

SALVATORE RAIMONDI

Già ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo
Presidente dell'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia

La Tutela cautelare nel giudizio amministrativo*.

1.- Nei manuali di giustizia amministrativa in uso sino ai primi anni '60 espressioni come quelle oggi correnti - processo cautelare, tutela cautelare, misura cautelare - erano completamente assenti.

Nel Corso di Zanobini della sospensione del provvedimento impugnato si parlava nell'ambito di un paragrafo dedicato alle "Principali figure di domande incidentali", insieme all'intervento in giudizio, all'incidente di falso, alla riunione dei ricorsi¹. Ed all'argomento venivano dedicate un paio di paginette. Lo stesso dicasi per quanto concerne il manuale di giustizia amministrativa di Guicciardi², nel quale pure la domanda di sospensione del provvedimento impugnato è configurata come un incidente del processo, insieme all'intervento in giudizio, ed alla ricusazione. Analoga situazione negli altri libri di giustizia amministrativa della stessa epoca, quali quelli di Lessona³ e di Salemi⁴.

L'impostazione della manualistica dell'epoca era del resto conforme al dettato normativo. L'art. 12 della legge del 1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato (n. 5592), trasfuso nell'art. 39 del testo unico sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), conteneva brevissime disposizioni in cui il centro di gravità è costituito dall'affermazione secondo la quale "I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo", cui faceva seguito "Tuttavia l'esecuzione dell'atto o provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente"⁵. E la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo è ricompresa all'articolo 36 del regolamento (R.D. 17 agosto 1907, n. 642), nel Titolo III, "Delle domande incidentali e del ricorso incidentale", insieme all'intervento in giudi-

* Testo della relazione al Convegno nazionale della Società Lombarda degli Avvocati Amministrativisti – Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti - Milano 20 giugno 2014.

¹ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, *La Giustizia Amministrativa*, 8^a ed., Milano, Giuffrè, 1958, 301-303.

² E GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, ristampa anastatica della terza edizione, Padova, Cedam, 1957, 241 ss.

³ S. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Bologna, Zanichelli, 1955, 180.

⁴ G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, 5^a ed., Padova, Cedam, 1958, 261 ss.

⁵ L'impostazione della norma è pienamente recepita nella citata "Giustizia amministrativa" di Lessona, nella quale della sospensione si tratta in un paragrafo intitolato "La presentazione del ricorso non sospende, di regola, la esecuzione dell'atto impugnato" (§ 88, pag. 180).

zio, ed alla querela di falso.

Invero la domanda cautelare veniva vista come una mera eventualità nell'ambito di un giudizio amministrativo di cognizione configurato come un giudizio di legittimità su di un provvedimento lesivo di preesistenti posizioni di vantaggio di privati.

La situazione comincia a mutare proprio a partire degli anni '60. Sebbene la disciplina fosse rimasta la stessa (T.U. 1924 e reg. 1907), la dottrina assegna a quella che noi oggi chiamiamo la tutela cautelare, un rilievo ben maggiore. Nel volume di A.M. Sandulli sul giudizio davanti al Consiglio di Stato⁶, l'autore, nel classificare le azioni, distingue azioni di impugnazione, azioni di accertamento, azione di esecuzione, ed azione cautelare di sospensione. Alla trattazione di questa fanno seguito le questioni incidentali.

La sospensione quindi assurge a vera e propria azione, giustapposta alle altre. L'autore spiega che, sebbene il giudizio sull'istanza di sospensione si presenti raccordato al giudizio di impugnazione, in quanto ha a presupposto la pendenza di questo, non ha però carattere di giudizio incidentale, ed anzi si configura come un giudizio pienamente autonomo in quanto ha un oggetto suo proprio e presupposti diversi. E si esaurisce in sé stesso⁷.

Era accaduto che i compiti dell'amministrazione frattanto si erano di molto estesi, ed in particolare si erano notevolmente sviluppate le forme di controllo sulle attività economiche. Si erano fatte pertanto più pressanti le esigenze di tutela per fronteggiare le quali veniva dato maggiore spazio alla tutela cautelare.

La legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (6 dicembre 1971, n. 1034), fu concepita con una disposizione – “danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto” - che, secondo la più diffusa interpretazione, non avrebbe apportato alcuna significativa innovazione rispetto al testo unico del 1924 (“gravi motivi”).

2.- Oggi abbiamo difficoltà a considerare la tutela cautelare soltanto come un incidente del processo amministrativo. Sotto il profilo tecnico giuridico la domanda cautelare si può configurare come un incidente del processo solo perché non può essere

⁶ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963.

⁷ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 180.

proposta se non nell'ambito di un giudizio di cognizione⁸, ed in quanto ha carattere di eventualità – può non esserci -, ma l'incidentalità costituisce un aspetto non tra i più significativi della disciplina della materia⁹.

Consapevoli di adoperare un'espressione puramente descrittiva, riteniamo si possa affermare che la tutela cautelare è diventata il fulcro del processo amministrativo.

E' merito precipuo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, e, in minore misura, della Corte costituzionale, se la tutela cautelare, ancora prima del significativo intervento legislativo del 2000 (L. n. 205), ha assunto i connotati che oggi ha, sui quali da ultimo ha inciso in misura significativa il riordinamento effettuato con il codice del processo amministrativo (D.lgs. n. 104 del 2010 e s.m.i.).

Tale merito tanto più deve essere riconosciuto se si tiene conto, per contro, dell'atteggiamento del legislatore, il quale, con diversi interventi, ha cercato di limitare la tutela cautelare.

Sono da rammentare al riguardo:

- l'articolo 13 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, che limitava la sospensione dei provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione ai soli casi di errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili o delle persone dei proprietari (dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 1974);

- l'articolo 5 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, con il quale si veniva a limitare l'efficacia delle ordinanze di sospensione in materia di esecuzione di opere pubbliche a sei mesi (penultimo comma), e veniva stabilita la loro inappellabilità (ultimo comma, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte cost. n. 8 del 1982);

- l'articolo 7 del decreto-legge 2 maggio 1974, n. 115 (conv. in L. 27 giugno 1974, n. 247), che impediva la sospensione, in relazione ai casi nei quali il procedimento era disposto nei confronti dei proprietari risultanti dagli atti catastali (dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte cost. n. 227 del 1975);

- l'articolo 8 della legge 27 maggio 1975, n. 166, con il quale il giudice amministrativo veniva facultato a disporre la cauzione in luogo della sospensione.

⁸ Invero l'art. 245 del codice sugli appalti pubblici, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevede la possibilità di presentazione dell'istanza cautelare *ante causam*. Ma anche in tale caso la domanda cautelare viene proposta nell'ambito di un giudizio di cognizione anche se la sua presentazione precede la presentazione del ricorso.

⁹ Cfr. al riguardo Cons. Stato, ad. plen. 20 gennaio 1978, n. 1, in *Cons. Stato*, 1978, I, "La qualifica di incidentale, attribuita a tale istanza dal legislatore (artt. 42, 2° c., del T.U. 1924, n. 1054; 2 del D.Lgs. 5 maggio 1948, n. 642; 7, 1° c., e 10 della L. 21 dicembre 1950, 1018), sta ad indicare unicamente la necessaria incidenza anche cronologica della istanza medesima nell'ambito del giudizio di impugnazione e a sottolineare la complementarità dell'una nei confronti dell'altro, ossia la finalità della misura cautelare, che è quella di stabilire la regolamentazione transitoria della situazione dedotta nel giudizio in parola".

3. - Per contro il Consiglio di Stato, ed in minore misura la Corte costituzionale, con alcune fondamentali pronunzie, ispirandosi al principio di effettività, hanno ricostruito la tutela cautelare dando pienezza di contenuto dispositivo alle scarse norme legislative che la contemplano.

Meritano di essere ricordate in particolare le seguenti pronunzie:

A) Con sentenze n. 284 del 1974¹⁰, n. 227 del 1975¹¹, e n. 8 del 1982¹², la Corte costituzionale, investita rispettivamente delle questioni di costituzionalità dei citati art. 13 L. n. 865 del 1971, art. 7 D.L. 115 del 1974, e art. 5, u.c. L. n. 1 del 1978, ha affermato essere il procedimento cautelare “un elemento connaturale” del sistema di tutela giurisdizionale, intimamente compenetrato con il processo di merito davanti alla giurisdizione amministrativa nel quale maggiormente si avverte la necessità di uno strumento che consenta di anticipare, sia pure provvisoriamente, l’effetto della decisione finale, permettendo che questa intervenga *re adhuc integra*, in tal modo assicurando la soddisfazione dell’interesse che risulta meritevole di tutela. Donde la esplicita esclusione della “libera disponibilità del legislatore di limitare (od eliminare) il potere strumentale di sospensione degli atti impugnati”.

B) Con decisione dell’ad. plen. n. 1 del 1978¹³, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull’appellabilità delle ordinanze cautelari, nel rispondere positivamente, ne affermava la natura decisoria argomentando che esse risolvono, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia, dettano il regolamento giuridico del conflitto di pretese ed attribuiscono ai soggetti in contesa un concreto vantaggio garantito dalla legge.

Si precisa nella pronunzia che la qualifica di incidentale attribuita alle relative istanze sta ad indicare esclusivamente la necessaria incidenza delle stesse nell’ambito del giudizio d’impugnazione e sottolinea la finalità della misura cautelare, che è quella di stabilire una regolamentazione transitoria della situazione dedotta in giudizio.

Ognuno vede come in tal guisa ragionando, mentre il carattere incidentale assume dimensioni estremamente limitate, per contro il giudizio cautelare assurge ad una dignità sua propria, in quanto strumento per la decisione di un conflitto di pretese, sia pure con effetto provvisorio sino alla definizione del giudizio di merito.

¹⁰ Corte cost. 23 luglio 1974, n. 247, in *Giur. cost.* 1974, 2371.

¹¹ Corte cost. 17 luglio 1975, n. 227, in *Giur. cost.* 1975, 1686.

¹² Corte cost. 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.* 1982, 41, con note di S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione* e di A. CARULLO, *Il giudizio cautelare amministrativo al vaglio della Corte costituzionale*.

¹³ Cons. Stato, ad. plen. 20 gennaio 1978, n. 1, in *Cons. Stato* 1978, I, 1.

C) Altra pronunzia dell'adunanza plenaria che ha contribuito in modo rilevante alla costruzione della odierna tutela cautelare è la n. 6 del 1982¹⁴ sulla esecuzione delle ordinanze di sospensione. Il Consiglio di Stato, nell'affermare l'inapplicabilità dell'articolo 27, n. 4 del testo unico del 1924 (che attribuisce alla giurisdizione di merito del Cons. Stato la materia dei ricorsi volti ad ottenere l'adempimento del giudicato) alla esecuzione delle ordinanze di sospensione, ha argomentato che il giudizio cautelare ha carattere rigorosamente unitario e non può pertanto scindersi in procedimento di cognizione e procedimento di esecuzione. Si aggiunge che il processo cautelare si compie soltanto con l'attuazione della misura cautelare, rispetto alla quale la fase di cognizione in senso stretto è riguardata come momento necessario ma non finale del processo.

E' proprio per siffatta inscindibilità tra momento della decisione (cautelare) e momento dell'esecuzione che, ad onta della ricorrente affermazione secondo la quale il giudizio cautelare non produce utilità finali diverse da quelle della decisione di merito, è da ritenere che in realtà il giudizio cautelare può produrre oltre agli effetti della decisione, anche quelli dell'esecuzione.

Soltanto con il codice del processo amministrativo, il quale prevede, all'art. 34, in relazione alle sentenze di merito, che in caso di accoglimento del ricorso il giudice può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, è stata data alla sentenza una potenzialità nel segno della effettività della tutela che precedentemente veniva riconosciuta soltanto alle ordinanze cautelari.

D) Con decisione n. 17 del 1982¹⁵ l'adunanza plenaria ha affermato che il giudice amministrativo può sospendere in sede cautelare provvedimenti negativi quali la non ammissione ad un esame (il caso sottoposto al Consiglio concerneva appunto la mancata ammissione di un candidato agli esami di maturità). Si argomenta nella decisione che "se la Corte costituzionale ha riconosciuto alla funzione di conservazione della *res integra* la dignità della tutela costituzionale", e se l'interesse al ricorso "non si concentra unicamente nel risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include fra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che l'amministrazione è tenuta a svolgere e dalle quali potrà derivare il soddisfacimento dell'interesse sostanziale", la tutela cautelare deve essere ammessa anche attraverso un'ordinanza che disponga l'ammissione del candidato all'esame di maturità con riserva, "sino all'esito del ricorso e degli eventuali ulteriori provvedimenti". L'ordinanza di sospensione, operando sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e consentendo quindi

¹⁴ Cons. Stato, ad. plen. 30 aprile 1982, n. 6, in *Cons. Stato* 1982, I, 413.

¹⁵ Cons. Stato, ad. plen. 8 ottobre 1982, n. 17, in *Cons. Stato* 1982, I, 1197.

l'ammissione condizionata del candidato all'esame, serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale.

In tal modo veniva ad essere finalmente superato l'orientamento che precludeva la sospensione dei provvedimenti negativi, motivato dalla presunta inidoneità di essi a produrre effetti lesivi, e dall'impossibilità di ordinare all'amministrazione un obbligo di fare, stante la natura cassatoria del giudizio amministrativo.

E) Una volta affermato che il processo cautelare si compie con l'attuazione della misura cautelare (n. 6 del 1982), e venuta meno la necessaria attinenza della sospensione al carattere impugnatorio del giudizio (n. 17 del 1982), il passo era breve per la successiva evoluzione rappresentata dalla decisione n. 14 del 1983¹⁶, con la quale l'adunanza plenaria affermava che in sede cautelare il giudice amministrativo può ordinare all'amministrazione la restituzione di quanto detenuto senza titolo (nel caso deciso si trattava della restituzione di un terreno oggetto di un provvedimento di occupazione d'urgenza sospeso dal giudice amministrativo).

F) La Corte costituzionale, con sentenza additiva n. 190 del 1985¹⁷, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 21 u.c. L. 1034 del 1971 nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione del provvedimento impugnato, non consentiva allo stesso di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego rientranti nella giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito nei casi nei quali si abbia fondato motivo di ritenere che nelle more del giudizio il diritto del ricorrente sia minacciato da un grave pregiudizio.

Sebbene a seguito della contrattualizzazione del pubblico impiego (eccezione fatta per limitate categorie di personale rimaste assoggettate al regime di diritto pubblico: art. 2, 2° e 3° comma, e art. 3 D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) e della correlativa attribuzione del contenzioso alla giurisdizione al giudice ordinario (art. 45 D. lgs. 31 marzo 1998, n. 80) la rilevanza di tale pronuncia si sia di molto ridotta, è da tenere presente che essa ha costituito la premessa per la successiva evoluzione, intervenuta con la decisione del Consiglio di Stato di seguito citata.

G) Con ordinanza 1 del 2000¹⁸, l'adunanza plenaria si è soffermata sulla tutela cautelare in materia di giurisdizione esclusiva. Ha affermato che i diritti soggettivi, anche di natura patrimoniale, possono ottenere dal giudice amministrativo tutela giurisdizionale.

¹⁶ Cons. Stato, ad. plen. 1° giugno 1983, n. 14, in *Cons. Stato* 1983, I, 623.

¹⁷ Corte cost. 29 giugno 1985, n. 190, in *Giur. cost.* 1985, 1319.

¹⁸ Cons. Stato, ad. plen. 30 marzo 2000, n. 1, in *Cons. Stato* 2000, I, 767.

zionale anche d'urgenza. In particolare può essere ordinata l'effettuazione di una prestazione da parte dell'amministrazione, o l'emanazione di un ordine di pagamento.

4. - Si è dovuto aspettare sino al 2000 perché, con la legge n. 205, la tutela cautelare acquisisse il ruolo, ormai imprescindibile, che oggi ha. Le innovazioni introdotte con la tale legge costituiscono in buona parte la codificazione della giurisprudenza sopra rammentata.

Viene meno la limitazione della misura cautelare alla sola "sospensiva", con la quale l'atto impugnato veniva per l'appunto sospeso in deroga al generale principio secondo il quale la proposizione del ricorso non ha effetto sospensivo sull'atto impugnato. Con l'art. 3 (art. 21 L. TAR), viene introdotta la previsione di misure atipiche, idonee ad "assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Tra tali misure sono pacificamente ricomprese le cosiddette "ordinanze propulsive" con le quali il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di riesaminare il proprio provvedimento alla stregua dei vizi segnalati nel ricorso.

Viene quindi definitivamente superata la concezione della tutela cautelare incentrata sulla sospensione dell'atto impugnato e viene riconosciuta l'ammissibilità di misure cautelari di contenuto positivo.

Di particolare rilievo sono le previsioni relative alla definizione rapida del giudizio attraverso il processo accelerato previsto per le "materie sensibili" dall'articolo 4 (art. 23 bis, comma 3 L. TAR) ed alla sentenza in forma semplificata prevista dall'art. 9 (art. 26, comma 4 L. TAR). Di notevole rilievo la espressa previsione di cui all'art. 3 (art. 21 L. TAR) della motivazione dell'ordinanza cautelare in ordine, oltretutto alla valutazione del pregiudizio, anche ai profili che inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. Lo stesso articolo ha introdotto, in relazione ai casi di estrema gravità ed urgenza, la previsione delle misure cautelari provvisorie con provvedimento monocratico di competenza del presidente della sezione.

5. - Ma è con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (artt. 55 - 62, e art. 119 - 120) che la tutela cautelare ha acquisito una compiuta disciplina attraverso proficue innovazioni all'assetto che era stato determinato con la legge del 2000.

Al riguardo la più significativa di tali innovazioni è costituita dalla fissazione di termini a garanzia dell'effettiva esercizio del diritto di difesa delle parti. Con il dimezzamento dei termini previsto per le materie sensibili dall'abrogato art. 23 bis l. TAR le

parti resistenti si vedevano spesso costrette ad articolare le proprie difese in tempi eccessivamente limitati e la mancata previsione di un termine a ritroso per la presentazione di atti difensivi comportava la possibilità della presentazione di memorie e documenti nella stessa camera di consiglio nella quale si doveva decidere la misura cautelare, con la conseguenza che le parti costituite avevano difficoltà ad esercitare il proprio diritto di difesa e lo stesso collegio giudicante si vedeva costretto ad esaminare le difese nello stesso giorno dell'udienza camerale.

Il codice ha sopperito a tali inconvenienti prevedendo, all'art. 55, in primo luogo un termine di 20 giorni dalla notifica e di 10 giorni dal deposito del ricorso – termini che si riducono a metà per le materie speciali - per la fissazione dell'udienza camerale (5° comma), di guisa che le parti resistenti non corrono più il rischio di vedere fissata l'udienza camerale, come accadeva prima, a distanza di pochi giorni dalla notifica del ricorso (la prima camera di consiglio utile dopo il decorso di 10 giorni dalla notifica del ricorso)

In secondo luogo si prevede un termine di due giorni liberi (quindi tre giorni) prima dell'udienza – termine anch'esso ridotto a metà per le materie speciali (quindi due giorni) - per il deposito di memorie e documenti (5° comma). Dopo tale termine le parti si possono costituire anche in udienza ma possono svolgere soltanto difese orali (7° comma).

In tal modo viene adeguatamente salvaguardato il principio del contraddittorio, senza che risulti sacrificata la celerità del procedimento.

Rimuovendo i dubbi che precedentemente si ponevano, è espressamente previsto che in sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio (comma 12). Invero al riguardo desta qualche perplessità l'inciso facente riferimento all'istanza di parte di guisa che si potrebbe pensare che il giudice non possa adottare siffatti provvedimenti d'ufficio.

Di particolare rilievo è la disposizione di cui all'art. 55, 10° comma, secondo la quale 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. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato in sede di riforma dell'ordinanza cautelare di primo grado. In tal caso la pronuncia di appello è trasmessa al Tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione

dell'udienza di merito. E' da considerare al riguardo che la fissazione dell'udienza si configura come uno strumento di tutela cautelare.

È opportunamente prescritto che l'ordinanza con la quale si dispone la misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito (art. 55, 11° comma).

L'art. 60 del codice prevede che in sede di decisione della domanda cautelare, sempre che 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, a meno che una delle parti non rappresenti che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione. In questi ultimi due casi il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni. Il Collegio può disporre l'integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione, fissando contestualmente la data per il prosieguo della trattazione.

Oltre alla previsione della domanda di misura cautelare provvisoria con decreto presidenziale (art. 56), è prevista la possibilità della proposizione di istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie nel caso in cui l'urgenza sia tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso.

6.- Il codice, all'art. 119, disciplina il rito abbreviato comune a numerose materie speciali. Stabilisce che tutti i termini processuali sono dimezzati, salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti.

La misura cautelare principale che viene prevista (art. 119, 3° comma), è la fissazione con ordinanza della data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data del deposito dell'ordinanza. Ma, per il caso di estrema gravità ed urgenza il TAR o il Consiglio di Stato possono anche disporre le opportune misure cautelari.

In relazione alla materia degli appalti l'art. 120 stabilisce un termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale o incidentale e dei motivi aggiunti.

Diversamente che per le materie ordinarie, si prevede che il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termine a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali (art. 120, 8° comma).

Limitatamente alla materia degli appalti si prevede che il dispositivo del provvedimento con cui il TAR definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione.

7. – Nell'ultimo anno si sono dovuti registrare alcuni interventi (da Romano Prodi con un articolo sul *Messaggero* dell'11 agosto 2013 ad alcune uscite di Matteo Renzi) volti ad abolire o limitare la tutela giurisdizionale.

Al riguardo abbiamo visto sopra che i numerosi tentativi che sono stati perpetrati nel tempo, non già di abolire ma di limitare la tutela cautelare, sono caduti di fronte alla Corte costituzionale (n. 284 del 1974, n. 227 del 1975, n. 8 del 1982).

Nella sentenza n. 8 del 1982 si legge:

“La giurisprudenza di questa Corte medesima (sentenze numeri 284 del 1974 e 227 del 1975), infatti, ha posto in luce il carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima compenetrazione sua con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra* e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela”.

Di fronte ad una qualsiasi limitazione non solo interverrebbe la Corte costituzionale, ma interverrebbe la Corte di giustizia dell'Unione Europea, stante che la c.d. direttiva ricorsi (11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE, che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE), recepita in Italia con D.P.R. n. 53 del 2010, codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., ha imposto agli stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici. Se si togliesse o limitasse la tutela cautelare i mezzi di ricorso non sarebbero di certo rapidi ed efficaci.

E per l'Unione Europea non sarebbe sufficiente la tutela risarcitoria, ma è necessario un intervento rapido del giudice che tuteli la concorrenza, cioè che assicuri all'impresa ingiustamente pretermessa l'aggiudicazione dell'appalto.

Ancora prima della direttiva ricorsi, che concerne (soltanto) gli appalti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea con sentenza *Factortame* (Corte giust. 19 giugno 1990, *Factortame* e a., C-213/89, in Racc. p. I-2433) ha affermato: “la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al

giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori".

* * *

E' sorprendente che si sia smarrito il senso dello Stato di diritto e si sia dimenticato che l'istituzione nel 1889 della IV sez. del Consiglio di Stato, con la introduzione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione anche per gli interessi legittimi rappresentò una grande conquista dello Stato di diritto. Dalla quale non si può recedere.

E' doloroso dovere constatare il persistente l'orientamento a limitare tale tutela giurisdizionale, di cui costituisce significativa manifestazione l'imposizione di insostenibili balzelli come il c.d. contributo di iscrizione a ruolo. E' da sperare che tale orientamento cessi. Nell'interesse superiore della giustizia.

Nota bibliografica.

La bibliografia sulla tutela cautelare amministrativa è assai vasta. Ci si limita a citare di seguito le opere che si sono effettivamente consultate.

M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati (nota a C.S., V, 5 agosto 1941, n. 516, in Foro Amm. 1941, (ora in Scritti giuridici, I, Milano, Giuffré, 1996, 2 ss.);*

G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, Cedam, 1971;

E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffré, 1981;

AA.VV., *Il giudizio cautelare amministrativo (aspetti e prospettive). Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 maggio 1985*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane s.r.l., 1987;

E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Nss. Dig. it., Appendice*, Torino, UTET, 1987, 459 ss.;

B. TADDEI, *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1988;

A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 329 ss.;

A. VALORZI, *Tutela cautelare in processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1991;

M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1996;

F. LUBRANO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Roma, Istituto editoriale Regioni Italiane, 1997;

M.C. FUCCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1999;

AA.VV., *La sospensione nel giudizio amministrativo*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1999;

M. SANINO, *Il processo cautelare (art. 3)*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, Giappichelli, 2000, 249 ss.;

R. DEPIERO, *Articolo 3 (disposizioni generali sul processo cautelare)*, in A.A.VV. (a cura di V. Italia), *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, Giuffrè, 2000, 32 ss.;

D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001;

C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2002;

C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 91 ss.;

R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 857;

F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002 58;

R. GAROFOLI – M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo* (collana Teoria e pratica del diritto), Milano, Giuffrè, 2002;

R. NOTARPASQUALE, *La tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della legge 205/2000* (nota a Cons. Stato, V, 14 gennaio 2003 n. 87), in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 1274 ss.;

P. LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia* (nota a Corte Giust. CE, VI, 15 maggio 2003 in causa C. n. 214/00),

in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 1169 ss.;

M. MONTANARI, *Giurisdizione amministrativa e misure cautelari tipiche del processo civile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3 ss.;

M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2003, Tomo V, 4491 ss.;

L. QUERZOLA, *La Corte di Giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)* (nota a Corte Giust. CE, VI, 15 maggio 2003, in causa C. n. 214/00), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 266 ss.;

A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, II ed., Torino, Giappichelli, 2004, 59 ss.

B. LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo* (nota a Cons. Stato, IV, ord. 18 novembre 2003, n. 5101), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1187 ss..

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

R. CHEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, Giuffrè editore, 2012.

R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Nel diritto Editore, Roma 2011.

A. QUARANTA – V. LO PILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.

R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli editore, 2011.

B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore.

F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del processo amministrativo*, terza ed., Dike 2013.