**La tutela cautelare nel Codice del processo amministrativo[[1]](#footnote-1)**

**1.** La tutela cautelare è connaturata alla natura stessa del processo, perché, come sintetizzato dalla miglior dottrina: "*la necessità di servirsi del processo per ottener ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*" (Calamandrei, Chiovenda).

Infatti, di forme di tutela d’urgenza si trova già traccia nella *Ordonnance civile pour la réformation de la justice* di Luigi XIV (1667) per poi essere regolate nel *Code de procédure civile* napoleonico, varato il 1° gennaio 1807 e, in Italia, nell’art. 275 del codice di procedura civile del 1865.

Anche la giustizia amministrativa conosce la tutela cautelare fin dalla sua nascita. Limpidamente riconosciuta nell’art. 12 della L. 5992 del 1889: “*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 quarta sezione sopra istanza del ricorrente*”.

Già in quest’articolo c’è l’esigenza di bilanciare l’esecutività degli atti amministrativi, con la possibilità di evitare che si verifichino effetti che nemmeno un successivo annullamento può rimuovere.

La disciplina è scarna. E viene lasciata alla clausola generale delle “gravi ragioni”. Questo medesimo testo normativo che arriverà in pratica fino ai nostri giorni, cioè fino alla legge TAR, viene riprodotto nel Testo unico 2 giugno 1889, n. 6166 (art. 33), nel Testo unico 17 agosto 1907, n. 638 (art. 31) e nel Testo Unico 26 giugno 1924, n. 1054 (art 39).

La tutela cautelare non viene disciplinata specificamente in Costituzione, ma resta alla base del modello di tutela di diritti e interessi e, possiamo dire senza dubbio, trova solida copertura costituzionale negli artt. 24, 111 e 113 Cost.

In almeno due casi la Corte costituzionale si è interessata di tutela cautelare nel processo amministrativo.

All’inizio degli anni ’70 viene chiamata a giudicare dell'art. 13 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, secondo cui, nella materia della edilizia residenziale pubblica, l'esecuzione dei provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione temporanea e di urgenza e di espropriazione (impugnati innanzi all'organo giurisdizionale amministrativo) "*può essere sospesa nei soli casi di errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili ovvero delle persone dei proprietari*".

Questa limitazione della tutela cautelare viene dichiarata incostituzionale con la sent. 27 dicembre 1974, n. 284: “*Posto che il potere di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo é 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, consentendo 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 del vizio denunciato contrasta col principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento*”.

Più di recente con ord. 10 maggio 2002, n. 179, la Corte ha confermato la sussistenza di un “*completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili*”, avverso la impugnazione circa la mancata applicazione di una tutela cautelare *ante* *causam* nel processo amministrativo riformato dalla legge n. 205 del 2000.

Possiamo, quindi complessivamente ritenere che il modello di tutela cautelare nel processo amministrativo risponda ai dettami costituzionali e ai principi di efficienza e giusto processo, ribaditi negli artt. 1 e 2 del Codice che qui celebriamo.

**2.** Dal punto di vista fattuale, dobbiamo ricordare che la tutela cautelare è uno strumento molto diffuso nell’attuale processo amministrativo.

Stando ai dati allegati alla relazione di inaugurazione dell’anno giudiziario 2020 del Presidente del Consiglio di Stato, Patroni Griffi, nel 2019, su 12.151 ricorsi definiti dal Consiglio di Stato 2.861 sono stati decisi con ordinanza cautelare. Il dato è confermato anche a livello dei Tribunali Amministrativi Regionali: prendendo come esempio il T.A.R. Lazio – Roma nel corso del 2019 su 16.307 ricorsi più della metà presentava una domanda cautelare (per la precisione 9.762 pari al 59,9%). Le ordinanze emesse sono state 6.006, con esito di rigetto per il 52,6% del totale, a fronte di una percentuale di accoglimento pari al 24,4%; il rimanente 23% riguarda pronunce in rito. Invece il 30% delle richieste cautelari risulta rinunciata, confermando l’uso anche strumentale della cautela.

Interessante ricordare che il 16% dei ricorsi presentati al TAR Lazio presentava anche una richiesta cautelare monocratica, che ha portato ad emanare 2.489 decreti di cui oltre il 70% di rigetto.

Da segnalare anche la rapidità di decisione, che conferma l’effettività di tutela nel giudizio amministrativo. Nel 2019 le istanze cautelari di primo grado sono state decise dai Tribunali Amministrativi Regionali mediamente in 48 giorni mentre gli appelli cautelari hanno trovato definizione in 41 giorni. In materia di appalti i tempi di decisione si contraggono a 30 giorni in primo grado e di 37 giorni dinnanzi al Consiglio di Stato.

I dati statistici indicano molto chiaramente l’efficienza dello strumento cautelare. Si tratta di un elemento fondamentale a garanzia della funzionalità e del giusto processo, anche se appare evidente l’uso anche strumentale, connesso alla ampiezza dei casi in cui la tutela cautelare viene richiesta per poi essere rinunciata. Venendo utilizzata soprattutto quale strumento acceleratorio del rito e non come mera richiesta di sospensione degli effetti irreparabilmente lesivi del provvedimento.

**3.** D’altra parte, la tutela cautelare ha avuto una profonda evoluzione nella disciplina normativa.

Dopo che per circa 80 anni la legge si limitava a consentire la sospensione del provvedimento “*per gravi ragioni*”, l’art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, con la creazione dei TAR, arricchisce di poco la disciplina, specificando: “*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*”.

Sulla base dei “danni gravi e irreparabili”, la giurisprudenza costruisce e modella la disciplina e l’evoluzione dell’istituto, con una serie di importanti decisioni, che ne ammettono l’appellabilità e la revocazione, l’impugnazione dell’inerzia, le ordinanze propulsive (come le ammissioni con riserva ai ricorsi), l’esecuzione per ottemperanza e i primi decreti monocratici “inaudita altera parte” (basta richiamare le note sentenze dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 1 del 1978 e 6 e 17 del 1982).

Questa maturazione dalla tutela cautelare trova compimento nella legge n. 205 del 2000 – peraltro “avallata” dalla Corte costituzionale (ord. n. 179 del 2002) - che consolida legislativamente tutte le novità ormai acquisite in giurisprudenza e stabilisce che, in nome del pregiudizio grave e irreparabile, si può impugnare anche un comportamento inerte dell’amministrazione, chiedere l'ingiunzione a pagare una somma, disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la misura cautelare. Si ammette che in caso di estrema gravità ed urgenza si possa richiedere un decreto monocratico, anche in assenza di contraddittorio. Oppure misure attuative dell’ordinanza.

 A completamento della disciplina la legge n. 205 chiarisce anche che “*L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*”.

In questo modo si consolida l’orientamento per cui la tutela cautelare non è più solo una fase strumentale e interinale rispetto al giudizio, ma una vera e propria anticipazione del giudizio. Potremmo dire un processo sommario anticipato.

In questo modo si accentua anche la differenza rispetto alla tutela d’urgenza civile che è autonoma e non strumentale che è una tutela che interviene indipendentemente dalla successiva definizione nel merito della controversia, in quanto finalizzata a fornire una protezione alla situazione giuridica soggettiva in via immediata al fine di prevenire il pregiudizio che le si potrebbe arrecare.

Nel complesso la tutela cautelare si è profondamente modificata rispetto a quella del 1889. Si è modificata nei contenuti, a tutela del rapporto amministrativo oltre che delle posizioni soggettive dedotte in giudizio, ma è cambiata necessariamente anche quanto alla valutazione dei presupposti processuali che debbono sussistere perché il giudice la accordi al ricorrente: è necessario che il giudice amministrativo compia una valutazione complessiva ove tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta in giudizio, bilanciandoli alla luce delle peculiarità del caso di specie. E non più che valuti unidirezionalmente le “gravi ragioni”.

**4.** Su questa base si arriva al codice del processo amministrativo, con le discipline molto dettagliate di cui all’art. 55 e 56.

Dal punto di vista della tecnica legislativa stupisce confrontare i due scarni commi del 1889 con i tredici dell’art. 55 e i cinque dell’art. 56. Si tratta di 973 parole e 6000 caratteri in luogo delle 32 parole e 200 caratteri di fine ‘800. Ma sappiamo bene che non è una tendenza del solo codice del processo amministrativo quello di scrivere norme dettagliate e quasi ridondanti, in luogo della scarna prosa che si usava fino a 78/80 anni orsono.

Il tempo che mi è stato assegnato non mi consente di affrontare tutti i problemi ancora aperti sul giudizio cautelare.

Oggi mi pare che ci siano almeno tre filoni su cui dottrina e giurisprudenza si confrontano:

* il vincolo di strumentalità della tutela cautelare e la sua compatibilità con le più moderne forme di tutela sostitutiva che l’ordinamento vuole a soddisfare (sul punto, va ricordato come nella eccezionale disciplina Covid la tutela cautelare è andata quasi a sostituirsi al giudizio vero e proprio: cfr. art. 84 del d.l. n. 18 del 2020, ma anche i decreti monocratici sulle ordinanze autunnali di Sicilia e Sardegna sulle misure di prevenzione regionali);
* la tutela del contraddittorio, specialmente nel rito immediato e nei riti abbreviati;
* la presunzione di prevalenza del c.d. interesse pubblico nazionale nelle controversie sulle c.d. infrastrutture strategiche e sui grandi investimenti pubblici (vanno ricordate anche le ulteriori misure acceleratorie nell’art. 4 del DL semplificazioni n. 76 del 2020).

Voglio invece soffermarmi soltanto su un punto, oggi molto dibattuto. L’impugnabilità del decreto monocratico. La lettera della legge è chiara, in quanto l’art. 56, comma 2, primo periodo indica chiaramente che il presidente “*provvede con decreto motivato non impugnabile*”. Eppure, sappiamo che negli ultimi mesi alcune sezioni del Consiglio di Stato ammettono l’impugnabilità dei decreti, quale rimedio eccezionale a tutela di beni di rilievo costituzionale.

In punto di fatto riconosco che esistano casi in cui fra il rigetto della cautelare monocratica e la camera di consiglio collegiale possa esistere un vuoto di tutela che vada ad incidere su beni di primario rilievo. Basti pensare, per fare un esempio banale, ad un trasferimento di sede di un militare su cui è stata negata la tutela presidenziale (senza adeguata motivazione), ma che debba essere effettuato prima della camera di consiglio collegiale.

Tuttavia, a fronte di una disposizione irrimediabilmente chiara come l’art. 62, comma 2, non mi pare che ci siano spazi per tentare interpretazioni sistematiche o costituzionalmente orientate, per quanto apprezzabili. A mio avviso, in attesa di un intervento di novella legislativa, sarebbe molto più semplice sollevare questione di legittimità costituzionale sulla disposizione del codice del processo amministrativo, se del caso accogliendo anche temporaneamente l’appello.

**Alfonso Celotto**

Professore ordinario di Diritto costituzionale

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma tre

Pubblicato il 7 ottobre 2020

1. Relazione al Convegno “Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive” - Università degli studi Roma tre, 16 settembre 2020 [↑](#footnote-ref-1)