteressato.

Conseguentemente non pare irragionevole ritenere che le istanze di modifica o revoca delle misure cautelari concesse possano fondarsi anche su circostanze note alla parte che richiede la notifica o la revoca anche prima dell'assunzione del provvedimento cautelare ma non note al giudice, in quanto non indicate dalla parte richiedente la misura cautelare poi concessa; per contro non sarebbero deducibili diverse rappresentazioni della medesima situazione già nota e considerata dal giudice.

M. Inapplicabilità delle misure cautelari *ante causam* nei giudizi di appello e nei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica

1. L'inapplicabilità delle misure cautelari *ante causam* in grado di appello deriva in linea generale dalla stessa funzione della cautela *ante causam* che, esclude ontologicamente la sussistenza di un giudizio pendente, ancorchè deciso in primo grado.

Del pari in sede civile è stata esclusa la proponibilità di richieste di misure cautelari atipiche per sospendere ovvero modificare l'esecutività di provvedimenti giurisdizionali.

2. Tali principi di carattere generale assumono decisiva rilevanza con riferimento alle misure cautelari *ante causam* disciplinate dall'art. 61 del Codice, considerata la funzione strumentale ad esse assegnate in relazione all'introduzione del giudizio dinanzi al tribunale amministrativo regionale, funzione che evidentemente non può ritenersi sussistente in presenza di una decisione di merito del medesimo giudice.

La stessa dichiarata strumentalità delle misure cautelari *ante causam* all'introduzione del giudizio di merito dinanzi al giudice amministrativo (nei ristretti

termini perentori indicati dall'art. 61) porta ad escludere che esse possano trovare applicazione ai ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica.