

## SALVATORE RAIMONDI

Già ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo

Presidente dell'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia

### La Tutela cautelare fulcro del giudizio amministrativo\*.

1. - La giustizia amministrativa in Italia non gode di buona stampa. Ricordiamo tutti l'intervento di Romano Prodi dell'11 agosto 2013 (il Messaggero). Secondo Prodi, mentre in Germania e in Francia si registrava un timido segnale di aumento del PIL, per l'Italia il PIL scendeva ancora. Egli prendeva per buona l'opinione riferitagli da *“potenziali lettori investitori stranieri”*, i quali attribuivano la principale ragione della *“incertezza che pende su ogni decisione economica”*, *“al modello organizzativo della giustizia amministrativa italiana”*, e non esitava a proporre l'abolizione dei TAR e del Consiglio di Stato.

Gli faceva eco il 5 settembre 2015 Matteo Renzi (La Repubblica), il quale esprimeva l'opinione seguente: *“non è possibile che i Tar decidano su tutto dall'iscrizione all'asilo alla chiusura di un'ambasciata: bisogna ridurre il loro raggio d'azione”*.

Nel convegno che si è tenuto a Bari il 29 – 30 aprile 2016 su *“La giustizia amministrativa per l'Azienda Italia”*, una relazione è stata tenuta da Salvatore Rossi, direttore generale della Banca d'Italia. Rossi, facendo espresso riferimento agli studi che gli erano stati forniti dallo staff della Banca d'Italia, ha affermato che nel comune sentire il giudice amministrativo *“blocca”* l'attività dell'amministrazione. Ha aggiunto che si ritiene che il giudizio amministrativo sia un rimedio troppo facile con la conseguenza che si moltiplica il contenzioso.

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.

Non ho mai capito, perché non lo hanno detto, se coloro i quali propongono l'abolizione del giudice amministrativo o un suo forte ridimensionamento ritengono che le posizioni giuridiche soggettive che oggi si fanno valere davanti al giudice amministra-

---

\* Testo della relazione all'Incontro di studio del giorno 6 maggio 2016 su *“Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza”*, organizzato dall'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia, nella sede del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia – Palermo.

tivo dovrebbero restare prive di tutela, oppure se ritengono che la tutela dovrebbe essere affidata al giudice ordinario

Nel primo caso suggerirei ai rottamatori la lettura del discorso di Silvio Spaventa all'Associazione dei costituzionalisti di Bergamo del 1888. Ai secondi rappresenterei con esempi pratici lo stato della giurisdizione ordinaria. Al riguardo mi limito fare un solo esempio, tratto non da un'esperienza legata al territorio nel quale opero (tra i diversi distretti ci possono essere risultati non coincidenti). Ho instaurato davanti alla Corte d'appello di Roma un giudizio di opposizione ad un lodo arbitrale nel 2011. La causa stata rinviata ad una udienza collegiale del 2016. Mi sembra un dato di per sé molto eloquente.

\* \* \*

In sostanza coloro i quali sono a favore del passaggio al giudice ordinario, propongono la degradazione degli interessi legittimi a diritti soggettivi. In concreto quello che è accaduto nella materia di pubblico impiego. Si tratta un fenomeno opposto a quello che conoscevamo da sempre, vale a dire la degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo. (Si consideri l'espropriazione. Si leggeva nella manualistica sino agli anni '60 che nel momento in cui interviene un provvedimento ablativo il diritto soggettivo di proprietà degrada ad interesse legittimo). Adesso quello che si prospetta, ed in parte è già avvenuto, è il fenomeno opposto.

Parlo di degradazione dell'interesse legittimo a diritto soggettivo perché, mentre il giudice amministrativo ha il potere di sospendere e di annullare il provvedimento, lo stesso potere non ha il giudice ordinario. La degradazione dell'interesse legittimo a diritto soggettivo ha trovato la sua massima espressione con la contrattualizzazione del pubblico impiego. Oggi l'impiegato che viene pretermesso in occasione di una valutazione comparativa, il quale un tempo poteva rivolgersi al giudice amministrativo denunciando profili di eccesso di potere, può rivolgersi al giudice ordinario, il quale però risponderà che l'attore non può vantare un diritto ad essere scelto, ad esempio per un incarico dirigenziale, sebbene maggiormente titolato, sicché respingerà l'azione giudiziaria.

\* \* \*

Non vi è dubbio che le maggiori critiche al sistema di giustizia amministrativa concernono proprio la tutela cautelare. È questa che, per usare l'espressione corrente, "blocca", ad esempio, la realizzazione dell'opera pubblica.

Sappiamo tutti che non è così per due ragioni: in primo luogo perché proprio in

questa materia i tempi del giudizio amministrativo e segnatamente del giudizio cautelare sono veramente molto brevi. In secondo luogo perché, secondo la nostra esperienza, il giudice amministrativo fa un uso molto oculato dello strumento cautelare.

Vedremo tra poco i numerosi tentativi che il legislatore ha compiuto negli anni per limitare la tutela cautelare, e vedremo come tali tentativi sono stati fronteggiati con sentenze del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale.

Ma il legislatore non demorde. Il principale strumento escogitato per limitare la tutela giurisdizionale è stato il contributo di iscrizione a ruolo relativamente al quale si è rivelata assai deludente la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Ma adesso è intervenuta una nuova forte limitazione alla tutela giurisdizionale nella specifica materia degli appalti pubblici attraverso l'introduzione dell'art. 204 del D.lgs. n. 50 del 2016, di revisione del codice degli appalti, il quale ha riscritto l'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Non mi diffonderò sul tema. Mi limito a rammentare che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa deve essere impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di fare valere l'illegittimità derivata nei successivi atti.

Si tratta di una disposizione assolutamente inaccettabile perché il concorrente ad una procedura concorsuale non è in grado di stabilire se ha interesse o meno ad impugnare l'ammissione di altri concorrenti che considera carenti di qualche requisito prima che il procedimento sia concluso. (In termini diversi si pone il problema del termine in relazione alla propria esclusione, che decorre comunque dalla comunicazione di cui all'art.79 D.lgs. n. 163 del 2006). Sicché si trova costretto a scegliere se impiegare le proprie energie e soprattutto i propri quattrini per impugnare l'ammissione di un concorrente pur nella consapevolezza che l'impugnativa può rivelarsi inutile, ovvero rinunciare in concreto alla tutela giurisdizionale. È ovvio che nella stragrande maggioranza dei casi si avrà la rinuncia, vale a dire la omissione del ricorso. Ed è proprio questa indubbiamente la ragione per la quale la richiamata disposizione è stata introdotta.

Non solo. Nella decisione cautelare il giudice deve tenere conto *“delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

Si tratta all'evidenza di una disposizione alla stregua della quale in concreto il giudice amministrativo potrebbe affermare che sussiste il grave pregiudizio, che il ri-

corso, sulla base di una sommaria cognizione propria della fase cautelare, appare fondato, ma che la misura cautelare sarebbe in contrasto con l'interesse generale all'esecuzione del contratto.

Non vi è dubbio che siffatte innovazioni sono viziate da incostituzionalità perché contrastano con gli articoli 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

2.- Ciò detto in premessa, vediamo come la tutela cautelare, nonostante le limitazioni alla stessa continuamente fraposte dal legislatore, è diventata il fulcro del giudizio amministrativo.

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 ricorsi<sup>1</sup>. Ed all'argomento venivano dedicate un paio di paginette. Lo stesso dicasi per quanto concerne il manuale di giustizia amministrativa di Guicciardi<sup>2</sup>, 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 Lessona<sup>3</sup> e di Salemi<sup>4</sup>.

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*

---

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

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

<sup>3</sup> S. LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Bologna, Zanichelli, 1955, 180.

<sup>4</sup> G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, 5<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1958, 261 ss.

*ricorrente*”<sup>5</sup>. 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 giudizio, 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.

Invero la ragione principale per la quale, sino alla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (n. 1034 del 1971), della sospensiva si faceva un uso limitatissimo era costituita dalla circostanza che davanti al giudice amministrativo (il Consiglio di Stato e per poche materie le Giunte provinciale amministrative) si potevano impugnare, e conseguentemente se ne poteva chiedere la sospensione, soltanto gli atti amministrativi definitivi. Per quelli non definitivi bisognava esperire il ricorso gerarchico. E sovente si trattava di due ricorsi gerarchici. Ad esempio avverso il provvedimento del Questore bisognava fare ricorso gerarchico al Prefetto. Avverso il provvedimento del prefetto bisognava fare ricorso gerarchico al Ministro dell'interno. Lo stesso dicasi per quanto concerne la materia finanziaria (organi esecutivi, Intendenza di Finanza, Ministro) e per la materia dell'istruzione (Capi d'istituto, Provveditore agli studi, Ministro).

E' soltanto con la legge n. 1034 del 1971 che è stata consentita l'impugnazione in via giurisdizionale anche degli atti non definitivi.

In tale assetto è ovvio che per gli atti non definitivi quando, dopo l'esperimento del ricorso gerarchico e dei ricorsi gerarchici, si poteva finalmente accedere alla giurisdizione amministrativa, dall'emissione del provvedimento amministrativo era già trascorso un tempo non indifferente, sicché risultava difficile configurare nell'immediatezza un danno grave ed irreparabile.

Sul piano della scienza del Diritto amministrativo la situazione cominciava a mutare 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 Stato<sup>6</sup>, l'autore, nel classificare le azioni, distingue azioni di impugnazione, azioni di accertamento, azione di esecuzione, ed azione cautelare di sospensione. Alla trattazione

---

<sup>5</sup> L'impostazione delle 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).

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

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 stesso<sup>7</sup>.

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*”).

3.- 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 proposta se non nell'ambito di un giudizio di cognizione<sup>8</sup>, ed in quanto ha carattere di eventualità – può non esserci -, ma l'incidentalità costituisce un aspetto non tra i più significativi della disciplina della materia<sup>9</sup>.

Consapevoli di adoperare un'espressione puramente descrittiva, riteniamo si possa affermare che la tutela cautelare è diventata il fulcro del processo amministrativo<sup>10</sup>.

E' merito precipuo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, e, in minore misura, della Corte costituzionale, se la tutela cautelare, ancora prima del significativo inter-

---

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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”.

<sup>10</sup> In tal senso già 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.

vento 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;

- infine l'art. 204 D.lgs. n. 50 del 2016, di revisione del codice degli appalti, il quale ha riscritto l'art. 120 del codice del processo amministrativo prevedendo: che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa deve essere impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante; che nella decisione cautelare il giudice deve tenere conto *“delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

4. - 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 1974<sup>11</sup>, n. 227 del 1975<sup>12</sup>, e n. 8 del 1982<sup>13</sup>, 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 1978<sup>14</sup>, 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.

C) Altra pronunzia dell’adunanza plenaria che ha contribuito in modo rilevante alla costruzione della odierna tutela cautelare è la n. 6 del 1982<sup>15</sup> 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

---

<sup>11</sup> Corte cost. 23 luglio 1974, n. 247, in *Giur. cost.* 1974, 2371.

<sup>12</sup> Corte cost. 17 luglio 1975, n. 227, in *Giur. cost.* 1975, 1686.

<sup>13</sup> 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*.

<sup>14</sup> Cons. Stato, ad. plen. 20 gennaio 1978, n. 1, in *Cons. Stato* 1978, I, 1.

<sup>15</sup> Cons. Stato, ad. plen. 30 aprile 1982, n. 6, in *Cons. Stato* 1982, I, 413.



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 1982<sup>16</sup> 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 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

---

<sup>16</sup> Cons. Stato, ad. plen. 8 ottobre 1982, n. 17, in *Cons. Stato* 1982, I, 1197.

facere, 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 1983<sup>17</sup>, 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 1985<sup>18</sup>, 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 categoria 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 2000<sup>19</sup>, 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 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.

5. - 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

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, ad. plen. 1° giugno 1983, n. 14, in *Cons. Stato* 1983, I, 623.

<sup>18</sup> Corte cost. 29 giugno 1985, n. 190, in *Giur. cost.* 1985, 1319.

<sup>19</sup> Cons. Stato, ad. plen. 30 marzo 2000, n. 1, in *Cons. Stato* 2000, I, 767.

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 altresì 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.

6. - 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 cautela-

re, 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. E' da notare però che purtroppo nei fatti la fissazione dell'udienza non è affatto sollecita.

È opportunamente prescritto che l'ordinanza con la quale si dispone la misura cau-

telare fissa la data di discussione del ricorso nel merito (art. 55, 11° comma). Purtroppo analoga norma non vige per il giudizio di appello.

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 (c.d. sentenza breve), 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.

7.- 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 provve-

dimento con cui il TAR definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione.

Sull'art. 120 sono intervenute rilevanti integrazioni nel segno dell'accelerazione dei giudizi, ed invero della limitazione della tutela cautelare, dapprima con l'art. 40 D.L. n. 90 del 2014, conv. in L. n. 114 del 2014, e da ultimo ad opera dell'art. 204 del D.lgs. n. 50 del 2016 che ha riscritto l'art. 120 c.p.a.

Si stabilisce in particolare, come si è accennato, che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa deve essere impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di fare valere l'illegittimità derivata nei successivi atti.

Come pure dianzi precisato, perché il concorrente ad una procedura concorsuale non è in grado di stabilire se ha interesse o meno ad impugnare l'ammissione di altri concorrenti che considera carenti di qualche requisito prima che il procedimento sia concluso, si trova costretto a scegliere se impugnare l'ammissione di un concorrente pur nella consapevolezza che l'impugnativa può rivelarsi inutile, ovvero rinunciare in concreto alla tutela giurisdizionale. Non solo. Nella decisione cautelare il giudice deve tenere conto *“delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*. Sicché il giudice amministrativo potrebbe affermare, pur riconoscendo il grave pregiudizio, e la fondatezza del ricorso (ovviamente nei limiti di una sommaria cognizione), che la misura cautelare sarebbe in contrasto con l'interesse generale all'esecuzione del contratto. E conseguentemente respingere la relativa domanda.

8. –Abbiamo visto come si sono sviluppati nel tempo gli interventi volti ad abolire o limitare la tutela giurisdizionale. Ed abbiamo visto che i numerosi tentativi che sono stati perpetrati, 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).

Particolarmente significativa è la sentenza n. 8 del 1982 nella quale 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 provvi-*

*sorio, 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 alle limitazioni fraposte da ultimo con l'art. 204 D.lgs. n. 50 del 2016 (art. 120 c.p.a.), che si pongono in contrasto con la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (artt. 24 e 113 Cost.) è prevedibile un nuovo intervento della Corte costituzionale. Ma potrebbe intervenire anche 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”.*