

Cendon / Book

*Collana diretta da Dario Triolo*

CENACOLO GIURIDICO: CASI E LEZIONI

32

## LA TUTELA CAUTELARE

Dario Primo Triolo



### *L'autore*

Dario Primo Triolo è avvocato ed esercita presso il foro di Catania, Dottore di Ricerca in diritto amministrativo ha approfondito i suoi studi presso la scuola Galli di Roma. Insegna presso la scuola di preparazione all'esame di avvocato Il cenacolo di studi giuridici etneo.

### *L'Opera*

Un sistema giurisdizionale non può mai definirsi giusto ed effettivo se non prevede un adeguato ed efficace strumento di tutela cautelare. I lunghi tempi della giustizia non possono mai sacrificare le esigenze del cittadino, che ha diritto ad una tutela immediata, quando sussistono i presupposti di urgenza. Il volume esamina l'evoluzione storica della tutela cautelare, gli sforzi della giurisprudenza più attenta, fino a giungere alle conclusioni raccolte nel codice del processo amministrativo. Uno strumento indispensabile ed aggiornato per la preparazione all'esame di avvocato e ai concorsi superiori.

**Capitolo Primo**  
**LA TUTELA CAUTELARE**

1. Genesi storica: l'art. 21 l. Tar e le interpretazioni giurisprudenziali –  
1.1. Le modifiche legislative – 1.2. segue: i concorsi pubblici e gli  
esami di abilitazione – 1.3. Le regole processuali – 1.4. Il contenuto  
dell'ordinanza cautelare e la sua impugnazione – 1.5. L'esecuzione e  
l'efficacia dell'ordinanza cautelare – 1.6. Le eccezioni di  
incompetenza e di illegittimità costituzionale – 1.7. La decisione in  
forma semplificata

**Capitolo secondo**  
**LA TUTELA CAUTELARE MONOCRATICA**

2. La tutela cautelare monocratica nel codice del processo  
amministrativo – 2.1. La tutela monocratica ante causam: cenni  
storici – 2.2. segue: la riforma 205/00 e le successive applicazioni  
giurisprudenziali – 2.3. segue: il codice del processo amministrativo



## Capitolo Primo

# LA TUTELA CAUTELARE

**SOMMARIO** 1. Genesi storica: l'art. 21 l. Tar e le interpretazioni giurisprudenziali – 1.1. Le modifiche legislative – 1.2. segue: i concorsi pubblici e gli esami di abilitazione – 1.3. Le regole processuali – 1.4. Il contenuto dell'ordinanza cautelare e la sua impugnazione – 1.5. L'esecuzione e l'efficacia dell'ordinanza cautelare – 1.6. Le eccezioni di incompetenza e di illegittimità costituzionale – 1.7. La decisione in forma semplificata

### ***1. Genesi storica: l'art. 21 l. Tar e le interpretazioni giurisprudenziali***

Il processo amministrativo si caratterizza per essere storicamente un processo impugnatorio: si contestano infatti atti amministrativi chiedendone l'annullamento.

Se questa è la genesi storica del processo amministrativo, la tutela cautelare che il giudice poteva apprestare al ricorrente non poteva che essere quella sospensiva; nelle more del processo amministrativo, ricorrendone i presupposti, il giudice poteva e può sospendere l'efficacia dell'atto amministrativo, per evitare che dalla sua esecuzione derivino pregiudizi in capo al ricorrente.

Considerata la natura strumentale ed interinale del procedimento cautelare, e quindi, il suo stretto collegamento con la fase di merito, non si poteva che immaginare un sistema cautelare costruito, sebbene in via provvisoria, sulla mera perdita di efficacia del provvedimento impugnato.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Come fa notare F. Goisis, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel procedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm., fasc. 3/08, pag. 856 la tutela cautelare deve "essere strumentale, in rapporto di servizio, con la tutela ottenibile dalla decisione del giudizio di cognizione. Solo così essa si distinguerebbe con sicurezza dalla tutela sommaria non cautelare, quest'ultima capace di concludersi con atti strutturalmente e funzionalmente autonomi e definitivi. La funzione cautelare, insomma, mirerebbe, «più che a far giustizia... a garantire l'efficace funzionamento della giustizia» (...). Tale funzione di servizio, tra l'altro, ne implicherebbe la provvisorietà-interinalità, ossia la efficacia temporalmente limitata, rispetto alla pronuncia che pone fine al giudizio di cognizione, che, ove conforme a quella cautelare, la assorbirà. Mancando la decisione del merito, inoltre, la misura cautelare si estinguerà comunque, non potendo aspirare ad alcuna sopravvenuta stabilità, nemmeno allorquando tutte le parti concordino nel volerla: si parla in tal senso di una strumentalità strutturale, che esigerebbe che alla tutela cautelare segua sempre quella di merito, essendo la

L'art. 21 della l. Tar, infatti, consentiva, così come il previgente art. 12 della l. 5992/89, esclusivamente la misura cautelare della sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo.

Non erano previste dal sistema altre misure cautelari in quanto ritenute non compatibili con il sistema amministrativo.

La sospensione del provvedimento impugnato veniva concessa in caso di danni gravi e irreparabili ed in presenza del *fumus boni iuris*.

Ed infatti, essendo il provvedimento amministrativo immediatamente efficace ed esecutivo ed avendo il legislatore stabilito che l'eventuale presentazione del ricorso non impediva allo stesso di produrre i suoi effetti, l'unico rimedio fornito al cittadino per paralizzare nell'immediato l'efficacia del provvedimento, era quello della tutela cautelare.

Una tutela che però era limitata alla sospensione dell'efficacia del provvedimento, vale a dire a paralizzarne gli effetti nelle more che intervenisse la pronuncia di merito, e sempre che sussistessero i presupposti del *fumus boni iuris* e del danno grave ed irreparabile.

Tale impostazione risentiva di quella concezione dottrinale e giurisprudenziale che considerava il processo amministrativo come meramente impugnatorio, per cui la tutela cautelare non poteva che essere di tipo sospensivo.

Una tale visione era dovuta ad una concezione fortemente autoritativa dell'atto amministrativo che poneva quindi l'amministrazione in una situazione di supremazia rispetto al privato.

Tale impostazione, però, con il tempo ha subito notevoli modifiche<sup>2</sup>.

Il mutamento di tale visione ha esplicitato i suoi riflessi oltre che sul processo di merito anche su quello cautelare.

---

interinalità-provisorietà cautelare non meramente eventuale-facoltativa, ma bensì irrinunciabile, perché necessario portato del rapporto di servizio, che implicherebbe, appunto, una inderogabile sequenza tra cautela e merito. Ancora, si afferma la regola della continenza del dispositivo cautelare rispetto a quello possibile della sentenza che decide il ricorso nel merito. In particolare, non dovrebbe essere consentito alla misura cautelare di incidere sull'esercizio del potere amministrativo, assicurando maggiori utilità al ricorrente, rispetto a quelle ottenibili grazie all'accoglimento del ricorso. In sostanza, la tutela cautelare dovrebbe ritenersi strumentale a quella offerta dal giudizio di cognizione sia sul piano strutturale (i provvedimenti cautelari sono emanati provvisoriamente, in attesa della, necessaria ed irrinunciabile, decisione del ricorso, che ne caduca ex tunc, ed eventualmente ne assorbe, gli effetti), che su quello funzionale (la misura cautelare deve essere parametrata su quella ottenibile in sede di giudizio di cognizione), senza assicurare diversi ed ulteriori beni della vita, rispetto a quelli derivabili dalla sentenza finale del giudizio di cognizione".

<sup>2</sup> Basti pensare all'espansione dei casi di giurisdizione esclusiva, così come il mutamento di visione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in un'ottica prettamente paritaria, che ha imposto una revisione anche dell'ottica processuale. Una tale visione è stata recepita dapprima dal legislatore con la riforma 205/00 e ancor di più con le riforme 15 e 80 del 2005.