

Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE**

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/10

**L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

Presentata da: DOTT. BORIS VITIELLO

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof.

Giulio Illuminati

Relatore

Chiar.mo Prof.

Carlo Bottari

Esame finale anno 2014

Introduzione

Capitolo 1 – Alla ricerca della effettività della tutela innanzi al Giudice amministrativo

- 1.1. Dall'originaria sospensione del provvedimento gravato alle attuali misure atipiche
- 1.2. Il nuovo Codice del processo amministrativo
- 1.3. La lenta affermazione della tutela cautelare da parte del Giudice costituzionale
- 1.4. L'influenza del diritto comunitario

Capitolo 2 – La declinazione della effettività della tutela nei provvedimenti del giudice amministrativo

- 2.1. Il potere cautelare del Giudice amministrativo a difesa degli interessi legittimi...
- 2.2. ... e a difesa dei diritti soggettivi
- 2.3. Il processo cautelare tra accelerazione della tutela ed anticipazione del giudizio di merito: la difficile presenza del rapporto di strumentalità

Capitolo 3 - L'espansione degli effetti della tutela cautelare

- 3.1. L'effetto conformativo dell'attività amministrativa prodotto dalle decisioni cautelari
- 3.2. La tecnica del *remand*
- 3.3. Ancora sugli effetti dei provvedimenti cautelari

Capitolo 4 – L'esecuzione delle decisioni cautelari

- 4.1. Il rito dell'ottemperanza
- 4.2. Il c.d. "giudicato cautelare"
- 4.3. La revoca e la modifica delle misure cautelari
- 4.4. L'appello cautelare

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

L'approdo più recente dell'evoluzione della giustizia amministrativa è sicuramente il nuovo Codice emanato con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. L'effettività della tutela cautelare, intesa come tutela tempestiva, adeguata e piena, è stata la linea cardine di un percorso durato più di un secolo, condotto dalla giurisprudenza e dalla dottrina più autorevole.

La ricerca, di cui il contributo che segue costituisce un resoconto, è iniziata contestualmente all'entrata in vigore del nuovo testo normativo, e quindi è stata l'occasione, tra l'altro, per vederne le prime applicazioni giurisprudenziali.

In particolare la lettura del Codice, prescindendo da una mera ricognizione di tutto il suo lungo articolato, è stata fatta alla luce di una ponderazione, nell'attualità, non solo del principio di effettività, ma anche del principio di strumentalità che lega tradizionalmente la fase cautelare con la fase di merito, non solo nel processo amministrativo.

I risultati della ricerca manifestano, da un lato, una volontà del legislatore di confermare questo rapporto strumentale, per fronteggiare una deriva incontrollata verso una cautela dagli effetti alle volte irreversibili, quale verificatasi di fatto in larga parte dell'applicazione giurisprudenziale, ma dall'altro gli stessi risultati evidenziano che vi è una volontà di estendere la portata della tutela cautelare.

Non a caso alcuni autori parlano dei rischi legati ad una "cautelarizzazione" del processo amministrativo, in cui la fase cautelare, quasi con una forza centripeta, va ad assorbire tutto il processo, esaurendo nella stessa la risposta giudiziale predisposta e fornita dall'ordinamento. Certo, questa tendenza deriva innanzitutto dalla necessità di provvedere in tempi brevi ad una istanza, quale è quella cautelare, che richiede indubbiamente prontezza; tuttavia essa non può andare a detrimento, secondo la dottrina prevalente, della cognizione piena che solo la trattazione della fase di merito può dare.

Per sottolineare cosa sia diventata oggi la tutela cautelare, non si è potuto non considerare, nella pratica applicativa dei giudici, quali effetti conseguano alle misure cautelari. Al riguardo la ricerca ha analizzato l'effetto conformativo dell'attività amministrativa prodotto dalle pronunce del giudice amministrativo, effetto consolidatori anche nella fase cautelare.

I giudici, dal canto loro, pur consapevoli che la tutela cautelare non sia una risposta a cognizione piena, bensì solo sommaria, intendono comunque garantire una tutela tempestiva ed effettiva, anche per il tramite

di tecniche processuali particolari, come quella del *remand*, cui, all'interno della ricerca, viene dedicato ampio spazio.

La risposta degli organi giurisdizionali ha trovato spazio grazie all'atipicità che, pur con una lenta affermazione, ha finito per caratterizzare anche le misure cautelari nel processo amministrativo, sull'impostazione del giudizio civile. L'atipicità costituisce anzi la cartina di tornasole dell'effettività della tutela. È importante, di conseguenza, misurarne l'estensione, per verificare sino a che punto, partendo dal dato normativo, si possa spingere e si sia spinto sino ad oggi il giudice amministrativo.

È inevitabile che la linea giurisprudenziale fondata sull'atipicità della risposta, confermata e cristallizzata a livello legislativo dalla prima riforma del processo amministrativo intervenuta con la legge n. 205 del 2000, abbia intaccato il concetto di strumentalità della tutela cautelare e il rapporto tra processo e procedimento amministrativo.

Le misure cautelari, soprattutto quelle a contenuto positivo, hanno indotto quantomeno ad un ripensamento del loro carattere strumentale. È importante quindi vedere cosa sia accaduto, al riguardo, con l'avvento del Codice, che, all'art. 1 dal titolo "*Effettività*" afferma "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*".

La tutela cautelare è menzionata tra gli obiettivi primari del legislatore delegato. Infatti, la relazione di accompagnamento al Codice afferma che con la sua adozione si è voluto creare "*un'articolata ed armonica disciplina, per la prima volta completa, volta a garantire una posizione di equilibrio tra le parti, rafforzando dunque la garanzia del contraddittorio e, al contempo, salvaguardando le esigenze di tempestività della tutela cautelare*".

Nella sua ultima parte la ricerca si focalizza sul momento dell'esecuzione e quindi sul giudizio di ottemperanza, ed in particolare si è affrontato il concetto del c.d. "giudicato cautelare". Si è infatti voluto guardare alla dinamica globale degli effetti della tutela cautelare, per sondarne la portata in termini di risposta concreta dell'ordinamento, apprestata a difesa di chi chiede tutela nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione.

CAPITOLO 1

ALLA RICERCA DELLA EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1.1. Dall'originaria sospensione del provvedimento gravato alle attuali misure atipiche. – 1.2. Il nuovo Codice del processo amministrativo. – 1.3. La disciplina della tutela cautelare. – 1.4. Alcuni rilievi critici al Codice. – 1.5. La lenta affermazione della tutela cautelare da parte del giudice costituzionale. – 1.6. L'influenza del diritto comunitario.

1.1. Dall'originaria sospensione del provvedimento gravato alle misure atipiche

L'opera di codificazione intervenuta nel 2010 rivela, evidentemente, la necessità primaria di procedere ad una risistemazione della giustizia amministrativa, materia che percorre, a tappe alterne, tutto il secolo passato, e non solo. Per lungo tempo questa materia è stata collocata o, meglio, non si è mossa dall'alveo del diritto amministrativo sostanziale, con al centro l'atto amministrativo, e i suoi vizi. La giustizia amministrativa, in pratica, finiva con il comprendere tutte quelle forme di controllo dirette a mantenere nell'ambito della legittimità l'esercizio del potere amministrativo¹.

Parlare di frammentarietà, prima del nuovo Codice, non è affatto inappropriato laddove, come in questo caso, il quadro normativo di riferimento era costituito da una pluralità di fonti, da individuare in diversi interventi legislativi succedutisi negli anni, e quasi sempre dettati da sollecitazioni, se non da forti prese di posizioni della giurisprudenza. Tuttavia, in merito alla tutela cautelare, l'opera di definizione, da parte della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato ma anche dei giudici territoriali, di tale istituto a difesa del privato nei confronti della pubblica amministrazione, ha consentito di apprestare comunque,

¹ Si veda G. P. CIRILLO, *La transizione dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

prima del Codice, un sistema di garanzie che soddisfacesse i principi di pienezza e di adeguatezza².

Con l'istituzione della *IV Sezione* del Consiglio di Stato ad opera della legge 31 marzo 1889, n. 5992 si ha una primitiva tutela cautelare in sede giurisdizionale³, che trova nell'art. 36 del R.d. n. 642 del 1907, contenente il "*Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*", la disciplina dei suoi aspetti procedurali. Quest'ultimo rimane in vigore anche con il sopravvenire del R.d. n. 1054 del 1924, recante "*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*" ed in particolare del suo art. 39, e della l. n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, ed in particolare del suo art. 21. I provvedimenti legislativi appena menzionati vedono la loro recente abrogazione con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e cioè con il nuovo

² S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, 2001; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 119.

³ Infatti precedentemente, e cioè con la legge 20 marzo 1865, n. 2248 *Allegato E* sul contenzioso amministrativo (c.d. L.A.C.) la tutela del cittadino verso i pubblici poteri poteva essere ottenuta solo per via amministrativa e non giudiziale, ad eccezione dei c.d. "*diritti civili e politici*". Recita infatti l'art. 2 L.A.C.: "*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*". Completa il quadro normativo l'art. 3 L.A.C.: "*Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative.*" Ecco la ragione per cui da un sistema di "giurisdizione unica" si torna, per dare tutela agli interessi sacrificati dalla legge del 1865 emanata come recita il suo titolo "*per l'unificazione del Regno d'Italia*", al sistema della "doppia giurisdizione". Infatti la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. "legge Crispi") confluita nel Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con R.d. 2 giugno 1889, n. 6166, attribuiva nell'art. 24 alla neoistituita IV Sezione la funzione "*di decidere su ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*". Si trattava quindi della giurisdizione generale del giudice amministrativo per lesione di interessi legittimi. Per un quadro storico della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato si richiamano G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia. Biografie dal 1861 al 1948*, Milano, 2006; G. PALEOLOGO, *La prima Quarta Sezione*, da *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989.

Codice del processo amministrativo.

Nel primo sistema di giustizia amministrativa il presupposto delle “*gravi ragioni*” costituisce la condizione necessaria per la richiesta e il riconoscimento di una tutela cautelare da parte del cittadino nei confronti del potere pubblico. Questo tipo di tutela non consegue automaticamente alla proposizione del ricorso⁴ poiché necessita dell’istanza dell’interessato⁵. Ma non si tratta di una indefinita forma di tutela cautelare, in quanto per lungo tempo essa ha trovato espressione in una sola ed univoca misura: e cioè la sospensione da parte del giudice amministrativo dell’esecuzione dell’atto gravato dal ricorso presentato, la quale veniva intesa come una pura e semplice inibitoria del compimento delle attività esecutive, e conseguentemente come provvisoria eliminazione della complessiva efficacia dell’atto oggetto di impugnazione⁶.

La limitazione del potere cautelare del giudice amministrativo trova la sua giustificazione in plurime ragioni, che qui si riportano senza alcun intento esaustivo.

Innanzitutto non bisogna dimenticare che all’indomani dell’Unità d’Italia con la legge 20 marzo 1865, n. 2248 *Allegato E* sul contenzioso amministrativo il sistema prevedeva una valutazione da parte del giudice non dell’atto in sé, ma dei suoi effetti. Afferma precisamente, infatti, il comma 1 dell’art. 4 L.A.C.: “*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio.*” Prosegue lo stesso articolo al comma successivo: “*L’atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato*

⁴ È chiaro al riguardo l’art. 39 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054: “*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell’atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente.*” Per completezza, il successivo d. lgs. 5 maggio 1948, n. 642 sostituisce il “*decreto*” con la “*ordinanza*” e prevede la discussione in Camera di Consiglio anziché in pubblica udienza.

⁵ L’art. 36 del Regolamento 17 agosto 1907, n. 642 dispone: “*Le domande di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo, qualora non siano proposte nel ricorso, devono farsi mediante istanza diretta alla sezione giurisdizionale, a cui fu presentato il ricorso, notificata agli interessati ed all’amministrazione e depositata in segreteria.*”

⁶ Sul punto, A. DI CUIA, *La sospensione dell’esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/dicuia.htm; A. TRAVI, *Sospensione dell’atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 363 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 362 ss.; M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 2 ss., 88 ss.; E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989; Id., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 246 ss.

se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.” Completa il quadro l’art. 5 L.A.C.: *“In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto conformi alle leggi.”*

Questo originario sistema di tutela giudiziale nei confronti dei pubblici poteri, impostato su una rigida osservanza della separazione dei poteri, principio cardine dei moderni sistemi costituzionali, viene poi integrato, con la summenzionata istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, dal potere di annullamento dell’atto da parte del nuovo giudice amministrativo, rimanendo in capo al giudice ordinario un potere di disapplicazione sul caso concreto in quelle vertenze civilistiche in cui è parte una p.a. Successivamente con l’art. 39 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 si prevede una sospensione della *“esecuzione dell’atto”* per gravi ragioni su istanza del ricorrente.

In secondo luogo, va pure considerato, con un ragionamento che attiene ad aspetti sociali dell’evoluzione dell’ordinamento giuridico⁷, che *«... una disciplina cautelare avente ad oggetto la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato non è stata generalmente intesa come una tutela cautelare ineffettiva; non è chiaro se ciò trovi sufficiente spiegazione nella configurazione di un’amministrazione “minima” coerente con uno Stato di diritto che “poco dava, poco assoggettava a concessione ed autorizzazione”. Il ricorso si configurava per antonomasia in un petitum oppositivo e la cautela in una “sospensione dell’atto impugnato” secondo una linea di tutela che appare insufficiente con il sopravvento dello “Stato sociale”, ove l’amministrazione pubblica assume rilievo più per ciò che essa è chiamata a diverso titolo ad offrire agli amministrati che non piuttosto per ciò che può ad essi negare.»*

In sostanza, per capire l’evoluzione storica della materia non va dimenticata l’impostazione ideologica liberale e liberista che caratterizza non solo l’Unità d’Italia, ma più in generale il processo di unificazione che interessa il nostro Paese per tutta la seconda metà dell’Ottocento e per il primo decennio del Novecento. E, quindi, in un contesto storico di minimo intervento dello Stato nella regolazione delle attività private, nel quale quello che l’amministrazione pubblica poteva togliere era sentito più

⁷ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1166.

meritevole di tutela di ciò che l'amministrazione pubblica poteva dare⁸, il potere di annullamento degli atti riconosciuto alla IV Sezione del Consiglio di Stato, accompagnato dal potere cautelare di sospendere gli effetti, garantisce il massimo di effettività di tutela a quel tempo.

Volendo sempre analizzare ulteriori motivi per cui, a lungo, la sospensione è stata l'unica risposta del giudice amministrativo all'esigenza cautelare, non vanno tralasciati nella disamina il carattere accessorio ed ancora di più il *rapporto strumentale* che lega la misura in questione alla decisione giurisdizionale finale sul merito della vertenza.

Al riguardo, rispondendo ad una esigenza di effettività della difesa, da pretendere anche nei confronti dei pubblici poteri, la tutela cautelare è volta ad impedire che, nell'eventuale accadimento di una situazione materiale o giuridica di pericolo, la durata del giudizio si risolva in un pregiudizio del soggetto che ha richiesto la tutela giurisdizionale.

D'altronde è la dottrina più autorevole che ha spiegato precisamente a cosa e per cosa serva la "funzione cautelare" nell'ordinamento giuridico. Essa ricava la sua giustificazione generica dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti alla cui produzione è diretto il processo⁹ ed è posta al servizio dell'ulteriore attività giurisdizionale che dovrà ristabilire in modo definitivo l'osservanza del diritto, ed è quindi destinata più che a far giustizia, a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente la sua opera¹⁰.

Ancora più esplicitamente¹¹ «... affinché il provvedimento definitivo nasca con le maggiori garanzie di giustizia, esso deve essere preceduto da regolare e meditato svolgimento di tutta una serie di attività, al compimento delle quali è necessario un periodo spesso non breve di attesa; ma questa mora indispensabile al compimento dell'ordinario iter processuale rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo il quale pare destinato per amor di perfezione a giungere troppo tardi come la medicina lungamente elaborata per un ammalato già morto.»

Infine, non va dimenticato che la sospensione¹² ha fornito

⁸ A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2493.

⁹ V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, 272 ss.

¹⁰ P. CALAMANDREI, *Introduzione alla studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

¹¹ P. CALAMANDREI, *Introduzione*, op. cit., 175 ss.

¹² Per un'analisi dell'istituto della sospensiva si guardi a: F. BARTOLOMEI, *Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 403 ss.; E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908; S. CATTANEO, *Note intorno al concetto di sospensione degli atti amministrativi ad opera di autorità amministrativa, in particolare delle licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, 1962, II, 3 ss.; G. FALZONE,

un'adeguata risposta al dovere di protezione di quelle posizioni soggettive ritenute per molto tempo le uniche meritevoli di tutela, e cioè quelle corrispondenti ad interessi legittimi oppositivi, i quali, introdotti dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992, «... hanno condotto alla tradizionale costruzione del giudicato amministrativo come giudizio di impugnazione.»¹³

Infatti, l'ambito applicativo in cui la tutela cautelare ha esplicato in una prima fase la sua utilità è stato, appunto, il processo amministrativo di legittimità, avente ad oggetto la tutela di un interesse legittimo oppositivo, il cui contenuto trovasse soddisfazione nel mantenimento dello *status quo ante* all'emanazione del provvedimento amministrativo incidente su quella situazione giuridica¹⁴.

Affrontando ora l'analisi dei caratteri del provvedimento giudiziale di sospensione, e di come essi si siano evoluti, è opportuno partire da una considerazione della dottrina più autorevole, seppur risalente nel tempo, che vede l'area di intervento del provvedimento in questione assai più ristretta di quella del processo amministrativo¹⁵. Infatti, partendo dal dato letterale dell'art. 39 del T.U. n. 1054 del 1924 che parla di sospensione di un "*atto o provvedimento amministrativo*", dovrebbe escludersi che il meccanismo della sospensiva possa essere esteso alle ipotesi di processo senza provvedimento, e cioè volto all'accertamento dell'esistenza di situazioni giuridiche rientranti nella previsione delle materie di giurisdizione esclusiva (o di merito o sul silenzio). D'altronde, la configurazione originaria della tutela cautelare ben si confà al tipo di attività amministrativa di cui si chiede il controllo giurisdizionale: ossia l'adozione di atti.

Sempre seguendo il ragionamento di questa autorevole dottrina, la sospensione trova giustificazione nella difficile od impossibile riparazione delle conseguenze che il provvedimento stesso continuerebbe, altrimenti, a produrre nel frattempo. Se, invece, la sospensiva fosse ammessa anche per i giudizi di accertamento essa si tradurrebbe in un ordine rivolto all'amministrazione di tenere, per la durata del processo, un comportamento non meramente omissivo, con la conseguenza che lo strumento in questione

L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici, Milano, 1966; U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *D. disc. pubb.*, 1999, 372 ss.; O. ZAPPULLI, *Il provvedimento di sospensione dell'atto impugnato innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1943, II, 390.

¹³ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, p. 48.

¹⁴ M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 812 ss.

¹⁵ G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 32 ss.

diverrebbe fonte di attribuzione al giudice di poteri immotivati di urgenza.

Tale visione originaria, o meglio le conclusioni cui essa porta, sono state presto superate dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive. Rinviando ai prossimi capitoli, basti qui considerare che da tempo si è consapevoli che vi sono ipotesi di giudizi di accertamento in cui pur non discendendo la soddisfazione della pretesa dall'annullamento di un atto amministrativo, tuttavia potrebbe manifestarsi lo stesso l'esigenza di una tutela cautelare attraverso lo strumento della sospensione¹⁶.

Un dato certo è stato, per un lungo periodo, l'unicità di tale istituto quale risposta apprestata dall'ordinamento all'esigenza di una tutela cautelare nel processo amministrativo: ne era un presupposto, infatti, la tassatività dei rimedi cautelari o, *rectius*, del rimedio cautelare, che era solo quello previsto dall'art. 39 del T.U. n. 1054 del 1924 e poi dall'art. 21 legge TAR n. 1034/1971 (nella versione *ante* riforma del 2000). La c.d. "sospensiva" aveva un ruolo esclusivamente conservativo, in linea con il carattere demolitorio del processo amministrativo.

È chiaro che un sistema così apprestato può offrire margini di protezione pressoché minimi, che col tempo diventano sempre più insufficienti a garantire un'adeguata tutela, a fronte, in parallelo, di una crescente regolamentazione di ogni settore della vita pubblica, in particolare dell'economia¹⁷, che accompagna il sorgere di nuove esigenze¹⁸.

¹⁶ V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976, 337.

¹⁷ Nella seconda metà degli anni novanta, si avvia un percorso riformatore indirizzato alla semplificazione dell'apparato pubblico e alla devoluzione dei poteri verso gli enti locali, successivo alla precedente opera di privatizzazione di importanti settori pubblici nonché alla responsabilizzazione della dirigenza nell'azione amministrativa. In tale contesto, si passa da una "amministrazione di gestione" ad una "amministrazione di risultato", e ciò inevitabilmente, se comporta da un lato la riduzione dell'intervento pubblico in economia, dall'altro ne esce rafforzato il ruolo decisorio della p.a. che va esercitato rispettando i principi di legalità e di parità di trattamento, pena una discrezionalità amministrativa viziata. Si veda, in generale, per una valutazione della prima fase di riforme di quegli anni L. VANDELLI - G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999 e per un quadro d'insieme sino ai giorni nostri L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2008.

¹⁸ Si veda GAROFOLI - M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo. Provvedimenti d'urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex art. 186-bis e 186-ter c.p.c.*, Milano, 2002, 15, in cui si osserva che il radicale mutamento della conformazione stessa del processo amministrativo, delle sue ontologiche finalità e, quindi, della portata e degli effetti delle decisioni in quella sede adottabili, è eziologicamente riannodabile al progressivo cambiamento registratosi nei rapporti sostanziali tra amministrazione e privati: il deciso incremento delle occasioni di interferenza della pubblica amministrazione nei rapporti economici e sociali e la sempre più frequente assunzione da parte della stessa del ruolo di regolazione di attività proprie dei privati o di vera e propria erogazione di servizi e prestazioni tipiche del c.d. "Stato del benessere" hanno comportato il capovolgimento della prospettiva

In sostanza, il punto di partenza dell'evoluzione della tutela cautelare, che inizia con la decentralizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa legata all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, è uno strumentario cautelare «*povero, rigido, per nulla atipico in quanto strettamente funzionale ad una pronuncia di annullamento*»¹⁹.

Col tempo il processo amministrativo si arricchisce di una tutela cautelare potenziata, più adeguata alle nuove esigenze, con l'abbandono dell'unicità dello strumento di risposta, attraverso un'importante elaborazione giurisprudenziale, la cui opera viene trasfusa nella legge 21 luglio 2000, n. 205 di riforma del processo amministrativo, incidendo in maniera profonda sul contenuto dispositivo dell'art. 21 legge TAR. Per la prima volta si parla così nel nostro processo amministrativo di “*misure cautelari più idonee, secondo le circostanze, ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (...) durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso*” come da novella contenuta nel testo dell'art. 3 della summenzionata legge n. 205. La tutela cautelare, pertanto, a partire dal riformato art. 21, comma 8, non si risolve più in una misura tipica (quella della sospensione), ma si attua con una misura di contenuto atipico modellata sul caso concreto.

Dalla nuova disposizione, si possono dedurre due caratteri fondamentali della struttura della tutela cautelare e che in parte, analizzando l'istituto della sospensione, si possono già intuire, anche perché propri della fase cautelare di ogni giurisdizione: e cioè la *strumentalità*, rispetto al processo, in quanto volta a preservare l'effettività della decisione finale, e l'*atipicità*, rispetto alla tutela, che rende concreta la strumentalità in quanto consente l'adozione di misure ritagliate sulla situazione specifica e idonee, in relazione ad essa, a garantire l'effettività della tutela.

A sua volta, la strumentalità si declina nel carattere *interinale* della misura cautelare, che vale cioè per la durata del processo e fino alla conclusione di questo, con la sentenza che definisce il giudizio, ed in quello *anticipatorio*, in quanto la cautela serve a consentire l'effetto utile della sentenza anticipandone provvisoriamente gli effetti.

Anzi, dalla lettura della nuova formulazione dell'art. 21 legge TAR, ed in particolare del comma 8, la sussistenza della strumentalità e dell'atipicità conduce a ritenere che non trattasi di una semplice anticipatori

secondo la quale quel che l'amministrazione poteva togliere era sentito più meritevole di tutela giurisdizionale di quel che l'amministrazione poteva dare.

¹⁹ M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, in R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 336.

età, ma bensì di un'assicurazione strumentale che consente al provvedimento cautelare di avere contenuti strutturalmente diversi, anche se funzionalmente convergenti, rispetto a quelli che caratterizzano la sentenza finale di merito²⁰.

Inoltre, il testo parla di assicurazione interinale degli “*effetti della decisione sul ricorso*” e non del contenuto della decisione, con una implicita considerazione dell'interesse sostanziale, del bene della vita, perseguito con il ricorso e da tutelarsi interinalmente con le misure più idonee secondo le concrete circostanze.

Non si è più in presenza di una misura capace di cristallizzare gli effetti giuridici di un provvedimento, ma vi è la necessità di uno strumento capace di modificare la situazione, anticipandone gli effetti, in attesa della sentenza di merito. Procedendo su questa linea²¹, il privato può ottenere di più di quanto avrebbe ottenuto con l'immediato accoglimento del ricorso, che, va ricordato, comporta semplicemente l'annullamento dell'atto gravato.

Il carattere dell'atipicità della misura cautelare che, col tempo, contraddistingue anche il processo amministrativo, sull'impostazione del giudizio civile, costituisce certamente la cartina di tornasole dell'effettività della tutela. È importante, di conseguenza, misurare l'estensione di questa atipicità, per verificare sino a che punto, partendo dal dato normativo, si possa spingere e si sia spinto sino ad oggi il giudice amministrativo.

²⁰ Recita l'art. 21, comma 8, della legge TAR: “*Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. Nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili il giudice amministrativo può altresì disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare. La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale. L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta.*”

²¹ R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, 148, in cui si evidenzia che «questo aspetto della tutela cautelare nel processo amministrativo è stato tollerato, ma anche esplicitamente ammesso da parte della dottrina fin da prima della riforma del 2000». Anzi, sul punto, in A. ROMANO, *Tutela cautelare*, op. cit., 2499, l'A. attribuisce al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza.

Superata, dunque, innanzitutto dalla giurisprudenza e poi dalle disposizioni contenute nel nuovo art. 21, la semplice sospensiva, l'analisi va operata sulle novità della legge n. 205/2000, prima riforma del processo amministrativo, almeno per come lo si conosce oggi, improntato alla pienezza della tutela cautelare. Infatti la legge in questione conferma, razionalizza e stabilizza una serie di innovazioni introdotte in quegli anni, in parte in via legislativa, in parte in via giurisprudenziale, e apre prospettive di sviluppo del processo amministrativo «*nella direzione di un'effettività più piena e di una paritarietà delle tecniche di tutela impiegate dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario rispetto a situazioni giuridiche soggettive di identica consistenza e in particolare dei diritti soggettivi*»²².

Se la misura cautelare deve essere quella più idonea, secondo le circostanze, ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione di merito, è evidente che l'atipicità dovrà essere innanzitutto considerata sulla base del carattere interinale ed anticipatorio della tutela cautelare, nel senso che da un lato non potranno ottenersi in sede cautelare tipologie di effetti non conseguibili in sede di merito, ma dall'altro potranno essere conseguiti in sede cautelare tutti gli effetti conseguibili con la decisione di merito.

Da qui, dunque, l'estensione dei poteri del giudice amministrativo nei confronti dell'interesse fatto valere in causa²³. Estensione che arriva a forme di tutela cautelare atipica che vanno dall'ammissione con riserva a procedure concorsuali e di evidenza pubblica al c.d. *remand*, tecnica che comporta la sospensione del provvedimento gravato e il contestuale ordine all'amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri indicati dallo stesso giudice, fino ad avere interventi sostitutivi di quest'ultimo nei casi di diniego da parte della p.a. di un provvedimento invocato dal ricorrente o in caso di silenzio.

Come non leggere, poi, sempre in chiave estensiva, sotto il profilo dell'atipicità della tutela cautelare, altri apporti della legge n. 205, quali la previsione della reintegrazione in forma specifica²⁴, o l'ingiunzione di

²² M. CLARICH, *Introduzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, appendice al tomo IV, Milano, 2001.

²³ D'altronde è tutto il quadro della giustizia amministrativa ad essere cambiato con la riforma del 2000. Basta pensare ai nuovi confini della giurisdizione esclusiva (si parla di passaggio ad una vera e propria giurisdizione piena, attribuita per materia), all'estensione (concentrata presso il giudice amministrativo) della tutela risarcitoria (in sede sia di giurisdizione esclusiva che di giurisdizione di legittimità), o ancora alla previsione generalizzata della reintegrazione in forma specifica fra le modalità risarcitorie.

²⁴ La reintegrazione in forma specifica viene introdotta dall'art. 35 del D. Lgs. n. 80 /98, articolo poi riscritto dall'art. 7 della legge n. 205.

pagare una somma denaro. Su quest'ultima va sottolineato che, nell'ambito di un mutato quadro di riferimento delle posizioni soggettive tutelate che vede nel 1999 il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, trattasi di una misura cautelare²⁵ e non del provvedimento di cui all'art. 8 della stessa legge n. 205 che introduce nell'ambito del processo amministrativo il ricorso per decreto ingiuntivo e l'ordinanza anticipatoria di condanna per la tutela di diritti soggettivi di natura patrimoniale attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁶.

È chiaro che, come prima lo strumento della sospensiva rispondeva, in termini di effettività, adeguatamente alle esigenze di tutela, con una valorizzazione soprattutto, se non solo, degli interessi legittimi c.d. *oppositivi*, così in un momento successivo le misure atipiche costituiscono una risposta a domande nuove, derivanti dalla protezione di aspettative di vantaggio inibite dal provvedimento negativo adottato dalla pubblica amministrazione, e indicate come interessi legittimi c.d. *pretensivi*. Il punto verrà approfondito nel corso della trattazione.

Per il momento basta considerare che la giurisprudenza, già prima della riforma del 2000, aveva, pur se in maniera occasionale, ipotizzato

²⁵ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ord. 30 marzo 2000, n. 1 aveva peraltro anticipato questa novità legislativa della legge n. 205/2000 in quanto aveva riconosciuto una tutela cautelare per i crediti maturati in capo ai farmacisti convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, riconoscendo loro il diritto ad ottenere in via d'urgenza l'ingiunzione al pagamento di somme di denaro. Si veda R. GAROFOLI - M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo.*, op.cit. , 281 ss. Come pure si veda, D. DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo. Dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, in cui tra l'altro si sottolinea che la previsione accanto alla misura cautelare dell'ingiunzione di pagare una somma di denaro di un procedimento per decreto ingiuntivo come quello regolato dal codice di procedura civile e delle ordinanze anticipatorie di condanna ex artt. 186-bis e 186-ter c.p.c., riduce, almeno per i diritti patrimoniali, il limite di operatività della misura cautelare: «la scelta tra l'una e l'altra forma di tutela non può che essere influenzata dalla diversità dei presupposti rispettivamente richiesti per ottenere l'ordinanza ingiuntiva a natura cautelare, da un lato, e il decreto ingiuntivo o l'ordinanza anticipatoria di condanna dall'altro».

²⁶ Recitano i primi due commi dell'art. 8 della legge n. 205/2000: "1. Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile. Per l'ingiunzione è competente il presidente o un magistrato da lui delegato. L'opposizione si propone con ricorso. 2. Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetti diritti soggettivi di natura patrimoniale, il tribunale amministrativo regionale, su istanza di parte, dispone in via provvisoria, con ordinanza provvisoriamente esecutiva, la condanna al pagamento di somme di denaro quando, in ordine al credito azionato, ricorrono i presupposti di cui agli articoli 186-bis e 186-ter del codice di procedura civile."

interventi cautelari avverso provvedimenti di diniego²⁷, in particolare contro atti negativi *in senso improprio* che cioè producono effetti innovativi o modificativi della realtà e che non si sostanziano in un diniego puro e semplice²⁸. È inevitabile che questa linea giurisprudenziale fondata sull'atipicità della risposta, confermata e cristallizzata a livello legislativo dalla riforma del 2000 con la legge n. 205, abbia intaccato il concetto di strumentalità della tutela cautelare e il rapporto tra processo e procedimento amministrativo. È, insomma, del tutto giusto e puntuale affermare che le misure cautelari a contenuto positivo abbiano indotto «*quantomeno ad un ripensamento del carattere strumentale puro delle misure cautelari per gli effetti che tale misura cautelare può avere sulla successiva attività amministrativa della pubblica amministrazione*»²⁹.

Con l'avvento del Codice del processo amministrativo non si torna indietro: l'atipicità rimane un dato caratterizzante delle pronunce cautelari, ma si può dire che ne esce rafforzato il rapporto di strumentalità che lega e deve legare il momento cautelare (in quanto *fase* del processo) con la

²⁷ Sulla stessa linea è il giudice ordinario. Per riportare un esempio precedente alla riforma del 2000, e che si rifà ai pronunciamenti del giudice amministrativo più risalenti sull'argomento, tra cui, fra i più importanti, Cons. Stato, Ad. Plen., 1° giugno 1983, n. 14, si veda Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1995, n. 2149 che si afferma: *Il discrimine tra i poteri del giudice amministrativo in sede cautelare e quelli della pubblica amministrazione, per quanto, in particolare, riguarda interventi ordinatori su provvedimenti negativi, deve - ferme le limitazioni indicate innanzi e correlate alla particolare natura del provvedimento cautelare - essere ricercato in concreto caso per caso; ed, in linea con quanto statuito dal giudice amministrativo in sede cautelare, deve ritenersi che detto giudice - allorquando l'amministrazione, pur dovendo astenersi, in presenza di una misura cautelare, dal compiere determinate attività, viceversa la compia e produca una turbativa dell'immodificabile assetto degli interessi oggetto della misura stessa, che non può non essere repressa davanti allo stesso organo che ha pronunciato il provvedimento cautelare - possa emanare, nell'ambito del procedimento di esecuzione della precedente ordinanza di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, tutte le statuizioni strumentalmente necessarie per la concreta realizzazione degli effetti della pronuncia da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni (così, decisione 1 giugno 1983 n. 14 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) anche utilizzando, se del caso, strumenti diversi ed eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti formali dell'atto impugnato, compresa, fra detti strumenti, la possibilità di imporre all'amministrazione la tenuta di certi comportamenti considerati necessari per la realizzazione della tutela giurisdizionale e per assicurare gli effetti sostanziali della pronuncia cautelare a suo tempo emanata.*»

²⁸ Casi esemplificativi, che qui si riportano ma che verranno analizzati appresso, sono quelli riportati in Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 1982, n. 17, relativo alla sospensione in via cautelare il provvedimento di non ammissione agli esami di maturità, con conseguente possibile partecipazione alle prove d'esame con riserva, il cui superamento rimane però condizionato all'accoglimento del ricorso nel merito, ed in Cons. Stato, Ad. Plen., 1° giugno 1983, n. 14, relativo alla sospensione in via interinale del decreto di occupazione d'urgenza, con conseguente restituzione dei beni detenuti dalla p.a. *sine titulo*.

²⁹ R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 55.

sentenza di merito.

Infatti il Codice all'art. 55, riportando, al comma 1, l'esatta disposizione dell'abrogato art. 21, c. 8, legge TAR, e quindi imponendo sempre al ricorrente l'allegazione "*di subire un danno grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso*", al comma 4, sancisce: "*La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio*". Ed inoltre al comma 11: "*L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice*"³⁰.

Sul piano del contenuto del provvedimento interinale l'effettività della tutela passa, dunque, lo si ripete, dall'atipicità. Ma l'effettività passa anche dai tempi di risposta del giudice adito, e di conseguenza vanno considerate anche le forme diverse dall'ordinanza, e cioè il decreto presidenziale, già previsto dall'art. 21, c. 9, legge TAR come riformata nel 2000, ed oggi disciplinato dall'art. 56 del Codice, nonché le misure cautelari *anteriori* alla causa, novità introdotta dal Codice all'art. 61 e trasposta dal settore degli appalti pubblici e quindi oggi non limitata solo a questa materia.

In conclusione di questo paragrafo, e facendo da premessa a quello successivo, va sottolineato che con il Codice si arriva ad un'affermazione chiara ed esplicita della tanto ricercata effettività della difesa innanzi al giudice amministrativo, principio che i diversi autori e le spinte della giurisprudenza³¹ hanno, nel corso di un lungo tempo, ritagliato anche per l'esigenza derivante da un sentito bisogno di tutela cautelare nei confronti dell'agire pubblico, partendo dall'unica fonte normativa che essi avessero a disposizione, e cioè la Costituzione³². Se infatti oggi il Codice si apre con

³⁰ L'art. 21 legge TAR prevedeva al comma 12 genericamente che: "*L'ordinanza del tribunale amministrativo regionale di accoglimento della richiesta cautelare comporta priorità nella fissazione della data di trattazione del ricorso di merito*".

³¹ M. P. CHITI, *La tutela cautelare*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 187 ritiene la tutela cautelare tra le massime espressioni del diritto giurisprudenziale.

³² Oltre a rinviare al par. 1.3, si veda per una rassegna più dettagliata dei fondamenti costituzionali del processo amministrativo R. DE NICTOLIS, *I principi*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2009, come pure F. G. SCOCA, *Il contributo della*

l'art. 1 dal titolo "Effettività" che recita "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" negli anni passati sono stati gli artt. 24, 103, 111 e 113 della nostra Carta fondamentale a consentire l'affermazione sostanziale del principio in questione.

1.2. Il nuovo Codice del processo amministrativo

L'opera di codificazione, cui ci si è da tempo, almeno da un decennio, abituati, si inserisce chiaramente nell'intento del legislatore di semplificazione del quadro normativo, in tanti settori, soprattutto di rilievo economico³³. Si è infatti passati da interventi che comportano modifiche parziali del quadro giuridico, con novelle o leggi speciali, all'esigenza di una visione normativa unitaria semplificata³⁴.

Con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 c'è tuttavia di più, in quanto non si tratta di un mero intervento di semplificazione teso al coordinamento di norme preesistenti: il nostro sistema giuridico, finalmente, contempla un Codice del processo amministrativo, che si affianca ai quattro tradizionali

giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 420.

³³ Per un'analisi della codificazione come tecnica di normazione e di semplificazione normativa si veda G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Padova, 2007; R. VIRGILIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli, 2007; C. MEOLI, *La codificazione di settore. Modelli, casi e problemi*, Napoli, 2010; P. ZUDDAS, *I testi unici compilativi (di cui all'art. 17-bis della legge n. 400 del 1988) tra possibili "sconfinamenti" del Governo e auspicabili "recuperi" del ruolo delle Camere*, in P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Napoli, 2011; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno*, in P. CAPPELLINI e B. SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2012; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2013.

³⁴ «Il mondo della sicurezza è il mondo dei codici, in quanto il diritto si risolve nelle leggi dello Stato e le leggi dello Stato si chiudono nelle strutture fisse e durevoli dei codici che traducono, in ordinate sequenze di articoli, i valori correnti. E' comprensibile, quindi, cogliere il significato costituzionale dei codici, in quanto essi non si limitano a disciplinare semplici congegni tecnici più o meno perfetti e completi, ma fissano la filosofia del momento» in F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Vol. II, Milano, 1968, 1033., v. F. PETRICONE, *Recentissime dal Parlamento*, in *Giur.it.*, 1999, 171; V. F. PETRICONE, *Le leggi di semplificazione della riforma amministrativa*, in *Giur. it.*, n. 3, 2000, 673; A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti "proclamata"*, in *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'unione europea*, a cura di L. S. ROSSI, Milano, 2002, 241; A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla corte dei diritti dell'uomo*, Rimini, 2001, 36 ss.

Codici fondamentali, e che vuole essere, come riporta espressamente la sua relazione di accompagnamento, “*un’articolata ed armonica disciplina, per la prima volta completa, volta a garantire una posizione di equilibrio tra le parti, rafforzando dunque la garanzia del contraddittorio e, al contempo, salvaguardando le esigenze di tempestività della tutela cautelare*”. E come si può notare, la tutela cautelare è menzionata tra gli obiettivi primari del legislatore delegato.

La disciplina del processo amministrativo, pur se non stravolta, è comunque modificata ed innovata. Il testo che ne è uscito ha, da un lato, coordinato le norme preesistenti intervenute nel corso di un secolo intero, dando veste normativa ai principi elaborati dalla giurisprudenza di merito e dalla Corte costituzionale, definendo abrogazioni tacite e l’ambito di applicazione di norme residuali, ma dall’altro ha apportato diverse novità.

La dottrina si è già espressa sulla decisione del legislatore di adottare un codice per il processo amministrativo³⁵, formulando interessanti osservazioni, certamente condivisibili, ed innanzitutto ritenendo che si sia passati dalla “*giustizia amministrativa*” al “*diritto processuale amministrativo*”³⁶. Mentre, infatti, sinora i temi legati alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione venivano inquadrati secondo gli schemi del diritto amministrativo sostanziale, con l’emanazione del Codice vanno inquadrati secondo gli schemi della scienza del processo,

³⁵ In R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010, l’A. riporta che in molte occasioni la codificazione del processo amministrativo è sembrata imminente. Nel 1972 e nel 1974 il Governo aveva delegato il Consiglio di Stato alla formulazione di disegni di legge di riforma della procedura seguita davanti ai TAR e davanti al Consiglio di Stato e, dopo la nomina di una Commissione speciale, presieduta da Levi Sandri e con relatore Laschena, l’Adunanza generale del Consiglio di Stato approvò, il 23 novembre 1978, uno schema di disegno di legge unificato, composto da 110 articoli, che fu presentato dal Governo al Senato il 13 dicembre 1979. Successivamente, in occasione del dibattito sul rapporto Giannini sulla riforma della pubblica amministrazione, il 10 luglio 1980 il Senato aveva approvato un ordine del giorno con l’impegno ad approvare una riforma del processo amministrativo, ma tutti i progetti decaddero con il termine della legislatura nella primavera del 1983. Nella successiva legislatura molte furono le proposte di legge presentate alle Camere (in particolare, il d.d.l. n. 1353 Camera, esaminato unitamente alla proposta n. 1308 dell’on. Labriola), ma anche in questo caso il testo unificato approvato dalla Commissione della Camera non giunse all’approvazione per la fine anticipata della legislatura. Maggior fortuna sembrava dover avere la riproposizione dei progetti di riforma nella X legislatura e su una proposta di legge, approvata dalla Camera il 12 ottobre 1989, venne acquisito il parere dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato, reso con approfondite osservazioni in data 8 febbraio 1990, ma i lavori del Senato furono interrotti per la fine della legislatura. In seguito maturò la convinzione che i tentativi sempre andati a vuoto di una completa codificazione del processo amministrativo dovevano indurre a interventi di ambito più limitato, ancorché significativo, come poi avvenne con il d.lgs. n. 80 del 1998 e con la legge n. 205 del 2000.

³⁶ Si veda G. P. CIRILLO, *La transizione*, op. cit.

e in particolare del processo civile, che, oltre ad aver avuto una priorità storica, è stato l'oggetto privilegiato dell'elaborazione della teoria generale del processo.

Pure si fa notare che da Chiovenda in poi, quasi tutte le trattazioni sul processo civile utilizzano la formula "diritto processuale civile"; non così quelle riguardanti il processo penale, dove ancora sembra prevalere la formula "procedura penale". Va ricordato che l'incertezza sulla dignità scientifica degli studi sul processo, propria degli studiosi dei primi codici di procedura civile degli inizi del secolo scorso, si registra anche a proposito del processo amministrativo, laddove parimenti veniva usata la neutrale formula "procedura" come ad esempio nel r. d. 17 agosto 1907, n. 642 e del r. d. 17 agosto 1907, n. 644, già menzionati.

Da questa considerazione deriva che anche per il processo amministrativo vanno utilizzati i principi e gli schemi della scienza del processo e che la "*nuova scienza*" del diritto processuale amministrativo è chiamata a costruire la sua specificità, giustificata dal fatto che in questo processo è presente un potere pubblico, previsto dalla nostra Costituzione, al pari della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo che si genera quando esso viene esercitato³⁷. Questo travolge anche la visione tradizionale, secondo cui i rimedi giustiziali, quali il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e i ricorsi amministrativi in generale, contro l'azione illegittima della p.a. venivano attratti dal diritto amministrativo sostanziale, e più precisamente nello schema del procedimento amministrativo di secondo grado in funzione giustiziale.

Lo stesso legislatore lo impone, laddove, quanto al primo aspetto,

³⁷ In A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 119, l'A. traccia un resoconto storico della dottrina in ordine alla questione della codificazione delle norme di diritto amministrativo, stante la sua particolarità e specificità. Ricorda la posizione di V.E. Orlando, per il quale non sussiste una oggettiva impossibilità di codificare il diritto amministrativo, legato alla natura speciale di questo ed al carattere frammentario della legislazione, ma un ostacolo a tale opera, costituito dall'assenza di un'adeguata elaborazione, anche scientifica, dei principi fondamentali del diritto amministrativo. Santi Romano vedeva con favore l'ipotesi della codificazione, anche se limitata ad un "*complesso abbastanza ampio ed organico di principi relativamente fermi, costanti e generali*"; mentre G. Zanobini era favorevole a un "*codice limitato a contenere soltanto i principi generali del diritto amministrativo*", proprio perché essi "*non sono esposti alle continue modificazioni cui sono soggette le norme relative a particolari istituti*". Infine si richiama il pensiero di V. Bachelet, grazie al quale il tema della codificazione del diritto amministrativo si coniuga in modo sistematico con quello, più specifico, della giustizia amministrativa. Secondo Bachelet la codificazione dei "*profili processuali del diritto amministrativo*" serve, infatti, alla fine, a dare piena e compiuta attuazione al quadro costituzionale della giustizia amministrativa, o costituisce, comunque, un momento importante e significativo della costruzione del sistema costituzionale della giustizia amministrativa.

fissa la regola del rinvio esterno generalizzato al codice di procedura civile, nella consapevolezza che anche quest'ultimo è espressione di principi generali derivanti dalla scienza del processo (articolo 39, c 1, c.p.a.), e, quanto al secondo aspetto, con l'irreversibile attrazione nel processo del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (artt. 7, c. 8, 47, 112, comma 2, lett. *b*) e *d*), 128, c.p.a.).

La relazione di accompagnamento al Codice descrive le ragioni dell'adozione di un testo siffatto, riconducibili a due esigenze. La prima deriva dalla consapevolezza, di cui già qui nel corso della presente trattazione si è dato conto, di un quadro di riferimento fatto di norme processuali *“sinora sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro”* creando così *“una trama normativa stratificata e complessa in cui il processo di primo grado e quello di appello sono retti da fonti diverse, che operano rinvii reciproci, e da disposizioni inserite in testi normativi non processuali”*.

Al riguardo è sufficiente guardare alle diverse leggi che si sono succedute nel tempo, con la contestuale e differente attenzione riservata dal legislatore alla materia degli appalti pubblici, fondamentale per la sua incidenza nel mondo dell'economia; senza dimenticare, poi, l'opera della giurisprudenza che ha ridisegnato, come visto, prima della norma positiva, la tutela cautelare e la sua portata.

L'altra esigenza alla base dell'adozione del Codice è costituita, sempre secondo la relazione di accompagnamento, dal *“mutamento dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi”* in quanto le norme vigenti risultano *“legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio”* necessitando pertanto *“di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela”*.

Ciò non ha significato, certo, una definizione, all'interno del Codice, della posizione soggettiva di *“interesse legittimo”* che il nostro ordinamento, dunque, continua a non contemplare, ma ha comportato un riordino delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo e, appunto, per quanto qui interessa, una conferma, dall'art. 55 all'art. 62, dei caratteri della tutela cautelare, quali delineatisi sino ad oggi, e orientati all'effettività³⁸.

³⁸ Alle misure cautelari non sono dedicate solo la parte centrale del codice, ossia il titolo II del libro II, articoli da 55 a 62, ma anche altre disposizioni relative alle diverse fasi del processo: artt. 10 comma 2 e 11 comma 7 (sulla questione di giurisdizione e sul regolamento preventivo), 15

Il Codice del processo amministrativo è frutto della delega contenuta nella legge 18 giugno 2009, n. 69. Tale legge, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”, apporta novità di rilievo al codice di rito, come l’introduzione della mediazione quale condizione di procedibilità, per determinate materie, ai fini dell’esperimento dell’azione giudiziale, o la previsione della regola della *traslatio iudicii*, peraltro valevole anche per il processo amministrativo³⁹. Tuttavia, per altro verso, riportando anche delle note critiche, le disposizioni in questione vanno inquadrare nel ben noto contesto di crisi finanziaria internazionale, o per lo più del sistema economico occidentale, e possono essere quindi lette come il primo intervento – ne seguiranno tanti altri – del legislatore nazionale indirizzato a “piegare” il sistema della giustizia al servizio di un asserito sviluppo economico, che si reputa ostacolato da una giustizia “lumaca” ed inefficiente.

Lasciando ad altra sede questi argomenti di polemica (comunque per nulla infondati), è opportuno per completezza partire dal contenuto della delega di cui alla legge n. 69 ed in specifico dal suo art. 44, per il riassetto della disciplina del processo amministrativo⁴⁰. Nel comma 1 si delegava il

comma 2 e 5, 7, 8, 9, 10, 47 comma 2 (sulla competenza), 48 comma 2 (sulla trasposizione del ricorso straordinario), art. 21, 34 comma 1 lett. c) (ottemperanza cautelare), 31 comma 1 e 3. e 32 (silenzio), 43 comma 1 e 3 (motivi aggiunti, riunione dei ricorsi), 42 (ricorso incidentale e domanda riconvenzionale), 30 commi 3, 4, 5, 6 e 34 comma 1, lett. c), 34 commi 2 e 3 (risarcimento dei danni e disapplicazione incidenter tantum), 36 (pronunce interlocutorie), 37, 41 commi 1, 2, 3 (contraddittorio), 38 e 106 (rinvio interno che legittima l’applicazione del cautelare nella revocazione e nei riti speciali), 39 (rinvio esterno), 87 (procedimenti cautelari in camera di consiglio: oltre il procedimento cautelare, quello relativo all’esecuzione di ordinanze cautelari, al rito del silenzio, dell’accesso, dell’ottemperanza, dell’opposizione ai decreti che pronunziano estinzione o improcedibilità del giudizio), 98 (appello cautelare), 99 (sospensione davanti all’Adunanza Plenaria) 108 opposizione di terzo, 111 (cassazione), 112 (ottemperanza interpretativa), 112, 114 comma 3, 5, 7 (ottemperanza), 116 (accesso) 117 (silenzio), 119 comma 3 e 4 (rito abbreviato), 120 comma 8 (rito abbreviato speciale), 125 comma 1 e 2 (*periculum bilaterale*), 129 (processo elettorale).

³⁹ Sono da annoverare in generale: la riduzione dei riti a tre modelli, l’accelerazione dei tempi del processo, la progressiva introduzione dei mezzi telematici, la responsabilizzazione delle parti processuali. Per un quadro d’insieme si veda F. GENOVESE - C. I. RISOLO (a cura di), *La riforma del processo civile*, Milano, 2010.

⁴⁰ Per alcuni primi commenti sulla delega di cui all’art. 44 Legge 18 giugno 2009, n. 69 si riportano: P. QUINTO, *Il nuovo processo amministrativo: la doppia delega, i due articoli 44 e l’elogio della brevità*, in *www.giustamm.it*, 8/2009; C. CACCIAVILLANI, *Commento all’art. 44 della l. n. 69/2009 (Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo)*, in *www.giustamm.it*, 11/2009. Ed in particolare in rapporto alla tutela cautelare: N. PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge delega per la codificazione del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 12/2009.

Governo ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.

Nei commi successivi vengono indicati i principi e le direttive della delega conferita.

In primo luogo il Codice avrebbe dovuto assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato.

Sotto il profilo, poi, delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, col Codice si doveva provvedere al riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni, nonché dei casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente, come pure alla disciplina dei termini di decadenza o prescrizione e della tipologia dei provvedimenti del giudice, con la previsione di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Come già rilevato, l'art. 44 della legge delega riserva alla tutela cautelare un ruolo centrale nello schema del Codice, da leggere anche in termini di dinamica e di economia del processo amministrativo. Infatti al comma 1, lett. f) la delega prescrive di:

“riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella ante causam, nonché il procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che:

1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

2) in caso di istanza cautelare ante causam, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di

decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dalla istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale;

3) nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione di udienza non può essere revocata e l'udienza di merito è celebrata entro il termine di un anno.”

Venendo alla struttura del Codice⁴¹, emanato con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, esso consta di circa 350 articoli riuniti in 5 libri: il primo reca le disposizioni generali, il secondo disciplina il processo amministrativo di primo grado, il terzo ha per oggetto le impugnazioni, il quarto è dedicato ad ottemperanza e riti speciali, il quinto reca le norme finali⁴².

⁴¹ Ai fini della stesura dell'articolato del Codice, è stata istituita ed ha operato presso il Consiglio di Stato una Commissione speciale, composta da Giudici amministrativi, Giudici della Corte di Cassazione, Avvocati dello Stato ed esponenti delle università italiane e del libero foro. La bozza di testo è stata sottoposta all'esame del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, delle associazioni professionali degli avvocati, nonché delle associazioni di professionisti di diritto amministrativo e degli studiosi del processo amministrativo, che hanno formulato pareri e rilievi. Lo schema del Codice è stato approvato in Consiglio dei Ministri in via preliminare il 16 aprile 2010 e poi trasmesso al Parlamento per l'espressione del parere da parte delle competenti commissioni parlamentari. La Commissione Affari costituzionali del Senato e la Commissione Giustizia della Camera hanno reso il parere ciascuna il 16 giugno 2010. Il 24 giugno il Consiglio dei Ministri ha approvato il testo definitivo. Per una analisi dell'opera di codificazione si veda: P. DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui l'A. tra l'altro ritiene che il termine "codice" non sia da intendersi in senso tecnico, per lo meno quanto al significato storico, bensì come sinonimo di testo organico. Peraltro in R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010, l'A. formula un commento critico agli interventi correttivi del Governo, apportati al testo licenziato dalla Commissione tecnica, ritenendo che vi sia stata una «paura di rendere la tutela realmente effettiva» celata dalla dichiarata necessità di procedere ad una rielaborazione del testo «d'intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale».

⁴² Il Codice costituisce l'allegato 1 dell'art. 1 del d. lgs. n. 104/2010, che riporta anche l'allegato 2 con le norme di attuazione, l'allegato 3 con le norme transitorie, l'allegato 4 con le norme di coordinamento e le abrogazioni. L'art. 2 stabilisce la data di sua entrata in vigore: il 16 settembre 2010. Si vedano i primi interventi della dottrina sul nuovo Codice: R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010; G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 367 ss.; D. DE PRETIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2010, 11; C.E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e app.*, 2010, 9; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Corr. giur.*, 2010, 9; E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010; M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, in *Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, *Foro amm. Tar*, n. 5/2010; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12; A. TRAVI, *Prime considerazioni sul*

1.3. La disciplina della tutela cautelare

Per economia della presente ricerca, l'attenzione va riservata alla tutela cautelare, pur se si avrà modo nel corso della trattazione di rilevare le novità che interessano molti passaggi ed istituti del processo amministrativo. Si è già detto che il Codice conferma l'impostazione atipica delle misure cautelari come introdotta dalla legge n. 205 del 2000, ma dedica ad esse numerose disposizioni conferendo loro il rilievo e l'importanza che effettivamente ricoprono nel processo amministrativo⁴³.

Più in generale il Codice riordina sia la tradizionale fase di trattazione delle istanze cautelari in sede collegiale, secondo il rito camerale, sia la fase di trattazione in sede monocratica, nella duplice forma delle misure cautelari provvisorie concesse con decreto presidenziale e della tutela *ante causam* propriamente detta, mutuata dalla disciplina speciale sugli appalti pubblici.

Rispetto alle misure cautelari collegiali, di cui all'art. 55, i cambiamenti più rilevanti riguardano la necessaria presentazione dell'istanza di discussione del merito come condizione di procedibilità dell'azione cautelare. La previsione, poi, del termine, per la fissazione della camera di consiglio, di almeno venti giorni, anziché dieci come in precedenza, decorrenti dal perfezionamento dell'ultima notificazione ai destinatari, e comunque non prima di dieci giorni dal deposito del ricorso presso la segreteria del TAR, mira invece a consentire di predisporre adeguate difese, nel rispetto del contraddittorio tra le parti processuali. Allo

codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre, in *Urb. e app.*, 2010, 9.; A. STORTO, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 11; R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, op. cit., 2011; A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, vol. IV, Padova, 2011; M. SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011; M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Milano, 2013.

⁴³ Si vedano al riguardo: R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010; R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010; V. E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2010; M. ALLENA - F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal l.lgs. 104/2010*, in *Dir. amm. Proc. 2010*, 1165 ss.; S. RUSCICA, *Il processo cautelare amministrativo, tra contraddizioni e novità*, in *www.lexitalia.it*, 2/2011; A. CALDARERA, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, Torino, 2012; M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012.

stesso tempo, la previsione di depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio regola definitivamente in modo chiaro ed univoco un profilo procedurale prima rimesso alle prassi dei singoli tribunali, che evita di costringere parti e giudici a valutare scritti difensivi a ridosso dell'udienza o a chiedere un rinvio per il loro esame.

È confermata, inoltre, come già con la legge TAR, la possibilità per il collegio di prevedere una cauzione da parte dell'istante, se dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, con l'eccezione dei casi in cui la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

Se rimangono invariati i presupposti tradizionalmente richiesti per l'emissione del provvedimento cautelare collegiale, ovvero la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, rispetto alle misure cautelari monocratiche (art. 56) in cui è necessaria la sussistenza di una situazione di pregiudizio marcata da una "*estrema gravità ed urgenza*" si riscontrano importanti novità, come l'eventualità di un potenziale contraddittorio davanti al Presidente del TAR adito o al magistrato delegato investito della questione, da svolgersi, se ritenuto dallo stesso giudice necessario, fuori udienza e senza formalità, se le parti si rendono disponibili, avendo ricevuto la notifica dell'istanza cautelare monocratica.

La norma risponde così ad un'esigenza di garanzie delle regole del contraddittorio, nei limiti del possibile, anche in una fase di urgenza della situazione cui provvedere, e in modo da fornire una completezza di elementi all'organo giudicante in vista del rilascio del decreto cautelare. Ed anche in questo caso è prevista l'improcedibilità della domanda della misura cautelare provvisoria se non è presentata istanza di fissazione dell'udienza di merito e, come per le misure cautelari collegiali, è possibile che venga pretesa una cauzione a fronte dell'emissione del provvedimento.

Per quanto riguarda il contraddittorio, prima dell'emissione del decreto, il Presidente deve accertarsi che la notificazione del ricorso si sia perfezionata almeno nei confronti della parte pubblica e di uno dei controinteressati. Qualora l'esigenza cautelare non consenta questo accertamento, per cause non imputabili al ricorrente, il Presidente del tribunale adito può comunque provvedere. Altra novità è costituita dal vaglio preventivo della competenza territoriale e funzionale: il giudice provvede sulla domanda cautelare monocratica, come previsto per quella collegiale, solo se si ritiene competente, altrimenti pronuncia ordinanza in cui dichiara la propria incompetenza e il giudice innanzi a cui la parte ricorrente può riassumere il giudizio.

Rimane invariata la previsione della motivazione del decreto come pure la sua non impugnabilità, a fronte comunque di una sua possibile modifica o revoca, come pure della fissazione nello stesso provvedimento della data di discussione in sede camerale nonché della sopravvenuta perdita di efficacia se il collegio non procede con la sospensiva⁴⁴.

Meriterebbe certamente maggiore attenzione la tutela cautelare *ante causam*, anche se, per economia di questa ricerca, l'analisi non può che essere ricognitiva⁴⁵.

La principale novità, già evidenziata, consiste nell'estensione, ex art. 61, della disciplina riportata nell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006) per questa singola materia, a tutto il processo amministrativo, con qualche differenza nel senso di una regolamentazione più puntuale a garanzia della strumentalità della tutela cautelare accordata e delle parti diverse da quella ricorrente.

Nei casi di “*eccezionale gravità ed urgenza*”, quindi, tali da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il ricorrente può proporre istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa. Questo strumento consente, in pratica, di presentare una domanda di tutela cautelare prima della formulazione dei motivi di ricorso, che comunque devono essere sommariamente indicati nell'istanza rivolta al Presidente del TAR in modo da essere vagliati.

Il procedimento è analogo a quello relativo alla richiesta di misure cautelari monocratiche: anche in questo caso l'eventuale incompetenza del TAR adito è rilevabile d'ufficio, è possibile subordinare il decreto ad una cauzione, occorre accertare l'avvenuta notificazione e possono essere

⁴⁴ Per un'ampia disamina dell'affermazione della tutela monocratica si veda D. TARULLO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*, in www.giustamm.it, il quale evidenzia che «nonostante la chiarezza della littera legis, in singoli casi alcuni Tribunali amministrativi regionali si erano pronunciati ante causam ed inaudita altera parte. In particolare la Sezione III del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia si era resa protagonista di una giurisprudenza alquanto innovativa. Già nel 1997 tale Sezione aveva adottato un provvedimento cautelare a carattere preventivo ed in assenza di contraddittorio (ord. 14 novembre 1997, n. 758).» Più in generale un'analisi molto dettagliata della tutela cautelare monocratica ci viene offerta da M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo*, op. cit., 245-265.

⁴⁵ Per una ricostruzione puntuale dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, con plurimi richiami bibliografici, si guardi a R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 249-330. L'A., oltre a descrivere dettagliatamente la disciplina della materia nella sua evoluzione, affronta anche l'analisi dei presupposti per questo tipo di tutela.

sentite le parti.

Tuttavia, se la misura monocratica concessa ex art. 56 è efficace fino alla camera di consiglio deputata alla discussione dell'istanza cautelare ex art. 55, la misura concessa *ante causam* ex art. 61 anteriormente all'instaurazione della causa perde effetto se non viene notificato entro cinque giorni dalla sua emanazione e depositato al TAR adito nei successivi cinque con istanza di fissazione di udienza, e comunque, in ogni caso, perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa.

Il Codice conferma infine all'art. 60 la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, in sede di decisione cautelare e quindi in camera di consiglio, pur se con riserva comunque per le parti (e qui sta una novità) di chiedere termini per proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di giurisdizione o di competenza. Va pure menzionato un altro esito cui la domanda potrebbe essere destinata, ossia, secondo quanto prevede l'art. 55, c. 10, il c.d. "merito a breve" procedura in base alla quale il collegio giudicante, se ritiene che le esigenze siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente, fissa con ordinanza la data di discussione del ricorso, così da avere una sollecita definizione del giudizio nel merito con sentenza.

1.4. Alcuni rilievi critici al Codice

Fatto questo resoconto sommario delle disposizioni riportate *ad hoc* nel Codice per la disciplina della tutela cautelare, va ora affrontata l'analisi critica delle nuove norme, innanzitutto partendo dall'impostazione generale del Codice.

Al riguardo se si pone a mente, ad esempio, al Codice dei contratti pubblici, appena sopra menzionato, è facile notare, sotto il profilo della tecnica normativa, che il Codice del processo amministrativo non riporta, come fa invece il primo, i previgenti articoli di legge, abrogati e trasfusi ora nel nuovo testo: in questa ipotesi, l'art. 55 avrebbe dovuto indicare l'art. 21, c. 8, della legge TAR. Se poi si riflette, anche, alle diverse previsioni dal contenuto innovativo, si può affermare di essere di fronte ad un vero e proprio codice e non ad un testo unico, meramente ricognitivo della

normativa preesistente⁴⁶.

Sul punto in relazione alla tutela cautelare, se da un lato viene confermato⁴⁷ il contenuto dispositivo della vecchia legge TAR, come riformata dalla legge n. 205, si è già avuto modo di evidenziare che, dall'altro, le novità sono di non poco rilievo: si va da una maggiore attenzione al contraddittorio tra le parti (vedasi il termine di due giorni liberi per il deposito di memorie e documenti prima dell'udienza camerale o la previa verifica, da parte del Presidente del Tribunale adito, del perfezionamento della notifica alla controparte ai fini dell'emissione del decreto monocratico) alla valorizzazione del principio di adeguatezza della tutela (vedasi ancora una volta l'estensione delle misure cautelari *ante causam* ad ogni materia, e non solo agli appalti pubblici, così da garantire una pronta risposta giudiziale prima di presentare il ricorso e di iscriverne al ruolo del TAR adito la vertenza).

Vi è anche chi tra gli autori parla di «*tabula rasa*» operata dal Codice intendendo con questa locuzione che quest'ultimo non pare limitarsi a valutare l'impatto delle nuove norme, ma invece prende in considerazione anche l'impatto regolatorio di quelle esistenti, introducendo le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica nonché la semplificazione della terminologia⁴⁸.

⁴⁶ Si veda per una differenza N. GIMELLI, *Il valore normativo dei Testi Unici*, in www.forumcostituzionale.it, 2011: «In primo luogo, occorre considerare la diversità di ratio che presiede alla loro emissione: la quale, nel Testo unico e quella di unificare la materia, mentre nella disciplina codicistica e quella di completarla, regolando ogni aspetto ed introducendo quel qualcosa si ritiene che manchi. Di non minore rilievo è, poi, la circostanza che il Testo unico si avvantaggia di una normativa preesistente, sia pur frammentaria, mentre nel Codice, oltre a riunire le disposizioni già in vigore, si inserisce "qualcosa" che non c'è. Differentemente da queste, la legge organica e una legge che nasce con la presunzione di avere in se stessa tutto ciò che si rivela necessario per dettare una disciplina quanto più completa per la materia che intende regolamentare. Un secondo elemento di differenziazione è da cogliere in prospettiva temporale: in particolare, a somiglianza del Testo unico anche il Codice ha un preciso rapporto cronologico che lo vede successivo alle disposizioni che raccoglie e compone ad unita; la legge organica e, al contrario, contestuale alle disposizioni, in quanto costituisce una legge, nel senso proprio del termine, che si compone delle proposizioni necessarie per esprimere e realizzare la propria volontà normativa.»

⁴⁷ Secondo R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010, il Codice rappresenta la «l. n. 205/2000 dieci anni dopo» ossia si pone gli stessi obiettivi di codificazione legislativa della giurisprudenza che si formata sul tema de quo e dei dibattiti della dottrina che ha ricondotto a sistema ciò che la giurisprudenza aveva argomentato nelle proprie pronunce. Pertanto, sempre secondo l'Autore, come la l. n. 205/2000 ha avuto il pregevole compito di codificare uno *ius receptum*, lo stesso Codice è frutto di dieci anni di applicazioni giurisprudenziali e dibattiti dottrinali su quanto nel 2000 la l. n. 205 aveva disposto nel modificare l'allora vigente legge TAR.

⁴⁸ Così M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012. Si veda anche F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e*

Pertanto, se non si può non considerare l'intento del legislatore indirizzato ad un obiettivo di semplificazione normativa, non si può allo stesso tempo non evidenziare, e forse con maggiore convinzione, la sua volontà di chiarire alcuni passaggi della disciplina del processo amministrativo, così innovandola, e, prima ancora, di dotare il nostro ordinamento di un codice anche per questo tipo di processo, in cui rilevano interessi fondamentali per l'individuo, al pari di quelli fatti valere innanzi al giudice civile e al giudice penale.

Anzi, la ragione dell'importanza del processo amministrativo la si ritrova nella parte avversaria, e cioè nel potere pubblico, il cui esercizio pone il cittadino sicuramente su un piano non paritario⁴⁹.

pienezza della tutela giurisdizionale, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, a cura di F. FRENI, Milano, 2011, 20 e 28, ss, in cui l'A. si chiede se il nuovo Codice costituisca un punto di arrivo o di partenza per ulteriori elaborazioni pretorie e riporta il pensiero dei suoi ideatori che lo ritengono un punto di partenza per la giurisprudenza successiva. Sul punto P. DE LISE, *Verso il codice...*, op. cit. che definisce il codice testo appositamente disegnato "a maglie larghe" con una propensione a costituire una raccolta normativa che funga non tanto da punto di arrivo ma da punto di partenza per la giurisprudenza successiva, pur avendo esso cristallizzato le conquiste giurisprudenziali.

⁴⁹ Viene ben espresso cosa significhi l'adozione di un Codice del processo amministrativo in M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, op. cit. che vale la pena riportare letteralmente: «Sul Supplemento ordinario alla G. U. n. 148 del 7 luglio scorso è stato pubblicato il d. lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, che, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 44 l. n. 69 del 2009, ha approvato il Codice del processo amministrativo, offrendo così finalmente anche agli operatori e agli utenti della giustizia amministrativa un quadro normativo omogeneo e, per quanto possibile, chiaro e definito, in un'ottica di maggiore garanzia di effettività della tutela delle posizioni soggettive sottoposte alla giurisdizione amministrativa. Il Giudice amministrativo, anche, ma non soltanto, nella sua veste di Giudice dell'economia, ha un ruolo fondamentale nel sistema delle garanzie del nostro ordinamento e nella stessacompetitività del Paese. Una tutela effettiva richiede innanzi tutto la chiarezza e la certezza delle regole processuali, che non possono essere riservate alla comprensione di pochi esperti o, peggio, alla spesso variabile interpretazione di un quadro normativo estremamente complesso e incerto, quale è quello nel quale, allo stato, i giudici amministrativi si trovano ad operare e nel quale, se molti vuoti normativi sono stati pregevolmente colmati da una giurisprudenza moderna e attenta, le questioni aperte (addirittura sui termini e sui presupposti di legittimazione) restano inaccettabilmente numerose e ancora lontane da trovare univoche soluzioni. La codificazione risponde, pertanto, a indefettibili esigenze di unificazione, chiarificazione e coordinamento, che chiedevano e chiedono una risposta assolutamente immediata. Il nuovo Codice del processo amministrativo persegue e attua dunque in primo luogo questa essenziale ed irrinunciabile funzione, che la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, attraverso le diverse esperienze e professionalità dei suoi componenti, ha curato di svolgere nel massimo rispetto dei principi di better regulation e che i successivi passaggi governativi hanno nella stessa ottica perseguito nell'introduzione delle modifiche apportate allo Schema originariamente approvato dal predetto organo tecnico nella seduta dell'8 febbraio 2010. Dal 16 settembre 2010 (e dunque dalla riapertura dei termini processuali dopo il periodo di sospensione feriale, espressamente confermato dall'art. 54 dello stesso Codice), anche il giudizio amministrativo ha quindi un suo Codice, che, come sottolineato nella Relazione illustrativa al decreto, intende, a buon diritto, collocarsi a fianco dei quattro codici

La volontà, del legislatore e non solo, di dotare l'ordinamento, finalmente, di uno strumento come il Codice, ossia di un complesso di norme ordinato ed unico che disciplini e regoli il processo amministrativo, trova conferma in un dato: a partire dal 16 settembre 2010, data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, pochi sono stati gli interventi correttivi sul testo. Certo, il dato rilevato è anche espressione e conferma ulteriore dell'opera di codificazione eseguita nello specifico e consistita in una risistemazione della normativa già esistente; tuttavia, se si fa un raffronto di nuovo con il Codice dei contratti pubblici, pur considerando i rispettivi tempi di vigenza, la differenza è di non poco conto, dal momento che dall'entrata in vigore nel 2006 di quest'ultimo gli interventi modificativi sono stati plurimi, e non si contano oramai più.

I correttivi al Codice del processo amministrativo sono, in pratica, essenzialmente due, entrambi emanati in virtù della delega originaria dal Governo: il primo è il d. lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e costituisce una sorta di *restyling*, con cui vengono chiariti alcuni profili di incertezza contenuti nel testo originario e corretti errori di non particolare rilievo⁵⁰, mentre il secondo è contenuto nel d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 ed apporta modifiche più significative⁵¹. Esso ad esempio incide,

tradizionali del nostro ordinamento (civile, penale, di procedura civile e di procedura penale) ad ulteriore conferma della "piena dignità" del giudice amministrativo enunciata dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale. Sul piano sostanziale, il Codice consente poi di adattare il tradizionale processo amministrativo, incentrato sul modello impugnatorio, alla mutata realtà derivante dall'evoluzione normativa nazionale ed europea e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, pur nel rispetto delle necessarie differenze legate al diverso ruolo delle due giurisdizioni, hanno progressivamente riconosciuto al giudice amministrativo nuovi strumenti di tutela, analoghi a quelli di cui dispone il giudice ordinario (si pensi alla tutela cautelare ante causam, alla consulenza tecnica d'ufficio, alla prova per testi, o ancora all'azione risarcitoria o all'opposizione di terzo), la cui concreta attuazione non poteva tuttavia ancora una volta essere lasciata alla libera interpretazione e non può quindi prescindere da un quadro normativo chiaro e definito, quale il Codice indubabilmente offre. Secondo la tradizione delle norme sulla giustizia amministrativa (che nel nostro ordinamento vengono non di rado introdotte in occasione di leggi che regolano l'azione amministrativa nei più svariati settori), accanto alla disciplina strettamente processuale, il Codice affronta peraltro anche talune questioni sostanziali intimamente connesse, quali l'ambito della giurisdizione e i tipi e i termini di proposizione delle azioni, anche se con specifico riferimento a queste ultime l'intervento del Governo ha ridotto e modificato la portata delle innovazioni introdotte nello Schema originario approvato dalla Commissione.»

⁵⁰ Per una sintetica rassegna delle disposizioni contenute nel d. lgs. n. 195/2011, primo correttivo al Codice, si veda M. A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2012.

⁵¹ Come si legge nella Relazione al testo approvato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, mentre il primo intervento correttivo aveva come obiettivo principale quello di introdurre aggiustamenti minori, dovuti in molti casi a mere imperfezioni linguistiche nella formulazione delle disposizioni, con il secondo decreto, si è preso atto che l'esperienza applicativa

migliorandola, sulla nuova disciplina della competenza territoriale, che con il Codice è divenuta inderogabile anche per la fase cautelare, evitando il c.d. *forum shopping*⁵²; come pure introduce una sorta di sanzione, legandola alla decisione sulle spese di giudizio, per la parte che viola i requisiti di chiarezza e sinteticità degli atti, divenuti con l'art. 3 espressamente dei "principi". Merita inoltre rilievo la novella dell'art. 40 relativo al contenuto del ricorso, che deve ora indicare, a pena della comminatoria di inammissibilità, i "motivi specifici su cui si fonda" il ricorso medesimo.

Venendo ora ad un'analisi critica più specifica sulla tutela cautelare quale delineata dal Codice il discorso non può fermarsi di fronte all'evidenza, già più volte dichiarata, di una conferma dei suoi tratti, primo quello della atipicità, come delineatisi sino ad oggi, grazie alla giurisprudenza e poi alla legge n. 205/2000. Come già visto, l'evoluzione del sistema processuale amministrativo ha comportato la constatazione che non poteva più mancare la possibilità di accordare misure cautelari ritenute più opportune e adeguate per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, senza dover distinguere tra diritto soggettivo ed interessi legittimi, tra interessi legittimi di tipo oppositivo e di tipo pretensivo, e tra situazioni soggettive di derivazione comunitaria⁵³.

Ai fini della tutela cautelare, con il Codice si riscontrano due piani: uno formale e l'altro sostanziale. L'art. 1 proclama solennemente la garanzia da parte della giustizia amministrativa di una "tutela piena ed effettiva" e si è già detto quanto una risposta cautelare adeguata sia consona ad una siffatta giustizia amministrativa. Gli artt. 55 e seguenti disciplinano nella pratica concreta la fase cautelare nel processo. Dalla lettura complessiva di queste norme, si ricava da un lato che il Codice afferma un principio, quello della effettività della tutela, che la giurisprudenza ha

dei primi due anni di vita del Codice "ha dimostrato la bontà del lavoro svolto e l'adeguatezza delle disposizioni processuali introdotte a fornire risposte alle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini e delle imprese", contribuendo ad una sensibile riduzione dei tempi processuali e ad un rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale. Per una sintetica disamina delle disposizioni contenute nel d. lgs. n. 160/2012, secondo correttivo al Codice, si veda M. A. SANDULLI, *Il Codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in www.federalismi.it, n. 18/2012.

⁵² Il manifestarsi del fenomeno patologico denominato efficacemente "turismo cautelare" ha indotto il legislatore delegato ad introdurre in via generale la competenza territoriale inderogabile dei TAR e la rilevanza d'ufficio dell'eventuale incompetenza del giudice amministrativo adito. Si vedano C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 56 ss.; D. CORLETTI, *Il procedimento cautelare*, in www.giustamm.it; M. ANNONI, *Il riordino della tutela cautelare*, in www.giustamm.it.

⁵³ A. CALDARERA, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, op. cit., 2012, 79.

declinato, sempre più nel corso del tempo, in una pronta ed adeguata risposta cautelare, dall'altro, però, che è stata confermata una linea di tendenza del legislatore, che già si riscontra con la legge n. 205, a rafforzare il carattere strumentale della tutela cautelare.

Non a caso alcuni autori parlano dei rischi legati ad una “cautelarizzazione” del processo amministrativo⁵⁴, in cui la fase cautelare, quasi con una forza centripeta, va ad assorbire tutto il processo, esaurendo nella stessa la risposta giudiziale predisposta e fornita dall'ordinamento. Certo, questa tendenza deriva innanzitutto dalla necessità di provvedere in tempi brevi ad una istanza, quale è quella cautelare, che richiede indubbiamente prontezza⁵⁵; tuttavia essa non può andare a detrimento, secondo la dottrina prevalente, della cognizione piena che solo la trattazione della fase di merito può dare⁵⁶.

La caratteristica strutturale della tutela cautelare è infatti la provvisorietà, l'inidoneità a dettare una disciplina definitiva della vertenza, in quanto si tratta di un giudizio interinale, incidentale, emanato sulla base di una cognizione sommaria, di un giudizio di probabilità e verosimiglianza⁵⁷. Nel nostro ordinamento, a differenza di quello tedesco o francese⁵⁸, i provvedimenti cautelari nascono come istituzionalmente serventi un processo a cognizione piena, essendo la provvisorietà degli stessi alimentata dalla possibile emersione di ulteriori fatti probatori nonché di eventuali elementi nuovi utili alla valutazione definitiva dell'esistenza del diritto.

Già la legge di riforma n. 205/2000 viene letta come il tentativo di

⁵⁴ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012, 14.

⁵⁵ D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in M. ROSSI SANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 122: «La tutela cautelare è stata utilizzata per superare i tempi biblici di durata del processo di merito che, attraverso norme di rango costituzionale, si sta tentando di ricondurre ad una ragionevole durata».

⁵⁶ Secondo la dottrina processualcivile, le cui argomentazioni costituiscono i riferimenti di molti commentatori del processo amministrativo, la tutela cautelare, come in genere ogni forma di tutela sommaria, può risultare rischiosa, sotto il profilo della certezza del diritto, in quanto non fondata sulla cognizione piena, bensì sulla probabilità. Si vedano al riguardo le “limpide notazioni di Carnelutti”, in *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 353, riportate da A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* vol. XXIV, Roma, 1991,4; E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841 ss; G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, XXI ss; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, 333: «L'azione cautelare è condizionata...da un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso (fumus boni iuris)».

⁵⁷ M. ALLENA, *Il contenuto delle misure cautelari*, in F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, 20, ss.

⁵⁸ A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 588 ss.

porre un argine allo “*straripamento*” del processo cautelare, tentativo confermato anche ora dal Codice, cercando un più stretto rapporto tra cautela e merito.

Questo discorso non contrasta con l’evoluzione di fondo della tutela cautelare: l’atipicità della misura interinalmente concessa non comporta il venir meno della sua strumentalità, e viceversa, in quanto alla tutela atipica, secondo il legislatore, sia quello del 2000 che quello del 2010, si deve accompagnare una necessaria coerenza tra gli effetti della misura cautelare e gli effetti della sentenza di merito. A partire dalla legge n. 205 la misura cautelare da concedere è associata alla garanzia in via interinale degli “*effetti della decisione sul ricorso*”, con ciò da un lato valorizzando il carattere strumentale della tutela cautelare, ma, dall’altro, parallelamente, confermando la forma atipica della misura, così da assicurare una tutela provvisoriamente adeguata.

A questo riguardo si è fatto giustamente notare, ad esempio, che la previsione della possibilità di concedere una cauzione, introdotta nel 2000 e confermata nel Codice, serve proprio a controbilanciare i possibili effetti irreversibili derivanti dall’eventuale diniego della misura cautelare, e allontana del tutto l’impostazione che ritiene la funzione cautelare finalizzata solo alla conservazione della situazione giuridica preesistente: la tutela cautelare è strumentale non solo alla definizione del ricorso, ma anche, e soprattutto, alla soddisfazione degli interessi sottesi alla controversia⁵⁹.

L’accentuazione della strumentalità rispetto all’assicurazione degli effetti della decisione del merito, peraltro, costituisce un aspetto ulteriore dell’apertura della tipologia delle misure cautelari, che va di pari passo con la diversa articolazione della tipologia delle sentenze adottabili dal giudice amministrativo, con una maggiore estensione dei poteri di accertamento dei presupposti di fatto che stanno alla base dell’esercizio del potere amministrativo e con decisioni più aderenti al rapporto sottostante. Questo rende possibile non solo un’estensione delle misure cautelari, ma anche l’esercizio, nella fase cautelare, di poteri compatibili con quello che appare il tipo di decisione da adottare nel giudizio di merito⁶⁰. Da ciò ne è derivata con la riforma del 2010 una legittimazione del giudice amministrativo quale interlocutore della p.a. e di regolatore della funzione amministrativa.

⁵⁹ A. CALDARERA, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, op. cit., 2012, 81.

⁶⁰ M. CLARICH – M. ROSSI SANCHINI, *Introduzione*, in M. ROSSI STANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 14.

Come detto, il Codice cerca innanzitutto un più stretto rapporto tra cautela e merito; però fa di più⁶¹. Per un verso, la tutela cautelare pare limitata da altri interessi ritenuti meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento. Al riguardo ad essa si affianca, ai fini del loro bilanciamento, l'esigenza di garantire il contraddittorio tra le parti: a tale discorso sono da ricondurre, ad esempio, le disposizioni che indicano i termini per la fissazione dell'udienza camerale (art. 55, c. 5) o che impongono la verifica dell'avvenuta notifica al destinatario prima dell'emissione del decreto monocratico (art. 56, c. 2). Allo stesso modo va letta l'inderogabilità del regime della competenza territoriale e funzionale (art. 16) anche per le misure cautelari.

Per altro verso, sul piano della tutela apprestata, sia chiaro, con il Codice non si torna indietro. La centralità della fase cautelare nel processo amministrativo, oltre a trovare conferma, almeno sul piano formale, nel richiamo espresso nel Codice ai principi dell'effettività della tutela e del giusto procedimento, viene anzi consolidata, ad esempio, con l'estensione del raggio d'azione della tutela cautelare *ante causam* (art. 56), nonché con la rilevanza riconosciuta al comportamento del soggetto leso ai fini del risarcimento del danno (art. 30).

A questo punto, per completezza, è utile riportare alcuni primi commenti al Codice che ne mettono in luce i lati negativi e i lati positivi.

Secondo alcuni autori⁶² il legislatore delegato non ha dedicato particolare attenzione ad uno dei temi più importanti quali quello della “*funzionalità*” del processo amministrativo, nel senso che ancora oggi il problema della sua conclusione in tempi ragionevoli permane, ed anzi si continua a vedere ed utilizzare la fase cautelare come una decisione anticipata, in termini così deflattivi⁶³.

⁶¹ Si veda M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012, 16 in cui l'A. afferma: «*Scopo precipuo della l. 205/2000 è stato quello di porre un freno alla cosiddetta cautelarizzazione del processo amministrativo, ossia alla tendenza che ha reso la fase cautelare il fulcro del processo amministrativo. La sempre maggiore richiesta di tutela cautelare, utilizzata per superare i tempi eccessivamente lunghi del processo di merito, ha reso necessaria una puntuale riflessione nonché rivisitazione dell'istituto cautelare da parte del codice, attraverso l'introduzione di strumenti ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti. La finalità del legislatore del codice, come di quello della legge n. 205, è quella di porre un argine al successo della tutela cautelare, di cui l'attuale processo amministrativo è in parte vittima.*»

⁶² A. CALDARERA, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, op. cit., 2012, 151 ss.

⁶³ Non può passare inosservata la previsione, contenuta all'art. 1 dell'Allegato 3 “*Norme transitorie*” del d. lgs. n. 104/2010, indirizzata alla perenzione straordinaria dei ricorsi meno recenti: “*1. Nel termine di centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, le parti presentano una nuova istanza di fissazione di udienza, sottoscritta dalla parte che ha rilasciato la*

Altro aspetto criticato del Codice è l'aver mantenuto per il processo amministrativo il criterio della specialità, basato sulla posizione di una delle due parti in causa: ovviamente la pubblica amministrazione, che, nonostante tutto, rimane una parte non del tutto uguale alle altre. Eppure l'art. 2 parla espressamente di "*parità delle parti*", principio cui oggi si deve informare il processo amministrativo⁶⁴. Infatti l'amministrazione chiamata in giudizio dovrebbe essere considerata parte in causa e non portatrice di interessi da privilegiare⁶⁵. Nella realtà dei fatti così non è: basta considerare, in sede di tutela cautelare, la ponderazione, operata dal giudice adito in termini bilanciamento degli interessi, nel quadro della necessaria valutazione dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*⁶⁶.

Vi è chi⁶⁷ è giunto a sostenere che il nuovo Codice «*più che guardare al futuro, gettando le basi per lo sviluppo di una giurisprudenza in linea con l'evoluzione in atto del sistema pubblico (amministrazione e giustizia) e con le effettive aspirazioni di giustizia dei cittadini, sembra piuttosto che abbia voluto in realtà chiudere i conti con il passato, compiendo la consolidazione ed il salvataggio di un sistema che appariva ormai seriamente minacciato.*»

Altri⁶⁸ pur affermando che l'occasione per costruire un modello di

procura di cui all' articolo 24 del codice e dal suo difensore, relativamente ai ricorsi pendenti da oltre cinque anni e per i quali non è stata ancora fissata l'udienza di discussione. In difetto, il ricorso è dichiarato perento con decreto del presidente. 2. Se tuttavia, nel termine di centottanta giorni dalla comunicazione del decreto, il ricorrente deposita un atto, sottoscritto dalla parte personalmente e dal difensore e notificato alle altre parti, in cui dichiara di avere ancora interesse alla trattazione della causa, il presidente revoca il decreto disponendo la reinscrizione della causa sul ruolo di merito. 3. Se, nella pendenza del termine di cui al comma 1, è comunicato alle parti l'avviso di fissazione dell'udienza di discussione, il giudice provvede ai sensi dell' articolo 82, comma 2, del codice.»

⁶⁴ Si veda B. VITIELLO, *Il principio della parità delle parti*, in G. GARDINI - F. MASTRAGOSTINO - L. VANDELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Rimini, 2014, 34 ss.

⁶⁵ Si veda A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁶⁶ Per una valutazione dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ai fini del riconoscimento della tutela cautelare, in relazione alle diverse tipologie di misure previste (collegiale, monocratica ed *ante causam*) si veda R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 184-215 e 279-283.

⁶⁷ R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, V, 267; L. MARUOTTI, *Commento alle Disposizioni generali*, in G. LEONE - L. MARUOTTI - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato ed annotato con giurisprudenza*, Padova, 2010, 13 ss.; G.D. COMPORTI, *Il Codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in www.judicium.it, 2011, 7; E. M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 885 ss.

⁶⁸ Si veda R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010.

processo amministrativo all'avanguardia in Europa era unica e probabilmente è stata persa, ciò non significa che il Codice non serva a nulla, come pure alcuni hanno sostenuto. Il Codice ha, infatti, spezzato il predominio dell'azione di annullamento sull'intero processo amministrativo e tale effetto è stato ottenuto attraverso una riscrittura delle singole disposizioni processuali, ora non più ispirate al solo modello impugnatorio.

Già la giurisprudenza successiva alla sua adozione ha avuto modo di esprimersi sul punto, nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3, affrontando il tema di tutela risarcitoria, in cui si è dato conto di una evoluzione incontestabile, fatta proprio dal Codice. Secondo i giudici "il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, *da giudizio amministrativo sull'atto*, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, *a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto*, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva.

Come osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 500/1999, l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio.

L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia

nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.

Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.

In questo quadro normativo, sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato.”

Altri indubitabili aspetti positivi del nuovo Codice sono rappresentati dalla codificazione delle azioni⁶⁹ esperibili innanzi al g.a. e dalla possibilità di cumulo e conversione, con tutte le potenzialità della nuova azione di condanna atipica (art. 34, c. 1, lett. c), come pure dal tentativo di rispettare più fattivamente il principio del contraddittorio⁷⁰ o da alcuni strumenti di

⁶⁹ La dottrina ha lamentato, in relazione alle correzioni apportate dal Governo alla bozza licenziata dalla Commissione tecnica, l'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento. R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010 afferma: «la codificazione dell'azione di adempimento avrebbe rappresentato una forte spinta verso l'effettività della tutela del cittadino e avrebbe dato piena attuazione al criterio di delega, che richiedeva di prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.». Si veda anche M. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in www.giustizia-amministrativa.it. O ancora R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it, secondo cui «il sistema delle azioni, come è intuibile, costituisce il cuore stesso di questa operazione e le modifiche apportate dal Governo fanno pensare ad un colpo di coda della parte più tradizionalista dei giudici amministrativi contrari ad un'evoluzione troppo spinta del processo e timorosa che, attraverso l'azione di adempimento il g.a. possa assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva riservati alla p.a.»

⁷⁰ Il principio del contraddittorio trova espressione in diverse disposizioni, come ad esempio con l'introdotta facoltà di replica alle memorie, o con una maggiore attenzione alla fase cautelare. Una norma significativa che merita menzione a esclusiva è quella introdotta dall'art. 73, comma 3, che stabilisce che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il

accelerazione dei giudizi, come le sentenze in forma semplificata, idonei a perseguire la ragionevole durata del processo.

In conclusione, tuttavia, parlando in termini positivi, l'aver portato a compimento l'approvazione del Codice è un risultato di assoluto rilievo per chi ha ideato e creduto nella bontà dell'operazione, soprattutto tenuto conto dei plurimi fallimenti del passato. Ancor di più, si è affermato che con il nuovo codice la giustizia amministrativa diventa definitivamente giurisdizione amministrativa, si emancipa definitivamente dall'ipoteca di un'antica legislazione emanata in un'epoca in cui il giudice amministrativo non poteva nemmeno essere definito come giudice, ed acquisisce un suo vero e proprio statuto che la pone accanto a quella civile e penale⁷¹.

1.5. La lenta affermazione della tutela cautelare da parte del giudice costituzionale

Dalla semplice lettura di alcune, fondamentali, disposizioni della nostra Costituzione si comprendono le potenzialità in essa contenute in termini di domanda di giustizia nei confronti dell'agire del potere pubblico: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”* (art. 24, c. 1) e *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”* (art. 113, c. 1) come pure *“Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (art. 113, c. 2).

Si è pure avuto modo di evidenziare che il percorso di consolidamento della giustizia amministrativa è passato anche (e soprattutto) dall'affermazione di una tutela cautelare effettiva, grazie al contributo essenziale della giurisprudenza⁷² ed in particolare di quella costituzionale. Se infatti oggi il nuovo Codice si apre con l'art. 1 che recita *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva*

passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

⁷¹ R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010.

⁷² In M. P. CHITI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2007, 187, l'A. ritiene il tema cautelare tra le massime espressioni del diritto giurisprudenziale.

secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”, negli anni passati sono stati il giudice delle leggi e il giudice comunitario ad assicurare quella base di legittimità all’operato *avanguardista* del giudice amministrativo, ai fini di una risposta adeguata dell’ordinamento. Dal punto di vista del quadro normativo, si è dovuto attendere invece molto tempo, in quanto solo con la legge n. 205 del 2000 è stato possibile vedere affermato quello che può definirsi opportunamente “*jus receptum*”.

Per essere adeguata, la tutela cautelare deve rispettare i requisiti della tempestività e dell’atipicità: la sospensione dell’efficacia degli atti che si ritengono illegittimi, anche per il tramite dell’adozione delle misure ritenute più idonee ad impedire che gli stessi producano modificazioni definitive alla realtà fattuale, è in realtà l’unica vera *chance* di tutela, anzi forse trattasi di una aspettativa di tutela addirittura maggiore rispetto a quella conseguibile con la decisione di merito⁷³.

La crescente domanda di giustizia amministrativa nonché la trasformazione del processo e del ruolo del giudice amministrativo, sempre più coinvolto, grazie all’estensione della giurisdizione esclusiva, in importanti settori dell’economia⁷⁴, hanno comportato una mutazione della tutela cautelare.

La Corte costituzionale, come si diceva, ha contribuito a questa evoluzione, partendo dagli artt. 24 e 113 nonché 103 e 111 Cost.

Tra questi parte della dottrina⁷⁵ ritiene che l’art. 113 riporti il contenuto dispositivo più importante in tema di tutela contro i pubblici poteri, in quanto con esso la Costituzione ha inteso assicurare una tutela piena⁷⁶: nelle controversie con l’amministrazione devono essere esperibili tutte le azioni che sono a disposizione nelle vertenze tra privati. Nella pratica, se sul fronte della tutela cautelare si sono fatti enormi passi in avanti, ad esempio con la conquista dell’atipicità, pur permanendo, è bene sottolinearlo, differenze con il processo civile, sul piano dei poteri

⁷³ Così R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010, 2.

⁷⁴ Si veda G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, 667 ss.

⁷⁵ Si veda F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011.

⁷⁶ Sul concetto di pienezza della tutela si veda B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 19: «Perché la domanda di giustizia sia soddisfatta pienamente da un’adeguata offerta di giustizia, è necessario che sia sempre assicurato l’accesso a diversi sistemi di tutela, che si sviluppano all’interno e all’esterno dell’amministrazione o alternativi, con un approccio metodologico che tenga in debito conto i diversi interessi in gioco coinvolti, incluso l’impatto sulle dinamiche del mercato. L’obiettivo ultimo è quello di assicurare una tutela piena del cittadino di fronte al corretto svolgimento dell’attività amministrativa, unitamente al perseguimento dell’interesse pubblico attraverso l’esercizio del potere e, di conseguenza, il corretto funzionamento della pubblica amministrazione, la cui azione risulta influenzata dal sindacato giurisdizionale.»

giurisdizionali esercitabili nei confronti della pubblica amministrazione va ricordato che il giudice ordinario non può far altro che disapplicare atti amministrativi, mentre quello amministrativo può, in massima parte, soltanto annullarli.

Si riterrebbe, allo stesso modo, importante anche l'art. 111 Cost. oggetto nel 1999 di un intervento del legislatore costituzionale. I principi più rilevanti che devono caratterizzare il *giusto processo*, ora tra i principi del nuovo Codice all'art. 2, quali l'instaurazione del contraddittorio, la terzietà del giudice, la parità delle parti e l'obbligo di motivazione, non possono non riguardare anche il processo amministrativo. Tuttavia, è la stessa giurisprudenza che fatica sotto questo profilo ad allontanarsi da una visione che considera una parte, in quanto portatrice di un interesse pubblico, non del tutto pari all'altra⁷⁷.

Autorevole dottrina⁷⁸, invece, all'indomani della legge n. 205/2000, aveva giudicato questa riforma in assoluta armonia con i principi del giusto processo solennemente sanciti, poco tempo prima, nell'art. 111 Cost. Le richiamate trasformazioni strutturali che hanno reso il processo

⁷⁷ Sul tema della parità delle parti nel processo, oltre a rinviare alla nota 62, si consideri quanto dispone l'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 introdotto con la legge n. 15/2005: “*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*” La giurisprudenza ha di certo non limitato questa previsione che costituisce una sorta di esimente all'annullabilità dell'atto amministrativo, anzi ne ha forse colto il risvolto deflattivo del carico processuale, a tutto discapito chiaramente della parte ricorrente privata. Si veda Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271 in cui si afferma che la disposizione si applica non solo agli atti vincolati, come chiaramente si ricava dal primo periodo, ma anche, dal secondo periodo, a quelli discrezionali, con risvolti anche sull'obbligo di motivazione: “*Si tratta, è vero, di innovazione della quale la giurisprudenza non ha ancora adeguatamente approfondito la portata, ma dalla quale sarebbe arduo non far derivare un'attenuazione del divieto di motivazione postuma*”. O ancora, più recente, si veda Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257 in cui si sostiene che, pure all'indomani delle modifiche introdotte dalla legge n. 15/2005, a fronte dell'adozione di un provvedimento vincolato la comunicazione dell'avvio del relativo procedimento può essere legittimamente omessa ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, in quanto tale disposizione deve infatti essere interpretata nel senso di evitare che l'amministrazione sia onerata in giudizio di una “*prova diabolica*”, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l'onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta.

⁷⁸ F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 58.

amministrativo un giudizio sulla «*verità del rapporto controverso*» e cristallizzate nella legge summenzionata sono in linea con l'idea che il processo giusto sia quello che contrappone due parti in posizione di effettiva parità davanti ad un giudice terzo, nel rispetto del principio del contraddittorio. Allo stesso tempo le regole di accelerazione processuale introdotte sempre dalla riforma del 2000 sono espressione della garanzia per il cittadino di una giustizia rapida.

In questo breve resoconto della portata degli articoli che garantiscono copertura costituzionale ad una giustizia amministrativa effettiva, se l'art. 103 è rilevante ai fini della giurisdizione esclusiva del g.a., non vanno di certo trascurati il valore ed il significato dell'art. 24. Infatti non sarebbe reale diritto di azione quel diritto che non si accompagnasse a strumenti adeguati ad evitare, nel corso del giudizio, la dispersione del risultato utile che la parte si attende dall'accoglimento delle sue ragioni, se non addirittura un danno ulteriore⁷⁹.

È doveroso, per completezza del quadro storico dell'evoluzione della tutela cautelare, così come analizzata la legislazione intervenuta dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 al nuovo Codice del 2010, ripercorrere ora il piano giurisprudenziale, focalizzando l'attenzione sulle pronunce del giudice costituzionale e del giudice comunitario.

La novità di maggior rilievo nel panorama della giurisprudenza arriva nel 1974, con la sentenza della Corte costituzionale n. 284. Il quadro era ancora quello tracciato dalla legge del 1889, pur con le modifiche di tipo formale dei primi del novecento e l'istituzione dei TAR nel 1971.

Con questa sentenza la Consulta dichiara incostituzionale, per violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost., l'art. 13, ultimo comma, della legge n. 865/1971 in materia edilizia, nella parte in cui limitava la sospensione cautelare dei provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione, solo al caso di un grave ed evidente errore nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari.

Secondo i giudici, invece, la tutela cautelare in sostanza non può che essere piena in quanto il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo è elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale incentrato sull'annullamento degli atti della pubblica amministrazione e che esso è stato, in effetti, coerentemente disciplinato, e

⁷⁹ In tal senso si veda V. DE GIOIA, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2003, 691, ss.

quindi una esclusione del potere medesimo od una limitazione dell'area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo del vizio denunciato, contrasta con il principio di eguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost., qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento⁸⁰.

La tappa successiva è rappresentata dalla sentenza della Corte costituzionale 1° febbraio 1982, n. 8 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, ultimo comma, della legge 3 gennaio 1978, n. 1, per contrasto con l'art. 125 Cost., nella parte in cui esclude l'appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze dei tribunali amministrativi regionali pronunciate sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato nei giudizi concernenti opere pubbliche ed impianti industriali⁸¹.

⁸⁰ Stessa sorte è riservata all'art. 7 del d. l. n. 115/1974, sempre in tema di edilizia, di cui con sentenza n. 227/1975 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale in quanto escludeva la possibilità di sospendere gli atti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione per errore grave nell'individuazione del proprietario quando il procedimento sia stato disposto nei confronti dei proprietari risultanti dagli atti catastali.

⁸¹ È invece dichiarata infondata nella stessa sentenza la questione di costituzionalità dell'art. 5, c. 4, nella parte in cui limita a sei mesi l'efficacia dell'ordinanza con la quale il TAR sospende l'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato, sempre in materia di opere pubbliche e di impianti industriali, in riferimento agli art. 3, 24, 97, 103 e 113 Cost. Nella pronuncia sul punto si afferma che la legge n. 1 del 1978 ha voluto adottare una serie di misure intese ad accelerare le procedure ed i modi di attuazione delle opere pubbliche e di altre opere di pubblica utilità. Con il quarto comma dell'art. 5 il legislatore si è proposto anche il problema delle conseguenze connesse al prolungarsi degli effetti di una pronuncia positiva di sospensione quando tardi eccessivamente la decisione sul merito del gravame. A questo fine il legislatore ha adottato talune misure considerate idonee anche a sveltire i giudizi dinanzi ai giudici amministrativi di primo grado, quando venga chiesta la sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo impugnato. E perciò da un lato si è stabilito che l'istanza di sospensione non può essere trattata se non sia stata presentata la domanda di fissazione di udienza, evitando così che pronunce sulla sospensione possano essere emesse e produrre effetti per lungo tempo e senza collegamento con la possibilità di una sollecita discussione del merito (si può notare che è stessa soluzione adottata dal nuovo Codice all'art. 55, c. 4). Dall'altro, per accelerare il giudizio di merito, è stato fissato un termine, anche se meramente sollecitatorio, per la discussione del merito, per il caso che la domanda di sospensione sia stata accolta, e cioè quando possa risultare maggiormente compromesso il pubblico interesse.

In questo quadro si colloca anche la ulteriore misura consistente nella fissazione di un *dies ad quem*, decorso il quale la ordinanza che ha paralizzato la efficacia dell'atto impugnato perde essa stessa efficacia e l'atto impugnato può produrre i suoi normali effetti: si tratta di una disposizione la quale ha inteso evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse ed insieme maggiormente stimolare il giudice amministrativo di primo grado a risolvere rapidamente nel merito le controversie sottopostegli e, quindi, a consentire o negare in via definitiva la realizzazione dell'opera. D'altro canto il termine di sei mesi (che decorre dalla data della ordinanza che dispone la sospensione) appare congruo e ragionevole in relazione alla durata normale di un processo amministrativo, tenuto anche conto delle particolari ragioni di pubblico interesse che sono insite nelle materie che formano oggetto della disciplina di cui alla legge n. 1 del 1978. Se

Nella decisione in parola la Consulta, nel ribadire la propria costante giurisprudenza circa la non costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giudizio, precisa però che ciò non vale per la giurisdizione amministrativa, in virtù della previsione di cui all'art. 125 che *“esplicitamente stabilisce che i tribunali amministrativi da istituire (e poi istituiti con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ‘Istituzione dei tribunali amministrativi regionali’) sono giudici di primo grado, soggetti pertanto al giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato”*.

Il che trova spiegazione nei caratteri propri della giurisdizione amministrativa ordinaria, che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che si colloca al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa.

A questo punto la Corte non vede la ragione per cui al processo cautelare debba essere negato il “doppio grado” considerato *“il carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima compenetrazione sua con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela”*.

Ancor di più la Consulta, proseguendo, spiega che *“la pronuncia incidentale sulla domanda di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo impugnato, quale che ne sia il contenuto, è suscettibile di incidere in maniera decisiva sulle conseguenze delle pronunce di merito del giudice e, quindi, anche se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sugli interessi che entrano nel processo amministrativo, in modo particolare sul pubblico interesse”*.

In merito al “doppio grado” non bisogna dimenticare il precedente

così stanno le cose, la Corte non ravvisa ragioni di contrasto della norma in parola con la Carta costituzionale: non con l'art. 3 (punto sul quale la ordinanza non svolge alcuna considerazione), perché la materia delle opere pubbliche e di pubblica utilità ha sempre formato oggetto di attenzione particolare da parte del legislatore soprattutto al fine di accelerarne le procedure e, quindi, il soddisfacimento degli interessi pubblici ad essa connessi; non con gli artt. 24, 103 e 113 Cost. cioè con il diritto di difesa, che non viene soppresso né gravemente limitato (anzi con il riconoscimento della appellabilità delle ordinanze trova una maggiore espansione); non, infine, con l'art. 97 Cost., non potendosi ritenere che la limitazione temporale della efficacia delle ordinanze in questione comprometta il buon andamento della p.a., essendo, al contrario, rivolta a conseguire una più rapida soddisfazione degli interessi pubblici.

intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 20 gennaio 1978, n. 1 nella quale si affermano la natura decisoria dell'ordinanza cautelare emessa dal TAR e pertanto la sua appellabilità in Consiglio di Stato nello stesso termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 28, c. 2, legge n. 1034/1971 per la proposizione dell'appello della sentenza.

Ma è con la sentenza 28 giugno 1985, n. 190 che la Corte costituzionale assesta un deciso colpo alla monolitica tutela cautelare, almeno come conosciuta sino ad allora, tanto da poter parlare finalmente, in maniera propria, di "effettività". La pronuncia in questione, si dice tradizionalmente, ha comportato l'ingresso dell'art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo, aprendo la porta dell'atipicità. Ed in effetti così è stato, pur se limitatamente alla specifica materia del pubblico impiego, rientrando nella giurisdizione esclusiva del g.a. ed in relazione ai soli diritti soggettivi a contenuto patrimoniale⁸².

La Consulta, nel dichiarare illegittimo per contrasto con gli artt. 3, c. 1, e 113 Cost., l'art. 21, ultimo comma, legge TAR, in quanto, a differenza di quanto dispone l'art. 700 c.p.c., non prevede il potere del giudice amministrativo di adottare, appunto nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. Si possono notare facilmente nel testo parole e proposizioni che si ritrovano nelle disposizioni che, prima con la legge n. 205/2000 e poi oggi con il Codice, regolano e disciplinano la fase cautelare.

Da notare che la motivazione non si fonda sull'art. 24, c. 1, Cost., bensì sull'art. 3, c. 1, e 113. Infatti non è giustificata la differenza di trattamento tra dipendenti pubblici e privati esistente riguardo alla tutela in via cautelare e d'urgenza, non essendo attribuiti al giudice amministrativo poteri analoghi a quelli spettanti al giudice del lavoro, di guisa che viene a

⁸² Vi sono autori che reputano comunque limitato l'intervento della sentenza n. 190/1985, poiché ridotto appunto alla specifica materia del pubblico impiego per questione di diritti patrimoniali rientranti nella giurisdizione esclusiva del g.a. Si vedano in tal senso E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo; "effetto di reciprocità" e adozione da parte del giudice amministrativo del provvedimento ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 117, e G. PALMIERI, *Brevi osservazioni in tema di tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo*, in *Rass. Avv. Stato*, 1998, 144.

determinarsi a carico dei pubblici dipendenti una condizione d'inferiorità rispetto agli altri lavoratori subordinati, ai quali è consentito di conseguire in corso di causa un'ordinanza di pagamento, laddove l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo è limitato alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato. Come pure, afferma la sentenza medesima, è da rispettare il principio per il quale la durata del processo non deve giammai risolversi in un pregiudizio per l'attore.

Allo stesso tempo, nell'ottica della tutela cautelare come tutela atipica, a difesa cioè di ogni interesse anche pretensivo, e quindi nei confronti degli atti a contenuto negativo, va annoverata l'ordinanza 8 ottobre 1982, n. 17 con cui il Consiglio di Stato, con un richiamo alla pronuncia n. 8/1982 della Corte costituzionale, ha ritenuto possibile l'intervento cautelare del g.a. con provvedimenti differenti dalla tradizionale sospensione dell'esecuzione dell'atto gravato, e quindi misure cautelari che consentano di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione della controversia.

Con la sentenza 16 luglio 1996, n. 249, finalmente, la Consulta riconduce in maniera esplicita la tutela cautelare al principio di effettività⁸³. La Corte ritiene non fondata, in relazione agli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione, la questione di legittimità dell'art. 31-bis, c. 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. "*legge Merloni*"), a norma del quale, nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici, nei quali sia stata presentata domanda cautelare, i controinteressati e l'amministrazione resistente possono chiedere che la questione venga decisa nel merito, e in caso di presentazione di tale richiesta, viene fissata l'udienza per la discussione della causa, che deve avere luogo entro novanta o sessanta giorni, a seconda che l'istanza sia presentata fuori dall'udienza o in udienza.

Con una sentenza di rigetto di tipo interpretativo, secondo la Corte, la norma in questione va letta ed applicata non già nel senso che detta istanza sia preclusiva dell'esame della domanda cautelare, bensì nel senso che la stessa non faccia venir meno il potere - dovere di pronunciarsi sulla domanda di sospensione da parte del giudice il quale, quindi, può sempre sospendere il provvedimento impugnato in presenza dei presupposti di legge. I giudice chiosano: "*la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce*

⁸³ Si veda A. COSTANTINI, *Sospensiva e anticipazione nel merito nei giudizi in materia di lavori pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1997, 3, 253, nonché R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi a opere pubbliche*, in *Urb. e App.*, 1997, 1, 51.

espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 Cost.”

Le pronunce menzionate tratteggiano la linea giurisprudenziale con cui la Corte costituzionale ha condotto l'ordinamento sino alla legge n. 205/2000⁸⁴. Pur non riguardando in specifico il processo amministrativo, è utile riportare, per il suo contenuto, la sentenza 30 novembre 2007, n. 403 per comprendere quanto siano chiari il ruolo ed il valore affermati nel nostro ordinamento, oramai da tempo, circa l'evoluzione della tutela cautelare, nel quadro generale dei diritti di difesa.

Nello specifico la Consulta affronta il tema della proponibilità o meno di un'istanza di tipo cautelare prima del tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto come condizione di procedibilità. Richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza nonché a quella comunitaria, essa ritiene, la tutela cautelare, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa. E a simili enunciazioni non può non riconoscersi portata generale, ove si tenga conto dell'identità degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti in tutte le procedure rispetto alle quali è prescritto l'obbligatorio tentativo di conciliazione.

Esse risultano, d'altra parte, anche coerenti con l'affermazione secondo cui non contrasta con l'art. 24 Cost. la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto essa è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo. Detto interesse, a giudizio della Corte, svanisce in riferimento all'azione cautelare, proprio in considerazione delle particolari esigenze che si vogliono tutelare con i procedimenti cautelari, esigenze che richiedono una risposta immediata.

⁸⁴ Con l'ordinanza 10 maggio 2002, n. 179, e quindi dopo la riforma della legge n. 205, la Consulta, pur ribadendo la strumentalità dei provvedimenti cautelari all'effettività della tutela, respinge come manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 legge TAR, così come novellato dalla summenzionata legge, nella parte in cui esclude la tutela "*ante causam*" e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli art. 669 ss. c.p.c. davanti al giudice amministrativo, atteso che il completo sistema di tutela delineato dalla citata legge n. 205, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza, rilevante sul piano costituzionale, di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile.

Non può, infatti, ritenersi che il tentativo obbligatorio di conciliazione, se considerato condizione di procedibilità anche per l'azione cautelare, assicuri un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile mediante tale forma di protezione.

1.6. L'influenza del diritto comunitario

Se quello appena descritto è il quadro dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, non può non menzionarsi l'apporto, di pari importanza, se non maggiore, della Corte di Giustizia dell'Unione europea, apporto che oggi trova espresso riconoscimento nel nuovo Codice che all'art. 1 si richiama, sempre per declinare il carattere della effettività della giurisdizione amministrativa, ai principi del "*diritto europeo*", in correlazione con quelli costituzionali.

Sul piano del diritto sostanziale, già la legge n. 241/1990, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, enuncia all'art. 1 che l'attività amministrativa sia retta, tra gli altri, dai "*principi dell'ordinamento comunitario*", che la dottrina identifica innanzitutto nei principi di proporzionalità e di legittimo affidamento⁸⁵.

Come indica la sua relazione di accompagnamento, il Codice ha volutamente utilizzato il termine "diritto europeo" per indicare sia il diritto dell'Unione europea che quello della CEDU "*con ciò conferendo ulteriore crisma di legittimità a quella tendenza dell'ordinamento a strutturarsi come un sistema connotato dall'esistenza di una rete europea di garanzie costituzionali e processuali, da tribunali sovranazionali e nazionali, che interagiscono come giurisdizioni appartenenti a sistemi differenti ma tra loro collegati.*"

L'interpretazione, che si ricava appunto dalla lettura della relazione, e che ritiene il processo amministrativo retto anche dai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁶, conduce a ritenere questi

⁸⁵ Per un quadro generale della legge n. 15/2005, prima significativa riforma della legge sul procedimento amministrativo, si veda N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005.

⁸⁶ Sul punto, M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra fonti e giudici*, in *Quad. cost.*, 2008; P. DE LISE, *CEDU e giudice amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, XLVII;

ultimi direttamente applicabili in quanto “comunitarizzati” in virtù del Trattato di Lisbona del 2007, che prevede la modifica, tra le varie, dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea che ora dispone ai comma 2 e 3: “2. *L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati.* 3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali.*”

Il rilievo non è di poco conto se si considera che gli artt. 6 e 13 della CEDU⁸⁷ recano il titolo rispettivamente “*Diritto ad un equo processo*” e “*Diritto ad un ricorso effettivo*”.

Va dato conto sull’argomento di una mancanza di univocità di vedute da parte della dottrina e della giurisprudenza. Per quanto riguarda la posizione della giurisdizione amministrativa⁸⁸, si riporta che il Consiglio di

F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazione preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2010, 145 ss.

⁸⁷ Recita l’art. 6: “1. *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.* 2. *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.* 3. *In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.*” Recita l’art. 13: “*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali.*”

⁸⁸ Si vedano anche Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2007, n. 6124 e 4 aprile 2008, n. 303, nonché, per quanto riguarda le corti territoriali sentenza Tar Sardegna 31 gennaio 2008, n. 83, Tar Lombardia - Brescia 11 agosto 2007, n. 716 e soprattutto sentenza Tar Lazio, sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984. Inoltre, la sentenza Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241 afferma la

Stato nella sentenza 2 marzo 2010, n. 1220 ha avuto modo di affermare: “... la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’art. 24 Cost. e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)”.

D’altronde è la stessa relazione di accompagnamento ad affermare che i principi del diritto europeo derivanti dalla CEDU, in conseguenza del richiamo, divengono direttamente applicabili dal giudice interno, ove, specifica sempre la relazione, “non si renda necessario un controllo di costituzionalità sulla norma interna incompatibile con la norma europea (Corte Cost. n. 348 e n. 349 del 2007)”. Va infatti ricordato che l’art. 117, c. 1, Cost parla di “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

La Consulta con le sentenze richiamate nella suddetta relazione ha respinto la tesi della disapplicazione della norma interna contrastante con quella convenzionale da parte del giudice nazionale, riconoscendole il ruolo di fonte atipica interposta da valutare alla stregua del parametro introdotto dall’art. 117, c. 1, Cost. Questo indirizzo trova conferma nella sentenze, tutte del 2009, nn. 239, 311 e 317.

In specifico, secondo la Corte, al giudice nazionale spetta il compito di applicare le norme della CEDU, nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica.

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune (sempre secondo la Consulta), il quale non può procedere all’applicazione della norma della CEDU, allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto, in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma

primazia del diritto comunitario e il dovere di disapplicazione di qualsiasi norma interna incompatibile con la normativa comunitaria vincolando in tal senso il giudice nazionale, mentre è di senso opposto la sentenza Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3760.

interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, c. 1, Cost., ovvero anche dell'art. 10, c.1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, c. 1, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Alcuni autori condividono tale impostazione della Consulta⁸⁹. Anche dopo il Trattato di Lisbona del 2007 la Corte ritiene che sia precluso al giudice nazionale di applicare direttamente la Convenzione europea alla quale l'Unione europea aderisce rispetto alla norma interna che si ritiene non compatibile. In particolare questa tesi troverebbe conferma dal raffronto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) che pure il Trattato di Lisbona prevede abbia *“lo stesso valore giuridico dei trattati”* come espressamente indicato dal nuovo art. 6, c. 1, del Trattato sull'Unione europea cui seguono i commi 2 e 3 già visti sulle norme CEDU, che parla dei diritti fondamentali in essa affermati come facenti parte del *“diritto dell'Unione in quanto principi generali”*.

Questa differenza farebbe assumere alla CEDU un diverso valore giuridico rispetto alla Carta di Nizza. Quest'ultima è divenuta diritto comunitario, comportando che, a seguito del Trattato di Lisbona, una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale.

Invece, per la CEDU, il Trattato sull'Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente l'adesione dell'Unione alla CEDU, che però non solo deve ancora avvenire, ma comunque non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì semplicemente la loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione.

Come la giurisdizione amministrativa così quella ordinaria pare aderire alla tesi della diretta applicabilità. La Corte di cassazione in diverse sue pronunce, ultima quella del 2 febbraio 2010, n. 2352 stabilisce che *“la filonomachia della Corte di cassazione include anche il processo*

⁸⁹ Si veda A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2010.

interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo”.

Altro discorso, diverso rispetto a quello inerente la diretta applicabilità o meno delle norme della CEDU, è la portata conformativa da attribuire alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nel corso del tempo ha cominciato a farsi strada il principio secondo cui il giudice nazionale italiano, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo. D'altronde la forza vincolante delle sue pronunce è stabilita all'art. 46 della stessa Convenzione.

Questo principio, per il momento, è stato definitivamente affermato dalle Sezioni unite civili con riferimento specifico alla c.d. “legge Pinto” 24 maggio 2001, n. 89, il cui art. 2 stabilisce: *“Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione”.*

A questa evoluzione della struttura e dei meccanismi di controllo aveva corrisposto analogo evoluzione della incisività della tutela e dell'individuazione dei rimedi, tant'è che le sentenze della Corte europea relative a violazioni dell'art. 6 CEDU sono passate da una generica condanna dello Stato soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (a norma dell'art. 41 CEDU) all'esplicita richiesta di una integrale *restitutio in integrum* da parte dello Stato inadempiente e consistente anche in una nuova celebrazione del processo.

Si veda ad esempio la sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo il 18 maggio 2004 relativamente alla vicenda processuale del ricorrente *Somogyi*, da cui l'omonima sentenza. Essa statuisce che gli obblighi nascenti dalla CEDU portino necessariamente a concludere che, in materia di violazione dei diritti umani, ed in particolare in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa, il giudice nazionale italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato. La innovatività della pronuncia risiede nel fatto che il principio enunciato instaura un collegamento diretto tra il giudizio di Strasburgo e quello innanzi al giudice italiano, quasi a configurare “quarto grado” di giudizio .

La volontà del legislatore italiano nel senso suddetto trova conferma nella legge 9 gennaio 2006, n. 12 recante “*Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*”. Essa dispone che il Presidente del Consiglio promuova gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano, nonché comunichi tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenti annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce.

Occorre inoltre constatare la mancanza di un meccanismo processuale che consenta di vagliare, a causa pendente, l'aderenza del diritto interno alle norme della CEDU qual è il rinvio pregiudiziale, che nel nostro ordinamento sussiste per il rispetto della Costituzione (art. 134 Cost. e art. 23 ss. legge 11 marzo 1953, n. 87) e del diritto comunitario (art. 267 TFUE). Almeno fino ad oggi: infatti va dato conto di una recentissima novità. All'esito della seduta del 10 luglio 2013, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha approvato il Protocollo n. 16 alla Convenzione CEDU e, con decorrenza dal 2 ottobre 2013, l'ha aperto alla firma degli Stati Membri, già sottoscritto dall'Italia ma non ancora ratificato.

Il Protocollo è destinato ad entrare in vigore tre mesi dopo la sua ratifica da parte di almeno dieci Stati Membri. La nuova appendice della Convenzione introduce una novità che si può definire storica in quanto, con la sua entrata in vigore, sarà operativo anche per la Corte EDU una sorta di rinvio pregiudiziale interpretativo sulla falsa riga di quello previsto per la Corte di Giustizia dell'UE, dall'art. 267 TFUE. La giurisdizione di uno Stato Membro potrà, a processo pendente, richiedere un parere consultivo alla Corte: parere non vincolante ma certamente influente nel processo interpretativo delle norme della Convenzione e che, di sicuro, rafforza ancora maggiormente la protezione internazionale dei Diritti Fondamentali.

Perché infatti sino ad oggi, proprio a causa della suddetta mancanza, non è possibile riscontrare, in relazione alle norme della CEDU, lo stesso percorso di omologazione interessante invece le norme interne in rapporto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ricollegando gli interventi della Corte di Strasburgo alla giustizia amministrativa, nella sue pronunce si ricava che gli artt. 6 e 13 CEDU, precedentemente menzionati, impongono agli Stati aderenti di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio “*the domestic remedies must be effective*”. Si richiamano ad esempio le sentenze CEDU,

Sez. III, 28-9-2006, *Prisyazhnikova c. Russia*, § 23; 15-2-2006, *Androsov-Russia*, § 51; 27-12-2005, *Iza c. Georgia*, § 42; Sez. II, 30-11-2005, *Mykhaylenky c. Ucraina*, § 51; Sez. IV, 15-9-2004, *Luntre c. Moldova*, § 32).

Fatto questo approfondimento inerente le norme della CEDU, è doveroso ora guardare al diritto comunitario, in quanto esso ha influenzato in maniera decisa l'evoluzione della tutela cautelare⁹⁰, a partire dal dato positivo che si ritrova già nel Trattato CEE del 1957 agli artt. 185 e 186, divenuti poi gli artt. 242 e 243 del Trattato CE, ed oggi artt. 278 e 279 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Questi articoli prevedono che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea non abbiano effetto sospensivo, ma che tale organo possa, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato. Anzi la stessa Corte, negli affari che le sono proposti, può ordinare i “*provvedimenti provvisori necessari*”. Tali disposizioni testimoniano, quindi, che l'atipicità caratterizza la tutela cautelare offerta dal diritto comunitario positivo da tempo, e comunque da prima della sua affermazione, avvenuta in un primo momento solo per via giurisprudenziale, nel nostro ordinamento interno.

Successivamente le direttive comunitarie 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 e 92/13/CEE del 25 febbraio 1992, disegnano, per la disciplina dei ricorsi in materia di appalti pubblici, i tratti della tutela cautelare, come la si conosce oggi, tratti prima affermati nella legge n. 205/2000 ed poi codificati con il d. lgs. n. 104/2010. Queste direttive infatti

⁹⁰ Per un quadro generale dei rapporti tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e principi comunitari elaborati dalla Corte di Giustizia, si vedano M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo*, op. cit. 2012, 23 ss.; R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2011, 48 ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, 38 ss.; R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche (Nota a Corte giust. Comunità europee, 6 dicembre 2005, n. 453/03, n. 11, 12, 194/04, Abna Ltd)*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2647 ss.; S. TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia)*, in *Giust. amm.*, 2004, 562 ss.; M. SCHINAIA, *Intensità ed estensione della giustizia amministrativa italiana ed i principi comunitari*, in *Actes du colloque pour le cinquatième anniversaire des Traitès de Rome*, in www.curia.europa.eu; L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 317 ss.; R. LEONARDI, *La corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, n. 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia)*, in *Foro amm.-Tar.*, 2004, 1226 ss.; A. BARONE, *Appalti pubblici comunitari e tutela cautelare ante causam (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, n. 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia)*, in *Foro it.*, 2004, IV, 541 ss.

impongono agli Stati membri di prevedere in capo agli organi decidenti, in risposta ai ricorsi sollevati avverso le procedure di evidenza pubblica, anche poteri che permettano di “*prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici*”.

Occorre ora guardare inevitabilmente all'operato della Corte di Giustizia dell'Unione europea; infatti quando si parla della tutela cautelare come una delle massime espressioni del diritto giurisprudenziale si deve fare riferimento necessariamente alla Corte del Lussemburgo in quanto, mentre gli organi di giustizia interni e, ancor più, il legislatore, sono approdati alla consapevolezza dell'immanenza del principio di effettività attraverso una lunga e travagliata elaborazione, la Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Johnston* del 15 maggio 1986 causa C-222/84 ha sancito che il “*principio dell'effettivo sindacato giurisdizionale*” sia “*principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*”.

La prima pronuncia che riguarda la tutela cautelare è quella resa con la sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990 causa C-213/89 la quale statuisce come “*la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori*”.

Tale sentenza è stata tradizionalmente riconosciuta come l'affermazione europea per una piena espansione della tutela cautelare, trovando una propria legittimazione il principio dell'atipicità delle misure cautelari, a cui si riconducono ad esempio le c.d. ordinanze propulsive⁹¹. Come pure ad essa si attribuisce la definizione di quello “*standard minimo*” che la tutela cautelare deve possedere secondo il diritto comunitario. Lo scopo è quello di imporre agli Stati membri livelli minimi di tutela cautelare

⁹¹ R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010, 51,

per garantire un pieno ed effettivo livello di protezione alle situazioni giuridiche soggettive comunitarie.

La Corte di Giustizia sembrerebbe presentare il paradigma comunitario come un meccanismo di tutela preordinato a garantire, attraverso l'applicazione di misure c.d. anticipatorie, la piena osservanza da parte dei giudici degli Stati membri del principio di effettività e tempestività di tutela. Ciò al fine di evitare l'eventuale danno marginale che potrebbe essere arrecato al ricorrente dai pericoli connessi allo scorrere del tempo necessario per definire il giudizio nel merito⁹².

Altro pronunciamento di rilievo è certamente quello relativo al caso *Zuckerfabrik* del 21 febbraio 1991 nelle cause riunite C-143/88 e C-92/88, in cui la Corte di Giustizia riconosce, in capo al giudice nazionale, il potere di tutela cautelare anche nei confronti di atti comunitari ritenuti non legittimi. Al riguardo, secondo i Giudici del Lussemburgo, la tutela cautelare garantita ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo.

Affinché il giudice nazionale, sempre secondo la Corte, possa concedere tale sospensione, è necessario che esso nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario e che provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto impugnato; che ricorrano gli estremi dell'urgenza, in quanto incomba sul richiedente il rischio di subire un pregiudizio grave e irreparabile, e che si tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità. La presa in considerazione di tale interesse impone al giudice nazionale di verificare se l'atto comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni pratica efficacia in difetto di un'applicazione immediata. Essa presuppone inoltre che lo stesso giudice debba poter imporre al richiedente, qualora la sospensione dell'esecuzione possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, la prestazione di sufficienti garanzie.

La Corte obbliga dunque il giudice nazionale a formulare il rinvio pregiudiziale nel caso in cui intenda concedere tutela cautelare e delinea la necessità che la relativa istanza sia accompagnata dai requisiti del *fumus*

⁹² Si vedano R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1885; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo*, op. cit. 2012, 23 ss.

boni iuris e del *periculum in mora*, esplicando anche la portata che devono assumere tali requisiti per essere idonei, nonché, specialmente, afferma la natura provvisoria della tutela cautelare che non può avere carattere anticipatorio, ma deve essere strumentale rispetto alla pronuncia di merito.

La sentenza offre l'occasione anche per sottolineare la disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, di cui all'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE). Con il rinvio, da effettuarsi con ordinanza, il giudice nazionale⁹³ solleva una questione sull'interpretazione del diritto dell'Unione e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

Com'è noto, il giudice nazionale è tenuto ordinariamente ad interpretare ed applicare la norma comunitaria, in quanto fonte del diritto; tuttavia, ove sorgessero questioni di conflitto con una norma interna, disapplica la stessa norma interna, e se vi fossero dubbi sull'interpretazione della norma comunitaria può risolverli interpretando la norma comunitaria o può sollevare appunto la questione pregiudiziale sull'interpretazione della stessa davanti alla Corte di Giustizia, senza poterla comunque autonomamente disapplicare o annullare in quanto, per garantire uniformità al diritto comunitario, il giudice nazionale non può accertare la validità di un atto comunitario, come si ricava dalla sentenza *Foto-Frost* del 22 ottobre 1987 causa C-314/85. Nel caso in cui il giudice in questione sia un giudice di ultima istanza la facoltà⁹⁴ di rinvio pregiudiziale diviene un obbligo ex art. 267, par. 3 per evitare un consolidamento nella giurisprudenza di una interpretazione che, non passata al vaglio della Corte di Giustizia, sia erronea.

⁹³ Anche la Corte costituzionale può fare utilizzo dell'art. 267 TFUE, sia in caso di giudizio in via principale che in caso di giudizio di tipo incidentale. Con l'ordinanza n. 207 del 18 luglio 2003, infatti, la Consulta è tornata, a distanza di cinque anni dall'ordinanza n. 103 del 2008, ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La novità, questa volta, sta nel fatto che i giudici della Corte costituzionale hanno chiamato in causa la Corte di Lussemburgo in occasione di una controversia sollevata in sede di giudizio incidentale, laddove, come si ricorderà, nell'occasione precedente la ragione che aveva spinto ad infrangere il tabù del rinvio pregiudiziale muoveva dalla peculiare natura del giudizio in via principale: in particolar modo dal fatto che, in esso, mancasse un giudice in grado di farsi carico dell'onere di effettuare il rinvio e quindi la Corte fosse, di necessità, da intendersi come autorità giurisdizionale ai sensi del Trattato in quanto "*unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia*".

⁹⁴ Il Consiglio di Stato, quindi organo giurisdizionale di ultima istanza, con ordinanza 5 marzo 2012, n. 1244 ha sollevato, dinanzi alla Corte di Giustizia, una questione pregiudiziale sulla corretta interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE al fine di chiarire in maniera puntuale e definitiva l'esatta portata dell'obbligo di rinvio imposto per questi casi, il cui mancato rispetto, in ipotesi, potrebbe far sorgere in capo allo Stato una responsabilità per violazione del diritto comunitario con conseguente risarcimento del danno in favore del soggetto eventualmente leso.

Il rinvio pregiudiziale è un meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha lo scopo di fornire ai giudici degli Stati membri lo strumento per assicurare un'interpretazione e un'applicazione uniformi di tale diritto in seno all'Unione. Il rinvio è espressione ulteriore del principio del primato del diritto comunitario per il quale la giurisprudenza comunitaria ha costantemente affermato che il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di dare al singolo la tutela che quel diritto gli attribuisce, disapplicando di conseguenza la norma interna confliggente, sia anteriore che successiva a quella comunitaria. La decisione della Corte, tramite una sentenza giuridicamente vincolante, è l'interpretazione ufficiale della questione e come tale vale per tutti gli Stati membri.

La sentenza *Zuckerfabrik*, per motivare la tutela cautelare avverso gli atti amministrativi interni sospettati di invalidità per violazione del diritto comunitario, offre come argomentazione il principio dell'effetto utile dell'art. 267 TFUE, ossia, si sostiene, il rinvio pregiudiziale costituisce l'unico strumento concesso ai singoli per far valere, davanti ai giudici nazionali, l'illegittimità di una norma europea che rappresenta il presupposto di un atto interno immediatamente lesivo. Ma l'effetto utile verrebbe meno se, frattanto che si esaurisca la procedura di rinvio, non fossero possibile forme di tutela cautelare volte a paralizzare gli effetti dell'atto impugnato.

D'altronde, si è già visto che gli artt. 242 e 243 del Trattato CE, ed oggi artt. 278 e 279 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), prevedono che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno effetto sospensivo, ma che tale organo può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare i “*provvedimenti provvisori necessari*”. La norma si riferisce ai giudizi di legittimità di cui all'art. 263 TFUE che, peraltro, “*qualsiasi persona fisica o giuridica*” può proporre “*contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.*”

Per coerenza interna del sistema, quindi, se nell'ambito del ricorso per annullamento degli atti comunitari, possono essere concessi a favore dei ricorrenti provvedimenti provvisori, è logico che il giudice nazionale possa allo stesso modo ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo interno basato su una norma comunitaria, la cui legittimità appare dubbia.

Richiama i casi *Factortame* e *Zuckerfabrik* la successiva ed altrettanto importante sentenza *Atlanta* del 9 novembre 1995 causa C-465/93, che ritornando sulla tutela cautelare, oltre a ribadire i concetti di “coerenza del sistema” e di “effetto utile”, propone anche quello di “interesse della Comunità” e approfondisce il carattere atipico della misura adottabile dal giudice interno in merito ad un atto amministrativo fondato su norma comunitaria di dubbia validità.

Ricordando gli artt. 185 e 186 CEE (oggi artt. 278 e 279 TFUE) che consentono alla Corte non soltanto di disporre una sospensione, ma le attribuiscono altresì il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari, la sentenza sottolinea che la tutela cautelare che i giudici nazionali devono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell’esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione dei provvedimenti provvisori di cui trattasi, dato che una tale concessione non ha, per sua natura, ripercussioni più rilevanti sull’ordinamento giuridico comunitario della semplice sospensione dell’esecuzione del provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento.

In sostanza, la sentenza ammette l’intervento cautelare anche a tutela di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio di tipo pretensivo. Ne viene di conseguenza valorizzato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, a favore di tutte le situazione soggettive europee. Il risultato non è di poco conto se si considera che l’ordinamento europeo non conosce la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo; nel garantire quindi una tutela cautelare generalizzata e anche positiva alle posizioni soggettive create in ambito europeo, la Corte di Giustizia fa riferimento a tutte le situazioni giuridiche soggettive che abbiano la loro fonte normativa di livello europeo, qualche che sia la qualificazione ad esse in concreto riconosciuta nel momento del trasferimento nell’ordinamento nazionale e alla stregua dei caratteri propri di quest’ultimo⁹⁵.

La sentenza approfondisce anche le condizioni per la concessione del provvedimento cautelare. Perché il giudice nazionale possa concedere tali provvedimenti provvisori, occorre che esso nutra gravi riserve sulla validità dell’atto comunitario e le esponga nella sua decisione; che provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell’ ipotesi in cui alla

⁹⁵ Si vedano R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 2010, 54; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI – G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2007.

Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato; che ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile, e che si tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità.

Tale presa in considerazione impone al giudice nazionale di verificare se l'atto comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni effetto utile in difetto di un'applicazione immediata e di tener conto, al riguardo, del pregiudizio che può essere arrecato al regime giuridico istituito dal regolamento in tutta la Comunità. Essa presuppone, inoltre, che tale giudice abbia la possibilità, qualora la concessione di provvedimenti provvisori possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, di imporre al ricorrente la prestazione di sufficienti garanzie. Occorre infine che, nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le pronunce della Corte o del Tribunale di primo grado in ordine alla legittimità del regolamento o un'ordinanza in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi.

La rassegna delle più rilevanti pronunce della CGUE sulla tutela cautelare deve completarsi con la sentenza *Unibet* del 13 marzo 2007 C-432/05, che si concentra sull'effettività della tutela e che costituisce, nell'arco dell'evoluzione giurisprudenziale della materia, il punto di chiusura con richiami a concetti e principi già affermati.

Come indicato nella sentenza *Johnston* del 1984, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che è stato ribadito anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo la sentenza *Unibet*, è compito dei giudici nazionali garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, in quanto quest'ultimo richiede che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale.

Richiamando il "*principio di equivalenza*", la sentenza in questione afferma, sempre per assicurare effettività di tutela, che le modalità

procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Allo stesso tempo, tuttavia, la sentenza *Unibet* chiarisce che il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario va interpretato nel senso che esso non richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto, in via principale, ad esaminare la conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, qualora altri rimedi giurisdizionali effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale una tale conformità, cosa che spetta al giudice nazionale verificare. Una tutela giurisdizionale effettiva, ad esempio, indica la stessa sentenza, non è garantita se il singolo è costretto ad esporsi a procedimenti amministrativi o penali nei suoi confronti e alle sanzioni che ne possono derivare, come unico rimedio giurisdizionale per contestare la conformità delle disposizioni nazionali controverse con il diritto comunitario.

Richiamandosi poi al principio di strumentalità, caratterizzante la tutela cautelare, in particolare alla strumentalità "nel tempo", la sentenza in esame afferma che il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario debba essere interpretato nel senso che esso richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, che provvedimenti provvisori possano essere concessi fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, quando la concessione di tali provvedimenti è necessaria per garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza di tali diritti.

Sul punto si specifica, inoltre, che in caso di dubbio sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, l'eventuale concessione di provvedimenti provvisori per sospendere l'applicazione di dette disposizioni fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla loro conformità con il diritto comunitario venga disciplinata dai criteri fissati dal diritto nazionale applicabile dinanzi a detto giudice, purché tali criteri non siano meno favorevoli di quelli concernenti domande simili di natura interna e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale provvisoria di tali diritti.

CAPITOLO 2

LA DECLINAZIONE DELLA EFFETTIVITA' DELLA TUTELA NEI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

2.1. Il potere cautelare del Giudice amministrativo a difesa degli interessi legittimi ... – 2.2. ... e a difesa dei diritti soggettivi. – 2.3. Il processo cautelare tra accelerazione della tutela ed anticipazione del giudizio di merito: la difficile presenza del rapporto di strumentalità.

2.1. Il potere cautelare del Giudice amministrativo a difesa degli interessi legittimi ...

Il processo amministrativo ha ad oggetto l'azione pubblica il cui esercizio fa sorgere posizioni di interesse legittimo, che possono necessitare di tutela. È inutile, stante l'ampiezza del tema, riportare la completa ricostruzione dottrinale⁹⁶ e giurisprudenziale del concetto di "interesse legittimo"; in realtà più che di un concetto, trattasi di una concreta posizione soggettiva che non è di facile definizione, e non è un caso, ad esempio, che non venga espresso nemmeno all'interno del nuovo Codice. Forse per assicurare una tutela più "elastica" e quindi più effettiva a queste posizioni, forse per una oggettiva difficoltà di concettualizzazione⁹⁷, sta di fatto che il nostro ordinamento, pur se già l'art. 24, c. 1, Cost. parli

⁹⁶ Si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006, nel quale l'A. indica l'interesse legittimo come posizione soggettiva differenziata e qualificata nonché sostanziale legata ad un bene della vita. Si richiamano inoltre E. CANNADA BARTOLI, voce "*Interesse (diritto amministrativo)*", in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 1 ss.; R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione della posizione di interesse legittimo (interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse illegittimo)*, in *Dir. Proc. amm.*, 1985, 408; F.G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 667 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15^a ediz., Napoli, 1989, 105 ss. e 134 ss.

⁹⁷ M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.* 1987, V, c. 325.

esplicitamente di “interessi legittimi” di cui impone la tutela al pari dell’altra posizione di “diritto soggettivo”, continua a non contemplare una tale definizione.

Si è già detto che l’ordinamento europeo non conosce la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo; su questa distinzione, comunque, abbiamo costruito e garantito con forza crescente il nostro sistema delle tutele a disposizione dei singoli avverso l’esercizio del potere pubblico.

La stessa viene anche utilizzata ai fini del riparto di giurisdizione. L’ordinamento costituzionale, infatti, prevede un sistema “duale” di giurisdizione per le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione, atteso che, ai sensi degli artt. 103 e 113 Cost., è attribuita, su un fronte, alla giurisdizione amministrativa la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi, e, sull’altro, alla giurisdizione ordinaria la tutela dei diritti soggettivi. Anzi, l’art. 113 afferma che la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione non può trovare esclusione o limitazione a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Volendo tratteggiare un quadro esplicativo, ciò che caratterizza l’interesse legittimo, e che costituisce la differenza essenziale dello stesso dal diritto soggettivo, è la sua inerenza all’esistenza e, soprattutto, all’esercizio del potere amministrativo: l’interesse legittimo, infatti, non è percepibile sul piano, per così dire, “statico”, senza, cioè, che la pubblica amministrazione abbia esercitato o negato di esercitare, nei confronti del soggetto, il potere del quale essa è titolare.

Il giudizio amministrativo, nella sua forma di giudizio impugnatorio di atti, tende ad assicurare al soggetto che si ritiene leso un vantaggio, che, attraverso l’eliminazione del provvedimento lesivo, consiste o nel recuperare la pienezza del proprio patrimonio giuridico (situazione tipica allorché si è in giudizio per la tutela di c.d. interessi legittimi *oppositivi*), ovvero nel conseguire (o tentare di conseguire) attraverso l’esercizio del potere amministrativo un ampliamento del proprio patrimonio giuridico (situazione tipica allorché si è in giudizio per la tutela di c.d. interessi legittimi *oppositivi*), con margini di minore o maggiore certezza, a seconda che tale ampliamento derivi dall’esercizio di potere discrezionale o vincolato, e che dunque si riflettono sulla caratterizzazione ontologica della “*utilitas*”.

Il rapporto intercorrente tra un soggetto ed un bene della vita (la suddetta *utilitas*) costituisce il cd. “*lato interno*” della posizione sostanziale di interesse legittimo, laddove la relazione intercorrente tra soggetto e pubblica amministrazione, avente riferimento al medesimo bene, costituisce il cd. “*lato esterno*” di tale posizione. È l’esistenza della posizione giuridica così strutturata che determina una pluralità di situazioni, quali la partecipazione procedimentale, definibile anche come tutela anticipata della posizione nel procedimento. È tale posizione giuridica, nei sensi sopra descritti, che legittima al ricorso avverso l’atto amministrativo lesivo, se ed in quanto, attraverso l’annullamento dell’atto, si conserva o consegue, o si può conseguire, anche attraverso il riesercizio del potere amministrativo, quella utilità di cui si è, o si ritiene di dovere diventare, o si intende diventare, titolare.

Sotto il profilo processualistico, l’interesse legittimo si concretizza nell’interesse qualificato alla legittimità dell’azione amministrativa, il cui vaglio spetta all’organo giurisdizionale a ciò istituzionalmente deputato ex art. 103 Cost.: la posizione del ricorrente nel giudizio amministrativo parte dal suo interesse a che la p.a. eserciti correttamente il proprio potere. Si tratta di un interesse indirettamente protetto, che trova il suo fondamento nella legge: è indirettamente protetto perché è collegato ad interessi di tipo generale che fanno capo ad un soggetto che si trovi in una posizione differenziata⁹⁸.

Il nuovo Codice è stato adottato anche, secondo la relazione di accompagnamento, dal “*mutamento dell’interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi*” in quanto le norme vigenti risultano “*legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio*” necessitando pertanto “*di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio*

⁹⁸ Si veda sul punto G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994, p. 124 ss., secondo il quale il contenuto dell’interesse legittimo “*consiste unicamente nella corretta applicazione della norma*”. Il titolare di un interesse legittimo, che ne invoca la tutela in sede giurisdizionale, chiede che l’atto amministrativo, che secondo il suo assunto è illegittimo, sia eliminato e che, al suo posto, l’amministrazione emani un atto nuovo. Il suo beneficio o vantaggio sta solo in questo. Quanto al ricavare, dalla rinnovazione dell’atto, anche un beneficio sostanziale (ad es. la promozione, l’assegnazione dell’appalto, la definitiva sottrazione ad una espropriazione), questo è un risultato che può prodursi od anche non prodursi. Diremmo dunque che il beneficio, che si consegue con la tutela dell’interesse legittimo leso, consiste nella “*eliminazione dell’atto lesivo*”. A questo beneficio si collega una speranza, cioè quella di conseguire un risultato pratico, a seguito della rinnovazione dell’atto. In qualche caso concreto, in relazione alla natura del vizio fatto valere, la rinnovazione dell’atto porta in modo sicuro ad un risultato pratico vantaggioso. Come pure si veda, più risalente, E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937.

ambito di azioni e mezzi di tutela”.

L'adozione del Codice non ha, tuttavia, comportato uno stravolgimento della struttura del processo amministrativo, che mantiene, principalmente, pur con dei contenuti innovativi, lo schema del giudizio impugnatorio da proporsi con ricorso al giudice e secondo alcune azioni tipizzate. Infatti il Codice si limita a prevedere l'esperibilità dell'azione di annullamento, di quella risarcitoria e delle azioni avverso la nullità e il silenzio⁹⁹. La dottrina ha lamentato, in relazione alle correzioni apportate dal Governo alla bozza licenziata dalla Commissione tecnica, l'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento¹⁰⁰.

La codificazione dell'azione di adempimento, in particolare, ritiene sempre questa dottrina, avrebbe rappresentato una forte spinta verso l'effettività della tutela del cittadino e avrebbe dato piena attuazione ai criteri riportati nella delega legislativa, che richiedeva di prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Il timore era forse che, attraverso l'azione di adempimento il giudice potesse assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva riservati alla p.a.

Nel definire la giurisdizione amministrativa, l'art. 7, c. 1, del Codice prevede: *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”.*

Il successivo comma 7 aggiunge: *“Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni altra forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari*

⁹⁹ Al “silenzio” della p.a., come risaputo, la legge attribuisce diversi significati. Laddove non sia espressione di un provvedimento (assenso o rigetto), ma invece mero inadempimento, il Codice oggi contempla un rito speciale all'art. 117, che, in combinato con l'art. 31, dispone meccanismi acceleratori che mettono in dubbio la proponibilità di una istanza cautelare, quali la sentenza in forma semplificata e l'unificazione della fase esecutiva con quella di merito, con possibilità per il giudice di conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, ad esempio in caso di attività vincolata. L'art. 55, c. 1, c.p.a. infatti non contiene più, come l'art. 21, c. 8, legge TAR, il riferimento al *“comportamento inerte dell'amministrazione”*. Si veda V. PARISIO, *I riti speciali*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 675, nonché E. M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 885.

¹⁰⁰ Si vedano R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, op. cit., 2010; M. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it.

materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.”

Il dato normativo appena evidenziato, pur se implicitamente presente e mai smentito anche sotto la vigenza della legge TAR, afferma in maniera chiara l'emersione sul piano processuale degli interessi legittimi pretensivi derivanti dall'esercizio del potere pubblico che non solo può incidere negativamente sulla sfera giuridica dei singoli, ma che può generare legittime aspettative che richiedono tutela.

Con la legge n. 205 queste posizioni trovano riscontro positivo proprio nella disciplina della tutela cautelare. Infatti l'art. 21, c. 8, della legge TAR, come modificata nel 2000, disponendo l'emanazione delle misure cautelari ritenute, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, prefigura la possibilità che vi siano posizioni differenti dal mero interesse alla sospensione del provvedimento gravato ed incidente negativamente sulla posizione del ricorrente. D'altronde l'evoluzione della tutela cautelare ha segnato il suo primo importante passo proprio per garantire in maniera effettiva ed adeguata posizioni come queste.

Si è rilevato, infatti, che l'ambito applicativo in cui la tutela cautelare ha esplicato in una prima fase la sua utilità è stato il processo amministrativo di legittimità, avente ad oggetto la tutela di un interesse legittimo oppositivo, il cui contenuto trovasse soddisfazione nel mantenimento dello *status quo ante* all'emanazione del provvedimento amministrativo incidente su quella situazione giuridica¹⁰¹. Trattasi in sostanza dei tradizionali interessi legittimi introdotti dalla legge Crispi del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, che hanno condotto alla costruzione del classico giudizio amministrativo come giudizio di impugnazione.

Si è pure già sottolineato che la sospensione risponde adeguatamente alla tutela degli interessi legittimi oppositivi e, comunque, per tanto tempo è stata ritenuta sufficiente. E indubbiamente anche per questa tipologia di misura si può parlare di anticipazione degli effetti della decisione sul merito, nel senso che essa è in grado di anticipare perfettamente il contenuto demolitorio della pronuncia di annullamento, *petitum* dell'azione di impugnazione. Giustamente, quindi, si può dire che la sospensione non ha funzione conservativa, bensì esattamente anticipatoria del contenuto

¹⁰¹ M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive “strumentali” e tutela cautelare degli interessi “procedimentali” pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 812 ss.

della decisione di merito di annullamento¹⁰².

Oggi è un dato acquisito che la tutela cautelare non vada circoscritta alla sospensione dei provvedimenti positivi, ma anche a quelli negativi, alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, al fine di evitare che ad un intero settore di interessi legittimi come quello degli interessi pretensivi venga apprestata una tutela parziale e inadeguata¹⁰³.

Autorevole dottrina¹⁰⁴ sottolinea, giustamente, che alla luce delle evoluzioni sul tema della tutela cautelare degli atti negativi, pare possa essere superata la nozione stessa di atto negativo vista la ormai riconosciuta trasformazione del giudizio amministrativo in “*giudizio sul rapporto*” che può toccare anche i comportamenti della pubblica amministrazione, ed anzi: «*A tali esigenze può benissimo sopperire la definizione di interessi pretesivi, intesi in senso lato, cioè si può avere riguardo a tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che si atteggiano in posizione di legittima aspirazione di fronte all'esercizio del potere, in qualunque forma esso si possa presentare, e che si vedono negare la propria pretesa*».

E dalla lettura appena fatta dell'art. 7 del Codice si ha una conferma di tale assunto ove si parla di “*esercizio del potere*” riguardante (anche) i “*comportamenti*” delle pubbliche amministrazioni.

Si è definito, inoltre, sempre autorevolmente, come “*angusta ed asfittica*” la tutela cautelare laddove la si limiti alla sola sospensione¹⁰⁵. Già con la disciplina dettata dalla legge n. 205/2000 si è voluto superare in maniera definitiva, dopo i tanti interventi della giurisprudenza, il carattere univoco della misura cautelare che non si può concretizzare nella sola sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato, evidentemente inadeguata ad assicurare una effettiva e piena tutela interinale delle posizioni soggettive diverse dagli interessi legittimi di tipo conservativo o oppositivo: è stato così definitivamente consacrato in via legislativa quel principio di atipicità basato su innovative tecniche di tutela cautelare utilizzabili nel processo amministrativo già enucleato, anche sulla scorta di una lucida lettura evolutiva dei principi costituzionali e comunitari, dal Giudice delle

¹⁰² A. PUBUSA, *Note su misure cautelari e semplificazione del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1039; M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, op. cit., 342.

¹⁰³ È un dato acquisito da prima del Codice ed anche da prima della legge n. 205/2000. Si veda al riguardo A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, p. 331.

¹⁰⁴ D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in AA.VV., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 128

¹⁰⁵ 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 *Dir. proc. Amm.*, 2002, 857.

leggi, dalla Corte di Giustizia, nonché, ancora, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Di questa evoluzione si è già dato conto qui nei passaggi precedenti. Volendo riassumere brevemente, almeno il contributo della giurisprudenza costituzionale, si è visto che la tutela cautelare non può che essere piena, ossia non può essere limitata ad alcuni ambiti settoriali (sent. cost. n. 284/1974) né può esserle tolto il doppio grado di giurisdizione (sent. cost. n. 8/1982); come pure si è visto che i provvedimenti d'urgenza devono essere quelli più idonei a garantire una tutela interinale (sent. cost. 190/1985), anzi, ancor di più, devono essere effettivi (sent. cost. n. 249/1996).

Le giustificazioni che tradizionalmente sono state date alla non sospendibilità degli atti di diniego, che quindi fanno sorgere un interesse legittimo a pretendere un qualcosa dalla p.a., sono essenzialmente due: una secondo cui i provvedimenti negativi non producono alcuna innovazione nei destinatari e l'altra, derivante dalla struttura classica del processo amministrativo fondato sull'impugnazione dell'atto, in base alla quale non vi è nulla da sospendere ove l'atto, negativo appunto, non sia in grado operare¹⁰⁶.

Anche in questo caso la giurisprudenza ha avuto un ruolo significativo. Se quella costituzionale ha preparato il terreno all'evoluzione della tutela cautelare nel verso della effettività, è quella amministrativa che ha inciso su posizioni soggettive concrete, allargando il raggio di azione della risposta interinale offerta dai giudici¹⁰⁷.

L'affermazione in tal senso della tutela cautelare ha riguardato preliminarmente i c.d. "*atti negativi in senso improprio*", quelli cioè che recano comunque, nonostante il loro contenuto appunto negativo, effetti modificativi o innovativi della realtà, come i provvedimenti di diniego di rinnovo di concessione di beni o di permesso di soggiorno¹⁰⁸. Essi, infatti,

¹⁰⁶ Si veda A. M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli 1963, *passim*; anche E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 128 ss., ove si afferma che «la pronunzia, nella sospensione del provvedimento impugnato, ha l'effetto di conservare immutata la situazione di fatto ed è, quindi, soddisfattiva soltanto degli interessi materiali oppositivi e non degli interessi materiali pretensivi».

¹⁰⁷ Si veda U. FANTIGROSSI, *Giudizio cautelare amministrativo: si ampliano i poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 491.

¹⁰⁸ Si veda G. BOZZI, *Sono sospendibili i provvedimenti negativi?*, in *TAR*, 1996, II, 73 ss.; E.M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3527 ss.; Id., *Sulla sospensione degli atti negativi della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 295 ss.; G. CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei Tar*, in *Giur. amm. siciliana*, 1994, III, 1, 470 ss.; F. CURATO, *Nuove prospettive in tema di sospensive di atti negativi*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 102 ss.; R. NOBILI, *Riflessioni sulla sospensione cautelare dei cosiddetti "provvedimenti negativi"*, in *Foro amm.*,

negando l'invocata conferma di situazioni di vantaggio già attribuite al ricorrente da precedenti atti amministrativi, producono l'effetto positivo della cessazione di quella stessa situazione, con la conseguenza che il mancato rinnovo di un provvedimento concessorio fa sorgere il dovere di restituzione del bene all'amministrazione.

Tra gli atti negativi con effetti innovativi¹⁰⁹ si annovera anche il provvedimento di diniego di esonero dal servizio militare, che, in una prospettiva procedimentale¹¹⁰, comporta automaticamente la chiamata¹¹¹.

Il diniego produce effetti pratici che l'intervento cautelare mira a sospendere, di modo che, per riprendere gli esempi sopra citati, non vi debba essere la restituzione dei beni precedentemente oggetto di concessione o non si dimori sul territorio nazionale senza possedere più i requisiti di legge, oppure ancora non vi sia la chiamata alle armi se non dispensato.

Anche se non sono mancati pronunce in tal senso, pur se sporadiche, della giurisprudenza negli anni precedenti¹¹², è a partire dagli anni settanta

1995, 2476 ss.; F. SAITTA, *Un ulteriore esempio di sospensione di atti negativi*, in *TAR*, 1986, II, 421 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Sulla sospensibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 413 ss.; A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, ivi, 1990, 329 ss.; C. VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inhibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 731 ss.

¹⁰⁹ Così A. TRAVI, *La tutela cautelare*, op. cit., 337.

¹¹⁰ Si veda M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, op. cit., 201 ss., il quale osserva che «la peculiarità di tale atto negativo consiste nel suo collocarsi al centro di un procedimento in itinere e quindi di porsi come presupposto per una ulteriore, ma distinta costrizione della sfera giuridica dell'interessato. (...) La sospensione del diniego pregiudica l'attività futura, ma in senso preclusivo: viene imposto all'amministrazione un divieto di proseguire il procedimento di chiamata».

¹¹¹ Sulla sospensione del diniego di esonero dalla prestazione del servizio militare si veda Cass. Civ., Sez. Un., 25 ottobre 1973, n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 1996 ord. n. 575, in *Riv. amm.*, 1996, 441 s.; Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 1996 ord. n. 456, ivi, 1996, 301. In dottrina, L. CUONZO, *Sospensibilità in sede di giurisdizione amministrativa dei c.d. provvedimenti negativi: in particolare, del provvedimento del Ministero della Difesa che nega la dispensa dal servizio militare*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 719. La questione ha costituito oggetto di attenzione delle Sezioni Unite di Cassazione innanzi alle quali il Ministero della Difesa aveva proposto regolamento di giurisdizione sostenendo che il Consiglio di Stato avrebbe sostanzialmente invaso, con la sospensione del provvedimento di diniego, il campo proprio dell'Amministrazione, di fatto finendo per concedere la dispensa negata in prima battuta dall'Amministrazione. Al riguardo, la Corte di Cassazione, nel confermare la correttezza dell'impostazione seguita dal giudice amministrativo, sostenne l'idoneità del provvedimento di diniego di dispensa a produrre effetti innovativi e l'interesse, quindi, del destinatario di quell'atto a ricorrere in sede cautelare per paralizzare l'attività amministrativa che lo aveva assoggettato al servizio militare.

¹¹² Si veda ad esempio Cons. St., IV Sez., 3 marzo 1934, n. 62, in *Foro amm.*, 1934, I, 1, 130 che afferma: «può ordinarsi la sospensione di un provvedimento di concessione per coltivazione

che con sempre maggior chiarezza si ha un'affermazione decisa della sospensione come strumento utilizzabile anche avverso i provvedimenti di diniego, innanzitutto quelli definiti impropri.

Il passaggio immediatamente successivo è stato il riconoscimento di un possibile intervento cautelare di sospensiva anche avverso un'altra categoria di atti negativi, che non producono effetti innovativi, ossia il diniego di ammissione all'esame di maturità e più in generale i provvedimenti di diniego di ammissione a procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego.

Sul punto interviene l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, con sentenza 5 settembre 1984, n. 17, statuisce che, nell'ipotesi di diniego di ammissione ad esami di maturità, per evitare che il tempo occorrente per il processo verifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli art. 113 e 24 Cost., ben può operare l'ordinanza di sospensione sull'effetto preclusivo del provvedimento, in modo che l'amministrazione, nel darle esecuzione, disponga l'ammissione del candidato all'esame di maturità con riserva, sino all'esito del ricorso, con l'effetto che l'eventuale superamento dell'esame rimane inoperante fino al verificarsi della condizione del giudizio positivo di ammissione che il consiglio di classe dovrà pronunciare, ora per allora, in caso di accoglimento del ricorso.

In pratica, dunque, la sospensione intervenendo sugli effetti scaturenti dal diniego di ammissione alla procedura, produce gli effetti negati dall'atto stesso, pur se in via interinale. La misura cautelare non garantisce al ricorrente i benefici derivanti dalle prove concorsuali, che sono "sotto riserva", in quanto l'interesse del candidato si sostanzia nella partecipazione alla procedura. Questa tecnica di risposta cautelare, d'altronde, si inserisce nel rapporto tra processo e procedimento ed apre la strada alla questione, di cui ancora oggi si dibatte, del rischio di uno sconfinamento del giudice nelle competenze proprie della pubblica amministrazione.

Anche la Cassazione in Sezioni Unite è intervenuta sul punto con la sentenza 22 luglio 1983, n. 5063 affermando che il provvedimento con il quale il giudice sospenda l'atto di esclusione di un candidato dalla partecipazione ad un concorso pubblico ed ordini l'ammissione con riserva del ricorrente al concorso, non è viziato da eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dell'usurpazione di funzioni riservate all'amministrazione attiva, poiché esso non sostituisce l'atto impugnato con

di tabacchi, poiché la revoca potrebbe produrre danni gravi ed irreparabili troncando così un'impresa già avviata e facendo cadere i contratti stipulati dai ricorrenti con i coltivatori".

altro diretto a regolare in sede amministrativa il rapporto controverso, né impone all'amministrazione una determinata attività, bensì si limita a consentire al candidato escluso, di avvalersi degli atti del procedimento concorsuale, nel cui ambito si inserisce il provvedimento di esclusione, rimuovendo, in via interinale ed in attesa della decisione definitiva, l'ostacolo costituito da tale esclusione.

Tuttavia, non si può non essere d'accordo con chi tra gli autori¹¹³ ritiene superata la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi e così cambiata la fisionomia della tutela cautelare che da mezzo di conservazione della *res adhuc integra* diventa “*mezzo di propulsione a carattere anticipatorio*”, aprendo la strada a tipologie di misure cautelari atipiche e cioè diverse dalla mera sospensione, al fine sempre, va ricordato, di garantire una tutela effettiva.

In conclusione, va riportato che autorevole dottrina¹¹⁴ definisce l'espressione “*atti negativi in senso improprio*” un «*espediente lessicale che ha trasformato in positivi molti dei provvedimenti che sono negativi*», che, pur se utile a livello pratico, comporta implicitamente l'affermazione alla base di un difetto di interesse in chi chieda la sospensione di un provvedimento che neghi la soddisfazione dell'interesse pretensivo, poiché sospendere una negazione non afferma il provvedimento richiesto. In sostanza, sempre secondo questa dottrina, predicare una carenza di interesse al provvedimento cautelare di sospensione del provvedimento negativo impugnato si risolve in verità in una censura più radicale, che nella tradizione del processo amministrativo non è mai stata accolta e che riguarderebbe un'asserita carenza d'interesse del ricorrente alla proposizione del ricorso. Ed invece vi è interesse cautelare del ricorrente ad impedire che l'esecuzione dell'atto impugnato produca effetti che si consolidano, al pari del suo interesse a vedere annullato l'atto stesso.

2.2. ... e a difesa dei diritti soggettivi

L'ampliamento della giurisdizione esclusiva nel corso del tempo è ritenuto uno dei fattori che ha contribuito a modificare le funzioni del

¹¹³ R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 161 ss.

¹¹⁴ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1120.

processo amministrativo e il ruolo dei suoi giudici¹¹⁵. Occorre oggi partire nuovamente dall'art. 7 del Codice: infatti non solo, nel suo primo comma, trova conferma la competenza del giudice amministrativo anche per controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi, ma, nel suo settimo comma, viene rafforzata la giurisdizione amministrativa imponendo la regola della concentrazione delle azioni¹¹⁶. L'art. 133 riporta in maniera elencativa le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva. L'elenco è stato integrato con gli interventi correttivi al Codice¹¹⁷, e non v'è dubbio che esso sia nient'affatto corto, a dimostrazione ulteriore dell'incremento, anche attuale, delle competenze del g.a.

È giusto però per completezza offrire un breve *excursus* storico della nascita e dell'evoluzione della giurisdizione esclusiva¹¹⁸, in quanto diversi sono stati i passaggi normativi e giurisprudenziale prima di arrivare ai vigenti artt. 7 e 133 c.p.a.

La giurisdizione esclusiva è stata introdotta su determinate materie, in particolare il pubblico impiego, con il r.d. n. 2840/1923, trovando poi conferma nell'art. 103 della Costituzione, per una ragione molto pratica: era difficile, in alcune materie, comprendere quale situazione soggettiva si intendesse far valere stante la stretta connessione tra interessi legittimi e diritti soggettivi.

Essa aveva carattere eccezionale, tanto che sussisteva solo per i casi tassativamente previsti dalla legge e costituiva una deroga alla classica ripartizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo fondata sulla *causa petendi*, criterio ancora oggi valido¹¹⁹. Infatti, nel nostro sistema¹²⁰

¹¹⁵ A. TRAVI, *Sub Art. 21 L. Tar*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., 813.

¹¹⁶ A. M. GAROFALO, *La concorrenza di azioni e giurisdizioni tra diritto privato e amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2013, 1021. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012.

¹¹⁷ Va riportato, a dimostrazione della considerazione secondo cui vi è una tendenza da parte dell'ordinamento a conferire diverse competenze al giudice amministrativo, che la Corte costituzionale con sent. 15 aprile 2014, n. 94 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), Codice, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio Sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, atteso che tali disposizioni hanno ecceduto i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.

¹¹⁸ Per un'analisi generale di tale evoluzione pare più utile riferirsi alla manualistica, tra cui, fra le più autorevoli, ci si richiama a F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Roma, 2012.

¹¹⁹ Da ultimo Cass. Civ., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902 secondo cui, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non tanto la

c.d. “duale”, ancora tale dall’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, esiste, per quanto riguarda la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, innanzitutto una giurisdizione generale di legittimità a difesa degli interessi legittimi: ecco che quindi la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi assume un valore importante in termini di domanda di tutela giurisdizionale.

Al riguardo la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto vari criteri interpretativi delle situazioni giuridiche soggettive: si va dai concetti di atti *jure imperi* e atti *jure gestionis* alla distinzione tra *carezza* e *cattivo uso* del potere, per passare dalla distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata. È chiaro che la non attribuzione della posizione soggettiva in concreto fatta valere al giudice amministrativo conduce ad una competenza del giudice ordinario, a meno che sia prevista appunto una giurisdizione esclusiva del primo.

Per economia della presente trattazione, non è possibile indagare in maniera approfondita sulla giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione. Basta considerare qui che, contro un atto della pubblica amministrazione per la tutela di un diritto soggettivo, sussiste ex art. 113 Cost. la regola della competenza del giudice ordinario, che quindi non ha competenza su controversie relative ad interessi legittimi – c.d. *limite esterno* ex art. 2 legge 20 marzo 1865, n. 2248 *Allegato E*) sul contenzioso amministrativo L.A.C. – con poteri di conoscere degli effetti dell’atto stesso e unicamente (tranne eccezioni) di disapplicarlo, con divieto dunque di disporre l’annullamento, la modifica o la revoca – c.d. *limiti interni* ex art. 4 e 5 L.A.C.

Tornando alla giurisdizione esclusiva e alle sue più recenti evoluzioni, si è già dato conto del suo progressivo ampliamento. In tal senso è da annoverare certamente il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che, in attuazione di una delega contenuta nelle leggi Bassanini, non solo conferisce al giudice amministrativo tre importanti materie, quali i servizi pubblici, l’urbanistica e l’edilizia, ma implementa, sempre nell’ambito della giurisdizione esclusiva, i poteri del giudice stesso al quale vengono attribuite le questioni risarcitorie, disponendo il risarcimento del danno anche con la reintegrazione in forma specifica. Infatti in precedenza egli poteva emettere sentenze di condanna nei confronti della p.a. al pagamento

prospettazione compiuta dalle parti, quanto il *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell’intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio.

¹²⁰ M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.

di somme, salvo il limite dell'impossibilità di conoscere dei diritti patrimoniali consequenziali.

Chiaramente la novità del decreto n. 80/1998 ha comportato da un lato l'accrescere dei poteri del g.a. con un riparto di giurisdizione fondato su "blocchi di materie", dall'altro la trasformazione della giurisdizione esclusiva in una giurisdizione piena, che cioè offre ai diritti soggettivi una tutela pari a quella offerta, agli stessi, in sede ordinaria.

Se quest'ultima considerazione non trova successivamente smentita¹²¹, per l'altra vi è un importante aggiustamento da parte della Corte costituzionale. Al riguardo sembrava che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. per blocchi di materie avesse comportato un travalicamento della valutazione della posizione coinvolta, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, distinzione che, come visto, costituisce il discrimine classico per l'attribuzione della competenza tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. Invece, secondo la Corte, nella celebre sentenza 6 luglio 2004, n. 204, così non è in quanto il criterio della *causa petendi* permane, anche e soprattutto in considerazione dei limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore nell'individuare le materie oggetto di giurisdizione esclusiva¹²².

Nel dichiarare la parziale illegittimità degli artt. 33 e 34 del d. lgs. n. 80/1998, la Consulta ha affermato che il giudice amministrativo è l'organo che assicura la giustizia *nella* amministrazione e non il giudice *della* amministrazione, e quindi egli non opera solo e perché è parte in causa una pubblica amministrazione. Più in specifico, poi, si afferma che la giurisdizione del g.a., anche in sede di giurisdizione esclusiva, è legata all'esistenza di un potere amministrativo che agisce, anche in via mediata, in veste di autorità.

Il carattere mediato dell'esercizio del potere pubblico comporta, per affermare la sua sussistenza, che non sia necessaria una condotta esecutiva di un formale provvedimento imperativo, ma sia sufficiente l'esistenza di un potere amministrativo sulla materia. Ne è un esempio la condotta tenuta nell'ambito di un rapporto pubblicistico. Al riguardo la Consulta, con sentenza 11 maggio 2006, n. 191, riprendendo la sua precedente pronuncia del 2004, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, c. 1, del d.lgs. n.

¹²¹ Anzi, a dimostrazione ancora di più del carattere pieno della giurisdizione esclusiva del g. a., è stato affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 5 febbraio 2010, n. 35 che la cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, possa avere ad oggetto, nel necessario concorso degli altri requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale, anche soltanto diritti soggettivi.

¹²² M. ROSSETTI, *Riparto di giurisdizione: la Consulta fissa i paletti*, in *Dir. e giust.*, 29, 2004.

327/2001 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie in materia di espropriazioni anche relativamente ai “*comportamenti delle pubbliche amministrazioni*”, non escludeva i comportamenti non riconducibili, anche mediamente, all’esercizio di un potere pubblico¹²³.

¹²³ La visione della Corte costituzionale contenuta nella sent. n. 204/2004, oltre ad essere ribadita nella sent. n. 191/2006, trova conferma in sue successive pronunce, tra cui la sentenza 27 aprile 2007, n. 140 e ultima, in materia significativa, la sentenza 5 febbraio 2010, n. 35, in base alla quale non è fondata la q.l.c. dell'art. 4 d.l. 23 maggio 2008 n. 90, conv., con modificazioni, dalla l. 14 luglio 2008 n. 123, impugnato, in riferimento all'art. 103 comma 1 cost., in quanto devolve alla giurisdizione esclusiva del g. a. tutte le controversie, anche relative a diritti costituzionalmente tutelati, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. Ed ancora “Premesso che la giurisprudenza della Corte ha chiaramente definito i confini della g. a. esclusiva, esigendo, ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione, che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al g. a. la cognizione non di “blocchi di materie”, ma di materie determinate; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio; la disposizione impugnata, ove interpretata alla luce delle indicate condizioni prescritte dalla giurisprudenza costituzionale, non viola l'art. 103 comma 1 cost. Infatti, il legislatore, nell'attribuire alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, ha, innanzitutto, individuato una "particolare" materia, rappresentata appunto dalla “gestione dei rifiuti”, ed ha considerato l'attività amministrativa preordinata all'organizzazione o all'erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti. Inoltre, l'espresso riferimento normativo ai comportamenti della p.a. deve essere inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di un'attività autoritativa. Nella specie, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, correttamente adita. Per l'affermazione che l'art. 103 comma 1 cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario un'assoluta e incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al g.a. di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare “particolari materie” nelle quali la tutela nei confronti della p.a. investe anche diritti soggettivi. Concludendo sul punto, va dato conto anche di una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio, la n. 17 del 29 luglio 2013, nella quale, in tema di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, si afferma che il riparto di giurisdizione tra g. o. e g. a. deve essere attuato distinguendo le ipotesi in cui il contributo o la sovvenzione sono riconosciuti direttamente dalla legge e alla p.a. è demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti puntualmente indicati dalla legge stessa, da quelle in cui, invece, la legge attribuisce all'Amministrazione il potere di riconoscere l'ausilio previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario, apprezzando discrezionalmente l'an,

Questa considerazione sul carattere mediato dell'esercizio pubblico ci consente di annotare che ancora di più in sede di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo è giudice del rapporto tra cittadino e potere pubblico. Anche nel nuovo Codice si dà rilievo a questo aspetto, sempre nell'art. 7 dove si parla di "*provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio*" del potere amministrativo.

Ritornando all'assunto iniziale circa il sorgere dell'esigenza di una tutela cautelare più adeguata anche a fronte di un allargamento dell'ambito della giurisdizione esclusiva, si comprende facilmente quanto poco (o nulla) possa fare un provvedimento cautelare di tipo sospensivo per la tutela di posizioni di diritto soggettivo, che necessitano invece di misure interinali simili a quelle del giudice ordinario. L'esigenza è stata avvertita in quella materia che, oggi "privatizzata", si annovera tra quelle tipicamente, a livello storico, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e cioè il pubblico impiego.

Si è già visto, con la sentenza 28 giugno 1985, n. 190, che la Corte costituzionale dichiara illegittimo per contrasto con gli artt. 3, c. 1, e 113 Cost., l'art. 21, ultimo comma, legge TAR, in quanto, a differenza di quanto dispone l'art. 700 c.p.c., non prevede il potere del giudice amministrativo di adottare, appunto nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, laddove il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.

Da notare che la motivazione non si fonda sull'art. 24, c. 1, Cost., bensì sull'art. 3, c. 1, e 113. Infatti non è giustificata la differenza di trattamento tra dipendenti pubblici e privati esistente riguardo alla tutela in via cautelare e d'urgenza, non essendo attribuiti al giudice amministrativo poteri analoghi a quelli spettanti al giudice del lavoro, di guisa che viene a determinarsi a carico dei pubblici dipendenti una condizione d'inferiorità rispetto agli altri lavoratori subordinati, ai quali è consentito di conseguire in corso di causa ordinanza di pagamento, laddove l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo è limitato alla mera sospensione dell'esecutività

il *quid* ed il *quomodo* dell'erogazione; nel primo caso la controversia rientra nella giurisdizione del g. o. mentre nella seconda ipotesi in quella del g.a."

dell'atto impugnato¹²⁴.

Si è anche visto che il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con ord. 30 marzo 2000, n. 1 riconosce una tutela cautelare per i crediti maturati in capo ai farmacisti convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, affermando il loro diritto di ottenere, nei confronti di quest'ultimo, l'ingiunzione al pagamento di somme di denaro, come misura cautelare d'urgenza avverso il mancato adempimento dell'obbligazione pecuniaria, in quanto il giudice amministrativo, sostiene il Consiglio di Stato, “è legittimato a pronunciare ordinanze di ingiunzione di pagamento, ai sensi degli artt. 186 ss. c.p.c. nelle materie in cui la conoscenza di diritti soggettivi è trasferita ai sensi del d. lgs. n. 80/1998.”

D'altronde l'inevitabilità di una tutela cautelare adeguata alle nuove posizioni di diritto soggettivo ricondotte nella giurisdizione esclusiva ha portato a conferire pienezza alla stessa, come già evidenziato in precedenza.

Questo assunto si riscontra in relazione al tema dei c.d. diritti “*inaffievolibili*”, categoria di creazione soprattutto giurisprudenziale con la quale si denotano quei diritti soggettivi fondamentali non permeabili al potere autoritativo della pubblica amministrazione. È soprattutto in materie quali ad esempio il diritto alla salute¹²⁵, il diritto dello straniero¹²⁶ e il diritto

¹²⁴ A. TRAVI, *Sub Art. 21 L. Tar*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, op. cit., 813 in cui si osserva che l'ampliamento dell'ambito di operatività del giurisdizione esclusiva ha posto con maggiore evidenza la necessità di una tutela cautelare adeguata ai diritti soggettivi.

¹²⁵ Per quanto riguarda il diritto alla salute, vi sono due tesi. L'una che ritiene questo diritto mai comprimibile dal potere pubblico in quanto sancito come “diritto fondamentale dell'individuo” dall'art. 32 Cost. Si veda al riguardo Cass. Civ. Sez. Un. 6 settembre 2013, n. 20577 in cui si afferma che la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del g. o. giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo - il diritto alla salute - non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del g. o., giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l'autorizzazione ad effettuare le cure all'estero. Sulla tematica delle “cure all'estero” non sono mancati altri orientamenti, in cui si può evidenziare l'altra tesi circa il non affievolimento del diritto alla salute, di cui si distinguono però due lati: quello oppositivo teso a non subire menomazioni neppure da parte del potere pubblico, e quello pretensivo teso a migliorare le proprie condizioni. È fondandosi sul carattere pretensivo dell'espressione del diritto alla salute che la giurisprudenza amministrativa riconduce a sé la materia (*ex multis* si vedano sentenze TAR Valle d'Aosta 19 gennaio 2011, n. 4 e TAR Sicilia-Palermo, Sez. II, 25 settembre 2009, n. 1526).

¹²⁶ Sui diritti dello straniero ad esempio si veda Cass. Civ. Sez. Un. 9 settembre 2009, n. 19393 in cui si afferma che la controversia avente ad oggetto una domanda di rilascio del permesso di

alla salubrità ambientale che si ritrovano queste tesi, le quali si sostanziano nell'attribuzione al giudice ordinario della relativa competenza.

Ciò non significa una devoluzione automatica a quest'ultimo di ogni controversia interessante un diritto fondamentale, poiché la materia potrebbe rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che appunto stante la sua pienezza può fornire al diritto fondamentale fatto valere in giudizio le stesse garanzie del giudice ordinario.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di affrontare la tematica. La sentenza 27 aprile 2007, n. 140 ha respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 1, comma 552, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al d.l. n. 7 febbraio 2002, n. 7. La Corte ha reputato che la norma è conforme all'art. 103 Cost., in quanto nella fattispecie ricorrono tutti i presupposti enucleati dalla precedente sentenza n. 204 del 2004 al fine di legittimare il riconoscimento di una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo. L'oggetto delle controversie è invero rigorosamente circoscritto alle particolari "*procedure e provvedimenti*", tipizzati dalla legge (d.l. n. 7 del 2002), e concernenti una materia specifica (gli impianti di generazione di energia elettrica).

La sentenza, e qui si viene al punto che interessa, ha inoltre escluso che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno. Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

soggiorno per motivi umanitari sia devoluta alla giurisdizione del g.o., in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 cost. e dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore. Nello stesso senso le sentenze Cass. Civ. 9 maggio 2009 n. 11535 e Cass. Civ. Sez. Un. 16 settembre 2010, n. 19577. Peraltro l'orientamento trova conferma in Cons. St. Sez. III, 13 luglio 2011, n. 4218.

Osserva infine la Corte che non osta al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del g.a. la natura “fondamentale” dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie *“non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.”*

Stessi concetti si ritrovano nella sentenza della Corte costituzionale 5 febbraio 2010, n. 35 la quale, tra l’altro, afferma che la cognizione del g.a., in sede di giurisdizione esclusiva, possa avere ad oggetto, nel necessario concorso degli altri requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale, anche soltanto diritti soggettivi.

Copiosa giurisprudenza si riscontra sull’argomento in relazione al d.l. 23 maggio 2008, n. 90, sull’emergenza rifiuti. La disciplina devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva attività di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell’amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati, ed anche relative a diritti costituzionalmente tutelati.

Al riguardo, le Sezioni Unite della Cassazione civile con sentenza 5 marzo 2010, n. 5290 affermano che a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale n. 204/2004, n. 191/2006 e n. 35/2010, in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, e ciò anche se vengono in considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all’esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita, nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, alcun potere pubblico.

Dopo queste premesse la Cassazione conclude che anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute, allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata l’illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all’interesse generale pubblico all’ambiente salubre.

Peraltro, in materia di gestione del ciclo dei rifiuti, il nuovo Codice, all'art. 133, lett. p), devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *“aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”* così impostando la disposizione normativa sulla base di quanto rilevato dalla giurisprudenza.

Ma, volendo ritornare alla tematica della presente ricerca, la Cassazione, sempre nella sentenza n. 5290/2010, afferma che compete al giudice anche l'emissione dei provvedimenti cautelari necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati dai comportamenti o provvedimenti delle pubbliche amministrazioni. La Cassazione, in sostanza, mette in evidenza la piena tutela anche cautelare accordabile dal g.a. a tali posizioni soggettive.

Al richiamo della giurisprudenza costituzionale la Suprema Corte sottolinea il riferimento alla nuova formulazione dell'art. 21 legge TAR come modificata dalla legge n. 205/2000 (allora vigente), nella parte in cui la disposizione, dopo aver previsto la possibilità del g.a. di assicurare una tutela cautelare atipica, prevede che la concessione o il diniego della misura cautelare non possano essere subordinati a cauzione quando essi attengano ad interessi essenziali della persona, quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale: la disposizione evidenzia, quindi, che anche il giudice amministrativo ha piena cognizione dei diritti fondamentali in parola, quando si verta in controversie riservate alla sua giurisdizione esclusiva.

Peraltro già la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile del 28 dicembre 2007, n. 27187 ha avuto modo di affermare che la cognizione della controversia volta ad inibire la collocazione in un ambito territoriale di una discarica, anche qualora venga dedotta la lesione del diritto alla salute come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti illegittimi della pubblica amministrazione, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che è altresì competente all'emanazione di provvedimenti

cautelari.

Sempre sul tema, si veda l'ordinanza emessa dal TAR Lombardia, sez. II, 22 maggio 2008, n. 791 la quale, nell'affermare la propria giurisdizione esclusiva su una controversia relativa al diniego di somministrazione gratuita di farmaco salva-vita per una grave malattia al fegato, sospende il provvedimento di diniego dell'Azienda Usl e ordina di provvedere alla somministrazione gratuita come richiesto dal ricorrente¹²⁷.

¹²⁷ È interessante la parte motiva dell'ordinanza in questione che di seguito si riporta integralmente: "Rilevato quanto alla giurisdizione che, secondo l'indirizzo inaugurato da Cass. SSUU 27187/07, nelle materie in cui dispone di giurisdizione esclusiva il GA può conoscere anche di domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali, non comprimibili ad interessi legittimi, quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della p.a. ma con *poteri* da essa illegittimamente esercitati; rilevato che la giurisdizione del GA, riconosciuta dalla Corte Suprema in un'ipotesi in cui il diritto alla salute è stato azionato in chiave oppositiva avverso atti illegittimi della p.a. tendenti a comprometterne l'integrità (localizzazione di una discarica), deve, a maggior ragione, sussistere nei casi in cui tale diritto sia fatto valere in chiave pretensiva allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico discrezionali spettanti alla p.a.; considerato che tale ipotesi ricorre nel caso di specie in quanto il Sig. Guidi lamenta che il mancato inserimento del Nexavar nel prontuario farmaceutico da parte dell'AIFA lede il suo diritto a rimanere in vita il più a lungo possibile e, avendo notificato la domanda anche al Ministero della Salute, chiede in sostanza che venga accertato l'obbligo di tale Agenzia di aggiornare il prontuario nazionale alla luce dell'inserimento del suddetto medicinale nel registro europeo dei farmaci con indicazione anche per il trattamento dei tumori epatici, e il conseguente obbligo dell'ASL n. 3 di Milano di provvedere alla sua somministrazione gratuita. La controversia rientra quindi nella materia dei servizi pubblici che l'art. 34 del D.Lgs 80/98 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del GA in quanto il diritto alla salute (nella sua massima declinazione di diritto alla sopravvivenza in vita) dedotto dal ricorrente al fine di ottenere la somministrazione gratuita di farmaci nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale non si correla ad una semplice obbligazione della Azienda Sanitaria resistente ma investe direttamente la potestà tecnico discrezionale della Agenzia (AIFA) di determinare quali farmaci devono essere inseriti nell'ambito del prontuario farmaceutico nazionale. Ritenuto, nei limiti della cognizione sommaria propria della presente fase cautelare, che l'inserimento del Nexavar nel prontuario farmaceutico appaia allo stato probabile alla luce del fatto che: a) l'efficacia del farmaco risulta comprovata dalla autorizzazione alla commercializzazione concessa dalla Commissione Europea in data 29/10/2007 e dal conseguente inserimento del prodotto nel registro europeo dei farmaci ai sensi dell'art. 13 del Regolamento CE 726/04 anche per il trattamento del tumore alle cellule epatiche; b) non sono state prospettate dalla ASL valide alternative terapeutiche nell'ambito dei medicinali attualmente inclusi nel prontuario. Considerato che i tempi necessari alla definizione del giudizio nel merito non possono pregiudicare il diritto del ricorrente a prolungare la durata della sua vita attraverso l'assunzione del farmaco in oggetto. Ritenuto, pertanto, che, a tal fine, è necessario emanare ai sensi dell'art. 21 L. 1034/71 le misure necessarie ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso consistenti nel porre a carico della ASL n. 3 della provincia di Milano la somministrazione gratuita del Nexavar al ricorrente fino all'aggiornamento del prontuario farmaceutico da parte dell'AIFA. Ritenuto che sussistono gli estremi previsti dall'art. 21, 7° comma, della legge 6.12.1971, n. 1034." Il Collegio del TAR adito conclude accogliendo la domanda incidentale di sospensione ed ordinando all'ASL di provvedere alla somministrazione gratuita del medicinale al ricorrente nelle dosi indicate nelle prescrizioni dei medici curanti fino all'aggiornamento del prontuario farmaceutico.

2.3. Il processo cautelare tra accelerazione della tutela ed anticipazione del giudizio di merito: la difficile presenza del rapporto di strumentalità.

Si è spesso parlato in riferimento all'evoluzione della fase cautelare, soprattutto dopo la legge n. 205 del 2000, della sua “centralità” nel processo amministrativo, dando a tale parola plurimi significati, tutti espressione comunque di un mutamento certamente avvenuto, rispetto al dato di partenza iniziale.

Si è visto infatti che, nel 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, si ha una primitiva tutela cautelare che corrisponde unicamente alla sospensione, intesa come pura e semplice inibitoria del compimento delle attività esecutive, e conseguentemente come provvisoria eliminazione della complessiva efficacia dell'atto oggetto di impugnazione. In questa visione, l'univocità della misura cautelare prevista, e quindi tipica, rientra appieno nel meccanismo delle questioni incidentali che possono intervenire nel processo amministrativo: si parla infatti spesso di “incidente cautelare”, espressione ancora oggi alle volte usata, ma con un significato di certo diverso e non limitativo come negli addietro¹²⁸.

Tale impostazione originaria viene abbandonata, al fine di garantire una sempre maggiore effettività di tutela. I passaggi di questa evoluzione verso l'atipicità e la pienezza della tutela sono stati già in precedenza esaminati. È importante rilevare ora quanto avvenuto in parallelo a tale evoluzione, e che ha inciso sulla dinamica del processo amministrativo, portando la fase cautelare a divenire, come premesso, centrale, anzi il “centro di gravità dell'azione processuale”¹²⁹: ossia la rimodulazione del rapporto di strumentalità, che lega la misura cautelare alla decisione finale sul merito. Il punto è essenziale in quanto la considerazione del suddetto rapporto conduce a diversi ordini di valutazioni, che qui di seguito si intendono proporre ed avanzare.

Come già detto, la tutela cautelare, in ogni giurisdizione, è volta ad impedire che, nell'eventuale accadimento di una situazione materiale o giuridica di pericolo, la durata del processo si risolva in un pregiudizio del

¹²⁸ In S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, l'A. distingue tra “incidenti che non sospendono il giudizio” e “incidenti che provocano la sospensione del giudizio”, classificando le misure cautelari tra i primi.

¹²⁹ S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609.

soggetto che ha richiesto la tutela giurisdizionale. La funzione cautelare ricava la sua giustificazione generica dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti alla cui produzione è diretto il processo ed è posta al servizio dell'ulteriore attività giurisdizionale che dovrà ristabilire in modo definitivo l'osservanza del diritto, ed è quindi destinata più che a far giustizia, a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente la sua opera¹³⁰. La caratteristica strutturale della tutela cautelare è quindi la provvisorietà, ovverossia l'inidoneità a dettare una disciplina definitiva della vertenza, in quanto si tratta di un giudizio interinale, incidentale, emanato sulla base di una cognizione sommaria e di un giudizio di probabilità e verosimiglianza¹³¹.

Il fattore tempo è ancora più rilevante nel processo amministrativo, il cui oggetto è costituito da provvedimenti, quali quelli della p.a., immediatamente ed automaticamente esecutivi: l'effettività quindi, nel processo amministrativo, corrisponde anche, ed in modo particolare, ad accelerazione della tutela.

Con l'art. 21, c. 8, legge TAR come riformato dalla legge n. 205 del 2000, il dato positivo conferma quella tutela cautelare potenziata, costruita nel c.d. "diritto vivente" dalla giurisprudenza. Con l'abbandono dell'univocità della risposta, si arriva così al riconoscimento di "*misure cautelari più idonee, secondo le circostanze, ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (...) durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso*". L'art. 21, c. 8, dunque, per come riscritto, risponde all'esigenza di accelerazione per il tramite dell'anticipazione della tutela.

In particolare, dalla disposizione in esame, si possono dedurre i caratteri della strumentalità, di cui qui si discute, volta a preservare l'effettività della decisione finale, e l'atipicità, che rende concreta la strumentalità stessa in quanto consente l'adozione di misure ritagliate sulla situazione specifica e idonee a garantire appunto l'effettività medesima. Se è evidente che la strumentalità si declini nel carattere interinale della misura cautelare, che vale cioè per la durata del processo e fino alla conclusione di questo, con la sentenza che definisce il giudizio, non altrettanto si può dire per l'altro aspetto che ha caratterizzato, nella pratica, il rapporto

¹³⁰ Si vedano V. ANDRIOLI, *Lezioni*, op. cit. e P. CALAMANDREI, *Introduzione*, op. cit., nonché G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 137, in un cui l'A. afferma: «la sentenza che accoglie la domanda deve attuare la legge come se ciò avvenisse al momento della domanda giudiziale: la durata del processo non deve andare a detrimento dell'attore».

¹³¹ M. ALLENA, *Il contenuto delle misure cautelari*, op.cit., 20, ss.

strumentale, ovverossia l'anticipatorietà degli effetti.

Circa il carattere anticipatorio, autorevole dottrina¹³² sostiene che esso «è un fatto vero ma all'evidenza è stato forse fuorviante» in quanto la ragione dell'azione cautelare non risiede nella sentenza finale. Anzi, la tesi dell'anticipazione, prosegue la dottrina medesima, ha oscurato la stessa funzione strumentale che è quella di assicurare gli “*effetti della decisione sul ricorso*”.

Al riguardo la tutela cautelare andrebbe vista indubbiamente come servente rispetto alla sentenza, il cui contenuto non deve essere vanificato dallo scorrere del tempo; tuttavia è altrettanto indubbio che molto spesso le misure cautelari non hanno una mera funzione conservativa, bensì esattamente anticipatoria del contenuto della decisione di merito, già a partire dalla semplice sospensiva a tutela dei classici interessi oppositivi, che, sul piano degli effetti, anticipa perfettamente il contenuto della sentenza, che è di tipo demolitorio nei confronti dell'atto impugnato¹³³.

Comunque, si ricava un dato inconfutabile dall'evoluzione della tutela cautelare: il privato può ottenere più di quanto avrebbe ottenuto con l'immediato accoglimento del ricorso, che, va ricordato, comporta semplicemente l'annullamento dell'atto gravato¹³⁴. Il discorso, che verrà approfondito nei capitoli successivi, si riferisce al rapporto tra cautela e ottemperanza, ritenendo, buona parte della dottrina, che le misure cautelari siano strumentali sia alla decisione sia alla sua esecuzione¹³⁵.

Questo risultato è l'effetto di una “*crisi della strumentalità*”¹³⁶, che permane tuttora anche con il nuovo Codice, pur se all'apparenza esso sembri intenzionato a risolverla. La ragione di questa crisi è da ricercare nel mutamento del ruolo della tutela cautelare che da incidente processuale è diventato un “*giudizio nel giudizio*”, dotato di completa autonomia

¹³² R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare*, op. cit., 1117.

¹³³ M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, op. cit., 342.

¹³⁴ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare*, op. cit., 1115, l'A. ritiene che tra i provvedimenti giurisdizionali d'eccezione che producono effetti di costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, l'annullamento è da sempre quello che appare “*di minore invadenza*” dell'autonomia giuridica dei soggetti dell'ordinamento, o può essere ritenuto una “*ragionevole ingerenza*”, rimarcando che la conformità al giudicato deve essere comunque ottenuta rivolgendosi all'amministrazione “*costringendola al più pel tramite del giudizio di ottemperanza*”.

¹³⁵ Sul punto, A. ROMANO, *Tutela cautelare*, op. cit., 2499, in cui l'A. attribuisce al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza.

¹³⁶ Così R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 62.

procedurale¹³⁷, cioè quanto a finalità e limiti di contenuto, presupposti, oggetto e scopo, rispetto al ricorso principale per annullamento. Se infatti, da un lato, la risposta cautelare serve a mantenere impregiudicato temporaneamente l'interesse sostanziale del ricorrente, la risposta di merito, dall'altro, serve ad affermare l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, andata a svantaggio del ricorrente.

Se l'autonomia procedurale esce rafforzata dal nuovo corso della tutela cautelare, dall'altro la strumentalità è sottoposta ad una seria rivisitazione, se non finanche ad una compressione.

La strumentalità della tutela cautelare presenta, secondo la dottrina maggioritaria, un lato funzionale, cioè riguardante il rapporto con la tutela offerta con la decisione sul merito, ed un lato strutturale, cioè inerente la relazione con il giudizio di cognizione piena, inteso come fase successiva e necessaria all'interno del processo amministrativo.

Partendo da quest'ultima, ossia dalla strumentalità di tipo strutturale, va sottolineato che le misure cautelari non hanno autonomia al di fuori del processo: l'estinzione della causa o la mancata prosecuzione del giudizio di merito determinano la perdita di efficacia delle misure. Le misure cautelari, cioè, non possono definire il giudizio¹³⁸, tranne eccezioni che, le vedremo tra un attimo, interessano il rapporto strumentale in generale e che riguardano le ipotesi in cui la conclusione del procedimento amministrativo, su cui la misura cautelare ha inciso, travalichi il merito rendendolo, di fatto, superfluo.

La strumentalità funzionale, in maniera più specifica, comporta che

¹³⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale*, op. cit., 1464. Di recente TAR Campania-Napoli, Sez. VIII, 3 settembre 2010, n. 17288 in cui si afferma: "La domanda cautelare, rispetto a quella volta alla definizione nel merito della causa instaurata dinanzi al giudice amministrativo, presenta una propria connotazione anticipatoria, interinale e strumentale e dà luogo ad un autonomo *iter* processuale e che, d'altro lato, i presupposti della tutela conseguibile attraverso la prima domanda (*fumus boni iuris e periculum in mora*) non sono rinvenibili in quella apprestata mediante l'azione di cognizione piena. Una simile diversità funzionale ed autonomia strutturale tra le due forme di tutela, attestata dalla circostanza che la statuizioni della pronuncia cautelare non sono vincolanti per il giudice del merito, rende evidente come la rinuncia alla domanda cautelare non sia, di per sé, suscettibile di comportare acquiescenza al provvedimento impugnato, e, quindi, sopravvenuta carenza di interesse all'invocato suo annullamento giurisdizionale".

¹³⁸ Di recente la Cass. Civ. Sez. Un. 23 settembre 2013 n. 21677 ha affermato che il provvedimento cautelare emesso dal giudice amministrativo non assume carattere decisorio e non incide in via definitiva sulle posizioni soggettive dedotte in giudizio, essendo destinato a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito, sicché esso, pur quando coinvolge posizioni di diritto soggettivo, non statuisce su di esse con la forza dell'atto giurisdizionale idoneo ad assumere autorità di giudicato, nemmeno su questioni pregiudiziali di rito come la giurisdizione.

la tutela cautelare sia servente rispetto alla decisione finale, tramite la sospensione del provvedimento gravato od anche, come visto, tramite l'anticipazione degli effetti della decisione stessa. Questa possibile risposta cautelare comunque, secondo l'interpretazione del dettato normativo di cui all'art. 21, c. 8, legge TAR che ne ha fatto per lungo tempo la dottrina prevalente, non potrebbe dare risultati maggiori o diversi da quelli che si conseguono con la sentenza di merito¹³⁹. La stessa Corte costituzionale con la sentenza 1° febbraio 1982, n. 8, già in precedenza analizzata, ritiene che la risposta cautelare possa “anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice” pur se parla di “intima compenetrazione” con il momento del merito in modo che “questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela”.

Ma così, lo si ripete, sul piano pratico non è, come da molti, se non tutti, oramai riconosciuto ed affermato.

Infatti, accentuando il ruolo conformativo dell'agire pubblico da sempre assolto dal giudice amministrativo¹⁴⁰, e che ha avuto particolare sviluppo nella fase cautelare, per l'evoluzione complessiva delle dinamiche del processo amministrativo, si è constatato fattivamente che la tutela cautelare possa generare effetti irreversibili.

Persino il legislatore ha preso atto di tale irreversibilità. Infatti nello stesso art. 21, c. 8, legge TAR si prevede che, nel caso in cui dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il Collegio adito, al fine di attenuare tali effetti o fornire comunque una sorta di compensazione agli altri interessi in causa, possa subordinare la concessione o il diniego

¹³⁹ A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi*, op. cit., 357, il quale osserva che «il principio di strumentalità impone di escludere che attraverso l'ordinanza cautelare possano attribuirsi utilità maggiori di quelle ipotizzabili in caso di esito vittorioso del ricorso, altrimenti il giudizio cautelare diventa una cellula impazzita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice rispetto al ricorso».

¹⁴⁰ *Ex multis*, si vedano le sentenze Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732 e TAR Lazio 22 settembre 2009, n. 9171. Sul fronte della dottrina, M. A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, 17/2009, e G. MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*, in *Foro Amm.-TAR*, 2009, 1, 35 ss. Inoltre, C. CALABRÒ, *Inaugurazione dell'anno giudiziario del TAR Lazio 2004*, in www.giustizia-amministrativa.it, ritiene che vi debba essere una contemporaneità tra processo amministrativo e correzione dell'attività procedimentale, elemento questo che caratterizza il ruolo del giudice amministrativo rispetto a quello del giudice ordinario.

della misura cautelare alla prestazione di una cauzione¹⁴¹, norma questa che trova conferma anche oggi nel nuovo Codice all'art. 55, c. 2.

Ancora più in concreto, in una specifica materia, quella dei concorsi di tipo abilitativo, il legislatore, all'art. 4 del d.l. 30 giugno 2005, n. 115, come convertito dalla legge n. 168, dispone: *“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 o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”*.

La previsione si inserisce appieno nel quadro di quelle pronunce atipiche del giudice amministrativo, in forza delle quali il ricorrente, a fronte di un provvedimento di diniego dell'amministrazione precedente, è ammesso, in virtù della tutela cautelare concessa, a partecipare con riserva ai pubblici concorsi (a partire dal caso degli esami di maturità), con assorbimento del precedente diniego e conseguente improcedibilità del ricorso, in caso di superamento delle prove in quanto viene meno l'interesse alla prosecuzione del giudizio di merito¹⁴². Appaiono infatti soddisfatti entrambi gli interessi: del candidato ricorrente, da un lato, che ottiene il bene cui aspirava, e cioè la partecipazione al concorso cui è conseguito l'esito finale del superamento, e dell'amministrazione, dall'altro, che ha, attraverso un esame che comunque vi è stato, rispettato il suo dovere di valutazione delle capacità del candidato.

¹⁴¹ In R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 88, l'A. parla della cauzione come *“controcautela”*.

¹⁴² Si veda a questo riguardo la parte motiva della recente sentenza C.G.A.R. del 28.4.2014, n. 222: *“gli esiti abilitativi maturati in capo alla parte appellata (per effetto della nuova correzione degli elaborati, del superamento della prova orale e della successiva iscrizione all’Albo degli Avvocati) per come sono stati generati dal primo Giudice (...), sopravvenuti prima della notifica (...) dell’atto d’appello da parte dell’Avvocatura erariale, appaiono oltremodo idonei a determinare l’effetto preclusivo previsto dal cit. l’art. 4, comma 2 bis della legge 17.08.2005, n. 168, nei termini con cui tale effetto è stato giustificato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 108/2009, e anche di recente ribadito dal Consiglio di Stato (sez. VI, 26.06.2012 e sez. IV, 14.01.2011, n. 186), e da questo Consiglio di Giustizia Amministrativa con diverse decisioni, con le quali ha affermato che “l’esito delle prove, espresso dalla Commissione esaminatrice senza riserve e prima del deposito dell’appello e della pronuncia cautelare di questo Consiglio produce effetti favorevoli all’appellato a norma dell’art. 4, comma 2 bis del decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito con legge 17 agosto 2005, n. 268 ..”*(v. CGA, sentenze n. 719/2010, come opportunamente richiamata dalla difesa della parte appellata). A nulla rilevando, per conseguenza, i motivi di censura con i quali la Difesa erariale ha gravato nel merito la decisione adottata dal Primo Giudice.” Lo stesso Collegio dichiarando improcedibile il ricorso così conclude: *“la conseguita abilitazione segna il riconoscimento dell’idoneità dell’appellata e rende inutile qualsiasi statuizione nel merito, così come sollecitata dalla difesa Erariale nell’atto d’appello, che pertanto va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendosi consumato ope legis ogni interesse alla sua coltivazione.”*

La soluzione proposta dal legislatore dimostra la compatibilità col sistema di pronunce cautelari che producono una definitività dell'assetto degli interessi in gioco¹⁴³.

La sentenza del Consiglio di Stato 14 gennaio 2011, n. 186, intervenendo sull'argomento, chiarisce che la norma di cui all'art. 4 comma 2 bis d. l. n. 115/2005 presuppone, comunque, il superamento di una completa procedura di abilitazione. Infatti, non può trovare applicazione nel caso in cui il candidato, senza avere mai superato le prove scritte, sia stato ammesso direttamente dal TAR in via cautelare a sostenere la prova orale, poi superata, a nulla valendo la successiva iscrizione al relativo albo professionale, costituente una sopravvenienza destinata a cadere automaticamente a seguito del rigetto, nel merito, del ricorso di primo grado, anche da parte del Consiglio di Stato a mezzo di appello.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire con la sentenza 9 aprile 2009, n. 108, che trova successiva conferma nell'ordinanza 19 maggio 2009, n. 158. Quello che si ricava in breve da queste pronunce è innanzitutto che la regola prevista per gli esami di abilitazione non possa estendersi ai concorsi pubblici strettamente intesi, cioè a quelli selettivi, in quanto in tal caso viene in rilievo la posizione dei controinteressati su cui andrebbe ad incidere una decisione che rimane di tipo cautelare.

In secondo luogo, in maniera più generale, la Corte giustifica una previsione di legge come quella analizzata, facendo leva sul bilanciamento degli interessi, tra l'affidamento dei concorrenti che comunque hanno superato le prove e la salvaguardia, attraverso una valutazione, dell'interesse pubblico: infatti l'interesse pubblico all'accertamento, una volta soddisfatto, supera quello della definizione del processo¹⁴⁴.

¹⁴³ N. SAITTA, *Riflessi processuali di una definitività ex lege degli effetti della misura cautelare*, in www.giustamm.it; F. DE SANTIS, *Abilitazione forense, sufficienza della valutazione numerica, ordinanze propulsive e vizi di legittimità*, in *Giur. Merito*, 1009, 3142 ss.

¹⁴⁴ Afferma la sentenza: "Il legislatore ha ritenuto di contemperare i diversi interessi rilevanti, accordando una particolare tutela all'affidamento del cittadino. Questo comporta indubbiamente una certa compressione del diritto di difesa, in quanto si introduce una dissimmetria tra le due parti del processo amministrativo eventualmente avviato: al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo. Queste conseguenze vanno valutate alla luce dei principi costituzionali, che non escludono una ragionevole limitazione del diritto di difesa dell'amministrazione. Come osservato da questa Corte con riferimento al processo penale, ma con argomenti che possono essere parzialmente estesi al processo amministrativo, il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali: «stanti le differenze fisiologiche fra le

Con il nuovo Codice del processo amministrativo non si torna indietro; tuttavia esso manifesta quanto meno «*un ripensamento del principio tradizionale di strumentalità, anche a seguito di un uso disinvolto fattone della giurisprudenza, per mezzo della c.d. atipicità delle misure cautelari e ai loro possibili effetti*»¹⁴⁵.

Alcuni autori parlano dei rischi legati ad una “cautelarizzazione” del processo amministrativo¹⁴⁶, in cui la fase cautelare, quasi con una forza centripeta, va ad assorbire tutto il processo, esaurendo nella stessa la risposta giudiziale predisposta e fornita dall’ordinamento. Certo, questa tendenza deriva innanzitutto dalla necessità di provvedere in tempi brevi ad una istanza, qual è quella cautelare, che richiede indubbiamente prontezza di risposta¹⁴⁷; tuttavia essa non può andare a detrimento, secondo la dottrina prevalente, della cognizione piena che solo la trattazione della fase di merito può dare¹⁴⁸.

Con il Codice l’atipicità rimane un dato caratterizzante delle pronunce cautelari, ma si può dire che ne esce rafforzato, almeno nelle intenzioni, il rapporto di strumentalità, ed in particolare il suo lato procedurale.

Infatti l’art. 55, riportando, al comma 1, l’esatta disposizione dell’abrogato art. 21, c. 8, legge TAR, e quindi imponendo sempre al

due parti, dissimmetrie sono, così, ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere contenute nei limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni – è stato ribadito – per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008).” Sempre nel senso di un ridimensionamento della portata della norma di legge in questione, si richiama TAR Lazio-Roma, sez. I, 14 marzo 2011, n. 2272 in cui si sostiene: “Il superamento della preselezione in un pubblico concorso è requisito di ammissione al seguito della procedura concorsuale e determina, sul piano giuridico, effetti costitutivi suoi propri, con la conseguenza che la sua mancanza non è surrogabile in via ricognitiva a seguito del positivo espletamento delle (successive) prove scritte e orali; pertanto, il superamento delle prove scritte cui il candidato sia ammesso con riserva in ragione di un’ordinanza cautelare adottata in sede di impugnativa dell’esclusione per mancato superamento della detta preselezione non determina il c.d. effetto di assorbimento, né, conseguentemente, la declaratoria di improcedibilità del ricorso originario.”

¹⁴⁵ R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 63.

¹⁴⁶ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012, 14.

¹⁴⁷ D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in M. ROSSI SANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 122: «*La tutela cautelare è stata utilizzata per superare i tempi biblici di durata del processo di merito che, attraverso norme di rango costituzionale, si sta tentando di ricondurre ad una ragionevole durata*».

¹⁴⁸ Secondo la dottrina processualcivile, le cui argomentazioni costituiscono i riferimenti di molti commentatori del processo amministrativo, la tutela cautelare, come in genere ogni forma di tutela sommaria, può risultare rischiosa, sotto il profilo della certezza del diritto, in quanto non fondata sulla cognizione piena, bensì sulla probabilità e sulla sommarietà.

ricorrente l'allegazione *“di subire un danno grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso”*, allo stesso tempo, al comma 4, sancisce: *“La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio”*. Ed inoltre al comma 11: *“L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice”*¹⁴⁹.

L'art. 60 conferma la procedura, prevista anche nella precedente legge TAR, che, come una sorta di “giudizio immediato”, consente la definizione del giudizio già in sede cautelare, quindi con rito camerale e non in pubblica udienza, con sentenza in forma semplificata. Rispetto alla previgente disciplina vi sono però delle differenze, derivanti da una maggiore attenzione ai diritti di difesa. Oltre all'accertamento della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e all'audizione delle parti costituite, l'art. 60 prevede che devono essere trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, e fa salva l'ipotesi in cui una delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di giurisdizione o di competenza, nel qual caso dispone il rinvio per l'esercizio di questi diritti con fissazione della data di trattazione.

Il giudizio in questione è oggi alternativo all'emissione di misure cautelari, in quanto non si contempla più, come nel vecchio art. 21, c. 10, legge TAR, in caso di rinvio della trattazione, una loro possibile adozione *“ove ne sia il caso”*. La ragione è da ricercarsi nella previsione nell'art. 60 circa l'emissione di una sentenza in forma semplificata. Al riguardo dispone l'art. 74 c.p.a. che questo tipo di decisione è possibile nei casi di manifesta fondatezza o di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso.

Per alcune materie però il Codice prevede che, oltre ad una accelerazione verso la decisione sul merito, sia garantita anche una tutela cautelare. Ci si riferisce al c.d. “rito abbreviato” di cui all'art. 119 c.p.a. e già previsto dall'art. 23-bis della legge TAR. In virtù di questa disposizione,

¹⁴⁹ L'art. 21 legge TAR prevedeva al comma 12 genericamente che: *“L'ordinanza del tribunale amministrativo regionale di accoglimento della richiesta cautelare comporta priorità nella fissazione della data di trattazione del ricorso di merito”*.

solo per le materie ivi elencate¹⁵⁰, tutti i termini processuali sono dimezzati, ad eccezione di quelli previsti per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, e per l'appello delle misure cautelari. Inoltre, poi, facendo salva l'applicazione dell'art. 60, valutata la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, il TAR fissa con ordinanza la discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza stessa, la quale può, in caso di estrema gravità ed urgenza (gli stessi requisiti, più pregnanti, richiesti ex art. 60 c.p.a. per la tutela monocratica presidenziale), disporre le opportune misure cautelari.

Non va dimenticato un altro possibile esito interessante la domanda cautelare, ossia il c.d. "merito a breve" di cui all'art. 55, c. 10. Questa soluzione passa da una valutazione da parte del Collegio giudicante¹⁵¹ della posizione del ricorrente, le cui esigenze devono essere "*apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito*" nel qual caso viene fissata con ordinanza la data di discussione nel merito.

Il riferimento ad un apprezzamento favorevole della posizione del ricorrente lascia presupporre un esito positivo della vertenza¹⁵². Nell'ipotesi

¹⁵⁰ Oggi, dopo alcune integrazioni legislative successive all'emanazione del Codice, sono diverse le materie, interessate dal rito abbreviato ex art. 119, tra cui: "a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; b) i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti; c) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali; c-bis) i provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; d) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri; e) i provvedimenti di scioglimento degli organi di governo degli enti locali e quelli connessi, che riguardano la loro formazione e il loro funzionamento; f) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità e i provvedimenti di espropriazione delle invenzioni adottati ai sensi del codice della proprietà industriale; g) i provvedimenti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive."

¹⁵¹ Da evidenziare che il meccanismo della fissazione accelerata dell'udienza di merito, prevista, pur su presupposti differenti, dagli artt. 55, c. 10, e 119, può trovare applicazione anche innanzi il Consiglio di Stato, il quale organo, a fronte di un intervenuto gravame, in caso di riforma dell'ordinanza cautelare di primo grado impugnata, trasmette al TAR per la fissazione dell'udienza di merito.

¹⁵² Per verificare come funzioni il meccanismo di cui all'art. 55, c. 10, c.p.a., si veda ad esempio l'ordinanza 9 aprile 2014, n. 1469 con cui il Consiglio di Stato, "*rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le esigenze cautelari del ricorrente appaiono apprezzabili favorevolmente in punto di fumus boni iuris (...) e tutelabili adeguatamente con la*

di cui all'art. 60, l'esito circa la domanda del ricorrente, non è scontato, potendo la sentenza di merito essere di accoglimento così come di rigetto. Nell'art. 119 vi è indubbiamente una valorizzazione della probabile fondatezza del ricorso, ed è difficile che l'esito della fase cautelare possa essere ribaltato nel merito, a meno che, a causa della compressione dei diritti di difesa dovuta ai termini dimezzati di questo rito, in pubblica udienza non si riesca ad approfondire le proprie posizioni, ad esempio anche per il tramite dell'accoglimento dal parte del Collegio giudicante di istanze istruttorie¹⁵³.

Quel che è certo, comunque, è che in tutte questi casi, già in sede cautelare, abbiamo una valutazione del merito della vicenda processuale, che passa o da elementi manifesti o dalla considerazione di profili di fondatezza o da un apprezzamento favorevole della posizione del ricorrente, di modo da "saltare" la risposta cautelare (artt. 55, c. 10, e 60) o da avere comunque una sua accelerazione verso il merito (art. 119).

Queste previsioni si possono leggere come un'affermazione del rapporto strumentale: il legislatore, oltre a costruire meccanismi procedurali che legano ancor di più il momento cautelare con quello di merito, sembra quasi voler evitare, laddove non occorra, la risposta cautelare, in quanto essa non è il prodotto di una cognizione piena¹⁵⁴.

Le stesse disposizioni possono, però, portare ad una lettura differente che vede la fase cautelare come, ancora una volta, centrale nel processo amministrativo: infatti, è soltanto passando attraverso lo strumento cautelare che è possibile avere una decisione nel merito a breve (art. 55, c. 10), o una sentenza che definisca subito la vertenza nella prima udienza camerale fissata per la domanda cautelare (art. 60), o ancora, in certe materie, un provvedimento cautelare con contestuale fissazione della discussione di merito entro massimo trenta giorni (art. 119). Certamente,

sollecita definizione del giudizio di merito (...) in riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie la domanda cautelare di primo grado ai soli fini di cui all'art. 55, comma 10, cod. proc. amm.; (...) ordina che, a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia trasmessa al TAR per la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm."

¹⁵³ Ad esempio in Cons. St., Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3651, i giudici hanno rilevato come l'accoglimento parziale, previo sommario esame, di una domanda cautelare ai sensi del vecchio art. 23-bis legge TAR, è diretto a provocare un tempestivo e più approfondito esame della controversia nella naturale sede di merito.

¹⁵⁴ P. SALVATORE, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it, l'allora Presidente del Consiglio di Stato afferma espressamente: «Il giudice amministrativo, intendendo la sua missione come quella di dare giustizia definitiva alle istanze del cittadino anche al fine di conformare l'azione amministrativa, "soffre" nel provvedere alla tutela cautelare, ma è tuttavia ben consapevole che si tratta dell'unico peculiare strumento che l'ordinamento mette a disposizione per assicurare pronta ed efficace risposta agli interessi lesi.»

comunque, queste modalità particolari di definizione del giudizio rispondono ad un'esigenza di accelerazione della tutela, che nel Codice vede l'affermazione della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.¹⁵⁵

Ma allo stesso tempo il Codice intende considerare altri aspetti. Per un verso, la fase cautelare subisce l'attenzione riservata dal legislatore delegato ad altri interessi, ritenuti meritevoli di tutela. Al riguardo ad essa si affianca, ai fini del loro bilanciamento, l'esigenza di garantire il contraddittorio tra le parti: a tale discorso sono da ricondurre, ad esempio, le disposizioni che indicano i termini per la fissazione dell'udienza camerale (art. 55, c. 5) o che impongono la verifica dell'avvenuta notifica al destinatario prima dell'emissione del decreto monocratico (art. 56, c. 2). Allo stesso modo va letta l'inderogabilità del regime della competenza territoriale e funzionale anche per le misure cautelari (art. 16).

Per altro verso, poi, pur se si vuole dare nuovo smalto al rapporto strumentale, la qualità della tutela cautelare non cambia, anzi si rafforza. Sul punto, la centralità della fase cautelare nel processo amministrativo, oltre a trovare conferma sul piano formale nel richiamo espresso nel Codice ai principi dell'effettività della tutela e del giusto procedimento, viene consolidata, ad esempio, con l'estensione del raggio d'azione della tutela cautelare *ante causam* (art. 61), nonché con la rilevanza riconosciuta al comportamento del soggetto leso ai fini del risarcimento del danno (art. 30).

L'autonomia procedurale, di cui si è prima discusso, trova conferma non solo nell'art. 57 del Codice che prevede, nell'ordinanza cautelare, la decisione sulle spese di lite relative alla stessa fase, statuizione che, sotto la vigenza della legge TAR, pur contemplata, aveva carattere facoltativo e provvisorio in quanto trovava definizione solo con la successiva sentenza di merito, ma anche nell'art. 55 al comma 3 ove si contempla la proposizione della domanda cautelare sia a mezzo dello stesso ricorso di merito introduttivo del giudizio che con atto distinto, ipotesi che, in precedenza, pur non indicata dal dettato normativo, era praticata, a seconda delle specifiche esigenze di tutela della posizione del ricorrente.

In realtà parte della dottrina ha lamentato la mancanza di un'autonomia decisoria del provvedimento cautelare, il quale dovrebbe

¹⁵⁵ Autorevole dottrina fa notare che la fretta, secondo un antico brocardo, è tendenzialmente nemica del bene e l'accelerazione del procedimento e del processo sono rispettivamente nemiche della buona amministrazione e della piena giustizia. L'espressione "ragionevole" durata del processo non si identifica del resto ed anzi è antinomica a quella di processo iperaccelerato. Vedi in tal senso A. M. SANDULLI, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. La fase cautelare*, in www.federalismi.it n. 18/2010.

essere, invece, autosufficiente ed avere vita propria, prescindendo dagli accadimenti processuali successivi ed in particolare indipendentemente dal merito. Alla base di questo ragionamento vi è innanzitutto il carattere sempre più anticipatorio dell'ordinanza cautelare, che, come visto, addirittura può generare effetti irreversibili. Il giudizio di merito, nella pratica, è molto spesso – ed è difficile non condividere l'assunto – una mera ripetizione di quanto già valutato in precedenza. Autorevole dottrina parla di uno “*spreco di attività*” in quanto, ad esempio, a fronte di un'ordinanza cautelare ben motivata, la decisione di merito si risolve nella riproposizione dello stesso schema motivazionale, se non sono intervenuti fatti nuovi che possono essere oggetto di valutazione da parte del Collegio, ed in tal caso il passaggio in decisione si risolve nel “*puro ossequio formale al principio di strumentalità*” senza avere ricadute effettive sulle parti¹⁵⁶.

Un'autonomia siffatta ha chiaramente a suo modello il processo civile, all'interno del quale in alcune (e non poche) ipotesi, tra cui il procedimento ex art. 700 c.p.c., l'instaurazione del giudizio di merito è rimessa alla facoltà delle parti in causa, ed in specifico a quella parte, evidentemente, che ritiene di conseguire con una cognizione piena un risultato diverso da quello ottenuto in sede di cognizione sommaria cautelare. Ancora di più, l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia del provvedimento cautelare, che continua a produrre i suoi effetti¹⁵⁷.

Nel processo civile quindi il rapporto strumentale tra la fase cautelare e la fase di merito, pur se in astratto permane, in realtà è ipotetico; alla stessa conclusione non si può arrivare guardando al processo amministrativo in quanto, anche se “in crisi” o attenuato, non viene mai dichiarato sciolto, ma anzi il nuovo Codice ha inteso, con alcune sue disposizioni, rinvigorirlo, nel tentativo, come si afferma nella sua relazione di accompagnamento, di “*prevenire i casi di misure cautelari indefinitivamente efficaci senza essere mai riassorbite dalla sentenza di merito*”.

Autorevole dottrina ha rilevato, alla base di tale quadro, una differenza più specifica che risiede nel fatto che nell'ambito del processo amministrativo non è contemplata la distinzione, invece divenuta centrale

¹⁵⁶ L. VIOLA, *I tempi del processo amministrativo: le scelte sbagliate del nuovo codice*, in *Foro Amm.-TAR*, 11, 2011, 3809.

¹⁵⁷ L'attuale strutturazione del giudizio cautelare (è proprio parlare in questo caso di “giudizio” anziché di “fase”) deriva dalle novità del c.d. “decreto competitività” 14 marzo 2005, n. 35 conv. in legge 14 maggio 2005, n. 80. Si veda al riguardo M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo civile “competitivo” secondo la legge 80/2005*, in www.judicium.it.

nel giudizio civile, tra “*tutela cautelare di tipo conservativo, a stretta strumentalità*” e “*tutela cautelare di tipo anticipatorio, a strumentalità attenuata*”, distinzione che vede solo la prima comportare necessariamente la conseguente instaurazione della causa di merito¹⁵⁸.

In conclusione, non si può che riaffermare le caratteristiche della tutela cautelare nel processo amministrativo per come è ed è rimasta anche dopo l'adozione del Codice. Essa infatti è tutt'altro che un incidente processuale, ma è invece centrale, svolgendo una funzione di raccordo tra l'introduzione del giudizio e la decisione¹⁵⁹, e costituendo il primo contatto tra le parti e il giudice, come innanzi ad un giudice istruttore¹⁶⁰. Anche dal punto di vista della sua evoluzione, essa è stata inversamente proporzionale a quella del giudizio di merito, spesso destinato alla sopravvenuta carenza di interesse o alla perenzione.

A quest'ultimo riguardo, per verificare la bontà dell'assunto, basta guardare alla dinamica che interessa l'udienza di merito, la cui fissazione quasi mai avviene automaticamente (se non dopo istanza di prelievo avanzata dalle parti), e che, a seguito di avviso di perenzione inviato alle parti dal tribunale adito, è destinata ad estinguersi se non si rinnova l'istanza di fissazione. In occasione dell'adozione del nuovo Codice, peraltro, il legislatore delegato ne ha approfittato per procedere ad una massiccia opera di abbattimento delle pendenze, con la previsione di cui all'art. 1 dell'allegato 3 del Codice, in base alla quale, per i ricorsi pendenti da oltre cinque anni, se non fosse intervenuta, entro centottanta giorni dalla data della sua entrata in vigore, una nuova fissazione di udienza delle parti, il ricorso sarebbe stato dichiarato perento.

Come non evidenziare poi quanto si verifica, nella concreta applicazione dei poteri cautelari da parte dei tribunali aditi, in ordine all'obbligo di motivazione delle ordinanze cautelari, ed in specifico al valore attribuito ad una disposizione che, presente già prima del Codice, sarebbe indirizzata semplicemente a garantire, appunto, un supporto motivazionale al pronunciamento interinale, per evitare una incontrollata discrezionalità dell'organo giudicante, ed invece è spesso travisata. È noto infatti ex art. 55, c. 9, c.p.a. che l'ordinanza debba essere motivata “*in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato*” e debba indicare “*i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*”.

¹⁵⁸ M. BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.judicium.it.

¹⁵⁹ C.E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo*, op. cit., 1022.

¹⁶⁰ M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, op. cit.

Ebbene, la disposizione di cui sopra ha generato una dinamica tale per cui, a fronte di un'ordinanza cautelare di non accoglimento che reca, circa il requisito del *fumus*, una indicazione quale, ad esempio, “*considerato che non emergono profili che possono condurre all'accoglimento del ricorso*” o ancora “*ritenuto, ad un primo sommario esame della causa, che il ricorso non contenga elementi per ritenerne ragionevolmente prevedibile un esito favorevole per la ricorrente*”, il destinatario dello stesso provvedimento, percependola come un preavviso di rigetto, ne deduce un esito negativo della causa anche nel merito, non coltivando più in maniera convinta il proprio ricorso e spesso destinandolo alla perenzione, mentre dall'altro lato l'organo giudicante, consapevole di questa dinamica, in caso di prosecuzione della causa, e di soccombenza del ricorrente nel merito, tiene conto del precedente esito negativo della fase cautelare in termini di condanna sulle spese di lite, con mortificazione del valore del giudizio di cognizione piena.

In sostanza, quindi, a fronte di una strumentalità che, pur sottoposta ad alterne pressioni, mai viene smentita né dalla dottrina né dalla giurisprudenza, all'atto pratico, si ricercano alle volte *escamotage* processuali, che, come quello appena descritto, tendono a dare, al di là delle modalità previste dagli artt. 60 e 119, nonché all'art. 55, c. 10, c.p.a., una definizione sostanziale *de facto* della vertenza già in sede cautelare, conferendo a quest'ultima un valore se non maggiore, comunque diverso da quello che gli andrebbe attribuito in base al necessario rapporto strumentale che, almeno per ora, fino a che non intervengono novità normative, la lega al merito.

CAPITOLO 3

L'ESPANSIONE DEGLI EFFETTI DELLA TUTELA CAUTELARE

3.1. L'effetto conformativo dell'attività amministrativa prodotto dalle decisioni cautelari. – 3.2. La tecnica processuale del c.d. “*remand*”. – 3.3. Ancora sugli effetti dei provvedimenti cautelari

3.1 L'effetto conformativo dell'attività amministrativa prodotto dalle decisioni cautelari

L'atipicità che ha caratterizzato, sempre più nel corso del tempo, le misure cautelari non poteva non avere conseguenze sul piano della dinamica del processo amministrativo e dei rapporti di quest'ultimo con la pubblica amministrazione, parte necessaria resistente nel giudizio, e allo stesso tempo parte cui compete, generalmente¹⁶¹, il procedimento amministrativo oggetto della vertenza. Già si è detto che proprio questo carattere ha mutato la fisionomia della tutela cautelare che da mezzo di conservazione della *res adhuc integra* è diventato, al fine di garantire una tutela effettiva, “*mezzo di propulsione a carattere anticipatorio*”.

Procedendo lungo questa linea, il privato può ottenere di più di quanto conseguirebbe con l'immediato accoglimento del ricorso, che, va ricordato, comporta l'annullamento dell'atto gravato¹⁶². Già si è parlato dei rischi legati ad una “*cautelarizzazione*” del processo amministrativo, in cui la fase cautelare finisce per assorbire tutto il processo, esaurendo nella stessa la risposta giudiziale predisposta e fornita dall'ordinamento¹⁶³.

¹⁶¹ Non rientra in questo caso, chiaramente, l'ipotesi in cui l'atto venga impugnato per incompetenza dell'amministrazione che lo ha emesso.

¹⁶² R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, 148, in cui si evidenzia che «*questo aspetto della tutela cautelare nel processo amministrativo è stato tollerato, ma anche esplicitamente ammesso da parte della dottrina fin da prima della riforma del 2000*». Anzi, sul punto, in A. ROMANO, *Tutela cautelare*, op. cit., 2499, l'A. attribuisce al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, i poteri propri del giudice nel rito dell'ottemperanza.

¹⁶³ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, op. cit., 2012, 14.

Questa tendenza deriva, innanzitutto, e certamente, dalla necessità di provvedere in tempi brevi ad un'istanza, qual è quella cautelare, che richiede indubbiamente prontezza; tuttavia si riscontra che essa sia andata a detrimento della cognizione piena che solo la trattazione della fase di merito può dare.

Il potere giurisdizionale se da un lato è stato l'artefice di tale situazione di fatto, dall'altro pare mantenere un approccio critico, consapevole dei risvolti negativi di questo cambiamento. Al riguardo, il giudice amministrativo, che dovrebbe ordinariamente assicurare una giustizia definitiva «*“soffre” nel provvedere alla tutela cautelare, ma è tuttavia ben consapevole che si tratta dell'unico peculiare strumento che l'ordinamento mette a disposizione per assicurare pronta ed efficace risposta agli interessi lesi*»¹⁶⁴. La cognizione piena di merito, in sostanza, viene sacrificata sull'altare della effettività e della prontezza¹⁶⁵.

D'altronde il quadro normativo ha consentito questa espansione della portata della tutela cautelare. A fronte, infatti, della previsione contenuta nell'art. 21, c. 8, legge TAR, come modificato dalla riforma del 2000, che attribuisce e riconosce in capo al giudice il potere, di certo ampio, di adottare tutte le misure che appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, non corrisponde, nella norma, almeno una qualche minima indicazione dei limiti che lo stesso potere incontra. L'unico contrappeso è costituito dal prudente apprezzamento del giudice, e non è un caso, evidentemente, che nemmeno il Codice riporti un chiarimento sul punto.

Più in specifico né la legge n. 205 del 2000 né ora il Codice si sono occupati di definire la conciliabilità tra misure cautelari particolarmente incisive, soprattutto in rapporto ad interessi pretensivi, e i principi tradizionali della fase cautelare, innanzitutto quello di strumentalità, che è compreso se non svuotato di contenuto. Ancora di più gli interventi normativi summenzionati, in quanto tali occasioni in cui era possibile apportare quegli aggiustamenti necessari al sistema della tutela cautelare così come creato dalla giurisprudenza, non si sono preoccupati di evitare lo

¹⁶⁴ P. SALVATORE, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁵ In A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, l'A. rileva: «Non può non annotarsi la frustrazione dello stesso giudice amministrativo, che vede la sua funzione svilita, in qualche modo, dalla inutilità delle sue pronunce, a causa dell'innaturale protrarsi del tempo fra la proposizione del gravame e la (possibilità di) definizione della lite, dalla considerazione che al ricorrente spesso interessa solo ottenere risposta positiva alla domanda cautelare per poi porre “in sonno” la controversia, e, quindi, dalla amara consapevolezza di poter essere strumento di sostanziale ingiustizia.»

sconfinamento dell'attività giurisdizionale in area riservata alla discrezionalità amministrativa¹⁶⁶.

Come abbiamo visto l'atipicità parte da lontano e cioè dall'affermazione della tutela cautelare degli interessi pretensivi e quindi verso gli atti a contenuto negativo, innanzitutto a quelli c.d. "*in senso improprio*", sino a constatare che la tutela cautelare può generare effetti irreversibili, dovuti proprio al carattere atipico ed anticipatorio della tutela.

Come già esposto, la giurisprudenza al fine di ampliare la sfera applicativa del meccanismo sospensivo agli atti negativi, ha arricchito la gamma dei provvedimenti di diniego sospensibili, a tal punto che il risultato ottenuto è stato quello, talora, di anticipare i contenuti non solo della decisione definitiva, ma anche della successiva attività rinnovatoria della pubblica amministrazione o quelli dell'eventuale giudizio di ottemperanza¹⁶⁷.

La sostituzione del giudice alla p.a. si dovrebbe avere solo con l'ottemperanza, e non certo prima: tuttavia, si è assistito ad un allargamento progressivo del potere cautelare, che ha anticipato alla fase cautelare questo momento sostitutivo. Ed in effetti una già risalente dottrina ritiene che al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, vadano riconosciuti i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza¹⁶⁸.

L'atipicità trova, peraltro, terreno fertile innestandosi nel *ruolo conformativo* da sempre assolto dal giudice amministrativo nei confronti dell'attività della p.a., ruolo che è aumentato anche ed in particolare nella fase cautelare, producendo un parallelismo che accompagna di pari passo processo amministrativo e correzione dell'attività procedimentale, elemento questo che caratterizza il ruolo del giudice amministrativo rispetto a quello del giudice ordinario¹⁶⁹.

Con la sentenza 8 febbraio 2010, n. 1658 il TAR Lazio-Roma riporta come dato acquisito da tempo in dottrina che anche le ordinanze cautelari, sebbene caratterizzate da minore stabilità rispetto alla decisione di merito,

¹⁶⁶ Su queste mancate occasioni di intervento del legislatore sulla possibile definizione dei limiti della misura cautelare atipica, si veda, in rapporto alla legge n. 205 del 2000 c. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 95, ed in rapporto al nuovo Codice R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 165 ss.

¹⁶⁷ Si vedano R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*. op. cit. e V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 45.

¹⁶⁸ A. ROMANO, *Tutela cautelare*, op. cit., 2499.

¹⁶⁹ C. CALABRÒ, *Inaugurazione dell'anno giudiziario del TAR Lazio 2004*, in www.giustizia-amministrativa.it

spiegano “*effetti conformativi*”, cosicché fino a quando le ordinanze medesime non siano revocate, modificate o sostituite da una pronuncia di merito, debbono essere compiutamente ottemperate dall’amministrazione, seguendo le indicazioni ivi contenute.

Il processo amministrativo, più in generale, non ha, infatti, solo efficacia demolitoria, ma anche definitiva della norma *agendi* produttiva dell’effetto conformativo per la successiva azione amministrativa¹⁷⁰.

La contestualità tra processo amministrativo e correzione dell’attività procedimentale è peraltro favorita da un ampliamento dei poteri istruttori del giudice già nella fase cautelare (art. 55, c. 12, c.p.a.) e da meccanismi che conferiscono dinamicità al processo, come ad esempio quello dei motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.), che consente, a processo pendente, di impugnare nuovi atti sopravvenuti in corso di causa, anche di quelli emanati dalla parte pubblica resistente in esecuzione di una pronuncia cautelare.

Allo stesso tempo, appare logico, e conferente con i parametri del giusto processo, che, a fronte di un giudizio sempre più completo come quello cautelare, ci sia un vaglio preliminare all’emissione di una misura cautelare della competenza territoriale e funzionale, oggi inderogabile ex artt. 13 e 14 c.p.a., per non discostarsi dalla regola del “giudice naturale” precostituito per legge.

L’estensione del potere cautelare arriva dunque a forme di tutela cautelare atipica che vanno dall’ammissione con riserva a procedure concorsuali ad interventi sostitutivi del giudice nei casi di diniego da parte della p.a. di un provvedimento invocato dal ricorrente o in caso di silenzio.

3.2. La tecnica processuale del c.d. “*remand*”

La misura cautelare che più si è inserita, anche modificandola, nella dinamica del processo amministrativo è certamente quella c.d. *propulsiva*, detta anche ordinatoria o di merito, e basata sul *remand*, tecnica che comporta la sospensione del provvedimento gravato e il contestuale ordine all’amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri indicati dallo stesso giudice.

¹⁷⁰ *Ex multis*, per le nozioni di base inerenti l’effetto conformativo delle pronunce del giudice amministrativo, si vedano le sentenze Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732 e TAR Lazio 22 settembre 2009, n. 9171.

Più in specifico, si tratta di una tecnica processuale particolarmente utilizzata dai giudici amministrativi di primo grado con cui si investe nuovamente l'amministrazione della questione già portata al vaglio del giudice amministrativo attraverso l'impugnazione del primo provvedimento amministrativo adottato, perché la stessa disponga una riedizione del potere ovviamente immune dai profili di illegittimità di tipo istruttorio, procedimentale o anche sostanziale *prima facie* riscontrati nella sede della cognizione cautelare ed alla luce, quindi, delle deduzioni esposte in ricorso, così come fatte proprie ed esternate dal giudice della cautela nelle espresse indicazioni contenute nella parte motiva dell'ordinanza cautelare.

Si riscontrano i primi utilizzi di questa tecnica in alcuni pronunciamenti cautelari dei primi anni novanta¹⁷¹. Tuttavia la sua ammissibilità non è stata agli inizi del tutto pacifica, in quanto ritenuta dalla dottrina¹⁷² e dai giudici d'appello, non conciliabile con i canoni ontologici della tutela cautelare, che sono, come già analizzato, la strumentalità e l'interinalità.

Infatti se il Consiglio di Stato non mette comunque in dubbio la necessità di assicurare tutela cautelare agli interessi pretensivi, è sulla tipologia di risposta offerta che esso rappresenta divergenze con i Tribunali amministrativi regionali. A fronte di interventi propulsivi delle corti territoriali, il massimo organo della giurisdizione amministrativa manifesta invece una preferenza, circa il contenuto dispositivo delle pronunce cautelari, per un'anticipazione degli effetti del provvedimento negato

¹⁷¹ Si veda ad esempio l'ordinanza TAR Campania-Salerno 10 gennaio 1991, n. 4 in cui, in sede di esame della domanda di sospensione del provvedimento di annullamento di un'autorizzazione ambientale, il TAR ha assegnato all'amministrazione resistente un termine di sessanta giorni per prescrizioni attinenti all'esecuzione dei lavori, come da motivazione che segue: *“Considerata la natura dell'opera pubblica sanzionata, la complessità del procedimento pressoché completato, ed il danno lamentato, collegato alla possibile perdita dell'ingente finanziamento, può essere sospesa l'efficacia del d.m. impugnato, previa assegnazione all'amministrazione intimata di una moratoria di sessanta giorni, dalla data di comunicazione o di notifica (se anteriore) del presente provvedimento. Detta moratoria è concessa al fine di consentire all'amministrazione stessa di specificare, ai sensi dell'art. 16 r.d. 3 giugno 1940 n. 1357 ed alla stregua di tutti i documenti di causa, le modalità che essa ritiene necessarie per modificare “l'eccessiva estensione planimetrica e volumetrica” e gli “elementi geometrici ripetitivi”, anche in relazione ad una eventuale diversa ubicazione di alcuni di essi, così da renderli non più pregiudizievoli per “i tratti aventi valore paesaggistico e panoramico della località protetta”.*

¹⁷² Si vedano E.M. BARBIERI, *I limiti al processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 220 ss.; *passim*, A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti*, op. cit.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 37 ss.; E. F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 276; S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in www.lexitalia.it.

dall'amministrazione, piuttosto che per un ordine qual è quello rivolto a quest'ultima con un *remand*.

Si vedano al riguardo le ordinanze del Consiglio di Stato n. 1210/1996 e n. 2586/2000 in cui si afferma che, in caso di impugnazione di un provvedimento negativo, il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato e di adottare così un nuovo atto con diversa motivazione, ma può adottare autonomamente misure d'urgenza di contenuto positivo, intese ad anticipare, in via meramente interinale, la produzione degli effetti del provvedimento richiesto dall'interessato e negato invece dall'amministrazione.

Questa visione è precedente alle novità contenute nella legge n. 205 del 2000 e ben presto l'orientamento cambia nella direzione di una conciliabilità delle misure propulsive con il rapporto di strumentalità.

Al riguardo, con la valorizzazione contenuta nella legge testé menzionata degli effetti della decisione, si fa notare che la sentenza definitiva, oltre a demolire il provvedimento gravato, implica il dovere dell'autorità amministrativa di porre in essere la necessaria attività rinnovatoria, riesaminando l'originaria istanza di adozione dell'atto ampliativo nel rispetto, ovviamente, delle indicazioni desumibili dalla pregressa decisione del giudice amministrativo ed evitando, quindi, di incorrere nuovamente nel vizio il cui riscontro processuale ha determinato l'annullamento del precedente diniego¹⁷³. L'annullamento dell'atto negativo, considerato come momento a sé stante, non dà alla posizione di interesse legittimo, vittoriosa in giudizio, una risposta amministrativa, la quale deve, appunto, nuovamente intervenire, emendato dai suoi vizi acclarati in sentenza.

Pertanto, così intesa, la misura cautelare propulsiva rispetta i limiti della decisione di merito, senza intaccare le competenze della pubblica amministrazione e garantendo il principio di strumentalità, il quale è assicurato, per giunta, anche dagli effetti della sentenza in quanto, in caso di rigetto del ricorso, verranno travolti l'ordinanza e gli atti amministrativi alla stessa conseguenti¹⁷⁴.

Evoluzione diversa, è bene sottolinearlo, riguarda il processo

¹⁷³ R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*. op. cit.

¹⁷⁴ A favore del *remand* in dottrina si richiamano M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, op. cit., 218 ss. e più risalente G. SAPORITO, *Le sospensive "propulsive"*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, I, 335.

laddove, a seguito dell'emissione di una misura cautelare, intervenga, per libera volontà della pubblica amministrazione resistente, un provvedimento in autotutela: infatti il nuovo atto è espressione della libera scelta, magari pur intenzionata a risolvere in via stragiudiziale la vertenza, di dare una nuova definizione dell'assetto degli interessi in gioco con un provvedimento di secondo grado. In tal caso l'esito del processo confluisce nell'estinzione per sopravvenuta carenza di interesse da parte del ricorrente alla prosecuzione del giudizio.

Sul punto la giurisprudenza è però contraddittoria, e comunque occorre differenziare da caso a caso.

Con la sentenza 6 aprile 2006, n. 1791 il Consiglio di Stato, rimarcando sempre il carattere provvisorio e interinale della pronuncia cautelare, come tale cioè destinata ad essere assorbita dal merito, afferma che l'esecuzione di un'ordinanza cautelare propulsiva non costituisce mai attività di autotutela e non può comportare il venir meno della *res litigiosa*.

Con la successiva sentenza 2 luglio 2007, n. 5893, invece, il TAR del Lazio - Roma, pur consapevole dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, ritiene che lo stesso, riguardante gli atti adottati in attuazione di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorie, il cui ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa del giudicato cautelare, mal si attagli alla diversa ipotesi dell'esecuzione delle ordinanze emesse "*ai fini del riesame*", in cui l'obbligo di attuazione della pronuncia interinale non comporta esclusivamente un'attività di esecuzione in senso stretto, caratterizzandosi il *dictum* cautelare per una relativa povertà di contenuto ordinatorio, ma richiede una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata ad eliminare i vizi (sostanziali o formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati.

Nello svolgimento di tale attività l'amministrazione gode infatti, nell'ambito dei profili sostanziali non coperti dal "*giudicato cautelare*", della medesima libertà di determinare il contenuto dell'atto spettantegli nel decidere in prima battuta, essendo il *remand* una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto degli interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale; sicché il nuovo atto costituisce espressione di una funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Ben si coordina con questa interpretazione, pur se a contrario, la motivazione di cui all'ordinanza della Corte costituzionale 20 luglio 2007, n. 312 in tema di esami di abilitazione, in

Nella sentenza TAR Marche 30 novembre 2009, n. 1443 si sostiene che molto spesso la funzione delle ordinanze propulsive, le quali si concretano solitamente nel c.d. “*accoglimento ai fini del riesame*”, è quella di consentire al ricorrente un’ulteriore interlocuzione con la p.a., e ciò con lo scopo di addivenire ad una composizione stragiudiziale della vicenda.

Tuttavia, ciò non significa che l’atto inizialmente impugnato venga annullato e che quindi cessi di esplicitare i suoi effetti, a meno che, pronunciandosi in sede di riesame, l’amministrazione non modifichi definitivamente il proprio orientamento e adotti un atto soddisfacente per il ricorrente (il che non si verifica allorché, ad esempio, la p.a. adotti un provvedimento favorevole al privato che ha ottenuto la misura cautelare, ma con espressa riserva dell’esito del giudizio di merito – ad esempio, ammissione con riserva ad un concorso o ad una gara d’appalto).

In questo secondo caso è ovvio che il secondo provvedimento sostituisce il primo (e il processo si conclude di solito con una pronuncia di improcedibilità del ricorso o con una dichiarazione di cessazione della materia del contendere o con una rinuncia al ricorso), mentre a diversa conclusione deve pervenirsi quando l’amministrazione conferma il proprio operato.

Ancora più di recente la sentenza TAR Lombardia-Milano 5 settembre 2013, n. 2110 afferma che il *remand* si caratterizza proprio per rimettere in gioco l’assetto di interessi definiti con l’atto gravato, restituendo quindi all’amministrazione l’intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, con la conseguenza che il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo nuova espressione di una funzione amministrativa, e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale, porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente, oppure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l’interesse del

relazione alla quale si riporta commento di P. Virga, *Il regime degli atti adottati a seguito di ordinanze cautelari propulsive*, in www.lexitalia.it : «Nel caso in cui gli atti compiuti dalla commissione di un concorso pubblico in esecuzione di una ordinanza cautelare del giudice amministrativo non siano andati oltre la necessaria conformazione all’ordinanza stessa, gli atti medesimi ancorché si siano concretizzati in una rinnovata valutazione, con esito positivo, delle prove scritte, nonché in una valutazione positiva della prova orale, non acquisiscono «autonoma valenza sostanziale» e non possono considerarsi come un *quid pluris* rispetto alla doverosa esecuzione del provvedimento cautelare. Da ciò consegue che il successivo annullamento in grado di appello dell’ordinanza cautelare comporta la caducazione di tutti gli atti adottati in esecuzione di detta ordinanza ed in particolare il venir meno gli effetti da loro prodotti e, cioè, il superamento delle prove scritte, l’ammissione del candidato alla prova orale e il superamento di questa».

ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo¹⁷⁶.

Tornando all'analisi di quella linea interpretativa che ritiene conciliabile la tecnica del *remand* con la struttura del processo amministrativo in quanto fondato sul rapporto strumentale, l'impostazione in esame pare vacillare di fronte a quei casi in cui l'ordinanza cautelare produca, come molto spesso accade (e nessuno lo mette in dubbio), effetti irreversibili, con un consolidamento degli interessi in gioco che porta, di fatto, ad una cessazione immediata della materia del contendere e, in diritto, alla probabile estinzione della causa per perenzione.

Per risolvere la questione, autorevole dottrina riconduce l'effetto della misura cautelare anche all'attività esecutiva della pubblica amministrativa¹⁷⁷, con la tesi della c.d. *strumentalità allargata*. Questa tesi trova un primo fondamento nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 1982, già menzionata in precedenza. Essa statuisce che, nell'ipotesi di diniego di ammissione ad esami di maturità, per evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli art. 113 e 24 Cost., ben può operare l'ordinanza di sospensione sull'effetto preclusivo del provvedimento, in modo che l'amministrazione, nel darle esecuzione, disponga l'ammissione del candidato all'esame di maturità, con riserva, sino all'esito del ricorso, con l'effetto che l'eventuale superamento dell'esame rimane inoperante fino al verificarsi della

¹⁷⁶ Sono vari i pronunciamenti che intervengono sul punto in argomento nel corso degli anni. Si veda anche TAR Emilia-Romagna Parma ordinanza n. 288/2005: "*Considerato che nella scuola dell'obbligo la bocciatura è rimedio di carattere strettamente eccezionale; ritenuto che, nella fattispecie, il giudizio di non ammissione non è sufficientemente motivato in relazione ad aspetti che, in relazione a tale eccezionalità, si pongono come imprescindibili elementi di valutazione (...); accoglie la suindicata domanda incidentale di sospensione ai fini della rinnovazione del giudizio che dovrà essere motivato analiticamente con riferimento agli elementi di cui in motivazione, entro venti giorni dalla comunicazione della presente ordinanza*". A seguito del *remand* il Consiglio di classe, in sede di rinnovazione del giudizio scolastico conseguente alla misura cautelare, nelle more del giudizio, autonomamente valuta sussistenti i presupposti per ammettere l'alunno alla frequenza della classe successiva, in tal modo implicitamente ritirando l'atto oggetto di impugnativa. Arrivati alla fase di merito il TAR con sentenza n. 133/2008 si pronuncia sul ricorso in epigrafe dichiarandolo improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, e precisa inoltre che "*Considerato che con nota depositata il 2 novembre 2007 il ricorrente ha dichiarato che è venuto meno l'interesse alla decisione; che in simili casi, non avendo né il potere di procedere d'ufficio né quello di sostituirsi al ricorrente nella valutazione dell'interesse ad agire, il giudice è tenuto alla declaratoria dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse*".

¹⁷⁷ In M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, op. cit., l'A. rileva: «*Nel processo civile la tutela cautelare è stata a lungo presidiata da figure tipiche la cui funzione era, ed è (si pensi al sequestro conservativo) di garanzia dell'esecuzione. (...) Così non è nel processo amministrativo, né prima né dopo la l. di riforma 205/2000. Il risultato è l'anticipazione attraverso la tutela cautelare di poteri che non appartengono al giudice del merito e dunque sono esorbitanti rispetto a quella futura decisione.*»

condizione del giudizio positivo di ammissione che il consiglio di classe dovrà pronunciare, ora per allora, in caso di accoglimento del ricorso.

In pratica, dunque, la sospensione intervenendo sugli effetti scaturenti dal diniego di ammissione alla procedura, produce gli effetti negati dall'atto stesso, pur se in via interinale. Già allora questa tipologia di risposta cautelare si inserisce nel rapporto tra processo e procedimento ed apre la strada alla questione, di cui ora si dibatte, del rischio di sconfinamento nelle competenze proprie della pubblica amministrazione.

Questa tesi arriva a sostenere, come già detto, che al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, vadano riconosciuti i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza in quanto se il contenuto del provvedimento di esecuzione può essere desunto dalla motivazione della futura sentenza, e quindi può essere con certezza prefigurato come il risultato di un ipotetico giudizio di ottemperanza, senza che residui alcun margine di discrezionalità amministrativa nell'attribuzione del bene della vita, esso può ben essere anticipato alla fase cautelare, con una misura di *remand*¹⁷⁸.

In maniera più esplicita è un'altra decisione del Consiglio di Stato, sempre in Adunanza Plenaria, e di poco precedente alla n. 17/1982, ad affermare l'estensione dei poteri del giudice cautelare fino alla fase esecutiva. Nella sentenza 11 giugno 1982, n. 12, infatti, viene osservato che, al fine di realizzare lo scopo per il quale il potere cautelare è finalizzato, e cioè permettere che la decisione di merito intervenga *re adhuc integra* “*il potere (strumentale) di sospensione non può esaurirsi nell'emanazione di un provvedimento meramente cognitorio, essendo, invece, essenziale alla sua funzione l'esplicazione di effetti concretamente incidenti sulla efficacia degli atti (o dei comportamenti) impugnati nel giudizio.*”

Sul punto, ed in particolare sul rapporto tra momento cautelare e momento dell'ottemperanza su cui si tornerà appresso, non si può che essere concordi con quella dottrina che constata una difficile elusione della misura cautelare recante un *remand* poiché vi è un controllo immanente sia da parte dello stesso giudice cautelare che in sede di deliberazione di merito¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Prospettano questa tesi, tra gli autori più autorevoli, A. ROMANO, *Tutela cautelare*, op. cit., 2499 e F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in S. RAIMONDI – R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, Milano, 2002, 230.

¹⁷⁹ G. SAPORITO, *Esecuzione di provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione*, in M. ROSSI STANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano 2006, 94.

La dottrina recente più autorevole sull'argomento oltre ad affermare che la tesi della strumentalità allargata trova prima nella legge n. 205 del 2000 ed ora nel Codice la sua conferma, lasciando la sua concretizzazione, caso per caso, all'apprezzamento prudente del giudice, giustamente ritiene che una tutela cautelare così concepita, in cui non è necessario attendere l'epilogo della sentenza di merito per ottenere tutela definitiva, si inquadra nell'evoluzione complessiva della stessa, indirizzata verso una maggiore attenzione alle regole del contraddittorio e del giusto processo, come visto con il nuovo Codice, e verso un dialogo virtuoso tra giudice della cautela e amministrazione¹⁸⁰.

3.3. Ancora sugli effetti dei provvedimenti cautelari

Prima di guardare nello specifico al giudizio di ottemperanza, è necessario, per completezza, analizzare ancora quale portata, in termini pratici, abbiano i pronunciamenti cautelari sulla situazione fatta valere in giudizio.

Già si è visto che la tesi della c.d. strumentalità allargata, nell'ottica di una affermata conciliabilità dei provvedimenti di tipo propulsivo con il processo amministrativo, consente di ricondurre l'effetto della misura cautelare anche all'attività esecutiva della pubblica amministrazione: il contenuto dispositivo dell'ordinanza, in sostanza, può anticipare il risultato del successivo giudizio di ottemperanza.

Dire, come riportato nel capitolo precedente e sostenuto dalla dottrina favorevole ad un potere cautelare di tipo propulsivo, che al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, vadano riconosciuti i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza, è corretto laddove lo si interpreti nel senso, appunto, che il giudice cautelare, sul piano degli effetti, possa anticipare il risultato dell'ottemperanza, ma, va sottolineato, il giudice cautelare non è il giudice dell'ottemperanza, in quanto ognuno è competente per fasi differenti e distinte, come vedremo di qui a poco.

La misura del *remand* è certamente quella che più incide sulla dinamica del processo e sul rapporto tra quest'ultimo e il procedimento, rapporto che, a parere della stessa giurisprudenza, dovrebbe basarsi su un

¹⁸⁰ R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, op. cit., 177.

dialogo virtuoso tra giurisdizione e amministrazione.

Numerose sentenze richiamano infatti questo “dialogo”. Al riguardo, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato 25 febbraio 2003, n. 1054 afferma che la scelta, per effetto della legge n. 205 del 2000, di un modello di tutela cautelare atipica nel processo amministrativo, capace di cristallizzare in termini positivi il modello giurisprudenziale delle sospensive propulsive e delle statuizioni cautelari basate sullo strumento del *remand*, rende d’altro canto “*fisiologica l’attuazione di un dialogo cautelare tra giudice e p.a. finalizzato alla correzione della determinazione in relazione ai vizi dedotti in giudizio*”.

Nell’analisi di questo dialogo tra giurisdizione e amministrazione, prima di considerare cosa succeda, in corso di causa, nell’ipotesi di una mancata o non corretta esecuzione di un’ordinanza cautelare, è utile per completezza approfondire gli effetti del *remand*.

A tal riguardo è significativa una pronuncia del Consiglio di Stato, spesso citata come l’affermazione più chiara da parte del Supremo Organo della giustizia amministrativa della forza del potere cautelare di tipo propulsivo.

La sentenza 19 febbraio 2007, n. 833 riporta infatti: “Il c.d. *remand* (così è anche denominata la figura delle ordinanze propulsive) 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.”

Successivamente il TAR Lazio-Roma con sentenza 17 marzo 2008, n. 2421, esamina un caso più specifico, in cui, a fronte di un provvedimento cautelare emesso precedentemente dallo stesso tribunale con cui si ordinava all’amministrazione resistente di condurre una rivalutazione alla luce dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo, e di un conseguente riesame da parte dell’amministrazione a conclusione del quale si rigettava nuovamente la domanda del ricorrente, il Collegio giudicante ritiene il nuovo atto, anch’esso impugnato dal ricorrente con motivi aggiunti, viziato per violazione della pronuncia cautelare.

Il TAR così motiva: “Ed invero, il provvedimento cautelare

appartiene al *genus* delle misure cautelari propulsive (oggi ammesse, stante il principio dell'atipicità della tutela cautelare di cui all'art. 3 della legge n. 205/2000), consistenti 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 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 l'illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad un impulso cautelare, che ignori in tutto o in parte il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale (cfr. per tutte, Cons. St., sez. V, n. 833/2007 e sez. VI, n. 1054/2003).

Nel caso di specie, il Comune resistente, a fronte dell'ordine impartito dal Collegio di riesaminare il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo alla luce dei motivi di censura ivi proposti, si è limitato ad operare una mera integrazione della motivazione (...) ignorando, quindi, tutte le censure che si rivolgevano proprio contro la determinazione da ultimo citata."

Ancora più recente è la sentenza del Consiglio di Stato 2 marzo 2012, n. 1209 in cui, sempre nell'ottica di un dialogo tra giudice e amministrazione, si richiama finanche la regola della "*buona fede*" tra le parti processuali¹⁸¹. Nel caso di specie, il TAR aveva concesso un'ordinanza cautelare propulsiva di riesame della valutazione dell'idoneità psico-attitudinale di un candidato al concorso per allievo finanziere. L'amministrazione, non in esecuzione dell'ordinanza stessa, in quanto il riesame dell'idoneità psico-attitudinale non vi è stato, decideva di ammettere il candidato ricorrente al corso con riserva. Egli proseguiva l'*iter* concorsuale e, superati gli esami, prestava giuramento con successiva immissione in ruolo.

La sentenza di primo grado dichiarava quindi cessata la materia del contendere. L'amministrazione propone appello avverso la sentenza sostenendo la legittimità dell'originaria valutazione, che non solo il Consiglio di Stato respinge in quanto l'amministrazione, disattendendo

¹⁸¹ A. BERTOLDINI – L. MORELLO, *Abuso del processo come incongrua scelta difensiva della pubblica amministrazione rispetto all'atto amministrativo costituente preferibile alternativa*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, fasc.7-8, 2012, 1940.

l'ordinanza del TAR, non aveva provveduto a reiterare l'accertamento attitudinale dell'appellato, limitandosi ad una sua ammissione con riserva, ma imputa all'appellante un "*abuso del diritto*" affermando la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, il quale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto; divieto, prosegue il Collegio, che si applica pure in chiave processuale, cosicché il divieto di abuso del diritto diviene anche "*divieto di abuso del processo, inteso quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa.*"

Allo stesso tempo, volendo continuare a descrivere le dinamiche di questo rapporto che va ad instaurarsi tra giurisdizione e amministrazione, va sottolineato che non sempre si può invocare l'illegittimità del nuovo provvedimento emesso dall'amministrazione per mancato rispetto dell'ordinanza propulsiva, se gli atti di riesercizio del potere da parte della p.a. non siano meramente riproduttivi del provvedimento impugnato, ma assumano i caratteri della conferma basata però su una rinnovata e più approfondita e quindi diversa motivazione.

Proprio al riguardo interviene il TAR Campania-Napoli con sentenza 24 dicembre 2012, n. 5363 di cui è utile richiamare alcuni passaggi molto significativi.

Il Collegio, si afferma, con la concessione dell'ordinanza cautelare di riesame ha voluto "*fornire alle parti la possibilità di una soluzione concordata della vertenza*". Proseguono sempre i giudici: "*Purtroppo, questa fase di così detto remand, non ha sortito esiti positivi, ma ha ulteriormente irrigidito le posizioni e acuito i punti di dissenso.*"

Si passa ad una valutazione della portata di questa tipologia di ordinanza, la quale, nello specifico, pur concorrendo alla migliore definizione dell'oggetto del provvedere e determinando una "*progressiva consumazione del potere discrezionale*" dell'amministrazione, "*non determina (di regola) l'azzeramento di tale potere*" e non preclude la possibilità che, in sede di riesercizio della funzione, l'amministrazione possa, non solo confermare, con nuova e più ampia motivazione, le stesse ragioni negative già espresse in sede di primo provvedimento, ma anche rinvenire – secondo criteri di trasparenza e partecipazione della parte interessata – nuove ragioni, anche preesistenti e non sopravvenute, di esclusione o, comunque, di negativa conclusione del procedimento, purché gravi ed evidenti, e ciò in forza della "*doverosa continuità della funzione,*

che non tollera preclusioni, al di fuori degli effetti di vincolo che si riconnettono al giudicato formale e sostanziale (che si forma però sulla sentenza conclusiva di merito), ma non assistono, di regola, il così detto giudicato cautelare, per sua natura interinale e rivedibile all'interno dello stesso giudizio nel quale la pronuncia cautelare è resa.”

Il Collegio, inoltre, analizza quali siano le conseguenze del mancato rispetto dell'ordinanza, sostenendo che, a parte la questione generale se la violazione di tale così detto “*giudicato cautelare*” determini o meno la nullità dei relativi atti di riesercizio meramente confermativo del potere, ciò che rileva nel caso di specie, sempre secondo la Corte, e che consente di risolvere nel senso della eventuale annullabilità, ma non della (potenziale) nullità degli atti di riesercizio a seguito dell'ordinanza propulsiva, è il fatto che tali atti di riesercizio, a fronte di una pronuncia cautelare propulsiva che ha lasciato spazi di discrezionalità e non ha interamente vincolato i successivi passaggi amministrativi, non si risolvono in atti meramente confermativi di riproduzione del medesimo provvedimento sospeso in sede cautelare, nel qual caso, per la Corte, vi sarebbe effettivamente spazio per considerare un'eventuale profilo di nullità, bensì assumono i caratteri di una conferma, sulla base di una rinnovata e più approfondita istruttoria, e conseguente diversa e ulteriore motivazione.

D'altra parte occorre considerare che lo stesso giudicato formale e sostanziale che si forma sulla pronuncia definitiva di merito, come è noto, non sempre esplica una siffatta forza di preclusione, ma consegue questo effetto solo allorché, per il tipo di atto impugnato, per la natura dei vizi dedotti e per le ragioni poste a base dell'accoglimento, introduca un vincolo completo per il riesercizio della funzione da parte dell'amministrazione. Né sussistono, ad avviso del Collegio, nel caso in esame, i pur denunciati profili di evidente e diretta violazione delle modalità procedurali di riesame (contraddittorio con la parte) imposte dall'ordinanza cautelare.

Conclude il TAR per la “*insussistenza dei profili di nullità*” dedotti da parte ricorrente in sede di motivi aggiunti, restando escluso che, nel caso di specie, l'amministrazione si sia limitata a una mera riedizione del medesimo atto originariamente impugnato, avendo essa, invece, significativamente ampliato la motivazione, all'esito di un'approfondita riconsiderazione della vicenda amministrativa, con partecipazione della parte ricorrente.

L'analisi della sentenza appena menzionata vuole offrire, principalmente, una ulteriore dimostrazione degli effetti della tecnica del *remand* sul processo amministrativo. Essa, allo stesso tempo, però, lascia

aperta sullo sfondo una questione basilare: ovvero se si possa parlare propriamente di “giudicato cautelare” o quanto meno cosa si intenda con tale espressione.

Alla domanda si risponderà nel paragrafo successivo. Ora, a dimostrazione ulteriore della forza dei pronunciamenti del giudice amministrativo, la giurisprudenza è arrivata finanche ad affermare che si possa riconoscere all'accoglimento dell'istanza cautelare un'efficacia solo conformativa, senza contestuale effetto sospensivo, come espresso nell'ordinanza del Consiglio di Stato 31 luglio 2013, n. 2947.

Infatti la sospensione, contenuto tipico della risposta cautelare del giudice amministrativo, è ritenuta, secondo il Collegio, una misura che, nel contemperamento degli interessi in gioco, non appare utile dal collegio adito per una tutela effettiva della posizione del ricorrente. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ordina all'amministrazione resistente, e cioè l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, una specifica integrazione dell'atto oggetto di gravame (un regolamento in tema di diritto dei consumatori) senza disporre allo stesso tempo la sua sospensione. Se ne desume che quella che, tradizionalmente, si è soliti chiamare “sospensiva” non appare più oggi l'espressione più corretta e completa per indicare l'istanza cautelare innanzi al giudice amministrativo.

L'ordinanza riprende una recentissima linea giurisprudenziale inaugurata con la sentenza del Consiglio di Stato 10 maggio 2011, n. 2755, nella quale viene quindi tracciato un nuovo possibile perimetro dei provvedimenti del giudice amministrativo.

Secondo i giudici, anche se l'accoglimento del ricorso comporta normalmente l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, l'applicazione di tale regola può, in alcuni casi, risultare incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero “*in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale*”. Allorché ciò accada, la regola dell'annullamento con effetti “*ex tunc*” dell'atto impugnato può essere derogata, a seconda delle circostanze, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero con la loro decorrenza “*ex nunc*”, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo “*esclusivamente gli effetti conformativi*”. Secondo il Consiglio di Stato, la vigente legislazione non preclude al g.a. l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento.

Da un lato, infatti, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21-*nonies* della

l. n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lett. a), c.p.a.).

Dall'altro, dagli art. 121 e 122 c.p.a. emerge, ad esempio in tema di appalti, che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia.

Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, va riconosciuto al g.a. in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento.

In base alla giurisprudenza comunitaria - la quale ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia "*ex tunc*" dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte di Giustizia Ue può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto "*ex nunc*" o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione modifichi o sostituisca l'atto impugnato - e al novellato, dal trattato di Lisbona, art. 264, comma 2, del trattato fondamentale dell'Unione europea, si deve ritenere che il giudice amministrativo, in modo analogo rispetto agli organi giudiziari delle istituzioni comunitarie, abbia il potere di statuire il perdurare, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un lasso di tempo che deve tenere conto sia del principio di certezza del diritto sia della posizione giuridica del ricorrente, oltre che di ogni altra circostanza ritenuta rilevante.

Ne deriva che anche il g.a. nazionale può differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo¹⁸².

Nello stessa direzione va ricondotta la sentenza TAR Sicilia-Palermo 9 luglio 2013, n. 1473, nella quale il Collegio adito si pone appunto il quesito se, una volta verificato che il provvedimento gravato (in specifico, il calendario venatorio) non può più essere oggetto di statuizione caducatoria, giacché i suoi effetti si sono frattanto esauriti, sia ammissibile un accertamento della sua illegittimità ai soli fini dell'effetto conformativo della pronuncia.

Il Tribunale, per rispondere al quesito, parte innanzitutto dalla

¹⁸² Si vedano C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?* in *Foro amm. CDS*, fasc. 2, 2012, 427; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, 293; C. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012, 280.

considerazione del dato normativo contenuto all'art. 34, c. 3, c.p.a.: “Quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori.”

Se si fa prevalere il dato letterale, l'accertamento dell'illegittimità comunque, ossia prescindendo dal venir meno dell'utilità dell'effetto caducatorio, va ammesso nei soli limiti di una eventuale azione di risarcimento del danno. Se, invece, si considera il dato sistematico e funzionale, va attribuito valore anche all'effetto conformativo della sentenza, al pari del suo effetto caducatorio.

Per il Collegio la richiamata disposizione di cui all'art. 34, c. 3, c.p.a., va intesa nel senso che l'interesse ad accertare l'illegittimità del provvedimento sussiste quando la sua esecuzione sia suscettibile di fondare pretese risarcitorie (il che implica l'avvenuta causazione del danno); ma anche tutte le volte in cui, trattandosi, come nel caso di specie, di provvedimenti periodici, “a reiterazione necessaria”, sia possibile evitare e prevenire ulteriori eventi lesivi, correlati all'altrimenti inevitabile reiterazione dell'illegittimità provvedimento “seriale”, mediante enunciazione della regola conformativa cui l'amministrazione dovrà attenersi nell'emanazione della statuizione regolante la medesima attività per il periodo immediatamente successivo.

Tanto più quando, come nella fattispecie dedotta, l'effetto conformativo concerne la fondatezza o meno della censura relativa al profilo – comune all'intera serie provvedimento, complessivamente considerata sul piano diacronico – della propedeuticità di un atto presupposto, condizionante la validità non soltanto dello specifico atto impugnato, ma anche di quelli *emanandi* con riferimento alle successive scadenze periodiche.

Nonostante la proponibilità in via autonoma della domanda risarcitoria, rimane infatti valida (tanto più a seguito dell'*interpretatio* sostanzialmente *abrogans* resa dal Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con la sentenza 23 marzo 2011 n. 3) l'impostazione dogmatica per cui nel sistema della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione il rimedio risarcitorio ha una funzione sussidiaria, nel senso che l'intervenuta impossibilità di tutelare pienamente la posizione sostantiva mediante i naturali effetti del giudicato amministrativo di annullamento, apre la strada alla tutela per equivalente monetario (l'unica a quel punto possibile).

Sicché, conclude il Collegio, “dal sistema pare di poter ricavare

l'indicazione secondo cui se vi è modo che gli effetti conformativi del giudicato di annullamento evitino il prodursi del danno, l'interesse ad ottenere per tale via un risultato soddisfattivo non è meno meritevole di tutela (ed anzi, sul piano logico, è decisamente prioritario) rispetto all'interesse ad ottenere un risultato solo equivalente."

In conclusione si vogliono riportare alcuni recentissimi interventi del giudice cautelare che, se guardati contestualmente, sono utili per una visione d'insieme dell'evoluzione complessiva del contenuto delle misure interinali nel processo amministrativo.

Si può iniziare con l'ordinanza del 4 dicembre 2013, n. 4728 emessa dal TAR Lazio-Roma sul c.d. "*metodo Stamina*" oggetto di ampio dibattito pubblico, e interessante molti aspetti medici, giuridici e bioetici. Nel suo contenuto dispositivo il provvedimento ricalca la classica misura cautelare di sospensione dell'atto gravato, ed in specifico, per il caso in esame, del provvedimento di nomina, da parte Ministero della Salute, dei componenti del comitato scientifico per la sperimentazione del suddetto metodo. A seguito dell'ordinanza, con la quale il Collegio adito accoglie l'istanza cautelare di sospensione della parte ricorrente, il Ministero che si costituisce e resiste in giudizio provvede alla designazione dei nuovi membri del comitato summenzionato.

In tal caso, si è di fronte ad una misura cautelare che, senza disporre alcun ordine, produce l'effetto di provocare una riedizione del potere dell'amministrazione, in via di autotutela, sulla base della semplice sospensiva di accoglimento: senza ricorrere a misure di tipo propulsivo, il TAR, forse grazie anche alle specifiche e dettagliate motivazioni riportate nell'ordinanza (caso raro per i provvedimenti cautelari emessi da organi giurisdizionali amministrativi), ottiene l'effetto di una immediata conformazione dell'attività discrezionale del Ministero resistente in giudizio.

Accanto a questo intervento ritroviamo, su un'altra materia, ed in specifico sul tema della nuova procedura di *abilitazione scientifica nazionale* per il reclutamento dei professori universitari, di cui alla legge 30 dicembre 2010, n. 240 (c.d. "riforma Gelmini"), un utilizzo incisivo, da parte del giudice cautelare, della tecnica del *remand*, tipico quindi, come appena visto, dell'evoluzione più recente della giustizia amministrativa.

Se si guarda, infatti, ad una serie di ordinanze cautelari emesse nel corso del corrente anno 2014, dal TAR Lazio-Roma, territorialmente

competente sulla questione¹⁸³, il Collegio adito invita l'Amministrazione resistente, e cioè il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, a riesaminare il giudizio dei candidati dichiarati non abilitati dai commissari, ordinando contestualmente la nomina di una nuova commissione di concorso, entro il termine di sessanta giorni. In questi casi il Tribunale utilizza una oramai classica risposta cautelare di tipo propulsivo, che non solo ordina il riesame della posizione dei ricorrenti, ma fissa il perimetro della riedizione dell'attività amministrativa.

¹⁸³ A partire dalla più recente, TAR Lazio-Roma, Sez. III, n. 1363/14, n. 1360/14, n. 1351/14, n. 1347/14, n. 1337/14, n. 1332/14, n. 1331/14, n. 1305/14, n. 1302/14, n. 1294/14, n. 1131/14, n. 1121/14, n. 1115/14, n. 1113/14, n. 1110/14.

CAPITOLO 4

L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI CAUTELARI

4.1. Il giudizio di ottemperanza: autonomia e limiti – 4.2. Il c.d. “giudicato cautelare”. – 4.3. La revoca e la modifica delle misure cautelari. – 4.4. L'appello cautelare.

4.1. Il giudizio di ottemperanza: autonomia e limiti

Recita l'art. 112, c. 1, del Codice: *“I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti.”* L'ottemperanza è quel giudizio che si instaura, a mezzo di ricorso notificato alle controparti, al fine appunto di conseguire l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla sentenza del giudice amministrativo, ma, cosa importante, non solo di questo giudice.

Prima di vedere gli elementi di rito, è doveroso fare un breve rimando storico, dal momento che il giudizio in questione, decisamente invasivo del potere amministrativo, è un dato acquisito solo di recente.

Esso nasce sì con la legge Crispi del 1889 istitutiva della famosa IV Sezione, ma riguarda a quel tempo solo le sentenze del giudice ordinario, susseguenti quindi ad un processo civile in cui è parte una pubblica amministrazione. Infatti, come si ricorderà, la legge 20 marzo 1865, n. 2248 c.d. L.A.C. consentiva solo di disapplicare e non di annullare l'atto amministrativo lesivo di un diritto civile o politico (art. 4), prevedendo allo stesso tempo che le autorità amministrative *“si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”*. In nome quindi del principio di separazione dei poteri e di un affidamento nei confronti dell'operato della p.a. evidentemente, per quella visione, sempre ispirato comunque alla legalità e alla giustizia, si era creato un sistema processuale che non imponeva alcun obbligo concreto nei confronti delle autorità pubbliche.

Ecco che quindi con la legge Crispi si conferì alla stessa IV Sezione

anche il potere di adottare provvedimenti di tipo sostitutivo, estesi al merito, nei confronti dell'amministrazione, inottemperante ad una sentenza civile in cui essa è parte soccombente.

Per la neonata giurisdizione amministrativa, invece, non era previsto tale potere¹⁸⁴. La sentenza del g.a., a partire dal regolamento di procedura di cui al r.d. n. 642/1907, abrogato ora dal Codice, doveva riportare, e ancora oggi riporta, l'ordine che essa “*sia eseguita dall'autorità amministrativa*” e tanto bastava a quei tempi in termini di sua esecuzione. Anzi lo stesso regolamento precisava chiaramente che “*l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa*”.

Il cambiamento, come nel caso della tutela cautelare, giunge per via giurisprudenziale¹⁸⁵, con un riconoscimento normativo successivo solo nel 1971 con la legge TAR, che però prevede all'art. 37 il ricorso di ottemperanza unicamente per le sentenze passate in giudicato degli organi di giustizia amministrativa¹⁸⁶. Infatti, sarà dopo la legge n. 205 del 2000, apportando una modifica all'art. 33 della legge TAR, a prevedere questa procedura anche per le sentenze di primo grado, non sospese dal Consiglio di Stato in sede d'appello.

Sarà sempre la legge n. 205 ad inserire nell'art. 21 della legge TAR la previsione della esecuzione delle misure cautelari per il tramite del giudizio di ottemperanza.

Oggi sulla base della formulazione dell'art. 112, c. 2, c.p.a. l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione delle

¹⁸⁴ Si veda M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1954, 297 ss.

¹⁸⁵ Un primo riconoscimento, storicamente, si individua nella sentenza Cons. St., IV Sez., 9 marzo 1928, n. 181, che estende il giudizio di ottemperanza anche alla sentenza del giudice amministrativo rimasta inadempita, mediante l'utilizzo del ricorso per l'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario previsto dall'art. 27, n. 4, r.d. 26 Giugno 1924, n. 1054 (*Approvazione del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*), cui seguirono, molto tempo dopo, le pronunce Cass. Civ., Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 156 e Cons. St., Ad. Plen., 21 marzo 1969, n.10.

¹⁸⁶ Si vedano all'indomani della legge TAR del 1971, sul tema della ottemperanza, C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, 1981, 965; F. FRANCIOSI, *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1985, 746; F. GARRI, *Il giudizio d'ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1984, 265; S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, *Foro amm.*, 1979, I, 2611; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo d'ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1157; F. PIGA, *Giudizio di ottemperanza e violazione di giudicato*, in *Foro amm.*, 1981, I, 242; G. ROEHRSEN, *L'azione esecutiva nei giudizi contro la Pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Cons. Stato*, 1978, II, 889; A.M. SANDULLI, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1982, 19; F.G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, 74; A. SGRO, *Luci ed ombre del giudizio d'ottemperanza*, in *Nuova rass.*, 1983, 2221; G. VACIRCA, *Giudizio di ottemperanza e provvedimenti sopravvenuti*, in *Foro amm.*, 1981, I, 379. G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980,

sentenze, passate in giudicato o comunque esecutive, e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi¹⁸⁷, come pure, dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili in cui è parte una p.a., ed infine, in via residuale, delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza¹⁸⁸.

Il Codice rende, a livello schematico, chiara la regola, da sempre esistente, della unitarietà dell'ottemperanza che prevede in capo ad un solo giudice, e cioè il giudice amministrativo, la giurisdizione per l'esecuzione di tutti i giudicati in cui è parte soccombente una p.a. Questa regola vale, come si ripete, per tutti i giudicati, ma non vale per tutte le sentenze, in quanto, ad esempio, non si applica alle sentenze del giudice ordinario, non passate in giudicato, pur se dichiarate provvisoriamente esecutive.

Al fine di rispondere al principio di effettività della tutela, ma allo stesso tempo, indubbiamente, portando con sé una ingerenza del potere giurisdizionale nella sfera di quello esecutivo, il giudizio di ottemperanza, che costituisce una (di certo la più importante) delle ipotesi, oggi indicate nell'art. 134 c.p.a., di giurisdizione estesa al merito attribuita al giudice amministrativo, presenta fisiologici momenti di cognizione¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Per l'esecuzione delle sentenze civili di condanna aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro o altre prestazioni specifiche da parte dell'amministrazione sono azionabili, in via concomitante o alternativa, sia i rimedi esecutivi ordinari sia il rimedio dell'ottemperanza innanzi al g.a. Nell'espressione "*altri provvedimenti*", invece, si ricomprendono quei provvedimenti che, pur non avendo la forma di sentenza, concludono un procedimento e non sono più impugnabili. Al riguardo, l'azione di ottemperanza è sempre più frequentemente utilizzata al posto dell'esecuzione forzata civile nei confronti di una pubblica amministrazione. Nello specifico, se al provvedimento di ingiunzione, ancorché provvisoriamente esecutivo (artt. 642, 648 e 654 c.p.c.), resta precluso l'accesso al giudizio di ottemperanza, non è invece così per il decreto non opposto o per la sentenza definitiva che respinge in tutto o in parte, l'opposizione proposta. Sussistono poi altri provvedimenti del giudice civile che rivestono carattere decisorio e concludono il procedimento in modo definitivo: è il caso del pignoramento presso terzi (art. 543 c.p.c.) qualora il terzo renda la dichiarazione prescritta (art. 547 c.p.c.). Si veda in dottrina M. ANTONIOLI, *Ottemperanza e riti speciali*, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 207.

¹⁸⁸ In generale sul rito dell'ottemperanza dopo il Codice si veda G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013.

¹⁸⁹ Si veda G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. civ.*, 1997, 64 ss.: «Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa. Rientra, quindi, a pieno titolo tra i compiti del Giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo. Non è questo, del resto, l'unico momento di cognizione del giudizio di ottemperanza: ulteriori spazi cognitori si aprono in relazione alle sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto al giudicato e alle domande accessorie quali interessi, rivalutazione e risarcimento del danno.»

Peraltro, il legislatore delegato alla redazione del Codice, consapevole di questa natura, ha previsto nel medesimo giudizio di ottemperanza, anche per indubbie ragioni di concentrazione dei riti e quindi di economia processuale, l'esperibilità di azioni risarcitorie non solo a ristoro dei danni patiti per mancata esecuzione, violazione o elusione di giudicato, ma anche per l'ipotesi classica di cui all'art. 30, c. 5, cioè per il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo o mancato esercizio dell'attività amministrativa, nel qual caso, va sottolineato, il processo di ottemperanza si svolge nelle forme previste dal Codice per quello ordinario (art. 112, c. 3 e 4, c.p.a.).

Nonostante ciò, il momento della cognizione e quello dell'ottemperanza non fanno parte dello stesso giudizio, ma sono legati da un rapporto di reciproca autonomia. A questo riguardo è utile riportare alcuni passaggi di una sentenza molto interessante che, nel giudicare come inammissibile la domanda di equa riparazione per violazione della ragionevole durata del processo, ricomprendendo in questo sia i tempi della fase di cognizione sia quelli della fase di ottemperanza, aiuta a comprendere meglio la natura di quest'ultima, anche nel raffronto con il processo esecutivo civile.

Nella sentenza Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732 si afferma: "Sotto il profilo formale, la principale asimmetria del giudizio di ottemperanza rispetto al processo esecutivo civile è, senza dubbio, la competenza estesa al merito. Non che essa sia del tutto estranea al processo esecutivo ordinario (artt. 610 - 612 c.p.c.); ma certo, il carattere assolutamente vincolato dell'esecuzione in senso stretto, entro i limiti del titolo, non lascia spazio ad integrazioni sostanziali: tanto meno, affidate alla discrezionalità del giudice, il cui intervento resta circoscritto alle modalità tecniche di attuazione del *decisum*.

Per contro, è innegabile che il giudizio di ottemperanza presenti connotati misti, sui generis, grazie alla coesistenza, in misura sensibile, di una sfera di cognizione. Questa si concreta, innanzitutto, nella verifica dell'effettivo adempimento da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di conformarsi agli obblighi derivanti dalla sentenza, il cui contenuto il giudice è quindi chiamato ad enucleare e precisare. Inoltre, allorché la decisione emessa si sostanzia in un comando in termini di eliminazione, ripristinazione e conformazione a seguito di annullamento di un provvedimento, si rende altresì necessaria un'ulteriore attività di accertamento, sconosciuta al processo esecutivo civile, per la

determinazione del rimedio all'inadempimento imputabile all'amministrazione.

*In tesi generale, se il processo esecutivo mira ad adeguare il fatto al diritto, il giudizio di ottemperanza deve rendere altresì esplicita e concretare la “regola di prevalenza” enunciata in sentenza all'esito del bilanciamento degli interessi in giuoco; traducendo – com'è stato detto da autorevole dottrina - dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere. Il processo amministrativo non ha, infatti, solo efficacia demolitoria, ma anche definitiva della norma agendi produttiva dell'effetto *conformativo* per la successiva azione amministrativa. Di qui, la *natura complessa del giudizio di ottemperanza*, in cui si fa sentire in modo più evidente la tensione fra l'esercizio dei poteri giudiziari e di quelli di amministrazione; e, quindi la non perfetta assimilabilità al paradigma civilistico.*

(...) La natura non meramente esecutiva del giudizio di ottemperanza rende ammissibili, al suo interno, *financo misure cautelari*, il cui carattere coesistente al processo di merito vizierebbe d'illegittimità la loro esclusione (Corte costituzionale, 16 luglio 1996, n. 249).

Premessa, quindi, la *natura eclettica del giudizio di ottemperanza*, partecipe anche di profili di accertamento di merito, resta da esaminare se tale indubbia differenza rispetto al processo esecutivo civile valga a configurarlo come fase postuma del medesimo processo amministrativo di cognizione, senza soluzione di continuità: e dunque senza varco, al suo interno, per la decorrenza del termine di decadenza della domanda di equa riparazione, L. n. 89 del 2001, ex art. 4.

La risposta negativa emerge, prima ancora che dall'opzione interpretativa che riconduca al *genus* del processo esecutivo, nonostante le differenze rimarcate, la *species* del giudizio di ottemperanza, dall'analisi strutturale del procedimento, che ne rende *impraticabile l'assimilazione al giudizio principale* nonostante il tessuto connettivo della comune competenza di merito.”

Per riassumere la Corte ricava il carattere autonomo del giudizio di ottemperanza da una serie di elementi, tra i quali ad esempio il regime d'impugnabilità della relativa sentenza¹⁹⁰, che non si concretizza nel solo appello, in un primo momento comunque non previsto, ma anche in altri

¹⁹⁰ Il giudizio di ottemperanza si chiude con una sentenza, a meno che non sia oggetto di ottemperanza una ordinanza, nel qual caso il giudice provvede con stesso provvedimento (art. 114, c. 5, c.p.a.). La sentenza può essere oggetto di appello se pronunciata dal TAR, qualora non si limiti a disporre misure meramente attuative del giudicato. Avverso detta pronuncia è ammesso ricorso per Cassazione per questione di giurisdizione nonché l'opposizione di terzo.

mezzi d'impugnazione esperibili, come, ad esempio, l'opposizione di terzo.

Ancora più manifesta, sempre secondo la Corte, è la rottura dell'unità procedimentale, dopo la legge n. 205 del 2000, che ha dato ingresso al giudizio di ottemperanza anche per le sentenze di primo grado provvisoriamente esecutive e non sospese dal Consiglio di Stato, superando così il presupposto del giudicato, e financo per le ordinanze cautelari.

Si afferma che “a tal riguardo è da escludere, dopo la novella n. 205/2000, che il giudizio di ottemperanza di una sentenza provvisoriamente esecutiva (in pendenza del gravame), e ancor più di un provvedimento cautelare, sia una fase, in senso tecnico, del medesimo giudizio di cognizione - che, nelle more, proseguirebbe, parallelamente, il suo *iter* ordinario nel grado d'impugnazione (o nello stesso grado, se l'ottemperanza riguardi una misura cautelare) - non essendo ipotizzabile una doppia fase coeva, tanto più se dinanzi ai giudici diversi, del medesimo processo. Non si saprebbe più, in tale concomitanza, a quale *dies a quo* ancorare l'inizio del termine semestrale per proporre la domanda di equa riparazione.”

La Corte conclude: “*postulare la perdurante unitarietà del giudizio, dal ricorso introduttivo del primo grado fino all'esaurimento del giudizio di ottemperanza, significherebbe configurare un modello processuale atipico, caratterizzato da un andamento pendolare e dalla possibile reiterazione di pronunce da parte del medesimo giudice in fasi successive.*”

Nonostante l'affermazione dell'autonomia del giudizio di ottemperanza, si riscontra comunque, dall'analisi complessiva dell'evoluzione del processo amministrativo, una tendenza ad anticipare gli effetti dell'esecuzione, sia al momento cautelare che, più di recente, al momento della cognizione di merito.

A dimostrazione dell'assunto secondo cui il giudizio cautelare ha guadagnato spazi propri del giudizio di ottemperanza, già si è dato conto della tesi della strumentalità allargata secondo la quale i poteri cautelari sono diretti non tanto ad assicurare interinalmente “*gli effetti della decisione sul ricorso*”, quanto i successivi effetti di esecuzione di quella decisione. Le basi giurisprudenziali si individuano, tra le varie, in due sentenze rese dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, la n. 12 e la n. 17 del 1982, che già si è avuto modo di analizzare.

Nella sentenza n. 12, infatti, viene osservato che, al fine di realizzare lo scopo per il quale il potere cautelare è finalizzato, e cioè permettere che la decisione di merito intervenga *re adhuc integra* “*il potere (strumentale) di sospensione non può esaurirsi nell'emanazione di un provvedimento meramente cognitorio, essendo, invece, essenziale alla sua funzione*

l'esplicazione di effetti concretamente incidenti sulla efficacia degli atti (o dei comportamenti) impugnati nel giudizio.”

La sentenza in questione, per dare più forza al momento cautelare, ma non volendo con ciò conferire i poteri propri dell'ottemperanza al giudice cautelare – tanto che si specifica che l'azione ex art. 27 n. 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, cioè la classica azione di ottemperanza prevista prima solo per il giudicato ordinario, e dopo estesa prima al giudicato amministrativo con la legge TAR e poi alle sentenze del giudice amministrativo e ai provvedimenti cautelari con la legge n. 205/2000 – aggiunge che, laddove gli effetti caducatori della sospensione non siano sufficienti a tutelare in via cautelare gli interessi del ricorrente, *“l'interessato ben può adire nuovamente il giudice chiedendo l'emanazione dei provvedimenti ritenuti idonei (e consentiti dal sistema) per assicurare l'esecuzione della sospensione.”*

Ma, come detto, si riscontra una tendenza all'anticipazione degli effetti dell'esecuzione anche al giudizio di cognizione, tendenza che è più recente di quella appena menzionata, in rapporto al giudizio cautelare, e che trova nel Codice una sua affermazione, che si inquadra nel tentativo del legislatore delegato, già analizzato per la tutela cautelare, di una valorizzazione del momento della cognizione piena.

Al riguardo, è significativo quanto dispone l'art. 34 c.p.a. recante *“Sentenze di merito”* che afferma al comma 1, lett. e): *“In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: dispone la misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con l'effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.”*, e al comma 2, prima parte, *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.”*

Una interessante lettura di queste disposizioni è offerta dalla sentenza TAR Lombardia-Milano 8 giugno 2011, n. 1428 che analizza l'evoluzione del processo nel senso del rapporto giuridico fatto valere in giudizio. In particolare, secondo la sentenza, l'ordinamento processuale amministrativo si è *“progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto”* superando i *“limiti dell'annullamento”* e postulando accanto all'effetto demolitorio della sentenza anche quello conformativo e ripristinatorio.

Con un passaggio successivo, i medesimi giudici evidenziano una a volte insufficiente tutela sostanziale dal momento che il contenuto

ordinatorio della sentenza di accoglimento, pur quando ampio, mai si può tradurre in un espresso dispositivo di condanna, *“pur ammettendosi l’insorgere di un obbligo pubblicistico in capo alla p.a. di ripristinare lo status quo ante e di conformarsi alle regole di azione statuite”*. La pronuncia in sostanza è incompleta e solo *“progressivamente”* nella successiva sede del giudizio di ottemperanza può divenire *“titolo esecutivo”* ovvero statuizione concreta dei tempi e dei modi per adempiere l’obbligo.

Ecco che quindi, secondo la sentenza, i successivi interventi del legislatore e della giurisprudenza abbiano teso a far *“convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita.”*

E, sempre secondo la pronuncia in questione, spetta al nuovo Codice il merito di aver abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell’azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo, come più volte sottolineato, dall’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

La motivazione dell’assunto è ricca di spunti di riflessione. Secondo quanto sostiene la sentenza, è in primo luogo significativo che *“alla formula per la quale la cognizione non poteva esaurire tutti i profili del potere amministrativo (stante la salvezza degli ulteriori atti dell’autorità amministrativa: artt. 45 R.D. 1054/1924 e 26 L. 1043/1971), il codice abbia sostituito il ben diverso divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2), volto soltanto ad impedire la tutela anticipata dell’interesse legittimo.”*

Ma, a parere dei giudici, la nuova *“visione”* del processo sta, soprattutto, *“nell’aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell’ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e).”*

La sentenza, di conseguenza, arriva ad interpretare questa previsione come un potere di *“esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola*

del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.”

Ancora più nel dettaglio prosegue: “Le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere; altre volte, invece, quando l'accoglimento della questione di legittimità non lasci residuare margine alcuno per soluzioni alternative, potranno spingersi a statuire in via satisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto; all'occorrenza, con la nomina del commissario, le misure potranno anche essere esecutive e sostitutive (salvo chiedersi, in tal caso, se la nomina differita del commissario segni, come pure è stato suggerito, il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione, ovvero se il sindacato sulla conformità dell'operato del commissario al contenuto precettivo della sentenza ricada o meno nell'ambito del giudizio di ottemperanza).”

I giudici tuttavia si preoccupano di indicare i limiti di questa previsione di cui all'art. 34 comma 1 lettera e): “Tale disegno, è bene precisare, non consente certo di ritenere che all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Il principio, stabilito dall'art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l'interesse pretensivo, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l'operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione.”

Conclude la sentenza comunque con una constatazione molto pratica e allo stesso tempo potenzialmente estensiva delle facoltà di cui art. 34 comma 1 lettera e): “È ben possibile, però, che anche una attività “in limine litis” connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare,

all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai segnata nel suo sviluppo.”

Tornando e concludendo sulla disciplina di rito, l'ottemperanza di una sentenza del giudice amministrativo si svolge innanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza di cui si chiede l'esecuzione; trattasi comunque del TAR se la sentenza emessa dal Consiglio di Stato conferma quella di primo grado, recando lo stesso contenuto dispositivo e conformativo. Nelle ipotesi residuali il ricorso per ottemperanza si propone al TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza da eseguire.

Il giudice, che decide con sentenza in forma semplificata, in caso di accoglimento del ricorso ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione. L'incidenza sull'attività amministrativa da parte del giudice dell'ottemperanza si può concretizzare anche nella sua sostituzione alla stessa p.a. cui compete quell'attività, per il tramite della nomina di un commissario *ad acta*¹⁹¹.

4.2. Il c.d. “giudicato cautelare”

L'analisi della tecnica del *remand* e più generale degli effetti delle misure cautelari sul processo amministrativo, già svolta in precedenza, ha toccato, lasciandole aperte, due questioni di un certo rilievo che vanno ora affrontate: ovvero è rimasta inesausta la domanda se si possa parlare propriamente di “giudicato cautelare” o quanto meno cosa si intenda con tale espressione, cui si lega la considerazione, anch'essa non adeguatamente approfondita, del mancato o inesatto rispetto della misura cautelare da parte dell'autorità amministrativa¹⁹².

¹⁹¹ Il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195, correttivo del Codice, ha introdotto il possibile reclamo delle parti nei cui confronti si formato il giudicato avverso gli atti del commissario, da proporre entro sessanta giorni al giudice dell'ottemperanza il quale “*conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza*” (art. 114, c. 6, c.p.a.). Peraltro è importante evidenziare che i terzi estranei al giudicato possono impugnare gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal commissario *ad acta* come se fosse un provvedimento di una qualsiasi p.a. quindi con azione di annullamento a mezzo ricorso nel termine decadenziale di sessanta giorni.

¹⁹² Sul tema del giudicato amministrativo, si vedano M. CLARICH, *Il giudicato*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013; F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pag. 302; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e*

Questa domanda è importante soprattutto in quanto sempre di più il giudicato cautelare viene assimilato a quello di merito. È esemplificativa al riguardo l'ordinanza del Consiglio di Stato 9 aprile 2010, n. 115 che afferma: “*Nel processo amministrativo, è ammissibile l'opposizione di terzo ordinaria, prevista dall'art. 404 c.p.c. anche nel caso di ordinanze cautelari definitive (giudicato cautelare) rese dai giudici di primo o secondo grado.*”

Si può premettere, per vedere sin d'ora a quale approdo giunge l'analisi seguente, che l'espressione “giudicato cautelare” ha un valore più processuale che sostanziale e si riferisce a quelle pronunce cautelari non più appellabili, incidendo di conseguenza, in virtù dei loro effetti conformativi, sulla realtà dei fatti di causa.

Già parlando della tesi della c.d. strumentalità allargata si è detto che, al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, vanno riconosciuti i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza in quanto se il contenuto del provvedimento di esecuzione può essere desunto dalla motivazione della futura sentenza, e quindi può essere con certezza prefigurato come il risultato di un ipotetico giudizio di ottemperanza, esso può ben essere anticipato alla fase cautelare.

La tesi viene utilizzata, ed anche questo lo si è già sottolineato, per conciliare la tecnica del *remand* con il principio di strumentalità. Circa le sue basi giurisprudenziali con l'analisi della sentenza n. 12/1982, resa dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, si è osservato che, al fine di realizzare il suo scopo, e cioè permettere che la decisione di merito intervenga *re adhuc integra*, “*il potere (strumentale) di sospensione non può esaurirsi nell'emanazione di un provvedimento meramente cognitorio, essendo, invece, essenziale alla sua funzione l'esplicazione di effetti concretamente incidenti sulla efficacia degli atti (o dei comportamenti) impugnati nel giudizio.*”

La stessa sentenza evidenzia che, laddove gli effetti della sospensione, non siano sufficienti a tutelare in via cautelare gli interessi del ricorrente, o l'amministrazione ne rifiuti o eluda l'esecuzione, “*l'interessato ben può adire nuovamente il giudice chiedendo l'emanazione*

giudicato, Padova, 2005; C. CALABRÒ, voce *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1969, v. XVIII, 893. Sul tema più specifico dell'esecuzione del *decisum* cautelare, si vedano S. BACCARINI, *Esperienze e prospettive del giudizio cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 865 ss.; R. VILLATA, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 30 aprile 1982, n. 6, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 97 e ss.; E. FOLLIERI, *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1982, 629.

dei provvedimenti ritenuti idonei (e consentiti dal sistema) per assicurare l'esecuzione della sospensione, con le forme stabilite per l'ordinario giudizio di sospensione del quale la domanda stessa rappresenta nulla più che una fase integrativa.”

Quest'ultimo inciso ci riporta a quanto già rilevato, e cioè che non si intende conferire i poteri propri dell'ottemperanza al giudice cautelare, tanto che si specifica che l'azione ex art. 27 n. 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, cioè la classica azione di ottemperanza prevista prima solo per il giudicato ordinario, e dopo estesa prima al giudicato amministrativo con la legge TAR e poi alle sentenze del giudice amministrativo e ai provvedimenti cautelari con la legge n. 205/2000, non è esperibile ai fini dell'esecuzione coattiva di un'ordinanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

La sentenza n. 6 del 1982, emessa sempre dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, oltre ad aver già affermato quanto contenuto nella successiva pronuncia n. 12, appena analizzata, evidenzia che, nel caso in cui l'ordinanza cautelare di sospensione non sia *ex se* idonea ad assicurare il risultato della tutela interinale ovvero l'amministrazione ne rifiuti o eluda l'esecuzione, l'interessato può adire nuovamente il giudice che ha emanato l'ordinanza, ma in base ad essa non può essere promossa l'azione di esecuzione del giudicato in quanto, sempre secondo la sentenza, «*il contenuto decisorio inerente le ordinanze di sospensione non acquista mai quell'efficacia definitiva che in ordine al caso deciso ha il giudicato.*»

Anche di recente la Cass. Civ. Sez. Un. 23 settembre 2013 n. 21677 ha affermato che il provvedimento cautelare emesso dal giudice amministrativo non assume carattere decisorio e non incide in via definitiva sulle posizioni soggettive dedotte in giudizio, essendo destinato a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito, sicché esso, pur quando coinvolge posizioni di diritto soggettivo, non statuisce su di esse con la forza dell'atto giurisdizionale idoneo ad assumere autorità di giudicato.

In effetti nessuno mette in dubbio la c.d. strumentalità di tipo strutturale, di cui pure si è già parlato in precedenza, in base alla quale le misure cautelari non hanno autonomia al di fuori del processo; esse, infatti, non possono definire il giudizio, tranne in quei casi, già oggetto qui di ampia disamina, come nell'ipotesi delle misure propulsive, in cui si renda di fatto inutile il passaggio processuale di cognizione piena sul merito.

Questo discorso fa da giusta premessa alla questione del “giudicato cautelare”. Per procedere occorre partire da un dato normativo, ovvero

dall'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, introdotto con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, il quale, nel disciplinare l'efficacia e l'invalidità del provvedimento amministrativo, prevede tra le ipotesi di nullità inerenti quest'ultimo il caso della “*violazione o elusione del giudicato*”.

Questa ipotesi comporta che la p.a. eserciti la medesima potestà pubblica, già esercitata illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (violazione) ovvero che l'attività asseritamente esecutiva della p.a. sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato (elusione)¹⁹³.

Per quanto riguarda il “giudicato cautelare” il dato normativo dell'art. 21-*septies* va sondato sulla base della sua interpretazione giurisprudenziale.

Una prima visione dei giudici è quella offerta dalla sentenza del Consiglio di Stato 24 luglio 2007, n. 4136 a cui si richiameranno poi altre. In questo caso, il Collegio, partendo dalla considerazione, dallo stesso non condivisa, secondo cui la nullità di un provvedimento, sulla base del dato letterale dell'art. 21-*septies*, deriverebbe dal contrasto con pronunce giurisdizionali qualificabili, in senso stretto, come “*giudicato*”, considera il “*giudicato cautelare*” comunque una “*stabilità processuale della decisione non più appellabile*”. Più chiaramente afferma la sentenza: “*Anche la pronuncia cautelare di primo grado e la sentenza del tribunale non sospesa contengono un comando giurisdizionale che si impone inderogabilmente alle amministrazioni destinarie*”.

Per i giudici, quindi, il contrasto con ogni pronuncia esecutiva va letta come una forma di patologia del provvedimento amministrativo “*certamente più grave della semplice annullabilità*” in quanto è da interpretare come “*difetto assoluto di attribuzione*”, così riconducendola in una delle ipotesi di nullità indicate nell'art. 21-*septies*¹⁹⁴.

A stesse conclusioni giunge la sentenza del Consiglio di Stato 17 luglio 2008, n. 3606 ove espressamente si dice che per giudicato si intende anche quello cautelare, prefigurando sempre la nullità. Più in specifico qui i giudici ritengono che il potere di riesame dell'amministrazione di atti *sub iudice* a fini conservativi deve ritenersi precluso se il giudice ha disposto in via cautelare la loro sospensione “*ciò significando che il procedimento amministrativo oggetto di ricorso ha subito una valutazione negativa in*

¹⁹³ R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 939.

¹⁹⁴ Si veda E. GAETANI, *La nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 3204.

sede cautelare e che lo stesso debba essere improduttivo di effetti sino alla decisione di merito.”

Ancora più esplicita è l'ordinanza 30 novembre 2012, n. 4709, pronunciata ex art. 113 c.p.a. dal Consiglio di Stato in sede di ottemperanza ad un suo precedente provvedimento cautelare: *“il giudicato cautelare spiega nel caso di specie effetti conformativi e/o propulsivi e vincola l'amministrazione sotto il duplice profilo di dovervi dare esecuzione e di precluderle, a pena di nullità ex art. 21-septies l. n. 241 del 1990, l'adozione di qualsiasi atto che lo violi o lo eluda”*.

Verificato dunque che all'espressione “giudicato cautelare” si dà un significato improprio, va anche detto che la tesi della nullità, basata su una lettura estensiva dell'art. 21-septies non ha sostegno unanime¹⁹⁵.

Innanzitutto le cause di nullità del provvedimento amministrativo sono ipotesi tassative: lo scopo della norma legislativa è quello di codificare il principio secondo cui la sua nullità si verifica solo in presenza di circostanze tipiche e determinate dalla legge¹⁹⁶. E quindi non possono essere fatte interpretazioni analogiche che abbraccino pronunce non coperte

¹⁹⁵ Si veda G. SABBATO, *Il giudicato cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it; nonché E. NESI, *Attuazione del decisum cautelare*, in *Nel diritto*, 10/2013.

¹⁹⁶ Si veda sentenza Tar Lazio-Roma 5 gennaio 2011, n. 41: “Ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990, l'atto amministrativo può essere dichiarato nullo solo per le ipotesi normativamente specificate; secondo tale disciplina, i casi di nullità costituiscono un numero chiuso (...). Nel diritto amministrativo la regola è quella dell'annullabilità dell'atto, a differenza del diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è piuttosto quella della nullità. L'art. 21-septies della legge n. 241/90 stabilisce che è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. La norma predetta ha dunque codificato, per gli atti amministrativi, la categoria della nullità. L'atto può essere dichiarato nullo solo per le ipotesi normativamente specificate. I casi di nullità costituiscono un numero chiuso. Nel diritto amministrativo la regola è quella dell'annullabilità dell'atto, a differenza del diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è piuttosto quella della nullità (cfr. CdS, VI, n. 3173/2007; n. 891/2006; n. 1023/2006; n. 5903/2005). Nella specie gli atti concorsuali, alla stregua dei vizi dedotti dall'istante (difetto di motivazione, assenza di criteri di massima, presenza di segni di riconoscimento degli elaborati, carenza di argomenti di diritto romano, contraddittorietà di valutazione, difetto di requisiti di partecipazione dei candidati vincitori, illegittima composizione della commissione), non potrebbero essere comunque considerati nulli. L'atto amministrativo nullo è quello addirittura privo degli elementi di identificazione strutturale. Gli elementi essenziali cui fa riferimento l'art. 21-septies sopra citato sono la forma, il destinatario, la volontà, l'oggetto. Nel caso in esame tutti gli elementi predetti sono presenti e identificabili negli atti impugnati e in particolare nella graduatoria contenente i risultati del concorso. Gli atti rivestono la forma scritta prevista, i destinatari sono indicati, la volontà è chiaramente espressa negli atti emessi nell'esercizio del potere esercitato, l'oggetto, costituito dalla porzione di realtà giuridico-fattuale su cui l'atto è destinato ad incidere (cfr. CdS, V, n. 4522/2008), è esistente, determinato, non impossibile e non contrastante con la legge penale. Né gli atti stessi risultano emessi in carenza di potere o in violazione di giudicato. Pertanto, i provvedimenti in questione potrebbero essere al più affetti da vizi (quali quelli dedotti appunto dal ricorrente) di illegittimità per violazione di legge o eccesso di potere per erronea percezione di presupposti, ed in quanto tali soggetti al riscontro giurisdizionale soltanto su ricorso di parte, nei previsti termini decadenziali”.

dal giudicato, inteso in senso processuale e sostanziale¹⁹⁷.

In secondo luogo, laddove si ritenga che la previsione della sanzione della nullità per contrasto con il *decisum* cautelare garantisca, o almeno sembri garantire, maggiore effettività di tutela, va considerato che l'art. 31, c. 4, c.p.a., nel disciplinare l'azione di declaratoria di nullità, prevede il termine decadenziale di centottanta giorni¹⁹⁸.

Questo termine va sicuramente applicato agli atti elusivi o violativi del provvedimento cautelare, in quanto quest'ultimo non può rientrare nell'esclusione, prevista dallo stesso art. 31, riguardante invece la dichiarazione di nullità da parte del giudice dell'ottemperanza, ex art. 114, c. 4, lett. b), c.p.a., di "atti in violazione o elusione del giudicato." Già si è visto, infatti, che la successiva lettera c), sempre dell'art. 114, c. 4, specifica e differenzia le sentenze coperte da giudicato da quelle non passate in giudicato e dagli altri provvedimenti, in relazione ai quali gli atti emessi in violazione o elusione sono considerati non nulli, ma "inefficaci".

Al riguardo è interessante l'interpretazione che ne dà autorevole dottrina¹⁹⁹ secondo cui nel caso di elusione o violazione del provvedimento cautelare, non si ha né nullità né annullabilità, ma «*il legislatore sembra che voglia proprio emanciparsi dalla dimensione della illegittimità e parrebbe voler risparmiare al ricorrente l'onere dell'ulteriore impugnazione del provvedimento, allorché invoca l'esecuzione di un provvedimento cautelare a sé favorevole*».

Riprendendo quanto già detto sul "difetto di attribuzione" che si potrebbe definire "temporaneo", l'inefficacia dell'atto deriverebbe da una sorta di consumazione del potere amministrativo per effetto dell'avvio del processo e per la pronuncia dell'ordinanza cautelare e «*tale inefficacia si verrebbe in qualche modo a saldare con la nullità quando anche l'effetto cautelare si fosse saldato con quello del giudicato*». Cosicché l'inefficacia «*sembra una sorta di effetto anticipato di quella che sarà la nullità destinata a formarsi una volta che l'effetto della misura cautelare si sarà*

¹⁹⁷ Non è superfluo ricordare che, in base all'art. 324 c.p.c., si intende passata in giudicato "la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395", e che ex art. 2909 c.c.: "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

¹⁹⁸ L'art. 31, c. 4, c.p.a. espressamente riporta: "La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine decadenziale di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restane ferme le disposizioni di cui al titolo I del libro IV".

¹⁹⁹ F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro Amm.*, 2011, p. 1123 e ss.

fuso nel giudicato».

Ecco che giustamente questa comminatoria di inefficacia più che un vizio dell'atto si sostanzierebbe in un rimedio processuale di natura interinale e strumentale alla decisione di merito²⁰⁰. Al riguardo va notato che pur ammettendo la sussistenza di una nullità, essa sarebbe comunque temporanea in quanto destinata a venir meno con un eventuale sentenza di merito di rigetto del ricorso.

Se ne ricava, in conclusione sul punto, che la sanzione della inefficacia appare più consona di quella della nullità al fine di garantire l'effettività della tutela cautelare.

Il tema della riedizione del potere amministrativo a seguito di provvedimento propulsivo del giudice è stato già affrontato in relazione all'analisi della tecnica del *remand* nella dinamica del processo amministrativo. La disamina si è soprattutto incentrata sugli effetti dei provvedimenti di tipo propulsivo sul riesercizio dell'azione amministrativa, ma non ha approfondito la tutela giudiziale della parte ricorrente, vittoriosa nella fase cautelare, verso gli atti prodotti da tale riesercizio.

Può infatti accadere che tali atti, emanati a fronte di una pronuncia cautelare propulsiva che ha lasciato spazi di discrezionalità e non ha interamente vincolato i successivi passaggi amministrativi, non si risolvono in atti meramente confermativi di riproduzione del medesimo provvedimento sospeso in sede cautelare, bensì assumono i caratteri di una conferma, sulla base di una rinnovata e più approfondita istruttoria, e conseguente diversa e ulteriore motivazione, con la conseguenza che essi, pur non in contrasto con il *decisum* cautelare, non sono soddisfattivi per la parte ricorrente.

Infatti, richiamando le pronunce già riportate in precedenza nel corso dell'analisi della tecnica del *remand*, è utile riportare anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato 4 febbraio 2013, n. 651 il cui si afferma che con la tecnica processuale in questione, che comporta “*la fissazione delle coordinate operative e sistematiche cui informare la concreta riedizione del potere*”, l'Amministrazione non vede limitata la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo oggetto di impugnativa, “*altrimenti venendo meno il continuum funzionale (anche in chiave procedimentale) che necessariamente deve intercorrere fra il jussum giudiziale (quand'anche impartito nella forma dell'ordinanza cautelare atipica) e le conseguenze conformative, risolvendosi nella riedizione del potere, secondo l'assetto delineato attraverso il comando del giudice*”.

²⁰⁰ Così E. NESI, *Attuazione del decisum cautelare*, op. cit.

Va considerata dunque la posizione della parte ricorrente in termini di possibilità di difesa nei confronti di atti che fanno seguito ad una misura cautelare di tipo propulsivo²⁰¹.

Al riguardo, la parte ricorrente potrebbe ritenere, ad esempio, di trovarsi di fronte ad un nuovo atto espressione di una legittima discrezionalità amministrativa: nel qual caso la parte potrebbe, per chiedere tutela giudiziale, avanzare atto di motivi aggiunti nel processo pendente.

Però la stessa parte potrebbe invece considerare l'atto emesso in violazione o elusione del provvedimento cautelare e ricorrere al giudice dell'ottemperanza ex art. 114, c. 4, lett. c), c.p.a. È possibile che in questo caso il giudice adito ritenga, invece, che vi sia stata alcuna violazione o elusione.

Sotto l'aspetto pratico il rilievo non è di poco conto se si pensa che l'atto di motivi aggiunti ha l'ordinario termine decadenziale previsto per la notifica del ricorso introduttivo di sessanta giorni: l'esercizio dei diritti di difesa, dunque, com'è chiaro, in un quadro del genere, non è facile.

Nel dubbio, prudenza (a cui si accompagna, però, sicura gravosità) vuole che vengano proposti due ricorsi: uno ex art. 114, per far valere una eventuale elusione o violazione del *decisum* cautelare, e l'altro ex art. 43, per impugnare il nuovo atto dell'amministrazione.

Una soluzione a tale questione viene offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, la quale pur inerente l'ottemperanza del giudicato e quindi il merito, potrebbe essere applicata anche alla fase cautelare.

La sentenza, in tema di ottemperanza, risponde alla necessità di evitare duplicazioni dei giudizi, allorché la riedizione del potere amministrativo, successiva al giudicato, abbia comportato l'emanazione di un atto non elusivo o in violazione del giudicato, ma autonomamente lesivo della pretesa del ricorrente²⁰².

Nella decisione viene osservato che, nel giudizio disciplinato dagli artt. 112 e ss. c.p.a., il giudice dell'ottemperanza «*deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel*

²⁰¹ Si evidenzia che vi è un indirizzo giurisprudenziale minoritario secondo cui la nuova determinazione amministrativa sarebbe in ogni caso un provvedimento sostitutivo di quello impugnato e sospeso cautelatamente con la conseguenza che il ricorso originario diverrebbe improcedibile. A ben vedere, l'ipotesi potrebbe riguardare, in effetti, solo le ordinanze di tipo sostitutivo e non quelle di tipo propulsivo (si veda sentenza TAR Lombardia-Milano, 12 dicembre 2011, n. 3141).

²⁰² G. MARI, Voce "Ottemperanza e riedizione del potere amministrativo", in *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2014.

giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto».

Cosicché deve ritenersi ammissibile un solo ricorso *«in luogo dei due che la parte è spesso, per ovvie ragioni di “cautela processuale”, necessitata ad esperire avverso i provvedimenti emanati dall’amministrazione successivamente al giudicato di annullamento di proprio precedente provvedimento».*

Sempre secondo l’Adunanza Plenaria, infatti, può ammettersi che, *«al fine di consentire l’unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall’interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell’ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell’esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l’esame della forma di più grave patologia dell’atto, quale è la nullità».*

Spetta al giudice dell’ottemperanza qualificare le domande prospettate di nullità per violazione o elusione del giudicato e di illegittimità, distinguendo le prime dalle seconde: solo le ultime sono espressione della riesercizio del potere amministrativo. Nel caso in cui il giudice adito ritenga non sussistente la dedotta violazione o elusione del giudicato, non potrà che disporre la conversione dell’azione e la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, così come ammesso dall’art. 32, c. 2, c.p.a.; fermo restando che l’azione ex art. 114 c.p.a., per poter beneficiare della conversione del rito (da quello d’ottemperanza a quello ordinario) dovrà essere proposta entro il termine decadenziale dell’*actio iudicati* dinanzi al giudice dell’ottemperanza, il quale soltanto è competente in via esclusiva a conoscere della elusione o della violazione del giudicato.

4.3. La revoca e la modifica delle misure cautelari

Risponde sicuramente anch’essa all’esigenza da un lato di garantire una tutela effettiva e dall’altro di rispettare il carattere interinale, la previsione contenuta all’art. 58 c.p.a. della possibile modifica o revoca della misura cautelare disposta. Riprendendo pedissequamente la disciplina dei procedimenti cautelari innanzi al giudice civile di cui all’art. 669-*decies* c.p.c. le parti nel processo amministrativo (e quindi non solo il ricorrente) possono chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare,

come pure possono riproporre l'istanza cautelare se prima non accolta, nei casi in cui *“si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”*. Lo stesso articolo 58 dispone poi che la revoca possa essere richiesta anche nei casi di revocazione ex art. 395 c.p.c.

Partendo dall'analisi dell'istituto della revoca, è chiaro che solo una misura non rigida e statica, ma modulabile in relazione al mutamento della realtà dei fatti, può definirsi adeguata ad una tutela piena ed effettiva. La sua *ratio* è quella di tener conto del cambiamento degli interessi in gioco, di cui va fatto un nuovo temperamento, con un assetto ridefinito da parte del giudice cautelare.

Prima del Codice tale istanza era legata solo a fatti sopravvenuti²⁰³, ora invece è ammessa anche nei casi in cui si alleghino fatti anteriori di cui si è avuta conoscenza solo successivamente al rilascio della misura cautelare. È comunque indispensabile, secondo quanto dispone lo stesso art. 58, che l'istante fornisca la prova *“del momento in cui ne è venuto a conoscenza”* e quindi è necessario dimostrare che non si aveva conoscenza di questi fatti anteriori.

Il mutamento *“nelle circostanze”*, legato sia a sopravvenienze in fatto che in diritto, deve essere tale da apportare una modifica significativa alla situazione precedentemente vagliata dall'organo giurisdizionale, di cui la misura interinale già disposta costituiva espressione. Al riguardo va osservato che la risposta cautelare nel processo amministrativo, soprattutto da quando atipica, è sempre più diversificata e si basa inevitabilmente su quanto viene prospettato dalla parte ricorrente, la quale, nel rispetto del principio dispositivo, deve indicare che tipo di tutela cautelare richieda al giudice adito.

Si sono viste le plurime e diverse tipologie di ordinanze che il giudice amministrativo può disporre, le quali non necessariamente si sostanziano nella sola sospensione dell'efficacia degli atti gravati, ma possono contenere anche altri effetti. È chiaro dunque, in tale cornice, quale possa essere l'utilità di un istituto come quello della revoca.

A differenza di quest'ultima l'istanza di modifica dell'ordinanza

²⁰³ L'art. 21 c. 13, legge TAR, prevedeva: *“La domanda di revoca o modificazione delle misure cautelari concesse e la riproposizione della domanda cautelare respinta sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti”*. Si veda E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2009, 338, in cui l'A. ritiene che il riferimento ai soli fatti sopravvenuti implica una *deminutio* di tutela, sottolineando come nel processo amministrativo non di rado accada che le parti al momento della decisione cautelare, non siano a conoscenza di tutti i fatti e gli atti implicati nella controversia ed il concetto di sopravvenienza è da intendersi secondo un significato non già temporale, ma bensì gnoseologico.

cautelare lascia integro il provvedimento, ma lo sottopone ad una sopravvenienza soggettiva od oggettiva. La modifica può riguardare, ad esempio, sia il soggetto ritenuto erroneamente destinatario della misura o il soggetto che deve materialmente eseguire i precetti cautelari fissati, oppure ancora può riguardare il contenuto oggettivo e materiale.

Gli istituti in esame non possono tuttavia costituire l'occasione, per la parte istante, di utilizzare artatamente le evenienze successive all'emissione della misura cautelare, per proporre all'attenzione del giudice considerazioni giuridiche che avrebbero potuto essere dedotte nel corso del giudizio cautelare, ma che non sono state quindi formulate nel momento dovuto.

L'istanza di modifica o di revoca può essere proposta in momenti differenti, almeno fin quando la misura cautelare produce ancora i suoi effetti. È difficile che intervenga nel periodo in cui è ancora proponibile appello cautelare in quanto già tale gravame costituisce una possibile risposta ad un'esigenza di revoca²⁰⁴. Se infatti essa interviene in sede di appello innanzi Consiglio di Stato la competenza in ordine ad un'istanza di revoca o di modifica è di tale organo, in quanto come si afferma nell'ordinanza del Consiglio di Stato 13 novembre 2001, n. 6031 *“In virtù dell'effetto devolutivo dell'appello si ha trasferimento a tale giudice di ogni aspetto della tutela cautelare, salvo il caso di istanza di sospensione di nuovo provvedimento impugnato mediante proposizione di motivi aggiunti”*. I giudici anzi potrebbero dare una lettura negativa del mancato appello da parte dell'amministrazione perdente nella fase cautelare, laddove intenda poi avanzare istanza di revoca²⁰⁵.

La questione sull'organo competente a modificare o revocare il provvedimento cautelare emesso in appello non è comunque pacifica, in quanto, prima di tutto, in effetti, l'art. 62 del Codice, che disciplina l'appello cautelare, non richiama nei rinvii normativi in esso contenuto l'art. 58.

²⁰⁴ Si veda al riguardo l'ordinanza TAR Campania-Salerno, 11 gennaio 2013, n. 16 con la quale si chiede il riesame, nonostante sia stata oggetto di riforma da parte del Consiglio di Stato: *“Ciò premesso, il Collegio ritiene che la presente domanda di riesame sia inammissibile, atteso che la stessa, sostanzialmente, ove accolta, modificherebbe provvedimenti cautelari emessi dal Consiglio di Stato; pertanto il Collegio è dell'avviso che, nel caso specifico, domande di riesame per fatti sopravvenuti vadano presentate al giudice d'appello, ultimo giudice che si è pronunciato sulla fase cautelare; ne consegue il rigetto dell'istanza.”*

²⁰⁵ Si legga in tal senso, ad esempio, l'ordinanza TAR Emilia-Romagna Bologna, 15 maggio 2008, n. 349: *“Considerato che l'ordinanza cautelare di questo T.A.R. del 29.11.2007, n.824, non risulta essere stata impugnata ritualmente davanti al Consiglio di Stato; atteso che la reiterata istanza cautelare non risulta supportata da nuovi elementi di fatto sopravvenuti; respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione.”*

Se quindi vi è una interpretazione secondo cui «anche se il codice nulla dispone a riguardo, la domanda, previa notificazione alle parti costituite, deve essere proposta allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento»²⁰⁶, ve ne è un'altra che reputa invece che pur trattandosi di «istituti in astratto compatibili e non logicamente in contrasto con il giudizio cautelare d'appello, purtuttavia sono ritenuti inapplicabili per ragioni pratiche: la sopravvenienza di fatti nuovi deve correttamente essere fatta valere in primo grado»²⁰⁷.

D'altronde la revoca si differenzia dall'appello in quanto se la prima è ricollegabile ad una modifica della situazione di fatto presa in considerazione originariamente, il secondo presuppone l'identità della situazione e l'inesattezza della valutazione dei fatti di causa data dal giudice di primo grado.

Una volta divenuta inappellabile, e quindi stabilizzatosi il comando cautelare, può certamente essere sentita, in attesa del giudizio di merito, l'esigenza di modificare l'assetto degli interessi in gioco, come temperati nell'ordinanza cautelare. La revoca, a differenza della modifica, si pone in maniera più "impattante" su una decisione, che pur interinale e provvisoria, acquista sempre più stabilità per l'ordinamento. Al riguardo se si rilegge quanto detto sul c.d. "giudicato cautelare" si comprende perché l'istituto della revoca possa essere visto non favorevolmente in termini di certezza del diritto.

In realtà, se si guarda bene alla dinamica del processo amministrativo, e alla natura del giudizio cautelare, è proprio il carattere strumentale, provvisorio e atipico della decisione cautelare che comporta la possibile modificabilità o anche revocabilità al ricorrere di evenienze sopravvenute.

Questo discorso è ancora più confacente alla tutela cautelare monocratica. Infatti il decreto presidenziale, non essendo impugnabile, può essere però sempre revocabile o modificabile su istanza di parte, in forza dell'espressa previsione contenuta all'art. 56, c. 4, c.p.a. La norma non indica i presupposti per la presentazione dell'istanza, ma deve necessariamente ritenersi che siano i medesimi previsti all'art. 58, da valutare in relazione all'estrema celerità del procedimento cautelare monocratico che potrebbe non consentire all'amministrazione e ai controinteressati di intervenire utilmente nel giudizio prima dell'assunzione

²⁰⁶ M. A. SANDULLI, *Procedimento cautelare*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 517.

²⁰⁷ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo*, op.cit.

del decreto.

Allo stesso tempo, però, va considerato che i tempi di efficacia delle misure monocratiche sono significativamente differenti da quelli delle misure collegiali²⁰⁸, le quali possono, come già visto, comportare effetti anche non brevi se non irreversibili²⁰⁹.

Infine va menzionata l'altra ipotesi contemplata dall'art. 58 c.p.a. ossia la facoltà di riproporre l'istanza cautelare, sempre al ricorrere delle stesse condizioni previste per la modifica e la revoca, e quindi nei casi di mutamenti nelle circostanze o di fatti anteriori conosciuti successivamente alla prima domanda cautelare proposta.

Con l'istanza in questione non possono essere proposti motivi di impugnazione della misura cautelare che costituirebbero invece le condizioni per l'appello cautelare. È necessario infatti che la riproposizione abbia ad oggetto la medesima istanza proposta in precedenza pur corredata dalla prova delle nuove circostanze intervenute.

4.4. L'appello cautelare

L'appello delle ordinanze cautelari non riguarda lo schema originario del processo amministrativo, ma è frutto di una lenta evoluzione, anche in questo caso, come per vari aspetti del processo amministrativo, di tipo giurisprudenziale.

La sentenza della Corte costituzionale 1° febbraio 1982, n. 8 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, ultimo comma, della legge 3 gennaio 1978, n. 1, per contrasto con l'art. 125 Cost., nella parte in cui esclude l'appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze dei tribunali amministrativi regionali pronunciate sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato nei giudizi concernenti opere pubbliche ed impianti industriali.

²⁰⁸ Recita l'art. 56, c. 4, c.p.a.: *“Il decreto, nel quale deve essere comunque indicata la camera di consiglio di cui all'art. 55, comma 5, in caso di accoglimento è efficace sino a detta camera di consiglio”*.

²⁰⁹ È la stessa giurisprudenza a fare queste considerazioni. Si legga al riguardo, pur se antecedente al Codice, il decreto presidenziale TAR Lazio-Roma, Sez. III, 5 gennaio 2005, n. 9: *“È dubbio che la revoca del decreto di concessione di misure cautelari provvisorie il termine finale della cui efficacia sia fissato per legge alla pronuncia dello stesso collegio nella prima camera di consiglio utile, sia ammissibile.”*

Nella decisione in parola la Consulta, nel ribadire la propria costante giurisprudenza circa la non costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giudizio, precisa però che ciò non vale per la giurisdizione amministrativa, in virtù della previsione di cui all'art. 125 che *“esplicitamente stabilisce che i tribunali amministrativi da istituire (e poi istituiti con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ‘Istituzione dei tribunali amministrativi regionali’) sono giudici di primo grado, soggetti pertanto al giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato”*.

Il che trova spiegazione nei caratteri propri della giurisdizione amministrativa ordinaria, che verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che si colloca al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa.

In merito al “doppio grado” non va di certo dimenticato il precedente intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 20 gennaio 1978, n. 1 nella quale si affermano la natura decisoria dell’ordinanza cautelare emessa dal TAR e pertanto la sua appellabilità in Consiglio di Stato nello stesso termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 28, c. 2, legge n. 1034 del 1971 per la proposizione dell'appello della sentenza.

L’appello avverso ordinanze cautelari è stata riconosciuta ha trovato espressa disciplina nella legge n. 205 del 2000, che ha modificato il summenzionato art. 28. Questo articolo, ora abrogato dal Codice, disponeva che nei confronti delle ordinanze cautelari *“è ammesso ricorso in appello, da proporre nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell’ordinanza ovvero di centoventi giorni dalla comunicazione del deposito dell’ordinanza stessa nella segreteria”*.

Oggi la disciplina dell’istituto in esame è contenuta nell’art. 62 del Codice. Va subito fatto notare che la tutela cautelare in appello può riguardare l’impugnazione proposta avverso l’ordinanza del giudice di primo grado che ha deciso sull’istanza cautelare del ricorrente, oppure le misure che il Consiglio di Stato può concedere nei giudizi di impugnazione delle sentenze del TAR²¹⁰.

Al riguardo, disponendo che si applicano le norme per il procedimento cautelare di primo grado *“in quanto applicabili”*²¹¹, l’art. 98, c. 1, recita: *“Salvo quanto disposto dall’ articolo 111, il giudice*

²¹⁰ F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Vol. II, Milano, 2013, 196.

²¹¹ Sul punto sono intervenuti sia il primo che il secondo decreto correttivo del Codice ossia il D. Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e il D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

dell'impugnazione può, su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio grave e irreparabile, disporre la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, nonché le altre opportune misure cautelari, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio."

L'appello è oggi proponibile nel termine di trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza cautelare oppure entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. Si applica la disciplina generale prevista dall'art. 45, che prevede il deposito presso il Consiglio di Stato entro trenta giorni dal momento in cui l'ultima notifica si è perfezionata anche per il destinatario. L'appello è deciso in camera di consiglio con ordinanza che viene trasmessa a cura della segreteria dal primo giudice, anche ai fini della fissazione dell'udienza di merito. Al giudizio si applicano le disposizioni in materia di misure cautelari collegiali (art. 55), di misure cautelari monocratiche (art. 56) e di spese sul procedimento (ar. 57).

Inoltre, il quarto comma dell'art. 62 impone al Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, di verificare la competenza del tribunale amministrativo che ha assunto il provvedimento appellato, anche nel caso in cui la questione di competenza non sia stata sollevata in sede di appello cautelare. In tal senso è giusto rilevare²¹² che la verifica della competenza in sede cautelare è ben più incisiva rispetto al giudizio di impugnazione nel merito ove il difetto di competenza può essere rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso un capo della sentenza che si sia espresso esplicitamente o implicitamente sul tema (art. 15, c. 1).

Ove il Consiglio di Stato ritenga sussistere l'incompetenza del Giudice di primo grado, esso deve sottoporre la questione al contraddittorio delle parti, in sede di discussione in camera di consiglio (art. 73, c. 3) oppure, ove abbia già trattenuto in decisione, riservarsi su di essa, fissando con ordinanza un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

In caso di riscontrata incompetenza del giudice di primo grado, il Consiglio di Stato indica il Tribunale amministrativo regionale competente e annulla le misure cautelari già adottate dal giudice di primo grado. Il ricorrente, in tal caso, può riproporre la domanda cautelare al tribunale amministrativo regionale individuato come competente²¹³.

²¹² M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo*, op. cit., 349.

²¹³ *Id.* M. V. LUMETTI, op. cit., 350, l'A. afferma: «Siffatta operatività della pronuncia sulla competenza in sede di appello cautelare suscita alcune perplessità, se rapportate alle previsioni dell'art. 15, comma 8. La norma prevede infatti che le misure cautelari adottate dal giudice dichiarato incompetente in sede di regolamento di competenza perdano efficacia decorso il termine

Passando ad un altro aspetto, già si è avuto modo di analizzare il meccanismo di cui all'art. 55, c. 10, c.p.a., il c.d. "merito a breve", procedura in base alla quale il collegio giudicante, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano *"apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito"*, fissa la data di discussione del ricorso, così da avere una sollecita definizione del giudizio nel merito con sentenza.

Tale meccanismo di fissazione accelerata dell'udienza di merito²¹⁴, prevista, pur se sulla base di presupposti differenti, anche all'art. 119 c.p.a., può trovare applicazione anche innanzi il Consiglio di Stato, il quale organo, a fronte di un intervenuto gravame, in caso di riforma dell'ordinanza cautelare di primo grado impugnata, trasmette al TAR per la fissazione dell'udienza di merito. Nell'ipotesi di cui all'art. 55, c. 10, il giudice dell'appello deve però motivare *"sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado"*²¹⁵.

Peraltro, l'art. 55 assegna, al comma 11, al Consiglio di Stato una funziona acceleratoria laddove, in sede di appello, venga confermata l'ordinanza impugnata e questa non rechi la fissazione dell'udienza di merito, indicazione che oggi, nella pratica, non si riscontra mai, nonostante sia uno di quei tentativi del legislatore del Codice di valorizzare il carattere interinale della misura cautelare e il suo rapporto strumentale col merito.

Per quanto riguarda le misure monocratiche, se, come già visto, esse non sono appellabili, ma semmai revocabili o modificabili, in sede di appello è possibile richiedere una tutela cautelare di questo tipo in caso di estrema gravità ed urgenza, per espresso richiamo nell'art. 62 dell'art. 56.

di 30 giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che ha regolato la competenza, consentendo in tal modo al ricorrente di riproporre entro tale termine la domanda cautelare dinanzi al Giudice competente senza alcuna interruzione degli effetti della misura cautelare precedentemente adottata. L'immediato annullamento della misura cautelare prevista invece dall'art. 62 in sede di appello cautelare per rilevata incompetenza del Giudice di primo grado determinerebbe un vuoto di tutela per il ricorrente, che si estende sino alla riproposizione della domanda cautelare dinanzi al giudice competente.»

²¹⁴ Per verificare come funzioni il meccanismo di cui all'art. 55, c. 10, c.p.a., in sede di appello, si veda la recente ordinanza 9 aprile 2014, n. 1469 con cui il Consiglio di Stato, *"rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le esigenze cautelari del ricorrente appaiono apprezzabili favorevolmente in punto di fumus boni iuris (...) e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito (...) in riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie la domanda cautelare di primo grado ai soli fini di cui all'art. 55, comma 10, cod. proc. amm.; (...) ordina che, a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia trasmessa al TAR per la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm."*.

²¹⁵ In G. CALDERONI, *Per una motivata applicazione dell'art. 55, comma 10, c.p.a., in sede di appello cautelare (ovvero: critica alla non infrequente tecnica del remand anodino del Consiglio di Stato, in sede cautelare, e al Giudice amministrativo di primo grado, in sede di merito)*, in www.lexitalia.it l'A. giustamente evidenzia come questo onere motivazionale quasi mai viene rispettato dai giudici o comunque viene eluso ricorrendo ad una asserita complessità della vicenda.

Nel grado d'appello invece è inapplicabile una misura cautelare *ante causam*, in quanto, lo si comprende facilmente, un giudizio è già pendente e incardinato, ancorché deciso in primo grado²¹⁶.

²¹⁶ In passato il Consiglio di Stato, dopo avere per anni negato l'appellabilità del decreto monocratico, era tuttavia giunto ad ammetterlo per motivi di estrema gravità ed urgenza, tali da non consentire di attendere la camera di consiglio. Si veda sentenza Consiglio di Stato, 18 settembre 2009, n. 4628.

Conclusioni

Dalla semplice lettura di alcune, fondamentali, disposizioni della nostra Costituzione si comprendono le potenzialità già nella stessa contenute in termini di domanda di giustizia nei confronti dell'agire del potere pubblico: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”* (art. 24, c. 1) e *“ Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”* (art. 113, c. 1) come pure *“Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (art. 113, c. 2).

Partendo da queste norme fondamentali si è visto, durante questa ricerca, sino a dove si sia arrivati: si può affermare che il giudizio cautelare è di certo la conquista più importante in termini di giustizia nei confronti dell'operato dell'amministrazione pubblica.

La fase cautelare, anche con l'avvento del nuovo Codice, rimane centrale nel processo amministrativo. Si ricava innanzitutto un dato inconfutabile: il privato può ottenere dalla tutela cautelare più di quanto potrebbe ottenere con l'immediato accoglimento del ricorso, che comporta semplicemente l'annullamento dell'atto gravato.

La strumentalità che lega fase cautelare e merito, pur se mai messa in dubbio, è comunque sottoposta ad una seria rivisitazione.

Questo principio presenta, secondo la dottrina maggioritaria, un lato funzionale, cioè riguardante il rapporto con la tutela offerta con la decisione sul merito, ed un lato strutturale, cioè inerente la relazione con il giudizio di cognizione piena, inteso come fase successiva e necessaria all'interno del processo amministrativo.

Partendo da quest'ultima, ossia dalla strumentalità di tipo strutturale, va sottolineato che le misure cautelari non hanno autonomia al di fuori del processo: l'estinzione della causa o la mancata prosecuzione del giudizio di merito determinano la perdita di efficacia delle misure. Le misure cautelari, cioè, non possono definire il giudizio, tranne quelle eccezioni, ampiamente analizzate nella ricerca, che interessano il rapporto strumentale in generale e che riguardano le ipotesi in cui la conclusione del procedimento amministrativo, su cui la misura cautelare ha inciso, travalichi il merito rendendolo, di fatto, superfluo.

La strumentalità funzionale, in maniera più specifica, comporta che la tutela cautelare sia servente rispetto alla decisione finale, tramite la

sospensione del provvedimento gravato od anche, come visto, tramite l'anticipazione degli effetti della decisione stessa. Questa possibile risposta cautelare comunque, secondo l'interpretazione del dettato normativo di cui al previgente art. 21, c. 8, legge TAR che ne ha fatto per lungo tempo la dottrina prevalente, non potrebbe dare risultati maggiori o diversi da quelli che si conseguono con la sentenza di merito.

Ma così, lo si ripete, sul piano pratico non è, come da molti, se non tutti, oramai riconosciuto ed affermato.

Infatti, accentuando il ruolo conformativo dell'agire pubblico da sempre assolto dal giudice amministrativo, e che ha avuto particolare sviluppo nella fase cautelare, per l'evoluzione complessiva delle dinamiche del processo amministrativo, si è constatato fattivamente che la tutela cautelare possa generare effetti irreversibili.

Con il nuovo Codice del processo amministrativo non si torna indietro. Tuttavia esso manifesta, quanto meno, un ripensamento del principio di strumentalità: l'atipicità rimane un dato caratterizzante delle pronunce cautelari, ma si può dire che ne esce rafforzato, almeno nelle intenzioni, il rapporto di strumentalità, ed in particolare il suo lato procedurale.

Infatti l'art. 55, riportando, al comma 1, l'esatta disposizione dell'abrogato art. 21, c. 8, legge TAR, e quindi imponendo sempre al ricorrente l'allegazione *“di subire un danno grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso”*, allo stesso tempo, al comma 4, sancisce: *“La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio”*. Ed inoltre al comma 11: *“L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice”*

Sempre in tal senso, ed in via ulteriore, quanto previsto agli artt. 55, c. 10, 60 e 119 del Codice, può essere oggetto di una duplice lettura.

Da un lato in questi casi, già in sede cautelare, abbiamo una valutazione del merito della vicenda processuale, che passa o da elementi manifesti o dalla considerazione di profili di fondatezza o da un apprezzamento favorevole della posizione del ricorrente, di modo da “saltare” la risposta cautelare (artt. 55, c. 10, e 60) o da avere comunque una sua accelerazione verso il merito (art. 119). In sostanza le previsioni ivi

contenute si possono leggere come un'affermazione del rapporto strumentale: il legislatore, oltre a costruire meccanismi procedurali che legano ancor di più il momento cautelare con quello di merito, sembra quasi voler evitare, laddove non occorra, la risposta cautelare, in quanto essa non è il prodotto di una cognizione piena.

Dall'altro le stesse disposizioni possono, però, portare ad una lettura differente che vede la fase cautelare come, ancora una volta, centrale nel processo amministrativo: infatti, è soltanto passando attraverso lo strumento cautelare che è possibile avere una decisione nel merito a breve (art. 55, c. 10), o una sentenza che definisca subito la vertenza nella prima udienza camerale fissata per la domanda cautelare (art. 60), o ancora, in certe materie, un provvedimento cautelare con contestuale fissazione della discussione di merito entro massimo trenta giorni (art. 119). Certamente, comunque, queste modalità particolari di definizione del giudizio rispondono ad un'esigenza di accelerazione della tutela, che nel Codice vede l'affermazione della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

In realtà parte della dottrina lamenta proprio la mancanza di un'autonomia decisoria del provvedimento cautelare, il quale dovrebbe essere, invece, autosufficiente ed avere vita propria, prescindendo dagli accadimenti processuali successivi ed in particolare indipendentemente dal merito. Alla base di questo ragionamento vi è innanzitutto il carattere sempre più anticipatorio dell'ordinanza cautelare, che, come visto, addirittura può generare effetti irreversibili.

Il giudizio di merito, nella pratica, è molto spesso – ed è difficile non condividere l'assunto – una mera ripetizione di quanto già valutato in precedenza. In effetti, ad esempio, a fronte di un'ordinanza cautelare ben motivata, la decisione di merito si risolve nella riproposizione dello stesso schema motivazionale, se non sono intervenuti fatti nuovi che possono essere oggetto di valutazione da parte del Collegio, ed in tal caso il passaggio in decisione si risolve in un formalistico rispetto del principio di strumentalità.

Un'autonomia siffatta ha chiaramente a suo modello il processo civile, all'interno del quale in alcune (e non poche) ipotesi, tra cui il procedimento ex art. 700 c.p.c., l'instaurazione del giudizio di merito è rimessa alla facoltà delle parti in causa, ed in specifico a quella parte, evidentemente, che ritiene di conseguire con una cognizione piena un risultato diverso da quello ottenuto in sede di cognizione sommaria cautelare. Ancora di più, l'estinzione del giudizio di merito non determina

l'inefficacia del provvedimento cautelare, che continua a produrre i suoi effetti.

Nel processo civile quindi il rapporto strumentale tra la fase cautelare e la fase di merito, pur se in astratto permane, in realtà è ipotetico; alla stessa conclusione non si può arrivare guardando al processo amministrativo in quanto, anche se "in crisi" o attenuato, non viene mai dichiarato sciolto, ma anzi il nuovo Codice ha inteso, con alcune sue disposizioni, rinvigorirlo, nel tentativo, come si afferma nella sua relazione di accompagnamento, di *"prevenire i casi di misure cautelari indefinitivamente efficaci senza essere mai riassorbite dalla sentenza di merito"*.

Tuttavia non si può che constatare le caratteristiche della tutela cautelare nel processo amministrativo per come è ed è rimasta anche dopo l'adozione del Codice. Essa infatti è tutt'altro che un incidente processuale, ma è invece centrale, svolgendo una funzione di raccordo tra l'introduzione del giudizio e la decisione, e costituendo il primo contatto tra le parti e il giudice, come innanzi ad un giudice istruttore. Anche dal punto di vista della sua evoluzione, essa è stata inversamente proporzionale a quella del giudizio di merito, spesso destinato alla sopravvenuta carenza di interesse o alla perenzione.

A quest'ultimo riguardo, per verificare la bontà dell'assunto, basta guardare alla dinamica che interessa l'udienza di merito, la cui fissazione quasi mai avviene automaticamente (se non dopo istanza di prelievo avanzata dalle parti), e che, a seguito di avviso di perenzione inviato alle parti dal tribunale adito, è destinata ad estinguersi se non si rinnova l'istanza di fissazione. In occasione dell'adozione del nuovo Codice, peraltro, il legislatore delegato ne ha approfittato per procedere ad una massiccia opera di abbattimento delle pendenze, con la previsione di cui all'art. 1 dell'allegato 3 del Codice, in base alla quale, per i ricorsi pendenti da oltre cinque anni, se non fosse intervenuta, entro centottanta giorni dalla data della sua entrata in vigore, una nuova fissazione di udienza delle parti, il ricorso sarebbe stato dichiarato perento.

Il potere giurisdizionale, pur con note critiche, è stato l'artefice di tale situazione di fatto, al fine di dare una risposta effettività e pronta, anche se pare ricorrere alcune volte a strumenti più che altro deflattivi del contenzioso.

Al riguardo, come non evidenziare quanto si verifica, nella concreta applicazione dei poteri cautelari da parte dei tribunali aditi, in ordine all'obbligo di motivazione delle ordinanze cautelari, ed in specifico al

valore attribuito ad una disposizione che, presente già prima del Codice, sarebbe indirizzata semplicemente a garantire, appunto, un supporto motivazionale al pronunciamento interinale, per evitare una incontrollata discrezionalità dell'organo giudicante, ed invece è spesso travisata. È noto infatti ex art. 55, c. 9, c.p.a. che l'ordinanza debba essere motivata *“in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato”* e debba indicare *“i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso”*.

Ebbene, la disposizione di cui sopra ha generato una dinamica tale per cui, a fronte di un'ordinanza cautelare di non accoglimento che reca, circa il requisito del *fumus*, una indicazione quale, ad esempio, *“considerato che non emergono profili che possono condurre all'accoglimento del ricorso”* o ancora *“ritenuto, ad un primo sommario esame della causa, che il ricorso non contenga elementi per ritenere ragionevolmente prevedibile un esito favorevole per la ricorrente”*, il destinatario dello stesso provvedimento, percependola come un preavviso di rigetto, ne deduce un esito negativo della causa anche nel merito, non coltivando più in maniera convinta il proprio ricorso e spesso destinandolo alla perenzione, mentre dall'altro lato l'organo giudicante, consapevole di questa dinamica, in caso di prosecuzione della causa, e di soccombenza del ricorrente nel merito, tiene conto del precedente esito negativo della fase cautelare in termini di condanna sulle spese di lite, con mortificazione del valore del giudizio di cognizione piena.

In sostanza, quindi, a fronte di una strumentalità che, pur sottoposta ad alterne pressioni, mai viene smentita né dalla dottrina né dalla giurisprudenza, all'atto pratico, si ricercano alle volte *escamotage* processuali, che, come quello appena descritto, tendono a dare, al di là delle modalità previste dagli artt. 60 e 119, nonché all'art. 55, c. 10, c.p.a., una definizione sostanziale *de facto* della vertenza già in sede cautelare, conferendo a quest'ultima un valore se non maggiore, comunque diverso da quello che gli andrebbe attribuito in base al necessario rapporto strumentale che, almeno per ora, fino a che non intervengono novità normative, la lega al merito.

Sul fronte della qualità della risposta cautelare, la giurisprudenza, al fine di ampliare la sfera applicativa del meccanismo sospensivo agli atti negativi, ha arricchito la gamma dei provvedimenti di diniego sospensibili, a tal punto che il risultato ottenuto è stato quello, talora, di anticipare i contenuti non solo della decisione definitiva, ma anche della successiva attività rinnovatoria della pubblica amministrazione o quelli dell'eventuale

giudizio di ottemperanza.

La sostituzione del giudice alla p.a. si dovrebbe avere solo con l'ottemperanza, e non certo prima: tuttavia, si è assistito ad un allargamento progressivo del potere cautelare, che ha anticipato alla fase cautelare questo momento sostitutivo. Ed in effetti una già risalente dottrina ritiene che al giudice amministrativo, in occasione della concessione della tutela cautelare, vadano riconosciuti i poteri propri del giudice nel procedimento di ottemperanza.

L'atipicità trova, peraltro, terreno fertile innestandosi nel *ruolo conformativo* da sempre assolto dal giudice amministrativo nei confronti dell'attività della p.a., ruolo che è aumentato anche ed in particolare nella fase cautelare, producendo un parallelismo che accompagna di pari passo processo amministrativo e correzione dell'attività procedimentale, elemento questo che caratterizza il ruolo del giudice amministrativo rispetto a quello del giudice ordinario.

La contestualità tra processo amministrativo e correzione dell'attività procedimentale è peraltro favorita da un ampliamento dei poteri istruttori del giudice già nella fase cautelare (art. 55, c. 12, c.p.a.) e da meccanismi che conferiscono dinamicità al processo, come ad esempio quello dei motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.), che consente, a processo pendente, di impugnare nuovi atti sopravvenuti in corso di causa, anche di quelli emanati dalla parte pubblica resistente in esecuzione di una pronuncia cautelare.

Allo stesso tempo, appare logico, e conferente con i parametri del giusto processo, che, a fronte di un giudizio sempre più completo come quello cautelare, ci sia un vaglio preliminare all'emissione di una misura cautelare della competenza territoriale e funzionale, oggi inderogabile ex artt. 13 e 14 c.p.a., per non discostarsi dalla regola del "giudice naturale" precostituito per legge.

L'estensione del potere cautelare arriva dunque a forme di tutela atipica che vanno dall'ammissione con riserva a procedure concorsuali ad interventi sostitutivi del giudice nei casi di diniego da parte della p.a. di un provvedimento invocato dal ricorrente in caso di silenzio.

La misura cautelare che più si è inserita, anche modificandola, nella dinamica del processo amministrativo è certamente quella c.d. *propulsiva*, detta anche ordinatoria o di merito, e basata sul *remand*, tecnica che comporta la sospensione del provvedimento gravato e il contestuale ordine all'amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri indicati dallo stesso giudice.

La tesi della c.d. strumentalità allargata è utilizzata proprio per

conciliare i provvedimenti di tipo propulsivo con il processo amministrativo: essa consente di ricondurre l'effetto della misura cautelare anche all'attività esecutiva della pubblica amministrazione, di modo che il dispositivo dell'ordinanza possa anticipare il risultato del successivo giudizio di ottemperanza.

La misura del *remand* è incide, inoltre, sul rapporto tra processo e procedimento, rapporto che, a parere della stessa giurisprudenza, dovrebbe basarsi su un dialogo virtuoso tra giurisdizione e amministrazione finalizzato alla correzione della determinazione in relazione ai vizi dedotti in giudizio. La ricerca pertanto ha analizzato anche gli effetti del c.d. "giudicato cautelare" e le conseguenze della sua violazione o elusione, in particolare in riferimento a ordinanze di tipo propulsivo.

In conclusione, dopo aver visto gli approdi più recenti della lunga evoluzione della giustizia amministrativa, è difficile non guardare in maniera fortemente critica a quelle intenzioni, presunte o tali, del nostro legislatore di circoscrivere se non eliminare la tutela cautelare offerta oggi dal giudice amministrativo, al fine di piegare il sistema della giustizia al servizio di un asserito sviluppo economico, che si presume ostacolato da una giustizia lenta ed inefficiente. Ogni riforma in tal senso, peraltro, subirebbe una sicura sanzione di illegittimità costituzionale: è da supporre, dunque, che tutto si ridurrà, come è solito da qualche anno a questa parte, ad un classico aumento delle spese, già molto gravose, che oggi costituiscono un onere assurdo per chi chiede semplicemente giustizia.

Bibliografia

E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2013.

M. ALLENA, *Il contenuto delle misure cautelari*, in F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011.

M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, in R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011.

M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.

V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959.

F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Vol. II, Milano, 2013.

G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia. Biografie dal 1861 al 1948*, Milano, 2006.

E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908.

V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976.

P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

A. CALDARERA, *Contributo allo studio della fase cautelare nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

P. CAPPELLINI, *Il codice eterno*, in P. CAPPELLINI e B. SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2012.

R. CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011.

- F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990.
- S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, 2001.
- R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010.
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.
- M. P. CHITI, *La tutela cautelare*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007.
- M. CLARICH, *Introduzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, appendice al tomo IV, Milano, 2001.
- M. CLARICH – M. ROSSI SANCHINI, *Introduzione*, in M. ROSSI SANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006.
- D. DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela*, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo. Dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002.
- D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in M. ROSSI SANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2006.
- F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, a cura di F. FRENI, Milano, 2011.
- R. DE NICTOLIS, *I principi*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2009.

- G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI – G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, 2007.
- G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, 1966.
- G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010.
- E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981.
- E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989.
- U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948.
- R. GAROFOLI - M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo. Provvedimenti d'urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex art. 186-bis e 186-ter c.p.c.*, Milano, 2002.
- R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.
- F. GENOVESE - C. I. RISOLO (a cura di), *La riforma del processo civile*, Milano, 2010.
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994.
- R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010.
- A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, vol. IV, Padova, 2011.
- M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011.

- A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti "proclamata"*, in *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'unione europea*, a cura di L. S. ROSSI, Milano, 2002.
- L. MARUOTTI, *Commento alle Disposizioni generali*, in G. LEONE - L. MARUOTTI - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato ed annotato con giurisprudenza*, Padova, 2010.
- C. MEOLI, *La codificazione di settore. Modelli, casi e problemi*, Napoli, 2010.
- F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983.
- G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971.
- G. PALEOLOGO, *La prima Quarta Sezione, da Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989.
- N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005.
- V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.
- V. PARISIO, *I riti speciali*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011.
- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004.
- E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010.
- B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012

- A. M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli 1963.
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15^a ediz., Napoli, 1989.
- M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Milano, 2013.
- M. SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011.
- G. SAPORITO, *Le sospensive “propulsive”*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987.
- G. SAPORITO, *Esecuzione di provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione*, in M. ROSSI STANCHINI (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano 2006, 94.
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i “codici di semplificazione di settore”*, Padova, 2007.
- F.G. COCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell’interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.
- F.G. COCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in S. RAIMONDI – R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, Milano, 2002.
- F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011.
- A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla corte dei diritti dell’uomo*, Rimini, 2001.
- G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993.

- L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2008.
- E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937.
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2006.
- A. TRAVI, *Sub Art. 21 L. Tar*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.
- L. VANDELLI e G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999.
- R. VIRGILIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli, 2007.
- B. VITIELLO, *Il principio della parità delle parti*, in G. GARDINI - F. MASTRAGOSTINO - L. VANDELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa nella giurisprudenza*, Rimini, 2014.
- P. ZUDDAS, *I testi unici compilativi (di cui all'art. 17-bis della legge n. 400 del 1988) tra possibili "sconfinamenti" del Governo e auspicabili "recuperi" del ruolo delle Camere*, in P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Napoli, 2011.

Riviste

- M. ALLENA - F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. amm. Proc.* 2010.
- E. M. BARBIERI, *Sulla sospensione degli atti negativi della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.

E. M. BARBIERI, *I limiti al processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986.

E. M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996.

A. BARONE, *Appalti pubblici comunitari e tutela cautelare ante causam* (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, n. 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia), in *Foro it.*, 2004, IV.

F. BARTOLOMEI, *Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968.

A. BERTOLDINI – L. MORELLO, *Abuso del processo come incongrua scelta difensiva della pubblica amministrazione rispetto all'atto amministrativo costituente preferibile alternativa*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, fasc.7-8, 2012.

G. BOZZI, *Sono suspendibili i provvedimenti negativi?*, in *TAR*, 1996, II.

C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.

G. CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei Tar*, in *Giur. amm. siciliana*, 1994, III, 1.

E. CANNADA BARTOLI, voce "*Interesse (diritto amministrativo)*", in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972.

R. CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro it.*, 2010, V.

R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991.

M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra fonti e giudici*, in *Quad. cost.*, 2008.

- S. CATTANEO, *Note intorno al concetto di sospensione degli atti amministrativi ad opera di autorità amministrativa, in particolare delle licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, 962, II.
- R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.
- V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012.
- F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.
- C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 56.
- A. COSTANTINI, *Sospensiva e anticipazione nel merito nei giudizi in materia di lavori pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1997, 3.
- L. CUONZO, *Suspendibilità in sede di giurisdizione amministrativa dei c.d. provvedimenti negativi: in particolare, del provvedimento del Ministero della Difesa che nega la dispensa dal servizio militare*, in *Cons. Stato*, 1974, II.
- F. CURATO, *Nuove prospettive in tema di sospensive di atti negativi*, in *Riv. amm.*, 1995, II.
- V. DE GIOIA, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2003.
- P. DE LISE, *CEDU e giudice amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2009.
- R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi a opere pubbliche*, in *Urb. e App.*, 1997.
- D. DE PRETIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2010.

F. DE SANTIS, *Abilitazione forense, sufficienza della valutazione numerica, ordinanze propulsive e vizi di legittimità*, in *Giur. Merito*, 1009.

U. FANTIGROSSI, *Giudizio cautelare amministrativo: si ampliano i poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.

E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?* in *Foro amm. CDS*, fasc.2, 2012.

E. FOLLIERI, *Sentenza di merito “strumentale” all’ordinanza di sospensione di atto negativo; “effetto di reciprocità” e adozione da parte del giudice amministrativo del provvedimento ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986.

E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell’articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

V. E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in www.giustamm.it, n. 12/2010

C. E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e app.*, 2010.

C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012.

A. M. GAROFALO, *La concorrenza di azioni e giurisdizioni tra diritto privato e amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2013.

M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.

R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche (Nota a Corte giust. Comunità europee, 6 dicembre 2005, n. 453/03, n. 11, 12, 194/04, Abna Ltd)*, in *Giust. civ.*, 2006, I.

A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2012.

R. LEONARDI, *La corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, n. 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia)*, in *Foro amm.-Tar*, 2004.

E. M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012.

G. MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*, in *Foro Amm.-TAR*, 2009, 1.

R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione della posizione di interesse legittimo (interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse illegittimo)*, in *Dir. Proc. amm.*, 1985.

G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, 667 ss.

M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.* 1987, V.

R. NOBILI, *Riflessioni sulla sospensione cautelare dei cosiddetti "provvedimenti negativi"*, in *Foro amm.*, 1995.

A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Corr. giur.*, 2010.

A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010.

- G. PALMIERI, *Brevi osservazioni in tema di tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo*, in *Rass. Avv. Stato*, 1998.
- V. F. PETRICONE, *Recentissime dal Parlamento*, in *Giur.it.*, 1999.
- V. F. PETRICONE, *Le leggi di semplificazione della riforma amministrativa*, in *Giur. it.*, n. 3, 2000.
- A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979.
- A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.* vol. XXIV, Roma, 1991,4.
- A. PUBUSA, *Note su misure cautelari e semplificazione del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004.
- S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007.
- M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995.
- E. F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.
- A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I.
- M. ROSSETTI, *Riparto di giurisdizione: la Consulta fissa i paletti*, in *Dir. e giust.*, 29, 2004.
- M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, in *Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, *Foro amm. Tar*, n. 5/2010.

- F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Vol. II, Milano, 1968.
- F. SAITTA, *Un ulteriore esempio di sospensione di atti negativi*, in *TAR*, 1986, II.
- F. G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2.
- F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazione preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2010.
- E. STICCHI DAMIANI, *Sulla sospensibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- A. STORTO, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010.
- S. TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere (Nota a Corte giust. Comunità europee, 29 aprile 2004, 202/03, Soc. Dac c. Az. osp. spedali civ. Brescia)*, in *Giust. amm.*, 2004.
- L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010.
- A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990.
- A. TRAVI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999.
- A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *D. disc. pubbl.*, 1999.
- A. TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, in *Urb. e app.*, 2010.

C. VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II.

L. VIOLA, *I tempi del processo amministrativo: le scelte sbagliate del nuovo codice*, in *Foro Amm.-TAR*, 11, 2011.

O. ZAPPULLI, *Il provvedimento di sospensione dell'atto impugnato innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1943, II.

Riviste on line

M. ANNONI, *Il riordino della tutela cautelare*, in www.giustamm.it.

M. BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.judicium.it.

C. CACCIAVILLANI, *Commento all'art. 44 della l. n. 69/2009 (Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo)*, in www.giustamm.it, 11/2009.

C. CALABRÒ, *Inaugurazione dell'anno giudiziario del TAR Lazio 2004*, in www.giustizia-amministrativa.it.

G. CALDERONI, *Per una motivata applicazione dell'art. 55, comma 10, c.p.a., in sede di appello cautelare (ovvero: critica alla non infrequente tecnica del remand anodino del Consiglio di Stato, in sede cautelare, e al Giudice amministrativo di primo grado, in sede di merito)*, in www.lexitalia.it

M. CALVERI, *La tutela di accertamento dell'interesse legittimo e il codice del processo amministrativo: occasione mancata?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it, n. 5/2010.

- G. P. CIRILLO, *La transizione dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
- G. D. COMPORI, *Il Codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in www.judicium.it, 2011.
- D. CORLETTI, *Il procedimento cautelare*, in www.giustamm.it; M. ANNONI, *Il riordino della tutela cautelare*, in www.giustamm.it.
- M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo civile "competitivo" secondo la legge 80/2005*, in www.judicium.it
- P. DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- A. DI CUIA, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.jus.unitn.it
- 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 www.giustizia-amministrativa.it.
- S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in www.lexitalia.it.
- N. GIMELLI, *Il valore normativo dei Testi Unici*, in www.forumcostituzionale.it, 2011.
- R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it.
- A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it.
- N. PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge delega per la codificazione del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 12/2009.

- P. QUINTO, *Il nuovo processo amministrativo: la doppia delega, i due articoli 44 e l'elogio della brevità*, in www.giustamm.it, 8/2009.
- S. RUSCICA, *Il processo cautelare amministrativo, tra contraddizioni e novità*, in www.lexitalia.it, 2/2011.
- P. SALVATORE, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2008*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- N. SAITTA, *Riflessi processuali di una definitività ex lege degli effetti della misura cautelare*, in www.giustamm.it.
- M. A. SANDULLI, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. La fase cautelare*, in www.federalismi.it n. 18/2010.
- M. A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it 17/2009.
- M. A. SANDULLI, *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.federalismi.it, n. 4/2012.
- M. A. SANDULLI, *Il Codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, in www.federalismi.it, n. 18/2012.
- M. SCHINAIA, *Intensità ed estensione della giustizia amministrativa italiana ed i principi comunitari*, in *Actes du colloque pour le cinquatième anniversaire des Traitès de Rome*, in www.curia.europa.eu.
- D. TARULLO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*, in www.giustamm.it
- A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un "codice" del processo amministrativo*, in www.giustamm.it.
- P. VIRGA, *Il regime degli atti adottati a seguito di ordinanze cautelari propulsive*, in www.lexitalia.it.