**Le procedure d’urgenza davanti al giudice amministrativo**

Seminario franco-italiano

Parigi, *Conseil d’Etat*, 3 aprile 2017

1. ***Caratteri generali della tutela cautelare nel giudizio amministrativo italiano.***

La *tutela cautelare* nel processo amministrativo italiano avviene a opera dello stesso giudice, e nella stessa formazione collegiale, del giudizio del merito: sia davanti ai tribunali amministrativi (tre giudici) che, in appello, davanti al Consiglio di Stato (cinque giudici).

Solo in caso di *estrema urgenza*, la decisione cautelare può essere interinalmente assunta già con un semplice *decreto* monocratico del Presidente dell’organo giurisdizionale (es. presidente di sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, o magistrato da lui delegato), anche senza contraddittorio: ma la vera decisione va comunque poi portata entro brevissimo davanti al collegio, il quale resta libero di concludere diversamente. È il solo caso di decisione monocratica nel processo amministrativo italiano.

Le parti presentano in forma scritta (oggi: telematica) i loro argomenti. La discussione orale sulla domanda cautelare si svolge in contraddittorio. Non è una udienza pubblica e alla discussione (in “camera di consiglio”) sono ammessi solo i difensori delle parti. Le parti, personalmente, non sono ammesse, come non è ammesso il pubblico. Il giudice si pronuncia quasi immediatamente dopo.

La forma della decisione cautelare collegiale è di un’*ordinanza*, mentre la forma della decisione di merito è di una *sentenza*. L’ordinanza, a differenza della sentenza, richiede solo una *motivazione* sintetica: sia perché si tratta soltanto di valutare *prima facie* il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, sia perché è bene non pregiudicare la libertà del giudice del merito.

Se il giudice accoglie la domanda cautelare, fissa con l’ordinanza anche la data della discussione di merito.

Il Consiglio di Stato ha una duplice competenza cautelare: sia in sede di appello contro le ordinanze cautelari dei Tribunali amministrativi, sia in sede di appello contro le sentenze di merito dei Tribunali amministrativi; le quali sentenze, in Italia, sono per legge provvisoriamente esecutive e dunque, anche se sono appellate, spiegano di principio i loro effetti. Perciò per paralizzarne quegli effetti è necessario che l’appellante ottenga espressamente dal Consiglio di Stato un’ordinanza di sospensione dell’esecuzione della sentenza di primo grado.

Non sempre il giudice al quale è indirizzata una domanda cautelare emette l’ordinanza. Può infatti ben accadere che l’interessato rinunci o che il giudice, anche con l’accordo delle parti, disponga l’“abbinamento” della decisione cautelare alla decisione del merito, stabilendo per la discussione del merito una data sollecita e rinviando a quella data la decisione sulla domanda cautelare.

Altre volte, all’opposto, all’esito della discussione sulla domanda cautelare il giudice, su richiesta o comunque prevenute le parti, può decidere immediatamente il merito della controversia con una sentenza in forma semplificata. Per le controversie sui contratti pubblici, questa immediata *passerella* è la via preferita dalla legge.

Il procedimento cautelare è divenuto ormai un elemento di grande importanza nella realtà complessiva della giustizia amministrativa italiana.

Per lungo tempo, fino all’inizio degli anni ’70, la tutela cautelare ha avuto un’applicazione contenuta. Da alcuni decenni, però, essa ha assunto un’importanza crescente e, spesso, di fatto determinante.

Oggi, in pratica, a ogni udienza settimanale di una delle quattro sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, gli affari portati per un giudizio cautelare sono circa la metà del totale. In termini numerici si tratta di una media di circa quaranta affari cautelari per ogni udienza.

Così, nel 2016 il Consiglio di Stato ha reso 2.743 ordinanze cautelari. E sono stati anche emanati 1.836 decreti monocratici. Per comparazione con le decisioni di merito, va considerato che nello stesso 2016 il Consiglio di Stato ha pronunciato 4.689 sentenze in forma ordinaria e 415 sentenze in forma semplificata.

***2. Origine antiche e pratiche recenti della tutela cautelare nel processo amministrativo.***

La tutela cautelare è prevista dall’origine della giustizia amministrativa italiana (1889)[[1]](#footnote-1), ma se ne discute molto da quando operano i tribunali amministrativi regionali (1971). Da allora si è cominciato a fare un uso ampio e diffuso del potere disospensione cautelare dell’atto impugnato. Vari fattori hanno provocato questa tendenza: dalle varie attitudini interventiste dei nuovi magistrati di primo grado, agli equilibri nel rapporto quantitativo tra domanda di giustizia – molto elevato, come si vede dai numeri appena citati -, alla capacità temporale di risposta definitiva del sistema della giustizia amministrativa.

Il rilievo, quantitativo e qualitativo, della tutela cautelare è così venuto a caratterizzare la realtà del processo amministrativo italiano, con livelli di intensità che si immagina senza corrispondenze.

Comparativamente, si può forse affermare che si tratta di una incidenza diversa, anche quantitativamente, rispetto all’esperienza francese del *«référé suspension»* o del *«référé conservatoire»,* o *«mesure utile»*.

Molto si è discusso sui contenuti, in espansione, dell’uso del potere giudiziale cautelare.

Il tradizionale schema della *sospensione* dell’atto amministrativo di cui nel merito si domanda al giudice l’annullamento per illegittimità, si è progressivamente dilatato.

Oggi il *Codice del processo amministrativo* del 2010 non parla nemmeno più di *“sospensione”* dell’atto impugnato, ma genericamente di *“misure cautelari”* (art. 55).

Lo schema tradizionale della *sospensione* cautelare dell’atto era strettamente *strumentale* alla futura sentenza di merito, e il giudizio cautelare è configurato come autonomo soltanto sotto l’aspetto processuale e non anche sotto il profilo del merito. Il principio i base tradizionale è che la decisione cautelare non deve produrre utilità finali diverse e disomogenee da quelle della decisione di merito.

Il potere cautelare è stato depitizzato dall’art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 e dalla sua riformulazione negli artt. 55 (e 56) del *Codice del processo amministrativo* (2010).

Queste innovazioni hannoaccantonato le caratteristiche tradizionali, strettamente sospensive, e le hanno sostituite con quelle, ampie e indefinite, di emanazione di *«misure cautelari […] che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso»*. Il dovere di motivazione è *«in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato»* e su *«i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso»*.

Queste formule sono state da molti, in dottrina, salutate come l’avvento, finalmente, dell’era della *piena effettività* della tutela. Ma altri vi hanno intravisto alcune insidie in danno per la strumentalità alla sentenza, per il principio di separazione dei poteri, per l’effettività del contraddittorio, per la maturazione cognitiva del giudice, per la discrezionalità amministrativa, per la riserva di ponderazione degli interessi in gioco.

La nuova configurazione della decisione cautelare di fatto ha aperto la via ad assetti d’interessi alla cui composizione concorre il giudice.

Non è facile ricostruire il modo effettivo con cui questo nuovo potere è stato utilizzato, né gli *usus fori* nelle pratiche dei giudici che si spingono oltre l’usuale sospensiva dell’atto impugnato.

Non soccorre a questo scopo la *motivazione* espressa delle ordinanze cautelari, che è molto sintetica e spesso non esprime compiutamente il ragionamento giuridico che la precede.

Spesso vi si legge il richiamo alla tecnica del *bilanciamento degli interessi*, ma non sempre è facile comprendere come essa è utilizzata.

La celebrata *effettività della tutela* del ricorrente talvolta sembra arrestarsi all’apparenza quando viene rapportata ad interessi diversi da quello strettamente pubblico dell’amministrazione resistente.

In effetti, la tecnica del *bilanciamento* scorre tra due soli poli nel solo caso della *sospensione* dell’atto espresso restrittivo, dove gli interessi sono predefiniti e sono posti in relazione naturalmente oppositiva e verticale.

Ma *quid*, ad esempio dove l’atto è ancora a venire (ad esempio, perché è impugnato non un atto, ma un “silenzio” – cioè un non-atto – dell’Amministrazione) ? Ovvero dove – grazie alla latitudine del nuovo potere decisorio - entrano altri interessi, non sempre imputabili e unidirezionali?

1. ***Le tre tendenze della pratica cautelare.***

Se si vuole schematizzare, sono tre le grandi linee in cui si può ripartire l’orientamento dell’uso effettivo del potere cautelare:

* Per un primo orientamento, analogamente alla paradigmatica sospensione, è ancora un intervento *di contenimento*, *interdittivo*, *conservativo* della situazione esistente prima dell’atto: una statuizione di *arresto o condizionamento* dell’azione amministrativa, per mantenere - in attesa della sentenza - la cosa integra e nelle more solo impedire pregiudizi irreparabili (*necessitas non tollit ius sed suspendit*);
* Per un secondo orientamento, in funzione tendenzialmente *preventiva*, che attenua il rapporto di strumentalità rispetto alla decisione del merito, la misura cautelare è una qualche *anticipazione* della valutazione di merito e degli effetti della sentenza che si stima nascitura. Questo vale soprattutto nel caso in cui l’interesse che muove il ricorrente è di tipo “pretensivo”, cioè inteso ad ottenere un atto amministrativo favorevole, non “oppositivo” contro un atto sfavorevole. Del resto, l’origine di questa detipizzazione cautelare sta proprio nel non privare gli interessi pretensivi della tutela d’urgenza. Questo riflette - più che una prudenza conservativa contro le sottrazioni, o una finalità di regolazione in attesa della decisione di merito - il più generale *principio di necessità.* La necessità genera l’urgenza di provvedere per non rendere poi inutile o intempestiva la sentenza. L’atto urgente del giudice va però a toccare il margine di discrezionalità dell’atto amministrativo a venire, o lo sviluppo ulteriore dell’azione amministrativa[[2]](#footnote-2). Tutto questo, a un approccio realistico sui contenuti della giurisdizione, si confronta con il principio di separazione dei poteri e amplia la platea degli interessi in gioco. Non sono più soltanto quello del ricorrente e quello stabilizzato dall’atto espresso, ma si estendono a quelli connessi, più o meno apertamente.
* Per un terzo orientamento, che porta a conseguenze ulteriori la finalità preventiva sempre in nome dell’effettività della tutela del bene della vita che è oggetto del rapporto amministrativo, la misura cautelare si spinge a offrire *utilità ulteriori* rispetto a quelle accordabili con la sentenza; finanche in eccesso dal rapporto di strumentalità. L’azione amministrativa successiva diviene occasione di un compito specifico, imposto dal giudice all’amministrazione e con dovere di rendiconto. Formule di questo genere sono assunte tra più giudici di primo grado e talora, seppur raramente, anche in Consiglio di Stato[[3]](#footnote-3). In questo ambito si è sviluppata la tecnica della sollecitazione (ordinanza *“propulsiva”*), mediante l’*accoglimento cautelare ai fini del riesame* (ordinanza *“per il riesame”*, c.d. *remand*)[[4]](#footnote-4) finalizzato alla miglior definizione del rapporto: e causa di uno specifico onere di motivazione in capo all’amministrazione. Spesso è stato salutato con soddisfazione come il nuovo traguardo per la pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale, in realizzazione della *direttiva “ricorsi” 2007/66/CE*, e dei principi poi trasfusi nell’art. 1 del *Codice del processo amministrativo*. Ma quest’avanzamento ulteriore di confini ha prodotto inconvenienti di ritorno. Dopo l’ordinanza, l’azione amministrativa si va a spiegare in *interlocuzione col giudice* e sotto la sua guardiania: una vigilanza giudiziale sull’amministrazione; un procedimento amministrativo controllato *in itinere*. Insomma, *necessitas dat legem*.

***4. La questione degli interessi effettivamente coinvolti.***

Vi è insomma un ampliamento effettivo del novero degli interessi coinvolti rispetto ai due tipici e originari della sospensiva. Ma di questi interessi ulteriori non c’è un catalogo manifesto e la legge non stabilisce come il giudice possa, o debba, prenderli in considerazione. Il che genera incertezza, imprevedibilità, insicurezza.

Di fondo, queste tre diverse accezioni riflettono diverse concezioni del rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione, e diverse modulazioni del principio di separazione dei poteri.

5**. *La riforma del 2016 dell’art. 120 Cod. proc. amm..*** – Su questo tessuto caratterizzato da incertezza e imprevedibilità sistematiche si è innestata per reazione – ad opera della riforma del *Codice degli appalti pubblici* del 2016 - una riconfigurazione della tutela cautelare che incide sulle sue finalità e ne fa oggetto di un giudizio *sui generis*, ampliato alla pesa in considerazione degli interessi generali, e arriva a metterne in dubbio la strumentalità: il che secondo alcuni può andare a detrimento della pienezza della tutela giurisdizionale del ricorrente.

Fanno così ingresso ufficiale, nella sede cautelare, gli *interessi generali*, che sono altri rispetto a quelli usualmente portabili dalle parti nella sede propria del giudizio amministrativo, vale a dire l’*interesse pubblico* e gli interessi dei *privati* (in Italia si usa distinguere tra *interesse generale*, che è dell’intera collettività, e *interesse pubblico*, che è dell’amministrazione che procede)

Così l’art. 204 (*Ricorsi giurisdizionali*), comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, nel modificare l’art. 120 (che reca disposizioni specifiche ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) del *Codice del processo amministrativo* del 2010, vi introduce il comma 8-*ter* che dispone:

*«Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione»*.

Questa novità rappresenta una reazione all’eccesso di uso della tutela cautelare in nome dei principi di effettività, satisfatività e di pienezza di tutela.

Attraverso questa nuova finestra entra, con orientamento sostanzialistico, uno strumento di compensazione rispetto alla dilatazione pratica ormai raggiunta dalla valutazione cautelare.

Si arriva a creare una specialità cautelare; si abbandona il modello uniforme di tutela cautelare del processo amministrativo e se ne introduce uno differenziato e asimmetrico alla tutela di merito.

Il nuovo ordinamento dei contratti pubblici impone al processo amministrativo una propria formula cautelare, dai contenuti più ampi e differenziati rispetto al resto delle pubbliche funzioni. In quasi rottura dell’ordinamento processuale, tocca i caratteri fondamentali del processo amministrativo come *processo di parti* e a *connotazione soggettiva*.

Così, la preservazione dell’assetto soggettivo dell’imminente contratto che deriva dall’aggiudicazione diviene un *bonum* in sé, da salvaguardare anche se la ragionevole previsione sull’esito del ricorso è favorevole al ricorrente e se c’è rischio di pregiudizio grave e irreparabile; e fintanto che non si manifesta o formalmente insostenibile, o non corrispondente alle superiori *esigenze generali*. E perciò si introduce questa moderazione *sui generis* del potere giudiziale interinale.

Per far comunque procedere senza remissioni gli appalti, si intende contenere i provvedimenti cautelari inibitori delle aggiudicazioni. Si muove in senso opposto alla recente tendenza della prevalenza della tutela restitutoria su quella risarcitoria[[5]](#footnote-5).

**Giuseppe SEVERINI**

Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 12 luglio 2017

1. l’art. 39 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato***)**, ripetendo l’art. 12 l. 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato «*per la giustizia amministrativa»*) e integrando l’art. 36 del regolamento di procedura di cui al r.d. 17 agosto 1907, n. 638, prevedeva: *«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»*.

Successivamente, l’art. 21, ultimo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*) stabilì: *«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»*.

L’art. 21 fu modificato dall'art. 3. l. 21 luglio 2000, n. 205, per modo che l’ottavo comma dell’art. 21 andava a disporre:

*«Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. […] 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. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta».*

Lo stesso art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 introdusse il nono comma dell’art. 21: *«Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata».*

Infine introdusse il decimo comma: *«In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali».* [↑](#footnote-ref-1)
2. Questo orientamento fu fissato in via pretoria da Cons. Stato, Ad. plen., 8 febbraio 1982, n. 17 che – aprendo alla sospensione dei *provvedimenti negativi* - disse sospendibile il diniego di ammissione a esami di maturità, consentendo così la partecipazione con riserva del candidato alla prova. Si disse in quella occasione che la tutela cautelare *«opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e […] serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 113 e 24 della Costituzione […], ma non sostituisce le valutazioni riservate»* all’amministrazione.

Per arrivare a queste conclusioni, l’Adunanza plenaria aveva fatto riferimento alla quasi simultanea Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8, per la quale *«si avverte la necessità di un istituto, quale […] 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».* [↑](#footnote-ref-2)
3. es. Cons. Stato, IV, 14 aprile 2014, n. 2475; già prima Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, per la quale così il giudice non solo sospende l’atto impugnato, ma ordina all’amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, si realizza un procedimento amministrativo aperto e l’interesse legittimo si configura nella pretesa all’adeguata e completa considerazione della posizione del ricorrente in vista della sua possibile soddisfazione; si realizza una piena integrazione tra processo e procedimento, imponendosi all’amministrazione di riprendere l’esame sul presupposto dell’attenta valutazione dei dati o elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale. [↑](#footnote-ref-3)
4. TAR Lombardia, III, 8 giugno 2011, n. 1428 evidenzia che l’evoluzione normativa con *le nuove tecniche di sindacato,* procede verso il «*focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere*»; TAR Campania, VII, 28 luglio 2014, n. 4339 sottolinea la *«circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo»*. Per TAR Lazio, II-*quater*, 27 luglio 2015, n. 10245, anche se il *Codice* non fa menzione del c.d. *"accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame"*, vale a dire della sospensione con l’ordine di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso, il *Codice* stesso non la vieta. Peraltro «l'ordinanza per «il riesame» determina solo l'effetto di obbligare la p.a. a rideterminarsi formalmente, ma lascia intatta la sfera di autonomia sostanziale e la responsabilità della stessa», perciò non dà luogo a un’inibitoria e consente l'adozione di una nuova decisione confermativa o di una determinazione non satisfattiva del privato. Sicché un'ordinanza di sospensione *"ai fini del riesame"* non costituisce ragione di illegittimità dei successivi provvedimenti confermativi. Il *remand* è *«una tecnica cautelare che rimette in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato»*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Possiamo osservare che nell’ordinamento francese, in materia di contratti pubblici il giudice cautelare del *référé précontractuel* (investito prima che il contratto sia stipulato) dispone di ampi poteri di ingiunzione e sospensione, fino a ordinare la ripetizione dell’intera procedura «*sauf s’il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages*» (art. L.551-2 del *Code de justice administrative*). Tuttavia, nel caso di *référé contractuel* (cioè se investito dopo che il contratto è stato stipulato), il giudice cautelare *«peut annuler le contrat ou, lorsqu’une telle annulation se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, sanctionner le manquement commis soit par la résiliation pour l’avenir seulement du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière»* (cfr. artt. L.551-19 e L.551-20, come mod. nel giugno 2011 in attuazione della direttiva 2009/81/CE per i settori della difesa e della sicurezza, secondo cui questa ragione imperativa di interesse generale non può essere costituita dalla presa in conto di un interesse economico che nel caso in cui la nullità del contratto comporti conseguenze sproporzionate e che l’interesse economico toccato non sia direttamente legato al contratto, o se il contratto attiene a una concessione di pubblico servizio o ancora se la nullità del contratto minaccia seriamente la stessa esistenza di un programma di difesa o di sicurezza più ampio che è essenziale per gli interessi di sicurezza dello Stato). Insomma a contratto stipulato, anche in presenza di *«esigenze imperative connesse a un interesse generale»*, il giudice cautelare, benché perda il potere di annullarlo *ex tunc*, conserva il potere di risolvere *ex nunc* lo stipulato contratto o di ridurne la durata o di imporre una sanzione pecuniaria. Cfr. il *dossier thématique*del *Conseil d’Etat*, *«Le juge administratif et la commande publique»* (3 giugno 2014), in[*www.conseil-etat.fr*](http://www.conseil-etat.fr). [↑](#footnote-ref-5)