



Università
degli Studi
di Catania

FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE

Dipartimento di Analisi dei Processi Politici, Sociali ed Istituzionali

DOTTORATO DI RICERCA EUROPEO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO
CICLO XXIII

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

di

GIOVANNI PAPPALARDO

“Tutela cautelare e principio di effettività”

Coordinatore: Chia.mo Prof. IGNAZIO MARIA MARINO

Tutor: Chiam.mo Prof. ANTONIO BARONE

Anno Accademico 2010 - 2011

INDICE

INTRODUZIONE.....	Pag. 4
-------------------	--------

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Genesi dell'istituto nel sistema normativo "post-abolitivo"	Pag. 14
2. La "costituzionalizzazione" della tutela giurisdizionale amministrativa.....	Pag. 24
3. Dalla tutela sospensiva alla tutela atipica e propulsiva, passando per la Costituzione repubblicana.....	Pag. 30
4. Brevi cenni sulla "giurisprudenza creativa" del Consiglio di Stato	Pag. 33
5. Il ruolo della giurisprudenza della Corte Costituzionale.....	Pag. 34
6. Principio di effettività e tutela cautelare nella giurisprudenza comunitaria.....	Pag. 43
7. XXI Secolo, le nuove "dimensioni" della tutela cautelare.....	Pag. 48

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO CAUTELARE NEL NUOVO PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Presupposti della cautelare come introdotta dalla legge n. 205 del 2000, il requisito del <i>periculum in mora</i>	Pag. 50
2. Ancora sulla "bilateralità" del <i>periculum</i>	Pag. 55

3. Caratteri della tutela cautelare: atipicità, provvisorietà e l'ossimoro strumentalità-autonomia.....	Pag. 61
4. Ampiezza e limiti dell'ordinanza cautelare e azioni esperibili nel processo amministrativo.....	Pag. 70
5. La tutela cautelare <i>ante causam</i>	Pag. 78
6. La tutela <i>ante causam</i> in materia di appalti. Una breve casistica.....	Pag. 85

CAPITOLO III

TUTELA CAUTELARE ED EFFETTIVITÀ DELLA GIUSTIZIA

1. La questione della tipicità (o meno) delle azioni di cognizione nel Codice del processo amministrativo.....	Pag. 90
2. La tecnica del <i>remand</i> tra, strumentalità e <i>legal suasion</i>	Pag. 94
3. La <i>nuova</i> "giurisprudenza creativa" del Consiglio di Stato.....	Pag. 97
4. Tutela cautelare nel dialogo tra processo e procedimento.....	Pag. 104
5. I nuovi scenari di tutela. Il diritto del rischio.....	Pag. 111
6. Qualche divagazione conclusiva.....	Pag. 118
BIBLIOGRAFIA.....	Pag. 121

INTRODUZIONE

“*Gli atti dell’amministrazione toccando al pubblico interesse, non devono essere sospesi per semplice ricorso di privati cittadini*”¹. Basta forse questo inciso, tratto dall’intervento alla Camera dei Deputati del Presidente del Consiglio Francesco Crispi il 10 aprile 1888, durante la discussione di presentazione del disegno di legge per l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, per apprezzare quanto distante da quella attuale fosse l’idea della protezione cautelare di fronte all’azione della pubblica amministrazione.

Invero, la tutela cautelare venne già introdotta dalla legge che nel 1889 inaugurava, insieme all’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, il processo amministrativo “post-abolitivo”.

Tuttavia, nonostante che, dal punto di vista normativo, l’impostazione di base sui presupposti della tutela cautelare sia pressoché rimasta immutata² fino al 2000, solo a partire dagli anni 60’ del secolo scorso essa ha assunto un ruolo primario³ nel quadro del processo amministrativo.

Un ruolo, così importante che permettere di affermare, con serenità, che, nella stragrande maggioranza dei casi, oggi, quella cautelare è la fase del giudizio amministrativo che garantisce l’effettività della tutela, mentre la fase di merito

¹ Il brano è tratto da G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Cedam, Padova, 1971, pag. 27, nota n. 11, ripreso da, M. ANDREIS, in *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1996, pag. 4.

² “Tale scheletrica disciplina è rimasta identica dal 1889”, osserva E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, pag. 648, che illustra come “in base al rinvio contenuto nell’art. 22 l. 31 marzo 1889, n. 5992, il procedimento innanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato fu regolato con R.D. 17 ottobre 1889 n. 6516 che al Titolo III, della «domande incidenti» sub «A. Di sospensione dell’esecuzione dell’atto amministrativo», dettava l’art. 21 «Le domande di sospensione dell’esecuzione dell’atto amministrativo, qualora non siano proposte nel ricorso devono farsi mediante istanza diretta alla IV Sezione, notificata agli interessati ed all’Amministrazione e depositata nella segreteria. L’Amministrazione e le parti interessate possono, entro dieci giorni dalla notifica, depositare, e trasmettere memorie od istanze alla Segreteria della quarta Sezione. Il Presidente può abbreviare il termine. Su tali domande la Sezione dovrà pronunciare nella prima udienza dopo spirato il termine» [...] “La discussione era prevista in pubblica udienza sino al Decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 642 quando si stabilì che dovesse avvenire in Camera di Consiglio e decisa con ordinanza”.

³ “Il momento cautelare da incidente del processo è divenuto istituto principe, in grado di dare soddisfazione all’interesse del ricorrente, senza la necessità di attendere una sentenza che, se giungeva, arrivava tardi”, così E. FOLLIERI, *Ibidem*.

risulta spesso marginale, se non addirittura “inutile”⁴; allorché l’epilogo del processo *nel merito*, molte volte, non è più in grado di fornire alcun concreto apporto di utilità alle parti, non solo alla parte ricorrente, ma spesso neppure all’amministrazione resistente⁵. E ciò in quanto il processo amministrativo richiede un tempo di svolgimento assolutamente incompatibile, non solo con le esigenze di tutela della *parte che ha ragione*, ma, più in generale, con la *velocità* e la *complessità* dell’attuale realtà storica. La crescente *amministrativizzazione* di ogni settore della vita economica e sociale, anche dovuta ai fenomeni di delegificazione e di conseguente crescita della riserva di amministrazione; la *globalizzazione* dell’economia che impone agli operatori un’inedita rapidità d’azione; la *pluralità* (non lineare) delle fonti del diritto, il cui il tradizionale paradigma gerarchico che vede la legge statale al centro del sistema, lascia il posto al principio del riparto di competenze che si svolge anche in funzione del diritto sovranazionale, comunitario in primo luogo. Così, spesso, solo la velocità e l’efficacia dello strumento cautelare possono garantire l’integrità del bene della vita aggredito, fino a quando il giudizio di merito potrà accertare la spettanza del diritto.

Ma la tutela cautelare ha visto svilupparsi (e mutare) la sua funzione soprattutto in relazione allo sviluppo del processo amministrativo, determinato dal mutamento del ruolo della stessa giurisdizione amministrativa. Giurisdizione amministrativa che, a sua volta, si è evoluta di pari passo allo sviluppo del diritto amministrativo sostanziale, soprattutto grazie all’avvento della legge sul procedimento.

⁴ “Alla misura cautelare è pertanto il più delle volte connessa non solo la tutela interinale ma l’intera tutela giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione”, F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennio dei tribunali amministrativi regionali*, Dir. Proc. Amm., 1985, pag. 269.

⁵ Si pensi all’ipotesi in cui, a seguito di illegittimo affidamento, viene affidato un appalto pubblico al concorrente meno “titolato”, escludendo quello più idoneo per il perseguimento degli scopi della stazione appaltante (*recte*: quello più idoneo per il perseguimento degli interessi generali). La pronuncia di merito non darebbe piena soddisfazione né al ricorrente escluso, che, quale soggetto economico, aspira ai valori imprenditoriali sottesi all’espletamento dell’appalto piuttosto che al mero risarcimento del danno per equivalente, né alla pubblica amministrazione appaltante che si è così procurata il contratto a sé più vantaggioso. Tale esempio giova anche ad affermare che, a tal proposito, sarebbe un grave errore ritenere che la *risarcibilità* della lesione degli interessi legittimi, introdotta di fatto nell’ordinamento italiano con la sentenza della Corte di Cassazione n. 500/99, avrebbe reso meno indispensabile la tutela d’urgenza in considerazione dell’assicurato, se ne sussistono i presupposti, risarcimento per equivalente.

Sul disinteresse del ricorrente rispetto alla decisione sul merito, plasticamente, M. ANDREIS, in *Tutela sommaria e tutela cautelare*, cit., pag. 20, parla di “eutanasia da parte del ricorrente” del giudizio principale successivamente all’esaurimento della fase cautelare.

Se, originariamente, oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo era esclusivamente la legittimità dell'atto-provvedimento, la tutela si è man mano spostata sul rapporto, e questo spostamento altro non rappresenta che la conseguenza del processo di pariordinazione tra parte pubblica e parte privata.

Il cittadino e la PA non si confrontano più solo in punto di provvedimento finale, ma il rapporto tra loro si dispiega attraverso il procedimento amministrativo nell'ambito del quale si determina in modo dialettico l'assetto di interessi che, in ultima analisi, l'amministrazione cristallizzerà nel provvedimento definitivo inteso a perseguire l'interesse pubblico. Il giudice amministrativo non può non conoscere del (modo in cui si attua il) procedimento e quindi del "rapporto dialettico" instaurato tra le parti, onde conoscerne gli eventuali difetti di "legalità"⁶ intesa in senso evoluto, non più come mero rispetto della legge formale, ma come conformità dell'azione amministrativa a tutti i canoni normativi e ai principi, anche di derivazione comunitaria, che la reggono (i criteri di economicità, efficacia, tempestività; i principi di sussidiarietà, proporzionalità, ragionevolezza; le valutazioni di "congruità locale", in attuazione dei principi autonomistici, e così via) anche nella loro costante ricostruzione che la stessa giurisprudenza interna e comunitaria opera.

Il giudice amministrativo, in secondo luogo, è stato, investito, sempre più massicciamente (salvo sporadici e non facilmente comprensibili arretramenti, quale quello dettato dalla Consulta con la sentenza 204/2004), dalla giurisdizione esclusiva, che - lungi dal rappresentare una mera "tecnica di riparto", attribuendo al giudice amministrativo l'intera gamma dei poteri cognitivi e decisorii sulla controversia e annullando quindi, di fatto, ogni differenza con il G.O. - ha costituito una profonda spinta in termini di "maturazione" del G.A. per l'attuazione piena ed effettiva della giurisdizione secondo quanto previsto dall'art. 111 Cost. novellato.

A seguito di questo nuovo ruolo del giudice amministrativo si sono dovuti riconoscere ad esso strumenti processuali ulteriori e sempre più penetranti,

⁶ E senza mai, meglio ricordarlo a scanso di equivoci, "entrare *nel* procedimento" soppesando la *qualità* degli interessi in gioco; tentazione assolutamente seducente per il giudice amministrativo, ancor più in ambito di giudizio cautelare dove la sommaria valutazione del *fumus* offre il fianco a facili e, più o meno formulate in buona fede, considerazioni "di merito" da parte del giudice.

capaci di scrutare il “rapporto”. E così lo strumentario istruttorio del giudice amministrativo si è arricchito di istituti tipici del giudice ordinario: come la C.T.U. e la prova testimoniale.

Ma è soprattutto sul fronte della tutela cautelare che si percepisce la spinta evolutiva: la mera sospensione dell’esecutività dell’atto è assolutamente insufficiente ad approntare una tutela interinale urgente allorché oggetto del giudizio sia il “rapporto”, inutilizzabile certamente quando oggetto della tutela sia il silenzio o l’inerzia della PA. Infatti, tradizionalmente, si riteneva che tutelabili in via cautelare fossero solo gli interessi oppositivi e non quelli pretesivi.

La sempre più avvertita necessità che il giudice amministrativo potesse assicurare una tutela giurisdizionale piena, strideva pesantemente con la ridotta capacità istruttoria di cui questi disponeva, strideva con un sistema duale in cui ancora la giurisdizione era ripartita in modo “perfetto” tra G.O. e G.A. secondo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, strideva con la ristrettezza del potere cautelare limitato alla sola sospensione del provvedimento “positivo”.

Solo a partire dalla fine del secolo scorso la giustizia amministrativa ha conosciuto quei cambiamenti che la fanno tendere all’acquisizione di un rango di “giurisdizione piena” a tutela delle situazioni giuridiche ad essa devolute: la risarcibilità da lesione di interessi legittimi, la giurisdizione esclusiva (anche se imperfetta), l’introduzione di poteri istruttori ampi (quasi) quanto quelli del G.O., la *traslatio iudicii*, la tutela cautelare atipica e quella *ante causam*. E oggi, l’ampliamento delle azioni esperibili a seguito dell’introduzione del Codice del processo amministrativo.

Tuttavia non si è giunti alla meta, si tratta di un percorso ancora *in fieri* che sta attraversando una nuova fase proprio a partire da questi ultimi due anni.

La tutela cautelare atipica, inaugurata ufficialmente dalla L. 205/2000, veniva già utilizzata dal giudice amministrativo, forgiata dal Consiglio di Stato con la sua cosiddetta “giurisprudenza creativa”, ed ha conosciuto anche notevoli spinte da parte della Corte Costituzionale, la quale, nel 1974, si è espressa nel senso che il rimedio cautelare atipico dinnanzi all’azione della pubblica amministrazione

può essere rivolto a qualunque tipologia di atto e non può essere limitato se non in presenza di ragionevoli giustificazioni. Quindi la sua sussistenza è un principio generale dell'ordinamento e non una mera "tecnica processuale"; nel 1982 la Consulta ha esteso il principio del doppio grado di cui all'art. 125 Cost. anche al giudizio cautelare; nel 1985, in materia di pubblico impiego, la Corte amplia le possibilità del giudice amministrativo di rendere ogni tipologia di misura cautelare e non la mera sospensione dell'atto, alla stregua di quanto già faceva il giudice ordinario ex art. 700 c.p.c., inaugurando così l'atipicità della tutela cautelare poi generalizzata a tutte le controversie nel 2000; infine, nel 1996, il Giudice delle Leggi afferma la rilevanza costituzionale della tutela cautelare amministrativa in attuazione degli artt. 24 e 113 Cost. che sanciscono il principio della effettività della giurisdizione.

Quando sembrava che, con la sistemazione operata dalla L. 205/2000, lo standard della tutela cautelare nella giustizia amministrativa avesse raggiunto un livello soddisfacente, in linea con la prescrizione costituzionale di piena effettività della giurisdizione anche in sede cautelare, nel 2004 la Corte di giustizia avverte che esiste un livello ulteriore di tutela: è necessario che gli ordinamenti degli Stati membri approntino la possibilità di assicurare una tutela provvisoria anche in assenza di preventiva proposizione del ricorso. Subito dopo l'Italia recepisce tale dettato europeo, ma solo in materia di appalti pubblici, con l'art. 245 del D.Lgs. 163/06 che offre, attraverso un rimedio *ante causam*, la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare monocratico prima di instaurare il giudizio. Strumento probabilmente sottovalutato. Sottovalutazione che non è condivisa da chi scrive, che invece vede nell'istituto un ulteriore momento di elevazione della tutela. Considerazione che non si è rivelata del tutto bizzarra se il d.lgs. 104/10 il Codice⁷ del Processo Amministrativo, ha

⁷ La denominazione di Codice è, invero, frutto di un recente "lessico" legislativo usato nei casi in cui si produce un *corpus* normativo organico e esaustivo (o quasi) realizzato, da un lato, dalla confluenza di norme contenute in atti normativi diversi, ma tutti attinenti la medesima materia di regolazione e, dall'altro lato, attraverso la contestuale (parziale) rinnovazione, ed integrazione con altre nuove, delle disposizioni precedentemente contenute in quegli atti. Tale tipologia di sistemazione legislativa, che è una via di mezzo tra il "Testo Unico" e una semplice legge organica di riforma (come già o era la 205/2000), negli ultimi anni suole assumere la denominazione di Codice (Codice dei Contratti Pubblici, Codice del Consumo, Codice dei Beni Culturali, etc.). L'idea di Codice, come tradizionalmente inteso, muove da un presupposto diverso: si dà vita in modo "originario" ad un (vasto) corpo di norme contestuali che regolano un intero settore del diritto in modo ampio, esaustivo, organico e sistematico. Tuttavia, proprio nel caso del Codice del Processo

generalizzato la tutela cautelare *ante causam* a tutte le materie devolute alla giustizia amministrativa. Ciò non toglie che l'istituto è fortemente criticato da parte della dottrina amministrativistica, se non addirittura banalizzato.

D'altra parte, all'art. 1 il Codice esplicita il "*principio secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*".

Ora, vero è che il c.p.a. introduce, in tema di tutela cautelare, alcune significative novità, risolve taluni nodi interpretativi – tra questi, di particolare rilievo, è la possibilità di riproporre la domanda cautelare rigettata, non solo allorché sopravvengano fatti nuovi, ma anche quando tali fatti preesistevano ma sono stati successivamente conosciuti dall'istante - e fornisce un'utile sistemazione organica di questa fase processuale, ma, a ben vedere, si tratta di interventi che attengono soprattutto alla *tecnica* del processo, aspetti, quindi, *operativamente* importanti ma che non aggiungono moltissimo alla struttura dell'istituto che era già stata sagomata attraverso la progressione giurisprudenziale e normativa poc'anzi succintamente ripercorsa e conteneva già gran parte di ciò che è stato esplicitato nel codice. Particolarmente rilevante e innovatrice invece è la disciplina della tutela *ante causam* introdotta dall'art. 61 c.p.a. e il sopra citato art. 1, che sembra semplicemente affermare una considerazione scontata, ma che riveste una portata ben maggiore, specialmente se posto in relazione con l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo. E la nuova sistemazione che viene

Amministrativo, l'utilizzo non appropriato del termine tecnico Codice sembra comunque utile anche per ragioni squisitamente "psicologiche". La necessità che la giustizia amministrativa assurga a giurisdizione piena ed effettiva secondo i dettami costituzionali e che il processo amministrativo sia uno strumento assolutamente omogeneo rispetto al giudizio ordinario in termini di qualità del giudice e della giurisdizione. La necessità che il riparto delle competenze giurisdizionali rappresenti solo il frutto di valutazioni di opportunità sulla specificità tecnica della materia e quindi si guardi al giudice amministrativo come il giudice specializzato a conoscere di questioni inerenti l'interesse pubblico. Se queste esigenze devono trovare una risposta nella nuova giustizia amministrativa, perché non "regalare" alla giurisdizione amministrativa un codice di procedura, evocando così, anche "plasticamente" la sensazione di complementarietà e giustapposizione della giurisdizione amministrativa a quella civile e penale? In termini istituzionali, la relazione illustrativa del "primo decreto correttivo" al codice del processo amministrativo, approvato con il recentissimo decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195, a pag. 22 (in sede di A.I.R.) chiarisce che "con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104 del 2010) il quadro normativo è stato notevolmente semplificato attraverso l'unificazione della fonte (ancorché col richiamo generale al codice di rito civile che rimane, attraverso la mediazione dell'art. 39 del cod. proc. amm., il riferimento fondamentale quanto ai principi processuali generali) attuata sia mediante la sistematizzazione della materia, che attraverso l'omogeneizzazione del lessico e della tecnica legislativa". In ogni caso, ampiamente in argomento, A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2011, in particolare, pagg. 100 - 118.

data alla disciplina delle azioni e delle sentenze, disciplina che avvia un nuovo percorso verso la atipicità della tutela anche per l'interesse legittimo, ancora una volta sulla spinta della già atipica tutela cautelare.

La tutela cautelare garantisce che il giudice amministrativo, qualora ravvisi una ragionevole fondatezza del ricorso, possa rendere effettiva la richiesta di giustizia avverso *qualunque* provvedimento o inerzia della PA, attraverso misure interinali ed urgenti la cui *modulabilità* è assolutamente svincolata da limiti precostituiti ed è servente solo al perseguimento dell'obiettivo strumentale di preservare al ricorrente il bene della vita minacciato dall'azione illegittima della PA, fino a quando non interverrà la sentenza. Il giudice è però chiamato a motivare il *decisum* cautelare, fornendo una prognosi "probabilistica" sull'esito del ricorso in relazione a una sommaria cognizione della domanda. Il giudice amministrativo è anche chiamato ad intervenire in via d'urgenza, seppur provvisoriamente, su un certo "assetto di interessi", individuando la migliore soluzione provvisoria possibile per garantire alla parte che "sembra" avere ragione, in presenza e in relazione ai rischi insiti al trascorrere del tempo, la protezione dell'interesse dedotto in giudizio fino a quando non intervenga la decisione di merito. E ciò in presenza di qualunque tipo di situazione giuridica dedotta e innanzi a qualunque tipo di rapporto. E l'esigenza di tale urgenza è sentita a tal punto che, in taluni casi, non è possibile financo attendersi l'introduzione rituale del ricorso, ma è sufficiente avanzare la sola domanda cautelare, esattamente, e forse oltre, rispetto a ciò che accade innanzi al giudice ordinario.

Tutto ciò non può essere solo letto dal punto di vista processuale, della tecnica del processo, ma deve essere posto in relazione al mutamento della relazione tra la *soggettività* privata e quella pubblica, della relazione tra individuo e potere.

La giurisdizione amministrativa non offre più solo, come accadeva in passato, con un processo tutto sbilanciato sull'*atto*, comodi rifugi alla PA che poteva così sottrarre la propria azione alla censura del giudice. Il quale era abilitato a *conoscere* della vicenda solo fino a un certo punto (anche causa del limitato strumentario istruttorio) e che poteva intervenire solo sugli effetti *positivi* del provvedimento impugnato e poco poteva contro le attività *negative*, le omissioni,

i dinieghi. Di conseguenza la tutela cautelare era una risorsa utilizzabile solo in un ridotto numero di casi e si poteva limitare alla mera sospensione.

Nel rinnovato quadro, risultato dell'evoluzione del sistema ora organizzato dal Codice, la tutela cautelare, da fase incidentale del processo amministrativo, assume le sembianze di un giudizio *autonomo*, nell'ambito del quale si dispiega una fase istruttoria, che può essere anche complessa; una cognizione degli interessi dedotti che, pur restando sommaria, diviene inevitabilmente più approfondita; una decisione (motivata) che è assunta sulla base di una "prognosi" sull'esito del ricorso. Inoltre, la decisione cautelare collegiale è appellabile. Assumendo così il giudizio cautelare, pur conservando il suo carattere strumentale e interinale, una fisionomia e una struttura tali da determinarne la sua *autonomizzazione* dal giudizio di merito. E su quest'ultimo punto che si accentrano gran parte delle considerazioni (anche problematiche) connesse al giudizio cautelare amministrativo. La tutela d'urgenza è certamente posta a presidio della effettività della giurisdizione, in un'epoca dominata dalla complessità e dalla velocità delle relazioni socio-economiche, in cui il "tempo" assume un ruolo quasi "definitivo" e l'esigenza di "assicurare", a colui che richiede giustizia, la possibilità che questa venga, non solo resa, ma effettivamente e utilmente resa, appare imprescindibile, tanto che la tutela cautelare ha assunto rilievo costituzionale e la sua massima estensione (vedi la tutela *ante causam*) è anche imposta dal diritto europeo.

Valuteremo, nel corso dell'esposizione, alcuni ambiti applicativi in cui la tutela cautelare assume un ruolo primario: si pensi alla materia degli appalti pubblici o alla gestione del rischio, in particolare quello industriale e ambientale-paesaggistico.

A questo punto vi è però da domandarsi "come" il giudice della cautela decide, se il suo esame si fonda su una cognizione sommaria.

È evidente come uno dei rischi più avvertiti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo sia costituito dalla tentazione del giudice di *intromettersi* nelle scelte discrezionali della P.A. Ciò avviene perché, nella fase cautelare, il giudice, in considerazione dell'approccio sommario ai fatti di causa e, soprattutto, in considerazione della circostanza che non è chiamato a rendere

una motivazione “piena” sulla sua decisione, potrebbe avere gioco facile ad introdurre elementi di valutazione sulla *qualità* degli interessi contrapposti, finendo per giudicare non in base al diritto, ma in base all’*opportunità* di una determinata soluzione piuttosto che un’altra.

Un ulteriore ordine di rischi è dato dalla possibilità che la statuizione cautelare, da tutela anticipata in modo provvisorio e strumentale, si trasformi in tutela sommaria. Invero, la casistica processual-amministrativa attuale denota un’enorme crescita del contenzioso cautelare e una inversa tendenza al disinteresse per la pronuncia di merito, e ciò accade prevalentemente perché, come accennato, molte volte il *bene della vita* domandato al giudice amministrativo può essere assicurato solo con la tutela d’urgenza, mentre nulla può aggiungere la decisione definitiva di merito. Ma ciò accade anche perché è invalsa la tendenza giurisprudenziale a confermare (comunque) nel merito la decisione sulla fondatezza del ricorso “pronosticata” in sede cautelare. Il che, evidentemente, collegato al rischio di cui si diceva prima, che il giudice possa sentirsi autorizzato ad entrare nel *merito amministrativo* della controversia, innescherebbe una pericolosa tendenza che, lungi dal garantire alla giurisdizione amministrativa l’effettività richiestale dalla Costituzione (ancor prima che dall’Europa), la asservirebbe al potere o la lascerebbe in balia dell’arbitrarietà.

All’indispensabilità della tutela cautelare non può invero rinunciarsi, ma i suddetti rischi vanno evitati. Cosa dunque deve guidare il giudice nella decisione cautelare? Certamente il diritto. Ma quale diritto? Oggi l’*humus* in cui è chiamato a decidere il giudice amministrativo vede la legge (tradizionale, statuale) profondamente in crisi, arretrata di fronte alla nuova articolazione delle fonti del diritto che non conosce più il suo originario assetto gerarchico, ma che è caratterizzata dal riparto delle competenze forgiato, da un lato, dall’attuazione autonomistica dei livelli di governo e, dall’altro, dal fenomeno della delegificazione e della riserva di amministrazione. Il giudice amministrativo deve continuamente confrontarsi con la giurisprudenza ed il diritto europeo che in modo circolare impregnano l’ordinamento giuridico che ormai è sovranazionale. Deve saper ponderare la cogenza ormai irreversibile dei principi generali dell’ordinamento interno ed europeo: la proporzionalità, la

ragionevolezza, la sussidiarietà, etc. La decisione cautelare non può essere una decisione arbitraria o sommaria o sull'opportunità amministrativa, ma, pur essendo una decisione basata su un esame sommario, deve essere una decisione in diritto (anche se sul *fumus* del diritto), decisione che può anche cambiare in sede di merito laddove la cognizione piena lo richieda, anzi deve cambiare, se del caso. E ciò deve essere palesato dalla motivazione che, pur succinta, deve esserci nel provvedimento cautelare e deve dare conto dei motivi *in diritto* per i quali, *allo stato*, il giudice si è determinato. E ciò a prescindere dalla circostanza che la decisione cautelare sia strumentale e provvisoria. E in tale fase del processo, il giudice deve attuare, seppur in una forma più agile, le garanzie del giusto processo, soprattutto: contraddittorio tra le parti, terzietà ed indipendenza del giudice e, appunto, deve fornire una motivazione del provvedimento che molto spesso, per quanto sopra detto, è "sostanzialmente definitivo" in quanto la sua statuizione determinerà un assetto di interessi non sempre reversibile in sede di merito. E già nel *decisum* cautelare il giudice deve cogliere gli aspetti di legalità violata dall'attività amministrativa, in tutte le sue sfaccettature, senza farsi tentare dall'erogare una soluzione di cautela "oggettiva", ma avendo sempre riguardo alla protezione dell'interesse dedotto dalle parti, perché anche il processo cautelare è un processo di parti.

In tal modo la tutela cautelare contribuirà ad attuare la petizione di principio invocata nell'art. 1 c.p.a. e sarà colmato il divario *qualitativo* tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, divario che per la nostra Carta costituzionale non avrebbe mai dovuto vedere la luce.

CAPITOLO I
EVOLUZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO

1. Genesi dell'istituto nel sistema normativo "post-abolitivo".

La tutela cautelare nel contenzioso amministrativo, non è, invero, un istituto nuovo nel panorama della *giustizia amministrativa*⁸, anzi la possibilità della *sospensione del provvedimento impugnato* è un concetto che coesiste alla stessa nascita del *processo amministrativo*, riferendoci in tal senso all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, ma la sua portata è cresciuta talmente nel corso degli anni da potere affermare che esso, da "facoltà *eccezionale* che contraddice il principio fondamentale dell'esecutività dell'atto amministrativo nonostante

⁸ L'insieme *giustizia amministrativa* contiene svariati "sottoinsiemi", oltre alla giurisdizione di legittimità affidata al complesso T.A.R. - Consiglio di Stato, ivi incluse le più recenti opzioni di tutela *ante causam* vanno contemplate le competenze esclusive del giudice ordinario aventi ad oggetto "atti amministrativi", i ricorsi gerarchici, il ricorso straordinario al Capo dello Stato e anche i "rimedi" non-contenziosi (pre-contenziosi) quali le istanze di riesame in autotutela. Secondo parte della dottrina (Nigro), financo gli strumenti di partecipazione endoprocedimentale anticiperebbero la tutela, così, ad esempio, quelli previsti dagli artt. 7 e 10 bis della l. 241/90, vale a dire le osservazioni che possono essere rese dall'interessato per provocare un diverso convincimento dell'amministrazione procedente, sarebbero strumenti di tutela di posizioni giuridiche soggettive. Tale impostazione non sembra condivisibile ove si consideri che nel procedimento amministrativo si persegue sempre e comunque l'interesse pubblico, sul punto cfr., I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. PARISIO, A. PERRINI (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, pag. 26, che afferma "come tutti i «meccanismi» procedurali aspirino, più che ad anticipare la tutela, come pure è stato insistentemente detto, a raffreddare i conflitti attraverso la negoziazione".

l'impugnazione"⁹ e "incidente del processo amministrativo a carattere eventuale e di rara applicazione"¹⁰, è divenuto oggi, anche a seguito della esponenziale espansione della richiesta di giustizia amministrativa, lo strumento che raramente non caratterizza il giudizio amministrativo, per la sua irrinunciabile capacità di attribuire effettività alla tutela nei confronti della pubblica amministrazione.

La tutela cautelare, nel diritto positivo, era originariamente disciplinata in modo da offrire opportunità di protezione estremamente marginali. Solo la giurisprudenza amministrativa e costituzionale ha garantito l'estensione applicativa della tutela in modo crescente nel corso dei decenni, fino a che non sono state introdotte, ciò fino alla riforma adottata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

È necessario attendere, quindi, l'inizio dell'attuale secolo perché intervenissero norme positive capaci di rinnovare la fisionomia dell'istituto, ratificando, di fatto, ciò che la giurisprudenza aveva già costruito¹¹. È opportuno, pertanto,

⁹ M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 3 - 11. L'A. si sofferma anche sulla dibattuta questione dalla dottrina di inizio Novecento se la sospensione inerisca l'esecutività dell'atto impugnato o solo la sua esecutorietà. La differenza, al di là dell'effetto concreto in termini di utilità per il ricorrente, semmai acquista significato per la ricostruzione storico-domatica dell'istituto, che vede, nel primo caso, l'azione del ricorrente intesa ad inibire l'efficacia dell'atto, nel secondo caso, invece, l'atto continua a rimanere efficace e, semmai (a tutela della stessa pubblica amministrazione), non si procede alla sua esecuzione per *gravi ragioni*. Da questo punto di vista interessanti sono i riferimenti che l'A. fornisce intorno alla ricostruzione dell'istituto che certa dottrina compie attribuendogli una funzione di diritto sostanziale più che di diritto processuale; ambito nel quale, il fenomeno della *esecutorietà* alberga. Ed ancora, sul punto cfr. E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, cit., pagg. 652 - 662, il quale osserva come l'intervento del giudice "si manifesta nell'ambito dell'efficacia dell'atto amministrativo; in tutta quella parte del fenomeno giuridico che va dalla produzione degli effetti sul piano del diritto all'adeguamento del reale agli effetti giuridici". Il che vale a dire che la sospensione produce risultati diversi a seconda che l'ordinanza incida sugli "effetti materiali" o sugli "effetti giuridici". Così, se la norma si limitasse ai primi, l'ordinanza non potrebbe, ad esempio, incidere sugli "atti negativi" che non hanno alcuna "materialità". Se invece il provvedimento di sospensione incide sull'adeguamento della realtà (quindi sull'"essere", e non solo sul "dover essere" dei meri effetti giuridici) agli effetti giuridici, la misura non sarebbe utilizzabile se non sono stati prodotti effetti innovativi della realtà del provvedimento impugnato. Così come, la completa trasformazione della realtà non consente di adottare la sospensione perché la realtà si è già modificata. Diverso è invece se l'esecuzione è intesa rispetto agli effetti giuridici, in tal caso non si avranno le suddette limitazioni (atti negativi e effetti già prodotti): la sospensiva può condurre alla ripristino della situazione di fatto. La giurisprudenza, fa notare l'Autore, in un primo tempo accedeva alla tesi dell'incidente cautelare sull'esecuzione degli effetti materiali, dagli anni 60 in poi ha mutato prospettiva, si iniziavano così a sospendere gli atti negativi oppure quelli che avevano già avuto parziale esecuzione ed iniziava il percorso evolutivo della tutela cautelare.

¹⁰ Così, E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Giappichelli, 2011, pag. 331.

¹¹ Questo singolare andamento, non tipico nei sistemi di "diritto comune", fornisce alcuni spunti di riflessione interessanti sul ruolo giocato dalla giustizia amministrativa nell'ordinamento italiano in relazione alla sorprendente capacità di creazione (da parte del giudice amministrativo, soprattutto) di un diritto giurisprudenziale, sul punto cfr. A. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, pag. 82.

ripercorrere brevemente l'*excursus* storico-normativo¹² culminato nella legge 205/2000, che ha reso *atipica* la misura cautelare, e nel decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 che ha dato sistemazione organica e puntuale della fase cautelare che, da semplice ed eventuale *incidente* del processo, assume la "caratura" di vero e proprio *giudizio* che si impone quale fase centrale e preponderante nella stragrande maggioranza dei giudizi innanzi al TAR e al Consiglio di Stato.

Come si sa, la tutela giurisdizionale amministrativa prende le mosse dal *corpus*¹³ normativo costituito dalla legge 20 marzo 1865 n. 2248 del 1865, all. E, che

¹² A tal proposito, si vedano le considerazioni di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Cedam, 2002, pagg. 2 - 4, che si rifà, a sua volta, al pensiero di E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pagg. 44 - 46, il quale valorizza la necessità di non fermarsi al dato normativo attuale, ma di operare una ricostruzione storica degli istituti in guisa dell'individuazione del "legame logico tra le diverse disposizioni", lo scopo per cui le stesse sono state emanate e dei "principi" che hanno ispirato la legge. L'A. richiama, altresì, A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, pag. 89, che precisa come "la costruzione logica del diritto amministrativo deve avere a principale, se non ad unico fondamento, la sua evoluzione storica".

¹³ Invero, la tutela giurisdizionale amministrativa che conosciamo oggi è figlia di quel *sistema* di norme, ma sarebbe un grave errore ritenere che le due leggi (del 1865 e del 1889) fossero frutto di un medesimo progetto riformatore. Esse invece rispondevano a due logiche diverse: con la legge del 1865, ispirata al principio dell'*unicità* della giurisdizione, si è voluto affermare il principio secondo cui anche gli atti della pubblica amministrazione che ledono diritti soggettivi dei singoli devono essere sottoposti alla giurisdizione ordinaria, come lo sono i gli atti e i comportamenti dei privati; si tratta, pertanto, di una riforma ispirata dai principi più tipicamente liberali, informata ad una rigorosa applicazione del principio della separazione dei poteri, si veda in tal senso A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit., pag. 45 - 45. La legge del 1889 risponde, incide, ad un'esigenza diversa, da un lato, è dettata dalla necessità di colmare i "vuoti" di tutela che l'assetto giurisdizionale voluto dalla riforma del 1865 determinava nei confronti dei cittadini, vale a dire, l'assenza di *giustiziabilità* determinata dall'art. 2 l.a.c. rispetto ai casi in cui l'amministrazione non travolgesse diritti soggettivi, ma egualmente ledesse "interessi" dei privati; interessi che, precedentemente, trovavano tutela (anche se non sempre in forma compiutamente *giurisdizionale*) da parte delle giurisdizioni amministrative speciali e che ora venivano lasciati in balia dell'eventuale "revisione" amministrativa; a ciò si aggiunga che, innanzi a "dubbi" sulla natura della posizione giuridica soggettiva dedotta, il g.o. dimostrava una non indifferente "timidezza" (l'espressione è di E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2005, pag. 658) che lo sospingeva verso la declinazione della propria competenza giurisdizionale piuttosto che verso la sua ritenzione. Interessi che, con il sopravanzare di uno Stato sempre più *amministrativizzato*, iniziavano ad assumere una rilevanza socio-economica notevole e, conseguentemente, la loro tutela si avvertiva come un'esigenza sempre più pregnante. Su tale passaggio storico si veda S. RODOTÀ, *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, R. ROMANELLI, M. DE CECCO (a cura di), Donzelli, Roma, 1995, pag. 327, l'A. legge in tale periodo storico e, specificamente, nell'attuazione della riforma, quella della istituzione dello IV sezione del Consiglio di Stato - intesa a soddisfare la necessità di reale protezione dei cittadini davanti allo strapotere dell'autorità lasciato indenne dalle riforme di "grande civiltà" del 1865 (ma che nei fatti tutelavano solo la classe borghese al potere) - l'affermarsi di "un intreccio tra «rivoluzione borghese» e «Stato sociale»". Tuttavia, ricorda ancora l'Autore, questo provvedimento, come altri di questo periodo, "non intaccano il carattere monoclasse dello Stato".

Quindi, quando lo Stato agisce *iure imperii* per il perseguimento di un pubblico interesse i cittadini non hanno alcuna voce in capitolo, non possono dolersi se ciò arreca loro un pregiudizio, se vi è stato il rispetto strettamente formale delle norme di legge che regolano tale attività. Viceversa, se la doglianza di un pregiudizio è imputata alla violazione della legge, anch'essa deve trovare un "giudice" che presti tutela, tale giudice, da ora in poi, sarà la IV sezione del Consiglio di Stato. A questo punto si compie il canonico riparto di competenza giurisdizionale che vede attratti alla sfera dell'a.g.o. tutti i casi in cui l'amministrazione agisce *iure privatorum*, quindi con "atti di gestione" posti in essere agendo al pari di un qualunque soggetto dell'ordinamento e quelli posti in essere in assenza di potere tipicamente attribuito (*sine titolo*), e attraverso cui l'Autorità incide, ledendoli, sui diritti soggettivi dei cittadini. Mentre, attratte alla sfera di competenza del giudice amministrativo, sono le lesioni degli interessi che importano la "correttezza dell'esercizio del

abolisce il precedente sistema di contenzioso amministrativo devoluto a giurisdizioni speciali¹⁴, attribuendo al giudice ordinario la tutela giurisdizionale nei confronti della PA quando questa, con la propria azione posta in essere agendo *iure privatorum* oppure in assenza di potere, ledesse situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi) dei singoli, attribuendo al g.o. il potere di *disapplicazione*¹⁵ di tali atti; e la legge 31 marzo 1889 n. 5992 che istituisce la IV Sezione del Consiglio di Stato cui viene attribuito il potere (giurisdizionale) di annullare gli atti amministrativi illegittimi dai quali deriva un *vulnus* agli *interessi* (solo in seguito qualificati come “legittimi”) dei privati *lambiti* da tali atti, con il connesso potere di previamente sospendere l’efficacia ove si allegassero “gravi ragioni”¹⁶.

potere amministrativo” nell’espletamento delle funzioni ad esso affidate. Ecco che allora, come giustamente riferito da C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 24, che riprende il pensiero di A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pag. 120, cambia anche l’atteggiamento del giudice ordinario che, attraverso le pronunce della Corte di Cassazione (che è il giudice cui è stato demandato il compito di dirimere le questioni di giurisdizione), per antagonismo con il nuovo giudice, estende al massimo l’ambito della propria giurisdizione, tutelando, perché ritenuti diritti soggettivi, posizioni precedentemente considerate di mero interesse. Da un altro lato (torniamo alla considerazione su ciò che ha ispirato la riforma del 1889) l’istituzione della IV sezione risponde all’esigenza di rafforzamento della posizione della PA che vede sottratta la sua azione al vaglio del g.o. e che può essere censurata solo dal giudice amministrativo senza che però l’esecutività/escutorietà dell’atto sia ostacolata dalla proposizione del ricorso, in quanto essa esecutività è rivolta alla soddisfazione dell’interesse pubblico, salvo che non sussistano “gravi ragioni” che potrebbero disporre la “sospensione” (così, CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 32).

¹⁴ Per una esaustiva ricostruzione della fase abolitiva, si veda principalmente S. SAMBATARO, *L’abolizione del contenzioso nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1977, pagg. 7 - 280.

¹⁵ La legge 20 marzo 1865, n. 2248, c.d. “legge abolitiva del contenzioso amministrativo”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 27 aprile 1865, All. “E” (nella parte ai nostri fini rilevante) così recita:

Art. 1 “I tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d’ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all’autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge”.

Art. 2 “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”.

Art. 3 “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”.

Art. 4 “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.

L’atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”.

¹⁶ La l. 31 marzo 1889, n. 5992, art. 12, dispone che “I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia l’esecuzione dell’atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla IV Sezione sopra istanza del ricorrente”; il relativo Regolamento di procedura emanato con il R.D. 17 ottobre 1889, n. 6516, art. 21, prevedeva che “Le domande di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo, qualora non siano proposte nel ricorso, devono farsi mediante istanza diretta alla IV Sezione, notificata agli interessati ed alla amministrazione e depositata nella segreteria. L’amministrazione e le parti interessate possono, entro dieci giorni dalla notifica, depositare e trasmettere memoria od istanze alla segreteria della IV Sezione. Il Presidente può abbreviare il

Si instaura così un sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività della PA in qualunque modo essa si dispieghi, ma attraverso un "doppio binario", che vede distinte le posizioni giuridiche soggettive di cui si invoca tutela, a seconda della natura di "diritti (soggettivi)" o di "interessi (legittimi)" che di volta in volta esse rivestono.

L'assetto così delineatosi non è frutto di un unico ed organico pensiero riformatore, ma di due successivi momenti: inizialmente è prevalsa un'enfasi liberale di impronta montesquiana che voleva lo Stato-Autorità (pubblica amministrazione), agire solo in ossequio alla legge formale, uniforme per l'intero territorio nazionale. Quindi un'organizzazione statale totalmente separata dalle altre componenti del Paese (dai cittadini, quindi dal "corpo sociale"¹⁷, prima di tutto) nonché dal potere giurisdizionale affidato al giudice ordinario, giudice cui venne attribuita la giurisdizione ordinaria se lesiva dei diritti dei singoli. La necessità di avere una piena uniformità legislativa serviva anche a garantire l'unità statale appena ottenuta¹⁸.

Tuttavia, successivamente, con l'incremento di ogni attività socio-economica e la graduale esigenza di "regolazione" di tali attività, emerge una "presa di coscienza" circa la necessità, da un lato, di dare tutela alle situazioni giuridiche soggettive non consistenti in diritti che erano sempre in crescita, dall'altro lato, di evitare che l'azione amministrativa potesse rimanere imbrigliata nelle

termine. Su tali domande la Sezione dovrà pronunciare nella prima udienza dopo spirato il termine. Non vi è chi non legga come in tale disposto vi siano già (quasi) tutti gli elementi che caratterizzano la moderna fase cautelare nel giudizio innanzi al TAR e al Consiglio di Stato.

¹⁷ Particolarmente affezionato al rapporto tra Stato-Autorità e corpo sociale, dal quale il primo dovrebbe trarre la legittimazione del proprio agire, è Ignazio Marino, il quale, nel corso di una lezione tenuta nell'Università di Catania il 14 gennaio 2008, insegnava come "lo Stato liberale della metà 800 aveva le sue basi ideologiche nella «dottrina dello Stato» hegeliana: lo Stato è la «deità» che fa comunque il «bene sociale» perché è tale, è Stato; non occorre che esso si confronti col cittadino, col corpo sociale, per conoscere quale sia l'interesse pubblico da coltivare; anzi il cittadino può anche essere «di disturbo». Ecco che, ad esempio, il «segreto» era uno dei pilastri di questa idea di Stato. Da questo punto di vista la «personalizzazione» dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino, con la caduta dell'idea che l'attività amministrativa possa essere conosciuta, assume fondamentale importanza, perché lo Stato non è più spersonalizzato («deificato»), ma si personifica e riconduce all'alveo del rapporto umano e dunque all'alveo del diritto (Salvatore Satta addirittura diceva che il rapporto umano è diritto). In tal senso rappresenta un salto di qualità l'introduzione dell'art. 28 Cost., non perché, equivocando, si riteneva solo una tecnica di distribuzione della responsabilità, ma perché rappresenta la personalizzazione dei rapporti Stato-cittadini che è poi il viatico che conduce alla parioridazione Stato-cittadini". Ulteriori considerazioni sul tema in I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2010, pagg. 258 - 262.

¹⁸ In proposito, si veda la ricostruzione storica di A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit., pagg. 44 - 45.

controversie giudiziarie e quindi arrestarsi a danno del perseguendo interesse pubblico che comunque restava centrale rispetto ad ogni altra considerazione. Ha prevalso, dunque, sulla precedente istanza più segnatamente liberale, l'idea che stesa prendendo vita, seppur in uno stadio assolutamente embrionale, una forma di Stato "a diritto amministrativo" che comincia lentamente ad affacciarsi e cui è primariamente attribuito il compito (anche sociale) di perseguire il pubblico interesse, anche rispetto ad istanze dei cittadini di tipo pretensivo.

A tale esigenza era quindi collegata la necessità che lo Stato, nell'espletamento delle sue funzioni, dovesse, sì, essere chiamato a rispondere nei confronti dei privati per la lesione dei loro *interessi legittimi* - (così poi qualificati dalla dottrina) o dei loro *ex* diritti soggettivi *degradati* ad interessi legittimi per essere *investiti* dall'azione amministrativa - di fronte a un *vero* giudice, seppur giudice *speciale*, ma in modo *differenziato* rispetto ad ogni altro soggetto dell'ordinamento. Mentre, se il cittadino subiva una violazione delle proprie posizioni giuridiche soggettive da parte dell'azione della pubblica amministrazione posta in essere in assenza di potere, non vi erano motivi a che questa non potesse rispondere come ogni altro soggetto dell'ordinamento innanzi al giudice ordinario.

A seguito di tale riparto di giurisdizione a *doppio binario*, basato sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio, inizia la storia del processo amministrativo celebrato da un giudice speciale¹⁹.

L'assetto configuratosi nel 1889 non rappresentava solo una soluzione di politica giudiziaria, ma costituiva un paradigma che avrebbe influenzato profondamente la "forma di stato" e condizionato tutta la storia futura del diritto processuale italiano.

Il giudice amministrativo è, quindi, il giudice dell'interesse legittimo²⁰, egli è chiamato a giudicare della legittimità di atti amministrativi ed è dotato del

¹⁹ Giudice che nasce da una *gemmazione* della stessa pubblica amministrazione (la IV sezione del Consiglio di Stato) e che quindi non è dotato dell'autonomia *originaria* che contraddistingue l'a.g.o., ma che sarà in grado, nei decenni, di costruirsi una dignità che lo renderà, tutto sommato, un giudice "vero".

²⁰ Non ripercorreremo in questo lavoro le diverse teorie sull'interesse legittimo, per le quali rimandiamo alla sconfinata produzione dottrina, e ci fermiamo alla definizione di E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. pag. 298, secondo cui è "la posizione soggettiva di vantaggio, costituita dalla protezione giuridica di interessi finali che si attua non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione

potere di annullarli. Ma se non si è voluta assegnare tale funzione (e ben si sarebbe potuto farlo) al g.o., un motivo esiste, ed è chiaro: si voleva che a sindacare dell'azione amministrativa fosse una *costola* della stessa pubblica amministrazione, un giudice, da un lato, specializzato nella cura degli interessi pubblici e, dall'altro, *attento* a non paralizzare l'azione amministrativa.

Se così è, il potere cautelare azionabile per *gravi ragioni* è un potere che ha natura e scopi molto diversi da quelli sottesi all'azione del giudice ordinario²¹.

Le gravi ragioni che giustificavano la sospensione dell'atto in attesa della decisione di merito erano fortemente all'integrità legate all'interesse pubblico, per cui la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato rispondeva, coerentemente, all'esigenza che non fossero cagionati danni gravi ed irreparabili alla P.A. a causa dell'esecuzione di un atto illegittimo. E anche se il ricorrente era un privato che si doleva della non correttezza dell'azione amministrativa nei propri confronti e chiedeva la sospensione dell'atto impugnato, questa veniva accordata sulla base (quasi esclusiva) della cura dell'interesse pubblico sotteso²². Ove si realizzasse una coincidenza tra l'interesse alla sospensione invocata dal privato ricorrente e l'interesse pubblico alla stessa, la misura poteva certamente essere accordata²³. Chiaramente il presupposto per la sospensione doveva comunque sussistere, pertanto, oltre al *periculum in mora* (sostanzialmente per l'interesse pubblico), doveva potersi rinvenire il *fumus boni iuris*, quindi doveva sussistere (e il giudice era chiamato a condurre tale valutazione prognostica) una

indissolubile ed immediata di un altro interesse del soggetto meramente strumentale alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale".

²¹ Ciò spiega perché lo studio della tutela cautelare nel processo amministrativo non si può avvalere gran che dell'omologo rimedio nel processo ordinario.

²² C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 35, evidenzia come S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, pag. 227, ricordi che il legislatore del 1889, nell'istituire la IV sezione del Consiglio di Stato, non intendeva inquadrare tale organo nel sistema dell'ordinamento giurisdizionale, configurandolo invece come dotato di una competenza puramente amministrativa: di una funzione di controllo che lo stesso potere esecutivo doveva esercitare sui propri atti, sia pure con l'impiego della forma del procedimento giurisdizionale, e, soprattutto, con l'introduzione della regola del contraddittorio degli interessati.

²³ Sulla prevalenza, se non esclusività, del parametro dell'interesse pubblico rispetto all'eventuale, se coincidente, interesse privato alla sospensione, ci si riporta ancora a C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 39, che riferisce le parole di F. ROCCO, *Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, secondo cui doveva essere preso in considerazione anche l'interesse, inteso come pregiudizio suscettibile di derivare dall'esecuzione dell'atto, del privato ricorrente; interesse quest'ultimo la cui valutazione avrebbe peraltro potuto condurre alla sospensione dell'esecuzione dell'atto soltanto se coincidente con l'interesse pubblico alla sospensione.

“apparenza” di finadtezza del ricorso, per sì assumersi la plausibilità che talune norme di legge fossero state violate dalla P.A.

Non può, a questo punto, disconoscersi che il Consiglio di Stato, pur certamente dotato di natura giurisdizionale, venisse chiamato a decidere utilizzando parametri di *discrezionalità*. Ma non la discrezionalità del giudice, vale a dire l'autonomia decisionale secondo il suo *prudente apprezzamento* dei fatti della controversia e, in sede cautelare, sulla sussistenza dei presupposti di *fumus* e *periculum* secondo la prospettazione e l'allegazione delle parti circa la probabile appartenenza del diritto, ma la discrezionalità propria del *merito amministrativo* che guarda a parametri di opportunità legati alla cura dell'interesse pubblico. In questo il giudice amministrativo in sede cautelare aveva gioco facile, in quanto, in tale sede incidentale, il suo potersi svincolare dalla stretta aderenza alle norma gli consentiva un *range* decisionale piuttosto ampio.

È evidente però che, per la decisione di merito, il giudice doveva dare conto di decidere secondo la conformità alla legge degli atti impugnati (cioè deve decidere *da giudice*), per cui in sede di merito la natura giurisdizionale del Consiglio di Stato spiccava maggiormente, ma non completamente, restando la cura dell'interesse generale sempre preminente.

Ciò sottintende che diversi erano i parametri valutativi (ed i poteri decisionali) del giudice amministrativo in sede cautelare (opportunità, prudenza rivolta all'interesse pubblico, merito amministrativo) e quelli di cui disponeva in sede di decisione definitiva (nel merito) che non potevano che essere quelli legati alla legittimità dell'atto amministrativo, alla sua conformità alla legge.

Su questa *divaricazione* di poteri e parametri valutativi si innestano i profili maggiormente problematici ed interessanti della tutela cautelare nel giudizio amministrativo anche in futuro.

Da tali considerazioni risulta quindi che il giudice cautelare del 1889 fosse, invero, un giudice del “diritto oggettivo”: un giudice chiamato a salvaguardare l'interesse pubblico messo in discussione dall'azione illegittima della pubblica amministrazione che, ledendo interessi di privati, prima di tutto ledeva interessi propri. A questo punto, anche se muta il parametro valutativo, anche nel merito, comunque, centro della tutela è l'interesse pubblico, secondo l'idea che gli

interessi dedotti sono “non-diritti”, quindi non meritevoli di tutela in quanto posizioni soggettive, bensì in quanto la loro protezione corrisponda alla protezione dell’interesse generale.²⁴

Sarà la successiva elaborazione dottrinarica che, passando dalle teorie sull’azione intesa come posizione giuridica autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa sottostante, ricostruirà e dimostrerà come, la possibilità di ricorrere al Consiglio di Stato per fare valere la lesione da parte della PA di un interesse sostanziale (concreto) del privato, che chiamerà un giudice a pronunciarsi su di essa (anche se i poteri e parametri valutativi di questo giudice sono limitati al soddisfacimento dell’interesse pubblico), si sostanzia come l’esercizio di una azione (anche se una *mera azione*) rispetto alla quale non può che corrispondere una situazione giuridica soggettiva di vantaggio differenziata.

Pertanto, se l’amministrazione è tenuta a conformarsi alle leggi che regolano la propria attività discrezionale e se la violazione di tali norme determina la lesione di detta posizione giuridica soggettiva del cittadino che l’ordinamento consente di fare valere innanzi al Consiglio di Stato, ciò equivale ad affermare che il cittadino è titolare di un interesse sostanziale giuridicamente azionabile, sostanzialmente un *diritto* (soggettivo pubblico, successivamente qualificato

²⁴ Si vedano in tal senso le opinioni di Santi Romano, di E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell’interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 336 e di F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del diritto*, Milano, pag. 604, ripresi ancora da C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 51.

La non inquadrabilità del modello di tutela offerto dalla IV sezione del Consiglio di Stato alla tutela giurisdizionale di posizioni giuridiche soggettive come quella offerta del giudice ordinario, e quindi la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa, rinveniva anche le sue ragioni logiche nelle tradizionali teorie processualciviltistiche che facevano capo a Giuseppe Chiovenda sull’azione quale diritto autonomo e strettamente collegato al diritto soggettivo sottostante, secondo cui il primo deve procurare la possibilità di ripristinare comunque la lesione del secondo. Tale schema non poteva essere applicato al modello di tutela esclusivamente annullatorio operato dal Consiglio di Stato, modello che non contemplava l’intera gamma della tutela (piena) che le teorie sull’azione di derivazione pandettistica postulavano. Basti pensare alla non possibilità di impugnare atti negativi. Pertanto, sempre riprendendo il pensiero chiovendiano, innanzi al Consiglio di Stato il cittadino, dal punto di vista *soggettivo*, dispone solo di una c.d. *mera azione*, cioè della possibilità di fare valere e sollecitare l’attuazione della legge (nell’interesse pubblico), il cui accertamento non condurrà però necessariamente all’attribuzione di uno specifico bene (di una concreta utilità) al promotore dell’azione. Ciò, però, non esclude, anzi conferma, che l’attività posta in essere dal Consiglio di Stato sia *giurisdizionale*, quindi, in realtà, pur chiamato a far valere il diritto oggettivo, il giudice amministrativo esplica una funzione certamente diversa da quella meramente amministrativa. E questa sarà la base logico-teorica per l’evoluzione futura del giudice amministrativo quale, al pari del giudice ordinario, giudice delle posizioni giuridiche soggettive.

come interesse legittimo)²⁵ e che la IV sezione del Consiglio di Stato è organo giurisdizionale deputato a conoscerne.

Tale ricostruzione²⁶ non ha procurato l'emancipazione della giurisdizione amministrativa dall'utilizzazione del parametro della cura dell'interesse pubblico nel giudicare e la tendenza del Consiglio di Stato ad applicare il diritto oggettivo alla soluzione della controversia, ma ha avuto certamente l'inevitabile merito di favorire l'idea secondo cui il cittadino può *autonomamente* decidere di chiedere (ed ottenere se del caso e anche rinunciarvi successivamente se lo ritiene) l'intervento di un organo giurisdizionale che vaglierà i casi in cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio delle proprie funzioni, avrà interferito (danneggiandoli) con suoi interessi sostanziali differenziati e rilevanti, per tutelarli; tali interessi colmano quell'*area grigia*²⁷ disegnata dall'art. 3 della l.a.c. che impediva la concreta tutela delle posizioni giuridiche soggettive prive della *pienezza* del diritto soggettivo, ma non irrilevanti per i loro titolari. Ciò fornirà l'abbrivio alla giustizia amministrativa verso una sua collocazione sempre più, sostanzialmente, *giurisdizionale* e sempre meno di *funzione* amministrativa (di controllo).

La natura espressamente *giurisdizionale* della IV sezione del Consiglio di Stato sarà esplicitata solo con la legge del 7 marzo 1907, n. 62 e il relativo regolamento

²⁵ Di "*diritti pubblici subiettivi*" parla LODOVICO MORTARA, riferendosi a quelli di cui sono titolari i cittadini che si aspettano che lo Stato, nella sua attività amministrativa intesa al perseguimento dell'interesse pubblico, resti all'interno di limiti posti dall'insieme delle norme giuridiche (anche costituzionali e di principio) che regolano tale azione. A tal proposito ci si rifà alla ricostruzione della teoria dei diritti pubblici soggettivi nelle elaborazioni di Lodovico Mortara e del suo allievo Federico Cammeo operata da E. CANNADA BARTOLI, *Il commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa e il suo sistema*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno - Per Federico Cammeo*, n. 22, 1993, Milano, pagg. 279 e ss.

²⁶ Valga, sul punto, l'avvertenza cui ci richiama I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pag. 24, laddove l'A. precisa che "quando Giuseppe Chiovenda edificò sui due noti principi (l'azione come potere autonomo e il processo come attuazione della legge - diritto obiettivo) il sistema processuale civile in Italia, «giovandosi» dell'elaborazione della scienza tedesca e guadagnando l'autonomia anche al nostro diritto processuale, fu, a comune modo di vedere, un recupero di scientificità del processo. La migliore successiva dottrina (Francesco Carnelutti, Salvatore Satta, Giuseppe Capograssi, per ricordare i maggiori), tuttavia, ne segnalò i pericoli, richiamando l'attenzione sulla circostanza che non è solo il diritto che deve servire al processo, ma è anche il processo che deve servire al diritto, altrimenti più che l'autonomia si rischia l'isolamento del diritto processuale". Da tale avvertenza ne ricaviamo la necessità di non considerare "scolligati" l'ambito processuale dall'ambito sostanziale che invece sono profondamente compenetrati e vedono il primo essere funzionale al secondo, a tal proposito ancora I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pag. 10 che ci riporta alle considerazioni di S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 220 ss., che teorizza la struttura unitaria dell'ordinamento giuridico nella sequenza diritto - azione - processo e che ritiene quindi l'ordinamento *inverarsi* nel processo.

²⁷ L'espressione è di F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, 1970, Milano, p. 591 ed è ripresa da S. M. GIANNINI, *Federico Cammeo il grande*, in E. CANNADA BARTOLI, *Il commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa e il suo sistema*, cit., pag. 230.

di procedura approvato con regio decreto del 17 agosto 1907, n. 642. La riforma intesa ad attribuire in modo certo la funzione di organo giurisdizionale (e non amministrativo) al Consiglio di Stato si completò in tale fase con l'affidamento al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in talune materie precisamente individuate - la più importante fra queste il pubblico impiego - ad opera della legge 30 dicembre 1923, n. 2840.

Tuttavia, tale statuizione delle funzioni e del ruolo istituzionale del Consiglio di Stato non ha scalfito l'idea che, comunque, la tutela cautelare, legittimata sì dalla domanda del ricorrente, sia accordata solo ove essa corrisponda alla esigenza di proteggere l'integrità degli interessi della pubblica amministrazione messi in pericolo dall'esecuzione dell'atto impugnato e che tale giudizio fosse rimesso al "prudente apprezzamento"²⁸ del giudice amministrativo. D'altra parte, questa concezione, neppure oggi, nonostante la legge espressamente ricollegghi la tutela cautelare alla prognosi positiva sull'accoglimento del ricorso, è completamente espunta dalla cultura del giudice amministrativo, che in diverse circostanze mostra anche esplicitamente di "schierarsi" dalla parte dell'interesse pubblico. E questa costante e mai del tutto risolta tensione dialettica, tra ruolo e poteri del giudice nella fase cautelare e ruolo e poteri del giudice nella fase "di merito", costituisce una delle riflessioni del presente lavoro.

2. La "costituzionalizzazione" della tutela giurisdizionale amministrativa.

L'avvento della Costituzione repubblicana introduce degli elementi di grande interesse per la lettura della giustizia amministrativa rispetto alla sua *collocazione* nel sistema delle tutele di tipo giurisdizionale. E anche rispetto alla dibattuta questione della *consistenza* degli interessi dei privati nei confronti della pubblica amministrazione e del ruolo del giudice amministrativo.

La Costituzione dice alcune cose tanto semplici quanto mai completamente "accettate" nella loro semplicità: tutti possono agire e difendersi in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, art. 24 Cost.; la *giurisdizione* generale

²⁸ Così, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 73.

di legittimità e, in alcune materie indicate dalla legge, la giurisdizione esclusiva, è affidata al Consiglio di Stato e agli organi di giustizia amministrativa, art. 103 Cost.; il diritto soggettivo e l'interesse legittimo stanno sullo stesso piano in termini di *giustiziabilità* che si attua attraverso la tutela giurisdizionale *piena* (non limitata a particolari mezzi di impugnazione) dei diritti e degli interessi dinanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo e che è *sempre* ammessa contro *tutte* le categorie di atti della pubblica amministrazione, art. 113 Cost.; la giurisdizione si attua mediante il *giusto* processo²⁹ e deve essere effettiva, art. 111 Cost.³⁰.

Disposizioni queste che eliminano ogni dubbio intorno alla circostanza che l'interesse legittimo sia una situazione soggettiva di vantaggio scaturente da un sottostante interesse sostanziale che può (e deve) trovare, al pari del diritto

²⁹ Non possiamo subito non riflettere sugli insegnamenti che ci vengono da I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pagg. 22 - 28, in ordine a ciò che l'espressione *giusto processo* annovera. In particolare, sulla circostanza secondo cui l'art. 111 non rende costituzionalmente vigenti solo i principi che informano gli aspetti processuali (contraddittorio, parità delle parti, terzietà ed indipendenza del giudice), ma il precetto, nel ribadire che «La giurisdizione si attua mediante la legge», guarda alla attuazione della «funzione» giurisdizionale delineando così i «limiti esterni» di questa e che tra i «motivi inerenti alla giurisdizione», di cui all'ultimo comma dell'art. 111, rientrano pure i principi del giusto processo. L'Autore va ancora oltre, richiedendo che il giusto processo riguardi altresì la *qualità* della giurisdizione, anche con riferimento ai parametri di giudizio che non possono essere quelli della *legge*, ma si devono estendere, con una interpretazione *evoluta* (in senso democratico) del principio di legalità, all'intera gamma, non solo delle norme positive (leggi e regolamenti), ma di tutti i criteri (es. economicità, efficacia, imparzialità) ed i principi (es. sussidiarietà, proporzionalità, considerazione delle realtà locali nei sistemi autonomistici) che devono informare l'attività amministrativa e che devono assurgere a parametri valutativi per il giudice amministrativo, che in ciò si distingue profondamente dal giudice ordinario chiamato a valutare interessi contrapposti a carattere *omogeneo*.

³⁰ I principi più rilevanti che devono caratterizzare il giusto processo ai sensi del secondo comma dell'art. 111 Cost., tra cui, l'instaurazione del contraddittorio, la terzietà del giudice e la parità delle parti, e quello contenuto nel sesto comma, l'obbligo di motivazione, non possono non riguardare anche il giudice amministrativo; e la pubblica amministrazione, quando riveste la qualità di parte, a tali principi deve soggiacere; principi che, peraltro, erano già conosciuti dall'ordinamento giuridico anche prima della novella costituzionale, come rileva I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2003, pag. 342, commentando la sentenza del Tar Puglia n. 842 del 2002 che «tranquillamente» ritiene che sia «ragionevole» concedere all'amministrazione la possibilità di inserirsi nell'assetto degli interessi oggetto di giudizio anche dopo la pronuncia giurisdizionale integrando successivamente la motivazione del provvedimento censurato, cfr. I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, cit. D'altra parte, più recentemente, lo stesso Consiglio di Stato si è attestato sulla medesima linea d'onda, così pronunciandosi: «E se è innegabile che il primo periodo del comma 2 di questa disposizione contempra il caso che "per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", è anche vero che il successivo periodo ammette la possibilità che "l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", con implicito riferimento ad atti, almeno astrattamente, diversi da quelli vincolati, e quindi, discrezionali. 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.» (Consiglio Stato, sez. V, 09 ottobre 2007), n. 5271. Ciò a riprova della difficoltà per il giudice amministrativo di abbandonare completamente il retaggio culturale che talvolta lo spinge a considerare l'amministrazione in una posizione sovraordinata e a ricercare anch'esso, tra quelli dedotti in giudizio, l'interesse pubblico (per «curarlo»?) onde statuirne la prevalenza.

soggettivo, tutela giurisdizionale da parte di un giudice. E se la legge individua tale giudice nel Consiglio di Stato, non residuano dubbi sul fatto che il Consiglio di Stato sia un *giudice* che attua la giurisdizione (analogamente a quanto fa il giudice ordinario) attraverso il *processo* - che è, concettualmente, *uno* e deve essere *giusto*³¹ - per perseguire l'*effettività* della giustizia, cioè per garantire a chi anela alla protezione degli interessi dedotti in giudizio (non importa se diritti o interessi) la *piena* tutela, vale a dire una tutela che sia reale e concreta, altrimenti l'effettività non significherebbe alcunché.

A parte la considerazione, che tuttavia resta più enfatica che di immediata utilità, secondo cui la Costituzione non sembra escludere l'idea che la giurisdizione possa anche essere unitaria (nel senso che, potenzialmente, potrebbe prevedersi un unico ordine giurisdizionale per tutte le situazioni giuridiche e/o abolire la figura dell'interesse legittimo come posizione distinta dall'interesse), ma la ricchezza del dettato giurisdizionale non sta in ciò, ma nella previsione, chiaramente esplicitata, che vuole la giurisdizione *unica* dal punto di vista qualitativo, a prescindere dall'ordine giurisdizionale impegnato³². Ciò che conta maggiormente è che tale assetto normativo introduce l'idea della pienezza della tutela giurisdizionale del giudice amministrativo, il che comporta che nei

³¹ Non può non rilevarsi, a tal proposito, come la costituzionalizzazione della giurisdizione amministrativa, e quindi l'estensione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. anche nei confronti del processo amministrativo, determina, come detto, l'affermarsi del principio della parità delle parti innanzi al giudice, conducendo ciò alla inevitabile considerazione che, nel processo, gli interessi pubblici e quelli privati stiano sullo stesso piano; da ciò consegue la pariordinazione (sostanziale e non solo formale) tra pubblico e privato che ha una ricaduta fondamentale nella "evoluzione del nostro ordinamento giuridico, come evoluzione della forma di Stato, verso una più complessa democrazia «post moderna», cfr., I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pagg. 28 - 29. Certamente l'art. 111 novellato offre una lettura più immediata dei principi che caratterizzano l'espressione del potere giurisdizionale, ma è comunque innegabile che tali principi erano già tutti contenuti e ricavabili dal complessivo tessuto costituzionale, cfr., M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pag. 104.

Per completezza, si aggiunge che uno dei principi dell'art. 111 Cost., che spesso si sottovaluta rispetto al processo amministrativo, ma che invece ha una sua rilevanza, specialmente nel vigore del nuovo Codice del processo amministrativo, che disciplina in modo più serrato (con notevoli preclusioni per la "controreplica") rispetto al passato la dialettica del contraddittorio, comprimendola, è anche quello della oralità, principio ricavabile dal contenuto della locuzione "*davanti a giudice...*", cfr. in argomento, S. CAMMARERI, *Il principio di oralità nel processo amministrativo*, in *Diritto e Formazione*, n. 4, 2011, pagg. 522 - 525.

³² Sul punto, fondamentali le riflessioni di A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit., pagg. 94 - 95, che, anche riprendendo il pensiero di I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, II, pagg. 1396 - 1397, precisa come "Il nostro ordinamento, tuttavia, presenta una giurisdizione al contempo plurima e unica. A fronte di una pluralità di giudici, infatti, gli articoli 24 e 111 della Costituzione attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, di diritti soggettivi e interessi legittimi. [...] L'unità della giurisdizione attiene quindi alle garanzie di imparzialità e indipendenza del giudice così come alla qualità stessa della funzione giurisdizionale ed al "modo" di rendere giustizia".

confronti della pubblica amministrazione debbano potersi esperire tutte le azioni che sono esperibili nei confronti dei privati. Tuttavia solo nel d.lgs. 104/2010 si afferma espressamente ciò che già era contenuto nella Costituzione del 1948³³.

La suddetta (peraltro piuttosto lampante) *linearità*³⁴ del sistema normativo costituzionale che avrebbe dovuto affrancare recisamente la giurisdizione amministrativa dalla *vischiosità* delle interpretazioni normative pre-costituzionali, anche politicamente orientate, sembra non riuscire nell'intento. Il giudice amministrativo permane nella sua condizione di "*giudice non giudice*"³⁵ ovvero un giudice del diritto oggettivo e non di posizioni giuridiche soggettive delle parti (private e pubbliche) valutate sullo stesso piano. La chiarezza dispositiva della Costituzione non impedisce il costante riaffiorare dell'*incertezza* sulla *qualità* del giudice amministrativo, idea che, come già detto, non è mai stata totalmente abbandonata dalla stessa giurisprudenza amministrativa.³⁶ Giurisdizione che sarebbe principalmente chiamata a curare l'interesse pubblico o, comunque, a giudicare gli interessi contrapposti, ma "parametrando" le proprie decisioni al "faro guida" dell'interesse generale, piuttosto che a

³³ Cfr., F.G. SCOCA, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Giappichelli, 2011, pag. 20.

³⁴ Tale linearità è, in verità, resa meno evidente dal sistema di norme costituito dall'art. 100 e dall'art. 103 della Carta costituzionale che inquadrano e disciplinano la funzione di giudice amministrativo affidandola al Consiglio di Stato. Senonché, questo viene individuato quale *giudice nell'amministrazione* offrendo così il destro a chi vuole che il giudice amministrativo sia "organo" di controllo dell'attività amministrativa, seppur nell'ambito (e in occasione) del processo. Tale interpretazione, tratta dalla lettera della norma, non è condivisibile e la sua *tendenziosità* può essere certamente "smascherata" se sol si opera un'interpretazione del dettato costituzionale di tipo sistematico-topografico: l'art. 100 Cost. non è rubricato sotto il Titolo IV dedicato alla Magistratura (ove vi è invece rubricato l'art. 103 che riguarda gli organi di giustizia amministrativa che vengono così attratti alla Magistratura, infatti), ma è collocato, insieme all'art. 99, alla Sezione III del Titolo III, che individua "gli organi ausiliari" della Pubblica Amministrazione (C.N.E.L., Corte dei Conti in funzione di controllo e Consiglio di Stato quale organo di consulenza giuridico-amministrativa e di *tutela della giustizia nell'amministrazione*. È evidente che la Costituzione abbia scisso le due funzioni del Consiglio di Stato, consultiva e giurisdizionale, allocandole su due diversi ambiti del suo corpo dispositivo e che la tutela della *giustizia* nell'amministrazione attenga, pertanto, alla funzione consultiva e non a quella giurisdizionale.

³⁵ L'espressione è di I.M. MARINO, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato*, in AA.VV., *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Padova 2001, pag. 165.

³⁶ C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit., pag. 85, riporta, a tal proposito, un passo della "emblematica" decisione del Consiglio di Stato del 2 marzo 1999, n. 222, laddove si legge che "non è compatibile con le esigenze del processo amministrativo, in cui si risolvono controversie strettamente connesse agli interessi pubblici, che vanno sempre perseguiti istituzionalmente dalle pubbliche amministrazioni", la regola contenuta nell'art. 345, secondo comma, del cod. proc. civ. (a tenore della quale nel giudizio d'appello non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili d'ufficio); ad avviso del collegio, invero, "anche quando si controverte sulla sussistenza o meno di diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non si discute di posizioni giuridiche di cui l'Amministrazione possa liberamente disporre, trattandosi di materia sottoposta ai principi espressi dall'art. 97 Cost.: ciò caratterizza in modo peculiare il processo amministrativo, rispetto a quello civile".

giudicare, con terzietà, attribuendo, con equidistanza, pari dignità alle ragioni in giudizio, solitamente quelle del privato ricorrente e quelle della P.A. resistente; e ciò a prescindere da dove *cada* l'interesse pubblico nel caso concreto e senza pensare che il giudice amministrativo abbia una "missione" di indirizzo rispetto all'attività amministrativa.

A tale incertezza contribuisce la circostanza, non superata dal punto di vista lessicale dalla Costituzione, della distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, e alla conseguente attribuzione al giudice amministrativo della tutela degli interessi legittimi. E questi, pur essendo situazioni giuridiche soggettive portate da privati, dovendosi confrontare con la pubblica amministrazione, *ingloberebbero* in sé necessariamente l'interesse pubblico, da ciò deriverebbe che il giudice chiamato a tutelare dette posizioni non potrebbe fare a meno di giudicare con il parametro dell'interesse pubblico, di giudicare secondo le dinamiche della *finalità* del procedimento amministrativo. E su questo equivoco che si innestano le difficoltà di definire con chiarezza il ruolo e i poteri del giudice amministrativo.

Il fatto che l'interesse legittimo sia una situazione giuridica soggettiva *distinta* dal diritto soggettivo, non può implicare una sua minore tutela³⁷.

Invero, la circostanza secondo cui la tutela dell'interesse legittimo non comporti sempre l'acquisizione del bene della vita ad esso sotteso (e quindi la sua strumentalità), non equivale ad affermare che la posizione giuridica di interesse non sia stata pienamente tutelata. E ciò non stride affatto con il precetto costituzionale di piena tutela dei diritti e degli interessi: la violazione di norme³⁸

³⁷ I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., ci ricorda che ciò che assurge a rilevanza costituzionale (per il cittadino) non è la "spartizione di poteri giurisdizionali", ma la "qualità (il corsivo è nostro) giurisdizionale della giustizia".

³⁸ Tra queste, non solo le norme di legge, in particolare quelle che regolano il procedimento (e in particolare il *giusto* procedimento: sulla necessità che anche il procedimento, oltre al processo, sia *giusto*, cfr., I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, cit. pagg. 349 - 352, con la importantissima avvertenza che però il procedimento e il processo, pur ambedue informandosi ai principi dell'art. 111 Cost., si prefiggono scopi completamente diversi: il perseguimento dell'interesse generale, il primo; la protezione della posizione giuridica soggettiva il secondo) e i precetti costituzionali, ma anche dai criteri di economicità ed efficacia che devono informare l'attività amministrativa e i principi generali (per lo più di derivazione comunitaria). Insomma, il rispetto del principio di legalità secondo la sua concezione più evoluta in senso democratico di cui ci parla I.M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Quattrosoli, 2007, pagg. 73 - 79. Su tale assetto si articola il rapporto tra amministrati e amministratori e il giudice amministrativo non può non conoscere delle modalità concrete attraverso cui il rapporto si dispiega nel caso concreto per individuarne i vizi, di forma e di sostanza, ecco perché il giudizio

cui la pubblica amministrazione è tenuta a conformarsi, non sempre conduce all'attribuzione del bene *finale*, ma ciò non toglie che tale lesione debba essere ripristinata per evitare che essa, in via *mediata*, cagioni un danno all'interessato e se un danno lo cagiona, tale danno deve essere risarcito³⁹, *indipendentemente* dalla natura pretensiva o oppositiva degli interessi che si assumono lesi⁴⁰.

Dalle superiori considerazioni deve discendere che l'interesse legittimo non è una situazione che riceve una tutela più *debole* dal punto di vista giurisdizionale. Ma, eventualmente, riceve una tutela *diversa*, nel senso che essa si atteggia differentemente in relazione alla specifica violazione delle "norme di azione" (omnicomprensivamente considerate: leggi, regolamenti, principi generali, etc.)⁴¹ che regolano l'attività amministrativa. Per meglio dire, non tutte le violazioni conducono ad una immediata lesione del bene della vita dell'interessato, ben potendo però, tali violazioni, impedire il successivo conseguimento dell'interesse sostanziale sottostante. Pertanto, se la norma violata dalla pubblica amministrazione è intesa a proteggere immediatamente il bene della vita, la tutela giurisdizionale dovrà, per essere effettiva, consegnare tale bene della vita. Diversamente, quando la norma violata non determina immediatamente la perdita dell'interesse sostanziale sottostante in capo al privato, l'adito giudice amministrativo non potrà assegnare l'utilità finale

"sull'atto" (e non anche "sul rapporto") è del tutto insufficiente per approntare la tutela giurisdizionale innanzi alla pubblica amministrazione. Da questo punto di vista, di fondamentale rilievo diviene la motivazione del provvedimento e su tale profilo rimandiamo a I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, cit., pagg. 338 - 367.

³⁹ La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 marzo 1999, n. 500 apre lo scenario della risarcibilità degli interessi legittimi, lo fa attraverso la tecnica della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. (quindi non applica i criteri di matrice contrattuale teorizzati da Castronovo) e opera dei (forse discutibili) distinguo tra interessi pretensivi ed interessi oppositivi, ma ciò che conta è che, definitivamente, la pronuncia segna il superamento di un *tabù* che rivoluzionerà la storia successiva della giustizia amministrativa.

⁴⁰ Cfr., a tal proposito, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pagg. 649 ss., e la teoria dello studioso nota come "obbligazione senza obbligo di prestazione".

⁴¹ A tal proposito, A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit. pag. 66 - 67, rammenta come "Il catalogo dei principi dell'azione amministrativa, peraltro, non possiede una matrice esclusivamente legislativa"; allorché essa deve conformarsi anche ai principi elaborati dalla giurisprudenza, con particolare riferimento a quelli "dell'ordinamento comunitario, che sono stati forgiati dal giudice del Lussemburgo e che sono progressivamente penetrati nel nostro ordinamento attraverso i processi di *cross fertilisation* ... e recepiti dal legislatore quali criteri che reggono l'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 1, 1° comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15)".

(concreta) al ricorrente, ma dovrà garantire il ripristino della legittimità amministrativa⁴².

Se da questo quadro discende la costituzionalizzazione della effettività della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti illegittimi (o meglio nei confronti della illegittimità che ha interessato il rapporto cittadino - pubblica amministrazione nel caso concreto), ne deve discendere necessariamente anche la costituzionalizzazione della tutela cautelare, la quale, in molti casi, è l'unico strumento attraverso il quale è concretamente possibile garantire l'effettività della giustizia.

Pertanto, la limitazione del rimedio cautelare non è conforme al dettato costituzionale in quanto essa è funzionale alla tutela di merito.

Tuttavia tale consapevolezza, anche da parte del legislatore, è maturata solo dopo molti anni e grazie all'opera di elaborazione della giurisprudenza. È stata la Corte costituzionale che, in particolare, ha dovuto rilevare come sussistessero illegittime "strozzature" nella espansione di istituti processuali, tra i quali preminentemente la tutela cautelare, nell'ambito del processo amministrativo e ne ha denunciato man mano l'incostituzionalità, come appresso più diffusamente.

3. Dalla tutela sospensiva alla tutela atipica e propulsiva, passando per la Costituzione repubblicana.

L'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo in sede di giudizio generale di legittimità assume un significato particolarmente profondo perché la sua trasformazione coincide con la modificazione graduale dei rapporti

⁴² Sul punto si vedano le considerazioni di C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit. pagg. 121 - 122. Peraltro, non dovrebbe essere un *tabù*, e si inserisce sulla stessa linea d'onda del discorso in parola, la configurazione di situazioni di irregolarità dell'atto che non siano invalidanti dello stesso, e che possano essere rilevate dal giudice senza che ciò conduca necessariamente all'annullamento dell'atto. Si pensi alla violazione dell'art. 3 comma 4 della l. 241/90 che prevede che il provvedimento finale di un procedimento amministrativo debba contenere l'indicazione dell'autorità e del termine di impugnazione dell'atto stesso. Il giudice amministrativo rileverà tale vizio-irregolarità dell'atto rimettendo, se occorre, il ricorrente nei termini per proporre ricorso, ma non sanzionerà l'atto con l'annullamento al solo cospetto di detto vizio.

tra amministrazione e amministrati⁴³, e quindi coincide con (o/e promuove) un mutamento della forma dello Stato.

Agli albori della giustizia amministrativa, inaugurata dal *corpus* normativo delle leggi del 1865 e del 1889, che doveva rappresentare l'attuarsi del modello liberale di Stato, era certamente garantita la libertà, ma "prima di tutto della stessa amministrazione, tramite la sottrazione degli atti della medesima al sindacato del giudice ordinario. Il giudizio così configurato è, dunque, un giudizio impugnatorio avverso un atto il quale conferma, in quanto manifestazione della libertà della amministrazione, la propria piena efficacia."⁴⁴

Si tratta quindi di un sistema che si struttura per garantire l'Autorità e la sua "libertà" di agire, più che garantire il cittadino⁴⁵.

Il paradigma così definito, quindi, vede una pubblica amministrazione certamente sovraordinata ai cittadini, i cui atti, attraverso il minor peso in termini di giustiziabilità conferito all'interesse legittimo (di cui si è già detto in precedenza), sono sottratti al sindacato del giudice ordinario ed, eventualmente, sono soggetti alla giurisdizione amministrativa di legittimità del Consiglio di Stato con la sola azione costitutiva di annullamento dell'atto impugnato, l'unica ammissibile contro la pubblica amministrazione per tantissimi anni.

Ovviamente, ciò lasciava prive di effettiva tutela la gran parte delle situazioni soggettive coinvolte e danneggiate dall'azione della pubblica amministrazione. Ciò, forse, non appariva particolarmente "scandaloso" nel sistema originario di stampo eminentemente "liberale" - in cui l'Autorità ingeriva nella sfera del privato generalmente solo per "sottrarre" (procedimenti ablatori o divieti alle libertà per motivi di interesse generale), più che per "concedere" o autorizzare - sistema nel quale l'inammissibilità della tutela di tipo pretensivo (ordinare un

⁴³ Cfr., M. CLARICH, M. ROSSI SANCHINI, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di M. ROSSI SANCHINI), Giuffrè, 2006, pagg. 14-15.

⁴⁴ Così, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 7.

⁴⁵ Riprendendo le considerazioni di Feliciano Benvenuti contenute nel saggio *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 1, ricorda come il saggio muova dal presupposto che la legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E abolitiva del contenzioso amministrativo che pone l'accento, più che sulle "guarentigie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione", sulle "guarentigie dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario", cioè sulla riaffermazione della indipendenza dell'amministrazione di fronte al giudice ordinario, in applicazione rigida del principio di separazione dei poteri".

facere all'amministrazione) risultava meno urgente⁴⁶. Lo Stato doveva solo garantire l'unità dell'ordinamento attraverso l'applicazione (rigida) della legge, quindi attraverso l'adozione di atti amministrativi (ma allora si parlava solo di Autorità e non di amministrazione) che solo nella legge (principio di legalità estremamente formalistico) trovavano un limite. Il giudice amministrativo, in questo sistema, era chiamato ad applicare pedissequamente la legge statale e, di fatto, ad "orientare" le proprie decisioni avendo più di un occhio di riguardo alla cura dell'interesse generale (vedi *supra* cap. I., § 1).

Conseguentemente, poiché la tutela cautelare, in base al principio di strumentalità, non poteva andare oltre rispetto a ciò che era dato di fare alla decisione di merito (meramente annullatoria), il giudice poteva solo disporre la sospensione dell'atto oggetto di impugnazione, come d'altra parte prevedeva chiaramente la legge vigente (non solo quella vigente all'epoca della istituzione della IV sezione, l'art. 12 della legge 31 marzo 1889, n. 5992 e l'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, ma anche quella vigente dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, quindi l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, che, fino alla sua modifica ad opera della legge n. 205/2000 con l'introduzione della tutela atipica, prevedeva ancora la sola sospensione dell'atto come misura di tutela interinale)⁴⁷.

Il dogma della sospensione dell'atto come unica misura cautelare prevista dalla legge ha attraversato indenne, dunque, non solo il passaggio dallo Stato liberale allo Stato "sociale" o "amministrativo" che dir si voglia (ivi incluso il periodo fascista dove il peso statale era "schiacciante"), ma anche il periodo repubblicano successivo all'entrata in vigore della Costituzione e le riforme degli anni 60, 70 e 90. E solo nel 2000 ha conosciuto il suo epilogo.

Tale modello, se normativamente resta immutato, fino alla fine del XX Secolo, iniziava però a mostrare i primi cedimenti all'inizio di secolo scorso, a seguito

⁴⁶ Sul punto, A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., pagg. 46 - 27, "L'ideologia liberale, infatti, attribuisce rilievo prioritario, nel suo nucleo essenziale, alla capacità di iniziativa dei singoli, ai quali lo Stato deve garantire la più ampia possibilità di agire".

⁴⁷ Ad avviso di S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, pagg. 2492 - 2493, "la scelta «confermativa» compiuta nel 1971 costituisce il frutto di un giudizio di comparazione tra valori costituzionali che ha condotto a ritenere il principio di separazione dei poteri, inteso peraltro in un'accezione assai rigida, maggiormente meritevole di protezione rispetto a quello dell'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale".

dell'avvio di un processo di *amministrativizzazione* della società⁴⁸. Infatti, con una sempre maggiore sottoposizione delle attività private a regimi di tipo autorizzatorio⁴⁹, si rendeva sempre più pregnante l'intervento giustiziale inteso, non solo ad annullare l'atto amministrativo illegittimo, ma anche ad attribuire positivamente l'interesse preteso finalizzato all'accrescimento della sfera giuridica soggettiva e quindi si dimostrava insufficiente l'erogazione della sola tutela annullatoria⁵⁰.

A questo punto il giudice deve guardare ai *processi* attraverso i quali la pubblica amministrazione giunge alle sue determinazioni, deve valutare la discrezionalità dell'agire amministrativo, non solo la sua legalità formale, appurando se la prima non esorbiti i suoi limiti esterni.

E sarà proprio il Consiglio di Stato ad avviare una stagione in cui la giurisprudenza amministrativa, ma anche quella della Cassazione e della Corte costituzionale, accompagnerà, non in assenza di resistenze interne allo stesso Consiglio di Stato, profondi cambiamenti nella struttura della giustizia amministrativa e segnatamente della tutela cautelare, che corrispondono poi (e si influenzeranno vicendevolmente) ai cambiamenti nel diritto amministrativo *tout court*, che viene rielaborato non solo nei suoi aspetti processuali, ma, soprattutto, in quelli sostanziali, con una vera e propria rivoluzione che vedrà confrontarsi sullo stesso piano pubblica amministrazione e cittadino come due soggetti paritetici i cui interessi, per principio, hanno il medesimo valore. Ad essere indagato dal giudice amministrativo non sarà solo più l'atto, bensì il rapporto e, ove occorrerà, il giudice disporrà di misure interinali "potenziate" dal fatto di generare anche un effetto conformativo del riesercizio del potere a seguito del provvedimento del giudice. Non tutti i provvedimenti hanno tale "forza"

⁴⁸ A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., pag. 52 - 54, ricollega la crisi dello Stato liberale con la "nascita delle organizzazioni sindacali e partitiche, progressiva industrializzazione, urbanesimo, estensione dei diritti politici. Lo Stato interviene nell'economia diventando imprenditore e al contempo estendendo i servizi pubblici. L'istituzione di aziende autonome ed enti pubblici economici costituiscono la spia di una progressiva crescita dell'apparato amministrativo nonché di una prima incrinatura dell'unità e semplicità del modello organizzativo liberale. Questo "decollo amministrativo" mette in discussione il primato liberale dell'Amministrazione [...] L'evoluzione degli equilibri tra legislazione e Amministrazione, tuttavia, resta ancorata all'organizzazione accentrata plasmata dalla legge statale, con un'amministrazione che si presenta come autorità, ammantata dai tratti della unilateralità e del segreto. [...] L'espansione dell'amministrazione pubblica raggiunge il suo apice con il regime fascista".

⁴⁹ Cfr., A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., *ibidem* e pag. 2494.

⁵⁰ Cfr., M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pagg. 23 - 24.

ulteriore, dipende dalla natura del potere da esercitare (se vincolato o meno), ma, in ogni caso, la pubblica amministrazione non può prescindere completamente dai comportamenti ritenuti quelli legittimi dal giudice e necessari perché non si verifichi un danno grave ed irreparabile. Tali elaborazioni giurisprudenziali saranno così prorompenti da rendere la legge 205/2000 sul processo, una sorta di “ratifica” di ciò che già era piuttosto pacifico per il giudice amministrativo già prima dell’entrata in vigore di questa importante legge di riforma.

4. Brevi cenni sulla “giurisprudenza creativa” del Consiglio di Stato.

Invero, è l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ad aprire la stagione della sempre maggiore rilevanza della tutela cautelare come espressione della pienezza della giurisdizione con la sentenza n. 1 del 20 gennaio 1978 in cui si afferma la “natura decisoria” delle ordinanze cautelari e quindi con la necessità che esse siano sottoposte al doppio grado di giudizio al pari delle decisioni di merito. Principio qualche anno dopo ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza 1 febbraio 1982, n. 8.

Nello stesso 1978 ancora l’A.P., con la pronuncia n. 1 del 20 gennaio, afferma l’autonomia del processo cautelare rispetto al processo di impugnazione e quindi l’ininfluenza del primo sull’esito del secondo⁵¹.

Ma è nel 1982, con l’ordinanza n. 17 del 8 ottobre che il Consiglio di Stato “rompe” il *tabù* della mera sospensione dell’atto ed ammette che possano essere “sospesi” anche gli atti negativi, statuendo che “l’intervento cautelare del giudice amministrativo con pronunce diverse dalla tradizionale sospensione dell’esecuzione dell’atto impugnato” e ammettendo “misure cautelari che consentano di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione della controversia”⁵².

⁵¹ Ricostruzione giurisprudenziale tratta da E. FOLLIERI, *Codice delle fonti giurisprudenziali - Il giudizio cautelare amministrativo*, Maggioli Editore, 1992, pagg. 29 - 30.

⁵² Così, R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2010, pag. 46. Lo stesso A. (*ibidem*, sub nota n. 24) richiama l’attenzione sull’altra fondamentale ordinanza dell’Adunanza Plenaria del

Questo *excursus* si completa con l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 30 marzo 2000, n. 1 in cui si afferma che "l'art. 21, u.c., della legge T.A.R. va interpretato nel senso che esso costituisce la fonte normativa del generale potere cautelare del giudice amministrativo, esercitabile in relazione a qualsiasi controversia devoluta alla sua giurisdizione"⁵³. Giungendo così, anche grazie all'avallo della Corte costituzionale (di cui si dirà nel prossimo paragrafo), a far conquistare al processo amministrativo la capacità di piena giustiziabilità degli interessi e dei diritti sottoposti al suo vaglio anche attraverso la fondamentale tutela interinale che può adesso articolarsi nelle forme necessarie perché renda effettiva la richiesta di giustizia.

5. Il ruolo della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Nonostante fosse certo che la Costituzione, riconoscendo garanzia di effettività alla giurisdizione nel suo complesso, avesse abbracciato anche i rimedi cautelari, la giurisprudenza amministrativa ha stentato a distaccarsi dal modello instaurato con la riforma del 1889.

È necessario attendere il 1974 per vedere il primo importante passo del lungo processo espansivo della tutela cautelare.

Con la sentenza n. 284 di quell'anno, venne dichiarato incostituzionale - per violazione degli articoli 3, 24 e 113 - l'art. 13, il comma 4° della legge 22 ottobre 1971, n. 865, in materia edilizia, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di sospendere i provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione, tranne che non emerga un grave ed evidente errore nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari.

Consiglio di Stato, la n. 14 del 1° giugno 1983, dove si afferma che «quando gli effetti caducatori della sospensione non siano sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, l'effettività della tutela interinale può essere realizzata anche mediante strumenti diversi e ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti formali dell'atto impugnato. Tra questi strumenti risalta in primo luogo la possibilità d'imporre all'amministrazione la tenuta di certi comportamenti considerati necessari per la realizzazione della tutela giurisdizionale».

⁵³ Inciso evidenziato da C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 139.

La Corte giunge alla pronuncia senza neanche bisogno di “passare” dal principio di effettività della tutela, ma semplicemente affermando la “inerenza del potere di protezione interinale rispetto alla giurisdizione amministrativa di annullamento, giungendo a dichiarare illegittima la limitazione contemplata dall’art. 13, in quanto irragionevole e discriminatoria rispetto alla regola generale volta a consentire il pieno esercizio del potere interinale”⁵⁴.

La progressione in senso espansivo vede un’altra tappa nella sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 1982 con la quale si afferma la illegittimità costituzionale della norma censurata, l’art. 5 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, per contrasto con l’art. 125 Cost., laddove non prevede l’appellabilità delle ordinanze cautelari rese in materia di opere pubbliche e impianti industriali.

Nella decisione in parola la Consulta, nel ribadire la propria costante giurisprudenza circa che la non costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giudizio, precisa però che ciò non vale per la giurisdizione amministrativa, in guisa 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”*. La Corte ritiene che il trattamento differenziato previsto dall’art. 125 si spieghi con la circostanza che nei giudizi amministrativi è in ballo l’interesse pubblico e ed è perciò necessario approntare un più stringente percorso valutativo della decisione del giudice di primo grado mediante il loro riesame da parte del vertice del sistema di giustizia amministrativa, ovvero dal Consiglio di Stato. A questo punto la Corte non vede la ragione per cui al processo di merito e alla suo “doppio grado” non debba inferire il processo incidentale cautelare 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*

⁵⁴ La ricostruzione è di R. GAROFALI, M. PROTTO, *Tutela cautelare monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2002, pag. 21. Gli A. evidenziano anche come, in effetti, il giudice costituzionale non escluda affatto la possibilità che la tutela cautelare sia limitata o esclusa rispetto a certe categorie di atti o vizi, ma, in tal caso, richieda che la legge che opera tali preclusioni sia ragionevolmente giustificata. Da ciò si denota come ancora lo stesso Giudice delle leggi usi una certa prudenza nei confronti della piena espansione del rimedio interinale.

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". Senonché, la Corte, nel capoverso successivo, 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"*.

Questo passaggio denota chiaramente come il *mainstream* culturale circa la rilevante preminenza dell'interesse pubblico nella dialettica processuale sia ancora imperante persino presso la Corte costituzionale e fino ad epoche molto recenti, depotenziando la natura del processo amministrativo come processo *di parti* tra loro equiordinate che contrappongono in giudizio interessi, quello pubblico e quello privato, di pari "peso specifico".

E d'altra parte, nello stesso anno, la Consulta esclude esplicitamente⁵⁵, con la sentenza n. 63 del 1982, la rilevanza costituzionale della tutela cautelare, in riferimento, nel caso di specie, al processo tributario, sostenendo *"che la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria [...] La mancanza di previsione della misura cautelare non importa, contrariamente a quanto ritengono i giudici a quibus, mancanza di effettività della tutela cautelare [...] Deve pertanto*

⁵⁵ Il processualcivile A. PROTO PISANI, *Due note in tema di tutela cautelare*, in *Foro It.*, 1983, V-12, pagg. 155 - 157, definì "sconcertanti le affermazioni contenute nella recente decisione n. 63 del 1° aprile 1982 della Corte cost.", essendo convinto l'A. della "inidoneità della misura cautelare della sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo ex art. 21 l. 1034/71 a neutralizzare il *periculum in mora* denunciato dal ricorrente [...] la tutela cautelare si manifesta come una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale". L'A. valorizza nello scritto citato l'esperienza del g.o. in tema di tutela cautelare, esperienza che ha consentito "l'emersione di tutta una serie di problemi propri della tutela cautelare che l'asfittica esperienza della sospensione dell'atto amministrativo aveva a dir poco relegato sullo sfondo"; ed invoca un intervento della Corte costituzionale perché, nell'occasione della rimessione di varie questioni di legittimità costituzionale sul punto sollevate da diversi Tar, dichiarò incostituzionale "l'art. 21 l. 1034/71 nella parte in cui limita la tutela cautelare nel processo amministrativo, trovi il coraggio per prendere spunto anche dalla prassi giurisprudenziale in atto per emanare una sentenza interpretativa di accoglimento - seguendo una indicazione contenuta anche nella sentenza n. 1484/81 delle sezioni unite - affermi che nel processo amministrativo la tutela cautelare deve avere latitudine analoga a quella prevista dall'art. 700 con riferimento al processo civile". Il richiamo ci sembra importante perché ci fa comprendere quale fosse "la brace che ardeva sotto la cenere" di una normativa ancora legata alle origini della tutela cautelare, ovvero alla mera sospensione, ma che non corrispondeva alle istanze di riforma della tutela cautelare provenienti, non solo dalla stessa giurisprudenza amministrativa, ma anche da quella civile e dalla dottrina.

escludersi che la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 24 e 113 Cost. includa necessariamente il suindicato potere di sospensione”.

Un mutamento radicale, se si vuole quasi un *salto quantistico* nell’atteggiamento prudente della Corte costituzionale fino a quel punto tenuto, si registra con la sentenza 28 giugno 1985, n. 190, con la quale la Corte dichiara illegittimo per contrasto con gli artt. 3, 1° comma, e 113, l’art. 21, ultimo comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, limitando l’intervento cautelare del giudice amministrativo alla sola sospensione dell’atto impugnato, non gli consente di adottare - in materia di pubblico impiego, sottoposta alla sua giurisdizione esclusiva⁵⁶, quando sono controversi interessi patrimoniali - tutti i provvedimenti urgenti più idonei, secondo le circostanze, ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

La sentenza, nonostante la sua “settorialità”⁵⁷ - nel caso concreto era in ballo la questione della parificazione di trattamento tra dipendenti pubblici e dipendenti privati - manifesta una notevolissima portata innovatrice⁵⁸.

Infatti, la Corte, cogliendo l’occasione del caso sottopostole dal giudice *a quo*, apre a considerazioni generali, rinviando espressamente al riferimento normativo processualcivilistico dell’art. 700 c.p.c. quale parametro⁵⁹ cui anche il

⁵⁶ La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego è introdotta dal R.D. 30 dicembre 1923 n. 2840.

⁵⁷ La sentenza riguarda le controversie patrimoniali in tema di pubblico impiego, materia sottoposta, allora, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La disparità col settore dell’impiego privato constava nella circostanza che il processo amministrativo non era dotato di uno strumento analogo all’art. 700 c.p.c., che consente al giudice ordinario di spiccare qualunque tipo di provvedimento interinale d’urgenza inteso a garantire l’integrità del bene domandato fino alla decisione di merito, in particolare, nel caso in parola, un’assegnazione provvisoria di somme. Tuttavia, pur la sentenza vertendo in materia attratta alla giurisdizione esclusiva, egualmente essa ha avuto una forte funzione propulsiva rispetto all’apertura verso la atipicità delle misure cautelari che ha riguardato anche i giudizi generali di legittimità.

⁵⁸ *Contra*, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pagg. 74 - 76, il quale, non condivide l’idea secondo cui la tutela cautelare nel processo amministrativo garantisca l’effettività della tutela giurisdizionale, ciò in considerazione della diversità delle caratteristiche tra il processo civile e quello amministrativo, ritenendo che solo nel primo la tutela cautelare sia “garanzia di effettività del processo principale”, in quanto assicura l’utilità del bene finale. Mentre nel processo amministrativo, “la pronuncia di annullamento nulla statuirà in ordine alla spettanza del bene oggetto delle pretese del ricorrente”.

⁵⁹ Cfr., A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro It.*, 1985, pag. 2498. L’A. precisa tuttavia che la norma invocata non appare lo “strumento più appropriato, mediante la cui utilizzazione il giudice della cautela possa raggiungere pure nel processo amministrativo tutti quei brillanti risultati che gli sono stati consentiti nel processo civile. Perché essa, appunto, pare troppo marcatamente civilprocessualistica. Ogni processo, e soprattutto proprio il processo amministrativo, ha esigenze specifiche, ha strutture e istituti particolari mediante i quali cerca di soddisfarle; meglio: ha una propria storia, e, quindi, si vorrebbe aggiungere, una propria cultura”. Tale constatazione deriva dalla profonda convinzione dell’A. circa il fatto che il giudice amministrativo, quando agisce in via cautelare con provvedimenti di tipo *conformativo* (e quindi non meramente sospensivo), in sostanza, si “sostituisce”

giudice amministrativo deve rifarsi per soddisfare la piena esigenza di tutela cautelare, poiché l'art. 700 "si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, primo comma, e, in subiecta materia, dall'art. 113 Cost."

Peraltro, in relazione al caso specifico, il rinvio all'art. 700, in quanto parametro dell'ampiezza con cui dovrebbe essere interpretato l'art. 21 della l. 1034/1971 per essere costituzionalmente conforme, attribuisce al giudice amministrativo un potere ancor più ampio di quello parallelamente affidato al giudice del lavoro in applicazione dell'art. 423 c.p.c., che vede quest'ultimo attribuire in via cautelare

all'amministrazione attiva, A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, cit., *passim*, nell'operare il corretto assetto di interessi che avrebbe dovuto essere posto in essere dalla stessa amministrazione, la quale invece ha agito in modo illegittimo, con eccesso di potere, specificamente, esponendosi alla censura del giudice. Tale dinamica è molto più confacente al giudice amministrativo che non a quello civile, in quanto il primo "è partecipe dell'amministrazione come istituzione e dei suoi fini più elevati"... "La tutela cautelare amministrativa, dunque, come un caso, sia pure non legislativamente definito tale, di giurisdizione amministrativa estesa al merito" A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, pagg. 2499 - 2500.

La posizione è certamente suggestiva, sol che però la si maneggi con la dovuta cautela: non bisogna dimenticare che nel processo la tutela che il giudice deve erogare è la tutela della parte che chiede giustizia e non è la sede per la cura dell'interesse pubblico. Se si assume il presupposto dell'A. in modo indiscriminato, il rischio di pericolosi "scivolamenti" del giudice amministrativo nella selezione dell'assetto degli interessi cui la pubblica amministrazione deve conformarsi con la misura cautelare in modo a ciò che egli ritiene più conforme all'interesse generale, è più che solo paventato, ma è assolutamente concreto. A maggior ragione allorché l'A. abbraccia la convinzione che il giudice amministrativo sia parte dell'amministrazione, anche se se ne distingue profondamente per funzione. Inoltre, non sembra condivisibile ritenere che l'esplicazione della potestà cautelare nel processo amministrativo corrisponda ad un caso di "giurisdizione estesa al merito". Invero, la misura cautelare conosce il limite della strumentalità rispetto all'acquisizione della integrità della situazione di vantaggio, la giurisdizione estesa al merito, tipicamente quella dell'ottemperanza, invece, è finalizzata all'acquisizione definitiva del bene.

Altro è invece, se la visione prospettata dall'autore si interpreti nel senso che il giudice amministrativo non deve "temere" di ordinare alla pubblica amministrazione la messa in atto di ogni necessario comportamento inteso a garantire l'integrità della pretesa del ricorrente, ove sussista in *fumus* e il *periculum*. Ove occorra, se dall'esecuzione della misura cautelare potrebbe addivenirne un pregiudizio all'amministrazione procedente e/o al controinteressato, anche chiedendo alla parte ricorrente la prestazione di una cauzione, istituto che appare valido e oggi, con l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, estesamente utilizzato.

Le considerazioni sulla tutela cautelare come giurisdizione estesa al merito, hanno però un loro diverso rilievo se si guardano da una diversa angolazione, vale a dire, quella della eventuale necessità di dare esecuzione alla misura cautelare (specialmente quella atipica) qualora l'amministrazione destinataria di essa non vi si adoperi spontaneamente. Si pone a questo punto il problema della esecuzione delle misure cautelari. Da questo punto di vista, vedere il *dictum* cautelare come un provvedimento "di ottemperanza", strutturalmente simile a quello emesso a seguito dell'apposito giudizio, appunto, dal giudice dell'ottemperanza (giurisdizione, questa sì, sicuramente estesa al merito), conduce a ritenere che, in fase cautelare, l'eventuale inerzia amministrativa può essere contrastata con la richiesta di nomina (al giudice dell'ottemperanza) di un commissario *ad acta*, senza che occorra il previo passaggio dal giudizio di ottemperanza (come accade a seguito di un provvedimento che definisce il giudizio "nel merito"), considerato che l'ordinanza cautelare propulsiva è il presupposto stesso della richiesta commissariale. In tal senso, il giudice della cautela espressamente "entra nel merito" di ciò che l'amministrazione deve fare per garantire la *re adhuc integra*, ma non per curare, in luogo dell'amministrazione attiva, l'interesse pubblico. Da questo punto di vista risulta rilevante l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria, n. 14 del 1 giugno 1983, in E. FOLLIERI, *Codice delle fonti giurisprudenziali*, cit., pag. 129, che ha affermato come "il potere esercitabile dal giudice della cautela deve essere di natura identica a quella del potere spettante al giudice del merito".

Più in generale, le considerazioni appena formulate, attinenti comunque tutte alla "struttura" del giudizio cautelare, sono strettamente connesse con la questione dei "poteri" (qualità ed ampiezza) di cui è dotato il giudice amministrativo nella fase cautelare, argomento che sarà ripreso nel prosieguo del presente lavoro.

la provvisoria sulle somme di cui il giudice ritenga accertato il diritto e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. Mentre al giudice amministrativo è sufficiente delibere la non manifesta infondatezza della richiesta e il danno grave ed irreparabile. E ciò perché, per il giudice ordinario, l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. ha una funzione residuale in assenza di diversa disciplina positiva applicabile al caso concreto. Per il giudice amministrativo, invece, l'atipicità della misura interinale, in assenza di specifiche disposizioni tipiche, diventa la *norma* dell'esercizio del suo potere cautelare innominato. Anche da questo punto di vista, si manifesta la profonda differenza strutturale della funzione cautelare tra le due giurisdizioni.

Ma vi è un'ulteriore conseguenza del rinvio all'art. 700 nella sentenza in commento che non sempre viene colta. Il rimedio processualciviltistico è esperibile *ante causam*, quindi ancor prima di introdurre il ricorso di merito, e se "dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito", se ne ricava che la Corte costituzionale non pone limiti alla importazione dello strumento di cui all'art. 700 anche nell'ambito del giudizio amministrativo, aprendo (o comunque non precludendo) così potenzialmente il varco per l'ingresso della tutela cautelare *ante causam* innanzi al giudice amministrativo⁶⁰.

Nell'ambito della dottrina che si è interessata al ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'opera di edificazione della tutela cautelare nel processo amministrativo, vi è chi, attentamente,⁶¹ ha preso in esame anche la sentenza n. 253 del 1994, la quale scaturisce, invero, da una questione sollevata dal giudice ordinario e attiene all'art. 669-terdecies c.p.c. (in materia di reclamo avverso le ordinanze cautelari). In tale occasione, comunque, la Corte si ferma sulla necessità che anche in sede cautelare siano acquisiti i principi e i requisiti minimi

⁶⁰ In argomento, si veda L. MONTESANO, *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva «civilizzate» dalla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 12, n. spec., pagg. 22 e ss.

⁶¹ Il riferimento è a C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit., pagg. 135 - 136.

delle garanzie processuali, con particolare riferimento agli “artt. 3 e 24 della Costituzione, in tema di contraddittorio di, obbligo di motivazione e di posizione delle parti nell’esercizio dei rispettivi diritti”.

La sentenza è di estrema importanza laddove sancisce la necessità che la fase cautelare sia ammantata dalle garanzie offerte per il processo merito, perlomeno quelle minime: motivazione, contraddittorio, parità tra le parti. Il richiamo dovrebbe tornare utilissimo tutte le volte in cui il processo cautelare amministrativo ha dimostrato (e a volte dimostra ancora) di difettare, almeno in parte, di tali garanzie. La qualità *giurisdizionale* della tutela cautelare, considerato che questa assume una notevole preponderanza nel panorama della giustizia amministrativa, è un tema centrale che va tenuto presente anche quando la tutela d’urgenza si esprime nei suoi modi più estremi, come nel caso di quella *ante causam*.

Ulteriore pronuncia della Corte costituzionale che, pur non avendo ad oggetto la costituzionalizzazione della tutela cautelare, a sommessimo parere di chi scrive, ha ricadute anche nella tutela cautelare, è la sentenza n. 146 del 1987⁶². La quale riguarda l’estensione dello strumentario istruttorio di cui disponeva allora il giudice amministrativo, nella vigenza della l. 1034/1971, che si limitava a “schiarimenti”, “documenti”, “verificazioni”. E che invece non poteva ritenersi esteso ai mezzi di prova previsti dagli artt. 421, 422, 424 e 425 c.p.c., come novellati dalla l. 53/1973.

L’intervento additivo, ancora una volta riguardante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego (la giurisdizione esclusiva è stato un “motore” che ha impresso una formidabile spinta alla qualità della giurisdizione amministrativa, anche a quella di legittimità)⁶³, si fondava

⁶² È la stessa Corte a rilevare come la presente sentenza segua “la via segnata con la sent. 28 giugno 1985, n. 190, dichiarativa dell’incostituzionalità dell’art. 21, ultimo comma, della legge n. 1034/1971 nella parte in cui, limitando l’intervento d’urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell’esecutività dell’atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti urgenti 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”. Il testo della sentenza è tratto da www.giurcost.org.

⁶³ Scrive I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pag. 28, “Se il giudice amministrativo è espressione della giurisdizione, il principio costituzionalizzato della parità delle parti ha deciso nel senso che il giudice amministrativo deve rendere giustizia considerando sullo stesso piano gli interessi pubblici e quelli privati; e la giurisdizione esclusiva ne è diventato il principale strumento”.

sulla violazione da parte degli “*artt. 44, primo comma, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato) e 26 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), e 7 primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali) nei limiti*” in cui richiama le suddette disposizioni del c.p.c., “*degli artt. 3 e 24, primo e secondo comma, della Costituzione perché è contrario vuoi alla direttiva di razionalità vuoi, e soprattutto, alla tutela dell'azione in giudizio e alla garanzia del diritto di difesa la limitazione della ricerca della verità nelle controversie de quibus ai mezzi istruttori descritti nell'art. 44, primo comma, del r.d. n. 1054/1924 e 26, primo comma, del r.d. n. 642/1907*”.

La sentenza apre chiaramente la strada all'allargamento dell'utilizzo da parte del giudice amministrativo - nella materia di cui si dice, ma la capacità espansiva della pronuncia rispetto ad altri segmenti della competenza giurisdizionale amministrativa è innegabile - della consulenza tecnica d'ufficio, della comparizione personale delle parti, della prova testimoniale. Si tratta di una sentenza che valorizza le potenzialità probatorie del privato precedentemente “comprese” dalla circostanza che, in genere, in tali categorie di controversie (ma anche in generale nei contenziosi tra P.A. e privati), il materiale probatorio si concentra soprattutto nella disponibilità della pubblica amministrazione, e al privato non resta che soggiacere alla allegazione della parte pubblica⁶⁴. Da ora in poi, invece, al giudice si deve consentire di acquisire pienamente gli elementi di fatto sottostanti alla controversie, rendendo effettiva e non solo formale la parità delle parti nel processo amministrativo, al pari di quanto accade innanzi al giudice ordinario⁶⁵.

⁶⁴ I.M. MARINO, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, pag. 171, mette in guardia rispetto alla circostanza che nel processo di impugnazione la “verità” è quella “dei documenti ed i documenti provengono di massima dalle pubbliche Amministrazioni. Ma le verità delle pubbliche Amministrazioni esplicitano un rapporto necessariamente di supremazia dell'Amministrazione rispetto al cittadino” ... “mentre l'espansione della giurisdizione esclusiva e del suo sistema probatorio (prima ad opera della Corte Costituzionale ed ora con il più compiuto intervento legislativo) ha segnato per questo processo amministrativo un passaggio fondamentale: dalla «verità di Stato», per così dire, alla verità del processo.

⁶⁵ A tal proposito, I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, cit., pag. 25, ci ricorda come “il principio di parità tra le parti è consolidato nel processo civile, ma tale principio, che pure può considerarsi principio generale dell'ordinamento giuridico o, se si preferisce, di civiltà giuridica, non è stato, peraltro, convenientemente esplorato nel processo amministrativo per l'aspetto della luce che esso getta sul diritto sostanziale.” L'A. prosegue (*ibidem*, sub nota 47) riferendo come il Consiglio di Stato, in verità, dichiara la parità delle parti soltanto come parità di posizione delle parti nel processo («parità formale») e, pertanto, a salvaguardia del contraddittorio (v., ad esempio, Cons. Stato V, 23 aprile 1998, n. 467), mentre riconduce

Ovviamente, il principio introdotto vale anche per l'incidente cautelare e ne arricchisce la sua struttura di fase del giudizio, la quale, nel garantire la integrità del bene controverso, deve attuarsi con i requisiti minimi e con i modi propri del processo, il che ha importanti ricadute anche nell'aspetto motivazionale della misura cautelare.

Tuttavia, nonostante la spinta evoluzionistica in tal senso, che ha portato alle riforme legislative più recenti che hanno *positivizzato* tali *input* giurisprudenziali, il giudice amministrativo stenta a maneggiare proficuamente tali nuove possibilità istruttorie, sia per sua "cultura processuale", ancora lontana da quella del giudice ordinario, sia per organizzazione di mezzi e strutture giudiziarie, non sempre all'altezza.

A chiusura di questo *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale in tema di tutela cautelare, si aggiunge che ha contribuito, almeno in astratto, alla *effettività* della giustizia amministrativa, anche "la sentenza n. 249 del 1996, che ha affermato espressamente il diretto fondamento costituzionale della tutela cautelare precisando che "la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione"⁶⁶, ma si tratta di una petizione di principio che ormai risulta meno prorompente, in quanto già il "biennio delle riforme del 1998 - 2000" è vicino e il percorso di costituzionalizzazione della tutela cautelare è compiuto.

Resta il fatto che, soprattutto, la sentenza n. 190/85 e la sentenza n. 146 del 1987, sono quelle che certamente hanno sospinto la giustizia amministrativa verso una sua connotazione di *effettività* fino a quel momento non pienamente rinvenibile

scarso significato agli interessi sottostanti le parti, come dimostra, ad esempio, la giurisprudenza sull'utilizzazione dei mezzi istruttori (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 204).

⁶⁶ Inciso di G. PITTALIS, *Natura e presupposti dell'azione cautelare*, relazione al Seminario di studio su "Aspetti problematici nella riforma del processo amministrativo", Bologna, 23 novembre 2000, in www.giustizia-amministrativa.it.

nel processo amministrativo⁶⁷. E per ciò hanno un indiscutibile valore storico ed emblematico⁶⁸.

5. Principio di effettività e tutela cautelare nella giurisprudenza comunitaria.

All'acquisizione nel nostro ordinamento giuridico del principio di *effettività* della tutela giurisdizionale, per l'avverarsi del quale occorre la disponibilità di un adeguato sistema di tutela cautelare, ha contribuito notevolmente la spinta della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Anzi, è innegabile che, mentre gli organi di giustizia interni e, ancor più, il legislatore, sono approdati alla consapevolezza della immanenza del principio attraverso una lunga e travagliata (e non senza ritrosie) elaborazione giurisprudenziale e normativa, la Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza (causa 222/84) del 15 maggio 1986 non ha mai più dubitato sul fatto che il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale sia "principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"⁶⁹.

Si tratta di una pronuncia fondamentale perché, da un lato, "ricorda" agli Stati ciò che le loro stesse costituzioni contengono e, dall'altro, rende visibile il fenomeno della *cross pollination*⁷⁰ tra le istituzioni comunitarie e quelle nazionali,

⁶⁷ Per E. FOLLIERI, *La cautela tipica*, cit., pag. 664, in riferimento alla sentenza 190/85, "non è possibile ignorare la forza espansiva di tale pronuncia nei confronti, innanzitutto delle altre materie nelle quali il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva [...] di poi, una volta attribuito al giudice amministrativo il potere cautelare c.d. atipico è conseguentemente un processo di assimilazione della misura a tutela di tutte le situazioni giuridiche soggettive di cui conosce e, quindi, anche degli interessi legittimi".

⁶⁸ È doveroso ricordare anche come vi sia chi non vede alcuna capacità ampliativa dello strumentario cautelare del giudice amministrativo sulla spinta della sentenza 190/85 a causa della sua ristrettezza applicativa: "La pronuncia del giudice delle leggi appare, quindi, in suscettibile di sortire effetti espansivi", cfr. S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, vol. 76, pag. 2489. Il giudizio "ingeneroso" non sembra condivisibile, anche se è vero, come afferma F. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, pag. 482, che "l'apertura cautelare della Corte costituzionale [...] ha visto una scarsa applicazione da parte della Giustizia amministrativa per ragioni che ho evidenziato in altra circostanza e che si possono compendiare nell'affermazione che il G.A. si è preoccupato di tutelare quella che ha ritenuto essere la parte debole nel rapporto di pubblico impiego e cioè la Pubblica amministrazione", tuttavia è anche vero che, a prescindere dalla settorialità della sentenza, tuttavia, la forza "comunicativa" del principio di effettività con essa, anche *apertis verbis* esplicitato, è indiscutibile e prezioso per la giurisprudenza amministrativa che da allora in poi potrà avvalersene per "erodere" spazi di manovra sempre più ampi in tema di tutela cautelare.

⁶⁹ Così R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 49, sub nota n. 28, che riprende la sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, in *Raccolta* 1986, 1651 ss.

⁷⁰ Così, J. BAST, *Of General Principles and Trojan Horses - Procedural Due Process in Immigration Proceedings*

attraverso il quale si realizza la circolazione dei principi tra la Comunità e gli Stati, circolazione cui consegue l'inevitabile arricchimento e rafforzamento dei principi stessi che, attraverso le interpretazioni della Corte, si inverano nell'ordinamento comunitario integrando il "diritto costituzionale"⁷¹ dell'Unione e penetrano per osmosi negli ordinamenti interni dove i medesimi principi divengono, a tutti gli effetti, diritto vigente⁷².

La linfa vitale al principio di effettività non può che essere prodotta, in primo luogo, dalla predisposizione di strumenti normativi idonei ad assicurare la reale efficacia della pronuncia giurisdizionale che dispone l'attribuzione di una posizione di vantaggio illegittimamente lesa.

La prima pronuncia che riguarda la tutela cautelare è quella resa con la sentenza *Factortame II* 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"⁷³. È una pronuncia che ha avuto il merito di chiarire come la mera sospensione dell'atto interno illegittimo nei confronti del diritto comunitario risulti insufficiente a garantire la portata precettiva dell'atto

under EU Law, in *German Law Journal*, vol. 11, n. 9, pag. 1007, termine concettualmente equivalente a "cross fertilization" utilizzato da A. BARONE, *Giustizia comunitaria*, cit., pag. 67.

⁷¹ Cfr., J. BAST, *Of General Principles and Trojan Horses*, cit., pag. 1008, secondo cui "The general principles of Community law (or more broadly, of EU law) constitute, next to the treaties on which the Union is founded, the second source of EU constitutional law. Given their character as unwritten norms, this implies an empowerment of the Court of Justice to identify the relevant principles and to develop their contents", lo stesso A. evidenzia anche la funzione (etero)integrativa dei principi medesimi "Since a Union institution almost always operates under EU law, general principles have to fill the gaps whenever a rule of secondary law, governing the administrative proceeding in question, is lacking. Even when such rules exist in a particular sector, the general principles of law can serve as a guideline for interpretation and for correction of insufficient provisions, if necessary", pag. 1009.

⁷² A questo processo osmotico viene impressa poi una particolare accelerazione se lo stesso ordinamento interno emana norme di legge che, attraverso appositi rinvii dinamici, convogliano direttamente i principi comunitari nell'ordinamento interno; a tal proposito, emblematica e centrale anche per il diritto vigente è l'ultima parte del primo comma dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Sul punto, cfr. A. BARONE, *Ibidem*.

⁷³ Sentenza disponibile su <http://eur-lex.europa.eu>.

comunitario e il giudice deve adottare *immediatamente* ogni provvedimento provvisorio finalizzato ad attuare il precetto stesso. La decisione ha indubbiamente posto le basi per il definitivo abbandono della idea che la l'unica misura interinale applicabile dal giudice fosse la sospensione dell'atto aprendo all'espansione del modello di tutela cautelare atipica, poi introdotto legislativamente solo dieci anni più tardi, e alla diffusione dell'utilizzazione delle ordinanze propulsive (c.d. *remand*)⁷⁴.

Il percorso della Corte del Lussemburgo nella costruzione della articolazione della tutela cautelare in ambito comunitario è proseguito con la sentenza *Zuckerfabrik* del 21 febbraio 1991 (cause riunite per connessione oggettiva C-143/88 e C-92/88). La Corte con essa ha statuito come, nell'ambito di un procedimento per rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale, per ragioni di coerenza del sistema di tutela cautelare⁷⁵, possa sospendere il provvedimento interno basato su un regolamento comunitario la cui validità sia contestata innanzi alla Corte e in attesa della decisione definitiva. E ciò perché è indifferente se ad essere controverso è un atto interno per violazione del diritto comunitario o piuttosto la validità stessa di un atto comunitario per violazione del diritto comunitario⁷⁶ (derivato).

La sentenza in parola risulta particolarmente interessante, sia perché (ma non soprattutto per questo) delinea la necessità che la domanda cautelare sia accompagnata dei requisiti del *fumus* e del *periculum*, esplicando anche la portata che devono assumere tali requisiti per essere idonei, ma specialmente perché afferma la natura provvisoria della tutela cautelare e la sua strumentalità rispetto alla pronuncia di merito, mentre specifica come la misura cautelare non debba avere carattere anticipatorio⁷⁷.

⁷⁴ Cfr., C. CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, 2008, pag. 4, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ Sul punto, v. G. BARBAGALLO, *Cittadini ed Amministrazione in Europa*, Atti del Seminario su "I diritti fondamentali e le Corti in Europa" - Osservatorio Costituzionale - LUISS Guido Carli, 21 gennaio 2005, pag. 7.

⁷⁶ Questo è un caso di "amministrazione comunitaria indiretta", "in quanto, diversamente [...], verrebbero compromessi l'«effetto utile» della procedura di ricorso pregiudiziale ex art. 234 Trattato e con esso la «protezione giurisdizionale garantita dal diritto comunitario», così G.F. CARTEL, D.U. GALETTA, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI E M. GRECO, parte generale, Giuffrè, 2007, pag. 391.

⁷⁷ Cfr., R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 53.

Tuttavia, senza ombra di dubbio, la sentenza della CGCE che contribuisce ad ampliare sensibilmente il *range* dei provvedimenti adottabili in via cautelare è la sentenza *Atlanta* del 9 novembre 1995 (causa C-465/93), sentenza che richiama i casi *Factortame* e *Zuckerfabrik* per ribadire i principi della “coerenza del sistema” e dell’“effetto utile” da esse precisati, ma anche perché, accanto alla necessità della sussistenza dei requisiti di *fumus* e *periculum*, ve ne aggiunge anche un ulteriore: l’“interesse della Comunità” e completa il quadro dello strumentario utilizzabile dal giudice ricordando che “il Trattato non autorizza soltanto la Corte, all’art. 185, a ordinare la sospensione dell’esecuzione dell’atto impugnato, ma le attribuisce altresì, all’art. 186, il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari. La tutela cautelare che i giudici nazionali debbono 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 adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi. [...] Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l’art. 189 del Trattato deve essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità”.

La prima importante conclusione che si trae è quella che la sentenza ammette l’intervento cautelare anche a tutela di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio di tipo pretensivo. E ciò avrà una notevole eco negli anni avvenire in ordine all’ampliamento delle azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo.

In secondo luogo, vi è chi ha stato rilevato un interessante parallelismo tra l’ipotesi, in cui un giudice nazionale sospende in via cautelare un provvedimento amministrativo che ha per presupposto un regolamento comunitario oggetto di rinvio pregiudiziale per accertarne la validità, con la fattispecie in cui si configura il rapporto tra tutela cautelare e incidente di costituzionalità. Sono ambedue casi in cui il giudice nazionale opera la

disapplicazione (cautelare) della norma contestata in attesa della pronuncia sulla sua validità comunitaria ovvero costituzionale, nonostante il potere di disapplicazione sia paradigmaticamente non concesso al giudice amministrativo. La Corte poi enuclea quali siano le condizioni affinché tale potere possa essere esercitato dal giudice, ovvero la sussistenza del *fumus*, del *periculum*, e la circostanza che provveda egli stesso a formulare il rinvio pregiudiziale, se della questione la Corte non era già stata investita. La misura cautelare sarà così resa e resterà efficace fin tanto che (e solo fino a quel momento) la Corte non si sia pronunciata sulla pregiudizialità. Quindi il giudice nazionale non potrà sospendere e rinviare al merito la questione di pregiudizialità, ma dovrà subito rimettere quest'ultima alla Corte. Soluzione questa che, nell'analogia circostanza della questione della illegittimità costituzionale, appare validamente praticabile, piuttosto che quella *tipica* di concedere la sospensiva del provvedimento adottato in base alla norma sospettata di incostituzionalità e rimettere la questione sulla fondatezza della eccezione alla fase di merito⁷⁸.

Il sorvolo delle più rilevanti pronunce della Corte di giustizia sulla tutela cautelare deve completarsi con la sentenza *Unibet* del 13 marzo 2007 (C-432/05). Essa, in qualche modo, opera una sorta di chiusura del sistema precisando in termini "concreti" cosa deve intendersi per effettività della tutela. La Corte, facendo ricorso al "principio di equivalenza", chiarisce come "*il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere 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 l'art. 49 CE, 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*"⁷⁹. Volendosi così chiarire che il diritto comunitario deve potersi affermare, ma non per questo lo Stato membro deve approntare necessariamente uno specifico processo inteso a questo fine, se, anche in via incidentale, almeno un rimedio effettivo sia azionabile a tutela delle posizioni di

⁷⁸ L'utile spunto di riflessione di cui si sta per dire giunge da R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, pagg. 46 - 47.

⁷⁹La sentenza è disponibile su <http://curia.europa.eu>.

vantaggio garantite dal diritto comunitario⁸⁰. E comunque, precisa la Corte, confermando la sua precedente giurisprudenza, se un cittadino comunitario vanta una situazione di vantaggio derivatagli direttamente dal diritto comunitario, lo Stato deve potere concedergli provvedimenti cautelari intesi a garantire l'integrità del suo diritto fino alla decisione sulla conformità delle disposizioni nazionali di cui è contestata la conformità con il diritto comunitario. E, proprio in relazione alla tutela cautelare, la Corte del Lussemburgo postula il "principio di autonomia processuale", anche se "temperato dal principio dell'effetto utile comunitario"⁸¹, per cui *"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 è 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"*.

6. XXI Secolo, le nuove "dimensioni" della tutela cautelare.

La sentenza *Unibet* giunge quando ormai in Italia è entrata in vigore la legge 21 luglio 2000, n. 205 che ha sostituito l'art. 21, comma 8°, della legge Tar, facendogli ora affermare, nel suo primo capoverso, che *"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"*. La misura cautelare diventa atipica ed innominata: da quel momento in poi il termine "sospensiva" (anche se tutt'oggi ancora ampiamente utilizzato,

⁸⁰Cfr., S. AMADEO, *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. SPITALERI, GIUFFRÈ, 2009, pag. 132.

⁸¹ La considerazione è di R. GIORDANO, *La tutela cautelare uniforme*, Giuffrè, 2008, pag. 67.

specialmente nella prassi) viene abbandonato dal lessico amministrativistico più avanzato e la domanda giudiziale, tipicamente, non ha più ad oggetto la sospensione dell'atto, bensì la *misura* cautelare più idonea garantire che, nelle more della decisione di merito, il ricorrente veda conservato integro l'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

Ed ancora, la stessa legge n. 205 introduce uno strumentario istruttorio a disposizione del giudice amministrativo (in particolar modo, la consulenza tecnica d'ufficio) che avvicina notevolmente la giurisdizione speciale a quella ordinaria.

La riforma del 2000 è stata preceduta dagli "sconquassi" che al precedente assetto sono stati provocati dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 - che con gli artt. 33 e 34 ha esteso la giurisdizione esclusiva alle materie dei servizi pubblici e dell'edilizia e urbanistica - e dalla sentenza della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 ha riconosciuto per la prima volta la risarcibilità degli interessi legittimi.

Tuttavia, il 2000 non rappresenta affatto, come forse in quegli anni si riteneva, un punto di arrivo, di compimento di un percorso evolutivo che avrebbe consegnato la piena maturazione della giurisdizione amministrativa in termini di *qualità* e di *effettività*. La stessa tutela cautelare dovrà conoscere un'ulteriore espansione: potremmo dire, applicando una proiezione "geometrica" del concetto, dopo avere abbandonato il suo originario carattere "*monodimensionale*" in un cui per tanto tempo è stata relegata dalla "mera sospensione" dell'atto e avere conquistato la "*bidimensionalità*" rappresentata dalla sua atipicità, dal potere quindi di dispiegarsi nel modo più idoneo a garantire l'integrità interinale dell'interesse finale, conoscerà nel 2010 un'ulteriore espansione, se vogliamo, "*tridimensionale*", che la porterà a superare il limite logico-temporale della proposizione del ricorso, potendo essere azionata, con la sua forma *ante causam*, ai fini della piena effettività della tutela in casi di eccezionale gravità ed urgenza, ancor prima che il giudizio sia instaurato.

Ma soprattutto: gli anni 2000, il 2010 in particolare, non sono affatto il punto di arrivo dell'evoluzione della tutela cautelare, perché le problematiche costituite dal rapporto tra la fase cautelare e quella di merito, nonché dalla ampiezza

qualitativa e quantitativa dei poteri del giudice della cautela, sono addirittura ancor più complesse di quanto non lo fossero quando la tutela cautelare nel processo amministrativo era ancora esercitabile con la sola sospensione dell'atto.

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO CAUTELARE NEL NUOVO PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Presupposti della cautela come introdotta dalla legge n. 205 del 2000, il requisito del *periculum in mora*.

La tutela cautelare atipica è inaugurata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 e viene ampliata e profondamente innovata la previgente disciplina. In questa sede non procederemo, tuttavia, alla disamina di tale normativa, in quanto oggi superata, assorbita e novellata dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 che introduce il Codice del Processo Amministrativo (d'ora in poi c.p.a)⁸²

La riforma del 2000, comunque, è stata prorompente oltre che per la generale previsione della atipicità di forme che può assumere la misura interinale, anche per l'introduzione espressa del *comportamento inerte* dell'amministrazione quale

⁸² L'economia e il senso del discorso che si vorrebbe compiere con il presente lavoro non contempla la disamina sistematica dell'intera disciplina (oggi si può ben dire "codicistica") della tutela cautelare, per la quale si rinvia alla manualistica, se si vuole quella aggiornata al Codice del 2010, come ad esempio *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Giappichelli, 2011 in riferimento all'intera materia della giustizia amministrativa o alle diverse monografie, ad esempio, R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., se si vuole focalizzare solo l'aspetto della tutela cautelare. In questa sede si prenderanno in considerazione solo quegli aspetti dell'istituto che si ritengono (probabilmente errando per difetto) più rilevanti in funzione del percorso che si sta tentando di seguire.

ulteriore oggetto della misura cautelare *compulsiva* e per la esplicitazione del dovere del giudice di apprezzare anche il *fumus boni iuris*⁸³.

Tuttavia, dopo avere ripercorso l'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo, non sembra che alcuna delle novità più rilevanti tra quelle introdotte dal Codice non fosse già vigente nell'ordinamento a seguito dell'opera di elaborazione della giurisprudenza amministrativa che aveva già "disegnato" la struttura della tutela cautelare quasi nei medesimi termini introdotti dalla legge. Ciò non toglie nulla, ovviamente, all'importanza della previsione normativa organica offerta dal Codice.

Ulteriori considerazioni di una certa importanza sono quelle che riguardano il concetto di *periculum in mora*.

Si è detto che la duplicità degli elementi del *periculum* (gravità ed irreparabilità del danno) che deve ricorrere per la concessione della misura cautelare, sulla scorta della precedente giurisprudenza, possa considerarsi, in realtà, alternativa; così, è sufficiente che ricorra uno solo anche dei due requisiti⁸⁴.

Un altro profilo rilevante intorno al *periculum* è quello inerente il tempo: è necessario che il pregiudizio si "attualizzi" (e il ricorrente che chiede la misura cautelare ha l'onere di allegarlo) in un torno di tempo sufficientemente ravvicinato da escludere che la pronuncia definitiva sul ricorso non possa plausibilmente intervenire prima che esso si sia verificato; ma è altresì necessario che il danno non si sia già consumato (o interamente consumato) prima della proposizione della domanda cautelare. Pertanto, occorre che il ricorrente dimostri in giudizio che il provvedimento impugnato sta già sprigionando la sua capacità lesiva o lo farà ad una data certamente collocabile entro quella in cui

⁸³ Una delle ricostruzioni è quella di G. DE MARZO, G. MISSENERI, *La tutela cautelare sommaria dinanzi ai giudici amministrativi*, Cedam, 2004, pag. 8. L'autore si sofferma anche sulla diversità riguardante la sostituzione del termine *danno* con il termine *pregiudizio* (pag. 9) egli ritiene che ciò sia servente all'estensione della nozione di danno anche alla categoria del danno non patrimoniale (ad esempio il danno all'immagine o il c.d. danno *curriculare*), ma la tutela del danno non patrimoniale avveniva anche prima della novella, in tal senso R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 187, la cui opinione di sottovalutazione della rilevanza del cambio terminologico, appare maggiormente condivisibile. Forse il legislatore ha voluto così rendere più evidente che la tutela cautelare è ora finalizzata, non solo ad evitare il danno cagionato dall'azione amministrativa di tipo "ablativo", ma anche al *pregiudizio* che il mancato intervento amministrativo di tipo "ampliativo" potrebbe cagionare al ricorrente "pretensivo". Ma anche in tal caso non sembra che i due termini non possano essere semanticamente interscambiabili. Ed infatti, in tal senso si è pronunciata la IV Sez. del Consiglio di Stato il 24 aprile 2001, n. 2403, come riferito da R. LEONARDI, *Ibidem*, sub nota n. 74.

⁸⁴ Cfr., G. DE MARZO, G. MISSENERI, *La tutela cautelare sommaria*, cit., pag. 9.

(plausibilmente) interverrà la pronuncia di merito; mentre, se tale lesività è già in atto, non deve essersi ancora interamente consumata⁸⁵.

Tra coloro che hanno trattato la materia,⁸⁶ vi è anche chi ha ragionato sul concetto di *irreparabilità* del pregiudizio posto a confronto con il concetto di *risarcibilità* del danno.

La questione si pone nel senso che, se si interpreta letteralmente la norma, la misura cautelare dovrebbe essere concessa solo se il danno incombente non sia suscettibile di riparazione. Quindi, se attraverso un giudizio prognostico in sede cautelare, il giudice potrà dire che il l'eventuale danno cagionato al ricorrente potrà essere ripristinato attraverso il risarcimento in sede di merito, non sarà possibile emanare un provvedimento cautelare. Se invece il concetto di irreparabilità attiene, non alla risarcibilità, ma sia contraddistinto da peculiarità rintracciabili nel caso specifico, il giudice potrà comunque concedere la misura anche ove si prospetti la possibilità di un ristoro (solitamente, per equivalente) con la sentenza definitiva. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra propendere per questa seconda opzione⁸⁷. Opzione che sembra la più condivisibile, perché maggiormente aderente a un processo cautelare a cui è affidato il compito di contribuire alla effettività della tutela giurisdizionale e che ha il precipuo scopo di garantire la integrità dell'interesse di cui si deduce la lesione. La *conservazione* del bene della vita nella sua forma integrale è certamente preferibile rispetto al suo *ripristino* in sede di risarcimento del danno⁸⁸. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'impresa esclusa illegittimamente da una gara d'appalto, la quale (normalmente) preferirà di gran lunga ottenere l'affidamento del servizio, del lavoro o della fornitura posta a concorso, piuttosto che il successivo risarcimento del danno per equivalente per il mancato

⁸⁵ Cfr., F. FRENI, *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2011, pagg. 34 - 35.

⁸⁶ Ad esempio, F. FRENI, *Ibidem*, pagg. 37 - 38.

⁸⁷ Cons. Stato, VI, 4 giugno 2002, n. 2346, richiamata da F. FRENI, *Ibidem*, sub nota n. 4, ma l'A. sembra preferire la diversa opzione della "equiparabilità", in quanto, fra l'altro, ciò ridurrebbe gli spazi di discrezionalità del giudice della cautela. L'Autore predilige altresì la "complementarietà risarcitoria" tra fase cautelare e fase di merito.

⁸⁸ Il Consiglio di Stato ha affermato che la "*tutela cautelare in forma specifica è da ritenere sempre prevalente sulla mera tutela risarcitoria*", ord. 11 settembre 2007, n. 5388, richiamata da F. FRENI, *Ibidem*, sub nota n. 7.

guadagno⁸⁹. In quanto, quest'ultimo coprirà sì (teoricamente) il mancato guadagno che l'impresa avrebbe ottenuto se fosse stata affidataria dell'appalto, ma certamente non sarà sufficiente a risarcirla dei diversi ed ulteriori pregiudizi che l'esclusione le avrà cagionato: il danno all'immagine aziendale, la mancata possibilità di annoverare quel lavoro nel proprio curriculum ai fini di altre partecipazioni e così via.

Non si condivide l'opinione di chi ritiene che esista un rapporto di complementarità in termini risarcitori tra la fase cautelare e la fase di merito. Invero, la fase cautelare non è deputata a risarcire il danno, ma di garantire l'integrità dell'utilità finale. Per cui, la preferenza alla attribuzione della utilità in sede cautelare non è una tecnica di risarcimento, ma è una modalità di tutela effettiva. Tuttavia, in fase di merito, il giudice, nell'apprestarsi a riconoscere al ricorrente (che, e se, ha ragione) il diritto al risarcimento dei danni cagionatigli dalla lesione, ovviamente anche dell'interesse legittimo, dovrà tenere conto di quanto, eventualmente, il ricorrente stesso ha già ottenuto (in forma specifica) a seguito del provvedimento cautelare. Se da tale valutazione congiunta effettuata dopo la fase cautelare residuerà ancora un "residuo" di danno a carico del ricorrente, questo potrà essere certamente oggetto di risarcimento per equivalente con la sentenza di merito, se non sarà più possibile, come sembra, il risarcimento in forma specifica. Solo in tal senso, cioè solo *ex post*, ai fini del *computo* che il giudice dovrà fare in sede di merito tra ciò che è già stato attribuito e ciò che residua, potrà dirsi che l'attribuzione del bene in forma specifica avvenuta nella fase cautelare è una forma di risarcimento⁹⁰.

Tuttavia, l'aspetto più complesso in ordine alla valutazione del *periculum* è quello collegato alla (presunta) esistenza di un terzo requisito del *periculum*, vale a dire il previo accertamento circa l'assenza (o comunque la esiguità) di pregiudizi per l'amministrazione o per le parti controinteressate derivanti dalla concessione della misura cautelare al ricorrente.

⁸⁹ Esaustivamente tratta la questione nel settore degli appalti per R. GAROFALI, M. PROTTO, *Tutela cautelare monitoria e sommaria*, cit. pagg. 151 - 154.

⁹⁰ All'azione risarcitoria va assegnata una funzione sussidiaria per R. GAROFALI, M. PROTTO, *Tutela cautelare monitoria e sommaria*, cit. pag. 150.

In sostanza, il giudice dovrebbe operare una “comparazione” tra gli interessi contrapposti in giudizio prima di accordare la misura cautelare, verificando se questa (o meglio, l’esecuzione di questa) non cagioni pregiudizio all’amministrazione (quindi all’interesse pubblico) o al (eventuale) controinteressato.

È evidente come questo sia uno *punctum dolens* di tutta la disciplina della tutela cautelare e del ruolo che essa gioca nell’ambito della funzione giurisdizionale cui è preordinata. Dall’adesione o meno alla tesi della c.d. *bilateralità* del *periculum* derivano due diverse visioni di ciò che il processo amministrativo deve essere.

Parte della dottrina sembra propendere per la tesi positiva circa la sussistenza di tale requisito in quanto la norma sul *periculum* conterrebbe l’inciso “secondo le circostanze”⁹¹, evidentemente le *circostanze* sarebbero quelle in cui si trovano le altre parti (l’interesse pubblico in primo luogo) e il controinteressato e le ripercussioni che la concessione della misura cautelare a favore della parte ricorrente determinerebbe su esse.

È inutile cercare giurisprudenza amministrativa che afferma come la gravità del danno allegato dal ricorrente in sede di domanda cautelare vada *contemperato*⁹² con il danno che alle altre parti deriverebbe, in quanto questa è frequente. Meglio, dunque, guardare alla giurisprudenza del giudice ordinario il quale, ancora una volta, deve richiamare il giudice amministrativo alla sua funzione giurisdizionale⁹³.

Neppure l’apertura al dovere di ponderazione degli interessi contenuto nelle direttive europee sui ricorsi,⁹⁴ ad avviso di chi scrive, legittima la presa di

⁹¹ Così, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, pag. 276.

⁹² Il termine diffusissimo nelle ordinanze cautelari del Tar e del Consiglio di Stato, appare, quanto meno, fuori luogo. Il contemperamento degli interessi contrapposti è operato nel procedimento amministrativo. Il giudice, in un giudizio di parti, non contempera, ma giudica e rende tutela, anche nella fase cautelare.

⁹³ Riportiamo l’emblematico passaggio della sentenza delle Sezioni Unite, 26 giugno 2004, n. 11750, opportunamente richiamata nel suo tratto saliente da R. LEONARDI, *Ibidem*, sub nota n. 80, “se è vero, infatti, che la tutela cautelare amministrativa, alle origini era valutata soltanto alla luce dell’interesse pubblico, tanto è vero che l’esame del giudice avveniva nella prospettiva di un danno grave, che l’amministrazione avrebbe potuto subire se la sospensione non fosse stata riconosciuta, questo requisito non ricorre nella disciplina contenuta nel nuovo testo dell’art. 21 della L. Tar, il quale prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all’amministrazione, originariamente contemplato dalla giurisprudenza amministrativa”.

⁹⁴ Da ultimo la 2007/66/CE, che dà agli Stati membri la *facoltà* di prevedere che il giudice *possa* tenere conto delle conseguenze dell’applicazione di una misura cautelare ed, eventualmente, se le conseguenze negative

posizione del giudice amministrativo che, in modo sistematico, esprime un giudizio *discrezionale* (non con la discrezionalità del giudice, ovvero col prudente apprezzamento, ma con quella dell'amministratore)⁹⁵ sulla qualità degli interessi in conflitto e tende a fare prevalere non l'interesse che egli ritiene leso, ma quello che egli ritiene comunque *prevalente*. E il prezzo (anche per l'interesse pubblico) di questo scivolamento del rapporto degli interessi dalla sede del "contemperamento-giustapposizione-negoziazione" alla sede della "contrapposizione" non può essere fatto pagare dalla *parte che ha ragione*.

Non sembra cogliere nel segno, al fine di avallare la tesi della bilateralità, neppure il richiamo all'art. 125, comma 2, c.p.a.⁹⁶: la disciplina sulle grandi opere

dell'applicazione sulle altre parti e prevalentemente sull'interesse pubblico superino quelle positive, possa non concederla.

⁹⁵ È evidente che qui ci si potrebbe addentrare (ma ci si guarda bene dal proseguire per carenza di competenza e per sincero timore!) nel rapporto tra *prudente apprezzamento* del giudice e *discrezionalità* del giudice (se esiste una discrezionalità del giudice; afferma A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 2005, pag. 190, che "appare, di primo acchito, in contraddizione con il principio fondamentale della democrazia, secondo il quale, in un sistema democratico, la politica è elaborata dal popolo attraverso i suoi rappresentanti e non dal giudice," lo stesso Barak prende atto del fatto che "il potere discrezionale del giudice rimane relegato nel regno dell'ignoto, avvolto dalle nubi del mistero..." (p. 13). Vi è in dottrina chi evoca l'esistenza di norme che affiderebbero al giudice una certa discrezionalità, con riferimento, ad esempio, all'art. 844 del codice civile che dispone di dover "contemperare le esigenze della produzione con quelle della proprietà" (V. LOJACONO, *Immissioni*, Enc. dir., vol. XX, 1970). In questo senso, a modesto avviso di chi scrive, potrebbe anche farsi riferimento al secondo comma dell'art. 2058 c.c. che prescrive che il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore; la disciplina sembrerebbe attagliarsi all'esigenza in parola: il giudice della cautela, in relazione alla valutazione di rilevanza del pregiudizio all'interesse pubblico di fronte all'esecuzione della misura cautelare a favore del ricorrente, potrebbe attivare l'ordine di idee formulato da questa norma per giustificare il rigetto della misura cautelare; tuttavia si tratterebbe anche un questo caso di una forzatura, attenendo, la disciplina dell'art. 2058, allo statuto del risarcimento del danno e quindi non assolutamente estensibile alla disciplina della tutela cautelare dove si svolge una funzione totalmente diversa da quella risarcitoria. Non a caso, vi è chi precisa come al giudice "la libertà di apprezzamento è concessa solamente in casi particolari, o per degli scopi speciali, indicati di volta in volta dalla legge (A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, CEDAM, 1935, pag. 47). Lo spunto di riflessione è tratto da E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale - Per una ridefinizione della discrezionalità*, Novene, 2008, pagg. 379 - 387.

Certamente, non si può non mettere in relazione al tema della discrezionalità del giudice il problema (più ampio) della legittimazione del potere da parte del corpo sociale. Tuttavia, se il potere burocratico acquista linfa vitale attraverso la sua legittimazione (democratica), successiva al suo insediamento, ma necessaria oltre che opportuna (si pensi al R.U.P., all'art. 28 Cost., la pubblicità degli atti, e così via), la nostra Costituzione tassativamente esclude la "legittimazione" degli organi giurisdizionali da parte del corpo elettorale e anzi gli organi giudicanti sono (sarebbero) tenuti a rendere "politicamente" asettico ogni loro comportamento. Tuttavia, ciò non esclude che il giudice possa "legittimare" il proprio operato attraverso un'adeguata motivazione da cui possa esplicitarsi che, nel decidere, egli, pur vincolato dalle legge, abbia applicato i principi generali vigenti nell'ordinamento giuridico, anche tenendo conto della specificità del luogo in cui la decisione è destinata ad avere effetti. Essendo i principi generali ormai forse l'ultimo vero collante democratico nelle nostre società, il giudice che li considera nel suo processo decisionale è un giudice "democratico", cioè legittimato.

Sulla possibilità di prevedere altre forme di legittimazione che non siano esclusivamente quelle "elettorali", si veda I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., pagg. 265 - 266.

⁹⁶ Richiamo operato da R. LEONARDI, *Ibidem*, sub nota n. 83. La norma rubricata "Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche e alle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale", secondo cui «in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto

strategiche è chiaramente dotata del carattere della specialità e non può estendere la propria portata dispositiva al di là della specifica materia oggetto di regolazione, né, a maggior ragione, può fungere da principio generale cui il giudice dovrebbe conformarsi ogni qual volta deve decidere sulla domanda cautelare. Anzi, proprio la eccezionalità della disciplina conferma, *a contrario*, come il presupposto del contemperamento degli interessi contrapposti non sia un requisito del *periculum in mora*.

2. Ancora sulla “bilateralità” del *periculum*.

Non può negarsi che il giudice amministrativo, innanzi a determinate situazioni - si immagini il caso in cui, da un parte, insista un interesse privato di natura squisitamente economica e, dalla parte opposta, si collochi un interesse generale di spiccata rilevanza sociale (ad esempio, un servizio pubblico essenziale) - nella fase cautelare inevitabilmente tenderà a considerare la rilevanza degli interessi contrapposti, anche al di là della sospetta spettanza (*fumus*) del diritto. Tuttavia egli non può operare un contemperamento di interessi che è allocato nella sfera funzionale della pubblica amministrazione e che solo una disfunzione di quest'ultima ha spostato dalla sede fisiologica, quella del procedimento, a quella patologica, il processo. Per cui, se gli interessi in gioco in sede di procedimento si giustappongono e si *contemperano* nel perseguimento del pubblico interesse, in sede di processo essi si *contrappongono* e il giudice, in tale sede, è chiamato a proteggere l'interesse che è stato leso nella fase precedente ed eventualmente garantire che resti indenne durante il tempo della celebrazione del processo attraverso il provvedimento cautelare più adeguato.

Ciò non toglie che (ecco che in tal senso rileva l'inciso *secondo le circostanze*) il giudice, in considerazione della rilevanza degli effetti della esecuzione del provvedimento cautelare sugli interessi contrapposti, specie rispetto all'interesse

delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure».

pubblico, potrà adottare gli accorgimenti più opportuni per ridurre al minimo gli effetti pregiudizievoli.

In primo luogo, l'utilizzo delle misure cautelari monocratiche *in causam* e *ante causam*, di cui diremo in seguito più diffusamente, (ovviamente l'iniziativa della promozione della misura non viene dal giudice, ma il giudice, una volta attivato il rimedio dal ricorrente può "ottimizzare" gli effetti positivi che lo strumento può apportare). Esse possono avere un ruolo "costruttivo" in guisa dell'estrema anticipazione della tutela interinale ad una fase "embrionale" dell'incipiente contenzioso generando un effetto "deflattivo" dal punto di vista cautelare che quindi potrebbe rendere non necessaria la successiva misura collegiale maggiormente invasiva sugli interessi contrapposti in giudizio.

Forse un esempio può essere utile alla chiarezza: in una gara pubblica un concorrente viene (illegittimamente) escluso per una presunta mancanza di uno specifico requisito di partecipazione. La misura, che prima era prevista dall'art. 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, solo per la materia di appalti, e la cui applicazione è stata ora generalizzata dall'art. 61 del c.p.a. a tutte le materie, consente al giudice amministrativo di intervenire in un tempo limitatissimo (talvolta, anche nell'arco della stessa giornata in cui la domanda si propone). L'intervento cautelare, disponendo la riammissione del concorrente escluso, può evitare che quest'ultimo, come accadrebbe normalmente, attenda la conclusione della procedura competitiva e, solo allorquando ci sarà un'aggiudicazione (a quel punto verificato il suo concreto interesse a ricorrere), impugnerà l'aggiudicazione, chiedendone la sospensione, con gli effetti pregiudizievoli che ciò potrebbe determinare sull'interesse pubblico collegato alla realizzazione dell'opera o all'affidamento del servizio o della fornitura in appalto.

Solo un rimedio con le caratteristiche di avanzata anticipazione della tutela, come quello previsto dall'art. 61 c.p.a., può svolgere la funzione appena illustrata, che avrà una duplice valenza: da un lato, l'immediata tutela del ricorrente, dall'altro, la possibilità di ridurre al minimo gli effetti invasivi del rimedio sugli altri interessi; e quindi farà venir meno la necessità della valutazione della bilateralità del *periculum*. Infatti, vero è che, comunque, il

ricorrente è tenuto ad impugnare ritualmente il provvedimento e a chiedere la conferma della misura cautelare in sede collegiale, ma, a questo punto, la fase cautelare (se non sussistono altre violazioni successive) avrà solo la funzione confermativa della misura *ante causam* e non interferirà in modo pervasivo con l'interesse pubblico. Per non dire che, innanzi alla decisione cautelare, la pubblica amministrazione ben potrebbe rideterminarsi e in autotutela riesaminare il provvedimento lesivo. Ciò è specialmente probabile quando il giudice doterà di una adeguata ed esaustiva motivazione il provvedimento cautelare. In tali circostanze, il ricorrente potrebbe anche rinunciare al ricorso, con notevoli vantaggi per l'economia complessiva del sistema pur pervenendosi così al risultato sostanziale dell'effettività della tutela.

In secondo luogo, può essere utile lo strumento della cauzione, previsto dall'art. 55, comma 2°, c.p.a.⁹⁷, il cui versamento può essere richiesto al ricorrente a fronte della domanda cautelare.

L'istituto della cauzione, se opportunamente calibrato, può avere un effetto di "contrappeso" qualora l'esecuzione della tutela interinale possa, di per sé, determinare pregiudizi irreversibili alle altre parti. È quello che è stato definito effetto di "controcautela"⁹⁸.

A tal proposito, va evidenziato che la legge prevede che la cauzione può essere disposta anche a carico delle altre parti (amministrazione resistente e/o controinteressato) a fronte di un diniego della concessione della misura. Questa è un'ulteriore modalità cui il giudice può ricorrere per manovrare la fase cautelare omettendo atti dirompenti per gli interessi coinvolti in giudizio, ma restando

⁹⁷ "Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il collegio può 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 domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale. Il provvedimento che impone la cauzione ne indica l'oggetto, il modo di prestarla e il termine entro cui la prestazione va eseguita".

⁹⁸ Il ruolo di controcautela della cauzione, la cui costituzione sia imposta dal giudice alla parte in cui favore sia disposta una misura cautelare, viene riconosciuto da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pag. 45, secondo il quale essa «serve a stabilire l'eguaglianza delle parti» individuando in ciò la funzione della cauzione - che è essa stessa misura cautelare. Anche G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pag. 227, osserva che essa ha la funzione di risarcire il danno che alla parte convenuta possa derivare dal provvedimento interinale favorevole all'attore, nelle more del processo".

comunque all'interno del "recinto" del processo di parti, comportandosi quindi da giudice terzo ed imparziale.

Certamente la cauzione (e il suo eventuale incameramento) non sempre sarà sufficiente a ripristinare gli effetti lesivi agli interessi contrapposti, specialmente all'interesse pubblico, pregiudicati dalla misura concessa al ricorrente, ma egualmente essa può avere una duplice importante funzione. Da un lato, è una garanzia concreta che le controparti ricevono a fronte dell'effetto negativo della misura interinale che "subiscono"; dall'altro lato, essa ha una funzione deflattiva rispetto a domande (cautelari) pretestuose o temerarie, poiché il ricorrente vedrà nell'onere pecuniario preventivamente impostogli una dissuasione da azioni infondate, valutando così con maggiore ponderazione la reale esigenza di promuovere l'azione cautelare. Ovviamente, resta inteso che, nell'imporre la cauzione, il giudice dovrà anche valutare, per converso, gli effetti di sostanziale preclusione all'effettiva proposizione dell'azione da parte del ricorrente che potrebbe derivare dall'eccessiva onerosità della garanzia: la cauzione non può diventare un ostacolo all'effettiva esigenza di tutela giurisdizionale, in tal senso essa andrebbe a detrimento del principio di effettività della giustizia e si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost.⁹⁹.

⁹⁹ A tal proposito, ulteriori considerazioni andrebbero formulate per ciò che concerne il contributo unificato per la proposizione del ricorso. Specialmente in materia di appalti pubblici; infatti, il decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ha modificato il decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, prevedendo un aumento di tutti i contributi unificati e, in particolar modo, di quello per ricorsi in materia di appalti pubblici che è stato elevato alla cifra di € 4.000. Se a ciò si aggiunge che la nuova normativa investe del pagamento di ulteriore contributo unificato di eguale misura anche la proposizione di ricorso su motivi aggiunti alla medesima controversia, si comprende come la possibilità di ottenere giustizia a fronte di illegittimità che intervengono in atti relativi a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture è ad appannaggio esclusivo dei medio-grandi operatori economici e solo in occasione di gare di un certo rilievo economico. Viceversa, è denegata la possibilità di agire in giudizio, e quindi è denegata la giustizia, alla estesissima platea di piccole e piccolissime imprese che si contendono lavori o servizi pubblici di modesto valore economico, ma essenziali sia per la parte pubblica, sia per la sopravvivenza economica delle imprese stesse. Si consideri che unanimemente la giurisprudenza amministrativa considera pari al 10% del valore dell'appalto il tasso di remunerazione dell'impresa, quando questa deve essere risarcita per equivalente, il tasso reale di profitto sarà spesso inferiore quando il risarcimento avverrà in forma specifica. Quindi il costo del contenzioso in moltissimi casi (tipicamente almeno fino a € 150.000) supererà la remunerazione che l'operatore si aspetta dall'aggiudicazione della gara o dall'eventuale risarcimento del danno e l'impresa concorrente sarà costretta a subire in silenzio la violazione del proprio interesse legittimo. E se si considera che, giustamente, sono sempre più ridotti (praticamente annullati) gli ambiti e le circostanze in cui le pubbliche amministrazioni possono affidare lavori o servizi pubblici in assenza di una procedura competitiva ad evidenza pubblica, anche semplificata, e che tutte tali procedure ricadono comunque nella disciplina generale degli appalti pubblici, il pericolo che l'assenza di legalità amministrativa in tali ambiti diventi prassi e che ciò accentuerà ed alimenterà anche fenomeni di illiceità, anche penale, è concreto. È evidente come la determinazione proporzionale del valore del contributo in relazione al valore dell'appalto sia la strada più equa e razionale, ma che inesorabilmente il legislatore ha inteso non intraprendere. D'altra parte,

In terzo luogo, ancora al fine di evitare la bilateralità del *periculum*, e sempre in relazione all'effetto di controtutela, il giudice della cautela dovrà approntare (nei limiti di tempo entro il quale il provvedimento cautelare deve essere comunque reso per essere efficace) un'idonea e più ampia possibile istruttoria. Il processo amministrativo moderno glielo consente. Infatti, pur nella "sommarietà" della fase cautelare, il giudice dovrà tentare, anche attraverso i poteri officiosi di cui dispone, di apportare al processo la più ampia conoscenza del fatto, anche in relazione alle ragioni delle parti resistenti. Una ampia istruttoria in sede cautelare farà emergere con maggiore nitore, sia le ragioni del ricorrente (il *fumus*) e sia la reale pregnanza delle esigenze di irreparabilità del pregiudizio (il *periculum*). Ma l'istruttoria, se contemporaneamente si attua un compiuto contraddittorio, getterà luce anche sulle ragioni delle controparti e sulla eventuale emergenza (che queste avranno l'onere di allegare in sede di risposta al ricorrente) di esigenze cautelari contrarie a quelle del ricorrente¹⁰⁰. A questo punto il giudice, a condizione però che esse siano accompagnate anche dall'apparenza di ragione in diritto, potrà ritenerle prevalenti e, di conseguenza, non concedere la misura cautelare al ricorrente¹⁰¹. In tal senso potrà dirsi che il

la Corte costituzionale, allorché, anche recentemente, investita della questione del valore del contributo unificato rispetto al valore della controversia, si è pronunciata (da ultimo con l'ordinanza 24 giugno 2011, n 195) con ordinanze di manifesta inammissibilità della questione per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, in quanto "la norma censurata, che impone il pagamento del predetto contributo, è già stata spontaneamente applicata dal ricorrente; che, pertanto, l'asserito *vulnus ai principi costituzionali invocati e, in particolare, a quello dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge ed a quello dell'effettività della tutela giurisdizionale sarebbe, in ipotesi, determinato da una norma di cui il rimettente non deve fare applicazione nel giudizio a quo*", avrebbe ben potuto la Corte, nell'ambito di tali ordinanze, pur mantenendone il rigore *in limine litis*, inviare chiari messaggi al legislatore ottuso attraverso la tecnica degli *obiter dicta*.

¹⁰⁰ In dottrina vi è chi richiama l'attenzione alla necessità che vi sia un giusto equilibrio tra l'esigenza di attribuire l'effettiva tutela cautelare a chi la chieda, ma contemporaneamente "evitare i facili rischi di una tutela immediata senza avere consentito al resistente (che, almeno in primo grado, coincide con il portatore dell'interesse pubblico) di rappresentare, almeno informalmente, le proprie ragioni e, soprattutto, le possibili conseguenze negative della misura cautelare sull'interesse da essa perseguito", così M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm. - Tar*, vol. 8, 2009, pag. LIX. Tuttavia, l'A. propende chiaramente, nello scritto citato, per la prevalenza dell'interesse pubblico nella valutazione dei contrapposti interessi, anche perché ritiene che, grazie alla tutela cautelare atipica, il ruolo del giudice sia quello di "regolatore della funzione amministrativa verso il rispetto di quei principi che, tradotti o meno in puntuali disposizioni di legge, devono comunque informarne l'operato e arginarne i potenziali arbitri" (*Ibidem*, pag. LXII). Tuttavia l'A. sembra ritenere, in modo non condivisibile, che "informarne l'operato e arginarne i potenziali arbitri", sia riferito al perseguimento dell'interesse pubblico e non alla tutela del ricorrente che, a prima vista, sembrerebbe lo scopo ontologico del rimedio giurisdizionale.

¹⁰¹ Illuminante ci appare la considerazione che formula a tal proposito C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., pag. 158, la quale ritiene che, dovendo essere la tutela cautelare concepita come una "forma di esercizio di potere giurisdizionale preordinata ad assicurare l'efficacia del provvedimento decisorio definitivo, non dovrebbe essere riconosciuto, in capo al giudice, alcun potere di effettuare valutazioni di opportunità legate all'interesse pubblico, ma soltanto il potere-dovere di effettuare una

periculum deve avere anche il requisito della bilateralità. Ma non potrà non concedere la misura cautelare posta a protezione di un interesse giuridicamente rilevante i cui presupposti di *periculum* e *fumus* siano opportunamente allegati dall'istante e ritenuti sussistenti perché da ciò ne deriverebbe un pregiudizio all'interesse pubblico;¹⁰² in tal caso l'amministrazione *subirà* il pregiudizio (forse potrà agire in rivalsa sui funzionari se ve ne sono le condizioni) anche se ciò andrà a detrimento dell'interesse generale al mantenimento dell'efficacia dell'atto illegittimo, perché questo è un costo che una democrazia matura deve esser anche pronta a pagare.

Invero, nella fase di merito, dopo la piena cognizione della causa, potrà accadere che si ritenga che il ricorrente aveva effettivamente ragione con un ribaltamento della statuizione cautelare. Tale dinamica è, d'altra parte, fisiologica, poiché diversi sono i presupposti su cui si fonda la tutela cautelare e quelli su cui si basa la sentenza che definisce il giudizio. E il giudice, nella motivazione, potrà e dovrà dar conto delle diverse determinazioni che possono assolutamente sussistere, non vedendosi per quale ragione dovrebbe temere la eventuale diversità di segno (fatto del tutto naturale) tra la statuizione resa in fase cautelare e quella contenuta nella decisione definitiva.

3. Caratteri della tutela cautelare: atipicità, provvisorietà e l'ossimoro strumentalità-autonomia.

cognizione sulle condizioni per la emanazione dei provvedimenti cautelari richiesti: l'apparenza del diritto, e il pericolo al diritto apparente", sul punto l'A. riprende E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. ital.*, XVII, Torino, 1970, pag. 938, il quale "osserva che il Consiglio di Stato deve trarre il criterio di giudizio non in base ad una propria valutazione, compiuta in via autonoma e, ci si consenta il termine, pontificale all'interesse pubblico, ma in base alla rappresentazione che ne offre la difesa dell'Amministrazione. Ciò non significa che, per negligenza di quest'ultima, debba accogliersi la domanda di cui si tratta, ma che il giudice debba valutare criticamente la richiesta del ricorrente. Lo schema del ragionamento non dovrebbe essere il seguente: Tizio chiede la sospensiva per i motivi a., b., c., ma l'interesse pubblico esige che tale richiesta non venga accolta; sebbene questo: Tizio ha chiesto, ecc., ecc., ma poiché i motivi adottati non convincono, l'istanza viene respinta. L'interesse pubblico deve essere, cioè, oggetto di 'prudente apprezzamento', tramite la ricostruzione della parte o le opposte ricostruzioni delle parti; non deve trovare un innaturale sbocco nel processo mediante la prudenza privata.

¹⁰² *Rectius*: all'interesse della parte pubblica che ontologicamente coincide con l'interesse generale, ma che in giudizio è comunque sempre l'interesse di una *parte*; al di sopra di questo *tipo* di interesse pubblico, ve n'è un altro tipo: l'interesse pubblico (questo si da perseguire in modo *oggettivo*) alla realizzazione della giurisdizione secondo i canoni costituzionali.

Della *atipicità* della misura cautelare nel giudizio amministrativo introdotta del legge 205 del 2000 se ne è potuta apprezzare la portata innovativa ancor prima che essa fosse introdotta dalla legge, allorquando, in guisa della sua *necessità* per il sistema di giustizia amministrativa, la stessa giurisprudenza, anche sulla scorta delle spinte comunitarie, ne ha anticipato la sostanziale immanenza.

La possibilità per il giudice amministrativo di disporre la misura più idonea alla conservazione dell'utilità finale posta a fondamento del ricorso, anche con misure di tipo propulsivo (c.d. tecnica del *remand*), non solo accentua la capacità di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, ma denota anche il profondo mutamento del rapporto tra la pubblica amministrazione e il cittadino, allorché detto rapporto diventa patologico e viene sottoposto alla cognizione del giudice. Il mutamento procede di pari passo con il mutamento del diritto amministrativo sostanziale che vuole che, normalmente, la pubblica amministrazione, quando non esprime un potere autoritativo, agisca secondo le norme del diritto privato¹⁰³ (art. 1 bis, l. 7 agosto 1990, come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15). Il rapporto tra cittadini e autorità pubbliche diventa parordinato, e anche quando esso non è regolato dal diritto privato, è comunque governato dalle regole del procedimento che, con la loro componente partecipativa¹⁰⁴ garantiscono il coinvolgimento del cittadino nel procedimento, mentre con gli

¹⁰³ Rileva L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte, il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, che la configurazione di un'amministrazione o pienamente autoritaria e quindi sottoposta alla giurisdizione amministrativa o completamente paritaria, sottoposta quindi alla giurisdizione ordinaria, non corrisponde alla realtà della odierna complessità dei rapporti e dell'azione amministrativa, e il diritto amministrativo sta man mano perdendo i caratteri originari di separatezza, della supremazia e della specialità.

¹⁰⁴ In tal senso l'art. 9 della l. 241/90, "Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento" e l'art. 10, "I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento". E, soprattutto, l'art. 10 bis, "Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione".

obblighi di “pubblicità” dell’azione amministrativa, contribuiscono a rendere l’amministrazione pubblica una “casa di vetro”¹⁰⁵ (ci si riferisce, in particolare, agli obblighi di comunicazione delle notizie, artt. 8 e 21 bis l. 241/90; ma anche al diritto di accesso, ex art. 22 e ss l. 241/90, all’istituzione degli U.R.P., ex art. 11 d.lgs. 165/2000 all’individuazione del responsabile del procedimento, artt. 4 e 5 l. 241/90, ecc.). E, ovviamente, anche all’obbligo di motivazione dei provvedimenti (art. 3, l. 241/90).

Pertanto, non solo nei casi di giurisdizione esclusiva, ma anche nella giurisdizione generale di legittimità, il giudice amministrativo sarà chiamato ad estendere la sua cognizione ad ogni aspetto del rapporto amministrativo¹⁰⁶ sottoposto al suo giudizio, e l’atto finale diviene solo il momento lesivo che sarà oggetto di tutela (demolitoria) in sede di merito, liberando il mondo giuridico dall’atto illegittimo, ma gli effetti lesivi di questo, se nelle more della decisione definitiva cagionano un pregiudizio alla parte ricorrente, devono potere essere rimossi con ogni mezzo idoneo (non solo quindi la sospensione dell’atto da annullare). Il giudice, dunque, anche nella fase cautelare, conoscerà del rapporto controverso nella sua interezza.

L’atipicità del provvedimento cautelare, come è stato giustamente detto in dottrina¹⁰⁷, non è analoga a quella dell’art. 700 c.p.c., perché, mentre quest’ultima ha una funzione residuale, di chiusura del sistema, utilizzabile qualora una delle

¹⁰⁵ La nota espressione è di Filippo Turati.

¹⁰⁶ S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 2494, ritiene che la locuzione «rapporto amministrativo» quale oggetto della cognizione del giudice amministrativo “può essere considerata concettualmente valida purché la si intenda in senso differente e più ampio rispetto all’accezione tradizionale, e precisamente come una relazione di collegamento funzionale di due situazioni di vantaggio (interesse legittimo e potere) che « si svolgono parallelamente nel medesimo procedimento» (Scoca). Il riconoscimento di un simile rapporto sostanziale può condurre a costruire il processo amministrativo come un sindacato sulla funzione esplicita nell’ambito del detto rapporto, piuttosto che sull’atto e da questa conclusione non si vede motivo per dissentire. Ciò nonostante, resta fermo che è il provvedimento a costituire il momento espressivo dell’esercizio della funzione e la scaturigine dell’assetto di interessi in cui si cristallizza il rapporto tra amministrazione ed amministrato (Scoca); pertanto, la cautela processuale prestata a fronte di una funzione che appaia *ictu oculi* illegittimamente esercitata non potrebbe consistere nella sospensione dei suoi effetti, e quindi, come si suol dire, del provvedimento medesimo, a meno di non voler affidare al giudice il compito di «gestire» il rapporto. Ma ove proprio a tale ultima conclusione si volesse accedere, la si dovrebbe ulteriormente motivare, ed il ragionamento esplicativo non potrebbe che trarre le sue necessarie premesse dalle norme costituzionali [artt. 24, 103, 113 Cost., n.d.r.]. [...] dovendosi il discorso sviluppare proprio sul piano dell’assiologia costituzionale. Appare dunque di tutta evidenza la neutralità processuale della concezione che fa leva sulla nozione di «rapporto amministrativo», ossia la sua inidoneità a condurre ad una estensione dei poteri cautelari del giudice amministrativo ed a scardinare, sotto il profilo dogmatico, il vigente regime inibitorio”.

¹⁰⁷ Così, F. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., pag. 482.

misure urgenti tipiche del processo civile non sia adattabile al caso di specie; nel processo amministrativo, invece, la tutela innominata, ora ex art. 55 c.p.a., è la sola misura cautelare a disposizione del giudice. Il che, evidentemente, è un notevole vantaggio perché *giustifica* la massima ampiezza di intervento in sede cautelare, in quanto il giudice non deve preliminarmente vagliare l'applicazione di misure tipiche in prima istanza adottabili.

Tale atipicità è, tuttavia, anche foriera di complicazioni connesse alla questione delle *azioni* del processo amministrativo, di cui si dirà innanzi, e anche rispetto alla strumentalità della misura cautelare. E la questione è resa ancora più delicata dalla estensione della tutela cautelare alla nuova modalità *ante causam* introdotta dal Codice, ma già settorialmente vigente già dal 2006.

Il principio di strumentalità esige che il provvedimento cautelare, reso al (sol) fine di conservare integra l'utilità finale da conseguire con la decisione di merito, "non possa sopravanzare, quanto ad ampiezza di effetti, la sentenza che chiude il grado di giudizio."¹⁰⁸ Pertanto, ad essa non è consentito di attribuire al suo beneficiario utilità ulteriori e diverse da quelle che egli potrà incamerare in sede di merito¹⁰⁹. E queste stesse utilità acquisite interinalmente in sede cautelare sono destinate a "sublimarsi" nella sentenza che definisce il giudizio.

Dunque, è evidente come la atipicità della fase cautelare resti in qualche modo "compressa" dal principio della strumentalità,¹¹⁰ in quanto quest'ultimo esclude, in linea di massima, l'autonomia del provvedimento cautelare rispetto a quello che definisce il giudizio¹¹¹.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa, in considerazione della natura *decisoria* dell'ordinanza cautelare e quindi della sua appellabilità, ha configurato

¹⁰⁸ Così, S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 2495.

¹⁰⁹ F. FOLLIERI, *La cautela tipica*, cit., pag. 668, osserva come la giurisprudenza ritiene che "l'area coperta dalla tutela cautelare non può essere più estesa di quella che la decisione conclusiva del giudizio possa di per sé assicurare" (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 1984, n. 17) e che "dalla sospensione consegue direttamente l'inidoneità degli atti sospesi a produrre i propri effetti determinandosi in tal modo una situazione giuridica identica (salvo la sua transitorietà) a quella che si avrebbe se l'atto fosse annullato" (Cons. Stato, Ad. Plen., 1 giugno 1983, n. 14).

¹¹⁰ Cfr., F. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., pag. 483. Diversi autori, come, ad esempio, D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Giuffrè, 2001, pag. 29, ricordano come nell'esperienza francese si conosca l'istituto del *référé* che consente l'emissione di un provvedimento (un ordine) particolarmente incisivo e che opera in assenza (della "strozzatura") del principio di strumentalità rispetto al giudizio a cognizione piena, così il provvedimento non pregiudicherà il merito.

¹¹¹ Cfr., S. TARULLO, *Ibidem*.

l'autonomia del provvedimento interinale rispetto alla questione dedotta in giudizio; quindi, si tratterebbe di un'autonomia dell'incidente cautelare che si esplica esclusivamente sul piano processuale.¹¹²

Invero, già prima dell'entrata in vigore della legge 205 del 2000 che ha modificato l'art. 21 della legge Tar¹¹³, la giurisprudenza amministrativa ha intrapreso ogni via per giungere alla possibilità di ampliare la gamma delle misure cautelari oltre alla mera sospensione dell'atto¹¹⁴. E vi è riuscita, giungendo, prima a configurare la "sospensione" dei provvedimenti negativi e poi ad elaborare le figure delle ordinanze propulsive che impongono all'amministrazione resistente di provvedere dopo la pronuncia giudiziale tenendo conto dei profili individuati dal giudice e trascurati

¹¹² La ricostruzione è di S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pagg. 2496 - 2497, che riprende sul punto l'Adunanza Plenaria del 20 gennaio 1978, n. 1 e il conseguente pensiero di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pagg. 311 e ss., secondo cui "la configurazione del provvedimento cautelare come autonomo provvedimento decisorio è «teoricamente accettabile» a condizione che non si acceda ad una nozione eccessivamente ristretta di «decisione». L'A. riferisce anche la posizione più "restrittiva" (ma che appare più condivisibile) di E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo cautelare e doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pag. 552, secondo cui "l'autonomia indica soltanto che il processo cautelare ha presupposti diversi da quelli del processo principale, ma non dimostra l'esistenza di un giudizio in senso tecnico né di una sentenza che lo definisca". D'altra parte, l'A. (*ibidem*) riferisce anche come lo stesso Consiglio di Stato, con l'A.P. del 5 settembre 1984, n. 17, abbia affermato che strumentalità ed autonomia possono convivere. E come lo stesso Calamandrei ritenesse che il carattere di strumentalità del provvedimento cautelare non impedisce allo stesso di passare in giudicato (*ibidem*).

¹¹³ Cfr., R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit. pag. 173, che richiama sul punto Consiglio di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87, il quale ammette l'"adozione da parte del giudice amministrativo di provvedimenti propulsivi che assicurino l'attuazione dell'ordinanza di sospensione e quindi la produzione dei connessi effetti soddisfattivi, ancorché in via interinale, dell'interesse azionato, è principio valido anche anteriormente alla riforma di cui alla l.n. 205/2000".

¹¹⁴ S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3, 2011, pagg. 917 - 919, osserva come già con la riforma introdotta con la legge 205 del 2000 si realizzava "una inammissibile discrasia tra la pronunzia di merito e la pronunzia cautelare, perché mentre con la pronunzia di merito il giudice amministrativo poteva solo annullare l'atto, facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, nell'ambito del giudizio cautelare, invece il giudice [...] può disporre «le misure più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso». E poiché, ricorda l'Autore, il Consiglio di Stato con l'A.P. n. 6 del 1982 affermava che «in capo al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare si ha la concentrazione della competenza normalmente propria del giudice dell'esecuzione a dettare le misure occorrenti all'esecuzione ed al suo corretto e spedito svolgimento, nonché della competenza a risolvere ogni contestazione o difficoltà insorta nel corso dell'esecuzione medesima», è possibile che si concretizzino casi in cui l'ordinanza cautelare vada al di là di quanto disponga la pronunzia di annullamento di merito. E vengono riportati alcuni esempi che sintetizziamo: sospensione dell'approvazione della graduatoria per l'assegnazione di contributi comunali per la ristrutturazione: il giudice disponeva l'accantonamento da parte del Comune concedente di un importo pari al contributo massimo. Oppure, gara d'appalto, impugnazione del termine di presentazione delle offerte ritenuto incongruo per complessità degli adempimenti a carico dei concorrenti: già in fase cautelare il giudice disponeva la posposizione del termine. L'A. ritiene che con l'entrata in vigore del Codice amministrativo la discrasia venga eliminata, perché all'atipicità della tutela cautelare, si affianca la atipicità della sentenza di merito.

dall'amministrazione precedente, è la c.d. tecnica del *remand*¹¹⁵. Attraverso tale meccanismo il provvedimento cautelare del giudice si pone quale riferimento per la rinnovazione dell'azione amministrativa successiva alla misura collegiale, in casi più estremi, si è arrivati a configurare la natura *sostitutiva*¹¹⁶ del provvedimento del giudice che andrebbe a fungere da vero e proprio provvedimento amministrativo che si sostituisce a quello annullato.

La questione si pone in particolare rispetto alla tutela pretensiva, laddove, a fronte del diniego della pretesa della parte privata, si pone il problema, non solo della "sospensione" di tale diniego, ma della successiva edizione del potere amministrativo che deve essere inteso a conferire il *bene* della vita preteso e precedentemente (illegittimamente) negato.

Questa tendenza ha certamente eroso il principio di strumentalità a favore di quello di autonomia della fase cautelare già prima della riforma del 2000; e dal momento in cui la stessa disciplina sulla tutela cautelare è stata riformata con

¹¹⁵ Le diverse definizioni utilizzate per descrivere i vari tipi di misure, ordinanze propulsive, ordinatorie, *remand*, ordinanze "di merito", etc. indicano tutte i provvedimenti con cui il giudice "sollecita" l'amministrazione a riesaminare il provvedimento impugnato valutando profili precedentemente trascurati. Con il *remand* il giudice non solo sospende l'atto, ma ordina all'amministrazione di riesaminare l'intera situazione tenendo presente i profili sollevati dal ricorrente, ma l'amministrazione resta libera, nel rispetto delle statuizioni della sentenza, di determinarsi in senso positivo o negativo rispetto gli interessi del ricorrente; le ordinanze propulsive sostitutive invece impongono all'amministrazione di attribuire al ricorrente direttamente il bene della vita dedotto in giudizio, si tratta quindi di provvedimenti che possono essere ritenuti ammissibili solo dove l'attività amministrativa è vincolata o scarsamente discrezionale, cfr. S. RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2008, pagg. 62 - 64. L'Autore riprende sul punto un'interessante considerazione di R. GAROFALI, *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.*, vol. 4, 2002, che afferma che "nulla esclude, tuttavia, che, a seguito dell'ordinanza propulsiva, l'amministrazione rivaluti e riveda in senso pienamente soddisfacente per l'amministrato-ricorrente il proprio precedente operato, in specie adottando l'atto favorevole invano invocato in prima battuta, senza tuttavia mostrare di farlo in quanto tenuta a dare esecuzione alla misura cautelare, ma nel pieno e consapevole esercizio, eventualmente solo in modo indiretto stimolato dalle argomentazioni sviluppate nella parte motiva dell'ordinanza interinale, della propria potestà di autotutela decisoria spontanea. Ferma restando la necessità di verificare in concreto che il nuovo provvedimento pienamente soddisfacente sia stato effettivamente adottato dall'amministrazione non già in esecuzione della cautela ma con l'acquisita consapevolezza di ovviare all'illegittimità commessa e di riesercitare, dunque, *ex novo* ed autonomamente il proprio potere".

¹¹⁶ Ammesse in determinate circostanze dal giudice amministrativo ove il provvedimento avesse natura vincolata, si veda, Consiglio di Stato con la sentenza della V sezione del 21 giugno 1996, n. 1210, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pag. 167, annotata da A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, che afferma come nell'ambito del giudizio cautelare "è consentita la tutela degli interessi pretensivi a fronte di provvedimenti negativi della pubblica amministrazione, mediante l'adozione di misure d'urgenza di contenuto positivo, determinate autonomamente dal giudice e con efficacia meramente interinale".

l'introduzione della atipicità del provvedimento cautelare, è stato ancora più semplice per il giudice proseguire su questa strada¹¹⁷.

A questo punto, la questione diventa la seguente: l'autonomia del giudice nel formulare ed erogare la tutela cautelare modellandola in modo sempre più dettagliato al caso concreto, anche, di fatto, imponendo un *facere* all'amministrazione, viola il principio secondo cui il giudice non può intervenire nell'attività amministrativa o risponde all'idea di costituzionalizzazione del principio di effettività giurisdizionale che esige la piena riparazione della lesione, la quale, in molti casi, non può che passare dalla tutela cautelare?

Il problema si pone in modo più evidente qualora la pubblica amministrazione, onde conformarsi al *dictum* cautelare (ma successivamente anche al *decisum* di merito in cui si riverbererà necessariamente l'assetto definito dal giudice già in fase cautelare ed eventualmente anche in sede di ottemperanza) abbia o meno margini di discrezionalità. Così, quando l'attività oggetto del provvedimento giurisdizionale è vincolata nell'*an*, il provvedimento *impositivo* cautelare, anche ove si spingesse ad individuare le concrete modalità di attuazione dell'attività vincolata al pari di come accadrebbe in sede di giudizio di ottemperanza, non creerebbe particolari problemi legati al riparto di attribuzioni fra poteri e non violerebbe il principio di strumentalità¹¹⁸ della tutela cautelare.

Viceversa, quando il risultato utile da attribuire al ricorrente può essere ottenuto attraverso modalità che passano dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione onerata, il provvedimento del giudice non può contenere statuizioni che coinvolgano il merito amministrativo, pena lo straripamento di potere da parte del giudice nella sfera delle prerogative riservate

¹¹⁷ Come giustamente osserva D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, cit., pag. 28, commentando la particolare attenzione che la legge 205 del 2000 ha rivolto al processo cautelare al fine di potenziarne la rilevanza rispetto al giudizio amministrativo in generale; anche al fine di attribuirgli un ruolo "acceleratorio" rispetto alla esigenza di tutela effettiva che contrasta con la lunghezza fisiologica del giudizio di merito; ruolo che certamente il giudizio cautelare ha e che spicca ancor di più alla luce dell'introduzione del codice del processo amministrativo, così l'A. rileva come "conseguenza di questa nuova impostazione rafforzata anche dall'influenza dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria è quella del superamento del rigido collegamento di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito, nel senso che la strumentalità assume sempre più connotati anticipatori rispetto alla decisione finale, come del resto avviene per il processo civile, fermo restando evidentemente l'obbligo di non esorbitare dai poteri cognitori e decisorii stabiliti per la sentenza di merito".

¹¹⁸ Questa specifica situazione è definita da S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. 2526, come "strumentalità allargata".

all'amministrazione; e quindi, in tal caso, dovrebbe essere negata la misura cautelare, salva la mera sospensione dell'atto, in attesa che la pubblica amministrazione si determini in esercizio delle prerogative discrezionali ad essa riservate¹¹⁹.

Circa il modo di atteggiarsi della strumentalità, è necessario, quindi, operare una distinzione tra sospensione di atti negativi (a tutela di interessi pretesivi) e sospensione di provvedimenti positivi (a tutela di interessi oppositivi)¹²⁰. Mentre il problema della strumentalità non si pone per questi ultimi, assume, come abbiamo visto, particolare rilievo per i primi. In quanto, nella riedizione del potere dopo l'annullamento dell'atto negativo, l'amministrazione potrebbe, rinnovare ancora in senso negativo l'attività precedentemente annullata sulla scorta di nuovi profili non contenuti nella sentenza di annullamento. E così può accadere che, nelle more della sentenza definitiva, il provvedimento cautelare, al fine di mantenere integra l'utilità finale, possa, seppur temporaneamente, garantire al ricorrente di più di quanto effettivamente egli otterrebbe dopo la sentenza e a seguito del riesercizio del potere. Cioè, la tutela cautelare, finché dura, lo protegge anche dalla successiva attività amministrativa. È quindi necessario che la sentenza di merito si occupi anche della successiva azione amministrativa: prevedendo, innanzitutto, l'obbligo dell'amministrazione di provvedere ed è poi necessario che la sentenza di annullamento abbracci tutti i profili, anche sostanziali, adottati col ricorso (sperando che questo li deduca) e non procedere invece alla tecnica dell'assorbimento dei motivi. In tal modo, sarà notevolmente ridotto l'ambito discrezionale della successiva attività e avrà più forza l'effetto conformativo della sentenza. Quindi, in tale ambito, la strumentalità si pone in relazione, non alla decisione di merito (l'annullamento), bensì al successivo momento ampliativo della rinnovazione dell'attività amministrativa, ovviamente la sentenza (e non sarà facile) dovrà tuttavia

¹¹⁹ Osserva D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari*, cit., pag. 59, come "a fronte di questo fenomeno si trovano contrapposte due linee di tendenza: quella che vuole comunque realizzata la tutela cautelare effettiva in virtù degli artt. 24 e 113 Cost. e dei principi comunitari e quella che vuole rispettato il limite al potere giurisdizionale che vieta al giudice di sostituirsi alle scelte dell'amministrazione".

¹²⁰ Il ragionamento che segue è di E. FOLLIERI, cit., pagg. 665 - 674, dovendosi ritenere uno dei fondamentali costrutti teorici in materia di tutela cautelare, indispensabile per comprendere come essa possa fungere da strumento di effettività della tutela anche oggi.

prevedere tale momento satisfattivo dell'interesse finale. E quindi, da questo punto di vista, la strumentalità torna a tendersi tra decisione cautelare e decisione di merito. Ma tale ordine di ragionamento, si pone anche in relazione alla tutela oppositiva, anche in tal caso la successiva azione amministrativa potrebbe riproporsi in danno al ricorrente, ove i motivi di ricorso per annullamento cadano su profili "formali o strumentali" dell'atto impugnato. L'amministrazione, riattivandosi, esclude tali profili, ma giunge allo stesso risultato sostanziale. In questo caso (come per gli atti negativi), la sospensione dell'atto genererà una protezione più ampia di quella offerta dalla sentenza, garantendo che, finché sussiste la cautelare, il ricorrente sarà tenuto indenne dalla successiva attività.

Da ciò se ne deduce che la strumentalità deve essere, comunque, "relativizzata" alla sentenza che definisce il giudizio e non all'utilità finale sostanziale che potrà dover essere ulteriormente "inseguita" con un nuovo giudizio allorché l'amministrazione si ridetermini in modo nuovamente lesivo per il ricorrente, e sempre se ve ne sono gli estremi, cioè sempre se la successiva attività non sia legittima.

Il Codice del processo amministrativo ha confermato, di principio, il ruolo non autonomo della tutela cautelare, stabilendo, al 1° comma dell'art. 55 c.p.a., che le misure cautelari vengono richieste e (eventualmente) concesse "durante il tempo necessario agli effetti della decisione di merito" e producono "interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Inoltre, altre norme del Codice sembrano volere quasi "puntellare" il principio di strumentalità, come se la sua immanenza stesse "sfuggendo di mano" scivolando verso una sempre più accentuata autonomia.¹²¹

Tuttavia, non è possibile non vedere, specialmente alla luce del rinnovato assetto processuale voluto dal Codice del 2010, nel giudizio cautelare, non più una semplice "fase incidentale", come lo era tradizionalmente, bensì, appunto, un vero e proprio giudizio (autonomo) dotato di una struttura organica che gli consente di dispiegarsi nel processo in maniera del tutto indipendente dal

¹²¹ Così, la previsione dell'obbligo della domanda di fissazione dell'udienza di merito ai fini della procedibilità della domanda cautelare (art. 55, comma 4°).

giudizio principale,¹²² anche se poi il suo “destino” sarà comunque legato a quest’ultimo¹²³. D’altra parte, regolando il giudizio cautelare, è lo stesso Codice ad “ammettere” che la misura cautelare può determinare “*effetti irreversibili*”, disponendo così la facoltà del collegio di subordinare la concessione del provvedimento interinale (che a questo punto tanto interinale non è più) alla prestazione di una cauzione (art. 55, comma 2°, c.p.a.).

Pertanto, una serie di “indizi” sembrerebbero suggerire che il Codice abbia voluto “serrare” il rapporto fra fase cautelare e decisione di merito, proprio per ridare forza al principio di strumentalità.

E così, la previsione in ordine alla statuizione sulle spese in fase cautelare (art. 57 c.p.a.), che da facoltativa, come nella vigenza della precedente normativa, diviene obbligatoria.¹²⁴ E ancora, il favore che il Codice presta alla decisione in forma semplificata (istituto che comunque era già previsto dalla precedente disciplina) qualora istruttoria e contraddittorio siano completi e le parti siano state sentite in camera di consiglio. Ma rileva anche la previsione di cui all’art. 119, comma 3°, riferita ai riti speciali, per cui il tribunale, “*accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l’integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell’ordinanza,*” e il successivo art. 120, comma 6°, c.p.a., in materia di appalti

¹²² Si pensi ad esempio all’istruzione probatoria posta in essere nella fase cautelare, non solo mirata alla valutazione del *periculum*, ma anche, e soprattutto, a soppesare il *fumus* (art. 55, comma 12°). Non si può non vedere che tanto più ricca, anche dal punto di vista istruttorio, è la fase cautelare, tanto meno spazio residuerà al giudizio principale nel poter dire qualcosa di più di ciò che non sia già stato detto in fase cautelare. Ciò non toglie che il giudice deve essere comunque “capace” di tornare sul proprio *decisum* cautelare in fase di merito, dopo che la cognizione è stata compiuta in maniera piena, modificando il proprio giudizio. Ed è dunque fondamentale che la giurisprudenza, di tanto in tanto, ribadisca il principio della non vincolatività della decisione cautelare per la decisione di merito, come ha fatto ad esempio il Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 luglio 1996, n. 814.

¹²³ Già molti anni fa, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. II, pag. 1464, parlava della fase sospensiva del processo amministrativo come un vero e proprio giudizio autonomo (processo nel processo).

¹²⁴ Anche se molte volte le ordinanze ne sono sprovviste e rinviando al merito sul punto. Ma ovviamente ciò dipende dalla circostanza che la statuizione sulle spese introdotta con la norma in parola non ha (esattamente) la stessa funzione riparatrice che ha in sede di merito, vale dire, quella di seguire la soccombenza. Anche in sede cautelare seguirà la soccombenza, ma generalmente il giudice contempererà la più o meno manifesta infondatezza della domanda cautelare e la disporrà in ordinanza solo ove la infondatezza della domanda cautelare poteva essere ragionevolmente prevista dall’istante e/o che essa sia stata avanzata a meri fini di strategia difensiva, cfr. in tal senso R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, pagg. 84 - 86.

pubblici, laddove si dispone che “quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'articolo 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'articolo 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità”. Ma anche la disciplina sulla competenza territoriale e funzionale disciplinata dagli artt. 13, 14 e 15, il cui comma 5° anticipa già alla fase cautelare il ripristino della corretta competenza, così anche la decisione sulla domanda cautelare sarà subordinata alla circostanza che a pronunciarla sia il giudice territorialmente o funzionalmente competente (art. 55, ultimo comma). Peraltro, di recente, la giurisprudenza ha esteso tale disciplina anche alla materia degli appalti.¹²⁵

Le norme testé riferite sembrerebbero volere, appunto, “riconfermare” la necessità del rispetto del principio della strumentalità della fase cautelare rispetto alla fase di merito, strumentalità della cui “attenuazione” sembra voler “prendere atto” il legislatore e reagirvi di conseguenza.

Se allo scenario appena rappresentato, si aggiunge il dato della diffusione della tutela monocratica *post causam* e l'introduzione della tutela cautelare *ante causam*, si ha quasi l'impressione che tali due forme di rimedio anticipato (e ultra-anticipato) fungano quasi esse stesse da “incidente” cautelare¹²⁶, mentre il giudizio cautelare collegiale assurga ad “esito terminale del “giudizio”, relegando a un ruolo meramente eventuale la fase di merito, posto che l'interesse *sostanziale* potrebbe già essere stato ottenuto.

¹²⁵ Si veda, Tar Lazio, Sez. III, 11 novembre 2010 (ordinanza), con commento di V. LEONE, *Il quadro normativo in materia di competenza territoriale del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 4, 2011, pagg. 1113 - 1119.

¹²⁶ È indubbio come si stia delineando un assetto che vede sempre più le forme di tutela cautelare anticipata da decreto monocratico, quali momenti in cui già si sviluppa, seppure in modo embrionale, il “processo”, con alcuni dei suoi elementi caratteristici fondamentali, quali la verifica della effettiva sussistenza di un *minimum* di contraddittorio e di istruttoria. Con la conseguente possibilità di annullamento, ad esempio, del decreto cautelare monocratico reso ex art. 21, comma 9, L. 1034/71 (ora art. 56 c.p.a.) qualora non vi sia prova della circostanza che “la controparte sia resa edotta di tale richiesta giudiziale e sia messa in condizione di poter invocare una forma anche rudimentale di contraddittorio”. Così, Cons. di Stato, Sez. V, 5 agosto 2010, n. 3879 (decreto) che riforma Cons. di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 3851 (decreto), con commento di S. SCOCA, *Tutela monocratica: nel D.Lgs. n. 104/2010 residua qualche lacuna*, in *Giurisprudenza ital.*, 2011, n. 1, pagg. 192 - 201., l'A. definisce, tra l'altro, la fase monocratica “una sotto-fase della fase cautelare” (pag. 200).

4. Ampiezza e limiti dell'ordinanza cautelare e azioni esperibili nel processo amministrativo.

Il problema di quale siano i limiti dell'ordinanza cautelare si collega immediatamente con quello dei poteri attribuiti al giudice della cautela, il quale, al fine di preservare l'interesse dedotto in giudizio in vista della decisione di merito, "potrebbe" disporre in modo più ampio di quanto non possa fare il giudice del merito.

La questione si pone in modo più evidente con l'approvazione della legge n. 205 del 2000 che *atipicizza* la misura cautelare, rendendo più efficace ed effettivo l'ampliamento della tutela che può chiedersi alla giustizia amministrativa e fungendo, in un certo senso, da "volano" all'estensione delle tipologie di azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo che, potenzialmente diventano (o potrebbero diventare) tante quante sono le tipologie di intervento cautelare assentibili, quindi un numero indefinito.

Infatti, se la mera sospensione dell'atto era, in passato, misura coerente con la sola azione costitutiva esperibile innanzi al giudice amministrativo della legittimità generale prima alla riforma del 2000, il quale poteva erogare solo la tutela demolitoria, l'ampliata gamma delle azioni ora proponibili estesa alla tutela risarcitoria e (parzialmente) a quella dichiarativa, attribuiscono al giudice la possibilità di emettere anche sentenze di condanna, non solo al risarcimento del danno, sia per equivalente, sia in forma specifica, ma anche sentenze di condanna che abbiano per oggetto l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, anche se con talune (importanti) limitazioni.

Il percorso, per così dire, ampliativo, delle possibili azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo¹²⁷ inizia quando ancora era conosciuta solo la tipica figura del processo di annullamento¹²⁸ che sfocia in una sentenza demolitoria

¹²⁷ Il presente *excursus* farà riferimento solo alle azioni di cognizione *principali* (annullamento, condanna, accertamento), ma, a parte l'azione cautelare e quella di ottemperanza, l'odierno processo amministrativo, come riordinato dal d.lgs. 104/2010, conosce nuove specifiche azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, la più rilevante dal punto di vista innovativo sono le diverse *class action* contro la pubblica amministrazione.

¹²⁸ La definizione è di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 2002, pag. 225.

dell'atto illegittimo, cioè il processo di impugnazione che viene definito da una sentenza costitutiva (ora all'art. 29 c.p.a.)¹²⁹.

Riguardo al processo annullatorio, dottrina autorevole, sia risalente (Chiovenda, Cammeo, Mortara, Benvenuti) che contemporanea (Domenichelli), individuava, già molto tempo prima delle più recenti riforme legislative e senza bisogno di tali riforme, anzi già all'inizio del secolo scorso, la continenza, all'interno dell'azione costitutiva di annullamento, di un nucleo ulteriore¹³⁰ della sentenza

¹²⁹ Per la prima volta il codice disciplina le azioni ammissibili nel processo amministrativo (Capo II del Titolo III del Libro I) e si tratta di una disciplina di natura sostanziale. A tal proposito, è interessante ciò che ci fa notare E. FOLLIERI, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), cit., pagg. 184 - 185, vale a dire che la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 44 della legge delega n. 69/2009 (che ha dato mandato al governo di redigere il testo poi sfociato nel decreto legislativo n. 104 del 2010) aveva redatto una disciplina riguardante le azioni molto più consistente di quella, assai scarna, prevista dal codice; erano infatti previsti ben sette articoli che disciplinavano le azioni di accertamento, avverso il silenzio, di annullamento, di condanna, di adempimento, e esecutive e cautelari. Tuttavia il Codice, nel testo licenziato, non ha però incluso l'azione di adempimento e l'azione di accertamento (ad eccezione di quella di dichiarazione di nullità), ma anche l'azione esecutiva e l'azione cautelare, non sono espressamente menzionate nel catalogo delle azioni. Ci fa notare ancora l'Autore come però non potremmo da ciò dedurre la esclusione di tali ultime due azioni dalla previsione codicistica perché non menzionate, infatti per loro esiste una espressa previsione, dacché se ne deve dedurre che la circostanza che azione di adempimento e dichiarativa siano state espunte dal Codice non significa che non siano ammissibili; la loro ammissibilità si dovrà ricavare dalle pronunce del giudice il quale, in relazione alla prospettazione delle parti eserciterà il corrispondente potere inteso a dare soddisfazione alla domanda del ricorrente, occorrendone i presupposti. Per cui il ricorrente, nel formulare la domanda dovrà fare riferimento, non solo alla disciplina positiva, ma anche alle pronunce giurisprudenziali che "costruiscono" la specifica azione che si sta promuovendo. L'A. trae forza per tale convinzione facendo riferimento alla previsione codicistica che attribuisce al giudice amministrativo, nei casi di giurisdizione di merito, il potere di adottare "un nuovo atto" ovvero di modificare o riformare quello impugnato. Infine, l'A. avverte, giustamente, che l'"impianto complessivo del Codice" va interpretato alla luce dei principi fondamentali sul processo, in parte dallo stesso Codice richiamati agli artt. 1 e 2.

La pregevole ricostruzione del percorso di elaborazione dell'ampliamento delle azioni nel processo amministrativo attraverso l'opera di elaborazione giurisprudenziale è condivisibile, ma che le azioni di accertamento e di adempimento siano state espunte dal Codice per ragioni contingenti, benché le stesse siano comunque desumibili dallo stesso *corpus* normativo, sembra più un atto di buona fede nei confronti del legislatore delegato, che non un dato di fatto: non si vede perché istituti così importanti per il diritto amministrativo, quali le azioni ammissibili nel processo amministrativo, per lo più allorché vi è l'occasione della sistemazione codicistica, non debbano essere positivamente regolati. Inoltre, non può sottacersi della previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 34 c.p.a. che espressamente prevede che "*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*". Sembra invece, ovviamente è solo la sensazione di chi scrive, che il legislatore delegato abbia voluto lasciare intatto lo *status quo ante* al fine di evitare che il giudice amministrativo sposti eccessivamente in avanti l'orizzonte del suo territorio a discapito di un paradigma di potere che deve potere contare sulla esistenza di un limite certo che la giurisdizione non dovrebbe sentirsi autorizzata ad oltrepassare.

¹³⁰ Secondo C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit., pag. 187, "non potrebbe essere altrimenti spiegata la norma relativa all'ordine che il giudice deve impartire all'amministrazione con la sentenza di accoglimento, di dare ad essa esecuzione (art. 65 R.d. n. 642 del 1907), né quella secondo cui l'esecuzione delle sentenze si fa in via amministrativa (art. 88 del R.d. n. 642 del 1907): norme che si riferiscono a quello che oggi viene comunemente definito come l'effetto ripristinatorio proprio delle sentenze costitutive intervenute sugli atti ablativi, ma che ben possono essere riferite, e venivano invero riferite da una parte della dottrina, a quella particolare attività di esecuzione che è imposta dalla sentenza di annullamento del diniego, nella parte in cui in questa è individuabile l'ordine, impartito dal giudice amministrativo, di nuovamente esercitare il potere".

stessa, idoneo a generare nei confronti della pubblica amministrazione prescrizioni “di fare o di non fare, di revocare determinati atti o di emetterne di nuovi, secondo che il contenuto subiettivo del cittadino ha contenuto positivo o negativo.”¹³¹

Dunque, già solo in presenza del modello processuale meramente cassatorio, era possibile ottenere anche una pronuncia giurisdizionale che, in caso di annullamento del provvedimento positivo, indicava un “percorso conformativo” che l’amministrazione doveva seguire nel rinnovare l’attività cassata, e stesso discorso avveniva avverso il diniego dell’amministrazione: anche l’atto negativo veniva “demolito” con la prescrizione all’amministrazione di agire emettendo il provvedimento negato conformemente al dettato della sentenza. Naturalmente, in quest’ultimo caso, in relazione al contenuto della sentenza, l’effetto conformativo conterrà solo la prescrizione del riesercizio del potere (se l’ambito sostanziale affida una prerogativa discrezionale all’amministrazione precedente) ovvero l’emanazione dell’atto positivo (se si tratta di attività vincolata o a bassa discrezionalità).

Peraltro, oggi, la portata dispositiva della norma che disciplina tale azione è “potenziata” rispetto al passato; infatti, la previgente disciplina, faceva riferimento espresso agli “atti o ai provvedimenti”, oggi, invece, è previsto che il giudice abbia cognizione sull’*“esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

Pertanto, accanto al tradizionale nucleo demolitorio, la sentenza di annullamento contiene, “geneticamente”, anche un nucleo di tipo conformativo; quindi la sentenza è contemporaneamente costitutiva e di accertamento o dichiarativa.

Già la giurisprudenza coeva alla prima dottrina che ha individuato l’effetto conformativo della sentenza costitutiva ne ha fatto applicazione senza difficoltà.

Il secondo tipo di processo è quello nascente dall’azione di condanna (art. 30 c.p.a.). Per ciò che concerne i casi di giurisdizione esclusiva il potere di condanna

¹³¹ Così, F. CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. Ital.*, 1911, III, c. 24, come riportato da C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit., pag. 182.

del giudice amministrativo è esteso a tutti i casi di lesione di diritti soggettivi, ivi inclusa l'ordinanza ingiunzione (per la quale il codice rinvia interamente alla relativa disciplina processual-civilistica, art. 118 c.p.a.). Per la lesione degli interessi legittimi l'azione risarcitoria può accompagnarsi a tutti i casi di danno conseguente alla lesione degli stessi derivante da attività o da inerzia (illegittime) della pubblica amministrazione, in forza della modifica operata dalla legge n. 205 sull'art. 7 L. Tar., disciplina oggi trasfusa nel summenzionato art. 30 c.p.a., che vede, dunque, attribuita al giudice amministrativo della legittimità generale il potere di condannare al risarcimento del danno.

Inoltre, il codice del processo amministrativo ha (parzialmente) risolto (anche se è più un compromesso) anche l'annosa questione della "pregiudiziale amministrativa" che ha visto, specie gli ultimi anni precedenti all'approvazione del codice, Consiglio di Stato e Corte di Cassazione scontrarsi in modo veemente sulla esistenza o meno del necessario presupposto della impugnazione dell'atto lesivo per potere chiedere il risarcimento del danno da esso cagionato. Con la riforma del 2010, che avrebbe trovato una sorta di soluzione intermedia, è possibile chiedere, entro un termine decadenziale di 120 giorni dalla conoscenza dell'atto lesivo o dal fatto che ha cagionato il danno, il risarcimento del danno da esso derivante, senza che sia necessario preliminarmente (o contestualmente) impugnare l'atto, che quindi continuerà a vivere nel mondo giuridico pur essendo considerato illegittimo e fonte di danno (art. 30, 2° comma, c.p.a.); per cui la cognizione del giudice sull'atto avviene in termini esclusivamente *incidenter tantum*. È ovvio che quando il risarcimento del danno scaturisca da un diritto soggettivo e non da un interesse legittimo, il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria è quello prescrizione.

Sicché, l'azione annullatoria e l'azione risarcitoria, oggi, anche in ambito di giurisdizione generale di legittimità, "respirano a pieni polmoni", in quanto sono certamente ben strutturate nel processo amministrativo: l'azione annullatoria è corroborata dall'effetto conformativo che ne amplifica la capacità "modificativa"; mentre l'azione risarcitoria, dopo la riforma del 2000 e con la sicura risarcibilità degli interessi legittimi e ora anche con la (semi)abolizione della "pregiudiziale", rende completa la tutela costitutiva anche in sede di giudizio di legittimità.

Accanto alle due azioni di cui sopra, troviamo anche l'azione di accertamento o dichiarativa, categoria di azione, questa, ampiamente esperibile nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva, dove tipicamente la struttura impugnatoria del processo è insufficiente a definire l'ambito di cognizione del giudice, che normalmente si estenderà all'intero fascio di rapporti che legano il privato all'amministrazione e che vedono, generalmente, controvertere le rispettive posizioni su diritti soggettivi, ma a volte, parallelamente, su posizioni di interesse legittimo. E molto spesso le due categorie di posizioni giuridiche sono tra loro inestricabilmente intrecciate. La particolarità di queste azioni è data dal fatto che non è necessario per la parte ricorrente indicare un atto impugnato, né specificare i vizi dell'atto; inoltre, il *petitum* non consiste nella domanda di annullamento e l'azione non è soggetta al termine decadenziale, bensì al termine prescrizione del diritto di cui si invoca la tutela; e, diversamente a quanto accade nel processo di impugnazione, è ammissibile la disapplicazione in via incidentale dell'atto.¹³²

L'azione di accertamento non è invece prevista, in generale, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, così come non è prevista l'azione di adempimento, salvo il caso specifico delle azioni contro il silenzio-inadempimento¹³³ (art. 31 c.p.a.), per l'esercizio delle quali è previsto un apposito giudizio accelerato specificamente disciplinato, oggi, dall'art. 117 c.p.a..¹³⁴

La specificità dell'azione contro il silenzio, che dà vita a un processo camerale, è che essa sfocia in un provvedimento del giudice (adottato con sentenza succintamente motivata) che non solo accerta, ma anche obbliga l'amministrazione silente a provvedere. Quindi è un provvedimento che reca

¹³² La sintetica ricostruzione è ispirata (ma poi aggiornata) da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pag. 259.

¹³³ L'inquadramento sistematico trae spunto da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pagg. 226 - 227, ma ovviamente, la sistemazione codicistica delle "azioni" del processo amministrativo scompagina le precedenti sistemazioni teoriche.

¹³⁴ Recentemente è stato ribadito come l'azione contro il silenzio, tipicamente intesa alla tutela dell'interesse legittimo e certamente inapplicabile alle istanze volte a far valere diritti soggettivi, abbia duplice natura, dichiarativa e di condanna a un *facere* se l'attività oggetto del silenzio serbato sia "interamente vincolata", così M. NEFELI GRIBAUDI, *Ricorso avverso il silenzio inadempimento: un rimedio speciale esclusivo dell'interesse legittimo*, in *Il Codice del Merito*, n. 3, 2011, pag. 327, in occasione del commento a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 29 settembre 2010, n. 7917, pagg. 325 - 328.

seco anche una componente di condanna, infatti essa “può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.” (art. 31, 3° comma, c.p.a.). Accoglie in tal modo il legislatore l'interpretazione della giurisprudenza maggioritaria (ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1873) secondo cui, il sindacato sulla fondatezza dell'istanza è ammissibile solo allorché detta istanza sia diretta a sollecitare l'esercizio di un potere vincolato.¹³⁵ Pertanto il giudice non può sostituirsi all'amministrazione adottando il provvedimento richiesto, ma può limitarsi solo a pronunciare sull'obbligo di provvedere in ordine ad atti dovuti o vincolati.¹³⁶ L'azione può essere proposta finché perdura l'inadempimento e non oltre un anno dal giorno in cui è scaduto il termine per completare il procedimento. Altra azione di accertamento codificata è quella contro la nullità¹³⁷.

Da tale succinta schematizzazione emerge subito una rilevante considerazione: il ventaglio delle azioni di cognizione esperibili innanzi al giudice amministrativo,¹³⁸ allorché dedotta in giudizio è una posizione di interesse

¹³⁵ Recentemente, si registrano voci in giurisprudenza che all'attività vincolata equiparano anche quella di natura discrezionale ma rispetto alla quale l'amministrazione ha già espresso il proprio giudizio valutativo, in tale senso T.A.R. Catanzaro, Sez. I, 5 marzo 2011, n. 324, evidenziata da M. DIDONNA, *Osservatorio di diritto amministrativo*, in *Il Corriere del Merito*, n. 5, 2011, pagg. 522 - 523.

¹³⁶ N. PAOLANTONIO, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Giappichelli, 2011, pag. 331.

¹³⁷ Art. 31, 4° comma, c.p.a. “La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza 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 restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV”. Disciplina (sulla quale non ci soffermeremo) alquanto singolare per diversi aspetti, primo fra tutti: la previsione di un termine decadenziale per opporsi a un atto che, essendo nullo, dovrebbe generare una lesività soggetta ai termini prescrizionali.

¹³⁸ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010, rileva come, il testo di proposta di Codice che la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, annoverava l'intera gamma delle azioni, sulla scorta della ampiezza di disciplina contenuta nella legge delega (gamma che è stata però “amputata” dalla redazione definitiva); l'A. mette in evidenza come la “proposta utilizzava tutte le potenzialità della legge di delega (art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69) che prefigurava una disciplina delle azioni improntata al principio della completezza dei mezzi di tutela e della strumentalità delle azioni rispetto ai bisogni di tutela correlati alle situazioni giuridiche sostanziali. Mirava inoltre a riordinare la pluralità di azioni introdotte nel corso del tempo dal legislatore in modo episodico e disordinato. Infine, porre in primo piano le azioni segnava un progresso culturale rispetto all'approccio tradizionale. Infatti il sistema normativo previgente aveva come punto focale i poteri del giudice e il perimetro della giurisdizione amministrativa, partendo dai quali l'interprete ricostruiva poi le azioni ammissibili nel processo amministrativo. Il Codice, invece, rovesciando l'impostazione, pone al suo centro le situazioni giuridiche soggettive e i bisogni di tutela ad esse correlati e,

legittimo, resta sostanzialmente relegato all'azione costitutivo-annullatoria (arricchita dalla possibilità della condanna al risarcimento del danno) e dotata, come abbiamo visto, di un "nucleo conformativo" che incide sulla riedizione dell'attività amministrativa successiva all'intervento demolitorio, che dovrà conformarsi al *dictum* giurisdizionale. In secondo luogo, un'azione di condanna che, alla luce del nuovo assetto definito già dalla riforma del 2000, è capace di corredare tutte le azioni espressamente esperibili e, oggi, ha anche una sua articolazione autonoma anche rispetto all'interesse legittimo con l'eliminazione della pregiudiziale amministrativa. Infine, l'azione dichiarativa di accertamento, che tuttavia è limitata ai casi di silenzio-inadempimento sulla specifica istanza pretensiva del ricorrente, da cui si innesca un processo al termine del quale il giudice si pronuncia sull'obbligo dell'amministrazione di provvedere sull'istanza con un atto esplicito (anche in modo negativo, ovviamente), ma non consente (visto che, appunto, l'azione è solo sul "silenzio") al giudice di determinare il contenuto dell'attività amministrativa successiva, salvo che essa sia "vincolata".

In definitiva, non è stata (in maniera graniticamente coerente con la tradizione del processo amministrativo) accolta l'idea (seppur edita in sede di legge delega) dell'introduzione di un'azione di mero accertamento circa la titolarità di un interesse legittimo e dell'azione di adempimento.¹³⁹ Anche se la sistemazione organica delle norme sostanziali sulle azioni all'interno del Codice ha una indubbia funzione "evolutiva" sulla quale ci soffermeremo innanzi.

Pertanto, è possibile affermare che, posto il diritto vigente, la giurisdizione amministrativa, o meglio, la giurisdizione amministrativa generale di legittimità, non ammette l'intera gamma delle azioni suscettibili di assentire piena tutela alle

forgia, sulla base di questi, gli strumenti (le azioni, appunto, e le sentenze) necessari per dare ad essi piena soddisfazione. In questo modo si operava anche, secondo una visione più moderna, un distacco più netto tra diritto sostanziale e diritto processuale che per lungo tempo è stato impedito dalla consistenza ambigua dell'interesse legittimo.

¹³⁹ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, cit., sempre riferendosi alla "reticenza" del legislatore delegato rispetto alle innovazioni "troppo avanzate" proposte per il Codice, in tema di azione di adempimento, osserva come essa, fosse "ricalcata, come chiarisce la relazione al testo della Commissione, sul modello normativo previsto nella legge sul processo amministrativo tedesco (*Verpflichtungsklage*) e da decenni reclamata dalla dottrina (Mario Nigro, Fabio Merusi), poteva essere vista come un'ulteriore erosione delle prerogative proprie dell'amministrazione".

posizioni giuridiche soggettive (di interesse legittimo) che si assumono lese e quindi esse costituiscano un *numerus clausus*.

Tuttavia, ciò vale solo per le azioni di cognizione, perché, per le azioni cautelari, la legge non pone questo limite: “*se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l’emanazione di misure cautelari, compresa l’ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio*” (1° comma, art. 55 c.p.a.). Quindi, la tipicità delle azioni di cognizione si “scontra” con l’atipicità del rimedio cautelare.

Come abbiamo visto in precedenza, il giudice amministrativo, nell’ampio spettro di possibilità consentitegli dalla legge, ha elaborato le figure delle misure cautelari propulsive o di *remand*. È evidente come tali modelli di tutela saranno adottati in modo tanto più ampio quanto esteso è l’ambito di tutela che la gamma di azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo consente. Con il rischio concreto che la tutela resa mediante il provvedimento cautelare sopravvanti quella assentibile con la decisione definitiva e, poiché, la tutela cautelare, prima o poi, deve cedere il passo alla sentenza che definisce il giudizio, si determina un problema di coerenza complessiva del sistema.

Occorre, dunque, verificare se è possibile ipotizzare la “quadratura del cerchio”, dove il “cerchio” è costituito dalla tutela offerta dal giudizio cautelare che, grazie alla sua *atipicità*, è potenzialmente capace di preservare l’utilità finale *a tutto tondo*, mentre il “quadrato” rappresenta la maggiore rigidità del sistema in guisa dalla *tipicità* delle azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo.

Verificheremo ciò nel successivo capitolo, dopo avere completato il quadro sistematico dei modelli di tutela cautelare, esaminando ora quello più avanzato rappresentato dalla tutela interinale esperibile anteriormente alla proposizione del ricorso.

5. La tutela cautelare *ante causam*.

L'introduzione di una forma di tutela cautelare anticipata rispetto alla stessa proposizione del ricorso, criticata, anche aspramente, in termini di utilità e coerenza, da parte della dottrina.¹⁴⁰

A chi scrive sembra, piuttosto, che l'esigenza dell'istituto, oltre ad essere semplicemente "imposta"¹⁴¹ dal diritto comunitario, sembrava comunque avvertita dal giudice amministrativo, che già nel 2001,¹⁴² e non sembra solo per ossequio alle sentenze lussemburghesi, ma perché, esso implementa dei principi fondamentali della giurisdizione e quindi dell'intero ordinamento giuridico: l'effettività della giurisdizione e la pariordinazione tra parte privata e parte

¹⁴⁰ Particolarmente acute, finanche sarcastiche, sono le considerazioni critiche di N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011, pagg. 193 - 196, che letteralmente demolisce l'istituto, ritenendolo superfluo e incongruo. In quanto non potrebbe realmente sussistere una eventualità di tale urgenza da non consentire neppure di redigere il ricorso.

Altra autorevolissima dottrina osserva come "curiosamente" in sede comunitaria non è possibile esperire un'azione cautelare *ante causam* (in ossequio al disposto di cui all'art. 83, par. 1, del Regolamento di procedura, n.d.r.), tuttavia la stessa Comunità Europea imponga agli stati membri l'adozione di un siffatto strumento affermando come "è in contrasto con il diritto comunitario la normativa nazionale che imponga, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice", sentenza della Corte del 15 maggio 2003, C-214/00. Successivamente la Corte di giustizia, proprio in riferimento all'Italia, nonostante fosse stata introdotta la tutela atipica con la legge 205 del 2000, statuisce che la mancanza di una tutela cautelare *ante causam* contrasti con la direttiva "ricorsi" 89/665 del 21 dicembre 1989 (ordinanza 29 aprile 2004, Causa C-202/03) l'Autore esprime, altresì, un giudizio negativo sull'utilità della misura non introdurrebbe "nuove effettive occasioni di tutela agli interessati", Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2011, pag. 576.

¹⁴¹ Cfr., N. SAITTA, *Ibidem*, pag. 194, che ritiene che l'introduzione della misura nell'ordinamento italiano non sia frutto della "convinzione" del legislatore, ma che questo vi sia stato "costretto" dal giudice europeo. Riferendosi alla sentenza interpretativa della Corte di Giustizia 29 aprile 2004, C-202/03 dell'art. 2, n. 1, lett. a) della direttiva 89/995 in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a conferire ai propri organi contenziosi il potere di adottare, anche indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso, "qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame".

¹⁴² Come opportunamente riportato da F. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., pag. 492, il "T.A.R. Lombardia, Milano, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, rilevando che: a) la posizione processuale della Pubblica amministrazione davanti al giudice amministrativo resta parzialmente privilegiata di fronte al proprio contraddittore nel processo, in ogni caso in cui la pur minima dilazione possa divenire fonte di un pregiudizio grave e non altrimenti riparabile per il ricorrente; b) il tasso di effettività della tutela giurisdizionale e, in particolare, di quella cautelare è garantita dagli artt. 24 e 113 della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; c) la direttiva generale ricorsi 21 dicembre 1989 n. 665 del Consiglio in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di fornitura, all'art. 2, esige che ciascuno Stato nazionale adotti forme di tutela *ante causam*, con la conseguenza che, in difetto d'interventi del legislatore o di una pronuncia additava della Corte Costituzionale, la Repubblica italiana è passibile di procedimento d'infrazione da parte della Commissione europea".

Ma, anche il Tar Catania, sez. III, come osserva M. SCARPINO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, pag. 277, si era mosso nella medesima direzione già il 23 giugno 1998, ma facendo riferimento al diritto interno, affermando, quindi, la possibilità di applicare in via analogica le norme del codice di procedura civile, in quanto "il diritto amministrativo è un diritto speciale e non eccezionale."

pubblica, che deve sempre garantita, senza che ragioni di tipo “temporale” avvantaggino l’una o l’altra parte¹⁴³.

La misura, ora prevista e generalizzata a tutte le materie di competenza del giudice amministrativo dall’art. 61 c.p.a.,¹⁴⁴ faceva ingresso nell’ordinamento giuridico nazionale in forza dell’art. 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), che prevedeva il rimedio solo in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture. La disciplina, non appena introdotta, ha affrontato subito il fuoco di fila di gran parte della dottrina che, oltre a considerare l’istituto

¹⁴³ R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pagg. 270 - 271, riporta in nota un’interessante pronuncia del T.A.R. Toscana, sez. II, 16 aprile 2004, n. 1147, in cui si afferma che “il ricorso per la tutela cautelare anticipata *ante causam* [...] ammissibile allorché ricorrono precise e indilazionabili condizioni d’urgenza, tali da non permettere neppure il ricorso alla straordinaria procedura prevista dall’art. 3 della l. n. 205/2000: basti pensare ad un possibile provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione il venerdì (o addirittura il sabato) con ordine di esecuzione il lunedì successivo [...]. Tale specifica tutela, peraltro, non è contrapposta [...] bensì sussidiaria rispetto alla procedura straordinaria *ex lege* 205/2000 testé richiamata. In altri termini, ad avviso di questo giudice, è vero che nel processo amministrativo la tempestività e l’effettività della tutela cautelare sono con la novella 205/2000 pienamente assicurate, tenuto conto anche dei nuovi mezzi di notifica (per telefax, per via telematica ecc.), ma è altrettanto vero che nei casi di estrema urgenza è possibile un *default* nell’operatività del sistema, sicché non appare improprio il ricorso all’ulteriore procedura prevista nel processo cautelare civile, in base al precetto residuale insito nell’ordinamento processuale amministrativo che consente, in difetto di norma specifica, il rinvio al codice di procedura civile”.

¹⁴⁴ 1. *In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l’adozione delle 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.*

2. *L’istanza, notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si propone al presidente del tribunale amministrativo regionale competente per il giudizio. Il presidente o un magistrato da lui delegato, accertato il perfezionamento della notificazione per i destinatari, provvede sull’istanza, sentite, ove necessario, le parti e omessa ogni altra formalità. La notificazione può essere effettuata dal difensore a mezzo fax. Qualora l’esigenza cautelare non consenta l’accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca da esercitare nelle forme di cui all’articolo 56, comma 4, terzo e quarto periodo.*

3. *L’incompetenza del giudice è rilevabile d’ufficio.*

4. *Il decreto che rigetta l’istanza non è impugnabile; tuttavia la stessa può essere riproposta dopo l’inizio del giudizio di merito con le forme delle domande cautelari in corso di causa.*

5. *Il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni. Qualora dall’esecuzione del provvedimento cautelare emanato ai sensi del presente articolo derivino effetti irreversibili il presidente può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione della misura cautelare. Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso la misura concessa ai sensi del presente articolo 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 provvedimento di accoglimento non è appellabile ma, fino a quando conserva efficacia, è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte previamente notificata. A quest’ultima si applica il comma 2.*

6. *Per l’attuazione del provvedimento cautelare e per la pronuncia in ordine alle spese si applicano le disposizioni sui provvedimenti cautelari in corso di causa.*

7. *Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado di appello.*

superfluo, ne ha colto gli aspetti oggettivamente difettosi,¹⁴⁵ a volte anche incongrui, ma che, tuttavia, ben potevano essere “gestiti” e “aggiustati” dalla giurisprudenza chiamata ad applicare la misura, considerato che la portata innovatrice della disciplina era assolutamente apprezzabile sin da allora e la sua estensione alla generalità delle materie è stata, oltre che obbligatoria, opportuna.¹⁴⁶

La disciplina dell’art. 245 del d.lgs. 163/06 è stata assorbita dalla disciplina codicistica, pertanto affronteremo gli aspetti di quest’ultima. Tuttavia non sono state poi così eclatanti le modifiche apportate dal novellato testo contenuto nell’art. 61 c.p.a., tolta la correzione di qualche evidente incongruenza, la disciplina sostanziale è la medesima.

Vediamo, intanto, che il presupposto che differenzia la misura dalle altre forme di tutela cautelare (collegiale e monocratica *in causam*) è la qualità del *periculum* che non solo deve essere connotato da semplice gravità ed urgenza, ma da “eccezionale” gravità ed urgenza.

Tale prescrizione denota che il rimedio è destinato ad un novero particolarissimo di situazioni, che siano, appunto, *eccezionali*. È evidente, dunque, la consapevolezza e la volontà del legislatore di relegare la misura a limitatissime fattispecie cui si attaglia un *periculum* così delineato. Tuttavia - e su questo non si condivide quella dottrina che sottovaluta l’istituto circa la sua utilità - allorché si determini anche “un solo caso” in cui la tutela non può essere garantita perché la limitatezza temporale non consente l’esperimento delle tradizionali forme di tutela, è doveroso che l’ordinamento appronti il rimedio idoneo.

Una dei maggiori rilievi sollevati dalla dottrina in ordine all’applicazione della misura è costituito dalla circostanza che l’emissione di un provvedimento di siffatta natura possa esprimere un contenuto vincolante per l’amministrazione

¹⁴⁵ F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, in *Giustizia Amministrativa – Rivista di Diritto Pubblico*, n. 5, 2006, pagg. 1 - 7.

¹⁴⁶ *Contra*, M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., pag. LXVII, per la quale “la cautela *ante causam* è una misura assolutamente irragionevole e sproporzionata nel nostro sistema processuale amministrativo, in cui l’effettività della tutela sotto il profilo dell’immediatezza è già pienamente garantita dall’art. 21, c. 9 l. TAR e della possibilità di integrare il ricorso fino alla scadenza dei termini attraverso la proposizione di motivi aggiunti”. L’A. nello specifico passaggio citato riprendeva il conforme pensiero del Presidente Giovannini, che nella Relazione di apertura dell’anno giudiziario 2009 innanzi il TAR Lazio confermava l’uso praticamente nullo dello strumento.

senza che sia richiesto dalla norma il *fumus boni iuris*. Tuttavia, nonostante la lettera della norma, sembra che il giudice non possa esimersi da una delibazione di massima sulla fondatezza dell'istanza, anche senza spingersi fino a quanto previsto dall'art. 55 c.p.a. per la misura collegiale, ovvero la "ragionevole previsione sull'esito del ricorso". Ma ciò non perché il giudice debba dare minore rilievo alla sussistenza del requisito di apparente fondatezza, ma perché il decreto cautelare sarà destinato a sublimarsi nella pronuncia collegiale. Pertanto, si intesse un rapporto di strumentalità tra il decreto e l'ordinanza. Tuttavia, non è detto che i profili formali e sostanziali dedotti nell'istanza e colti dal giudice della tutela *ante causam* non si proiettino teleologicamente fino alla sentenza di merito.

L'istanza cautelare deve essere *preferibilmente* notificata, ma il magistrato può provvedere anche in assenza di perfezionamento della notifica che comunque può anche essere effettuata a mezzo fax. Lo spirito della disposizione è quello di impedire che gli adempimenti formali per la notifica vanifichino la possibilità di promuovere il rimedio, tuttavia, la disciplina esige la formazione di un *minimum* di contraddittorio tra le parti e chiede anche che "ove necessario" esse siano sentite.

La misura *ante causam* non prescinde dalle forme minime del "giusto processo", non è una sorta di *blitz* che il giudice compie in danno delle amministrazioni e dei controinteressati, "pugnalandolo alle spalle" le parti ignare dell'iniziativa intrapresa.

L'estrema celerità del procedimento cautelare *ante causam*, infatti, non impedisce che le controparti siano messe a conoscenza dell'azione promossa, eventualmente attraverso i moderni mezzi di telecomunicazione e non impedisce che il giudice accerti tale avvenuta "notifica", ad esempio, attraverso l'allegazione delle ricevute di trasmissione a mezzo fax e, oggi, anche con l'allegazione di quelle di trasmissione dell'atto a mezzo posta elettronica certificata. L'estrema celerità del giudizio non impedisce al giudice di chiedere che vengano presentati ulteriori documenti (ove immediatamente disponibili) e che le parti non possano essere se non convocate presso la stanza del magistrato

per formulare, anche in contraddittorio, chiarimenti e precisazioni. Comunque, certamente le parti potranno essere sentite telefonicamente dal giudice.

L'estrema celerità del procedimento non impedirà al magistrato di delibare sui profili di fatto e di diritto che supportano l'istanza. D'altra parte, tipicamente, l'istanza di tutela *ante causam* verterà, non sull'intera vicenda amministrativa cui afferirà, bensì su specifici profili di lesività, probabilmente un solo profilo di lesività. Pertanto, per il giudice, coadiuvato dal ricorrente, sarà possibile isolare lo specifico profilo censurato ed esaminarlo in modo "mirato". Ovviamente, l'illegittimità denunciata deve essere posta in collegamento con l'intera vicenda ove essa si incoia, ma deve spiccare in modo speciale, proprio per dare al giudice la possibilità di valutarne la rilevanza anche rispetto alla fondatezza in diritto e poterlo fare in un tempo estremamente limitato. Peraltro, anche dal punto di vista dell'ammissibilità dell'azione, è difficile che l'esigenza di tutela eccezionalmente urgente, rilevi rispetto alla globalità del contesto ove essa si sviluppa. Tale globalità sarà, invece, presa in considerazione dal ricorrente quando egli introdurrà il susseguente ricorso di merito; questa sarà la sede per formulare tutte le considerazioni che attengono la vicenda controversa, operare tutte le necessarie allegazioni e formulare i mezzi istruttori, in vista della camera di consiglio dove il provvedimento *ante causam* (se accolto) dovrà essere confermato e sostituito dall'ordinanza collegiale che potrebbe, confermarlo, revocarlo o modificarlo. Pertanto, non colgono nel segno le considerazioni formulate in dottrina secondo cui, se il ricorrente ha avuto il tempo di redigere e notificare l'istanza *ante causam* dovrebbe avere anche il tempo di redigere e notificare il ricorso di merito con contestuale richiesta di misura cautelare monocratica. Peraltro, alcuni commentatori hanno sostenuto che, comunque, il ricorrente ben potrebbe completare le proprie censure anche successivamente all'iniziale ed urgente proposizione del ricorso, mediante l'istituto dei motivi aggiunti. Sfugge tuttavia loro, ma forse non lo avrebbero sostenuto se avessero saputo della riforma sulle spese di giustizia intervenuta nel luglio 2011, che, in materia di appalti, terreno su cui prevalentemente emergono esigenze di tale celerità, ha onerato la presentazione di ricorso su domande nuove nello stesso giudizio (motivi aggiunti) di contributo unificato pari a quello versato per il

ricorso principale che, con la suddetta novella, è stato raddoppiato rispetto al passato.¹⁴⁷ A questo punto, la domanda di tutela immediata consente di “attaccare” subito la violazione che determina l’immediata lesività attraverso l’istanza ex art. 61 c.p.a., per poi, successivamente notificare (entro 15 giorni) il ricorso di merito, ivi formulando tutte le domande per l’ulteriore tutela. E non si tratterà di un ricorso per motivi aggiunti, ma del ricorso principale successivo all’istanza *ante causam*, così il ricorrente scontrerà un unico contributo unificato.

Peraltro, sempre a tal proposito, il ricorrente potrebbe non essere ancora in grado, nella situazione dell’estrema urgenza di valutare se la legittimità impugnata con l’istanza ex art. 61 c.p.a. sia l’unica o ve ne sono altre che possono evincersi solo successivamente, ad esempio attraverso l’acquisizione di documenti.

Deve registrarsi poi un’incongruenza,¹⁴⁸ tra la disciplina in caso di rigetto dell’istanza, per cui non è prevista alcuna forma di reclamo, come per l’omologo rimedio processualcivilistico, e il caso dell’accoglimento, per cui è invece prevista la modifica o la revoca su istanza di parte, ma non l’appellabilità.

A chi scrive non sembra che tale disciplina sia particolarmente difettosa.

Invero, la mancata reclamabilità del provvedimento di rigetto è certamente compensata dalla possibilità di riformulare la richiesta cautelare, anche nella forma monocratica; in termini pratici, una volta conclusasi la fase in cui emergeva l’eccezionale urgenza e il giudice non ha ritenuto sussistessero i profili, il ricorrente, ove avesse fondati motivi di ritenere che invece i presupposti vi erano, si sta già imbattendo nella fase immediatamente successiva e può utilizzare gli ordinari rispetto ai quali non subisce preclusioni (anche inclusa la pur sempre agile e veloce domanda di tutela monocratica). Nel caso, invece, dell’accoglimento, non sembra che la mancata previsione dell’appellabilità del decreto sia un serio problema, considerato che la misura è

¹⁴⁷ Da € 2.000 a € 4.000.

¹⁴⁸ Evidenziata (e criticata) in dottrina da F. SAIITA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni*, Relazione alla giornata di studio, in www.giustamm.it, pag. 10.

modificabile o revocabile su istanza di parte previamente notificata (può dunque pervenirsi ad un ulteriore succinto momento di contraddittorio).¹⁴⁹

Il decreto di accoglimento deve essere notificato entro cinque giorni e può essere subordinato alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione. Entro quindici giorni va notificato il ricorso di merito e sarà dunque fissata la camera di consiglio nella quale il decreto sarà confermato, revocato o, eventualmente, integrato dall'ordinanza collegiale che a seguito delle deduzioni formulate con il ricorso potrà certo ampliare l'area di cognizione rispetto all'istanza *ante causam*. In ogni caso, il decreto (di accoglimento) perderà efficacia trascorsi 60 giorni dalla sua emissione. La norma così formulata non convince: perché, se è improbabile che in materia di appalti, in guisa della serrata sequenza temporale prevista dalla legge, non venga fissata la camera di consiglio che tratterà la domanda cautelare collegiale entro quei 60 giorni, nelle altre materie il rischio esiste; per cui il ricorrente potrebbe vedersi decaduta la misura *ante causam* e non trattata ancora la domanda cautelare collegiale e *medio tempore* perdere taluni benefici. È anche vero che, in tale circostanza, il ricorrente potrebbe, in vista della scadenza del termine e in assenza di fissazione della camera di consiglio, avendo già proposto il ricorso di merito, chiedere una misura monocratica di conferma di quella ex art. 61 c.p.a., a valere fino alla successiva camera di consiglio. A parità di presupposti, il tribunale non avrebbe motivo di non concederla.

Un'ultima notazione sul decreto *ante causam* è che esso debba essere motivato. Ancora una volta siamo in presenza di un provvedimento che, nonostante la sua interinalità e la sua ancillarità rispetto, addirittura, al provvedimento collegiale, reca sempre comunque un nucleo derisorio e conformativo che tende a modificare la realtà giuridica e che verserà il suo contenuto decisionale nelle successive fasi del giudizio, particolarmente quando accoglierà l'istanza.¹⁵⁰

¹⁴⁹ D'altra parte, anche nel processo civile, l'ordinanza ex art. 700 è solo reclamabile e il reclamo, pur affidato al collegio, vede sovente, lo stesso giudice della tutela *ante causam* resa in "primo grado" farne parte e a volte essere anche il relatore.

¹⁵⁰ Sulla necessità della motivazione del decreto, si veda M. BOVE, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1, 2011, pag. 85.

6. La tutela *ante causam* in materia di appalti. Una breve casistica.

La dottrina che si è occupata della tutela *ante causam* è, per lo più, critica circa l'utilità dello strumento e il suo reale utilizzo, utilizzo che viene considerato pressoché nullo. Era già scettica quando la misura era prevista solo in materia di appalti, lo è oggi allorché essa stata generalizzata dal Codice del processo amministrativo. È anche vero che la ricostruzione teorica dell'istituto paga anche la carenza di un'elaborazione giurisprudenziale specifica, tanto che non è dato rinvenire in dottrina un riscontro giurisprudenziale sull'argomento.¹⁵¹ V'è anche da notare come, in giurisprudenza, prima dell'avvento nel 2006 della *vera* tutela *ante causam*, si soleva denominare così la tutela monocratica resa, eventualmente, *inaudita altera parte* ma, tuttavia, *in causam*. Sicché si tendeva ad utilizzare indifferentemente le due definizioni, che però, ovviamente, descrivono categorie completamente diverse. Si trovano così numerose pronunce che parlano di tutela cautelare *ante causam* ma lo fanno erroneamente. Oggi l'equivoco è superato dalla circostanza che si ha ben chiaro il concetto di tutela *ante causam* visto che la categoria fa ora parte del diritto positivo come istituto a sé stante.

Anche se il contributo è certamente limitatissimo, si tenta di illustrare una breve casistica giurisprudenziale formatasi nel Tar di Catania, limitata alla materia degli appalti, si tratta quindi di pronunce tutte rese ai sensi dell'art. 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Una prima pronuncia¹⁵² riguarda l'affidamento mediante gara pubblica di un appalto di servizi che si è espletata in due sedute, a distanza di cinque giorni l'una dall'altra. È, in assoluto, il primo decreto reso in Sicilia e uno dei primissimi a livello nazionale.

¹⁵¹ V'è anche da notare come, in giurisprudenza, prima dell'avvento nel 2006 della *vera* tutela *ante causam*, si soleva denominare così la tutela monocratica resa, eventualmente, *inaudita altera parte* ma, tuttavia, *in causam*. Sicché si tendeva ad utilizzare indifferentemente le due definizioni, che però, ovviamente, descrivono categorie completamente diverse. Si trovano così numerose pronunce che parlano di tutela cautelare *ante causam* erroneamente. Oggi l'equivoco è superato dalla circostanza che si ha ben chiaro il concetto di tutela *ante causam* visto che la categoria fa ora parte del diritto positivo come istituto a sé stante.

¹⁵² T.A.R. Sicilia, sez. III, Catania, D.P. 7 giugno 2008, n. 791 (non disponibile).

In fatto, il ricorrente partecipante alla gara veniva escluso perché non avrebbe fornito una dichiarazione prevista dal Capitolato Speciale di Appalto, ma non prevista dal Bando di Gara. Alla prima seduta dedicata alla verifica dei documenti amministrativi, la stazione appaltante esclude la ricorrente rinviando gli altri concorrenti alla successiva seduta. L'impresa esclusa contestava il motivo di esclusione, ma, in assenza del rimedio *ante causam*, non avrebbe avuto il tempo di essere riammessa in tempo utile per la seduta successiva. E si consideri che la stazione appaltante, in considerazione della natura del servizio, era determinata a procedere all'affidamento con riserva subito dopo la chiusura della procedura di gara. Per cui l'impugnazione mediante gli strumenti ordinari, difficilmente avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere un provvedimento reso in tempo utile prima che con la consegna del servizio si esaurisse l'interesse cautelare. Pertanto, solo il rimedio ex art. 245 d.lgs. si poteva garantire in via interinale l'utilità. In diritto, il giudice motiva in tal senso: *“considerato che la predetta istanza può trovare accoglimento in quanto la esecuzione dell'atto impugnato nelle more dell'esame collegiale della domanda cautelare è idonea a determinare gravi effetti pregiudizievoli agli interessi del ricorrente; considerato altresì che il ricorso (non è un ricorso, n.d.r.) presenta ad un primo sommario esame ed in assenza di contraddittorio, profili di fondatezza con riguardo al primo motivo di gravame con il quale si lamenta violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara nella parte relativa alle modalità di presentazione e ai criteri di ammissibilità delle offerte, con particolare riguardo alla previsione circa i documenti che devono essere contenuti nella busta “A” a pena di esclusione; della lettera h) del punto 4) del disciplinare di gara nella parte in cui elenca i documenti che devono essere contenuti nella busta “A” a pena di esclusione; violazione del principio di proporzionalità, anche ex art. 1 L. 241/1990; violazione del principio del favor participationis; violazione art. 97 Cost..*

Il decreto, in parte dispositiva, ordina l'ammissione della ricorrente all'ulteriore fase della gara e poi commette un grossolano errore procedurale: fissa la trattazione della cautelare per la successiva camera di consiglio di lì a venire dopo pochi giorni. Ovviamente ciò non poteva essere disposto, in quanto il ricorrente non aveva ancora proposto il ricorso di merito. Tanto che, infatti, nella

camera di consiglio così fissata, il collegio ha emesso una singolare ordinanza di incompetenza.

Il decreto testé commentato è stato reclamato dopo alcuni giorni, reclamo che il magistrato delegato ha rigettato motivando sulla fondatezza dei motivi addotti dal ricorrente.

La sequenza cautelare dimostra come, nonostante la brevità dei tempi, tutte le parti hanno potuto esprimere le proprie ragioni, concentrando il giudizio su uno specifico elemento di lesività e che il giudice è stato in grado di emettere, sia il decreto di accoglimento sia il decreto di rigetto del reclamo, in modo esaustivo alla cognizione dei fatti di causa e fornendo una succinta ma chiara e adeguata motivazione e sul *periculum*, e sul *fumus*, valutazione sulla apparente fondatezza che addirittura abbraccia i principi che informano l'azione amministrativa nell'attività di specie.

Ulteriore caso concerne invece una procedura ristretta per affidamento di servizi (attratta dalla disciplina generale dei contratti pubblici) avviata attraverso lettera invito, a seguito di ordinanza sindacale contingibile ed urgente, rivolta "solo ad imprese insediate nella provincia della stazione appaltante", la ricorrente, con sede fuori dalla provincia, ma interessata alla procedura, chiedeva formalmente alla stazione appaltante di essere invitata, in quanto riteneva ingiustamente restrittiva della concorrenza la limitazione su base provinciale.

Il decreto in oggetto,¹⁵³a differenza di quello precedentemente commentato, mostra la piena aderenza alla norma e alla *ratio* del rimedio.

In primo luogo, motiva sulla ammissibilità del rimedio in considerazione alla sua "indispensabilità" e quindi non fungibilità con altri strumenti, fornendo quindi una motivazione ancora più stringente circa la specificità del *periculum* nella tutela *ante causam*.

In particolare, il giudice rileva che "*l'istanza in esame, pur non essendo ancora corredata delle 'relate' di notifica alle controparti, risulta già, a tal fine, consegnata all'Ufficiale giudiziario per i relativi adempimenti; considerato, nel merito, che il provvedimento impugnato in via principale porta la data del 5.10.2009 e che la prima camera di consiglio utile di calendario è quella del giorno 27 ottobre 2009; che la lettera*

¹⁵³ T.A.R. Sicilia, sez. III, Catania, D.P. 8 ottobre 2009, n. 1405 (non disponibile).

di invito impugnata indica che il "servizio dovrà essere avviato entro e non oltre il 10 ottobre 2009 e durerà per il periodo necessario all'espletamento della nuova gara...; ritenuto, pertanto, che sussistono i presupposti per l'accoglimento della proposta istanza cautelare interinale e provvisoria, limitatamente all'obbligo del Comune di esaminare, prima del 10.10.2009, anche la proposta della ricorrente (il che, d'altronde, non sembra, di per sé, possa implicare alcun serio inconveniente per l'amministrazione); ritenuto, infine, che la società richiedente va onerata della notificazione del presente provvedimento alle controparti entro il termine perentorio di giorni due, a decorrere dalla data odierna, anche avvalendosi di trasmissione "via fax" (art. 12 L. n. 205/2000); che in relazione al non comprovato perfezionamento della notifica dell'istanza in esame alle controparti, appare opportuno subordinare, ai sensi del comma 6 dell'art. 245 cit., l'efficacia del presente provvedimento alla prestazione di una cauzione (anche fidejussoria) pari ad € 5.000, per gli eventuali danni che dovessero derivare a carico del comune e/o della controinteressata;

A differenza del decreto precedentemente commentato, quest'ultimo enfatizza l'aspetto del *periculum* ma dice meno (anzi non motiva, se non implicitamente) il *fumus* che comunque dichiara di delibare. Il provvedimento poi ordina un *facere* attivo all'amministrazione, seppur, quasi scusandosi, infatti il giudice rileva che il provvedere non dovrebbe creare inconvenienti e, comunque, ordina la prestazione di una fideiussione. La vicenda, come si vede, si è dipanata in un arco di tempo talmente ristretto che solo il rimedio *de quo* poteva garantire la tutela (istanza presentata il giorno 7, decreto depositato il giorno 8, efficacia da esplicarsi inevitabilmente entro il giorno 9).

Come si vede, le ragioni di esistenza della tutela cautelare *ante causam* sono assolutamente reali e, seppur ristretto sia il loro ambito applicativo, esse, proprio in dette circostanze, rappresentano l'unica possibilità di tutela. Tutela che inoltre, erogata in uno stadio particolarmente anticipato, rende ancora più agile la "gestione" della controversia e, se opportunamente motivata, e accanto al rinnovato panorama delle azioni introdotte dal Codice, può generare un dialogo costruttivo tra "procedimento e processo", favorendo quello sviluppo della giurisdizione amministrativa verso la pienezza e l'effettività della tutela.

CAPITOLO III
TUTELA CAUTELARE ED EFFETTIVITÀ DELLA GIUSTIZIA

1. La questione della tipicità (o meno) delle azioni di cognizione nel Codice del processo amministrativo.

Appurato che la disciplina del processo amministrativo presenta una stridente incongruenza di fondo tra l'apparato approntato per la tutela cautelare, che, alla luce delle più recenti spinte evolutive, si presenta come un struttura capace di esprimere una protezione "piena" (seppur interinale) all'interesse dedotto, e il sistema delle azioni di cognizione, che invece, pur rivisitato e ordinato con il Codice, ripropone, sostanzialmente, la stessa gamma di forme di tutela che poteva già rinvenirsi nel precedente assetto normativo. In particolare, per l'assenza delle azioni dichiarative e di adempimento. Certamente il Codice ha l'indubbio merito di avere ordinato e giustapposto nel medesimo *corpus* normativo la disciplina sostanziale del catalogo delle azioni ammissibili e di quello dei provvedimenti che il giudice può, in conseguenza, rendere.

Però, l'*incompletezza* dei mezzi di tutela offerta dalla disciplina positiva delle azioni di cognizione rispetto alla *completezza* della tutela cautelare, determina il rischio che si creino "zone grigie" rispetto alle quali, o il giudice amministrativo *arretra*, conformando la sua azione ai poteri conferitigli dalla "legge" e quindi astenendosi dallo "sguainare", in sede cautelare, le armi più affilate che la stessa "legge" gli mette a disposizione per approntare il rimedio interinale; oppure, egli *avanza* sul terreno della massima tutela della parte, avvalendosi, eventualmente, proprio del giudizio cautelare, tentando così di affermare il *diritto* (delle parti in giudizio) alla effettività della giurisdizione, come richiesto, oggi, d'altro canto, dallo stesso Codice del processo amministrativo all'art. 1.

È evidente come, nel primo caso, il sistema è rimesso entro i limiti della legalità formale in base alle vigenti norme processuali, ma è depotenziato in termini di tutela e "tradisce" il postulato e i riferimenti di principio che esso stesso si dà, limitando in molti casi la pienezza della tutela giurisdizionale.

Nel secondo caso, la protezione che si potrebbe conseguire è certamente rispettosa dei principi che informano la giustizia amministrativa in termini di effettività, ma rischia di generare, da un lato, un conflitto tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa, a causa del fatto che quest'ultima potrebbe sentirsi invasa nelle proprie prerogative dall'autorità giudiziaria; e,

dall'altro, il rischio che il giudice si vesta dei panni dell'amministratore e decida egli quale sia il corretto assetto da dare all'attività amministrativa per il fine del perseguimento dell'interesse pubblico, e per lo più lo faccia mediante una giustizia "sommatoria" quale quella cautelare, ove la sua funzione venisse intesa in modo distorto.

I due rischi, peraltro, sono le due facce di una stessa medaglia.

Urge, dunque, verificare se esiste una strada alternativa che contempra effettività e qualità della giurisdizione, pur mantenendo la separazione degli ambiti funzionali tra giurisdizione e amministrazione. E se questa strada sia già nascosta tra i *meandri* del diritto vigente o sia tutta da costruire.

Vi è chi ritiene¹⁵⁴ che l'impianto del Codice del processo amministrativo offra taluni spunti che permetterebbero al giudice di fare "qualcosa di più" rispetto a ciò che è previsto espressamente dalla legge, aprendo così esso alla *atipicità* delle azioni ammissibili innanzi il giudice amministrativo.

In particolare, l'art. 34, comma 1, lett. c) del Codice, enucleando i tipi di provvedimento che il giudice può emettere, prevede la possibilità della condanna dell'amministrazione, non soltanto al pagamento di una somma di denaro e al risarcimento in forma specifica, ma anche all'adozione "*delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*". Di conseguenza, la previsione di una condanna *innominata* implicherebbe, implicitamente, che l'azione per giungere a tale tipo di condanna debba essere anch'essa atipica.

Analogo ragionamento può essere compiuto in relazione alla disposizione contenuta nella lett. e) "*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*".¹⁵⁵

Ed ancora, rispetto all'azione di annullamento, l'art. 34 c.p.a. precisa che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice "*annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*", mentre non è più previsto che ciò avvenga "*salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*", come era previsto in passato al fine di tenere l'amministrazione indenne da eventuale condanna a rinnovare il provvedimento in conformità alla sentenza in ossequio al principio della piena

¹⁵⁴ M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, cit.

¹⁵⁵ Cfr., *Ibidem*.

autonomia del potere amministrativo e alla sua “conservazione”¹⁵⁶ o “inesauribilità”¹⁵⁷. La nuova formulazione lascerebbe invece trapelare una volontà del legislatore di tipo “preclusivo” a che l’amministrazione possa, in seguito alla sentenza di annullamento, rinnovare il potere provvedimentale eludendo la sentenza.

Tuttavia, come si aveva già avuto modo di precisare nel precedente capitolo precedente (cap. II, § 3, *sub* nota 42), la previsione contenuta nel secondo comma dell’art. 34 c.p.a., che espressamente prevede che “*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”, sembra andare in direzione opposta rispetto alle interpretazioni appena evocate, alzando una barriera piuttosto rigida nei confronti del giudice che volesse addentarsi nel campo dell’azione di adempimento;¹⁵⁸ azione la cui espressa previsione avrebbe rappresentato un reale momento di riforma della giustizia amministrativa.

Pertanto, cercare di far entrare dalla finestra ciò che il legislatore ha “scaraventato” fuori dalla porta principale è impresa ardua.

Tra i primi commentatori del Codice,¹⁵⁹ vi è chi ritiene che un’apertura dello stesso verso la sussistenza dell’atipicità dell’azione di adempimento, sarebbe, invero, rinvenibile attraverso un’interpretazione sistematica dell’art. 30, 1° comma, c.p.a., il quale opera un riferimento generico all’azione di condanna

¹⁵⁶ Cfr., *Ibidem*.

¹⁵⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, pag. 299, “il principio di inesauribilità del potere amministrativo continuerebbe, invece, ad essere sancito dall’art. 34 comma 2 del codice”

¹⁵⁸ Tuttavia, in dottrina, vi è chi, autorevolmente, ritiene che la sentenza di condanna a un *facere* specifico è rinvenibile nell’alveo della previsione di cui all’art. 34, lett. c) laddove stabilisce che il giudice “condanna [...] all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”, cfr., in tema di poteri del giudice in materia di appalti pubblici, F. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2011, pag. 1107.

¹⁵⁹ Lo stesso M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, cit., rinvia a M. LIPARI, Intervento al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010 che parla di “condanna in senso ampio” e a R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010, che definisce la medesima fattispecie “condanna atipica”. Tuttavia, quest’ultimo, nel medesimo scritto rileva anche come “altra parte della dottrina si è, invece, attestata su posizioni più caute, osservando che la riserva di legge apposta dall’art. 111 della Costituzione alla disciplina del processo (non solo amministrativo) non consentirebbe di introdurre per via interpretativa azioni che il legislatore delegato non ha espressamente previsto ed, anzi, ha addirittura ritenuto di dover escludere dal testo che gli era stato proposto dalla Commissione costituita presso il Consiglio di Stato”, cfr. A. TRAVI, *Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione scritta dell’intervento, Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, cit., e egli stesso finisce per ritenere che “Il richiamo delle predetta dottrina ad affrontare il tema delle azioni ammissibili nel processo amministrativo in stretta aderenza al dato legislativo appare del tutto condivisibile”.

(*“contestualmente ad altre azioni”*), laddove i commi successivi regolano fattispecie specifiche. Pertanto, le *altre azioni* di cui al primo comma, che accompagnerebbero la generalità delle azioni di condanna, non rientrerebbero nelle tipologie codificate, sarebbero in particolare l’azione di annullamento e l’azione contro il silenzio, fattispecie, entrambe, che non garantiscono la piena tutela se non sono accompagnate dalla condanna alla riedizione o alla edizione del potere in senso satisfattivo per il ricorrente.

La suddetta dottrina legge nella rinnovata formulazione della disciplina dell’azione di condanna uno “strumento di tutela integrativo della statuizione di annullamento che, siccome limitata all’accertamento di specifici vizi di legittimità del provvedimento impugnato, è sempre stata considerata strutturalmente inidonea a soddisfare la pretesa alla emanazione del provvedimento favorevole illegittimamente denegato. Sotto questo profilo, l’introduzione della predetta azione nell’ambito della giurisdizione di legittimità comporta un allargamento degli orizzonti di questa oltre le colonne d’Ercole della cognizione sull’atto che la separavano da quella di merito”¹⁶⁰. Da questo assunto deriva una considerazione che sembra condivisibile e che costituisce uno dei momenti cardine dell’intero ragionamento che si vorrebbe portare avanti.

Più esattamente, il crinale della questione sull’azione di adempimento si colloca sulla linea di confine tra ciò che è giurisdizione di merito e ciò che è giurisdizione di legittimità, perché, evidentemente, nel secondo caso, al giudice è posto il limite cognitivo sul rapporto (il giudice che si è pronunciato sull’obbligo di provvedere non può entrare nel merito delle considerazioni discrezionali o istruttorie riservate all’amministrazione); tuttavia, chi ha sostenuto l’inciso poc’anzi riferito, ha giustamente osservato come l’accertamento in sede processuale di determinati “fatti”, non “possa considerarsi come esercizio da parte del giudice di poteri riservati all’amministrazione e che il giudice può conoscere, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, con la massima ampiezza possibile e mediante ogni strumento istruttorio a sua disposizione (ora

¹⁶⁰ Così, R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit.

ampliato (anche se con forti limiti) di ogni circostanza rilevante ai fini della decisione e la pronuncia del giudice, lungi dall'*ordinare* all'amministrazione l'attività istruttoria o discrezionale ad essa riservata, indica semplicemente a quest'ultima come il potere amministrativo (non speso o mal speso) *avrebbe dovuto* essere esercitato" ¹⁶¹.

2. La tecnica del *remand*, tra strumentalità e *legal suasion*.

La dottrina che tenta di intravedere tra le maglie del Codice del processo amministrativo un'apertura (implicita, ma volontaria) al principio di *atipicità* delle azioni di cognizione - dottrina mossa, giustamente, dall'intento di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata alle "incerte" norme del Codice in materia - probabilmente si aspettava che, in occasione del già preventivato intervento correttivo approvato il 15 novembre 2011, il legislatore avrebbe operato modifiche normative che dirimessero la suddetta incertezza, anche perché la stessa giurisprudenza ha, nel frattempo, optato per interpretazioni "estensive". Tuttavia il decreto correttivo si è ben guardato dall'incidere il Codice sulle disposizioni riguardanti le azioni,¹⁶² forse, l'unica modifica che, in qualche modo, modifica in senso estensivo, ma comunque marginalmente, la disciplina delle azioni e l'aggiunta, al comma 1° dell'art. 31, dell'inciso "*e negli altri casi previsti dalla legge*", per cui il comma adesso recita così: "*Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*". Con tale intervento additivo, ma sarà dottrina e giurisprudenza a

¹⁶¹ Cfr., R. GISONDI, *Ibidem*.

¹⁶² Il decreto correttivo del Codice del processo amministrativo è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 273 del 23 novembre 2011. Si tratta del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195 che riporta "Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69. L'intervento non apporta rilevanti modifiche, si tratta per lo più di correzione di refusi e aggiustamenti lessicali. Le modifiche più significative, tuttavia, sono inerenti il rito elettorale a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 236 del 2010 in materia di impugnazione di atti del procedimento preparatorio; amplia il catalogo delle fattispecie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; risolve il paradosso, in materia di appalti, tra termine di proposizione del ricorso principale e termine per quello incidentale; introduce una sanzione pecuniaria per la lite temeraria e una sanzione per il procuratore che non indica con l'atto introduttivo del giudizio un numero di fax e un indirizzo pec per le comunicazioni. E altre minori modifiche.

dire quanto, l'azione avverso il silenzio sembra acquistare una portata potenzialmente più ampia di quella precedente al decreto.

Resta quindi integra la convinzione che il legislatore del 2010 e quello del 2011 (che è il medesimo, visto che la commissione che ha redatto l'intervento correttivo ha avuto la medesima composizione di quella redigente il Codice) preferisca non allargare le maglie della tutela ottenibile innanzi al giudice amministrativo.

Tuttavia, il Consiglio di Stato e alcuni Tar hanno rotto gli indugi e, forzando evidentemente il dato normativo, stanno interpretando le norme del Codice relative alle azioni di cognizione in modo estensivo, esprimendosi, in qualche caso, *expressis verbis*, a favore della loro atipicità.¹⁶³

Il percorso che si sta sviluppando, con le dovute proporzioni, ricorda quello che nel secolo scorso ha visto ancora il giudice amministrativo elaborare la figura dell'azione cautelare atipica in assenza del dato normativo.

A volere evocare un parallelismo, forse azzardato ma suggestivo, allora, l'ampliamento della tutela offerta dal giudice in sede di merito, anche grazie allo sviluppo della giurisdizione esclusiva, fece da traino alla tutela cautelare che, con la sola sospensiva, era insufficiente a supportare i nuovi poteri di cognizione del giudice che dall'atto si estendevano al rapporto, così che la giurisprudenza, vista l'inerzia del legislatore, ha dato vita alla tutela cautelare innominata.

Oggi, a restare indietro è invece proprio la gamma delle azioni ammissibili e chissà se a fare da traino questa volta, invertendosi i ruoli, non sia proprio la tutela cautelare, con la sua capacità di offrire una immediata protezione all'interesse in modo assolutamente agile e versatile, grazie sempre alla spinta della giurisprudenza amministrativa e ancora una volta innanzi alla ritrosia del legislatore.

I settori dove questa opera di elaborazione giurisprudenziale - ancora agli albori, ma che si spera possa, nel tempo, stratificarsi in orientamenti consolidati e far

¹⁶³ Cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, pag. 1, che rileva come "una parte della dottrina ha sostenuto che l'azione di adempimento dovrebbe comunque ammettersi e di recente questa lettura è stata accolta, sul piano delle affermazioni di principio, in due sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (le sentenze n. 3 e n. 15 del 2011) e, soprattutto, ha trovato applicazione in una sentenza del Tar Lombardia (sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428)".

compiere i progressi che sono ancora necessari alla giustizia amministrativa, a prescindere dal legislatore - sono quelli del silenzio e della condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*.

La tecnica maggiormente utilizzata dal giudice per “forzare”, se così si può dire, le maglie del reticolato normativo vigente e ottenere il risultato della conformazione, la più aderente possibile, dell’attività amministrativa successiva e conseguente alla pronuncia del giudice è, ancora una volta, quella che comunemente viene definita tecnica del *remand*. Tecnica che, però, per sortire qualche effetto ulteriore in termini di tutela effettiva deve essere praticata con particolari accorgimenti da parte del giudice; diversamente, l’amministrazione, salvi i casi in cui agisce in forza di atti assolutamente vincolati, non intenderà prendere in considerazione enunciati del giudice che non verrà (anche giustamente) percepito come Autorità che può imporre un *facere* all’amministrazione, salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge.

Torna utile a tal proposito il costrutto logico della strumentalità della tutela cautelare come elaborato da Enrico Follieri nel 1989 e di cui si è detto nel precedente capitolo. In particolar modo nella parte in cui lo studioso mette in evidenza come l’ottenimento di risultati effettivi in termini di tutela è possibile solo se il giudice, anziché fermarsi agli aspetti meramente formali e strumentali dell’illegittimità del provvedimento impugnato, “approfondisca” le proprie censure (ovviamente, anche in considerazione del principio di equivalenza tra chiesto e pronunciato, lo può fare solo se il ricorso glielo consente e quindi se saranno dedotti tutti i vizi dell’atto, anche quelli sostanziali) spingendosi al di là dei canoni di illegittimità formale e, anche ove questi potrebbero risultare “assorbenti” di motivi ulteriori, prenderli comunque in considerazione.

Tale atteggiamento del giudice, se ben articolato, produrrà l’effetto inevitabile di ridurre i margini di discrezionalità amministrativa e il provvedimento giurisdizionale, lungi dall’esprimere un vero e proprio obbligo di *compliance* che l’amministratore non tollererebbe, avrebbe una funzione che potremmo definire di *legal suasion*¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Così, G. SAPORITO, *Esecuzione dei provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione*, in M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di), Giuffrè, 2006, pag. 95.

3. La nuova “giurisprudenza creativa” del Consiglio di Stato.

A questo punto, sembra intravedersi una ulteriore prospettiva che, a prescindere dalla circostanza se l'azione dichiarativa e l'azione di adempimento siano più o meno ricavabili dal reticolato di norme del codice, pone il suo punto di fuga nel modo in cui il giudice amministrativo realizza la funzione giurisdizionale, in particolare avendo riguardo all'istruttoria e alla motivazione, nonché al rapporto tra processo e procedimento.

Invero, il giudice amministrativo ha iniziato questo percorso interpretativo che cerca di essere più penetrante nei confronti della inerzia o inadempienza della pubblica amministrazione ancor prima dell'avvento del Codice, infatti già nel 2006,¹⁶⁵ ad esempio, si registra un orientamento ben definito del Consiglio di Stato che, nell'attribuire all'ordinanza cautelare un forza assimilabile al giudicato formale in termini di “immodificabilità” fino all'intervento della sentenza, avverte che il potere della p.a., che può sempre essere rinnovato con un nuovo atto, “*deve essere esercitato senza violare o eludere l'ordinanza cautelare, soprattutto se questa ha contenuto positivo (dispositivo). Con la tecnica utilizzata dal primo giudice (c.d. del remand francese), il potere cautelare è stato utilizzato in modo atipico (che può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'amministrazione nelle fattispecie nelle quali lo si ritenga, per esempio in caso di attività a contenuto vincolato o di bassa discrezionalità), oggi certamente consentito dalla L. 205 del 2000*”. Il provvedimento, che l'amministrazione deve “*riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso*” nell'assumere l'atto in rinnovamento.

Ancora più incisivo ed esplicito è stato poco dopo il supremo organo di giustizia amministrativa, nel ribadire che, attraverso il *remand* (altra denominazione per individuare le ordinanze propulsive), si instaura “un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima”,

¹⁶⁵ Ci si riferisce a Cons. Stato, IV Sezione, 30 giugno 2006, n. 4239, in giustizia-amministrativa.it

“giuridicizza” il vincolo conformativo dell’ordinanza cautelare e per conseguenza afferma “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”.¹⁶⁶

La seconda fase, quella successiva all’entrata in vigore del Codice, vede soprattutto i Tar pronunciarsi, anche perché parliamo di pronunce molto recenti che ancora potrebbero essere rivedute dal giudice d’appello, tuttavia, come già precedentemente annunciato, anche il Consiglio di Stato ha nel 2011 espresso un orientamento che è in linea con la giurisprudenza precedente e che, in più, interpreta in modo estensivo la lettera del Codice in riferimento alla disciplina delle azioni, in particolar modo l’azione di adempimento.

La prima pronuncia in tal senso è stata resa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 23 marzo 2011, n. 3, essa si occupa, principalmente, della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, ma affronta, più in generale, il tema delle nuove tutele offerte dal Codice attraverso una pluralità di azioni: dichiarative ex art. 31, comma 4, c.p.a. e di adempimento esatto ex art. 31, commi 1 e 2. Tra le azioni di condanna esperibili vi sarebbe anche “un’azione di condanna volta ad ottenere l’adozione dell’atto amministrativo richiesto” introdotta “in maniera non esplicita” dal legislatore ma esercitabile “anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica.”¹⁶⁷

La sentenza, che, come vedremo, non è la più incisiva, suggerisce però, un rinnovato “ruolo *forte* del giudice e della sua capacità di valutare le circostanze di fatto e di diritto”¹⁶⁸.

È però con la successiva Adunanza Plenaria 29 luglio 2011,¹⁶⁹ n. 15 che il Consiglio di Stato - affermando che il codice “*portando a compimento un lungo e*

¹⁶⁶ Così, Consiglio di Stato, Sezione V, 19 febbraio 2007, n. 833, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁷ Cfr., F. CORTESE, *L’Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 9, 2011, pag. 965.

¹⁶⁸ Così, F. CORTESE, *L’Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, cit. pag. 968, l’A. mette in evidenza l’esistenza di un interessante collegamento tra questo ruolo e quello assegnatogli dall’art. 12, c. 2, c.p.a., in ordine alla possibilità di dichiarare o meno l’inefficacia del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione (pag. 969).

costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, quindi, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3)" - registra "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". Pertanto il giudice conclude nel senso che, ove non vi siano margini di discrezionalità, l'azione (di adempimento) intesa ad imporre all'amministrazione l'adozione di un provvedimento illegittimamente negato, ove non sussistano margini di discrezionalità, è coerente con l'art. 30, comma 1, del c.p.a., e il conseguente "jussum giurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione". Ma ciò che fa compiere un passo in avanti alla sentenza è l'ulteriore statuizione secondo cui, "tale soluzione, anticipando alla fase della cognizione un effetto conformativo da far valere altrimenti nel giudizio di ottemperanza, consente un'accelerazione della tutela coerente, oltre che con il generale principio di effettività della tutela giurisdizionale, con la stessa propensione mostrata dal codice (cfr. art. 34, comma 1, lett. e) a trasfondere nel contenuto della sentenza di cognizione l'adozione di misure attuative tradizionalmente proprie dell'esecuzione" e aggiunge altresì che "la proposizione di detta azione di condanna, in aggiunta e a completamento di quella di annullamento, deve essere valutata sulla scorta dell'apprezzamento della portata effettiva del ricorso alla luce del petitum sostanziale in esso contenuto".

¹⁶⁹ Il testo integrale in giustizia-amministrativa.it.

Quindi, la decisione, oltre a riconfermare l'esistenza di un'azione di condanna a un *facere* non soggetto a discrezionalità, enfatizza il ruolo conformativo della sentenza alla luce del *petitum* sostanziale, avallando quindi la funzione di *legal suasion* del provvedimento giurisdizionale.

Ma la sentenza affronta apertamente il tema il tema della atipicità dell'azione di accertamento, dettando una direttiva di principio che non può non condizionare il futuro assetto della giurisdizione amministrativa, infatti l'Adunanza Plenaria, riallacciandosi espressamente al percorso iniziato con la sentenza n. 3, osserva come *“nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.*

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.”

A questo punto i giudici di Palazzo Spada operano quella che si potrebbe definire una *“forzatura legittimamente”*, assumendo che *“in questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la*

funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni". E giustificano l'allargamento della tutela, da un lato, con un'interpretazione "costituzionalmente orientata" e referenziale ai principi cui si ispira il Codice, oltre che sulla scorta delle legge delega, ritenendo che "ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009"; e, dall'altro lato - ricorrendo al catalogo delle sentenze offerto dal Codice, che, come si sa, ha separato la disciplina sostanziale delle azioni da quella delle sentenze, offrendo, grazie alla non coincidenza tra azioni e sentenze, spazi interpretativi certamente più "agevoli" - avallando la soluzione data anche mediante la "interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato)."

Il giudice ricava deduttivamente l'argomento della esistenza (implicita) di una mera azione di accertamento in relazione alla previsione di cui all'art 34, 2° comma, c.p.a., secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Per il Consiglio di Stato, detta disposizione, dedicata all'azione generale di accertamento, e funzionale alla circostanza della separazione dei poteri tra amministrazione giurisdizione, "non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo".

La sentenza illustrata chiude il circuito della tutela (allargata) attraverso le interpretazioni "estensive" del Codice testé formulate, anche con un addentellato inerente la tutela cautelare. Per ragioni sistematiche e per non appesantire la complessità dell'argomento, in questa sede, non si è proceduto ad illustrare la fattispecie concreta oggetto della sentenza che è la tutela del terzo rispetto alla D.I.A. e la relativa natura dell'istituto.

La DIA ha un termine entro il quale (30 giorni, ora 60 con la SCIA) l'amministrazione può inibire l'iniziativa del privato, quindi, entro tale periodo l'amministrazione può ancora esprimere le proprie prerogative, da ciò ne deriva che, secondo il Consiglio di Stato (l'interpretazione, *ictu oculi* sembra rocambolesca, ma sarà la dottrina qualificata a dirlo), non si sono ancora (*infra* quel termine) costituite le condizioni dell'azione ex art. 34 (le quali devono sussistere al momento della sentenza di merito), ma ciò non preclude l'esperimento dell'azione.

E siccome deve però essere garantita la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, *"di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile.*

Sono adottabili, a fortiori, misure cautelari ante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti all'uopo sanciti dall'art. 61 del codice del processo amministrativo".

La misura cautelare può essere richiesta perché è già in essere un sottostante "rapporto amministrativo" a seguito della presentazione della DIA. Pertanto il terzo, finché il richiedente non è abilitato, può chiedere anticipatamente il provvedimento interinale rispetto a cui ha già formato un "interesse ad agire" (seppur ancora privo di condizione dell'azione). Per cui vi è da distinguere il caso in cui, spirato il termine, l'amministrazione inibisca o meno il privato. Nel primo caso l'interesse del terzo sarà soddisfatto, nel secondo no. Ne consegue che, nel primo caso, *"si registrerà la cessazione della materia del contendere, ex art. 34,*

comma 5, del codice del processo, in ragione della piena soddisfazione della pretesa del ricorrente ad evitare lo svolgimento dell'attività dichiarata. In caso negativo il giudice potrà pronunciarsi sul merito del ricorso senza che sia all'uopo necessaria la proposizione, da parte del terzo ricorrente, di motivi aggiunti, ex art. 43 del codice. [...] La proposizione di motivi aggiunti sarà invece onerosa, pena l'improcedibilità del ricorso già presentato, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, all'esito del procedimento amministrativo inaugurato con la presentazione della d.i.a., adotti un atto espresso che evidenzi le ragioni della mancata adozione della determinazione inibitoria".

Si conclude tale *excursus* con la sentenza del Tar Lombardia 8 giugno 2011, n. 1428¹⁷⁰, che "affina" ancor più l'idea del giudice amministrativo che può condannare l'amministrazione a un esatto adempimento in sede di cognizione ordinaria.

L'azione di condanna ha portata generale e non si esaurisce con l'azione risarcitoria in forza del primo comma dell'art. 30 c.p.a.. Le disposizioni contenute nei commi successivi al primo dell'art. 30 c.p.a. disciplinano casi particolari, ma non possono circoscrivere l'ambito di applicazione del primo comma. Quindi l'azione è generale e deve essere satisfattiva.

Ma l'aspetto più interessante della sentenza, che giustamente il commentatore rileva, è costituito dall'*inversione* interpretativa tra azioni e sentenze, per cui "le regole della tutela non vanno cercate, secondo il Tar Milano, nelle norme sul processo, e quindi nelle norme sulle azioni, ma nella 'legge sostanziale' e, in particolare, in quelle norme di diritto sostanziale che disciplinano i 'rimedi' posti dall'ordinamento per la tutela degli amministrati. Tali rimedi sono individuati nell'art. 34 del Codice, relativo alle pronunce del giudice e sono centrali per la ricostruzione dell'ampiezza e dell'effettività della tutela, mentre le disposizioni sulle azioni disciplinano il solo 'veicolo processuale'¹⁷¹ del rimedio"¹⁷². Tale

¹⁷⁰ Della sentenza è disponibile il commento, di cui ci avvaliamo, di L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 11, 2011, pagg. 1187 - 1192.

¹⁷¹ Critico con tale costrutto interpretativo è A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. - Tar*, 2011, pag. 1458, che annotando anch'egli la sentenza, osserva come "il «veicolo processuale» è comunque oggetto di espressa previsione da parte del Codice, il riferimento alla distinzione tra normativa processuale e sostanziale, con la sua implicita evocazione del principio di atipicità delle azioni, non trova, nel caso di specie, spazi di applicabilità. Ciò è confermato del resto dalla stessa pronuncia annotata, che conclude in ogni caso per la configurabilità dell'azione di adempimento sulla base degli artt. 30 e 34 c.p.a. Il principio espresso dal TAR, pertanto, potrà al più essere considerato quale *obiter dictum* per

ordine di ragionamento era stato sfiorato dall'A.P. n. 15, ma non era stato compiutamente portato a termine.

L'altro aspetto, relevantissimo ai nostri fini, è quello per cui, nel caso di specie, era stata concessa una misura cautelare che imponeva all'amministrazione di riesaminare la questione. Ne derivava altro provvedimento sospettato di nuova illegittimità ed impugnato con motivi aggiunti. Accertata l'illegittimità del secondo provvedimento, il giudice ha ritenuto che non residuassero margini di discrezionalità¹⁷³ e quindi la sentenza potesse pronunciarsi in maniera puntuale sul comportamento che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare, senza bisogno di passare per il giudizio di ottemperanza¹⁷⁴.

4. Tutela cautelare nel dialogo tra processo e procedimento.

Alla luce di quanto si è appena esaminato, è possibile fare il punto sullo stato dell'arte della effettività della tutela giurisdizionale approntata dal Codice¹⁷⁵ (come emendato dal suo primo decreto correttivo) e quella che deriva dall'"atteggiamento interpretativo" che del Codice ha assunto il giudice amministrativo. Giudice la cui funzione oggi, specialmente in virtù del disposto dell'art. 99 c.p.a. che accentua notevolmente il ruolo nomofilattico del Consiglio

l'ammissibilità di azioni non ricavabili nemmeno in via interpretativa dal Codice (quali, ad esempio, l'azione atipica di accertamento).

¹⁷² L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento*, cit., pag. 1189.

¹⁷³ A. CARBONE, *Fine delle perplessità*, cit., pag. 1514 - 1516, definisce tale fenomeno quale "discrezionalità esaurita" e lo riconduce al concetto elaborato dalla giurisprudenza tedesca del *Ermessensreduzierung auf Null*, cioè l'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative nel caso concreto. L'Autore mette in evidenza come al fine di ottenere il risultato della condanna ad un *facere* nei confronti dell'amministrazione in guisa del principio della "discrezionalità esaurita" è necessario fare leva sull'aspetto probatorio e in particolare accentuando l'aspetto inquisitorio dei poteri del giudice al fine di ottenere, sopperendo alle limitazioni in tal senso del privato, il massimo risultato istruttorio nei confronti dell'amministrazione rispetto alle informazioni e ai documenti utili ai fini della decisione che sono nella disponibilità dell'amministrazione stessa. Dacché il giudice ne potrà trarre le conclusioni sui reali spazi di residua discrezionalità avvalendosi, in particolare, della verifica e agli schiarimenti. Ma senza che ciò sfoci in una consulenza tecnica d'ufficio che rappresenterebbe un'indebita "alterazione dell'ordine di competenze".

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, pag. 1190.

¹⁷⁵ In argomento di effettività apportata dal Codice nelle sue diverse articolazioni si veda altresì, R.

CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, n. 5, 2011, pagg. 1707 - 1751.

di Stato,¹⁷⁶ risulta ancora più importante nel senso della definizione degli assetti che assumerà la giurisdizione amministrativa in futuro.

In tale quadro emerge la tendenza all'ampliamento dei canoni delle azioni esperibili con l'avvio di una spinta (che appare ormai irreversibile) verso la atipicità della tutela ottenibile innanzi al giudice amministrativo, in relazione, ovviamente, ai vari comparti giurisdizionali.

In particolare, sembra assottigliarsi notevolmente il divario tra poteri cognitori del giudice in sede di giurisdizione generale di legittimità e in sede di giurisdizione esclusiva ed estesa al merito. Tale avvicinamento affranca definitivamente il giudice amministrativo dal retaggio culturale e psicologico che lo vedeva orientato ad indagare solo l'atto impugnato, magari rispetto ai "soli" profili di illegittimità "formale" (nel senso che, il giudice certamente censurava anche i vizi di eccesso di potere, ma l'ambito di discrezionalità amministrativa e tecnica era considerato preponderante sì che i suoi limiti esterni erano ritenuti notevolmente ampi e l'eccesso di potere doveva emergere in modo piuttosto evidente). Oggi, alla luce dell'evoluzione di 130 anni, il giudice, non solo non si ferma all'atto, ma esplora il fatto in tutte le sue spigolature (in questo deve essere aiutato dalle parti) e lo trasfonde nella sfera della sua cognizione senza soluzione di continuità con il diritto che regola la vicenda.

A questo punto, se la legge lo consente (e, in parte, il Codice lo consente e questo è già sufficiente perché la legge va integrata con i principi generali che, nello specifico, non solo sono comunque cogenti per rinvio all'ordinamento generale, ma sono richiamati dallo stesso testo del Codice), non vi sono motivi perché il giudice amministrativo non debba erogare quella tutela piena ed effettiva che già

¹⁷⁶ 1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. 2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato. □ (comma così modificato dall'articolo 1, comma 1, d.lgs. n. 195 del 2011).

Sul punto si vedano le prime considerazioni "a caldo" di G. SIGISMONDI, *Le impugnazioni*, in *Foro ital.*, 2010, Monografie e Varietà, pag. 222, l'A. si domanda, a proposito, quale sia a conseguenza del mancato rispetto da parte della sezione della regola stabilita dall'adunanza plenaria.

- ancora prima del Codice, ancora prima della Comunità europea, ancora prima della creatività del Consiglio di Stato e della modernità della Corte di Cassazione
- la Costituzione richiedeva in modo semplice e lineare, anche per gli interessi legittimi; e non vi sono motivi perché non lo faccia secondo i canoni del “giusto processo.”¹⁷⁷

Per procedere in tale direzione, specialmente allorché la legge non offre il “massimo supporto” in termini di effettività o di chiarezza (e forse è anche meglio così, in quanto vi è maggiore spazio per operare una eterointegrazione delle norme con i principi), sono gli “attori” che devono spendersi maggiormente per il raggiungimento delle istanze di tutela massima (ovviamente ciascuno per la sua parte: il privato, per i suoi interessi legittimi e diritti; l’amministrazione, per il perseguimento dell’interesse pubblico che cura; il giudice, quale suo compito istituzionale da esercitare in modo imparziale tra queste due istanze di tutela che devono essere considerate assolutamente equivalenti in quanto a “qualità”).

Abbiamo appurato che la giurisprudenza amministrativa ha inteso intraprendere la direzione della piena conoscibilità del fatto, in modo da potere esplorare in dettaglio le vicende che connotano la causa in giudizio. Ciò “legittimerà” il giudice ad erogare una tutela che non si fermi al solo annullamento (e alla sospensione) o al solo ordine di provvedere (nel caso del silenzio) lasciando imperturbato il *quomodo* l’amministrazione si determinerà, ma

¹⁷⁷ Con la sua “Ultima lezione tenuta al corso di “Giustizia amministrativa” presso la facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Pisa, nell’anno accademico 2010-2011, sul significato reale del concetto di giusto processo ex art. 111 Cost., F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, pagg. 1353 - 1362, ha posto in luce come il Codice del processo amministrativo, a seguito dei tagli “irregolari” apportati al testo dall’intervento governativo, ha disegnato una disciplina dove le azioni sono “sussultorie”, in quanto, come abbiamo d’altro canto visto, l’azione di adempimento è scomparsa dal testo finale, ma è rimasta l’azione di condanna con “la possibilità di anticipare nella sentenza prescrizioni tipiche del giudizio di ottemperanza; è scomparsa l’azione generale di accertamento, ma ne sono state disciplinate ipotesi tipiche (il silenzio e l’accertamento della nullità dell’atto). Insomma, una disciplina non omogenea e a volte incongrua. Abbiamo già visto come la giurisprudenza si sta avviando ad una “risistemazione pretoria” della disciplina delle azioni in senso estensivo verso l’atipicità. Tornando allo scritto di Fabio Merusi, l’Autore rileva come un rimedio a tale disorganica disciplina si può rinvenire proprio nel principio del giusto processo: che “per essere giusto deve poter soddisfare la pretesa dedotta in giudizio” quindi “l’azione deve essere funzionale alla pretesa dedotta; lo strumento per realizzare la pretesa. Con la conseguenza che le azioni variano col variare dell’oggetto delle pretese [...] con la conseguenza che se l’azione non è descritta dalla legge, nel nostro caso dal codice del processo amministrativo, è il giudice che dovrà tipicizzare l’azione sulla base della pretesa. Lo dice del resto lo stesso codice in una norma evidentemente sfuggita all’azione iconoclastica governativa, là dove afferma, all’art. 32, secondo comma, che ‘il giudice qualifica l’azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni’ [...] come dire che l’azione è per sua natura atipica”

lo autorizzerà a proiettare con maggiore vigore l'effetto conformativo del suo provvedimento e, se ve ne sono i presupposti, ad indicare con puntualità quale comportamento l'amministrazione sia tenuta ad intraprendere, anche impartendogli una condanna ad un *facere* specifico. Senza che ciò costituisca un indebito straripamento di poteri.

A tale risultato il giudice può pervenire, prima di tutto se vi è la volontà del ricorrente che deve rappresentare nel modo più dettagliato possibile, non solo gli elementi formali che interessano l'oggetto dell'impugnazione, ma anche quelli "sostanziali"; e deve altresì puntualmente formulare la sua domanda di tutela per comunicare al giudice in modo esatto ciò che per lui costituisce tutela piena ed effettiva (ovviamente sarà poi il giudice, in applicazione dei principi generali del processo, tra cui quello per cui *iura novit curia*, a rielaborare correttamente *petitum* e *causa petendi*). Da parte di chi (generalmente la P.A.) è resistente in giudizio, vale lo stesso identico presupposto di completezza. Con, a monte, in più, un obbligo generale di motivazione dei propri atti.¹⁷⁸

La motivazione puntuale ed esaustiva paleserà in modo più evidente la legittimità dell'atto, esternando il percorso logico-giuridico-argomentativo attraverso cui l'autorità è arrivata alla determinazione impugnata. È necessario, probabilmente, uscire dall'ordine di idee che l'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo (art. 3, l. 241/90) attenga solo al diritto sostanziale (rispetto del principio di buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione dell'art. 97 Cost.), e iniziare a porre il principio in strettissima connessione con la sfera della protezione giurisdizionale e quindi, rilevare anche la violazione degli artt. 24 e 113 Cost.¹⁷⁹

¹⁷⁸ In tal senso si è pronunciata recentemente la Corte Costituzionale, con sentenza 5 novembre 2010, n. 310, ne segnaliamo il commento di M. LONGO, *La motivazione nei provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale: un obbligo generale dal fondamento costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 6, 2011, pag. 1806, che evidenzia come "il sindacato sulla motivazione del provvedimento amministrativo costituisce il «nucleo forte» dell'effettività della tutela, lo strumento con cui acquista evidenza la ponderazione tra potere pubblico e interesse legittimo, e la medesima è resa effettivamente sindacabile".

¹⁷⁹ M. LONGO, *Ibidem*, evidenzia correttamente che l'obbligo di motivazione ha anche una sua radice di principio generale della comunità europea, avendo affermato la Corte di giustizia che le decisioni delle pubbliche autorità devono essere motivate per poter essere oggetto di ricorso da parte dei destinatari in ossequio alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Principi, quelli di derivazione comunitaria, immediatamente suscumbibili nell'ordinamento interno in relazione ai procedimenti amministrativi grazie al richiamo di cui all'art. 1 l. 241/90

Pertanto, la sua estensione deve essere massima, sia in senso “verticale”, cioè deve dire tutto dell’*iter* logico giuridico che ha giustificato l’adozione dell’atto, considerando con puntualità tutti i presupposti di diritto e gli elementi di fatto che vi ineriscono; sia in senso “orizzontale”, nel senso che la motivazione deve interessare ogni atto che è assunto nell’esercizio di prerogative discrezionali¹⁸⁰.

Quindi la motivazione non dovrà inerire solo l’atto finale, ma dovrà gettare luce sull’intero procedimento intessuto per giungere all’atto.

Tutto ciò che non emergerà dai contributi delle parti, dovrà essere, se considerato rilevante, esplorato dal giudice, anche mediante l’ausilio dello strumentario istruttorio messi a disposizione dalla legge; oggi molto più ampio (seppur ancora “arretrato” e limitato rispetto a quello di cui dispone il g.o.) che in passato,¹⁸¹ anche attivandosi in via officiosa, senza l’impulso delle parti.

Nel compiere tale ricognizione, il giudice evidentemente si calerà nella “realtà amministrativa” in modo molto profondo e si imbatte con il procedimento posto in essere dall’amministrazione. Scruterà anche gli ambiti in cui si dipanano le scelte “discrezionali” (amministrative e tecniche), limite questo che non potrà e non dovrà oltrepassare.

Tuttavia, v’è da chiedersi: quanto ampio è l’ambito realmente affidato alla discrezionalità, specialmente a quella tecnica, e quanto invece non sia “semplicemente” comportamento doveroso perché imprescindibile?

Per meglio dire - in particolar modo rispetto alla discrezionalità tecnica che, per sua stessa essenza, specialmente in ambito scientifico-tecnologico, ha una “cifra”

¹⁸⁰ Ancora, Corte Costituzionale, sentenza 5 novembre 2010, n. 310, commentata stavolta da R. CICCHESI, *Fondamento costituzionale dell’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo*, in *Il Corriere del Merito*, vol. 1, 2011, pagg. 108 - 111, con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 1, D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, come sostituito dall’art. 11, comma 1, lett. a), D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106, nella parte in cui prevede che ai provvedimenti di sospensione dell’attività imprenditoriale previsti dalla norma non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e dunque anche all’art. 3 che prevede l’obbligo di motivare il provvedimento. L’obbligo di motivazione è espressione dei principi contenuti negli articoli 97 e 113 Cost.. Il Tar rimettente la questione evidenziava anche come “l’obbligo di motivazione, infine, integrerebbe un «principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei» [...] e che l’amministrazione procedente debba esternare le modalità di ponderazione degli interessi coinvolti proprio attraverso la motivazione dell’atto” (pag. 109). Il Commentatore osserva correttamente come la sentenza sembra porre sul medesimo piano “le esigenze di tutela del singolo e di garanzia della legittimità dell’azione amministrativa della stessa” (pag. 111).

¹⁸¹ Sui mezzi istruttori formulati dal Codice, G. D’ANGELO, *L’istruttoria*, in *Foro ital.*, Monografie e Varietà, pagg. 215 - 221.

di oggettività difficilmente riconducibile a scelte di “merito amministrativo”, ma piuttosto riconducibile a prefissati criteri e protocolli tecnici¹⁸² – quanto di tutto quello che si è abituati a ritenere grossolanamente “discrezionalità” alberghi realmente nella sfera della opportunità e del merito amministrativo e quanto invece non attenga alla doverosità, alla “legalità” in senso ampio e sostanziale, intessuta di tutti i principi generali che sono ormai abbondantemente cogenti nell’ordinamento (efficacia, economicità, proporzionalità, ragionevolezza, imparzialità, partecipazione, istruttoria, ma anche autonomia, differenziazione, sussidiarietà, ecc.)?

Se la cognizione del giudice, sul presupposto delle allegazioni delle parti, attraverso la motivazione dell’atto e, in via suppletiva, mediante la sua attività istruttoria anche inquisitoria (e anche tecnica), sarà completa, esaustiva e penetrante, si può star certi che alla domanda recata dal superiore periodo la risposta sarà che, in realtà, la “discrezionalità” attiene alla “legalità” molto di più di quanto non attenga strettamente al “merito amministrativo”.

E il giudice che valuti la legalità dell’azione amministrativa dalla prospettiva testé evocata non potrà dirsi che *invada* il territorio del *merito* amministrativo.

E se la prospettiva appena disegnata si trasferisce sul piano dell’azione cautelare, si può pervenire a risultati ancora più vantaggiosi in termini di tutela, ma anche in termini di economia complessiva del sistema.

¹⁸² Certamente va precisato che l’operazione è un po’ più complessa quando si tratta di discrezionalità tecnica in determinati settori, come quello paesaggistico, dove criteri meramente tecnici si sovrappongono ad apprezzamenti e valutazioni di tipo “opportunistico” che coinvolgono valutazioni di tipo artistico e che coinvolgono profili di contemperamenti tra interessi diversi (ad esempio, polo prevalente tra tutela del paesaggio e tutela della economia industriale e del lavoro). Recentemente, il C.G.A.R.S., con la decisione 10 giugno 2011, n. 418, in *Rassegna amministrativa siciliana*, n. 3, 2011, pagg. 845 - , si è pronunciata in tal senso: “ per lungo tempo la giurisprudenza ha ritenuto che la c.d. discrezionalità tecnica – e cioè l’attività che ricorre quando l’Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica alla quale una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta – avesse contenuto analogo alla discrezionalità pura, con la conseguenza che le valutazioni tecniche, confluendo nel merito amministrativo, venivano ritenute intrinsecamente insindacabili in sede di legittimità, salvo la ricorrenza di ipotesi liminari di abnormità immediatamente percepibili. Più di recente è però prevalsa una diversa impostazione, alla stregua della quale il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. [...] Operativamente, al fine di non travalicare i confini propri della giurisdizione di legittimità, il Giudice amministrativo dovrà guardarsi dal sovrapporre il proprio giudizio a quello espresso dagli organi tecnici, incentrando invece il suo sindacato sulla verifica del corretto esercizio dei poteri affidati all’Amministrazione sotto il profilo della completezza dell’istruttoria, della effettiva sussistenza dei presupposti del provvedere nonché dell’osservanza di criteri di proporzionalità e ragionevolezza (cfr. VI Sez. n. 4322 del 2007).

Infatti, laddove il giudice, con l'ordinanza cautelare che sia frutto di una più penetrante (sebbene proporzionalmente più sommaria rispetto alla fase di merito) cognizione dei fatti di causa, può ottenere il risultato di un ripensamento dell'amministrazione destinataria del provvedimento interinale che, anche per ragioni di economia, può "convincersi" della illegittimità dell'atto o del comportamento impugnato e procedere al riesame dello stesso, possibilmente aderendo ai profili evidenziati nel ricorso e, ancor più, in quelli rilevati dall'ordinanza. Non a caso, la motivazione dell'ordinanza (ma anche del decreto cautelare) è un passaggio fondamentale nel sistema della tutela cautelare. La legge espressamente prevede che le ordinanze debbano essere succintamente motivate. Ma seppur in modo succinto, il provvedimento interinale deve contenere i principali elementi, anche sostanziali, che sorreggono la decisione. Il giudice amministrativo, molto spesso, si limita, anche oggi, nonostante sia obbligato dalla legge, a motivare solo il *fumus* o solo il *periculum* e, talvolta, né l'uno né l'altro. Oppure motiva in modo talmente telegrafico da impedire la reale comprensione delle ragioni che sorreggono l'accoglimento o il rigetto. Tale abitudine non è dovuta al carico di lavoro del giudice amministrativo, ma alla sua ritrosia a "sbilanciarsi" in motivazioni che potrebbero mutare di segno in sede di merito. È evidente come questo sia un difetto estremamente grave che connota il giudice amministrativo,¹⁸³ il quale, nel perseverare con un atteggiamento che, in fin dei conti, altro non è che il retaggio genetico del giudice del 1889, perde di vista che un'ordinanza succintamente ma adeguatamente motivata rappresenterebbe un momento di assoluta elevazione della qualità della giurisdizione amministrativa.¹⁸⁴

¹⁸³ Il giudice ordinario si comporta in modo diametralmente opposto, a parità di carico di lavoro, motivando in modo assolutamente puntuale e dettagliato i provvedimenti cautelari, anzi, sovente, motivandoli con ancora maggiore profondità, forse proprio perché il provvedimento cautelare, esprimendo un'immediatezza di risposta alle istanze di tutela può apparire come un atto "prorompente" rispetto alla realtà che deve essere repentinamente modificata in conformità al provvedimento. Ma certamente perché, pur col massimo rispetto per la magistratura amministrativa, il giudice ordinario, piaccia o no, e con tutti i suoi difetti di altro tipo, è comunque un "vero giudice".

¹⁸⁴ "La motivazione dell'ordinanza cautelare non è solo applicazione del diritto positivo, ma è anche una regola di civiltà giuridica che dà attuazione al principio di trasparenza e, contenendo delle *normae agendi*, servirà ad indirizzare l'amministrazione resistente nella fase dell'esecuzione dell'ordinanza cautelare", così R. LEONARDI, *Tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici*, in V. PARISIO, *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Giuffrè, 2009, pag. 135

In primo luogo, per la forza conformativa che essa avrebbe, orientando, l'amministrazione, anche in assenza di uno specifico ordine di *facere*, ma già solo grazie alla *legal suasion* che essa esprimerebbe. Così, l'attività amministrativa successiva alla misura cautelare siffatta, potrebbe spingersi fino al riesame in autotutela del provvedimento impugnato, eliminando così la fase di merito con un notevole risparmio di risorse e con la massima effettività della tutela.

In secondo luogo, poiché l'ordinanza cautelare può considerarsi un provvedimento derisorio (si pensi al caso in cui da essa derivino effetti irreversibili) è soggetta alla disciplina di cui all'art. 111 Cost, per cui tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, anche perché è prevista la loro appellabilità. Non si comprende come si può appellare compiutamente un'ordinanza cautelare se non è motivata.

Il giudice amministrativo non dovrebbe affatto temere di motivare l'ordinanza perché poi non potrebbe motivare diversamente la decisione definitiva. Certo, se in sede cautelare viene compiuta una seria istruttoria (come spesso oggi a volte accade ed altre no), si restringono notevolmente le prospettive di cambiamento in sede di merito (piuttosto il giudice, e questo sarebbe un male ben peggiore della cura, resta fermo su posizioni che non lo convincono), ma esse sono assolutamente plausibili e non sono contrarie al sistema, posto che il provvedimento cautelare si fonda, come abbiamo visto su presupposti ed esigenze del tutto diversi da quelle su cui si fonda la sentenza (certo, il diritto è pressoché lo stesso, ma le prospettive cambiano radicalmente).

La giurisprudenza, ancor prima dell'entrata in vigore del Codice, avallava *“una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale. Ne consegue che, se da un lato resta impregiudicata la potestà finale dell'amministrazione sul contenuto della decisione, dall'altro lato il dovere istruttorio diventa più pregnante laddove impone l'arricchimento, anche motivazionale, in relazione, oltre che al parere positivo del Comando (ma ciò appartiene alla ordinaria esigenza istruttoria e motivazionale) agli aspetti – i motivi di*

ricorso - individuati anche dal giudice come meritevoli di essere tenuti in conto nell'attività di riesame che a tale fine si avvicina alla ordinaria attività di autotutela". Così si è espressa la IV sezione del Consiglio di Stato con questa significativa decisione resa già il 30 giugno 2006, n. 4239, che avevamo *supra* illustrato per altri aspetti.

5. I nuovi scenari di tutela. Il diritto del rischio.

Le nuove istanze di tutela, quelle legate all'ambiente, alla salute umana, al paesaggio, alla scienza e alla tecnologia, emergono in settori che, rispetto a quelli più tradizionali entro i quali il giudice amministrativo si è evoluto secondo la direttrice vista fin'ora, gli richiedono di rimodulare secondo canoni diversi il suo operato.

Il giudice sarà costretto ad avvicinarsi in modo ancora più "periglioso" per l'equilibrio complessivo del sistema all'attività amministrativa e la linea di confine tra giurisdizione e amministrazione si assottiglierà ulteriormente, fino a quasi sconfinare, se in ballo vi sono interessi fondamentali per l'uomo.

Il giudice non può operare in modo "discrezionale" il contemperamento degli interessi in gioco, ma certamente deve aver presente non solo il quadro normativo ed istituzionale entro cui tali nuovi interessi si dispiegano, ma anche gli aspetti più sostanziali, e trarre le corrette conclusioni decisionali. Soprattutto, deve essere capace di maneggiare con più agilità la perdita di riferimenti normativi e la contrapposta accentuazione del ruolo che assumono, in tali contesti, i "nuovi" principi (proporzionalità, ragionevolezza, sussidiarietà, autonomia) cui la stessa amministrazione deve conformarsi.¹⁸⁵

Per esempio, il quadro di riferimento in tema di rapporto tra esigenze paesaggistiche ed esigenze ambientali, in particolare in relazione alle infrastrutture di produzione di energie rinnovabili (pannelli solari, pale eoliche, ecc.) è stato fortemente condizionato dalla Corte costituzionale che propende in linea di massima a favore dei valori della tutela del paesaggio, senza però che

¹⁸⁵ Cfr., A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè 2006, pag. 195.

tale esigenza sia “paralizzante” per ogni altra attività, dovendosi constatare caso per caso le fattispecie concrete.¹⁸⁶

Vediamo come in tali contesti, il giudice amministrativo è inevitabilmente chiamato a valutazioni di prevalenza di opposte esigenze, valutazioni che lo espongono al rischio di accedere a un’area decisionale di competenza esclusivamente amministrativa. Pertanto, l’istruttoria procedimentale diventa fondamentale per consentire al giudice di verificare se, in relazione ad aspetti meramente tecnico-discrezionali, l’atto impugnato si espone a rilievi di illegittimità per “incoerenza, irragionevolezza o errore tecnico,”¹⁸⁷ solo in presenza di tali elementi, il giudice amministrativo può esprimere un giudizio di censura delle scelte amministrative, diversamente dovrebbe astenersi dal prendere posizioni di merito, rigettando la domanda di tutela.

È evidente, quindi che, l’attuale tessuto socio-economico, connotato dall’estrema complessità tra diverse istanze (tutela estetico-paesaggistica, tutela dell’ambiente naturale, tutela della salute pubblica, ecc., ma talvolta si può trattare di rischi “sociali” ancora più sofisticati, come, ad esempio, la sicurezza psicofisica dei giovani) che devono trovare ciascuna allocazione nel sistema garantendo l’equilibrio complessivo dello stesso e l’incolumità dei cittadini, il giudice sarà chiamato, inevitabilmente e sempre più spesso, a decisioni che “guardano negli occhi” il merito amministrativo, specialmente per il versante della discrezionalità tecnica e della discrezionalità mista. Diventa dunque fondamentale l’attuazione dei nuovi principi informativi dell’azione amministrativa e dei valori in essi sottesi, principi la cui operatività tenderà ad assottigliare sempre di più il margine discrezionale di cui dispone l’amministrazione.¹⁸⁸ Ecertamente, finché possibile, il giudice dovrà evitare di esorbitare la sua competenza,

Tuttavia, tra tali nuove istanze di tutela, ve ne sono alcune che non possono sopportare la possibilità che il giudice declini la risposta rimediale a causa del

¹⁸⁶ Cfr., P. LOMBARDI, *Il favor legislativo per le fonti energetiche rinnovabili quale elemento idoneo a fondare il fumus boni iuris per l’accoglimento di un’istanza cautelare?*, in *Foro amm. - Tar*, n. 3, 2011, pag. 755, a commento di T.A.R. Lombardia, Brescia, 30 marzo 2011, n. 506,

¹⁸⁷ Così, P. LOMBARDI, *Ibidem*, pag. 760.

¹⁸⁸ Sulla “progressiva riduzione dei confini tra legittimità e merito”, A. BARONE, *Ibidem*, pag. 194, invita a leggere le fondamentali analisi di V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, pagg. 267 - 326.

rischio di intromissione nel merito amministrativo, poiché la immediata rilevanza di taluni interessi fondamentali, quali la vita, la salute, l'integrità dell'ambiente naturale, è tale che la tutela giurisdizionale deve essere sempre accessibile.

Peraltro, nella gran parte dei casi, in tali frangenti, il giudice, in guisa dell'urgenza della domanda di tutela, sarà chiamato a rispondere preliminarmente in via cautelare,¹⁸⁹ dovrà dunque operare un approfondimento istruttorio già in tale sede. Sede d'urgenza che assume, quindi, valore fondamentale in tali ambiti, anche perché, "nel dubbio" sul merito della questione, essa offre la possibilità di tenere provvisoriamente indenne il bene di cui si chiede la protezione. Anzi, oggi, grazie allo strumento della tutela cautelare *ante causam* le domande connotate da estrema urgenza possono trovare una risposta di tutela praticamente istantanea.

Uno dei principi che rilevano in modo preponderante in dette vicende è il principio di precauzione¹⁹⁰, secondo cui, nel dubbio che una determinata innovazione possa essere pregiudizievole per interessi "superiori", come, ad esempio, per la salute pubblica (e non per il semplice interesse pubblico, che è cosa ben diversa), il giudice potrà, e lo dovrà fare precipuamente in sede cautelare, che diventa quindi la "sede elettiva" per la tutela di interessi di primario rilievo, intervenire con decisioni immediate ed efficaci. Possibilmente, però, adeguatamente motivate, in modo da consentire di verificare che il giudice ha lavorato da giudice, se è stato possibile.

Ma a ben vedere, al fine di gestire il rischio e in applicazione del principio di precauzione, il giudice amministrativo dovrà necessariamente godere di un più

¹⁸⁹ Osserva, A. BARONE, *Ibidem*, pag. 194, come "L'obbligo di rendere giustizia in situazioni di incertezza scientifica amplia i tradizionali spazi del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, valorizzando al contempo gli istituti processuali idonei ad assicurare una tutela rapida ed effettiva".

¹⁹⁰ Il principio di precauzione discende direttamente dall'ordinamento comunitario e nasce per esigenze di tutela ambientale, ma che è stato ampliato nella sua portata applicativa ad altri settori da varie pronunce della Corte di giustizia, tanto da essere contenuto nella bozza di Costituzione europea, è individuato allo scopo di assicurare uno degli obiettivi dell'Unione Europea, la quale deve garantire ai suoi cittadini un'area di libertà, sicurezza e giustizia. Cfr. I.M. MARINO, *The Missed Constitution: What the European Citizen Has Lost*, in *Megatrend Review*, vol. 6, 2009, pag. 81, *ivi* l'Autore definisce con precisione il principio di precauzione, come consequenziale istanza alla superiore petizione di tutela: "Consequently every time there is a doubt if the outcomes of the scientific and/or technological development can have a risk for the people, the principle of precaution establishes that the human and the environmental protection must prevail: the cultivation or the commerce must be stopped, we have to do everything is necessary to protect the human being".

ampio potere cognitivo, fino a sfiorare lo stesso “merito amministrativo” e ciò per poter emettere un provvedimento (quantunque interinale) che sia capace di reagire in modo pronto ed effettivo ai bisogni di tutela che sono specialmente urgenti e coinvolgono beni fondamentali.¹⁹¹

Tuttavia, la immanenza del rischio da gestire per evitare il danno, che, come detto, tendenzialmente avverrà in sede cautelare, non esime il giudice dall’individuare, in primo luogo, i requisiti della concessione del provvedimento (certamente in tali circostanze il *periculum* ha una portata notevolmente accentuata rispetto al *fumus*)¹⁹².

E certamente, prima del giudice, il principio di precauzione dovrebbe inferire all’azione amministrativa, pertanto la stessa amministrazione attiva, prima di adottare un provvedimento connotato da rischi da ignoto scientifico e tecnologico, dovrebbe avere condotta un’istruttoria modellata anche dall’applicazione dei principi rilevanti, tra cui la stessa precauzione. Pertanto, eccetto quando il rischio supera la soglia d’allarme, anche secondo il prudente apprezzamento dello stesso giudice, prima di addivenire a determinazioni esclusivamente fondate su una generica ed *iper*-prudenziale valutazione della sua sussistenza, magari vaga o estremamente incerta, il giudice dovrà rimanere sulla linea dettata dai canoni di tutela giurisdizionale, verificando l’esistenza della conformità o meno dell’azione amministrativa alle norme e ai principi che ne regolano l’azione. Magari muovendosi su quella rinnovata dimensione che è data dalla prospettiva tracciata in questi ultimi anni, e di cui abbiamo detto nel precedente paragrafo. Specialmente in relazione all’accentuazione del ruolo della istruttoria e della motivazione.

Pertanto, ove il giudice registri la violazione dei principi dovrà censurare l’atto o il comportamento per eccesso di potere e su questa base, che lascia integre le sue prerogative e quelle dell’amministrazione, emetterà il provvedimento cautelare. Il giudice non opererà, dunque, finché può, un contemperamento degli interessi dettato esclusivamente dall’esigenza di erogare tutela sempre e comunque, ma

¹⁹¹ Cfr., A. BARONE, *Ibidem*, il quale fa tuttavia notare come sul punto esistano “indicazioni difformi provenienti dal diritto comunitario e a fronte del *self-restraint* talora serbato dallo stesso giudice in presenza di questioni tecnico-scientifiche controverse.

¹⁹² Cfr., A. BARONE, *Ibidem*, pag. 201.

verificherà se e come tale contemperamento è stato formulato in sede amministrativa, la sua sede naturale.

La completezza e l'adeguatezza dell'istruttoria tecnica posta in essere dall'amministrazione, integrata dall'eventuale attività istruttoria ulteriore del giudice, fornirà tutti gli elementi necessari alla valutazione giurisdizionale, pur nel rispetto delle diverse competenze.

E ciò vale in particolare quando, pur sussistendo un'alea di rischio, questa ha per contrappasso altri interessi diversi ma altrettanto rilevanti, in tal caso che la determinazione, caratterizzata da delicatissimi contemperamenti di interessi, è giusto che sia eminentemente amministrativa¹⁹³.

Si pensi, ad esempio, al difficile rapporto tra sviluppo industriale e tutela ambientale, dove in ambedue gli ambiti, in ultima analisi, insiste la tutela di interessi fondamentali.

Qui, eventuali censure di illegittimità saranno ancor più complesse da valutare, ma il giudice dovrà restare fedele al suo ruolo e "fermarsi" se constata che la sua valutazione si sta addentrando nell'opportunità delle scelte amministrative, non prima di avere però verificato compiutamente il rispetto del limite esterno del merito amministrativo; e se dovesse constatare eventuali violazioni che, in casi simili, spesso dipenderanno, non tanto dal rispetto formale delle norme di azione, ma soprattutto dalla conformità dell'azione amministrativa ai principi generali dell'ordinamento e a quelli specificamente orientati alla gestione del rischio come quello di "amministrazione riflessiva".¹⁹⁴

¹⁹³ Sulla gestione del rischio anche in ordine a profili di rilevanza comunitaria, in commento alla sentenza del T.A.R. Lazio, sez. I, 29 novembre 2004, n. 14477, vedasi A. BARONE, *Organismi geneticamente modificati: amministrazioni e giudici nel diritto del rischio*, in *Foro ital.*, 2005, pagg. 261 - 268.

¹⁹⁴ La gestione delle attività rischiose, oggi, è quasi interamente devoluta alla co-amministrazione tra organi interni e organi comunitari. Poiché è necessario che ogni nuova conoscenza confluisca nei procedimenti decisionali, e sia che giunga dall'interno o che promani dal livello comunitario, ne deriva un dovere di riesame delle precedenti determinazioni che dipenderà dalle nuove acquisizioni conoscitive, in un "continuum che sfugge alle tradizionali differenze tra procedimenti di primo e secondo grado" anche prescindendo dalle ordinarie garanzie che avvolgono i relativi procedimenti amministrativi, cfr. A. BARONE, *Public Administration in the Risk Society*, in *Megatrend Review*, vol. 6, 2009, pag. 111 (la traduzione dell'inciso dalla lingua inglese è nostra).

Nell'esempio appena proposto, la scelta potrà pendere diversamente dalla parte dello sviluppo o dalla parte della tutela dell'ambiente anche a secondo della collocazione geografica dove l'attività controversa deve essere eseguita.¹⁹⁵

Così, in un'area economicamente depressa è possibile che, pur in presenza di rischi ambientali sullo sfondo, risulti preponderante l'interesse allo sviluppo economico perché, diversamente, si innescherebbero rischi di espansione di povertà diffusa; viceversa in un territorio che gode di un maggiore benessere economico, l'interesse all'insediamento delle medesime iniziative industriali rischiose per la salubrità dell'ambiente naturale, sarà considerato recessivo. Ecco che, ancora un volta, sono i principi generali ad orientare le scelte amministrative, in casi del genere, i principi autonomistici di affermazione delle esigenze locali (non a caso i tribunali amministrativi sono istituiti su base regionale), il principio di proporzionalità, di ragionevolezza, di sussidiarietà e così via.

Ma vi sono anche altri settori, meno studiati, ma certamente rilevanti, entro i quali il giudice amministrativo è chiamato a rispondere senza che via sia l'ausilio della norma formale a confortarne l'azione. E dove molto spesso la tutela cautelare funge da unico strumento di "messa in sicurezza" di situazioni urgenti, ma di sfuggente valutazione. Situazioni che certamente oggi, lo strumento della (tanto sottovalutata) tutela *ante causam* può contribuire a gestire.

Per apportare un contributo esemplificativo, ci si richiamerà ad una vicenda che riguarda interessi di rilevanza sociale la cui percezione di rischio è complessa e soggetta a valutazioni mutevoli nel tempo e fortemente soggettivizzate.

Per esempio, ciò che può essere dannoso o meno per la psicologia collettiva, specialmente quella in fase evolutiva dei giovani, e se c'è un dovere specifico dell'autorità di soppesare e gestire tali rischi. E quindi quali strumenti di tutela possono essere utilizzati dal giudice e se il giudice è legittimato ad intervenire.

¹⁹⁵ Sull'importanza dell'applicazione dei principi di sussidiarietà e differenziazione in relazione alle specificità locali e quindi alla necessità di raccordare le normazioni locali a quelle sovraordinate, comunitarie in particolare, per consentire un diverso contemperamento delle diverse esigenze localistiche in tema di biotecnologie e risorse agro-alimentari, vedi I.M. MARINO, *Prime considerazioni*, cit., pagg. 1473 - 1484.

Un caso emblematico è quello della censura cinematografica, la vicenda concreta riguarda l'impugnazione da parte di una associazione di consumatori del provvedimento del Ministero per i Beni e le Attività Culturali con cui è stato concesso, su conforme parere della commissione di I° Grado ex artt. 5 e 6 L. 161/62, il nulla osta alla proiezione del film "Apocalypto", distribuito nelle sale cinematografiche italiane dal mese di gennaio 2007 in quanto, benché contenesse scene di violenza, non ne vietava la visione ai minori di 14 anni.

Il provvedimento è stato oggetto di pronuncia presidenziale *inaudita altera parte* di tipo propulsivo che ha inibito provvisoriamente la visione del film "Apocalypto" ai minori di 14 anni fino alla decisione assunta nella Camera di Consiglio, che poi ha confermato il provvedimento.

Il Presidente del Tar Lazio - Roma, con il DP n. 14, del 08/01/2007, nella valutazione comparativa tra gli interessi economici dei controinteressati e gli interessi sottesi alla tutela dei minori di anni 14 "*in relazione alla particolare sensibilità dell'età evolutiva ed alle esigenze della loro tutela morale*" ha dato prevalenza a quest'ultimi, ritenendo la tutela dei minori predominante, inibendo conseguentemente la visione di numerose scene di estrema "*violenza verso uomini o animali*", alla stregua della espressa previsione contenuta nell'art. 9, primo comma, del D.P.R. 11.11.1963 n. 2029". Non v'è chi non veda in tale provvedimento una valutazione eminentemente discrezionale da parte del giudice. Ovviamente, un caso del genere può essere letto esattamente all'inverso: la "censura" (pur essendosi notevolmente e fortunatamente ridotti moltissimo i suoi ambiti d'azione) tenta di bloccare una diffusione culturale tramite i propri organi. Si pensi come in questi casi, la tutela *ante causam* sia essenziale perché la lesività si consuma quasi istantaneamente. Diventa però quasi impercettibile in situazioni del genere la linea di confine tra giudice e amministrazione.

Se ciò sia un bene o un male non è facile dirlo in generale. D'altra parte maggiori sono gli ambiti di *amministrativizzazione* e maggiori saranno, in conseguenza, gli ambiti di *giuridicizzazione*. E quindi maggiore sarà il ruolo del giudice amministrativo. Questa è la complessità dell'oggi.

5. Qualche divagazione conclusiva.

Se è così, “la sete di giustizia amministrativa, ed in particolare di giustizia cautelare, non diminuisce, o forse aumenta, nel passaggio dall’amministrazione totalizzante alla amministrazione regolatrice, o meglio, nell’attuale convivenza fra i due sistemi amministrativi¹⁹⁶”.

Senza necessità di attendere il 2010, che ha visto un inquadramento organico della *fase* cautelare nell’ambito del giudizio amministrativo, evidentemente in recepimento della prassi stratificatasi nei decenni, già negli anni Ottanta era chiaro come la tutela cautelare avrebbe rappresentato, in moltissimi casi, il vero fulcro del processo amministrativo, tanto da rendere marginale (dal punto di vista dell’interesse delle parti) la pronuncia definitiva.¹⁹⁷

Però l’*effettività* che passa attraverso la tutela cautelare non può pagare lo scotto di vedere scadere la *qualità* della giurisdizione amministrativa. Il che sarebbe anche un paradosso perché *effettività* della giustizia è (anche) *qualità* della giurisdizione, paradosso che è tutt’altro che astratto se il giudice amministrativo non comprende che tutto ciò che è stato costruito (e che egli stesso ha contribuito a costruire) dovrebbe andare nella direzione di garantire che il processo sia giusto, un processo dentro il quale si attui la Giustizia attraverso il Diritto e che la Giustizia non coincide con l’interesse pubblico, ma coincide con la capacità (e il coraggio) di dare, attraverso la sentenza, forza e voce alla parte il cui diritto è stato leso e, attraverso la misura cautelare, garantire che il diritto controverso non sia irreparabilmente danneggiato dalla tempo occorrente alla piena cognizione. E anche nella fase cautelare, forse con ancora più vigore, perché in tale fase è più *libero*, il giudice deve tenere dritta la barra verso il perseguimento della strumentalità del provvedimento cautelare alla conservazione del bene

¹⁹⁶ Sono le parole di F. MERUSI, *Diritto e processo tra azioni cautelari e riti speciali amministrativi*, in M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di), Giuffrè, 2006, pag. 171.

¹⁹⁷ Vede in modo negativo il fenomeno, ma prende atto del fatto che la decisione cautelare è “sostanzialmente determinativa e comunque anticipatrice dell’intero giudizio, nel quale la pronuncia di merito, momento processuale che la lontananza nel tempo rende sempre più fumoso ed inconsistente, ha perso gran parte della fondamentale importanza che le è (dovrebbe essere) propria”, così E. STICCHI DAMIANI, *Sull’esecuzione dell’ordinanza sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pag. 446. Così pure, F.G. COCCA, cit., che afferma “alla misura cautelare è più volte connessa non solo la tutela interinale ma l’intera tutela giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione” *op. cit.*

finale e non lasciarsi tentare dalle sirene che lo invitano a fare ciò che più garantisce l'interesse pubblico. Il giudice non avrà bisogno di sostituirsi all'amministrazione se sarà in grado di metterla con le "spalle al muro" persuadendola, anche proprio attraverso lo strumento cautelare e il nuovo corso dell'effetto conformativo e della (quasi ottenuta) atipicità delle azioni, ad agire per i cittadini e non per il (proprio) potere. E il giudice la dovrà giudicare sulla base dei principi applicati che molto più delle norme formali possono garantire l'efficacia, ma anche la democraticità dell'azione amministrativa. La violazione di tali principi corrisponderà alla "violazione di legge", perché i principi sono "legge" anzi sono diritto e sono gli unici baluardi della società postmoderna che, in assenza di riferimenti forti e nella crisi della legittimazione rischia di vedere prevalere solo la forza del potere e del denaro. Dove tutto diventa monetizzabile (dai servizi pubblici alla salute alla cultura) e la democrazia è solo quella imposta dall'alto, dai partiti (se va bene), se non dalle banche d'affari e dalle multinazionali.

In questo scenario, almeno la giustizia deve potere essere in grado di offrire una tutela forte ed effettiva, capace di contrastare, col diritto, un'amministrazione che, anche se tra gli anni 70' e 90', si è trasformata in senso democratico, negli ultimi anni sembra sempre più succube del potere autoreferenziale, alle tecnocrazie interne e internazionali; e anche quando fallisce i suoi obiettivi resta integra nel potere, potere privo di legittimazione perché scollegato dal corpo sociale (come ci ripete sovente il prof. Ignazio Marino).

Il giudice amministrativo, la cui giurisdizione è sempre più estesa, non esorbitando dalle sue competenze, deve stanare quel potere dalle riserve del "merito amministrativo" dove questo si nasconde, riserve che saranno sempre meno accoglienti se il giudice sarà in grado di evolversi anche tecnicamente e quindi potrà vagliare le scelte "tecniche" che l'Autorità ritiene che non possano esser comprese all'esterno, neppure dalla classe politica.

Nell'odierna situazione socio-economica, dominata dalla crisi finanziaria e dalla recessione che avanza e colpisce soprattutto i più deboli, i cittadini europei stanno vedendo affidati alle banche e alle multinazionali i propri destini. E dove, lo vediamo oggi, quando anche la politica incapace di affrontare le grandi sfide

perché anch'essa non legittimata a causa del sistema elettorale vigente, ha abdicato al suo ruolo per consegnarlo nelle mani della teconocrazia (forse la stessa da cui ci dovrebbe difendere). Viene allora in mente un passaggio di Nietzsche:¹⁹⁸ "Guardatevi dai dotti! Essi vi odiano: perché sono sterili! Essi hanno occhi freddi e asciutti, davanti a loro ogni uccello giace spennato. Costoro si vantano di non mentire: ma essere impotenti alla menzogna non vuol dire ancora amare la verità. State in guardia! L'essere senza febbre non significa ancora conoscere! Io non credo agli spiriti raffreddati".

BIBLIOGRAFIA

¹⁹⁸ F. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, in U. BECK, *I rischi della libertà*, Il Mulino, 2000, pag. 123.

- S. AMADEO, *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. SPITALERI, GIUFFRÈ, 2009.
- M. ANDREIS, in *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1996.
- A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 2005.
- G. BARBAGALLO, *Cittadini ed Amministrazione in Europa*, Atti del Seminario su "I diritti fondamentali e le Corti in Europa" - Osservatorio Costituzionale - LUISS Guido Carli, 21 gennaio 2005.
- A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.
- A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè 2006.
- A. BARONE, *Organismi geneticamente modificati: amministrazioni e giudici nel diritto del rischio*, in *Foro ital.*, 2005.
- A. BARONE, *Public Administration in the Risk Society*, in *Megatrend Review*, vol. 6, 2009.
- J. BAST, *Of General Principles and Trojan Horses – Procedural Due Process in Immigration Proceedings under EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 11, n. 9.
- U. BECK, *I rischi della libertà*, Il Mulino, 2000.
- F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.
- M. BOVE, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1, 2011.
- C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, CEDAM, 2002.
- P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936
- S. CAMMARERI, *Il principio di oralità nel processo amministrativo*, in *Diritto e Formazione*, n. 4, 2011.
- E. CANNADA BARTOLI, *Il commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa e il suo sistema*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno – Per Federico Cammeo*, n. 22, Milano, 1993.
- E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo cautelare e doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977.

- E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. ital.*, XVII, Torino, 1970.
- R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, n. 5, 2011.
- A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. - Tar*, 2011.
- G.F. CARTEL, D.U. GALETTA, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI E M. GRECO, parte generale, Giuffrè, 2007.
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2005.
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, Jus, 1998.
- R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011.
- M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2011.
- CHIURAZZI G., *Il postmoderno*, Mondadori, 2002.
- R. CICHESE, *Fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo*, in *Il Corriere del Merito*, vol. 1, 2011.
- M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.
- M. CLARICH, M. ROSSI SANCHINI, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di M. ROSSI SANCHINI), Giuffrè, 2006.
- M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
- C. CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficile*, 2008, pag. 4, in www.giustizia-amministrativa.it
- F. CORTESE, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 9, 2011.
- D'ANGELO, *L'istruttoria*, in *Foro ital.*, Monografie e Varietà, 2011.
- D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Giuffrè, 2001.
- G. DE MARZO, G. MISSERINI, *La tutela cautelare sommaria dinanzi ai giudici amministrativi*, Cedam, 2004.
- M. DIDONNA, *Osservatorio di diritto amministrativo*, in *Il Corriere del Merito*, n. 5,

2011.

E. FOLLIERI, *Effettività della giustizia amministrativa nella tutela cautelare*, in *Foro amm. - Tar*, 2003.

E. FOLLIERI, *Codice delle fonti giurisprudenziali - Il giudizio cautelare amministrativo*, Maggioli Editore, 1992.

F. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001.

F. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2011.

F. FRENI, *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2011.

R. GAROFALI, M. PROTTO, *Tutela cautelare monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2002.

R. GIORDANO, *La tutela cautelare uniforme*, Giuffrè, 2008.

E.J. HOBBSAWN, *Il secolo breve*, Rizzoli, 1995

R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2010.

V. LEONE, *Il quadro normativo in materia di competenza territoriale del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, vol. 4, 2011.

P. LOMBARDI, *Il favor legislativo per le fonti energetiche rinnovabili quale elemento idoneo a fondare il fumus boni iuris per l'accoglimento di un'istanza cautelare?*, in *Foro amm. - Tar*, n. 3, 2011.

M. LONGO, *La motivazione nei provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale: un obbligo generale dal fondamento costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 6, 2011.

I.M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Quattrosoli, 2007.

I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993.

I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2003.

- I.M. MARINO, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato*, in AA.VV., *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Padova 2001.
- I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Diritto e Società*, n. 2, 2010. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989.
- I.M. MARINO, *Prime considerazioni sulla disciplina "interna" di OGM e MOGM*, in *Riv. it. di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè, vol. 2, 2003.
- I.M. MARINO, *The Missed Constitution: What the European Citizen Has Lost*, in *Megatrend Review*, vol. 6, 2009.
- F. MERUSI, *Diritto e processo tra azioni cautelari e riti speciali amministrativi*, in M. ROSSI SNCHINI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di), Giuffrè, 2006.
- F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010.
- M. MICHELETTI, *Un nuovo ruolo per il Giudice amministrativo nell'ordinamento pluralista: la funzione di arbitro tra gruppi sociali contrapposti nelle controversie pubblicistiche*, in *Foro amm. – Tar*, n. 2, 2011.
- L. MONTESANO, *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva «civilizzate» dalla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1989.
- M. NEFELI GRIBAUDI, *Ricorso avverso il silenzio inadempimento: un rimedio speciale esclusivo dell'interesse legittimo*, in *Il Codice del Merito*, n. 3, 2011.
- F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, 1881, ed. ital. Mondadori, 1971.
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 2002.
- V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992.
- A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2011.
- V. PARISIO, *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Giuffrè, 2009.
- V. PARISIO, A. PERRINI (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002.
- E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008.

G. PITTALIS, *Natura e presupposti dell'azione cautelare*, relazione al Seminario di studio su "Aspetti problematici nella riforma del processo amministrativo", Bologna, 23 novembre 2000, in www.giustizia-amministrativa.it

A. PROTO PISANI, *Due note in tema di tutela cautelare*, in *Foro It.*, 1983.

S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3, 2011.

R. ROMANELLI, M. DE CECCO (a cura di), *Donzelli*, Roma, 1995.

A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro It.*, 1985.

S. RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2008.

F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, in *Giustizia Amministrativa – Rivista di Diritto Pubblico*, n. 5, 2006.

F. SAITTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni*, Relazione alla giornata di studio, in www.giustamm.it

N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011.

S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1977.

M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm. – Tar*, vol. 8, 2009.

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989.

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

M. SCARPINO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011.

F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2011.

F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennio dei tribunali amministrativi regionali*, *Dir. Proc. Amm.*, 1985.

F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.

S. SCOCA, *Tutela monocratica: nel D.Lgs. n. 104/2010 residua qualche lacuna*, in *Giurisprudenza ital.*, 2011.

G. SIGISMONDI, *Le impugnazioni*, in *Foro ital.*, 2010.

E. STICCHI DAMIANI, *Sull'esecuzione dell'ordinanza sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.

S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000.

L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte, il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 11, 2011.

A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.

C.G.A.R.S., 10 giugno 2011, n. 418, in *Rassegna amministrativa siciliana*, n. 3, 2011

Cons. Stato, IV Sezione, 30 giugno 2006, n. 4239, in giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, Sezione V, 19 febbraio 2007, n. 833, in giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, V sezione, 21 giugno 1996, n. 1210, in *Dir. proc. amm.*, 1997

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 luglio 1996, n. 814 in www.giustizia-amministrativa.it.

T.A.R. Sicilia, sez. III, Catania, D.P. 7 giugno 2008, n. 791 (non disponibile).

T.A.R. Sicilia, sez. III, Catania, D.P. 8 ottobre 2009, n. 1405 (non disponibile).