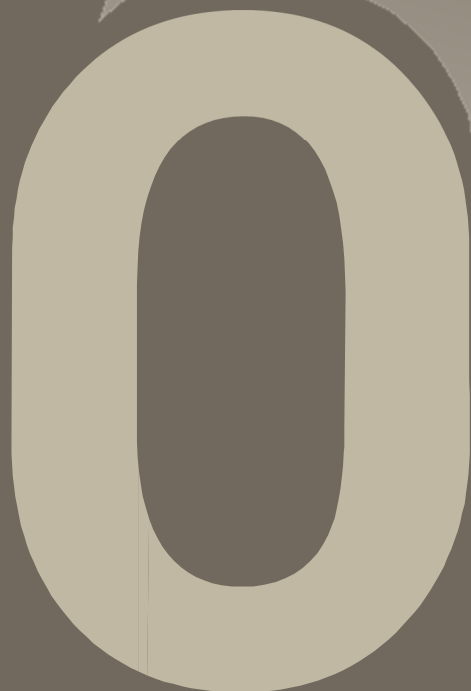


PER  
PROFESSIONISTI

€99,90

# Redazione Pareri Legali



MONDODIRITTO

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

### QUESITO.

*Buongiorno,*

*un mio cliente è stato escluso dalla prova scritta di un concorso pubblico ed è venuto da me per essere riammesso a sostenere almeno il predetto esame.*

*Di solito non mi occupo di diritto amministrativo e quindi vi chiedo un parere sulla strada più opportuna da percorrere in vista della imminente prova scritta, per tutelare al meglio i diritti del mio assistito. Vi allego copia del bando e del provvedimento di esclusione dal concorso.*

*In attesa di ricevere un parere legale al riguardo Vi invio cordiali saluti.*

*Avv. X*

### RISPOSTA.

Gentile Utente,

in risposta alla Sua richiesta di consulenza Le inviamo in allegato, un parere svolto alla luce della documentazione da Lei fornita.

### PARERE LEGALE:

- ✓ Tutela cautelare dinanzi al Giudice Amministrativo.

## PARERE LEGALE.

### **Premessa.**

Gentile Utente,  
in merito alla Sua richiesta di valutare la strada più opportuna da percorrere in vista della imminente prova scritta del Suo assistito e considerata la documentazione che ci ha fornito, Le rappresentiamo quanto segue.

Il provvedimento di esclusione dal concorso, comunicato dalla Pubblica Amministrazione, appare lesivo del diritto a prendere parte allo stesso e necessita dunque dell'avvio di una procedura cautelare dinanzi al Giudice Amministrativo competente, alla luce della imminente data fissata per la prova scritta.

Oltre alla richiesta di misure cautelari sarebbe opportuno impugnare la graduatoria e valutare di chiedere anche il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Occorre in primis richiedere un provvedimento d'urgenza di riammissione cautelare alla prova scritta.

La tutela cautelare può essere:

- a) collegiale;
- b) monocratica.

### **a) Collegiale.**

Il procedimento ex art. 55 c.p.a. comprende tutte quelle misure che appaiono maggiormente idonee a tutelare il bene della vita oggetto del ricorso fino alla decisione sul merito. La concessione della tutela cautelare ex art. 55 c.p.a. è presa dal

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

collegio: la domanda cautelare può essere proposta nel ricorso di merito o con distinto ricorso.

a) La trattazione della domanda cautelare ex art. 55 c.p.a. può avvenire dopo il decorso del duplice termine indicato al quinto comma, ovvero 20 giorni dal perfezionamento per le controparti dell'ultima notifica e 10 giorni dal deposito del ricorso.

Presupposti per richiedere la domanda cautelare in forma collegiale sono: il pregiudizio grave ed irreparabile ed il *fumus boni iuris*.

### **b) Monocratica.**

b) Ai sensi dell'art. 56 del Codice del Processo Amministrativo, prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al Presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie.

La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione d'udienza per il merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio.

Il Presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del tribunale amministrativo regionale, altrimenti rimette le parti al collegio per i provvedimenti di cui all'articolo 55, comma 13 c.p.a.

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

Il Presidente o un magistrato da lui delegato verifica che la notificazione del ricorso si sia perfezionata nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati e provvede con decreto motivato non impugnabile.

La notificazione può avvenire da parte del difensore anche a mezzo fax.

Si applica l'articolo 55, comma 6 c.p.a.

Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il Presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca.

Ove ritenuto necessario il Presidente, fuori udienza e senza formalità, sente, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto.

Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il Presidente può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, determinata con riguardo all'entità degli effetti irreversibili che possono prodursi per le parti e i terzi.

Il decreto, nel quale deve essere comunque indicata la camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5, in caso di accoglimento è efficace sino a detta camera di consiglio.

Il decreto perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui al periodo precedente.

Fino a quando conserva efficacia, il decreto è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata.

Se la parte si avvale della facoltà di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 55 c.p.a. le misure cautelari perdono efficacia se il ricorso non viene notificato per via ordinaria entro cinque giorni dalla richiesta delle misure cautelari provvisorie.

### **Presupposti della tutela cautelare monocratica.**

I presupposti affinché possa essere concessa la misura cautelare monocratica sono:

1) **l'estrema gravità ed urgenza**: la gravità deve essere "estrema", ossia di entità superiore a quella che caratterizza il *periculum* ai fini della misura collegiale ex art. 55 c.p.a. (pregiudizio grave ed irreparabile), ma inferiore a quella "eccezionale" richiesta per la misura ex art. 61 c.p.a. "*ante causam*".

2) **la presentazione della domanda di fissazione d'udienza.**

3) **la competenza del giudice adito:** nel caso in cui il Presidente non ritenga di essere competente rimette la questione al collegio che, ove concordi con la non competenza, deve promuovere d'ufficio il regolamento di competenza.

**La notificazione del ricorso.**

Nel caso di estrema urgenza tale da non consentire per il ricorrente l'attesa della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio ai sensi dell'art. 55 c.p.a. è possibile richiedere al Presidente del TAR competente la disposizione di misure cautelari provvisorie.

La richiesta di misure cautelari provvisorie può essere inoltrata con la domanda cautelare o con un distinto ricorso, che deve essere notificato alle controparti ed è improcedibile fino a quando non è stata presentata l'istanza di fissazione dell'udienza: tale presupposto trova un'eccezione nel caso in cui l'udienza deve necessariamente essere fissata d'ufficio.

La notificazione può essere effettuata a mezzo fax, ma in caso di esito positivo della richiesta, e quindi di concessione della misura cautelare, la comunicazione a mezzo fax deve essere seguita dalla notifica in via ordinaria entro 5 giorni dalla richiesta, a pena di inefficacia della misura cautelare concessa.

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

Quindi ai fini della pronuncia cautelare monocratica è necessario che il ricorso sia stato notificato e che la notifica si sia perfezionata.

Se la notifica è effettuata a mezzo del servizio postale il ricorrente, se non è ancora in possesso dell'avviso di ricevimento può provare la data di perfezionamento della notificazione producendo copia dell'attestazione di consegna del servizio all'uopo predisposto sul sito internet delle Poste.

Se per l'urgenza non fosse possibile accertare il perfezionamento delle notificazioni, sempre per cause non imputabili al ricorrente, il Presidente può pronunciarsi ugualmente, fatto salvo il potere di revoca.

### **La decisione.**

La decisione è presa con decreto motivato, direttamente dal Presidente o da un magistrato all'uopo delegato che deve:

- a) in via preliminare verificare la sussistenza della competenza funzionale o territoriale del tribunale e della sua giurisdizione;
- b) verificare se la notifica sia stata perfezionata: se non sia possibile effettuare l'accertamento, vista l'urgenza, il giudice deve comunque provvedere sulla richiesta.



## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

Il Presidente o il giudice all'uopo delegato può convocare le parti anche fuori udienza, ai fini di una completa acquisizione delle informazioni utili alla decisione.

Nel decreto motivato deve essere fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale della richiesta cautelare: in caso sia di accoglimento perde comunque efficacia a quella data, anche se non c'è stata pronuncia del collegio.

Un orientamento ormai superato e minoritario affermava che:

*"il decreto monocratico presidenziale ha efficacia ex lege fino alla pronuncia con cui si accoglie o si respinge la domanda cautelare, in quanto questo produce i suoi effetti fino alla pronuncia del Collegio sulla domanda cautelare, quindi non fino alla data (e non oltre) della camera di consiglio fissata dal decreto presidenziale ai fini della trattazione collegiale, ed a prescindere dall'evenienza che, in tale udienza camerale, la fase cautelare del processo amministrativo possa definitivamente concludersi con una pronuncia decisoria"* (cfr. TAR Sicilia – Catania, n. 2380 del 28 novembre 2006).

Il decreto è revocabile o modificabile su istanza di parte, previa notifica alle controparti.

### **Appellabilità del decreto sulla misura monocratica.**

Ad oggi, ai sensi dell'art. 62 comma 1 del c.p.a. contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato da

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza. Pertanto l'art. 62 comma 1 del c.p.a. individua le ordinanze cautelari come atti impugnabili, escludendo implicitamente i "decreti cautelari presidenziali".

Prima dell'avvento del codice del processo amministrativo e dell'art. 62 predetto la giurisprudenza amministrativa si era divisa in due orientamenti:

-Secondo l'orientamento maggioritario l'appello era inammissibile avverso il decreto avente ad oggetto misure cautelari, stante il loro carattere eccezionale, e dovendo la questione essere poi esaminata dal collegio in camera di consiglio, anche nel rispetto del principio del contraddittorio.

-Secondo l'orientamento minoritario il decreto presidenziale in oggetto era appellabile previa la sussistenza di motivi di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire l'attesa della camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare.

### **Misure cautelari *ante causam*.**

L'art. 61 c.p.a. disciplina la tutelare cautelare *ante causam* ancor prima della notificazione del ricorso alle controparti.

L'interessato deve proporre l'istanza mediante notificazione con le forme previste per la notifica del ricorso, al Presidente del TAR competente per il giudizio.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 61 c.p.a. in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari

## REDAZIONE PARERE LEGALE PER PROFESSIONISTI

---

provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso e della domanda cautelare in corso di causa. (art. 61 comma 1 c.p.a.).

[...]

---

Alla luce di quanto sin qui esposto occorre valutare, in relazione al tempo a disposizione quale sia la strada più opportuna da percorrere ai sensi dell'art. 55, dell'art. 56 oppure dell'art. 61 c.p.a.

[...]