



## La tutela cautelare

### SOMMARIO

7.1 La cd. «sospensiva». Le misure cautelari propulsive. - 7.2 I poteri cautelari presidenziali. La tutela cautelare *ante causam*. - 7.3 L'esecuzione delle misure cautelari. - 7.4 L'impugnazione delle ordinanze cautelari.

#### 7.1 La cd. «sospensiva». Le misure cautelari propulsive

Il Codice del processo amministrativo ha operato una sistemazione del procedimento cautelare mediante una disciplina organica delle forme di tutela.

Accanto alla tutela collegiale ordinaria, invero, individuiamo una tutela cd. presidenziale o monocratica che a sua volta — mutuando dalle norme prescritte per il processo sugli appalti di cui al D.Lgs. n. 163/2006 — si differenzia a seconda se ricorre nella fattispecie concreta una «*estrema*» o una «*eccezionale*» gravità ed urgenza di provvedere.

L'**art. 55 c.p.a.** disciplina la tutela cautelare ordinaria, prevedendo, **Tutela cautelare ordinaria** al comma 1, che: «*Se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio*».

L'istanza cautelare può essere proposta incidentalmente allo stesso ricorso giurisdizionale o con separata istanza che deve essere notificata alla controparte ed ai controinteressati e depositata presso la segreteria del T.A.R.

Come è possibile osservare il legislatore individua con precisione i presupposti per l'adozione delle misure cautelari, rinvenendoli appunto nel **pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile**, che, è bene precisare, non può essere ipotetico o eventuale, e nel **fumus**, inteso come giudizio di probabilità circa l'accoglimento del ricorso o di manifesta non infondatezza dello stesso.

Devono sussistere entrambe le condizioni per la concessione della tutela cautelare.

**Provvisoria e strumentalità**      Ciò che contraddistingue le misure cautelari è il loro carattere provvisorio e strumentale: l'art. 55 c.p.a., invero, configura le misure cautelari come strumenti atti ad evitare un pregiudizio grave ed irreparabile al destinatario del provvedimento impugnato *durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso*. La loro finalità è, appunto, quella di *assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*.

La strumentalità della misura cautelare è stata, di recente, oggetto di una opera di revisione critica, per l'effetto, in particolare, di determinate previsioni legislative.

L'art. 4, comma 2bis, D.L. 30-6-2005, n. 115, aggiunto in sede di conversione con la L. 17-8-2005, n. 168 stabilisce che «*Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*».

La norma in esame, in estrema sintesi, consente (a determinate condizioni) la stabilizzazione degli effetti anche della pronuncia cautelare del giudice amministrativo, come nel caso in cui, per effetto di detta pronuncia, il candidato venga ammesso a sostenere con riserva (ovvero in attesa della decisione nel merito del ricorso) gli esami orali, poi effettivamente sostenuti con esito positivo.

È evidente che la misura cautelare, nel quadro di tale peculiare fattispecie normativa, è idonea ad assicurare effetti tutt'altro che di natura strumentale.

Il tema appena introdotto consente di affrontare un ulteriore argomento di rilevante importanza, concernente gli effetti delle misure cautelari tenuto conto della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

**La sospensiva**      Nel caso degli interessi oppositivi, invero, la misura maggiormente idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul merito della controversia è data dalla **cd. sospensiva dell'atto impugnato**: la sospensione degli effetti di una ordinanza di demolizione, ad esempio, consente al ricorrente di mantenere integra la propria sfera di interesse, evitando — in attesa della decisione finale — la demolizione del manufatto presumibilmente ritenuto abusivo dall'amministrazione.

La sospensione degli effetti dell'atto impugnato, però, non si appalesa pienamente satisfattiva nel caso in cui il ricorrente deduca un interesse pretensivo.

Laddove, ovvero, si sia in presenza di atti negativi della P.A. (diniego di autorizzazioni, concessioni, sovvenzioni etc.) o di un comportamento inerte dell'amministrazione (silenzio-rifiuto). La «sospensiva» di un diniego o di un silenzio della P.A. non condurrebbe ad alcuna utilità pratica per il ricorrente.

In tale contesto, la dottrina e la giurisprudenza ha elaborato la figura delle **ordinanze cautelari cd. propulsive**.

Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti di diniego di ammissione a procedure concorsuali.

**Misure cautelari atipiche**      La «sospensiva» del diniego, invero, non consentirebbe da sola a produrre gli effetti desiderati dal candidato, consistenti nella sua partecipazione alla procedura selettiva.

Cosicché la giurisprudenza si è orientata verso l'adozione di pronunce cautelari tali da consentire effettivamente la conservazione dell'interesse del candidato alla partecipazione alla selezione, mediante l'istituto della «ammissione con riserva» (1).

In tal modo, tuttavia, la misura cautelare perde la sua tipica fisionomia, oltre che la originaria destinazione funzionale: non appare più diretta a conservare *adhuc integra la res in iudicio deducta* in attesa delle decisione di merito, ma, al contrario, finisce per divenire strumento di temporanea trasformazione della situazione esistente, così atteggiandosi a mezzo di propulsione, anziché di mera conservazione (2).

Nel *genus* delle ordinanze propulsive, oltre a quelle idonee ad assicurare gli effetti propri del provvedimento richiesto dal ricorrente ma disatteso dall'amministrazione (come nel caso della ammissione con riserva), rientra anche la **figura cd. «remand»**.

Secondo la giurisprudenza più recente, «*Le misure cautelari propulsive (oggi unanimemente ammesse, stante il vigente principio dell'atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3 della L. 205/2000), consistono nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale.*

*Il c.d. «remand» instaura dunque un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima.*

*In questo senso è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari del tipo appena descritto imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale: di qui la sicura illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad un impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale» (C.d.S., sez. V, 19-2-2007, n. 833).*

---

(1) Cfr. C.d.S., Ad. plen., 8-10-1982, n. 17. L'Adunanza plenaria, pronunciandosi sulla possibilità di sospendere gli atti di diniego di ammissione agli esami di maturità, richiama in primo luogo la sentenza del Giudice delle leggi n. 8 del 1° febbraio 1982, osservando che «*se la Corte costituzionale ha riconosciuto a questa funzione di conservazione della res integra la dignità della tutela costituzionale, se l'interesse al ricorso, secondo la nozione che si è venuta elaborando nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, non si concreta unicamente nel risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include tra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che la Amministrazione è tenuta o è facultata a svolgere e dalle quali potrà derivare il soddisfacimento dell'interesse sostanziale, sembra al collegio che la tutela cautelare sia da ammettere nella materia in esame e possa essere attuata appunto mediante l'ordinanza di sospensione del provvedimento impugnato, affinché l'Amministrazione, nel darle esecuzione, disponga l'ammissione del candidato all'esame di maturità con riserva, sino all'esito del ricorso o degli eventuali ulteriori provvedimenti*». In tal modo, sostiene la Plenaria, non si superano i limiti propri del giudizio cautelare posto che «*l'ordinanza di sospensione opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e per conseguenza consente l'ammissione condizionata del candidato all'esame, in via provvisoria; essa serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 113 e 24 Cost., e nell'ambito del rapporto processuale esaurisce i suoi effetti, ma non sostituisce le valutazioni riservate al consiglio di classe, la cui funzione rimane integra*». Ed invero, ove il ricorso fosse poi accolto nel merito ed il candidato avesse superato l'esame, «*il giudizio di maturità rimane sospeso finché il Consiglio di classe si pronunci, ora per allora, in senso favorevole per l'ammissione dell'alunno all'esame*». A sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla sospensione dei dinieghi di ammissione con conseguente ammissione con riserva sono state adottate anche ragioni di ordine pratico; si è osservato, in particolare, che «*l'esecuzione del provvedimento avrebbe causato l'esclusione della ricorrente dal concorso, mentre nulla poteva esservi in contrario a che la ricorrente intanto vi prendesse parte; salvo a considerare non avvenuta tale partecipazione nel caso di rigetto del ricorso. Soprattutto, l'ammissione con riserva consentirebbe di salvaguardare la posizione del ricorrente senza arrecare alcun danno all'Amministrazione ed ai controinteressati, potendo anzi sortire un effetto deflazionistico del contenzioso atteso il sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente alla decisione nel merito in caso di mancato superamento delle prove in relazione alle quali è intervenuta l'ammissione con riserva*».

(2) R. GAROFOLI, «*La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*», in [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/garofoli.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/garofoli.htm).

Ipotesi tipiche del *remand* si hanno nel caso in cui il giudice ordini all'amministrazione di procedere ad una nuova valutazione della prova concorsuale ritenuta in prima istanza — ed illegittimamente — insufficiente.

In ordine alle ipotesi di **silenzio-rifiuto**, benché non esista alcuna norma che vieti la proposizione dell'istanza cautelare per tali tipi di controversie (3), è pur vero che il rito accelerato previsto dal legislatore nell'ipotesi di impugnazione del silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento) ne rende «superflua» la proposizione, essendo il processo improntato ai principi di speditezza e celerità (4).

---

---

**Formula n. 16**

---

---

**Ricorso al T.A.R. con contestuale richiesta di adozione  
di misure cautelari**

Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale .....

RICORRE

La società ..... (P. IVA .....), in persona del legale rapp.te p.t.,  
il procuratore dott. ...., giusta atto per Notaio dott.ssa ....., rep. n.  
....., racc. n. ...., registrato a ..... il .....,  
con sede legale in ....., alla Via ....., rapp.ta e difesa, giusta  
mandato a margine del presente atto, dagli avv.ti ..... e con gli stessi elett.te dom.  
to in ..... alla Via .....

contro

— il Comune di ....., in persona del legale rapp.te, il Sindaco  
p.t.

**AVVERSO E PER L'ANNULLAMENTO  
PREVIA ADOZIONE DELLE IDONEE MISURE CAUTELARI**

— del provvedimento prot. n. .... del 2-5-2006 del Dirigente del Co-  
mune di ....., VIII Direzione Centrale, Sviluppo Commerciale  
Artigianale e Turistico, Servizio Polizia Amministrativa, con cui si intima alla ricorrente

---

(3) La giurisprudenza più recente, peraltro, è dell'opinione secondo cui la domanda cautelare proposta in un giudizio tendente all'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione non è ammissibile: il procedimento camerale in materia di silenzio-rifiuto, invero, sostituisce anche ogni pronuncia cautelare, in quanto esso stesso ispirato a criteri di massima semplificazione ed accelerazione (cfr., C.d.S., sez. IV, 30-5-2005, n. 2792; *id.* 23-4-2004, n. 2385).

(4) Si veda, Cap. 8.

- la rimozione *ad horas* dell'impianto pubblicitario installato sul fronte cieco del fabbricato sito in ....., alla Via ....., pena la rimozione coatta a cura della società ..... con l'assistenza della Polizia Municipale;
- di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente

### PER L'ACCERTAMENTO

del silenzio-assenso sulla domanda di autorizzazione permanente all'installazione di un megaposter pubblicitario sul fronte cieco del fabbricato sito in ....., alla Via .....

### PER IL RISARCIMENTO

dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto del provvedimento impugnato, con condanna dell'amministrazione al pagamento in favore della ricorrente dell'importo che sarà quantificato in corso di giudizio

### FATTO

In data ..... la ricorrente presentava al Comune di ..... istanza tesa all'ottenimento di autorizzazione permanente per la collocazione di un cartello pubblicitario temporaneo di grandi dimensioni (cd. megaposter), da porsi sulla parete cieca di un immobile sito in ....., alla Via ....., correlandola di tutta la documentazione necessaria, così come prevista dalle normative vigenti e dallo stesso P.G.I. in vigore nel Comune di .....

Decorso il termine di legge per la formazione del silenzio — assenso di 30 gg. (cfr. Titolo V, art. 7, P.G.I. del Comune di .....), la ricorrente procedeva al montaggio del telo che, come da progetto, aveva proiezione esclusiva su suolo privato.

È bene chiarire sin d'ora che le autorizzazioni permanenti, ai sensi del vigente P.G.I. del Comune di ....., hanno durata di nove anni rinnovabili su presentazione di una nuova istanza (cfr. Titolo IV, art. 8, del P.G.I., secondo cui «*Salvo diversa indicazione l'autorizzazione all'installazione di cartelli o di mezzi pubblicitari permanenti ha validità per un periodo di 9 anni ed è rinnovabile per lo stesso periodo*»).

In data 11-9-2001 — quindi decorso il termine di 30 giorni di cui al richiamato art. 7 del P.G.I. —, il Dirigente del Servizio Polizia Amministrativa del Comune di ..... notificava alla ricorrente il provvedimento prot. n. .... con cui denegava l'istanza di autorizzazione ed intimava la rimozione dell'impianto pubblicitario con una motivazione erronea, insufficiente e pretestuosa.

A seguito della presunta abusività dell'installazione, il Comune di ..... elevava, altresì, verbale n. .... di contestazione dell'infrazione dell'art. 14 del P.G.I. in vigore che dispone «l'irrogazione di una sanzione amministrativa per l'esposizione di un mezzo pubblicitario non preventivamente autorizzato».

In data 16-4-2001 la società ricorrente presentava ricorso dinanzi al T.A.R. Campania - Napoli per l'annullamento del provvedimento dell'amministrazione comunale di diniego della domanda di autorizzazione all'installazione del predetto megaposter, rubricato con R.G. n. ....

Il T.A.R. adito, sez. III, con sentenza n. .... del 13-3-2003, accoglieva il ricorso in parola, annullando l'impugnato provvedimento di diniego.

In particolare, statuiva il Giudice Amministrativo nella pronuncia emarginata che il Comune, «in presenza della specifica richiesta della ricorrente, corredata di tutti i necessari dati di identificazione dell'impianto pubblicitario, avrebbe dovuto indicare, in maniera precisa ed inequivoca, i particolari elementi e limiti dell'impianto stesso che, alla luce degli schemi tecnici allegati al vigente PGI, non consentivano il rilascio dell'autorizzazione. Ne consegue che, come dedotto in gravame, l'atto impugnato risulta viziato sotto il profilo esaminato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/90 e dei principi generali vigenti in materia di motivazione dei provvedimenti amministrativi» (cfr., sentenza n. .... del 13-3-2003).

Tale pronuncia non veniva gravata, passando, pertanto, in giudicato.

Intanto, in data 18-3-2005, l'amministrazione comunale notificava alla ricorrente — in esecuzione del verbale di accertamento n. .... con cui si contestava l'abusività della installazione pubblicitaria — l'ordinanza ingiunzione n. ..../2005 per il pagamento di Euro 522,00 a titolo di sanzione amministrativa.

Anche tale atto veniva tempestivamente impugnato innanzi al Giudice di Pace di ..... con ricorso rubricato con n. ..../05. Il Giudice adito (dott. ...., sez. VIII) annullava l'ordinanza ingiunzione opposta con sentenza depositata e resa pubblica in data 28-10-2005.

Con il provvedimento impugnato in questa sede, il Comune di ....., sul presupposto che:

- a) nel mese di dicembre (dell'anno 2005, n.d.r.) veniva installato un impianto pubblicitario sul fronte cieco del fabbricato sito in ....., alla Via .....
- b) con verbale n. .... del 4-1-2006 veniva irrogata alla ricorrente sanzione amministrativa per l'abusiva installazione;
- c) avverso il suddetto verbale non sarebbe stato proposto alcun ricorso da parte della società N.P.R.

disponeva l'immediata rimozione dell'impianto pubblicitario, pena la rimozione coatta, nonché «che l'impianto rimosso venga posto sotto il regime del sequestro conservativo (ex art. 671 c.p.c.) sancendo il vincolo della indisponibilità del bene rimosso allo scopo di garantire il pagamento delle spese di rimozione e di custodia, nonché del canone e dell'ammontare

delle relative sanzioni ed interessi, prevedendo il termine di 90 giorni entro i quali la società interessata può chiedere la restituzione del materiale sequestrato, previo il pagamento di quanto dovuto...».

*In primis*, va subito smentita la circostanza secondo cui la ricorrente non avrebbe interposto gravame alla sanzione irrogatagli. Invero, con ricorso al Giudice di Pace di ....., depositato il 25-1-2006, la N.P.R. si doleva della illegittimità del verbale n. .... del 4-1-2006 articolando diversi motivi di impugnazione. Il Giudice adito sospendeva cautelarmene l'efficacia della misura sanzionatoria, in attesa della definizione del merito della opposizione (cfr. opposizione).

Già tale circostanza è indice evidente dell'approssimazione istruttoria che connota l'ordinanza di rimozione.

Non senza evidenziare, già in punto di fatto, il clamoroso tentativo dell'amministrazione comunale di eludere il giudicato amministrativo, riproponendo un provvedimento interdettale alla installazione pubblicitaria già annullato da Codesto Tribunale con sentenza passata in giudicato. Il provvedimento impugnato, pertanto, è palesemente illegittimo, nonché gravemente pregiudizievole degli interessi della ricorrente e, previa sospensiva, condannato a sicuro annullamento alla stregua dei seguenti

#### MOTIVI

1. Violazione del Titolo V del vigente regolamento comunale disciplinante l'installazione degli impianti pubblicitari - violazione artt. 3 e 20 della L. n. 241/1990 - difetto di istruttoria e di motivazione - eccesso di potere - inesistenza dei presupposti.

Come esposto in punto di fatto, sulla scorta della presunta abusività della impianto di Via ....., l'amministrazione comunale con il provvedimento impugnato ordinava alla ricorrente l'immediata rimozione del megaposter pubblicitario.

Il provvedimento negativo è assolutamente illegittimo.

L'installazione, infatti, del tipo megaposter e collocata su proprietà privata (lett. i) dell'art. 1 del Titolo V del P.G.I.) non è illegittima, bensì assentita *per silentium*, a norma del titolo V del P.G.I. vigente nel Comune di .....L'art. 4 del Titolo V, dispone che «[...] Chiunque intenda installare sul territorio comunale gli impianti di cui alle lettere c), d), g), h), i), l), di cui all'art. 1 dello stesso Titolo, ovvero richieda la variazione di quelli già installati, è soggetto alla preventiva autorizzazione del Comune.....».

Il successivo art. 7 prevede, dal canto suo, che il Comune di ....., a seguito e a completamento dell'istruttoria, potrà definire il procedimento con [...] «7) silenzio della Pubblica Amministrazione per decorrenza del termine di giorni 10 per la pubblicità temporanea e di giorni 30 per le fattispecie di cui alle lettere c, d, g, h, i dalla presentazione della domanda per il caso sub 2) e dal perfezionamento degli altri elementi necessari nel caso di atti complessi *ex lege* 241/1990 e successive modifiche ed integrazioni.

L'ufficio competente, entro i dieci/30 giorni successivi, concede o nega l'autorizzazione».

Nel caso in esame, pertanto, essendo abbondantemente decorso il termine di legge dalla presentazione della domanda di autorizzazione permanente (domanda presentata il 30-7-2001), si è materializzato il silenzio-assenso, con conseguente titolo al mantenimento, da parte della ricorrente, dell'impianto pubblicitario.

Né l'amministrazione ha posto in essere validamente atti in autotutela, tesi alla rimozione del provvedimento positivo formatosi *per silentium*.

A confermare la tesi della operatività del silenzio-assenso nell'ambito delle autorizzazioni alla installazione degli impianti pubblicitari nel Comune di ..... concorre anche la giurisprudenza recentissima di Codesto Tribunale, secondo cui, la disposizione del P.G.I. del Comune di ..... deve intendersi nel senso che «*anche per i casi di installazione di megaposter su teli collegati alle facciate di palazzi e monumenti debba applicarsi il termine di 30 giorni concesso in generale all'amministrazione per le forme di pubblicità (esclusa quella temporanea in senso stretto) disciplinate dal titolo V del Piano*», termine, si specifica, entro il quale l'amministrazione può adottare gli atti interdittivi alla formazione del silenzio (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 7-3-2006, n. 2663).

Ne discende che il provvedimento impugnato è assolutamente «fuori sesto», ordinando la rimozione di un impianto pubblicitario assentito dal medesimo Comune con provvedimento valido ed efficace.

D'altra parte, il D.P.R. 9-5-1994, n. 407 reca l'elenco delle attività sottoposte alla disciplina dell'art. 20 della L. n. 241/1990 con indicazione del termine entro cui la relativa domanda si considera accolta.

Ebbene, al punto 81 di detto elenco sono indicate le pubbliche affissioni di cui al D.P.R. n. 639/1972 fissandosi il termine di 30 (trenta) giorni di guisa che inutilmente elasso tale termine, la richiesta di autorizzazione allo svolgimento di detta attività deve considerarsi accolta.

Nel caso di specie, non può revocarsi in dubbio la circostanza di fatto relativa al decorso dello spazio temporale dei trenta giorni dalla data di presentazione della domanda di autorizzazione presentata nel lontano 2001, per cui non v'è motivo per non ritenere essersi invero nel caso all'esame il silenzio-assenso (cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 27-10-2000, n. 2205).

Né il provvedimento impugnato può considerarsi alla stregua di annullamento di quanto tacitamente assentito, non foss'altro perché reca semplicemente un generico ordine di rimozione dell'impianto presuntivamente abusivo, senza che siano minimamente citate eventuali ragioni di pubblico interesse che in qualche modo possano giustificare un intervento repressivo e/o limitativo dell'iniziativa privata.

È noto, infatti, che l'amministrazione, una volta assentita *per silentium* l'istanza del privato, vede consumato il proprio potere di provvedere sulla medesima, residuando in capo ad essa il solo potere di autotutela da esercitare, previa verifica della sussistenza di un concreto, attuale

e preminente interesse pubblico, nel solo caso di accertati vizi (sostanziali e insanabili) del provvedimento tacito e tenendo conto dell'affidamento ingenerato nel privato sulla legittimità dell'attività tacitamente assentita.

Verifica totalmente obliata nel caso di specie.

È dimostrata, per tale via, la illegittimità del provvedimento impugnato.

2. Violazione art. 97 Cost. - violazione del Titolo V del vigente regolamento comunale disciplinante l'installazione degli impianti pubblicitari - violazione art. 21 septies L. n. 241/1990 - difetto di motivazione - eccesso di potere - nullità del provvedimento impugnato per violazione ed elusione del giudicato.

Il provvedimento negativo dell'amministrazione comunale si colora di ulteriori profili di illegittimità tenuto conto che materializza una frontale elusione del giudicato amministrativo formatosi a seguito della sentenza del T.A.R. .... n. ..../2003. Con la sentenza in parola, infatti, veniva annullato il precedente provvedimento comunale con il quale si ordinava la rimozione della installazione pubblicitaria di cui trattasi in quanto «*in presenza della specifica richiesta della ricorrente, corredata di tutti i necessari dati di identificazione dell'impianto pubblicitario, avrebbe dovuto indicare, in maniera precisa ed inequivoca, i particolari elementi e limiti dell'impianto stesso che, alla luce degli schemi tecnici allegati al vigente PGI, non consentivano il rilascio dell'autorizzazione*».

A fronte dell'autorizzazione assentita *per silentium*, pertanto, secondo il Giudice Amministrativo, l'amministrazione avrebbe dovuto esternare in maniera precisa ed inequivoca le ragioni impeditive alla «sopravvivenza» dell'autorizzazione medesima.

A fronte del principio emarginato, l'amministrazione nuovamente ordina la rimozione dell'impianto di Via ....., in virtù della presuntiva abusività dell'opera, senza motivare in ordine a quegli elementi e limiti dell'impianto stesso che, alla luce degli schemi tecnici allegati al vigente PGI, non consentivano il rilascio dell'autorizzazione.

Semplicemente — ed in maniera assolutamente apodittica — con il provvedimento impugnato il Comune di ..... ordina la rimozione del megaposter installato dalla ricorrente in quanto installato «senza la prevista autorizzazione amministrativa», violando in tal modo la pronuncia n. ..../2003.

È dimostrata, anche per tale via, l'illegittimità del provvedimento impugnato.

3. Violazione art. 7 L. n. 241/1990 - violazione del contraddittorio procedimentale - eccesso di potere.

Come esposto in punto di fatto, l'ordine di rimozione di cui al provvedimento impugnato è stato disposto senza la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo con conseguente violazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990.

Tale comunicazione, costituisce adempimento necessario per qualsiasi provvedimento sia discrezionale che vincolato, e risultava tanto più necessaria ed indefettibile nella specie, considerato che l'atto impugnato di rimozione va ad incidere sul diritto maturato dalla ricorrente in forza del provvedimento tacito formatosi sull'istanza del luglio 2001, del tutto ignorato dall'amministrazione.

Né v'è dubbio, nella prospettiva sostanzialistica delineata dal legislatore con la novella della L. n. 15/2005 che la partecipazione della ricorrente al procedimento, avrebbe apportato ad un contributo essenziale per le decisioni da assumere e, verosimilmente, indotto il Comune a recedere dalla propria iniziativa.

Il contraddittorio procedimentale, infatti, avrebbe consentito l'emersione di elementi che verosimilmente non hanno fatto parte dell'istruttoria procedimentale, consentendo all'amministrazione una migliore valutazione delle circostanze fattuali.

La società ricorrente, infatti, avrebbe potuto significare la legittimità dell'opera in virtù di idoneo titolo abilitativo, rappresentare che sull'opera medesima era intervenuta una pronuncia inequivoca del Giudice Amministrativo, che in alcun modo aveva prestato acquiescenza agli atti irrogativi di sanzioni per la presunta abusività, avendo interposto sistematicamente ricorso nelle competenti sedi giudiziarie.

Illegittimo, pertanto, l'atto anche sotto tale rilevante motivo.

#### ISTANZA CAUTELARE

Il *fumus* emerge dai motivi di ricorso.

Quanto al danno si consideri che la ricorrente corrisponde per l'uso della struttura dell'appoggio dei tabelloni al condominio dell'immobile un canone di locazione annuale di Euro 11.000.000, da corrispondersi anche se il manifesto rimane affisso per un solo giorno.

Non senza contare gli oneri relativi ai canoni e diritti pubblicitari, nonché per spese tecniche e di forniture di impianti che la ricorrente sostiene e ha dovuto sostenere per l'installazione dell'impianto pubblicitario di cui trattasi. Inoltre, grave pregiudizio dalla esecuzione del provvedimento impugnato deriverebbe alla società per la perdita del compenso convenuto con i propri committenti.

Attualmente l'impianto di cui trattasi è utilizzato per una campagna pubblicitaria promossa dalla società ....., con cui è stato pattuito un compenso pari ad Euro 75.000.000,00 + IVA.

Incalcolabili, infine, sarebbero i danni all'immagine.

P.Q.M.

Previa sospensiva, accogliersi il ricorso con ogni conseguente statuizione come per legge. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

DICHIARAZIONE DI VALORE

Ai fini fiscali si dichiara che il contributo versato è pari ad Euro 500,00.

.....

Avv. ....

Avv. ....

PROCURA

RELAZIONE DI NOTIFICA

La domanda cautelare può essere proposta con il ricorso di merito o con distinto ricorso notificato alle altre parti.

**Domanda cautelare incidentale o autonoma**

Essa è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio.

A norma dell'art. 54 c.p.a., inoltre, va segnalato che la sospensione dei termini processuali (dal 1° agosto al 15 settembre) **non si applica** al procedimento cautelare.

**Formula n. 17**

**Istanza per la concessione di misure cautelari con atto separato dal ricorso**

Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale

.....

Sez. .... — R.G. ....

ISTANZA PER LA CONCESSIONE DI MISURE CAUTELARI

Nell'interesse di ....., residente in ....., alla Via ....., C.F. ...., rapp.to e difeso, giusta procura a margine del ricorso introduttivo (ovvero, giusta procura a margine del presente atto), dall'avv. ...., presso il cui studio elettivamente domicilia in ....., alla Via .....

CONTRO

il Comune di ....., in persona del legale rapp.te, il Sindaco p.t., rapp.to e difeso dall'avv. .... (se costituito in giudizio)