



CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

La tutela cautelare

(le forme della tutela cautelare – la valutazione degli interessi)

Relatori

Pres. Ignazio Silvestri *Presidente TAR per il Molise*

Cons. Cecilia Altavista *Consigliere TAR per il Lazio*

Avv. Michele Coromano *Avv. Foro di Campobasso*

DEFINIZIONE

La tutela cautelare è un istituto che consente di proteggere provvisoriamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, per evitare che durante il tempo occorrente per la tutela di merito tale interesse possa essere irreparabilmente compromesso, tanto da vanificare e rendere inutile la decisione di merito.

Tale tutela viene garantita attraverso i rimedi che al giudice, secondo le circostanze, appaiono più idonei a tutelare l'interesse fatto valere.

Tutela cautelare e principio costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale

→ Art. 24 Cost., comma 1

“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”

Il Giudice amministrativo e il giudice ordinario sono obbligati ad adottare una pronuncia pienamente soddisfattiva dell'interesse sostanziale del ricorrente

→ Art. 1 Codice Processo Amministrativo (EFFETTIVITA')

“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”

Il processo amministrativo deve essere idoneo ad assicurare al singolo leso nella sua sfera giuridica, per effetto dell'azione amministrativa, l'ottenimento di una pronuncia giurisdizionale che, statuendo sulla fondatezza della pretesa sostanziale, consenta la conservazione o l'acquisizione del bene della vita per il quale è stato promosso il giudizio.

La tutela cautelare costituisce lo strumento attraverso cui si realizza in concreto il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

CARATTERI **della tutela cautelare**

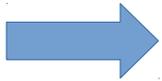
A. SOMMARIETA'

B. AUTONOMIA (funzionale e strutturale)

C. STRUMENTALITA'

D. CARATTERE DECISORIO

CARATTERI della tutela cautelare



A. SOMMARIETA'

La tutela cautelare è caratterizzata da una cognizione sommaria, ossia da un'attività logico-giuridica del giudice fondata su indagini – rispetto al giudizio di merito – più superficiali e meno complete senza mai dar luogo a sentenze che producono l'accertamento del giudicato, ex art. 2909 c.c..

Trattasi, dunque, di cognizione sommaria in quanto:

- 1. incompleta** perché fondata su quello che risulta agli atti del processo;
- 2. superficiale** perché fondata su una valutazione del giudice meramente probabilistica.

CARATTERI della tutela cautelare



B. AUTONOMIA

→ **FUNZIONALE:** la tutela cautelare ha rispetto al giudizio di merito – avente ad oggetto la fondatezza delle pretese del ricorrente - la funzione di evitare che nelle more del giudizio di merito si verifichi un pregiudizio irreversibile al bene della vita oggetto della domanda

→ **STRUTTURALE:** la tutela cautelare si concretizza in una pronuncia che non incide sulla vita dell'atto amministrativo impugnato, bensì sugli effetti dello stesso, ponendoli temporaneamente in uno stato di quiescenza

CARATTERI della tutela cautelare

➔ C. STRUMENTALITA'

La tutela cautelare è strumentale in quanto, garantendo un assestamento provvisorio della lite, è preordinata ad assicurare gli effetti della successiva tutela di merito

Rafforzamento del **nesso di strumentalità** operato dal nuovo C.p.a. anche attraverso la previsione della **improcedibilità** della domanda cautelare finché non è presentata Istanza di fissazione dell'udienza di merito (*Art. 55 c.4 C.P.A.*)

Differenze con la tutela cautelare nel processo civile dove, con riferimento al provvedimento ex **art. 700 c.p.c.** di tipo anticipatorio vi è una attenuazione del nesso di strumentalità

CARATTERI

della tutela cautelare



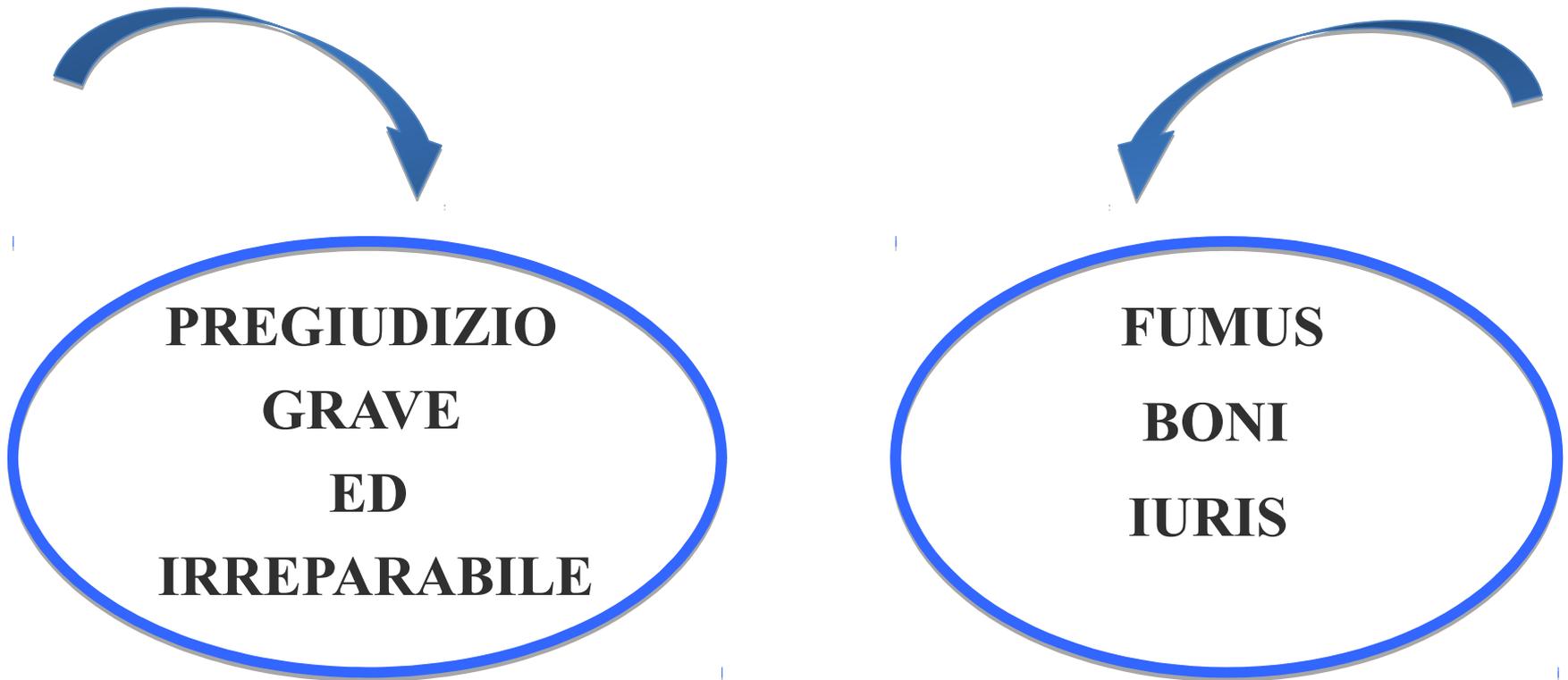
D. CARATTERE DECISORIO

La misura cautelare ha carattere decisorio in quanto assolve alla funzione propria di dirimere la lite cautelare, ossia la controversia circa l'eseguibilità di un provvedimento amministrativo in pendenza di un giudizio, con effetti simili, per **forza imperativa**, agli effetti della sentenza.

-> *Appellabilità delle ordinanze cautelari*

-> *Obbligo di esecuzione delle ordinanze*

PRESUPPOSTI per l'AZIONE CAUTELARE



PRESUPPOSTI PER L'AZIONE CAUTELARE

PREGIUDIZIO GRAVE ED IRREPARABILE

esistenza di un pregiudizio, con i caratteri della gravità e della irreparabilità cui è esposto l'interesse fatto valere con il ricorso nelle more della definizione del giudizio di merito

La **gravità** indica l'intensità e l'entità del pregiudizio

> **gravità in senso assoluto e in senso relativo** <

> **“bilateralità” del *periculum* e valutazione comparativa degli interessi** <

La **irreparabilità** indica la impossibilità o la notevole difficoltà di riparare il danno eventualmente cagionato con l'esecuzione del provvedimento.

> **Irreparabilità del danno e tutela risarcitoria** <


La funzione sussidiaria dell'azione risarcitoria

PRESUPPOSTI PER L'AZIONE CAUTELARE

FUMUS BONI IURIS

una valutazione di tipo prognostico compiuta dal giudice sulla probabilità di accoglimento della domanda principale richiesta dall'**art. 55, comma 9, c.p.a.** il quale recita *“l’ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, conducono ad una ragionevole previsione sull’esito del giudizio”*.

La valutazione prognostica sul *fumus* implica che la delibazione del giudice della cautela sia estesa a tutte quelle questioni che possono incidere sull'accoglimento del ricorso e, dunque, anche alle questioni pregiudiziali.

La codificazione del *principio della atipicità delle misure cautelari*

- ✓ Il modello tradizionale ed il provvedimento a contenuto positivo
- ✓ La sospensione del provvedimento impugnato come rimedio tipico e la distinzione tra *atti a contenuto positivo* e gli *atti a contenuto negativo*
- ✓ Distinzione tra **interessi oppositivi** (che tendono alla conservazione di una situazione di vantaggio incisa dall'atto amministrativo) ed **interessi pretensivi** (con i quali si aspira ad ottenere dalla P.A. il provvedimento ampliativo richiesto)
- ✓ La c.d. "*crisi della sospensiva*"
- ✓ La **Legge n. 205/2000** ed il recepimento dell'orientamento giurisprudenziale sulla atipicità della tutela cautelare

TIPOLOGIE e MODELLI di misure cautelari

*Principio di atipicità
della tutela cautelare*

- misure a **contenuto NEGATIVO**
(per gli interessi legittimi oppositivi)
- misure **PROPULSIVE**
- misure **SOSTITUTIVE**
(per interessi legittimi pretensivi)
- misure **ORDINATORIE**
(a contenuto patrimoniale per i diritti soggettivi)

TIPOLOGIE e MODELLI di misure cautelari

MISURE A CONTENUTO NEGATIVO (per gli *interessi legittimi oppositivi*)

La sospensione del provvedimento impugnato come modello tradizionale tipico di tutela cautelare - previsto dalla originaria formulazione dell'**art. 21 della legge 1034/1971** – ammissibile solo per i provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del ricorrente rispetto ai quali si pongono interessi qualificabili come oppositivi.

Il **deficit** di tutela degli **interessi pretensivi** incisi da provvedimenti negativi.

La sospensiva non più come forma tipica, ma come uno dei possibili modelli di tutela cautelare in un sistema di atipicità della tutela.

TIPOLOGIE e MODELLI di misure cautelari

MISURE A CONTENUTO PROPULSIVO (C.D. *REMAND*)

L'ordinanza di tipo propulsivo è una statuizione che, unitamente alla sospensione del provvedimento negativo impugnato, consiste nell'ordine, rivolto all'amministrazione, cui solo compete la riedizione del potere, di adottare nuovamente l'atto emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale.

-> Il **dovere di riesame** della P.A.

Il *remand* come strumento di dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione.

Il **rischio di invasione** della sfera discrezionale della P.A.

TIPOLOGIE e MODELLI di misure cautelari

MISURE A CONTENUTO POSITIVO DI TIPO SOSTITUTIVO

Le ordinanze di tipo sostitutivo sono quelle misure cautelari il cui effetto è quello di attribuire in via interinale il bene della vita cui aspira il ricorrente.

La distinzione tra provvedimenti negativi in **senso proprio** (che non producono effetti modificativi della situazione giuridica del ricorrente come *ad esempio: diniego di autorizzazione*) e provvedimenti negativi in **senso improprio** (che producono effetti innovativi facendo venir meno una situazione di vantaggio di cui il ricorrente già gode in virtù di un precedente atto amministrativo, come accade per esempio per un diniego di rinnovo di una concessione di un bene pubblico).

Il giudice sostituisce la pubblica amministrazione nell'attribuzione del bene della vita richiesto (*per esempio ammettendo il ricorrente allo svolgimento dell'attività negata*).

Profili processuali della tutela cautelare (Art. 55 C.p.a.)

1. Proposizione della domanda cautelare

- ricorso di merito
- ricorso autonomo

2. Contenuto della domanda:

- ✧ allegazione del *periculum*
- ✧ indicazione del *petitum* cautelare
- ✧ *fumus boni iuris*
- ✧ istanza fissazione udienza

Trattazione della domanda cautelare

(Art. 55, co. 5, C.p.a.)

- a) Discussione in Camera di consiglio
- b) Termine per il deposito di memorie e documenti
→ *fino a 2 giorni liberi prima dell'udienza*
- c) Ammissibilità di costituzione delle parti fino all'udienza e autorizzazione del Collegio per il deposito di documenti sino all'inizio della discussione per gravi ed eccezionali ragioni
- d) Fissazione a breve dell'udienza quando le esigenze del ricorrente siano favorevolmente apprezzabili e tutelabili con una sollecita definizione del merito
- e) La forma e la natura della misura cautelare
- f) Contenuto e motivazione dell'Ordinanza cautelare

MISURE CAUTELARI MONOCRATICHE

(Art. 56 C.P.A.)

Rappresentano l' esercizio del potere presidenziale, subordinato all' esistenza di una concreta dimostrazione di un pregiudizio di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla Camera di consiglio.

La tutela monocratica anticipatoria
e la **c.d. doppia strumentalità**

-> La tutela del contraddittorio

REVOCA O MODIFICA
DELLE MISURE CAUTELARI COLLEGIALI
(ART. 58 C.p.a.)

L'art. 58 del codice prevede che le parti possono riproporre al Collegio la domanda cautelare respinta o chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare collegiale concesso.

-> PRESUPPOSTI :

- a)** *se si verificano mutamenti nelle circostanze*
 - b)** *se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.*
- La prova.*

Ulteriore ipotesi di revoca è riferita ai casi di cui all'art. 395 c.p.c.

ESECUZIONE

DELLE MISURE CAUTELARI COLLEGIALI

(ART.59 C.p.a.)

In caso di condotta inadempiente dell'amministrazione il ricorrente può adire il Giudice (***lo stesso che ha messo il provvedimento cautelare***) chiedendo l'adozione di misure necessarie per assicurare l'attuazione del provvedimento cautelare ivi inclusa la nomina di un **Commissario ad acta**.

Il poteri del giudice sono identici a quelli previsti per il giudizio di ottemperanza.

Definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare

c.d. SENTENZA BREVE

(ART.60 C.p.a.)

In esito all'udienza cautelare il Collegio può definire la lite con sentenza semplificata purché sussistano i seguenti

PRESUPPOSTI:

- Almeno 20 giorni dall'ultima notifica;
- Sia accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;
- Manifesta fondatezza del ricorso ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso;
- Nessuna delle parti dichiara di voler proporre motivi aggiunti o regolamento di giurisdizione/competenza.

LE MISURE CAUTELARI ANTE CAUSAM (ART.61)

Possono essere richieste e disposte solo in caso ricorra una **situazione di eccezionalità e urgenza** tale da non consentire neppure il ricorso al procedimento *post causam* di cui all'**art.56 C.p.a.**

casi eccezionali e residuali -> **ESEMPIO:** *il divieto di utilizzare un locale ove è prevista per la stessa sera un manifestazione con biglietti già venduti, palchi già montati e artisti già ingaggiati.*

prevalenza del *periculum* rispetto al *fumus* (in assenza di ricorso)

> **Tutela del contraddittorio** <



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

CORSO DI DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

GRAZIE A TUTTI

Relatori

Pres. Ignazio Silvestri *Presidente TAR per il Molise*

Cons. Cecilia Altavista *Consigliere TAR per il Lazio*

Avv. Michele Coromano *Avv. Foro di Campobasso*

24
