

Agata Kosieradzka

Tutela cautelare w postępowaniu sądowo-administracyjnym w prawie włoskim

Kwartalnik Prawa Publicznego 3/3, 227-252

2003

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Agata Kosieradzka **

TUTELA CAUTELARE W POSTĘPOWANIU SĄDOWO-ADMINISTRACYJNYM W PRAWIE WŁOSKIM

1. WPROWADZENIE

Tymczasową ochronę sądową w Italii określa się pojęciem *tutela cautelare*. Polega ona na możliwości żądania przez stronę procesu podjęcia przez sąd interwencji zmierzającej do zabezpieczenia na okres postępowania sądowego jej interesów w związku z wniesieniem do sądu odwołania od aktu lub czynności administracyjnej. Ochroną tymczasową w Italii są objęte akty administracyjne o charakterze pozytywnym, tj. przychylające się do wniesionego żądania, akty negatywne odmawiające przyznania go, jak i milczenie administracji.

Ze względu na duże zróżnicowanie aktywności administracyjnej, interwencja sądu może przybrać postać różnych środków określanych w tej pracy jako środki *cautelare*, czyli te podejmowane w związku z wniesieniem żądania przyznania tymczasowej ochrony sądowej dla zabezpieczenia interesu strony przed wyrządzeniem szkody. Ustawodawca pozostawił sędziemu pełną władzę decydowania o rodzaju środka *cautelare*. Do tych najczęściej spotykanych zalicza się nałożenie na administrację odpowiednich nakazów zgodnie z przysługującą sądowi władzą, zarządzeniu przywrócenia w pełni lub w części sytuacji istniejącej w czasie podejmowania aktu lub wykonywania czynności. Dostosowanie środka do konkretnej sytuacji, jak już zostało zaznaczone, należy do sędziego. W szczególności przyznanie konkretnego środka uza-

* Mgr Agata Kosieradzka – absolwentka Wydziału Prawa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

sadnia wywołanie prawdopodobieństwa wyrządzenia szkody znacznej i nieodwracalnej, w wyniku wykonania zaskarżonego aktu lub czynności administracyjnej.

2. WIADOMOŚCI OGÓLNE O *TUTELA CAUTELARE*

Tutela cautelare polega na zabezpieczeniu interesów strony wnoszącej odwołanie od aktu lub czynności administracyjnej. Samo wniesienie odwołania do sądu nie ma charakteru suspensywnego, stąd konieczne jest wniesienie dodatkowego żądania w tym przedmiocie. W związku z wniesionym żądaniem zostaje utworzony sąd (nazywany w literaturze przedmiotu *giudizio cautelare*, w artykule sądem *cautelare*), który po przeprowadzeniu postępowania określanego mianem postępowania *cautelare* (dla odróżnienia od postępowania zwykłego, czy egzekucyjnego) wydaje postanowienie *cautelare*. Jego treścią jest przychylenie się do treści żądania lub odrzucenie go.

Przez *tutela cautelare* rozumie się więc tę szczególną formę interwencji ze strony prawa procesowego skierowaną na stworzenie ochrony interesu prawnego, który w czasie trwania procesu jest zagrożony wystąpieniem szkody znacznej i nieodwracalnej¹.

Proces zwykły jest właściwy do zapewnienia ochrony pełnej, ale, aby jej udzielić, potrzebny jest czas konieczny do przeprowadzenia skomplikowanego postępowania, stąd sam proces wymaga upływu czasu do osiągnięcia właściwego rezultatu.

To P. Calamandrei jako pierwszy przybliżył środki *cautelare*, jako właściwe do zabezpieczenia szkody wyrządzonej wskutek długości procesu. Uzasadniał konieczność stosowania środków *cautelare* z dwóch zasadniczych powodów: pierwszy dotyczył konieczności wydania orzeczenia definitywnego bez opóźnienia, natomiast drugi wiązał się z niezbędną długością procesu uniemożliwiającą wydanie takiego orzeczenia. Jest to jeden z przypadków, gdy lepiej coś zrobić, nawet gdyby nie do końca okazałoby się to słuszne, niż nic nie robić, pozwalając tym samym na powstanie szkody. Długość trwania procesu nie jest czymś nagannym – wręcz przeciwnie – potrzebnym dla przeprowadzenia rzetelnego postępowania umożliwiającego dokładne zbadanie wszystkich okoliczności w sprawie. Może się jednak okazać, że ta długość może narazić na niebezpieczeństwo rzeczywistej niewykonalności orzeczenia

¹ A. Valorzi, *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Padova, 1991, s. 5.

ostatecznego. Jak podkreślił P. Calamandrei pomiędzy zrobić coś szybko i źle, a późno, ale dobrze, środki *cautelare* zmierzają do tego, aby zrobić szybko, pozostawiając orzeczeniu ostatecznemu rozwiązanie wątpliwości, czy było to dobrze czy źle².

Funkcją zasadniczą *tutela cautelare* jest udzielenie ochrony o charakterze tymczasowym, zapewniającym rzeczywistą skuteczność wydanego w przyszłości orzeczenia ostatecznego. Postanowienia *cautelare* są wydawane na okres potrzebny do powstania ochrony sądowej w drodze zwykłej. Oznacza to, że ich skuteczność kończy się wraz z rozpoczęciem obowiązywania orzeczenia ostatecznego. Podkreślono w ten sposób specyfikę *tutela cautelare* jako funkcję zabezpieczającą użyteczność ochrony sądowej zasadniczej.

Jednocześnie proces, którego przedmiotem jest udzielenie *tutela cautelare*, został zakwalifikowany w prawie włoskim jako trzeci rodzaj procesu – *tertium genus*, w stosunku do procesu kognicyjnego i procesu egzekucyjnego³, zawsze jednak z podkreśleniem charakteru zabezpieczającego w stosunku do nich. Na bazie niezależności pomiędzy poszczególnymi procesami została stworzona także autonomia procesu *cautelare* wyrażająca się w stworzeniu oddzielnego procesu *cautelare* rozpoczynającego się wniesieniem powództwa *cautelare*, a kończącego wydaniem postanowienia *cautelare*.

W doktrynie zauważana jest odmienność powództwa *cautelare*, nazywając je powództwem zabezpieczającym, co także wpływa na autonomię całej instytucji, gdyż jest to powództwo, którego nie można zakwalifikować jako akcesoryjne w stosunku do zabezpieczanego prawa, ponieważ istnieje już w momencie, w którym nie wiadomo czy istnieje chronione przez nie prawo⁴.

3. RYS HISTORYCZNY

Tutela cautelare do procesu administracyjnego włoskiego została wprowadzona w roku 1889⁵, w ustawie ustanawiającej *IV Sezione Con-*

² P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1936, s. 19–20.

³ E. T. Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, w *Rivista diritto processuale*, 1954, s. 244; A. Valorzi, op. cit., s. 10.

⁴ G. Chiovenda, *Introduzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1960, s. 236.

⁵ Legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione [w:] „Studi per il centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato”, Milano 1965, s. 15.

*siglio di Stato*⁶. Jest obecna we włoskim porządku prawnym odkąd został wprowadzony do niego sąd administracyjny i postępowanie sądowno-administracyjne. Od tego momentu zasady udzielania tymczasowej ochrony, tak jak i miejsce *tutela cautelare* w procesie administracyjnym, ulegały zmianom.

W całej ewolucji można wyróżnić dwa zasadnicze okresy: pierwszy od roku 1889 do roku 2000, i drugi od roku 2000, czyli od momentu uchwalenia przez ustawodawcę ustawy nr 205 z 21. 7. 2000 r.⁷, będącej wyrazem ustawowego zalegalizowania zmian od dawna postulowanych przez doktrynę i niejednokrotnie stosowanych wcześniej przez sądy w orzeczeniach, a następnie przejętych do procesu *cautelare*.

3.1. OKRES I – LATA 1889–2000

Art. 12 ustawy nr 5992 z 31.3.1889 r. powołującej istnienie *IV Sezione Consiglio di Stato* stanowił, że odwołania od orzeczeń administracyjnych są pozbawione skutku suspensywnego. Egzekucja takiego aktu mogła zostać wstrzymana z uzasadnionych powodów przez *IV Sezione Consiglio di Stato*, która w tym celu orzekała, wydając wyrok z uzasadnieniem.

Taki sam zapis został powtórzony w art. 39 ustawy 1054/1924⁸.

Środkiem ochrony *cautelare* przewidzianym wówczas przez ustawodawcę było wstrzymanie wykonania aktu administracyjnego. Przez wiele lat był to jedyny środek *cautelare* w procesie sądowno-administracyjnym, wydawany w formie wyroku w postępowaniu jednoinstancyjnym, do momentu utworzenia regionalnych sądów administracyjnych *TAR*.

Samo postępowanie po wniesieniu żądania *cautelare* zostało uregulowane w części A. Tytułu III dekretu królewskiego z 1889 r., nr 6516⁹. W szczególności art. 21 stanowił, że żądanie wstrzymania wykonania aktu administracyjnego, jeżeli nie zostało zawarte w odwołaniu od tego aktu, powinno być wniesione bezpośrednio do *IV Sezione*, powinny zostać o nim powiadomione inne podmioty uczestniczące w procesie, czyli także administracja. Żądanie powinno następnie zostać złożone do de-

⁶ *IV Sezione Consiglio di Stato*, czyli sąd administracyjny – wydział IV został powołany do rozstrzygania sporów administracyjnych.

⁷ *Legge 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, G.U. n. 173, del 26 luglio 2000.*

⁸ *Leggi sul Consiglio di Stato del 26 giugno 1924, n. 1054, Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, G.U. n. 158 del 7 luglio 1924.*

⁹ Dekret o postępowaniu przed *IV* Wydziałem Rady Stanu.

pozytu w sekretariacie sądu. Innym podmiotom procesu i administracji zostało przyznane prawo do złożenia odpowiedzi na żądanie do odpowiedniego sekretariatu *IV Sezione* w ciągu dziesięciu dni od zawiadomienia o wniesieniu żądania. Orzekanie w przedmiocie rozpatrzenia żądania odbywało się na pierwszym posiedzeniu przewidzianym po upływie tego terminu. Przewodniczący sądu mógł skrócić termin¹⁰.

Ten sam tryb postępowania został przejęty do ustawy 642/1907¹¹ i 1054/1924. Zmiany do niego zostały wprowadzone przez art. 2 ustawy z 5.5.1948 r. nr 642¹² i art. 10 ustawy z 21.10.1950 r. nr 1018¹³.

Pierwszy z nich zmieniał formę orzeczenia o żądaniu zawieszenia wykonania aktu administracyjnego: *IV Sezione Consiglio di Stato* albo *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* miała orzekać nie w formie wyroku, ale w formie postanowienia.

Natomiast zmiana wprowadzona przez art. 10 ustawy 1018/1950 r. dotyczyła postępowania w przypadku wniesienia żądania o przyznanie tymczasowej ochrony sądowej. Mianowicie dyskusja miała odbywać się w pokoju narad w obecności przedstawicieli stron, jeżeli wyrazili oni taką wolę w momencie wnoszenia żądania o wstrzymanie wykonania aktu albo do momentu dyskusji. Sąd orzekał po wysłuchaniu obecnych stron. Zmiana w stosunku do postępowania przewidzianego przez dekret 642/1907 r. polegała na przeniesieniu miejsca orzekania o żądaniu *cautelare* z posiedzenia publicznego do pokoju narad. Pomimo zmiany został zachowany jego kontradiktoryjny charakter.

Kolejnym istotnym aktem prawnym dotyczącym *tutela cautelare* była ustawa z 6.12.1971 r., nr 1034 o utworzeniu regionalnych sądów administracyjnych (ustawa o *TAR*)¹⁴. Wraz z wejściem w życie postanowień tego aktu, sądownictwo w Italii stało się dwuinstancyjne: pierwszą instancję tworzyły regionalne sądy administracyjne *TAR*, kontrolę w zakresie orzecznictwa sprawowała nad nimi utworzona w 1889 roku *IV Sezione Consiglio di Stato*.

¹⁰ Por. art. 21 A. *Di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo, Titolo III, Regge Decreto 17 ottobre 1889, n. 6516, il procedimento innanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato.*

¹¹ *Regge Decreto 17 agosto 1907, n. 642, Regolamento per la procedura innanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, G.U. n. 227 del 25 settembre 1907.*

¹² Por. art. 2 *Decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 642. Provvedimenti per accelerare i giudizi presso le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, G.U. n. 134 del 11 giugno 1948, e ratificato con modificazioni, dalla legge 19 marzo 1952, n. 161.*

¹³ Por. art. 10 ustawy 1018/1950, *Legge 21 dicembre 1950, n. 1018. Modificazioni al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, G.U. n. 298 del 30 dicembre 1950.*

¹⁴ *Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istituzione dei Tribunali amministrativi regionali G.U. del 13 dicembre 1971 n. 314.*

W art. 21 ustawy *TAR* został powtórzony ogólny zarys postępowania *tutela cautelare*. Kompetencja do udzielania ochrony została przyznana powołanym sądom regionalnym *TAR*, po odbyciu posiedzenia w pokoju narad, wyznaczonego po upływie terminu dziesięciodniowego, przy czym termin ten mógł ulec skróceniu przez przewodniczącego sądu.

Pewną nowością w stosunku do zapisu pierwotnego było zastąpienie sformułowania „istotne powody” (*gravi ragioni*), zwrotem „szkody znaczne i nieodwracalne” (*danni gravi ed irreparabili*). O tej zmianie mówi się jednak jako o formalnej¹⁵, ponieważ już w pierwszych orzeczeniach *IV Sezione Consiglio di Stato* wyjaśniła, że znaczącość powodów dotyczy przypadków, w których egzekucja postanowienia administracyjnego może spowodować stronie postępowania szkodę znaczną, nieodwracalną lub ciężko odwracalną¹⁶. Jednak zdaniem doktryny była ona korzystna, gdyż pierwotne wyrażenie jest szerokie i ogólne, natomiast wyrażenie wprowadzone na jego miejsce należy do bardziej dokładnych, co koresponduje z wymogiem precyzyjności, stawianym językowi prawnemu¹⁷.

Natomiast art. 21 ustawy *TAR* jednoznacznie określił obowiązek uzasadniania postanowień *cautelare*, obowiązek często przez sędziów zaniechany. Także w ustawie *TAR* został sprecyzowany podmiot, który ze względu na zagrażające mu szkody może żądać przyznania tymczasowej ochrony sądowej. Poprzednie akty prawne posługiwały się terminem „*interessato*”, co oznacza osobę, której praw dotyczy proces, czyli zarówno odwołującego się od aktu administracyjnego, jak i podmiot, który wydał taki akt, tzn. administrację, a także inne podmioty. W art. 21 ustawy *TAR* ustawodawca posłużył się terminem „*ricorrente*” oznaczającym osobę zaskarżającą akt administracyjny, jednoznacznie wskazując tym samym, że to w jej dobrach ma powstać szkoda ciężka i nieodwracalna.

Zagadnieniem tymczasowej ochrony sądowej w prawie włoskim zajmowała się zarówno doktryna jak i orzecznictwo. Wpływ szczególnie tego ostatniego przyczynił się do ukształtowania pełniejszego modelu, uzupełniającego pewne zagadnienia, które nie doczekały się rozstrzygnięcia przez ustawodawcę.

Pierwszą znaczącą interwencją *Consiglio di Stato* w proces *cautelare*, zdaniem E. Follieri¹⁸, było orzeczenie *Adunanza Plenaria del Con-*

¹⁵ E. Follieri, *La cautela tipica e la sua evoluzione* [w:] *Diritto procesuale amministrativo*, 1989, s. 647.

¹⁶ *Sezione IV, 10 aprile 1890, Comune Riposto/Prefettura di Catania* [w:] *Giustizia amministrativa*, wyd. I, s. 1.

¹⁷ A. Valorzi, op. cit., s. 77.

¹⁸ E. Follieri, *La cautela tipica...*, s. 649.

siglio di Stato nr 1 z 20.1.1978 r.¹⁹, w którym sąd opowiedział się za dopuszczalnością odwołania od postanowień *cautelare* wydanych przez TAR. Dzięki temu orzeczeniu postępowanie *cautelare* zostało przekształcone w postępowanie dwuinstancyjne, uzyskując w ten sposób większe gwarancje zabezpieczenia przed wystąpieniem szkody w majątku odwołującego się.

W ewolucji *tutela cautelare* obok zmian dokonywanych w postępowaniu, można wyróżnić jeszcze jeden kierunek: dążenie do zmiany zakresu udzielanej ochrony poprzez rozszerzenie aktów administracyjnych, przy zaskarżaniu których można żądać przydzielenia ochrony, a także do zmiany miejsca postępowania *cautelare* w procesie administracyjnym.

Ten kierunek polegał na wprowadzaniu – w przypadku określonych spraw poddanych kompetencji sądu administracyjnego – możliwości przyznawania tymczasowej ochrony nie w postaci zawieszenia wykonania zaskarżonego aktu administracyjnego, ale zastosowania innego środka *cautelare*, określanego jako środek *cautelare* nietypowy, dla odróżnienia tego zasadniczego środka, jakim była suspensywność. Środek *cautelare* nietypowy mógł polegać na przyznaniu ochrony w postaci złożenia przez administrację określonej sumy pieniężnej do depozytu.

Interwencje ustawodawcy zmierzające do rozszerzenia zakresu dostępnych środków *cautelare* do momentu uchwalenia ustawy 205/2000 nie zdarzały się często, dlatego to orzecznictwo wypowiedało się za koniecznością stosowania zróżnicowanej ochrony, w zależności od potrzeby konkretnego przypadku.

Tak było w przypadku przyznania sędziemu administracyjnemu orzekającemu o przyznaniu *tutela cautelare* w przypadkach pilnych kompetencji zastosowania środka *cautelare* bardziej właściwego (a więc także innego niż przyznanie suspensywności) dla zapewnienia skutecznej ochrony interesów odwołującej się strony.

3.2. OKRES II – OD ROKU 2000 DO DZISIAJ

Ustawa z 21.7.2000 r., nr 205, wprowadzająca ostatnie zmiany do postępowania *cautelare* przed sądem administracyjnym, była długo oczekiwaną interwencją ustawodawcy włoskiego w porządek *cautelare* w procesie administracyjnym. Treść art. 3 stanowi zapis ustawowy wielu instytucji wprowadzonych przez orzecznictwo, i choć w dużej części sta-

¹⁹ *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nota n. 1 del 20 gennaio 1978, C.d. S., 1978, I, s. 1.*

nowi powtórzenie rozwiązań już przyjętych, to zawiera także pewne elementy nowe, do których należy przyznanie kompetencji sędziemu administracyjnemu do przyznawania takiego środka *cautelare*, jaki jest właściwy w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Zapis ten określany jest często przez doktrynę mianem „rewolucji” w procesie administracyjnym, oznacza bowiem, że od tej pory to sędzia decyduje o rodzaju środka *cautelare* właściwego w określonej sprawie; może to być suspensywność zaskarżonego aktu administracyjnego, ale także nałożenie na administrację obowiązku odpowiedniego zachowania się, w granicach dozwolonych z zachowaniem niezależności obu instytucji, złożenie określonej sumy do depozytu i wielu innych.

Przyjęcie takiego rozwiązania oznacza przyznanie *tutela cautelare* w przypadku zaskarżania wszystkich aktów administracyjnych, nie tylko tych zmieniających rzeczywistość, mających cechę wykonalności (*atti positivi*), ale także tych nie wywołujących żadnych zmian (*atti negativi*), w tym także bezczynność administracji (*silenzio*); zawsze jednak bez możliwości uzyskania wcześniejszej satysfakcji z prawa.

Inną ważną „nowością”, w stosunku do stanu obowiązującego wcześniej, było zapisanie w ustawie drugiej przesłanki uzyskania *tutela cautelare*, tj. *fumus boni iuris*, przez wiele lat faktycznie istniejącej, wprowadzonej przez orzecznictwo, ale pozostającej zawsze poza zapisem ustawowym²⁰.

4. PRZESŁANKI UZYSKANIA TUTELA CAUTELARE

Aby sędzia mógł przyznać tymczasową ochronę sądową, muszą zostać spełnione przesłanki przewidziane przez prawo. W ustawie 205/2000 r. zostały zapisane dwie: niebezpieczeństwo wyrządzenia szkód znacznych i nieodwracalnych (*danni gravi et irreparabili*) oraz prawdopodobieństwo uwzględnienia odwołania (*fumus boni iuris*). Analizując pobieżnie te przesłanki, mogą one, zdaniem F. Satta, wydać się „banalne”: nieodwracalna jest szkoda, której ostateczne orzeczenie nie może odwrócić, o znacznosci natomiast należy rozstrzygać w każdym przypadku oddzielnie; *fumus boni iuris* dotyczy ogólnej analizy odwołania. W rzeczywistości, problemy wiążące się z obiema przesłankami są znacznie bardziej złożone²¹.

²⁰ Por. Art. 3 ustawy o TAR.

²¹ F. Satta, *Giustizia amministrativa*, wyd. 3, Padova 1997, s. 369.

4.1. PRZESŁANKA WYRZĄDZENIA SZKODY – *PERICULUM IN MORA*

Przesłanka *danni gravi ed irreparabili*²² po raz pierwszy do ustawy została wprowadzona wraz z powstaniem instytucji *tutela cautelare*, tj. w ustawie 5992/1889 r.

Periculum in mora oznacza dla odwołującego się niebezpieczeństwo wywołania szkody dodatkowej spowodowanej długością oczekiwania na wydanie orzeczenia ostatecznego. To wystarcza do udzielenia *tutela cautelare*. W takich przypadkach samo oczekiwanie na orzeczenie sądu sprawia, że istnieje duże prawdopodobieństwo spowodowania szkody ponad tą, która powstała już w dobrach odwołującego się. *Periculum in mora* jako przesłanka *tutela cautelare* nie oznacza jakiegoś ogólnego niebezpieczeństwa spowodowania szkody prawnej – to niebezpieczeństwo jest chronione poprzez ochronę zwykłą, udzielaną w orzeczeniu ostatecznym – ale specyficzne niebezpieczeństwo szkody innej, szkody mogącej mieć swoje źródło w opóźnieniu zakończenia procesu, często koniecznym z powodu przewlekłości postępowania głównego²³.

Analizując przesłankę *periculum in mora* sędzia musi wziąć pod uwagę także szkodę, którą poniosłaby strona przeciwna, gdyby żądanie przyznania *tutela cautelare* zostało uznane za zasadne: stąd zachodzi konieczność pewnego oszacowania porównawczego pomiędzy ewentualnymi szkodami. Ten aspekt przesłanki jest określany jako bilateralność *periculum in mora*. A. Porto Pisani zauważył, że ocena porównawcza wielkości szkód ma dotyczyć szkody powstałej w wyniku nie przyznania ochrony tymczasowej i szkody wyrządzonej stronie przeciwnej w wyniku jej przyznania. Sędzia może przyznać *tutela cautelare* tylko w przypadku, gdyby szkody wywołane przez nie przyznanie były jakościowo lub ilościowo większe niż szkody wywołane stronie przeciwnej²⁴.

Wyróżniane są dwa zasadnicze rodzaje *periculum in mora*: niebezpieczeństwo bezskuteczności orzeczenia (*pericolo da infruttuosita*) i niebezpieczeństwo pochodzące z opóźniania procesu (*pericolo da tardivita*).

²² Przesłanka ta jest także określana jako *periculum in mora* (dosłowne tłumaczenie tego wyrażenia oznacza niebezpieczeństwo wyrządzenia szkód na skutek zwłoki), obie nazwy używane są w doktrynie wymiennie, ustawodawca i orzecznictwo posługuje się określeniem pierwszym.

²³ P. Calamandrei, op. cit., s. 18.

²⁴ A. Porto Pisani, *Appunti sulla tutela cautelare* [w:] *Rivista diritto civile*, 1987, s. 133.

Pericolo da infruttuosita jest zagrożeniem spowodowanym wystąpieniem w trakcie trwania procesu wydarzeń uniemożliwiających bądź w znacznym stopniu utrudniających wykonywanie przyszłego wyroku ostatecznego. Zdaniem P. Calamandrei należy zapobiegać wystąpieniu wszelkiego tego typu wydarzeniom tak, aby orzeczenie ostateczne, kiedy zostanie wydane, było sprawiedliwe i rzeczywiście wykonalne²⁵.

Pericolo da tardivita dotyczy sytuacji, kiedy długość procesu połączona w czasie z brakiem satysfakcji prawnej, może być przyczyną szkody w dobrach strony.

Inny podział przesłanki *periculum in mora* jest oparty o nieodwracalność grożącej szkody. Rozróżnienie to jest uważane za ważne, ponieważ tworzy granicę udzielenia *tutela cautelare*. W doktrynie uznano za szkodę nieodwracalną taką szkodę wyrządzoną podmiotowi prawa, w przypadku której występuje brak satysfakcji prawnej także po wydaniu orzeczenia ostatecznego²⁶. Występowanie takiej sytuacji uzasadnia przyznanie *tutela cautelare*.

4.2. PRAWDOPODOBIENSTWO UWZGLĘDNIENIA ODWOŁANIA – *FUMUS BONI IURIS*

*Fumus boni iuris*²⁷, druga przesłanka, którą sędzia musi wziąć pod uwagę podczas orzekania o przyznaniu *tutela cautelare*, została umieszczona w ustawie po raz pierwszy podczas ostatniej nowelizacji dotyczącej procesu *cautelare*, tj. w ustawie 205/2000 r. Przez wiele lat jednak orzecznictwo dostrzegało konieczność brania pod uwagę nie tylko wyrządzenia przez zaskarżony akt lub czynność administracyjną szkody ciężkiej i nieodwracalnej, ale także pewnej analizy dotyczącej legalności zaskarżonego aktu czy czynności. Przesłanka *danni gravi et irreparabili* okazywała się niewystarczająca szczególnie w sytuacjach, gdy zaskarżony został akt normatywny wydany przez administrację, gdzie wzięcie pod uwagę interesu tylko jednego podmiotu nie uzasadniałoby udzielenia tymczasowej ochrony.

²⁵ P. Calamandrei, op. cit., s. 55.

²⁶ A. Porto Pisani, *Due note in materia di tutela cautelare*, „Foro italiano” 1983, nr 5, s. 148.

²⁷ Termin *fumus boni iuris* jest terminem używanym przez orzecznictwo i doktrynę, ustawodawca w ustawie 205/2000 posłużył się zwrotem „*una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*” (por. art. 1, legge 205/2000), czyli *istnienie przewidywania co do pozytywnego wyniku odwołania, co jednoznacznie też określiło, który z dwóch kierunków do tej pory dokonywanej interpretacji uważa za właściwy*.

W przeszłości w doktrynie i w orzecznictwie powstały dwie różne interpretacje. Jedna z nich z *fumus boni iuris* łączyła analizę dotyczącą prawdopodobieństwa uwzględnienia odwołania, natomiast druga opierała badanie prowadzone przez sędziego na ogólnym sondowaniu dotyczącym odwołania – czy odwołanie nie jest oczywiście bezzasadne. A. Travi wyjaśnia²⁸, że przyjęcie pierwszej interpretacji oznaczało zwrócenie większej uwagi na podstawy odwołania. Wydaje się, że ustawodawca opowiedział się za pierwszą, dokładniejszą interpretacją. Zobowiązał bowiem sędziego do przeprowadzenia badania odnoszącego się do możliwości przychylenia się do odwołania wniesionego w związku z zaskarżonym aktem administracyjnym.

W doktrynie podkreśla się brak możliwości przyznania *tutela cautelare*, gdy wniesione odwołanie jest oczywiście bezzasadne lub niedopuszczalne. W takich przypadkach zostałaby złamana zasada braku suspensywności odwołań wnoszonych do sądu od aktów administracyjnych, a powstałe skutki przeczyłyby charakterowi zabezpieczającemu jaki wyróżnia *tutela cautelare*, ponieważ oznaczałoby to przyznanie pewnych korzyści stronie odwołującej się, już podczas istnienia zawisłości sporu przed sądem i nie spełniałoby funkcji zabezpieczającej wykonalność orzeczenia ostatecznego, którą to funkcję pełnią orzeczenia *cautelare*.

Przesłanką *fumus bonii iuris* zajmował się także F. Satta²⁹. Jego zdaniem idea polega na przeprowadzeniu analizy o charakterze ogólnym, dotyczącym zasadności odwołania, na pewnym badaniu intuicyjnym, bez dokładnej analizy wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wymaga się, aby badanie było przeprowadzone odnośnie przesłanek dotyczących naruszenia prawa podczas wydawania aktu oraz czy akt nie został wydany z naruszeniem przepisów o właściwości i kompetencji. Gdy sędzia stwierdzi prawdopodobieństwo zaistnienia któregoś z tych elementów, może przyznać *tutela cautelare*.

Chciałabym zwrócić uwagę na fakt, że przyjęcie istnienia prawdopodobieństwa w procesie *cautelare* co do pozytywnego wyniku odwołania, nie oznacza stanu pewności, że takie samo rozwiązanie zostanie zawarte w orzeczeniu ostatecznym. W postępowaniu *cautelare* ma miejsce osąd ogólny, na podstawie tylko dwóch przesłanek. Sędzia nie analizuje szczegółowo zarzutów podniesionych w odwołaniu nie tylko ze względu na brak czasu (postanowienie *cautelare* jest bowiem wydawane zwykle na tym samym posiedzeniu), ale także ze względu na to, że nie na

²⁸ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2001, s. 261.

²⁹ F. Satta, *Giustizia...*, s. 369.

tym polega jego zadanie: celem wydanego przez niego postanowienia nie jest rozstrzygnięcie sprawy co do *meritum*, ale jedynie przyznanie tymczasowej ochrony stronie, jeżeli po analizie przesłanek sędzia uzna, że interesy strony w wyniku wykonania aktu lub czynności administracyjnej mogłyby zostać zagrożone wyrządzeniem dodatkowej szkody.

Sędzia decydując o żądaniu *cautelare* musi przeprowadzić dwa oddzielne badania: jedno z nich dotyczy prawdopodobieństwa wyrządzenia *danno grave et irreparabile*, i to badanie przeprowadzane jest tylko przez sędziego *cautelare*: w procesie sędzia z żadnego powodu nie może przeprowadzać ponownie takiego badania, ani odmiennie interpretować motywów raz przyjętych przez sędziego *cautelare*. Natomiast drugie badanie – dotyczące prawdopodobieństwa uwzględnienia odwołania – ma zupełnie inny charakter: w postępowaniu *cautelare* następuje wstępna analiza zarzutów zawartych w treści odwołania i ocena dokonana przez sędziego *cautelare* jest oceną wstępną, pozostającą bez wpływu na wynik wyroku, w którym zostanie zawarta ostateczna ocena zarzutów dokonana przez sędziego w procesie, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego³⁰.

Także niebezpieczeństwo, że orzeczenie *cautelare* może wpłynąć na treść orzeczenia ostatecznego, jest zdaniem doktryny, bardzo mało prawdopodobne. Zgodnie jest uznawane, że ocena przesłanki *fumus boni iuris* nie wywołuje skutków ponad postanowienie *cautelare* i przyznanie tymczasowej ochrony. Ocena powstała podczas procesu *cautelare* wykazuje się dużą własną autonomią, a o zasadności albo bezzasadności odwołania będzie rozstrzygał wyrok ostateczny, który oznacza koniec skuteczności postanowienia *cautelare*³¹.

5. CHARAKTERYSTYKA TUTELA CAUTELARE

5.1. CHARAKTER OGÓLNY TYMCZASOWEJ OCHRONY

Charakter ogólny tymczasowej ochrony jest związany z charakterem procesu *cautelare* oraz z charakterem czynności dokonywanych przez sędziego, prowadzących do przyznania (albo nie) żądanej przez stronę *tutela cautelare*.

³⁰ A. Valorzi, op. cit., s. 85.

³¹ E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano 1981, s. 195.

Element ogólności odnosi się w szczególności do badania prowadzonego w związku z przesłanką *fumus bonii iuris*. Ocena prawdopodobieństwa przychylenia się sądu w prawomocnym orzeczeniu do odwołania wniesionego przez stronę następuje w ramach wstępnej analizy materiałów przekazanych sędziemu. Nie należy przy tym interpretować czynności podejmowanych przez sędziego jako powierzchownych – są one ogólne, a ich zadaniem jest wywołanie przekonania o istnieniu prawdopodobieństwa, że odwołanie wniesione przez stronę zostanie uwzględnione.

5.2. PROWIZORYCZNOŚĆ TYMCZASOWEJ OCHRONY

Prowizoryczność *tutela cautelare* wyraża się w tym, że postanowienie *cautelare* ma skuteczność ograniczoną w czasie: w każdym przypadku traci swoją moc w momencie wydania orzeczenia merytorycznego w danej sprawie i to w każdej instancji.

Zdaniem A. Porto Pisani prowizoryczność to także niezdolność wpłynięcia na treść orzeczenia definitywnego wydanego w sprawie³².

5.3. CHARAKTER ZABEZPIECZAJĄCY TYMCZASOWEJ OCHRONY

Charakter zabezpieczający³³ *tutela cautelare* wiąże się z tym, że bezpośrednim celem każdego środka *cautelare* jest zabezpieczenie skuteczności orzeczenia ostatecznego, wydanego w sprawie³⁴. Cecha ta określa stosunek funkcjonalny pomiędzy orzeczeniem ostatecznym, którego użyteczność ma gwarantować i zabezpieczać postanowienie *cautelare*. Sam środek *cautelare* nie zmierza do zaspokojenia interesów będących przedmiotem sprawy, ale jedynie do zagwarantowania rzeczywistej skuteczności orzeczenia wydanego po rozpatrzeniu sprawy, zawierającego rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu³⁵. Chociaż po

³² A. Porto Pisani, op. cit., s. 117.

³³ Charakter zabezpieczający, czyli „*caractere strumentale*”, według słownika włosko-polskiego znaczy dosłownie „charakter instrumentalny”. Tłumaczenie to jednak, moim zdaniem, nie do końca pokrywa się z zakresem znaczenia tego wyrażenia używanego w języku włoskim w odniesieniu do funkcji, jaką pełni *tutela cautelare*, dlatego w swojej pracy zdecydowałam się na odejście od literalnego tłumaczenia tego wyrażenia i zastąpienie go zwrotem „charakter zabezpieczający”.

³⁴ P. Calamandrei, op. cit., s. 87.

³⁵ G. Pastori, *Sulla strumentalita' del processo cautelare amministrativo*, „*Foro amministrativo*” 1987, s. 3175.

nowelizacji procesu *cautelare* dokonanej przez ustawodawcę w ustawie 205/2000 r., środki *cautelare* zyskują coraz bardziej charakter poprzedzający uzyskanie satysfakcji prawnej, a nie tylko konserwujący stan faktyczny, do którego odnosi się zaskarżone orzeczenie, to jednak charakter zabezpieczający postanowienia *cautelare* w stosunku do orzeczenia ostatecznego pozostał niezmienny³⁶.

Postanowienie *cautelare* jest skierowane na czasowe zabezpieczenie interesu odwołującego się, pozwalając mu – w przypadku przychylenia się do jego żądania w orzeczeniu ostatecznym – na rzeczywiste wykonanie postanowień w nim zawartych. Środek ochrony przewidziany w postanowieniu *cautelare* nie może wykraczać poza zakres ochrony przewidzianej w orzeczeniu głównym. W przypadku, gdyby ochrona przewidziana w postanowieniu *cautelare* była zbyt wąska w stosunku do tej zawartej w orzeczeniu ostatecznym, mogłoby to wyrządzić szkodę w zakresie nie chronionym, natomiast w sytuacji odwrotnej, tj. przyznania większej ochrony w postanowieniu *cautelare*, doszłoby do naruszenia podstawowej zasady związanej z *tutela cautelare*, tj. zasady nie wywoływania skutków ponad orzeczenie ostateczne.

6. POSTĘPOWANIE CAUTELARE

6.1. WNIESIENIE ŻĄDANIA O UDZIELENIE TYMCZASOWEJ OCHRONY

Artykuł 36 Dekretu królewskiego 642/1907 r. przewiduje, że żądanie wstrzymania wykonania aktu administracyjnego, jeśli nie zostałyby wniesione wraz z odwołaniem, musi zostać złożone bezpośrednio do właściwego sądu, do którego zostało wcześniej złożone odwołanie, ogłoszone zainteresowanym w sprawie i administracji i złożone do depozytu w sekretariacie sądu. Administracja i zainteresowane strony mogą w ciągu dziesięciu dni od ogłoszenia wnieść odpowiedź do sekretariatu. Przewodniczący sądu może skrócić termin. O takich żądaniach sąd rozstrzyga na pierwszym posiedzeniu po upływie przewidzianego terminu³⁷.

³⁶ D. De Carolis, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo. Nel nuovo assetto della tutela dettato dall'art. 3 della l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano 2001, s. 112.

³⁷ Por. art. 36, Dekret królewski 642/1907.

Podobne uregulowania znalazły się w art. 3 ustawy 205/2000. Przesłanką skrócenia terminu 10 dni przez przewodniczącego sądu jest sytuacja takiej pilności, iż sprawa nie może czekać aż do czasu posiedzenia w pokoju narad. Przewodniczący orzeka wydając dekret z uzasadnieniem także wówczas, jeżeli strona przeciwna nie złożyła odpowiedzi na żądanie. Tak wydany dekret pozostaje ważny do momentu wydania postanowienia *cautelare* przez sąd w trybie zwykłym.

Takie same zasady postępowania obowiązują przed *Consiglio di Stato* w przypadku apelacji wniesionej od postanowienia *cautelare* wydanego przez *TAR* albo w przypadku, gdy strona, zaskarżając wyrok wydany przez sąd pierwszej instancji *TAR*, wniesie żądanie o przyznaniu tymczasowej ochrony³⁸.

Tutela cautelare można żądać zarówno przed sądem administracyjnym pierwszej instancji *TAR* jak i przed *Consiglio di Stato* – sądem odwoławczym, albo łącznie z wniesieniem skargi na akt lub czynność administracyjną, albo jako żądanie oddzielne już w trakcie trwania procesu. W obu przypadkach żądanie należy złożyć bezpośrednio do sekretariatu właściwego ze względu na sprawę główną sądu administracyjnego i powiadomić o jego wniesieniu administrację i strony zainteresowane w sprawie. Ustawa nie przewiduje żadnego terminu zawitego dla wniesienia żądania o udzieleniu *tutela cautelare*, po upływie którego czynność dokonana byłaby nieważna i prawnie bezskuteczna.

Art. 36 Dekretu królewskiego 642/1907 przewiduje, że administracja i strony zainteresowane w sprawie mają w ciągu 10 dni od dowiedzenia się o złożeniu żądania o udzieleniu *tutela cautelare* (także w przypadku skrócenia terminu w drodze umotywowanego dekretu wydanego przez przewodniczącego sądu administracyjnego *TAR* na żądanie odwołującego się) możliwość złożenia do sekretariatu właściwego sądu odpowiedzi na żądanie.

6.2. ORZEKANIE O UZNANIU ŻĄDANIA

Orzekanie o przyznaniu *tutela cautelare* ma miejsce na posiedzeniu odbywającym się po upływie terminu 10 dni, przewidzianym dla obrony stron. Dla ważności posiedzenia nie jest wymagane wcześniejsze przesłanie stronom zawiadomienia z sekretariatu, chociaż niektóre sekretariaty sądów administracyjnych *TAR* wysyłają zawiadomienia o terminie posiedzenia dotyczącego *tutela cautelare*.

³⁸ D. De Carolis, op. cit., s. 5.

Postępowanie rozstrzygające o udzieleniu tymczasowej ochrony w związku z wniesieniem odwołania od aktu lub decyzji administracyjnej odbywa się w pokoju narad³⁹. Do udziału w posiedzeniu są dopuszczone strony, które złożyły takie żądanie. Można to zrobić przy składaniu żądania o udzielenie *tutela cautelare* (odwołujący się) albo jako odpowiedź na wniesienie tego żądania (administracja, inne podmioty zainteresowane). Żądanie może zostać sformułowane na piśmie, w jakimkolwiek momencie do rozpoczęcia posiedzenia w pokoju narad.

Termin posiedzenia rozstrzygającego o żądaniu *cautelare* może być ustalony zgodnie z ogólnymi zasadami albo przez przewodniczącego, o ile strony na zgodny wniosek żądają skrócenia terminów zwykłych.

Zanim dojdzie do ogłoszenia orzeczenia *cautelare*, sędzia – zgodnie z charakterem ogólnym postępowania *cautelare* – może rozpocząć przeprowadzenie dodatkowych czynności badawczych faktów i dokumentów, jeżeli uzna je za niezbędne przy wydawaniu orzeczenia. Jeśli przeciwnie, dokumenty i fakty są już sędziemu znane (fakty powszechnie znane, czyli *notoria*), poznane w trakcie dyskusji pomiędzy stronami podczas posiedzenia *cautelare* i pozwalają na właściwe rozpoznanie przesłanek dla wydania orzeczenia, sędzia wydaje postanowienie na tym samym posiedzeniu⁴⁰.

6.3. POSTANOWIENIA CAUTELARE

Proces *cautelare* prowadzący do udzielenia tymczasowej ochrony sądowej kończy się wydaniem i ogłoszeniem postanowienia (zarówno w przypadku przyjęcia jak i odrzucenia żądania). O przyznaniu środka *cautelare* w stosunku do zaskarżonego aktu administracyjnego sąd orzeka w formie postanowienia. Tak jednak nie było w przeszłości: art. 2 ustawy 642/1948 r. wprowadził formę postanowienia w miejsce wyroku z uzasadnieniem, który był przewidziany w art. 39 ustawy 1054/1924 r. Poprzednia forma orzeczenia w rzeczywistości nie była stosowana przez sądy, które orzekały w formie postanowienia.

Pomimo, iż w ustawie jednoznacznie został zapisany obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych i doktryna powszechnie krytykowa-

³⁹ Do momentu wejścia w życie ustawy z 5.5.1948 r., nr 642, posiedzenia *cautelare* odbywały się tak jak rozprawy główne na rozprawie publicznej.

⁴⁰ Gwarancja przeprowadzenia dyskusji ustnej, o ile taka została zażądana przez strony, została wprowadzona w ustawie z 21.12.1950 r., nr 1018; zastąpiła ona poprzednią regulację z ustawy z 5.5.1948 r., nr 642, która uzależniała przeprowadzenie dyskusji od wcześniejszej zgody składu sędziowskiego orzekającego w sprawie.

ła⁴¹ praktykę sądową polegającą na braku rzeczywistego uzasadniania postanowień wydawanych w związku z żądaniem przyznania ochrony *cautelare*, zarówno wówczas, gdy były to postanowienia przyznające jak i wówczas, gdy były to postanowienia odrzucające żądanie, takie postępowanie nie należało i nie należy do odosobnionych przypadków. Chociaż przyjmuje się dowolność w sposobie uzasadniania, pozostaje ono bardzo często uzasadnieniem prowizorycznym, opartym na formułach- stereotypach, pozbawionym efektywności właściwej dla konieczności wytłumaczenia, dlatego akurat tak sędzia ustosunkował się do poszczególnych przesłanek. Wyrażenie najczęściej spotykane w takich uzasadnieniach jest następujące: „przyjmuję, że zostają (nie zostają) spełnione przesłanki, dlatego egzekucja postanowienia zostaje (nie zostaje) wstrzymana”. Zdaniem A. Valorzi⁴² jest to równoznaczne z brakiem jakiegokolwiek uzasadnienia. Tymczasem art. 21 ustawy TAR jednoznacznie wprowadza obowiązek uzasadnienia postanowienia *cautelare*. Także art. 111 ust. 2 Konstytucji włoskiej⁴³ wprowadza ogólny obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych, jako element konieczny ze względu na naturę sądową postanowienia.

Argumenty przemawiające za brakiem uzasadnienia postanowienia *cautelare* to konieczna szybkość samego postępowania *cautelare* i konieczność nie wyprzedzania orzeczenia składu sędziowskiego w tej sprawie (obawiano się, że uzasadnienie postanowienia *cautelare* mogłoby wywierać wpływ na ostateczny wyrok sądu), a także ogólność samego postępowania jak i orzeczenia. Jednak wydaje się, że takie argumenty wysunięte przez część doktryny dają się obalić.

Odnosnie argumentu nawiązującego do szybkości postępowania faktem jest, że posiedzenie *cautelare* musi zakończyć się w wyznaczonym terminie, ale jest jednocześnie faktem, że uzasadnienie może składać się z kilku linijek, byleby one były precyzyjne i konkretne.

W odniesieniu do pozostałych argumentów – zdaniem części doktryny – należy odwołać się do przesłanki *fumus boni iuris*, czyli nałożenia na sędziego *cautelare* obowiązku przeprowadzenia ogólnego badania na podstawie dotychczas przedstawionych faktów, badania dotyczącego prawdopodobieństwa uwzględnienia odwołania. Gdyby zaś analiza *fumus boni iuris* okazała się zbyt pobieżna, uzasadnienie można – zdaniem innych przedstawicieli doktryny – oprzeć o istnienie przesłanki *periculum in mora* i na się skoncentrować. Jest to o tyle istotne, że to

⁴¹ E. Follieri, op. cit., s. 18.

⁴² A. Valorzi, op. cit., s. 77.

⁴³ *Costituzione della Repubblica Italiana* 22 dicembre 1947, G.U. n. 298 del 27 dicembre 1947.

przecież istnienie albo przynajmniej zagrożenie szkodą znaczną i nieodwracalną, związaną z egzekucją czynności administracyjnej, uzasadnia przyjęcie postanowienia *cautelare*; choćby z tego względu należy zwrócić na nią większą uwagę w uzasadnieniu.

G. Saporito zwraca uwagę na inną funkcję uzasadnienia. Poza tym, że realizuje ono podstawową zasadę sprawiedliwości, przynosi także niewątpliwe korzyści praktyczne. Właściwe uzasadnienie może stać się istotną wskazówką dla strony prywatnej, jak i dla administracji, co do dalszego postępowania. Może przekonać stronę o braku zagrożenia szkodą i skłonić ją do wycofania powództwa, może także wpłynąć na administrację, na zmianę zajmowanego przez nią stanowiska. W obu przypadkach uzasadnienie tworzy środek właściwy poprzedzający rozwiązanie sporu. Obecność właściwej motywacji staje się konieczna dla pełnej skuteczności postanowienia. W tych orzeczeniach *cautelare*, które ograniczają wywoływanie skutków aktu, nakładają najczęściej jednocześnie na administrację obowiązek wcześniejszej aktywności. Oczekuje się, że to właśnie w uzasadnieniu postanowienia *cautelare* znajdują się wskazania co do dalszego zachowania się stron procesu⁴⁴.

Tendencja sądowa do nie uzasadniania postanowień wprowadza utrudnienia przy ewentualnym złożeniu odwołania od postanowienia *cautelare* wydanego w pierwszej instancji. W takim przypadku jest konieczna pełna opinia sądu administracyjnego TAR: przede wszystkim w tej części dotyczącej uzasadnienia przesłanek wpływających na przyjęcie postanowienia. Sędzia sądu II instancji rozpatrujący odwołanie będzie oceniał także argumenty przyjęte przez sędziego sądu pierwszej instancji⁴⁵.

6.4. MOMENT SKUTECZNOŚCI POSTANOWIENIA CAUTELARE

Wstrzymanie wykonania decyzji administracyjnej o zwolnieniu albo o przeniesieniu, bądź o udzieleniu koncesji nie korzysta z przymiotu wykonalności; mówi się w takich wypadkach w prawie włoskim o postanowieniach konstytucyjnych, których skuteczność jest realizowana *ipso iure*. Zaobserwowano⁴⁶ – odnosząc się do części orzecznictwa negującego możliwość przyznania suspensywności aktów administracyjnych poddanych już egzekucji – że egzekucja jest granicą suspen-

⁴⁴ G. Saporito, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli 1981, s. 87.

⁴⁵ A. Valorzi, op. cit., s.98.

⁴⁶ E. Cannada Bartoli, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, voce del *Novissimo Digesto*, vol. XVII, Torino 1970, s. 936.

sywności, a nie jej przedmiotem. Przedmiotem orzeczenia o suspensywności są skutki czynności administracyjnej, co więcej, uściślając te skutki, których badanie pozwala uznać, że spowodują dla odwołującego się szkody znaczne i nieodwracalne.

Należy zastanowić się nad momentem, od którego postanowienie *cautelare* jest skuteczne. Czy jest to chwila ogłoszenia przez sędziego po zakończeniu posiedzenia w pokoju narad, czy jest możliwe przyznanie skuteczności retroaktywnej postanowieniu?

Przyglądając się poglądom panującym w doktrynie i orzecznictwie zauważyć należy brak wspólnego stanowiska odnośnie problemu. Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie istnieją wypowiedzi w różny sposób argumentujących zasadność przyznania skuteczności retroaktywnej albo nie postanowieniu *cautelare*.

Pomimo braku jednolitego stanowiska w przedmiocie, zarówno doktryna jak i orzecznictwo pozostają zgodne, że nie można udzielić *tutela cautelare* wobec aktów lub czynności lub aktów administracyjnych już wykonanych. Dawniej orzecznictwo utrzymywało, że *tutela cautelare* nie może zostać przyznana także wówczas, gdy wykonanie zaskarżonej czynności rozpoczęło się. Wystarczyło, aby akt lub czynność wywołała tylko część ze swoich skutków, aby doszło do odrzucenia żądania o przyznanie tymczasowej ochrony w części nie wykonanej.

Biorąc pod uwagę wpływ wykonania na możliwość przyznania suspensywności, należy zauważyć, że zakończone wykonanie zaskarżonego aktu lub czynności administracyjnej sprawia, że środek *cautelare* staje się bezużyteczny. Istnieją jednak przypadki, w których w momencie wydawania postanowienia o suspensywności w postępowaniu *cautelare* brane są przez sędziego pod uwagę efekty szkodliwe już spowodowane przez zaskarżoną czynność administracyjną, nawet jeżeli nie doszło do pełnej egzekucji czynności, czyli do pełnego zaspokojenia interesu, ze względu na który dana czynność została dokonana⁴⁷. I w tych przypadkach powstaje największa wątpliwość co do tego, czy postanowienie *cautelare* przychylające się do żądania strony odwołującej się obowiązuje *ex tunc* czy też *ex nunc*.

Pozostaje faktem, że w orzecznictwie nie istnieje wspólna opinia odnośnie tego problemu. Istnieją także zalety braku precyzyjnego rozwiązania problemu: lepiej pozostawić sędziemu możliwość decydowania w każdym przypadku o przyznaniu lub nie skuteczności retroaktywnej postanowienia *cautelare*, w zależności od tego, co jest korzystniejsze dla zabezpieczenia interesów odwołującego się, po to, aby nie narażać go na powstanie dodatkowej szkody.

⁴⁷ E. Cannada Bartoli, op. cit., s. 937–938.

Natomiast stanowisko doktryny kształtuje się inaczej od opisanego stanowiska orzecznictwa. Kierunek o braku skuteczności *ex tunc* jest reprezentowany przez V. Gaspari Casari⁴⁸ i E. Cannada Bartoli⁴⁹. Argumentem za takim rozwiązaniem jest ciągły brak pewności prawnej, jaka istniałaby w przypadku, gdyby po kilku latach od wydania aktu administracyjnego i wywołaniu przez niego części skutków w drodze częściowej egzekucji, doszło do wydania postanowienia *cautelare* znoszącego wywołane skutki i to w sytuacji, gdy następnie wydane orzeczenie ostateczne potwierdziłoby zgodność z prawem zaskarżonego aktu administracyjnego.

Zdaniem G. Paleologo⁵⁰ i E. Follieri⁵¹ należy przyznać sędziemu prawo decydowania o ewentualnej skuteczności *ex tunc* postanowienia *cautelare*, w zależności od konkretnego przypadku.

Natomiast zdaniem G. Saporito⁵² należy przyjąć jeszcze inne rozwiązanie: podzielić wszystkie interesy prawne na poszczególne typy. To, czy postanowienie *cautelare* jest skuteczne *ex tunc* czy *ex nunc*, powinno zależeć od typu interesu występującego w sprawie, bardziej niż od konkretnego przypadku.

7. AKTY ADMINISTRACYJNE, W STOSUNKU DO KTÓRYCH PRZYŚLUGUJE TUTELA CAUTELARE

7.1. AKTY POZYTYWNE (*ATTI POSITIVI*)

Ochrona sądowa jest nie tylko prawidłowym zastosowaniem prawa w konkretnym przypadku, ale przede wszystkim instrumentem gwarantującym efektywną satysfakcję własnego żądania i pozwalającym skorzystać bezpośrednio z ważnej możliwości zachowania interesu materialnego strony w całej swojej integralności podczas trwania procesu. Dyskusja odnosząca się do suspensywności i interesów podmiotowych, które ta może chronić, jest ściśle związana z rodzajem aktów, w stosunku do których można przyznać *tutela cautelare*. Jak już zosta-

⁴⁸ V. Gaspari Casari, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, Modena 1982, s. 248.

⁴⁹ E. Cannada Bartoli, op. cit., s. 937.

⁵⁰ G. Paleologo, *Il giudizio cautelare amministrativo*, „Consiglio di Stato” 1991, nr II, s. 310.

⁵¹ E. Follieri, *Strumentalit  ed efficacia ex tunc della sospensione*, „Giurisprudenza italiana” 1985, nr III, s. 196.

⁵² G. Saporito, *Ottemperanza e ordinanza cautelari amministrative*, „Foro italiano” 1982, nr III, s. 231.

ło zaznaczone, interes prawny strony może zostać naruszony poprzez wydanie przez administrację aktu pozytywnego albo aktu negatywnego. Akty pozytywne (*atti positivi*) naruszają tzw. interesy prawne *oppositivi*; akty negatywne, co do zasady, naruszają interesy prawne *pretensivi*⁵³. Ta klasyfikacja wyróżniająca dwie różne kategorie interesów prawnych jest oparta w prawie włoskim na podziale interesów, które jednocześnie podlegają ochronie prawnej: interes prawny *oppositivo* zmierza do zachowania dobra, podczas gdy interes prawny *pretensivo* do jego nabycia. *Tutela cautelare* powinna skonstruować środek zdolny do zapewnienia tymczasowej ochrony dwóm kategoriom interesów prawnych; powinna przede wszystkim być właściwa do zastosowania zarówno w stosunku do aktów pozytywnych jak i negatywnych⁵⁴.

Użyteczność środka wstrzymania wykonania postanowienia w stosunku do aktów pozytywnych, wprowadzających w rzeczywistość prawną i faktyczną modyfikację w stanie istniejącym, jest mało kontrowersyjna: struktura i funkcjonowanie tradycyjne zawieszenia wykonania aktu pasują do tych aktów i ich efektów.

Przeciwnie: bardzo kontrowersyjnym okazało się zastosowanie środka suspensywności w stosunku do aktów negatywnych albo przynajmniej do aktów negatywnych określanych w prawie włoskim jako prawdziwe i właściwe. Aktów, za pomocą których administracja odmawia stworzenia nowych efektów prawnych w związku z żądaniem podmiotu prywatnego. W tych przypadkach wykładnia literalna przepisów o zawieszeniu, tradycyjne stosowanie instytucji, a także sposób funkcjonowania sądownictwa administracyjnego stworzyły liczne przeszkody w zastosowaniu zawieszenia. Pozycja sądownictwa i doktryny nie pozostała niezmienną; odnośnie problemu zostały przyjęte nowe, znaczące rozwiązania rozszerzające *tutela cautelare* na coraz większy krąg aktów, potwierdzone następnie ustawie 205/2000.

7.2. AKTY NEGATYWNE (*ATTI NEGATIVI*)

Obecnie, po wejściu w życie ustawy 205/2000 r., także interesy strony naruszone w wyniku wydania decyzji negatywnych znalazły ochronę na tym etapie procesu. Nawet wówczas, jeżeli będzie to ochrona różna, aniżeli w stosunku do decyzji pozytywnych, to jednak warta podkreślenia jest sama władza przyznana sędziemu *cautelare* do wpły-

⁵³ G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, s. 4.

⁵⁴ A. Valorzi, op. cit., s. 124.

wania na skutki materialne zaskarżonego aktu albo tylko na jego skutki prawne⁵⁵.

Definicja decyzji negatywnej w prawie włoskim, ta najczęściej przyjmowana, jest następująca: są to akty, za pomocą których administracja oznajmia, że nie chce wywoływać skutków nowych w rzeczywistości⁵⁶. Będą to np: nie udzielenie pozwolenia, nie przyznanie koncesji, itp.

Natomiast M. S. Giannini odnośnie aktów negatywnych zauważa, że są one zawsze przejawem sprawowanych funkcji. W nich zostaje przedstawiona wola administracji w tym sensie, że nie chce ona wywoływać skutków prawnych, jakie powstałyby gdyby została wydana decyzja pozytywna zgodnie z żądaniem podmiotu prywatnego⁵⁷.

Zdaniem części doktryny, w stosunku do tej części aktów nie można mówić o wstrzymaniu wykonania ich skutków, ponieważ w przypadku uzyskania żądanych zmian, strona w orzeczeniu *cautelare* uzyskałaby wcześniejszą satysfakcję.

W stosunku do aktów negatywnych nie można mówić o możliwości żądania wstrzymania wykonania aktu, bowiem sędzia nie może przyznać stronie żadnej korzyści w postanowieniu *cautelare*, orzeczeniu o trwałości ograniczonej w czasie, jako że tego rodzaju orzeczenia nie mogą wywoływać skutków pozytywnych zdolnych do zmienienia pozycji strony przed uzyskaniem rozstrzygnięcia ostatecznego.

Podejście odmienne jest prezentowane w stosunku do tych postanowień negatywnych, w stosunku do których orzecznictwo przyznało możliwość zastosowania *tutela cautelare*. Do tej drugiej kategorii zaliczane są akty negatywne takie jak: odmowa zwolnienia ze służby wojskowej, wykluczenie z udziału w przetargu, niedopuszczenie do egzaminu, nie odnowienie licencji, pozwolenia czy koncesji. W stosunku do tych aktów została przyznana ochrona, chociaż tylko o charakterze tymczasowym, ogólnym. Pozwala jednak uniknąć natychmiastowego poboru do służby wojskowej, dopuszcza warunkowo do udziału w przetargu, pozwala podmiotowi uzyskiwać korzyści z posiadanej licencji czy pozwolenia. Należy jednak podkreślić, że w tych przypadkach sędzia nie stosuje środków zmierzających do sparaliżowania skutków aktu negatywnego, ale są to postanowienia o treści nakazu, w tym sensie, że nakłada na administrację obowiązek *non facere* albo *pati* lub, jak w przypadku przetargu czy konkursu, obowiązek ich zorganizowania z dopuszczeniem do udziału wykluczonego podmiotu z możliwością, że nie wygra on przetargu albo wygra go i może okazać się, że został wyklu-

⁵⁵ E. Follieri, *La cautela tipica...*, s. 660.

⁵⁶ D. Carolis, op. cit., s. 77.

⁵⁷ M. S. Gianini, *Diritto Amministrativo*, t. 2, Milano 1993, s. 264.

czony w sposób bezprawny. W tym właśnie ma się przejawiać właściwa funkcja *tutela cautelare*.

Wracając jednak do aktów negatywnych prawdziwych i właściwych: doktryna opowiadała się za nie przyznawaniem im możliwości uzyskania suspensywności, argumentując swoje stanowisko jako niezdolność aktu negatywnego do wywoływania szkód destynatariuszowi, a także nie możliwością nakazu *facere* administracji w postępowaniu *cautelare*. Dlatego ustawodawca decydując się na przyznanie ochrony w stosunku do tych aktów, nie posłużył się środkiem typowym, tj. suspensywnością zaskarżonego aktu lub czynności administracyjnej. *Tutela cautelare* w stosunku do aktów negatywnych oznacza czasowe zastąpienie aktu administracyjnego aktem wydanym przez sędziego, z zachowaniem niezależności obu instytucji, poprzedzającym wprowadzenie skutków korzystniejszych dla odwołującego się. Należy teraz określić granice, w których sędzia może wydać taki akt. D. Carolis zauważa, że zadaniem sędziego jest sądenie, natomiast administracji - administrowanie i na tej podstawie wyodrębnia granicę; nie jest możliwe wydanie orzeczenia przez sędziego, gdy oznaczałoby ono wcześniejsze korzyści dla odwołującego się, kiedy zachodzi konieczność dokonywania, ponieważ „wybierać” oznacza administrować⁵⁸. W orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że żaden sędzia nie może wkraczać w uprawnienia dyskrecjonalne administracji publicznej, ponieważ nie została mu przyznana możliwość bezpośredniego wpływania albo rozstrzygania o sprawie, o której tylko administracja może rozstrzygnąć⁵⁹.

Z drugiej strony zastąpienie orzeczeniem wydanym przez sędziego jest dopuszczalne wtedy, gdy ochrona konkretnej sytuacji dla odwołującego się jest związana z istnieniem sporu, jednak bez ingerowania w dyskrecjonalną władzę administracji. Prowadzi to do zachowania zasady rozdzielności władzy. Sędzia w orzeczeniu wskazuje sposób postępowania administracji w konkretnej sprawie⁶⁰.

8. PRZYMUSOWE WYKONANIE POSTANOWIENIA CAUTELARE

Aby zabezpieczyć wykonanie postanowienia *cautelare* w procesie administracyjnym, została przewidziana możliwość zastosowania środ-

⁵⁸ D. De Carolis, op. cit., s. 78.

⁵⁹ Corte Costituzionale, 22 aprile 1991, n. 175, „Giurisprudenza costituzionale” 1999, s. 1449.

⁶⁰ D. De Carolis, op. cit., s. 86.

ków właściwych w postępowaniu stosowanym w przypadku orzeczeń prawomocnych. Takie rozwiązanie zostało przewidziane przez ustawodawcę w ustawie 205/2000 r.⁶¹ W przypadku, gdy administracja nie zastosowała przyznaných środków *cautelare* lub zrobiła to tylko częściowo, strona zainteresowana może zażądać od sądu *TAR* interwencji. Taka możliwość została przewidziana także w przypadku, gdy administracja podejmie czynności zmierzające do ominięcia wykonania orzeczenia.

Procedura postępowania przewidziana w takich wypadkach jest następująca: strona, zanim wnieśli skargę do sądu musi zwrócić się do administracji z żądaniem wykonania orzeczenia. Skarga do sądu może zostać wniesiona dopiero po upływie trzydziestu dni od zawiadomienia administracji. Termin zostanie skrócony w przypadku, gdy administracja zawiadomi zainteresowany podmiot, że nie zamierza wykonać postanowienia⁶².

Następnie strona swoje żądanie z uzasadnieniem powinna wnieść na piśmie do sekretariatu właściwego sądu i powiadomić o nim administrację i innych uczestników postępowania. Orzekanie o przyjęciu odpowiedniego środka odbywa się w pokoju narad. Zanim sędzia ostatecznie zdecyduje o środku może wyznaczyć administracji jeszcze raz termin do wykonania orzeczenia. Po upływie terminu, wszelkie akty administracyjne wydane w wykonaniu postanowienia *cautelare* uważane są za nieważne.

Tak wydane przez sędziego *TAR* orzeczenie podlega zaskarżeniu do *Consiglio di Stato* na zasadach ogólnych, a wydane w wyniku odwołania orzeczenie *Consiglio di Stato*- zaskarżeniu do Trybunału Kasacyjnego.

Przyznanie takiej władzy, jak pisze sąd w uzasadnieniu, jest możliwe przez odwołanie się do środków dostosowujących przyznawanych w postępowaniu w stosunku do orzeczeń prawomocnych: analogiczne kompetencje mogą zostać przyznane sędziemu sądu administracyjnego orzekającemu o *tutela cautelare*, zarówno przez identyczność funkcji, jak i przez podobieństwo podejmowanej aktywności, która musi okazać się w każdym przypadku skuteczna. Różnica zasadnicza dotycząca instytucji *cautelare* i postępowania w stosunku do prawomocnych orzeczeń dotyczy elementów procesowych⁶³.

Sędzia może orzec o zmianie wcześniej wydanego postanowienia *cautelare* zgodnie z zaistniałymi zmianami. W przypadku dalszego nie stosowania się administracji do tak wydanego postanowienia, możli-

⁶¹ Por. art. 21, 14' comma, legge *TAR*, introdotto dalla legge n. 205/2000.

⁶² Por. art. 90 Dekretu królewskiego 642/1907 r.

⁶³ E. Follieri, *Esecuzione delle ordinanze cautelari dei giudice amministrativo*, „*Foro amministrativo*” 1982, s. 629.

we jest zastosowanie każdego innego rodzaju środka przewidzianego dla uzyskania wykonania ze strony administracji: sąd może zwrócić się do administracji w formie nakazu, może wyznaczyć odpowiedniego urzędnika, tzw. *Commisario ad acta*, który zabezpieczy wykonanie postanowienia⁶⁴.

9. ZASKARŻALNOŚĆ POSTANOWIENIA CAUTELARE I POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM II INSTANCJI

Zanim ustawodawca zdecydował o uregulowaniu ustawowym, problem przyznania zaskarżalności postanowień *cautelare* został rozwiązany przez orzecznictwo. Ustawa *TAR* nic nie mówiła o możliwości zaskarżalności tych postanowień: brakowało jednoznacznego przepisu dopuszczającego albo wykluczającego możliwość wniesienia odwołania do *Consiglio di Stato* od orzeczenia *cautelare* wydanego przez sąd administracyjny *TAR* w pierwszej instancji.

Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato w orzeczeniu z 14.6.1977 r., opowiedziała się za dopuszczalnością odwołania, uznając dwuinstancyjność postępowania za zasadę fundamentalną dla wszelkiego rodzaju postępowań sądowych⁶⁵.

W kolejnym orzeczeniu nr 1/1978 *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* przyjęła niezależność żądania o przyznanie ochrony *cautelare*.

Co dotyczy procedury postępowania przed sądem drugiej instancji *Consiglio di Stato*, uregulowanie przyjęte przez ustawodawcę w art. 3 ustawy 205/2000 jest potwierdzeniem rozwiązań wprowadzonych w orzeczeniu nr 1/1978. Potwierdza zastosowanie tych samych zasad postępowania i form co przed sądem administracyjnym *TAR*. Dotyczy to zasad postępowania – procedury jak i form orzekania, czyli posługiwania się formą postanowienia z uzasadnieniem. Termin do zaskarżenia wynosi 60 dni od momentu ogłoszenia albo 120 dni od momentu powiadomienia o złożeniu w sekretariacie sądu postanowienia *cautelare*, które się zaskarża. Są to terminy przewidziane do wnoszenia zwykłych środków odwoławczych w prawie włoskim.

W ustawie 205/2000 została potwierdzona możliwość wznowienia postępowania, także po raz pierwszy prowadzona w orzeczeniu nr 1/1978.

⁶⁴ A. Travi, op. cit., s. 270.

⁶⁵ *C.d.S., Sez. IV, 14 giugno 1977*, n. 41, „*Foro italiano*” 1977, nr III, s. 545.

10. PODSUMOWANIE

Rozwiązanie, polegające na braku suspensywności wniesienia odwołania od decyzji administracyjnej do *TAR*, jest uważane za słuszne przez przedstawicieli doktryny włoskiej. Podkreślają oni zgodnie, że przyznanie suspensywności oznaczałoby przedłużanie niepewności prawnej i uniemożliwiałoby wykonywanie ostatecznych decyzji. Jednocześnie zauważają niebezpieczeństwo wykorzystywania przez stronę odwołania do przedłużania uchylania się od wykonania niekorzystnego dla nich aktu czy czynności administracyjnej, gdyby wraz z ich zaskarżeniem automatycznie zostało wstrzymane wykonanie. Mogłoby to doprowadzić do niewłaściwego stosowania środka zaskarżenia, gdyż stronie mogłoby bardziej zależeć na przeciąganiu postępowania niż na uzyskaniu ostatecznego orzeczenia dotyczącego jej praw. Należy jednak zauważyć też sytuację, kiedy istnieje duże prawdopodobieństwo, że zaskarżony akt został wydany z naruszeniem przepisów obowiązujących. W związku z brakiem suspensywności środka zaskarżenia podlegałby on wykonaniu, a strona poniosłaby z tego powodu nieodwracalną szkodę w swoim majątku, a następnie sąd po przeprowadzeniu postępowania uznałby zasadność zaskarżenia. Szkoła jednak by pozostała.

W związku z możliwością wystąpienia takiej sytuacji ustawodawca włoski zauważył konieczność stworzenia środka umożliwiającego ochronę interesów strony postępowania przed sądem administracyjnym, kiedy ta decyduje się na zaskarżenie aktu lub czynności administracyjnej. Taka możliwość nazywana jest *tutela cautelare*. Ma ona formę oddzielnego procesu, o znacznej autonomii w stosunku do postępowania kognicyjnego i egzekucyjnego. Środki przyznawane przez sędziego mogą być bardzo zróżnicowane – w zależności od potrzeb konkretnego przypadku będzie to nakazanie administracji określonego zachowania się, złożenia sumy pieniężnej do depozytu, czy ten najdłużej istniejący – wstrzymanie wykonania aktu administracyjnego. Tak ukształtowany system środków *cautelare* pozwala na zapewnienie pełnej ochrony interesów w każdej sytuacji, niezależnie od rodzaju zaskarżonego aktu czy czynności administracyjnej.