



L'esecuzione delle ordinanze cautelari (nota a Tar. Campania, sezione VIII, ordinanza n. 4093 del 25 luglio 2019)

di Mario Rossi Sanchini

27 dicembre 2019

L'ordinanza annotata è espressione di un giudizio cautelare nel quale sono stati valutati attentamente i presupposti per la concessione della misura cautelare. Una misura che appare idonea alla realizzazione degli effetti della sentenza, motivata in modo puntuale e circostanziato che dimostra di aver ponderato le ragioni delle parti e che evidenzia la posizione di equilibrio, parità, assunta dalle parti in questo giudizio.

Trae origine da un ricorso proposto per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, di un provvedimento che dichiarava l'inammissibilità della richiesta di un permesso di costruire in sanatoria per la realizzazione di un'abitazione unifamiliare.

Inoltre i ricorrenti chiedevano la dichiarazione del diritto a veder concluso il procedimento di accertamento di conformità (previsto dall'art. 36 del DPR 6 giugno 2001 n.380) e il risarcimento dei danni.

Successivamente proponevano anche un ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento, mai notificato, che disponeva l'acquisizione gratuita, al patrimonio del Comune di Caserta, del manufatto e della relativa area di sedime di proprietà dei ricorrenti.

Il Tar Campania, sezione VIII, con una precedente ordinanza (n. 648 del 19 aprile 2019) ha adottato una motivata misura cautelare; infatti partendo dal fatto che il Comune ha dichiarato l'inammissibilità dell'accertamento di conformità "senza richiamare affatto la formazione del silenzio rigetto, ma esplicitando le ragioni della ritenuta inammissibilità, all'esito della relativa istruttoria", ha ravvisato il *fumus boni iuris* nella fondatezza del ricorso, ritenendo che la presentazione di un'istanza di accertamento in conformità, una volta decorso il termine di 90 giorni dall'adozione dell'ordinanza di demolizione, non impedisce di provvedere sull'istanza, dal momento che il Comune, quando è stata proposta, non ha adottato il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale.

Inoltre ha preso in considerazione il fatto che, per le opere oggetto del provvedimento di acquisizione, è stata rilasciata una concessione in sanatoria nel 1997 e che non risulta revocata; infatti il procedimento di revoca è stato soltanto avviato.

Pertanto il giudice con una motivata ordinanza ha sospeso il provvedimento di inammissibilità dell'istanza di accertamento di conformità e il provvedimento di acquisizione.

Successivamente, considerato l'inadempimento, i ricorrenti hanno diffidato il Comune ad ottemperare al provvedimento cautelare e, persistendo l'inadempimento, hanno chiesto di adottare le misure idonee per l'esecuzione della misura cautelare.

Il giudice, considerata la sussistenza dei presupposti per l'esecuzione della misura cautelare non ottemperata, ha accolto la richiesta sottolineando come anche per l'esecuzione cautelare "l'oggetto del giudizio di esecuzione ...è rappresentato dalla puntuale verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al *decisum* per far conseguire all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione".

Pertanto ha assegnato un termine di sessanta giorni (decorrenti dalla comunicazione o dalla notificazione, se precedente) affinché l'amministrazione si ridetermini sull'istanza di accertamento di conformità "alla luce delle indicazioni contenute nell'ordinanza".

L'ammissibilità dell'esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo è stata affermata dal giudice al termine di un percorso evolutivo della tutela cautelare che ha portato anche all'affermazione dell'appellabilità e della revocabilità.

Il ricorrente, dinanzi al giudice amministrativo, potrebbe trovarsi in una posizione di inferiorità rispetto all'amministrazione che potrebbe dar esecuzione al provvedimento anche nelle more del giudizio di impugnazione; una posizione analoga potrebbe verificarsi anche nelle ipotesi di impugnazione di un provvedimento negativo o dell'inerzia dell'amministrazione perché il ricorrente, al termine del giudizio principale potrebbe trovarsi nell'impossibilità di veder realizzati gli effetti della sentenza. La posizione del ricorrente è stata riequilibrata con la possibilità di chiedere l'adozione di misure cautelari nelle more del giudizio principale.

La tutela cautelare è stata circoscritta alla sospensione del provvedimento impugnato.

È trascorso molto tempo prima che venisse estesa (in via interpretativa) ai provvedimenti negativi e all'inerzia dell'amministrazione, come nella fattispecie esaminata dall'ordinanza annotata che concerne, appunto, il silenzio sull'istanza di accertamento in conformità.

Inoltre, pur mantenendo la forma della "sospensiva"; si è fatto ricorso, anticipando il legislatore, a misure "atipiche" che, sostanzialmente, presentavano profili di difformità rispetto al modello tradizionale della sospensione. È il caso delle c.d. sospensioni: istruttorie, *ad tempus*, parziali, interpretative, propulsive, sostitutive, che hanno allargato l'ambito della tutela.

L'ampliamento della tutela cautelare, di cui l'esecuzione delle misure cautelari è espressione, estesa ad una più ampia tipologia di atti e di misure adottabili, sembra

dunque contraddistinta dall'esigenza di porre le parti, durante il tempo necessario per lo svolgimento del giudizio principale, in una situazione di equilibrio (di parità).

Tutto ciò è stato possibile attraverso una valutazione ponderata dei presupposti, infatti le gravi ragioni, sono state ravvisate nella sussistenza di un danno grave e irreparabile, e fin dalle prime pronunce, sono state considerate in riferimento sia all'amministrazione che al ricorrente¹.

Si è tenuto conto sia delle conseguenze che sarebbero derivate al ricorrente senza la concessione della misura e della possibilità di veder realizzati o meno gli effetti della sentenza, senza subire un pregiudizio nel ritardo; si è tenuto conto anche delle conseguenze che l'adozione della misura cautelare avrebbe avuto per l'amministrazione, cioè se il ritardo nello svolgimento dell'attività avrebbe comportato un pregiudizio più rilevante².

Il codice del processo amministrativo ha rafforzato il contraddittorio ed è volto ad assicurare l'effettività della tutela delle parti poste in una situazione di parità.

La posizione di equilibrio tra le parti nel giudizio cautelare è ora assicurata dal codice che ha stabilito (art. 55) che il giudice può adottare tutte le misure cautelari, "che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso".

Il percorso evolutivo della tutela cautelare, come sopra accennato, ha riguardato l'ammissibilità dell'esecuzione delle ordinanze cautelari che ne assicurano l'effettività.

Infatti accadeva che le ordinanze cautelari non ricevessero sempre una puntuale esecuzione da parte dell'amministrazione, come nella fattispecie relativa alla sentenza annotata. In questi casi la tutela cautelare era vanificata e, di conseguenza, la sentenza del giudizio principale non avrebbe potuto esplicare i suoi effetti. Pertanto venne ipotizzata l'esperibilità del giudizio di ottemperanza basandosi sul carattere decisorio dei provvedimenti cautelari, che aveva consentito l'ammissibilità dell'appellabilità.

I giudici amministrativi avevano dato soluzioni diverse al problema interpretativo che venne sottoposto all'esame dell'Adunanza plenaria che non lo ritenne ammissibile³, ma ammise l'adozione dei provvedimenti "idonei" ad assicurare l'efficacia del provvedimento finale del processo principale.

¹ IV, 24.11.1891 in *Giur. it.* 1892,3,3; in seguito, per una riaffermazione del principio, si cfr. IV,21.11.1945 in *Riv. amm.* 1946,60.

² L'importanza della durata del processo ai fini dell'accertamento della sussistenza del periculum in mora è posta in rilievo da E. Follieri, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 L. 21 luglio 2000 n.205*, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 485 s., che evidenzia come uno stesso atto amministrativo potrebbe recare un pregiudizio grave ed irreparabile a seconda della durata del processo "innanzi allo specifico T.a.r. investito del ricorso", con la conseguenza che per i giudizi di fronte ai T.a.r. con "un basso tasso di contenzioso ed una durata non eccessiva dei processi, occorrerà apprezzare con maggior rigore il pregiudizio, viceversa per i T.a.r. i cui processi hanno una considerevole durata, il pregiudizio potrà dirsi quasi in re ipsa".

³ Ad plen., 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 626 ss., con nota di E. Follieri, *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, che sottolinea come il giudizio di ottemperanza avrebbe costituito un "inutile appesantimento", mentre l'esecuzione può essere assicurata concentrando nel processo cautelare anche la fase di esecuzione; si cfr. anche Ad. plen., 1 giugno 1983, n. 14, in *Foro amm.*, 1983, I, p. 1306 s.

In conseguenza del principio affermato, nelle ipotesi in cui non abbia adempiuto alle misure indicate nell'ordinanza cautelare, è stato ordinato all'amministrazione di porre in essere quanto indicato, talvolta nominando un commissario *ad acta*.

Il giudice amministrativo ha precisato che l'adozione dell'ordinanza cautelare comporta "un vincolo assoluto per l'amministrazione" nell'adozione delle misure indicate che produrranno i loro effetti fino ad un'eventuale difforme sentenza pronunciata nel giudizio principale⁴.

L'interpretazione del giudice ha assicurato così l'effettività alla tutela cautelare e, di conseguenza, anche la realizzazione degli effetti della sentenza sul merito del ricorso principale, accentuando così la strumentalità della misura cautelare.

Il codice del processo amministrativo (art. 59) ha recepito il principio ed ha stabilito che "Qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative. Il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza".

L'ordinanza annotata pertanto fa puntuale applicazione della previsione legislativa e può consentire una piena ed effettiva realizzazione degli effetti della sentenza conclusiva del giudizio principale.

Una volta emessa la sentenza, la misura cautelare avrà esaurito il suo scopo.

⁴ Cons. di Stato, IV, 9 gennaio 2001, ord. n. 253, in *Giur. it.*, 2001, I, c. 1273.