

CAPITOLO 1 - LE MISURE CAUTELARI

1. Premesse generali
2. Evoluzione storica e profili generali
3. Il modello tradizionale e la sua evoluzione
4. La sospensione dell'atto impugnato come rimedio tipico e la differenza tra interessi pretesivi e oppositivi
5. La distinzione tra atti negativi impropri ed atti negativi propri
6. Gli atti negativi propri e le aperture giurisprudenziali
7. La tutela cautelare avverso il silenzio dell'amministrazione
8. L'ingiunzione al pagamento di una somma in via provvisoria
9. L'evoluzione normativa successiva : la legge 21.7.2000 n. 205 ed il Decreto Legislativo 2.7.2010 n. 140 con allegato il nuovo codice del processo amministrativo

CAPITOLO 2 - IL PROCEDIMENTO

1. Presupposti tutela cautelare
2. La procedura
3. La disciplina ordinaria
4. I procedimenti in sede "monocratica"
5. I rimedi nei confronti delle pronunce cautelari
6. Esecuzione delle misure cautelari
7. La valorizzazione della fase cautelare come sede per la definizione del giudizio
8. La tutela cautelare nei riti speciali e in particolare, in materia di contratti pubblici

CAPITOLO 3 - TUTELA CAUTELARE E L'EFFETTIVITA' DELLA GIUSTIZIA

1. La questione della tipicità (o meno) delle azioni di cognizione nel Codice del processo amministrativo
2. La tecnica del *remand* tra, strumentalità e *legal suasion*
3. la nuova "giurisprudenza creativa" del Consiglio di Stato
4. Tutela cautelare nel dialogo tra processo e procedimento
5. I nuovi scenari di tutela. Il diritto del rischio
6. Conclusioni

CAPITOLO 1 - LE MISURE CAUTELARI

1. Premesse generali

Il provvedimento amministrativo è assistito dal generale carattere dell'esecutorietà; il provvedimento, infatti, in quanto finalizzato alla tutela del pubblico interesse, nel momento in cui è divenuto efficace, può essere posto in esecuzione, nonostante siano sorti, nel destinatario di esso, dubbi sulla sua legittimità.

In questa prospettiva, risulta evidente l'utilità del processo cautelare, diretto ad ottenere, da parte del giudice amministrativo, una misura che "paralizzi" l'esecuzione del provvedimento impugnato, in attesa della definizione del giudizio di merito.

Tradizionalmente, la tutela cautelare presenta i caratteri della provvisorietà e della strumentalità rispetto al giudizio di merito ed è legata alla sussistenza di due presupposti: il periculum in mora (il pregiudizio dell'interesse sostanziale fatto valere nelle more del giudizio) ed il fumus boni iuris (la verosimiglianza circa la fondatezza dell'azione di merito, fondata su un giudizio sommario e di probabilità).

2. Evoluzione storica e profili generali

La più risalente fonte dedicata al giudizio cautelare amministrativo fu l'art. 12 della legge 31 marzo 1889 n. 5992¹, ai sensi del quale la proposizione del ricorso non aveva effetto sospensivo del provvedimento impugnato, se non in presenza di "gravi ragioni". Successivamente, l'art. 39 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio

¹ meglio conosciuta come legge Crispi istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato

di Stato) ha confermato la possibilità, per il ricorrente, di chiedere la sospensione del provvedimento impugnato solo “per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente”. In tempi più recenti, l’art. 21, settimo comma, della legge 7 dicembre 1971 n. 1034 (istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali), ha previsto la facoltà per il soggetto che “abbia proposto ricorso giurisdizionale” di chiedere al giudice la sospensione dell’atto impugnato.

Dalle fonti normative sopra richiamate si delinea una disciplina dell’istituto connotata dai seguenti tratti caratterizzanti :

- a) la proposizione del ricorso giurisdizionale non comporta automaticamente la sospensione dell’efficacia del provvedimento impugnato, perché si ritiene pregiudizievole per l’interesse pubblico che l’esecuzione degli atti amministrativi, dotati di esecutorietà, venga paralizzata da impugnazioni che potrebbero avere scopo dilatorio;
- b) la tutela cautelare si esaurisce in un rimedio tipico, costituito dalla sospensione del provvedimento impugnato con il ricorso giurisdizionale, non essendo consentito al giudice amministrativo adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso;
- c) non si prevede una tutela cautelare ante causam, vale a dire antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale².

Il nostro sistema di giustizia amministrativa veniva così a differenziarsi nettamente dalle soluzioni accolte da altri ordinamenti europei. In particolare, l’ordinamento francese, oltre alla possibilità per il giudice di

² lacuna colmata con l’art. 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per il solo settore degli appalti pubblici e, in via generale, con l’art. 61 del codice del processo amministrativo

sospendere il provvedimento impugnato nell'azione di annullamento, contempla varie altre misure attivabili in caso di urgenza, specialmente di ordine istruttorio. Nell'ordinamento tedesco, contrariamente alla soluzione accolta dal legislatore italiano, la proposizione dell'azione di annullamento determina, automaticamente, la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato; mentre altre tipologie di misure cautelari sono previste in relazione ad altri tipi di azione

3. Il modello tradizionale e la sua evoluzione

Nella disciplina delineata dal legislatore italiano, il giudizio cautelare poteva offrire tutela esclusivamente nel caso che venisse impugnato un atto a contenuto positivo, come tale idoneo ad incidere direttamente su un bene della vita, già acquisito al patrimonio del ricorrente, paralizzandone gli effetti, in modo da pervenire alla definizione del giudizio *re adhuc* integra (ad esempio, l'accoglimento dell'istanza di sospensione di un decreto di occupazione d'urgenza, o di espropriazione, consente di preservare il diritto di proprietà del ricorrente, nelle more del giudizio). L'assetto normativo originario lasciava privo di tutela, invece, un vasto settore dell'attività amministrativa, rappresentato dai cc.dd. provvedimenti a contenuto negativo (diniego di concessione, diniego di autorizzazione, diniego di ammissione a gara o concorso, ecc.).

4. La sospensione dell'atto impugnato come rimedio tipico e la differenza tra interessi pretesivi e oppositivi

La limitazione della tutela cautelare ai soli provvedimenti a contenuto positivo, con terminologia più moderna restrittivi della sfera giuridica del destinatario, discendeva dalla formulazione letterale dell'art. 21 della legge n. 1034/1971, che parlava di sospensione del provvedimento impugnato, senza alcun riferimento ad altri tipi di misura cautelare. Il problema era reso ancor più grave dal fatto che la norma in esame sembrava riferire la sospensione, non già all'atto amministrativo *ex se*, quanto alla sua esecuzione, come tale concepibile esclusivamente con riguardo a provvedimenti suscettibili di attuazione materiale. La sospensione, invece, non era compatibile in relazione ai provvedimenti a contenuto negativo, con più moderna terminologia ampliativi delle posizioni giuridiche del privato, come tali non suscettibili di esecuzione materiale. La distinzione tra atti a contenuto positivo ed atti a contenuto negativo si ricollega, sul piano teorico generale, a quella tra interessi c.d. oppositivi (o statici), i quali tendono alla conservazione di una situazione di vantaggio, incisa dall'atto amministrativo; ed interessi pretesivi (o dinamici), con i quali si aspira ad ottenere dall'amministrazione il provvedimento ampliativo richiesto. Nel sistema di giustizia amministrativa del tempo, restavano quindi scoperte, e prive di tutela, tutte quelle posizioni giuridiche sostanziali incise da atti di contenuto negativo (lesivi di interessi legittimi pretesivi), con i quali l'amministrazione negava l'ampliamento della posizione giuridica del soggetto richiedente (dinieghi di concessione, autorizzazione, ammissione a concorsi, ecc.). A tal riguardo, si osservava – in senso ostativo alla possibilità della tutela cautelare – che l'unico effetto di un atto negativo (ad esempio, il diniego di concessione) era quello di

lasciare immutata la situazione giuridica del destinatario, impedendo al soggetto di acquisire il bene della vita cui egli aspirava. L'eventuale sospensione dell'atto impugnato non avrebbe portato al ricorrente alcun effetto utile, posto che un effetto utile sarebbe potuto derivare soltanto dalla condanna della pubblica amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto dal privato (nel caso, il rilascio della concessione richiesta). Era pertanto evidente l'insufficienza del modello cautelare originario ad offrire una tutela piena ed effettiva del ricorrente, anche perché all'epoca non era ancora stata riconosciuta la risarcibilità dell'interesse legittimo.

5. La distinzione tra atti negativi impropri ed atti negativi propri

L'impostazione tradizionale fu progressivamente superata dalla giurisprudenza, dapprima introducendo, nell'ambito degli atti negativi, una rilevante distinzione tra atti negativi in senso proprio ed atti negativi in senso improprio, nonostante si tratti in entrambi i casi di provvedimenti di rigetto dell'istanza del privato. Si è così osservato che gli atti negativi in senso improprio, pur se caratterizzati da un diniego, producono effetti innovativi, atteso che essi modificano, in qualche modo, la situazione giuridica del destinatario di essi. In questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sospensione del diniego di dispensa dal servizio militare, dal momento che, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto positivo nel provvedimento: il diniego di dispensa equivale infatti, implicitamente, all'ordine di prestare il servizio militare. Sempre in questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sospensione del diniego

di rinnovazione di concessione (ad es. di bene demaniale), dal momento che anche in questo caso, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto positivo: il diniego di rinnovazione di concessione equivale, infatti, implicitamente all'ordine di rilascio del bene oggetto di concessione. La giurisprudenza amministrativa ha quindi recuperato, nell'ambito degli atti negativi, uno spazio per la tutela cautelare.

6. Gli atti negativi propri e le aperture giurisprudenziali

Più complessa si presentava, invece, la situazione relativa ai c.d. atti negativi propri (o puri), i quali non provocano alcuna modificazione della situazione giuridica del destinatario o della realtà materiale, in relazione ai quali la misura cautelare della sospensione appariva inconfigurabile, in quanto inidonea od inutile (si pensi, ad esempio, alla richiesta di sospensione del diniego di autorizzazione). Diverse erano le obiezioni che venivano sollevate alla possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso dalla sospensione, in particolare:

- a) il dato letterale dell'art. 21 (nel testo originario) della legge n. 1034/1971, che non prevedeva misure cautelari atipiche ;
- b) l'inconciliabilità di misure cautelari atipiche con la giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo, che ha come "naturale" misura anticipatoria la sospensione dell'atto amministrativo;
- c) il rischio, per il giudice amministrativo, di invadere la sfera di poteri riservata alla pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, facendosi carico del problema della tutela avverso gli atti negativi puri, aveva notato che, essendo la misura cautelare diretta ad evitare un pregiudizio grave ed irreparabile nella sfera del ricorrente, siffatto pregiudizio ben avrebbe potuto verificarsi anche in relazione ai c.d. atti negativi puri. Determinante, ai fini del mutamento giurisprudenziale, si è rivelata l'esigenza di garantire nel processo amministrativo la stessa pienezza ed effettività della tutela cautelare assicurata dal processo civile, in forza della c.d. interpretazione adeguatrice dell'art. 21 della legge n. 1034/1971. Per reagire all'indicata mancanza di tutela, si era sviluppata, a partire dal 1975, una giurisprudenza pretorile che sosteneva l'ammissibilità del ricorso al giudice ordinario, per ottenere la tutela cautelare prevista dall'art. 700 c.p.c., anche quando la controversia principale rientrava nella giurisdizione del giudice amministrativo. Tuttavia, il legame inscindibile fra giudizio cautelare e giudizio principale (di merito) opera in modo da non consentire il frazionamento della giurisdizione tra due compagini giudiziarie diverse (nella specie, il giudice ordinario per la fase cautelare ed il giudice amministrativo per la fase di merito). Le Sezioni Unite, pertanto, dichiararono il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, adito in sede cautelare ex art. 700 c.p.c. .

A questo punto, due Tribunali Amministrativi Regionali hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 ult. comma, della legge n. 1034/1971, nella parte in cui non consente, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di emettere pronunce sommarie di pagamento di somme, a carico dell'amministrazione, ed in favore del pubblico dipendente. La Corte Costituzionale, intervenendo sulla questione, ha dichiarato l'illegittimità della norma ora richiamata, 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 d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare, provvisoriamente, gli effetti della decisione sul merito. Sulla base del principio di effettività della tutela cautelare, recependo le "istanze" provenienti dai giudici ordinari e dalla stessa Corte Costituzionale, a partire dal 1990, la giurisprudenza amministrativa è giunta ad ammettere misure cautelari non limitate alla sola sospensione dell'atto impugnato, ma impositive dell'obbligo per l'amministrazione di adottare, in via provvisoria, determinati provvedimenti o comportamenti (c.d. ordinanze propulsive). Si parlò, all'epoca, di "settecentizzazione" del processo amministrativo, con evidente allusione all'art. 700 del codice di procedura civile. Per solito, le ordinanze propulsive, accanto alla sospensione del provvedimento impugnato, impongono all'amministrazione il riesame del provvedimento amministrativo, tenendo conto dei criteri adottati dal giudice amministrativo nella motivazione dell'ordinanza. Il modello classico di ordinanza propulsiva è ben rappresentato da una recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 febbraio 2010 n. 1658, ord.: "Le ordinanze cautelari possono avere un'efficacia propulsiva ... consistente nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale".

La nuova impostazione del giudizio cautelare si fonda, sul piano teorico, su uno studio più approfondito della sentenza di annullamento, capace non soltanto di un effetto demolitorio dell'atto impugnato, ma anche di determinare in capo all'amministrazione un obbligo conformativo

nel riesercizio del potere amministrativo susseguente all'annullamento. Il passo successivo è stato quello di attribuire all'ordinanza cautelare, non soltanto una mera natura conservativa (in grado di assicurare tutela agli interessi oppositivi), ma anche il potere di imporre all'amministrazione un preciso obbligo di comportamento in sede di riesame del provvedimento (in modo da assicurare protezione agli interessi pretensivi). Infine, si è osservato che il carattere strumentale della cautela, nel giudizio amministrativo, deve essere valutato, non tanto in relazione alla sentenza di merito (di annullamento), quanto e soprattutto ai provvedimenti che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adottare in ottemperanza alla sentenza. Il risultato di questa elaborazione giurisprudenziale è stato quello di ammettere pronunce cautelari che, in via provvisoria, obblighino l'amministrazione a riesercitare il potere amministrativo : "la sospensione dell'efficacia del provvedimento negativo, provocando l'inidoneità dell'atto amministrativo a disciplinare la situazione giuridica, determina la reviviscenza del dovere dell'amministrazione di provvedere, regolando ex novo e medio tempore la situazione"³ .

7. La tutela cautelare avverso il silenzio dell'amministrazione

La tutela cautelare non soffre limitazioni neppure nei confronti dei casi di silenzio serbato dall'amministrazione a fronte dell'istanza di un soggetto che, ritenendo di averne la facoltà, chiede l'emanazione di un provvedimento amministrativo. L'accoglimento dell'istanza di sospensione, in siffatti casi, paralizza gli effetti pregiudizievoli del

³ così, limpidamente, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20.9.1994 n. 2438, ord.

comportamento inerte dell'amministrazione, non già nel senso di far riesperire una situazione giuridica (che il privato non ha ancora conseguito), ma di puntualizzare a carico dell'amministrazione il dovere di esaminare medio tempore l'istanza del ricorrente, in attesa della sentenza di merito. Il modo di essere della tutela cautelare e la gamma delle tecniche utilizzabili non subiscono alterazioni rispetto al modello ordinario, soprattutto laddove il silenzio assurga al rango di provvedimento tacito. Del resto, la "sospensibilità" del silenzio, nel senso precisato, è da tempo pacifica nella giurisprudenza⁴.

L'unico problema potrebbe derivare dal fatto che il codice del processo amministrativo prevede per il silenzio un apposito rito speciale (art. 117 e segg.), con la conseguenza che la particolare rapidità del rito si rivelerebbe incompatibile con la tutela cautelare. Il problema pare tuttavia di agevole soluzione, considerato che l'orientamento unanime della giurisprudenza amministrativa e della prevalente dottrina è orientato nel senso di ritenere ammissibile la tutela cautelare anche nel "rito speciale"⁵.

8. L'ingiunzione al pagamento di una somma in via provvisoria

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, completando il lungo processo evolutivo sopra delineato, ha infine esteso ulteriormente il novero delle misure cautelari, affermando la possibilità per il giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di condannare l'amministrazione al pagamento di una provvisoria. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 1/2000) – nonostante i contrasti esistenti in dottrina

⁴ TAR Sicilia, Catania, 14.9.1993 n. 802, ord.; TAR Abruzzo, L'Aquila, 24.4.1995 n. 189, ord.

⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 28.12.2000 n. 472, decr.

e nella stessa giurisprudenza – ha affermato l’esigenza di completare la tutela cautelare del ricorrente, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – attribuendo al giudice il potere di emettere un’ordinanza di condanna dell’amministrazione al pagamento di una somma a titolo di provvisionale. L’ordinanza di condanna al pagamento di una somma a titolo di provvisionale, specificamente prevista adesso dall’art. 55 del codice del processo amministrativo, si distingue nettamente dallo strumento del decreto ingiuntivo. La prima necessita della preventiva delibazione dei presupposti, comuni a tutte le misure cautelari, del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Il decreto ingiuntivo, invece, può essere emesso ove il giudice riscontri la liquidità ed esigibilità del credito unitamente alla prova scritta, come avviene nel processo civile.

9. L’evoluzione normativa successiva : la legge 21.7.2000 n. 205 ed il Decreto Legislativo 2.7.2010 n. 140 con allegato il nuovo codice del processo amministrativo

La successiva evoluzione legislativa, in particolare l’art. 3 della legge 21.7.2000 n. 205, con la completa riscrittura dell’art. 21, comma 7, della legge n. 1034/1971, codifica il principio dell’atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, recependo una ormai consolidata prassi giurisprudenziale. Come ben evidenzia una recente ordinanza del Consiglio di Stato (V, 19.2.2007 n. 833), “le misure cautelari propulsive (oggi unanimemente ammesse, stante il principio dell’atipicità della tutela cautelare, scolpito dall’art. 3 della legge n. 205/00), consistono nell’ordine, rivolto all’amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all’adozione di un atto, emendato

dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Il c.d. remand (così è anche denominata la figura delle ordinanze propulsive) instaura dunque un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima". La lunga evoluzione legislativa e giurisprudenziale trova, finalmente, un punto d'arrivo negli artt. 55 e segg. del codice del processo amministrativo, intitolati alle "misure cautelari collegiali".

CAPITOLO 2 - IL PROCEDIMENTO

1. Presupposti tutela cautelare

Abbiamo già affermato che la tutela cautelare nel processo amministrativo ha sempre carattere di strumentalità.

La misura cautelare ha lo scopo immediato di assicurare l'efficacia pratica del provvedimento definitivo: essa realizza l'interesse ad evitare che la durata del giudizio possa rendere praticamente inutile per il ricorrente la decisione finale⁶.

La concessione della misura cautelare da parte del giudice presuppone l'accertamento:

- a) di un *fumus boni iuris* (art 55, co. 9, c.p.a.);
- b) di un *periculum in mora* (art 55, co.1, c.p.a.);

Il *fumus boni iuris* consiste in una valutazione sommaria sul merito della pretesa fatta valere dal cittadino con l'impugnazione. Giurisprudenza e dottrina hanno accolto diverse interpretazioni di questo presupposto:

1. il *fumus* è risolto in un giudizio di probabilità di accoglimento del ricorso;
2. il *fumus* è risolto in un giudizio di non manifesta infondatezza del ricorso stesso.

Il c.p.a. sembra accogliere la prima interpretazione, perché subordina la concessione della misura cautelare a una valutazione del giudice sulla ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

⁶ es: esecuzione di esproprio che trasforma completamente l'area senza possibilità di farla tornare come era

Per quanto concerne il periculum in mora, l'art 55, co.1 c.p.a. lo identifica nella possibilità di subire un pregiudizio grave e irreparabile dal provvedimento impugnato, durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso. Tale pregiudizio deve essere specificato dal ricorrente nell'istanza, per cui il giudice non può, d'ufficio, ipotizzarne l'esistenza né introdurlo nel processo.

Questo danno non si identifica nella lesione dell'interesse legittimo, che causa l'impugnazione del provvedimento, ma piuttosto con la lesione a un interesse materiale rilevante del ricorrente e qualificato dal carattere della gravità e della irreparabilità. Secondo la giurisprudenza, questo carattere può essere verificato: in senso assoluto, ossia in relazione al tipo d'interesse pregiudicato dal provvedimento, indipendentemente dalle condizioni soggettive del ricorrente (es: provvedimento che comporti la distruzione di un bene); o in senso relativo, ossia in relazione all'incidenza del provvedimento alla luce delle condizioni soggettive del ricorrente (es: sanzione esorbitante rispetto al patrimonio del ricorrente). Nello stesso tempo, il giudice amministrativo deve considerare anche i riflessi che produrrebbe la misura cautelare rispetto alla PA e rispetto ai controinteressati. Tale valutazione comparata di tutti questi interessi, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, è svolta secondo criteri non codificati dalla legge e, quindi, sulla base del prudente apprezzamento del giudice.

Si tenga presente che non è decisivo il carattere irreversibile degli effetti che possono prodursi, nel caso di accoglimento o rigetto dell'istanza cautelare. L'art 55, co.2 c.p.a. precisa che la concessione o il diniego della misura cautelare può essere subordinato a una cauzione, a garanzia del pregiudizio subito dalla parte su cui grava la pronuncia del giudice. La cauzione non è ammessa quando siano in gioco

interessi essenziali della persona, quali il diritto alla salute o all'integrità dell'ambiente, per evitare che la tutela di questi interessi fondamentali possa risultare condizionata da fattori di ordine economico.

2. La procedura

la tutela cautelare nel codice si articola secondo tre modelli procedurali diversi. Accanto a una procedura ordinaria, che si attua con un'ordinanza del collegio, sono previste due procedure che si attuano con decreti presidenziali, destinati ad avere un'efficacia meramente provvisoria, fino alla pronuncia cautelare del collegio. Le due procedure avanti al presidente vengono in genere contrapposte per il fatto che l'istanza cautelare sia proposta, o meno, prima dell'introduzione del giudizio; in realtà divergono principalmente per l'intensità del presupposto rappresentato dall'urgenza della pronuncia.

La disciplina del procedimento cautelare dettata nel secondo libro del codice del processo amministrativo (art 55 ss.) è richiamata anche per la trattazione dell'istanza cautelare proposta nei giudizi d'impugnazione (art 98⁷; la tutela cautelare in pendenza del giudizio per cassazione, proposto contro una sentenza del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione è disciplinato dall'art. 111, co. 1, c.p.c. come sostituito dall'art. 1, d.lgs.

⁷ Art. 98

Misure cautelari

1. Salvo quanto disposto dall'articolo 111, il giudice dell'impugnazione può, su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio grave e irreparabile, disporre la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, nonché le altre opportune misure cautelari, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio. ⁽¹⁾

2. Il procedimento si svolge secondo le disposizioni del libro II, titolo II, in quanto applicabili. ⁽²⁾

(1) La parola: "danno" è stata sostituita dalla parola: "pregiudizio" dal **D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195**.

(2) Il comma che così recitava: "2. Al procedimento si applicano gli articoli 55, commi da 2 a 10, 56 e 57." è stato così sostituito dall'art. 1, **D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160**.

15711/2011, n. 195). Nei giudizi d'impugnazione non è, però, ammessa una tutela cautelare "*ante causam*".

Nei giudizi di primo grado, comune a tutti i modelli, ivi compresi quelli caratterizzati da una maggiore urgenza nella pronuncia cautelare, è la rilevanza preliminare della competenza del giudice. Sia che venga esperita la procedura ordinaria, sia che venga richiesto un decreto presidenziale, il giudice adito può disporre misure cautelari soltanto se ritiene sussistente la propria competenza⁸ (art 15, co. 2, art. 55, co. 13; art 56, co. 1; art 61, co. 3, c.p.a). Se non ritiene sussistente la propria competenza, il giudice lo dichiara e l'istanza cautelare va diretta al giudice dichiarato competente (art 15 e 16 c.p.a.). Nel caso di appello contro un'ordinanza cautelare, la violazione delle disposizioni sulla competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali è rilevata anche d'ufficio dal Consiglio di Stato (art 62, co. 4 c.p.c., come modificato dall'art

⁸ **Art. 15**

Rilievo dell'incompetenza

2. In ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 14, non decide sulla stessa.

3. In mancanza di domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito entro il termine previsto per la costituzione in giudizio. Il presidente fissa la camera di consiglio per la pronuncia immediata sulla questione di competenza. Si osserva il procedimento di cui all'articolo 87, comma 3.

4. Il giudice provvede con ordinanza, nei casi di cui ai commi 2 e 3. Se dichiara la propria incompetenza, indica il giudice ritenuto competente. Se, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di tale ordinanza, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo continua davanti al nuovo giudice. Salvo quanto previsto al comma 6, la riassunzione preclude alla parte che l'ha effettuata la proposizione del regolamento di competenza.

5. L'ordinanza che pronuncia sulla competenza senza decidere sulla domanda cautelare è impugnabile esclusivamente con il regolamento di competenza di cui all'articolo 16. Il giudice dinanzi al quale la causa è riassunta, se ritiene di essere a sua volta incompetente, richiede d'ufficio il regolamento di competenza. L'ordinanza che pronuncia sulla competenza e sulla domanda cautelare può essere impugnata col regolamento di competenza, oppure nei modi ordinari quando insieme con la pronuncia sulla competenza si impugna quella sulla domanda cautelare.

6. In pendenza del regolamento di competenza la domanda cautelare si propone al giudice indicato come competente nell'ordinanza di cui al comma 4, che decide in ogni caso, fermo restando quanto disposto dal comma 7.

7. I provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice dichiarato incompetente perdono efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza.

8. La domanda cautelare può essere riproposta al giudice dichiarato competente.

9. Le disposizioni di cui ai commi 7 e 8 si applicano anche ai provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice privato del potere di decidere il ricorso dall'ordinanza presidenziale di cui all'articolo 47, comma 2.

1, d. lgs. n. 160/2012)

3. La disciplina ordinaria

Il procedimento cautelare è avviato su istanza di parte qualora il ricorrente creda di subire un pregiudizio grave e irriperabile durante il tempo necessario per giungere alla decisione in merito.

La domanda cautelare può essere inserita nel ricorso introduttivo del giudizio o con istanza separata. Quando è proposta con atto separato, il procedimento non è assoggettato a sospensione feriale⁹; invece se è proposta nel ricorso, non sono assoggettati a sospensione feriale gli adempimenti connessi alla sua trattazione (fissazione della camera di consiglio, termine dilatorio per la trattazione, ecc.).

L'istanza deve essere notificata "alle altre parti"¹⁰ . Questa disposizione è coerente, per un verso, con la regola secondo cui per l'ammissibilità del ricorso è sufficiente la notifica all'amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati¹¹ e, per altro verso, va temperata con il principio secondo cui l'integrazione del contraddittorio è preliminare ad ogni pronuncia "definitiva" anche di ordine cautelare¹². Di conseguenza la misura cautelare è validamente richiesta anche se l'istanza sia stata notificata soltanto all'amministrazione resistente e ad uno dei

⁹ art.5 l. 7/10/1969, n. 742

¹⁰ art 55, co. 3, c.p.a: " La domanda cautelare può essere proposta con il ricorso di merito o con distinto ricorso notificato alle altre parti"

¹¹ art. 41, co.2, c.p.a : "Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati..."

¹² artt.27. co.2 e art 55, co. 12, c.p.a

controinteressati; in questo caso però, possono essere adottate soltanto misure cautelari meramente “interinali”, destinate cioè a produrre i loro effetti soltanto fino a pronuncia cautelare che potrà essere adottata soltanto dopo l’integrazione del contraddittorio con tutti i controinteressati. L’istanza cautelare proposta nel corso di un giudizio è diretta dal giudice davanti al quale pende il giudizio stesso. Nel codice, sia per le istanze cautelari “ordinarie”¹³, che per quelle indirizzate al presidente¹⁴ è precisato che il giudice amministrativo può provvedere solo se abbia riconosciuto la sua competenza; Se invece il giudice ritiene che il Tribunale Amministrativo regionale adito sia incompetente, non può adottare misure cautelari neppure interinali. Qualora il provvedimento cautelare sia stato emanato dal giudice dichiarato incompetente questo perde, comunque, efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni¹⁵.

L’istanza cautelare, dopo la notifica, deve essere depositata presso il Tribunale Amministrativo regionale adito. Nel caso di istanza cautelare proposta con ricorso, il deposito dello stesso consente anche all’ufficio giudiziario di venire a conoscenza dell’istanza. Il termine per il deposito è quello stabilito per il ricorso.

Invece nel caso di istanza proposta in atto separato, il codice non fissa un termine specifico per il deposito; pertanto, deve ritenersi applicabile il termine ordinario di trenta giorni dal perfezionamento dell’ultima notifica, stabilito dall’art 45 c.p.a. per il deposito di ogni “atto processuale”.

¹³ art 55, co 13 c.p.a.: “Il giudice adito può disporre misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14; altrimenti provvede ai sensi dell’articolo 15, comma 4.”

¹⁴ art 61 co. 3 c.p.a.: “ L’incompetenza del giudice e' rilevabile d'ufficio”

¹⁵ art 15 co.7 c.p.a.: “ I provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice dichiarato incompetente perdono efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione dell’ordinanza che regola la competenza”

Il codice richiede come condizione di procedibilità dell'istanza cautelare il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito¹⁶. In questo modo il legislatore ha voluto evitare il pericolo di ricorsi proposti al solo fine di conseguire una misura cautelare, per paralizzare l'azione amministrativa, senza interesse ad una sollecita decisione. Nel caso sia concessa una misura cautelare il collegio deve fissare, nella medesima ordinanza, l'udienza di discussione¹⁷.

Sull'istanza cautelare si pronuncia il collegio che provvede in camera di consiglio, decorsi almeno venti giorni dalla notifica dell'istanza e dieci dal suo deposito¹⁸.

La garanzia del contraddittorio è sottolineata anche dalla previsione che le parti possano depositare memorie e documenti fino a due giorni prima della camera di consiglio, mentre in precedenza la prassi, contrastata solo da disposizioni interne di singoli Tar, ammetteva il deposito anche in camera di consiglio.

Il deposito di memorie in camera di consiglio deve ritenersi oggi del tutto escluso, anche se si riscontra talvolta una prassi più accomodante, per lo meno quando al deposito acconsentano le altre parti; il deposito di documenti in camera di consiglio può essere autorizzato dal collegio solo per "gravi ed eccezionali ragioni"¹⁹.

¹⁶ art 55, co. 4 c.p.a., l'istanza di fissazione d'udienza non è necessaria nei casi in cui l'udienza di merito debba essere fissata d'ufficio come nei giudizi elettorali e nei procedimenti camerati

¹⁷ art 55, co. 10 c.p.a.: "Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito."

¹⁸ art.55, co.5 c.p.a; il termine può essere ridotto ai sensi dell'art 53 c.p.a.

¹⁹ art 55, co. 8 c.p.a.: "Il collegio, per gravi ed eccezionali ragioni, può autorizzare la produzione in camera di consiglio di documenti, con consegna di copia alle altre parti fino all'inizio della discussione"

Le parti diverse dall'istante possono costituirsi anche soltanto in camera di consiglio; in questo caso, però, potranno svolgere le loro difese solo con una trattazione orale²⁰.

Il collegio, ai fini della sua pronuncia, può disporre adempimenti istruttori, ogni qual volta ne ravvisi l'esigenza²¹, ferma restando la necessità di rispettare i limiti generali che sono confermati dal codice rispetto ai poteri d'iniziativa istruttoria del giudice amministrativo²².

Sull'istanza il collegio provvede con ordinanza motivata²³.

L'ordinanza viene pubblicata mediante deposito in cancelleria; La sua efficacia decorre dal momento del deposito e non è in alcun modo subordinata alla notifica. Nell'ordinanza il giudice è tenuto a liquidare le spese per la fase cautelare del processo²⁴.

4. I procedimenti in sede “monocratica”

Il codice ammette una trattazione in sede monocratica, avanti al presidente, per particolari ragioni d'urgenza, in pendenza del giudizio di merito (art. 56 c.p.a.) o anche prima della notifica del ricorso (c.d. tutela cautelare “*ante causam*”: art 61 c.p.a.).

²⁰ art 55, co.7 c.p.a.: “Nella camera di consiglio le parti possono costituirsi e i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta. La trattazione si svolge oralmente e in modo sintetico”

²¹ art 55, co.12 c.p.a.: “ In sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio”

²² art 63 c.p.a.

²³ art 55, co 9, c.p.a.: “L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso”

²⁴ art 57 c.p.a: “Con l'ordinanza che decide sulla domanda il giudice provvede sulle spese della fase cautelare. La pronuncia sulle spese conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza di merito”

In entrambi i casi le misure cautelari hanno un'efficacia meramente provvisoria: producono i loro effetti solo fino all'esame dell'istanza in sede collegiale. La tutela cautelare '*ante causam*' è ammessa esclusivamente nel giudizio di primo grado²⁵.

La tutela 'monocratica' in pendenza di giudizio è ammessa "in caso di estrema gravità e urgenza" tali da determinare il pericolo grave che l'interesse del ricorrente sia pregiudicato dall'attesa dei termini previsti per una pronuncia cautelare collegiale²⁶. Presuppone la notifica del ricorso, che in questo caso, però, può essere effettuata direttamente dal difensore via fax, senza la necessità di autorizzazioni di sorta, fatto salvo l'obbligo di procedere alla notifica anche secondo le regole ordinarie, entro cinque giorni dalla richiesta della misura cautelare²⁷.

Sull'istanza provvede il presidente del Tribunale Amministrativo Regionale (o il presidente della sezione, se il ricorso sia già stato assegnato a una sezione); Il presidente, ove lo ritenga necessario, può sentire fuori udienza, senza formalità particolari, le parti che si siano dichiarate disponibili.

²⁵ art 61, co. 7 c.p.a.: "Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado di appello"

²⁶ art 56, co.1 c.p.a.: "Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie"

²⁷ art. 56, co. 2 e 5, c.p.a. :

"2. Il presidente o un magistrato da lui delegato verifica che la notificazione del ricorso si sia perfezionata nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati e provvede con decreto motivato non impugnabile. La notificazione può avvenire da parte del difensore anche a mezzo fax. Si applica l'articolo 55, comma 6. Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca. Ove ritenuto necessario il presidente, fuori udienza e senza formalità, sente, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto".

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

Il presidente si pronuncia con decreto motivato; il decreto non è impugnabile, ma è «sempre modificabile o revocabile» su istanza di parte²⁸.

Se viene concessa una misura cautelare, il decreto conserva i suoi effetti fino alla camera di consiglio fissata per l'esame in sede collegiale; Tale camera di consiglio deve essere indicata nel decreto stesso (e ciò vale anche nel caso in cui il presidente neghi la concessione della misura cautelare).

La tutela cautelare '*ante causam*' è stata estesa dal codice (art. 61 c.p.a.) a tutte le vertenze devolute al giudice amministrativo: «*in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire nemmeno 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 di misure cautelari interinali e provvisorie*» necessarie per assicurare la tutela fino alla trattazione ordinaria dell'istanza cautelare dopo la notifica del ricorso. Anche in questo caso, comunque, l'istanza deve essere notificata alle altre parti; su di essa provvede con decreto il Presidente, dopo aver verificato la competenza del Tar, sentite, ove possibile, le parti ed omessa ogni altra formalità. In questa ipotesi (così come in quella precedente) la previa notifica dell'istanza vale a consentire uno spazio per il contraddittorio, nei termini in cui esso risulti concretamente compatibile con la peculiare situazione d'urgenza.

²⁸ art. 56, co. 4, c.p.a. : "Il decreto, nel quale deve essere comunque indicata la camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5, in caso di accoglimento è efficace sino a detta camera di consiglio. Il decreto perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui al periodo precedente. Fino a quando conserva efficacia, il decreto è sempre revocabile o modificabile su istanza di parte notificata"

La misura cautelare disposta ‘*ante causam*’ è efficace fino alla pronuncia cautelare del collegio²⁹. Il decreto presidenziale, anche in questo caso, non è appellabile, ma può essere “*sempre*” modificato o revocato su istanza di parte (in merito alla modifica e alla revoca, vale quanto già esposto sopra a proposito delle misure presidenziali adottate in pendenza del giudizio).

5. I rimedi nei confronti delle pronunce cautelari

Le pronunce cautelari del giudice amministrativo (sia collegiali che monocratiche) sono passibili di revoca o di modifica³⁰. Inoltre è ammesso l’appello (art. 62 c.p.a.) nei confronti delle pronunce cautelari collegiali ‘definitive’: sono le ordinanze con cui il collegio si pronuncia in via definitiva sull’istanza cautelare, da non confondersi, perciò, con quelle (non passibili di appello) che siano state adottate in attesa di una integrazione del contraddittorio o di espletamenti istruttori disposti già nella fase cautelare.

²⁹ art. 61, co. 5, c.p.a.: “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”

³⁰ **Art. 58**

Revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e riproposizione della domanda cautelare respinta

1. Le parti possono riproporre la domanda cautelare al collegio o chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare collegiale se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.
2. La revoca può essere altresì richiesta nei casi di cui all'articolo 395 del codice di procedura civile.

La revoca o la modifica delle pronunce cautelari riflette la dipendenza delle misure cautelari dai due presupposti generali già richiamati all'inizio. Il "*mutamento delle circostanze*" rilevanti per la pronuncia cautelare consente la presentazione di una nuova istanza: il mutamento può riguardare sia le circostanze di fatto, che determinano il '*periculum in mora*', sia le ragioni di diritto, che invece, in genere, rilevano per il '*fumus boni iuris*'. La revoca o la modifica di una pronuncia cautelare è comunque subordinata a iniziativa di parte; negli stessi casi può essere riproposta l'istanza cautelare che sia stata in un primo tempo respinta. Infine, le circostanze elencate nell'art. 395 c.p.c. (sulla revocazione delle sentenze) costituiscono sempre motivi per la revoca di una pronuncia cautelare.

L'istanza per la modifica o la revoca di una pronuncia cautelare è sottoposta alla stessa procedura già descritta sopra a proposito dell'istanza cautelare.

Nei confronti delle ordinanze dei Tar che abbiano provveduto in via definitiva sull'istanza cautelare, la parte può proporre appello al Consiglio di Stato, deducendo l'invalidità o l'ingiustizia della pronuncia. L'appello va proposto entro un termine perentorio (di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza o, in difetto, di sessanta giorni dalla sua pubblicazione: art. 62, co. 1, c.p.a.), con atto da notificare alle altre parti, secondo regole analoghe a quelle stabilite per l'appello nei confronti delle sentenze³¹.

Al Consiglio di Stato l'appellante può richiedere anche un decreto presidenziale, nel caso si deducano ragioni di «*estrema gravità e urgenza*», tali da non essere compatibili neppure con i tempi ordinari per

³¹ art.100 ss. c.p.a.

la trattazione collegiale³². Il decreto è destinato a valere fino all'ordinanza collegiale.

6. Esecuzione delle misure cautelari

Se l'amministrazione non adempie alla pronuncia cautelare del giudice amministrativo, la parte interessata può richiedere al giudice che ha pronunciato l'ordinanza di assumere i provvedimenti necessari per l'esecuzione. A tal fine il codice, sulla linea della giurisprudenza precedente, non richiede l'esperimento di un ricorso per l'ottemperanza, ma assegna comunque al giudice amministrativo tutti i poteri che gli spettano nel giudizio di ottemperanza (art 59 c.p.a.³³). Pertanto, il giudice può ordinare all'amministrazione un comportamento specifico e può nominare un commissario che si sostituisca all'amministrazione inadempiente³⁴.

L'esecuzione deve essere richiesta con istanza motivata, che va previamente notificata alle altre parti.

7. La valorizzazione della fase cautelare come sede per la definizione del giudizio

³² art 62, co 2 c.p.a.: "L'appello, depositato nel termine di cui all'articolo 45, è deciso in camera di consiglio con ordinanza. Al giudizio si applicano gli articoli 55, comma 2 e commi da 5 a 10, 56 e 57"

³³ Art. 59

Esecuzione delle misure cautelari

1. Qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative. Il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV e provvede sulle spese. La liquidazione delle spese operata ai sensi del presente comma prescinde da quella conseguente al giudizio di merito, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza.

³⁴ art. 114, co. 4, c.p.a.

L'obiettivo di assicurare una più sollecita decisione dei ricorsi al giudice amministrativo ha indotto il legislatore a valorizzare la fase cautelare anche come occasione per una definizione del giudizio anche nel merito. Questa tendenza ha trovato pieno riscontro nel codice nell'art. 60 c.p.a.³⁵. La fase cautelare diventa, così, uno strumento importante per attuare nel giudizio amministrativo il principio della 'ragionevole durata del processo' introdotto nell'art. 111 Cost.

Per una decisione del ricorso, però, devono essere verificate alcune condizioni fondamentali. In particolare:

- a) il collegio deve verificare "la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria". La garanzia del contraddittorio e l'esigenza che il giudice abbia una cognizione completa della vertenza sono sempre essenziali per una decisione di merito;
- b) il collegio deve segnalare preventivamente alle parti costituite l'eventualità di una decisione anticipata, così da consentire ad esse di prospettare subito particolari esigenze di istruttoria o di difesa, che rendano opportuno il differimento della decisione;
- c) il collegio non può procedere alla decisione del ricorso, se una delle parti abbia dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, o ricorso incidentale, o regolamento di giurisdizione o di competenza. In questo caso, infatti, la fase introduttiva del processo non può ritenersi ancora

³⁵ **Art. 60**

Definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare

1. In sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione. Se la parte dichiara che intende proporre regolamento di competenza o di giurisdizione, il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni. Ove ne ricorrano i presupposti, il collegio dispone l'integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione.

conclusa e i termini della domanda non sono ancora stati definiti; ovvero, il radicamento del giudizio davanti all'ufficio giudiziario non è ancora acquisito.

Il ricorso in questo caso è deciso con una «sentenza in forma semplificata», e cioè con una motivazione succinta, incentrata sui profili fondamentali del ricorso secondo l' art. 74 c.p.a.³⁶.

Altre disposizioni del codice intendono evitare che la concessione di una misura cautelare comporti una paralisi a tempo indeterminato dell'azione amministrativa. In particolare è previsto che, ove sia accolta una istanza cautelare, nella medesima ordinanza sia fissata la data dell'udienza di merito, per la discussione del ricorso³⁷.

Questa disposizione, però, nella prima fase di attuazione del codice non è costantemente rispettata dai Tar e dallo stesso Consiglio di Stato.

8. La tutela cautelare nei riti speciali e in particolare, in materia di contratti pubblici

Negli ultimi decenni il processo amministrativo si è evoluto verso una pluralità di riti e verso modelli di tutela differenziata, espressione di esigenze molto diverse. L'evoluzione ha comportato l'introduzione di discipline particolari anche rispetto alla tutela cautelare. In particolare:

³⁶ **Art. 74**

Sentenze in forma semplificata

1. Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.

³⁷ art. 55, co. 11, c.p.a.: "Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito"

a) Nelle vertenze elencate dall'art. 119 c.p.a. la trattazione dell'istanza cautelare è sottoposta a termini dilatori dimezzati: devono trascorrere dieci giorni dalla notifica dell'istanza e cinque dal deposito del ricorso. Inoltre, la decisione di merito è accelerata anche perché il collegio, in sede cautelare, dopo l'accertamento della completezza del contraddittorio (ovvero dopo l'integrazione del contraddittorio), se da un sommario esame emergano "*profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave ed irreparabile*", può fissare la discussione del ricorso nel merito per la prima udienza successiva al termine dilatorio di trenta giorni. In questo caso, pertanto, le ragioni di urgenza della tutela cautelare si attuano, primariamente, attraverso una pronuncia di merito in tempi ravvicinati.

L'anticipazione della decisione di merito non sempre, però, soddisfa le ragioni della tutela cautelare. In caso di estrema gravità ed urgenza, l'art. 119, co. 4, c.p.a. consente al collegio di disporre le misure cautelari che risultino opportune nel caso concreto. Pertanto, se ricorra una condizione di estrema gravità ed urgenza, il giudice amministrativo, oltre ad anticipare l'udienza per la decisione del merito, può anche assumere misure cautelari nelle forme ordinarie.

b) La disciplina appena descritta si applica anche alle vertenze concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici (di lavori, forniture e servizi). Nei giudizi proposti contro l'aggiudicazione definitiva di un contratto pubblico si applicano, però, anche alcune disposizioni peculiari, introdotte nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12.4.2006, n. 163), ampiamente modificato dal d.lgs. n. 53/2010, emanato in attuazione della direttiva 2007/66/CE.

Prima di procedere alla sottoscrizione del contratto l'amministrazione deve osservare un termine dilatorio di almeno trentacinque giorni,

decorrente dall'invio dell'ultima comunicazione dell'aggiudicazione definitiva³⁸. Il ricorso nei confronti di un'aggiudicazione definitiva, se sia proposta anche l'istanza cautelare, ha effetto sospensivo: per conseguire l'effetto sospensivo, nel caso di ricorso contro amministrazioni statali, il ricorso con l'istanza cautelare deve essere notificato, però, oltre che all'avvocatura dello Stato, anche direttamente all'amministrazione³⁹. Dal momento della notifica dell'istanza cautelare la stazione appaltante non può stipulare il contratto per i successivi venti giorni, se entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado (o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di merito, nel caso di anticipazione della decisione, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.), ovvero fino alla pronuncia sull'istanza cautelare, se intervenga solo dopo tali venti giorni (art. 11, co. 10 *ter*, Codice dei contratti pubblici, introdotto dal d.lgs. n. 53/2010).

L'effetto sospensivo dovrebbe consentire al ricorrente di ottenere una pronuncia cautelare prima che sia stato stipulato il contratto o che sia data esecuzione alle prestazioni oggetto del contratto. La tutela cautelare ha, quindi, un obiettivo tipicamente 'preventivo'.

Nelle vertenze in esame il collegio, se accoglie l'istanza cautelare, oltre a fissare l'udienza di merito "con assoluta priorità"⁴⁰, è comunque tenuto a decidere interinalmente sulla sospensione dell'aggiudicazione⁴¹. Questa previsione vale ad attuare le ragioni dello '*stand-still*' ed è espressamente dettata anche per il caso di rinvii della camera di consiglio resi necessari

³⁸ c.d. *stand-still*: art. 11, co. 10, d.lgs. 163/2006; per valutare questa previsione, si consideri che il ricorso contro l'aggiudicazione va proposto entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione: art. 120, co. 2, c.p.a.

³⁹ art. 120, co. 4, c.p.a.

⁴⁰ art. 120, co. 6, c.p.a.

⁴¹ art. 120, co. 8, c.p.a.

dall'esigenza di adempimenti istruttori, di concessione di termini a difesa, di altri incidenti processuali.

c) Ulteriori disposizioni in materia cautelare sono dettate dal codice per i giudizi che riguardano procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi e le relative attività di espropriazione, occupazione, asservimento⁴². In questi casi si applica, comunque, anche la disciplina già richiamata sopra a proposito della tutela cautelare nel rito abbreviato; inoltre, nel caso di impugnazione di provvedimenti di aggiudicazione definitiva, si applica anche la disciplina della tutela cautelare già illustrata per le vertenze in tema di contratti pubblici. Il giudice in sede cautelare deve valutare le conseguenze cagionate dal provvedimento impugnato rispetto a tutti gli interessi coinvolti, l'interesse nazionale alla realizzazione dell'opera e il pregiudizio che potrebbe derivare al ricorrente nel caso di esecuzione del provvedimento⁴³. Di tali elementi dovrebbe perciò dar espressamente conto la motivazione della pronuncia cautelare.

⁴² art. 125 c.p.a.; l'individuazione puntuale di questi giudizi si ricava dagli artt. 161 ss. del codice dei contratti

⁴³ art. 125, co. 2, c.p.a.

CAPITOLO 3 - TUTELA CAUTELARE E L'EFFETTIVITA' 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 una 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 conferitegli 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, dalla stesso Codice del processo amministrativo all'art 1.

E' 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 dell'autorità giudiziaria; e dall'altro, il rischio che il giudice si veste 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 "sommara" 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 contempli effettività e qualità della giurisdizione e amministrazione. E se questa strada sia già nascosta tra i *meandri* del diritto vigente o sia del tutto da costruire.

Vi è chi ritiene⁴⁴ 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 al giudice amministrativo.

⁴⁴ M. CLARICH, Le azioni nel processo amministrativo, cit.

In particolare, l'art. 34, comma 1, lett. c) del Codice, enucleando i tipi di provvedimento che il giudice può ammettere, 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".

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 autonomia del potere amministrativo e alla sua "conservazione" o "inesauribilità"⁴⁵. 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 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

⁴⁵ 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"

evocate, alzando una barriera piuttosto rigida nei confronti del giudice che volesse addentrarsi nel campo dell'azione di adempimento⁴⁶; 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 a "scaraventato" fuori dalla porta principale è impresa ardua.

Tra i primi commentatori del Codice⁴⁷, 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 ("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

⁴⁶ 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 i 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.

⁴⁷ 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 apostata 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 costitutiva 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 della predetta dottrina ad affrontare il tema delle azioni ammissibili nel processo amministrativo in stretta aderenza al dato legislativo appare del tutto condivisibile".

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, come "strumento di tutela integrativo della statuizione di annullamento 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 negato. 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"⁴⁸. 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, perchè, 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 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 ampliato finchè alla prova testimoniale, anche se con forti limiti)

⁴⁸ Così, R. GISONDI, La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo, cit.

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.

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, giustizialmente, dall'intento di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata alle "incerte" norme del Codice in materia - probabilmente si aspettava che, in occasione del già preventivo 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 azioni⁴⁹ forse, l'unica modifica che, in qualche modo, modifica in senso estensivo, ma comunque marginalmente, la disciplina

⁴⁹ 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.

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 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 atipicità⁵⁰.

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

⁵⁰ 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)".

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 resistenza 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 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..In particolar modo 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*.

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 2006⁵¹, ad esempio, si registra un orientamento ben definito del Consiglio di Stato che, nell'attribuire all'ordinanza

⁵¹ Ci si riferisce a Cons. Stato, IV Sezione, 30 giugno 2006, n. 4239, in giustizia-amministrativa.it

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”, “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”⁵².

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

⁵² Così, Consiglio di Stato, Sezione V, 19 febbraio 2007, n. 833, in giustizia-amministrativa.it.

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."⁵³

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"⁵⁴.

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

⁵³ Cfr., F. CORTESE, L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi, in *Giornale di dir. amm.*, n. 9, 2011, pag. 965.

⁵⁴ 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 e l'aggiudicazione (pag. 969).

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 (art 34, comma 1, lett. e) a trasfondere nel contenuto della sentenza di

cognizione l'adozione di misure attuative tradizionalmente proprie dell'esecuzione" la propensione 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".

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 la funzione di *legal suasion* del provvedimento giurisdizionale. Ma la sentenza affronta apertamente 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 procedo 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 (infraquel 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. 1428⁵⁵, 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 soddisfattiva.

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

⁵⁵ 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.

azioni disciplinano il solo ‘veicolo processuale’⁵⁶ del rimedio”. Tale 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 discrezionalità⁵⁷ 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 ottemperanza.

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

⁵⁶ Critico con tale costrutto interpretativo è A. CARBONE, Fine delle perplessità sull’azione di dempimento, 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 l’ammissibilità di azioni non ricavabili nemmeno in via interpretativa dal Codice (quali, ad sempio, l’azione atipica di accertamento).

⁵⁷ 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 ne caso concreto. L’Autore mette in evidenza come al fine di ottenere il risultato della condanna ad un fare 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”.

Codice⁵⁸(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 di Stato⁵⁹, 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

⁵⁸ 5 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.

⁵⁹ 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.

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 dalla stesso - 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.”⁶⁰

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

⁶⁰ 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”

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 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 atti⁶¹.

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

⁶¹ 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”.

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.⁶²

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 discrezionali⁶³.

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

⁶² 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 sussumibili nell'ordinamento interno in relazione ai procedimenti amministrativi grazie al richiamo di cui all'art. 1 l. 241/90

⁶³ Ancora, Corte Costituzionale, sentenza 5 novembre 2010, n. 310, commentata stavolta da R. CICCHESE, *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).

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 passato⁶⁴, 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” di oggettività difficilmente riconducibile a scelte di “merito amministrativo”, ma piuttosto riconducibile a prefissati

⁶⁴ Sui mezzi istruttori formulati dal Codice, G. D’ANGELO, L’istruttoria, in Foro ital., Monografie e Varietà, pagg. 215 – 221.

criteri e protocolli tecnici⁶⁵ – 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”.

⁶⁵ 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).

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.

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 amministrativo⁶⁶, 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 amministrativa⁶⁷.

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 decisorio (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

⁶⁶ 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".

⁶⁷ "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

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. 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 tale esigenza sia "paralizzante" per ogni altra attività, dovendosi constatare caso per caso le fattispecie concrete⁶⁸.

⁶⁸ 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,

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," 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 informatori 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'amministrazione⁶⁹. E certamente, finché possibile, il giudice dovrà evitare di esorbitare la sua competenza.

⁶⁹ 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.

Tuttavia, tra tali nuove istanze di tutela, ve ne sono alcune che non possono sopportare la possibilità che il giudice declini la risposta rimediabile a causa del 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 cautelare⁷⁰, 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 precauzione⁷¹, secondo cui, nel dubbio che una determinata innovazione possa essere pregiudizievole per interessi "superiori", come, ad esempio, per la salute pubblica (e non per

⁷⁰ 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".

⁷¹ 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".

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 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 fondamentali⁷².

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).

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

⁷² 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.

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 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 amministrativa⁷³.

⁷³ 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.

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”⁷⁴.

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 eseguita⁷⁵. 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

⁷⁴ 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).

⁷⁵ 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 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.

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.

6. Conclusioni

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 amministrativi⁷⁶”.

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 definitiva⁷⁷.

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 l’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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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. SCOCA, *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.*

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 dal 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 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.

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 essere 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 Nietzsche⁷⁸: “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”.

⁷⁸ F. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, in U. BECK, *I rischi della libertà*, Il Mulino, 2000, pag. 123.

BIBLIOGRAFIA

Palliggiano-Zingales, Il codice del nuovo processo amministrativo, Milano, 2010; Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2010; Ferrari, Il nuovo codice del processo amministrativo, Roma, 2010; Leone G.-Maruotti-Saltelli, Codice del processo amministrativo, Padova, 2010, Bellomo, Manuale di diritto amministrativo, vol. 3, Padova, 2009. Sui presupposti del fumus e del periculum v. Juso, Lineamenti di giustizia amministrativa, Milano, 2001; Saitta, Sistema di giustizia amministrativa, Milano, 2009; Franco, Manuale del nuovo diritto amministrativo, vol. 2, Milano, 2008. Virga, La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, Milano, 1982 ; Cassarino, Manuale di diritto processuale amministrativo, Milano, 1990, 378; Zeviani Pallotta, Considerazioni sui possibili contenuti e limiti delle pronunce cautelari del giudice amministrativo, in Il Cons. di St., 1980, II, 955.. Sanino, Il processo cautelare, in Cerulli Irelli (a cura di), Verso il nuovo processo amministrativo, Torino, 2000. Amirante-Rosi, Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, nel Trattato di diritto amministrativo diretto da Santaniello, Padova, 1996. Bifulco, Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Milano, 2008. Sulla distinzione tra interessi oppositivi ed interessi pretensivi v. Caianiello, Diritto processuale amministrativo, Torino, 1994; Andreani, Gli interessi pretensivi dinamici nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1994.; più di recente, Saitta, Virga. Freni (a cura di), La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo, Milano, 2011. Sugli atti negativi c.d. "puri", v. Freni.; Caianiello. Paleologo, Il giudizio cautelare amministrativo, Padova,

1971. Diritto amministrativo, Bologna, 1993, vol. 2, 1931. cfr. Cass., sez. un., 25.10.1979 n. 5575; Cass., sez. un., 1.10.1980 n. 5336; Cass., sez. un., 17.1.1986 n. 277; nonché Mignone, op. cit., 1931. TAR Lazio, Roma, sez. III, 5.5.1980 n. 371, ord., in T.A.R., 1980, 1560; TAR Toscana, Firenze, 18.4.1980 n. 182, ord., in T.A.R., 1980, I, 2564. Corte Costituzionale, 25.6.1985 n. 190 (rel. V. Andrioli), in Foro it., 1985, I, 1881. De Roberto, Prefazione al volume di Freni, La tutela cautelare. Sulle c.d. "ordinanze propulsive", v. Bellomo ; Juso; Freni ; Franco. Ampia rassegna in AA.VV., La sospensione nel giudizio amministrativo, nella collana Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 187 e segg.; Romano-Villata, Commentario Breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, Padova, 2009. Sulle "ordinanze sostitutive", v. Romano-Villata; Traina, in Morbidelli (a cura di), Codice della giustizia amministrativa, Milano, 2005, Juso; La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo, Milano, 2011; Palliggiano-Zingales, Il codice del nuovo processo amministrativo, Milano, 2010, 104 e segg.; Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2010, 337 e segg. AA. VV., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 maggio 1985, Roma, 1987; Allena, M.-Fracchia, F., *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 191 ss.; Andrioli, V., *Su la sospensione del provvedimento impugnato, disposta dal giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 29 ss.; Barbieri, E.M., *Sulla sospensione dei provvedimenti negativi della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 296 ss.; Cammeo, F., *Provvedimento incidentale di sospensione dinanzi alla IV Sezione ed eccezioni pregiudiziali*, in *Giur. it.*, 1897, III, 124; Cannada Bartoli, E., *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*

XVII, Torino, 1970, 934 ss.; Cannada Bartoli, E., *Sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato*, in *Noviss. Dig. It. - App.*, VII, Torino, 1987, 459; Follieri, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; Follieri, E., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.; Follieri, E., *La fase cautelare*, in Scoca, F.G., a cura di, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino 2011, 330 ss.; Guicciardi, E., *Revoca dell'ordinanza di sospensione ed istanza dell'interveniente*, in *Giur. it.*, 1965, III, 33; Nigro, M., *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, I, 2, 276 ss.; Pototschnig, U., *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1988, 195 ss.; Pugliese, F., *Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 1988; Ramajoli, M., *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 928; Romano, A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491; Scoca, F.G., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 310; Travi, A., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329; Villata, R., *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 97; Villata, R., *La Corte costituzionale ferma bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794.

