

Gianmarco Poli\*

*In principio sono i diritti.  
Considerazioni a margine della tutela cautelare  
nel processo amministrativo*

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare come prima linea a difesa dei diritti. Il modello del processo civile – 2. L'oggetto del processo amministrativo, alla luce della Costituzione – 3. La tutela cautelare nel c.p.a. e nel diritto vivente: gli equivoci rimasti in sospeso – 4. Per un modello di tutela cautelare realmente effettiva: i presupposti – 5. (*Segue*). Le misure cautelari e i rapporti con l'azione principale – 6. La declinazione proteiforme della tutela cautelare: interesse legittimo, diritti partecipativi, diritti strumentali, etc. – 7. (*Segue*). Le modalità di soddisfazione della pretesa: ordine di riprovvedere, ordinanza cognitiva con effetti esecutivi, giudizio di ottemperanza – 8. Concludendo.

*1. La tutela cautelare come prima linea a difesa dei diritti. Il modello del processo civile*

La tutela cautelare giurisdizionale, reiterando un antico adagio, è l'istituto con cui un ordinamento interviene a impedire che il fattore tempo, componente ineliminabile del fenomeno giuridico "processo", dissipi ogni utilità per colui che domanda giustizia<sup>1</sup>.

Nelle more della definizione del giudizio, per opinione da lungo tempo condivisa, potrebbe, infatti, accadere che la soddisfazione della pretesa vantata venga pregiudicata dai mutamenti del quadro giuridico e fattuale

\* Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente, Università di Firenze.

<sup>1</sup> Tra i primi, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 255 ss. dove si sottolinea come la funzione della tutela cautelare fosse di «evitare che l'attuazione di una possibile volontà di legge sia impedita o resa difficile a suo tempo da un fatto avvenuto prima del suo accertamento, cioè dal mutamento nello stato di cose attuale; oppure di provvedere anche durante un processo, in caso di una possibile volontà di legge la cui attuazione non ammetta ritardo». Un pregiudizio al diritto, variamente articolato ma sempre derivante dal "ritardo" con cui il processo ordinario perviene al suo esito conclusivo: la definizione della controversia con sentenza (sul tema, ancorché in modo meno puntuale, vedi già A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi*, 1909, 210 ss.).

che fa da sfondo alla controversia, ovvero dall'intempestività – connessa al mero trascorrere del tempo – con cui la situazione soggettiva è riconosciuta dal giudice<sup>2</sup>. È l'esigenza di garantire che quella giurisdizionale si dimostri una tutela effettiva a rendere, quindi, immancabile la previsione di un tipo di giustizia più immediata, che si esprima attraverso misure con funzione cautelativa<sup>3</sup>.

In tal senso, essa ha rappresentato – e rappresenta – la prima linea che gli ordinamenti moderni hanno posto a tutela dei diritti dell'individuo.

L'archetipo di questo più evoluto atteggiamento nell'approcciarsi alla difesa dei diritti è rappresentato dal processo civile, luogo nel quale il problema teorico dell'anticipazione della tutela ha avuto la sua origine, trovando, per successivi approfondimenti e messe a punto, una appagante risposta. Una soluzione che, in termini di ricostruzione dogmatica e disciplina positiva, raggiungesse l'obiettivo – prioritario – di mantenere integro il diritto cautelato, senza con ciò compromettere la pretesa dell'altra parte di veder utilmente celebrato un giudizio a cognizione piena (evenienza, altrimenti, preclusa nel caso di provvedimenti cautelari ad effetti irreversibili).

Per tenere insieme, in posizione di equilibrio, i valori e le istanze su cui l'istituto va fatalmente a calarsi, nel processo civile la tutela cautelare ha finito per poggiarsi – a partire dalle sue prime teorizzazioni – su tre assi portanti, che ne hanno caratterizzato la tradizionale fisionomia: 1) l'individualità (termine da intendere, assecondandone l'accezione aggettivale, nel significato di strumentalità-ancillarità rispetto alla situazione soggettiva attribuita all'individuo dal diritto sostanziale<sup>4</sup>)

---

<sup>2</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 4 ss. Così pure C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele*, Padova 2004, 283; G. VERDE, B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, Napoli 1998, 325; C.E. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 75; A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 2, 9, 33.

<sup>3</sup> Come si avvertì fin dai tempi di CHIOVENDA (cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 45 ss., 81 ss., 226; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 12). Per A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 16 ss. l'odierno principio di effettività della tutela giurisdizionale ha il suo precursore nell'enunciato chiovendiano secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire».

<sup>4</sup> Quale proiezione del generale carattere individualistico della tutela giurisdizionale (su cui, vedi, per tutti, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 10 ss.; A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 ss.; S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, ivi, XIX, Milano, 1970, 218 ss.).

della tutela impartita<sup>5</sup>; 2) la pluralità e la atipicità delle misure cautelari in cui essa si estrinseca; 3) la terzietà del giudice rispetto alle parti (e ai relativi interessi) in causa.

La tutela cautelare, sotto un primo punto di vista, è stata concepita (e dunque tagliata su misura) per rispondere alle esigenze di protezione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e messa a repentaglio dalla condotta altrui. Essa, quale manifestazione tangibile del principio di effettività della tutela dei diritti<sup>6</sup>, completa e conferma l'esistenza delle situazioni di vantaggio riconosciute dallo stesso diritto sostanziale<sup>7</sup>. Più di ogni altro istituto previsto dalle norme processuali – comparse nell'ordinamento come contropartita del divieto di autotutela privata –, infatti, la giustizia cautelare è deputata a dare attuazione al singolo diritto soggettivo proprio nel momento in cui se ne ravvisa maggiormente il bisogno<sup>8</sup>.

In questo senso – concetto che è stato variamente declinato – tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»<sup>9</sup> e – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto euro-unitario<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 860; ID., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, II, Milano, 2005, 1484 - 1485, dove si afferma che «la tutela d'urgenza è lo strumento che munisce la generalità dei diritti soggettivi di un'idonea tutela sommaria urgente [...] la misura cautelare urgente è quindi strumento di tutela dei diritti soggettivi». In senso analogo e in epoca pre-costituzionale, E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 18 ss.

<sup>6</sup> Sul tema, tra i contributi principali, G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 274; A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, cit., 19 ss.; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommarî*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 169 ss.; V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 446 ss. In giurisprudenza, cfr. C. Cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. cost.*, 1974, 2953 ss.; C. Cost., 17 luglio 1975, n. 227, in *Foro it.*, 1975, I, 2413 ss.

<sup>7</sup> L'effettività della tutela, secondo M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 635 ss., dev'essere intesa come «idoneità ad assicurare l'attuazione del diritto, in funzione del contenuto che gli è proprio».

<sup>8</sup> Sul carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale e, quindi, come contropartita che lo Stato riconosce ai cittadini al divieto di farsi ragione da sé, in termini generali, cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, I ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 4 ss. e, con riferimento alla tutela giurisdizionale cautelare, ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 1 ss.

<sup>9</sup> E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841.

<sup>10</sup> Sulla tutela cautelare come strumento fondamentale di garanzia delle posizioni dei singoli

È in tale ottica che vanno letti i presupposti a cui la legge subordina la concedibilità della misura cautelare: il diritto invocato in quella sede deve avere un'alta probabilità di fondatezza (cd. *fumus boni iuris*), così come la minaccia di pregiudizio allegata, una altrettanto alta probabilità di verificarsi (cd. *periculum in mora*). Quando, infatti, appare altamente probabile l'esistenza del diritto che costituirà – o già costituisce – l'oggetto del giudizio ordinario di cognizione, l'ordinamento verrebbe meno alla sua missione primaria se lasciasse l'attore esposto al rischio (probabile) di subire un danno dalla durata (o a causa della durata) del processo<sup>11</sup>.

Nello stretto rapporto tra tutela cautelare e diritto azionato – ordinato secondo una logica servente –, d'altro canto, va ricercato anche il coefficiente che, tre lustri orsono, ha dato impulso a una revisione, nel senso dell'"allentamento", ai rapporti tra decisione cautelare e decisione di merito, rimettendo alla volontà delle parti la scelta (libera) di introdurre una fase di giudizio a cognizione piena<sup>12</sup>. Si è, infatti, compreso che, per poter raggiungere fino in fondo il proprio scopo (di dare certezza e attuazione immediata a un diritto), gli effetti del provvedimento adottato in sede cautelare devono – sebbene in esito a una cognizione soltanto sommaria – potersi stabilizzare<sup>13</sup>, trasformando la successiva fase processuale da necessaria (previsto a pena di inefficacia della misura interinale) a eventuale, come opportunità per i contendenti e non più obbligo<sup>14</sup>.

---

garantite dal diritto comunitario, cfr. CGCE 9 novembre 1995, C-465/93, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333; Id., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-82/89, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 125; Id., 19 giugno 1990, C-213/89, in *Foro amm.*, 1991, 1885.

<sup>11</sup> Cfr., in argomento, A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, cit., 1 ss.; Id., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss.

<sup>12</sup> La stessa tesi di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss. (secondo cui «la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia»), è stata superata dalla dottrina moderna, al cui cospetto l'idea che il provvedimento cautelare perdesse ogni scopo in caso di mancata pronuncia del provvedimento principale, già all'epoca «risultava opinabile, quanto meno nei casi di misure pienamente soddisfattive» (U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1255).

<sup>13</sup> Una «stabilità, almeno potenzialmente, a tempo indeterminato», fino, cioè, «alla revoca o fino all'emanazione della sentenza di primo grado». Così, U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1260. In senso analogo, G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, Padova, 2008, XXVII ss.

<sup>14</sup> A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari* (postilla di aggiornamento), in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2006, 1 ss.; R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 2006, V, 69 ss.; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare*

Nel processo cautelare civile, dunque, è il diritto (*rectius*, la situazione giuridica soggettiva) riconosciuto dalle norme sostanziali il fulcro attorno al quale ruotano la struttura e la disciplina dell'istituto<sup>15</sup>.

Al punto tale, che anche il secondo elemento distintivo della tutela cautelare in ambito civile – un sistema che si compone di pluralità di misure tipiche, più una misura atipica a carattere residuale – si presta a essere letto come sorta di corollario della dedizione all'individuo (individualità) su cui poggia il sistema cautelare.

E, infatti, proprio allo scopo di offrire alle varie forme di interessi protetti dall'ordinamento un apparato di misure che, in maniera specifica e ottimale, rispondessero tempestivamente alle varie forme di aggressione che gli interessi potrebbero subire, che la tutela cautelare ha sempre potuto contare su un modello all'avanguardia. Un sistema (cd. "tipico temperato") articolato orizzontalmente su due livelli di protezione, in cui a un gruppo di misure tipiche (tarate su esigenze di tutela e situazioni di rischio tipizzate dal legislatore) fa da complemento una misura atipica (l'art. 700, c.p.c.<sup>16</sup>), concepita come rimedio di chiusura capace di intercettare nelle sue maglie applicative situazioni e pericoli non tipizzati o non tipizzabili *a priori*<sup>17</sup>.

Soprattutto l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. ha dimostrato come nel diritto vivente la tutela cautelare sia andata plasmandosi a immagine e somiglianza del tipo di diritto (o situazione soggettiva minore) chiamato in causa, fino a legittimare l'adozione di misure non soltanto conservative, ma finanche anticipatorie della decisione di merito e, talvolta, attributive di vantaggi maggiori di quelli ottenibili dalla sentenza. Questo perché, in

---

*e giudizio di merito*, Bologna, 2006. Ha rammentato, di recente, U. COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *www.judicium.it*, 2020, 6, che «il legislatore aveva finalmente coniato uno strumento di tutela che perseguiva il fine immediato di neutralizzare un pericolo non più necessariamente collegato alla durata del processo di merito, ormai solo eventuale, mediante provvedimenti sommarî soddisfatti non più necessariamente strumentali a quest'ultimo».

<sup>15</sup> Cfr. F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, cit., 860, per cui la tutela cautelare è «strutturalmente preordinata alla tutela d'un diritto soggettivo». Specularmente, quindi, il provvedimento cautelare diviene «strumento *servente* della tutela dei diritti» (U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1260).

<sup>16</sup> Sull'art. 700, c.p.c. (oggetto di una vastissima letteratura), cfr. per tutti A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza. Art. 700 – 702*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2016, dove si trovano, altresì, richiamati (in nota n. 2) i principali contributi in materia.

<sup>17</sup> Tra i vari, A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, cit., 7. Ma vedi già, A. CONIGLIO, *Sui procedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, 319; V. DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Pavia, 1948, 29.

una visione sempre meno formalistica della tutela d'urgenza, il criterio della strumentalità – quale argine alla discrezionalità del giudice nell'ideare il contenuto concreto della misura<sup>18</sup> – viene riferito non più tanto alla futura sentenza di merito, quanto al contenuto del diritto cautelato<sup>19</sup>. Con la conseguenza, che l'unico, vero limite che incontra il giudice della cautela risiede – nella stessa misura del giudice della cognizione – nella norma di carattere sostanziale, non potendo egli adottare provvedimenti produttivi di effetti diversi da quelli che la legge fa discendere dalla fattispecie normativa, come concretamente prospettata dalle parti<sup>20</sup>.

Qualunque variazione sul tema, d'altra parte, determinerebbe una distrazione dallo scopo essenziale della funzione giurisdizionale (che è – e deve rimanere – quello di dare applicazione alla legge), trasformandola in attività regolativa di interesse. Affrancandosi dal limite della fattispecie, infatti, il giudice perderebbe la sua (consustanziale) terzietà rispetto agli interessi delle parti, divenendo esso stesso creatore della regola risolutiva del conflitto del caso concreto<sup>21</sup>.

Circostanza, quest'ultima, interdetta dai principi fondamentali su cui l'istituto del processo, in tutte le sue declinazioni (comprese quelle volte a impartire una tutela sommaria e interinale), è stato edificato. Anche il giudizio cautelare, per l'appunto, si regge sul principio di imparzialità-terzietà del giudice, il quale, accertati i presupposti di legge<sup>22</sup>, non può svolgere alcuna ulteriore valutazione sugli interessi coinvolti nel giudizio

<sup>18</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza. Art. 700 – 702*, cit., 9 «l'imponente fenomeno della discrezionalità del giudice [...] che la atipicità della misura urgente non può che far risaltare ancora di più».

<sup>19</sup> Cfr., ancora, F. TOMMASEO, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, cit., 1485: «la misura cautelare urgente è quindi strumento di tutela dei diritti soggettivi qualunque ne sia la natura, senza che sia possibile discriminare i diritti relativi da quelli assoluti e, ancora, senza far dipendere l'ammissibilità della tutela cautelare dalla tipologia dell'azione di cognizione alla quale essa è strumentale. Si tratta di considerazioni da tempo largamente condivise». Nonché, F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 23 ss.; U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1268, che riflette su come «il provvedimento cautelare anticipatorio, più che strumentale rispetto al *provvedimento definitivo* [...] sia oggi direttamente “strumentale” al *diritto sostanziale* fatto valere».

<sup>20</sup> F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, cit., 860.

<sup>21</sup> Facendo del «diritto libero» (F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, ult. op. loc. cit.). Sul rischio di un abuso in tal senso dell'art. 700 c.p.c. anche N. PICARDI, *Uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I 324 ss. (nota critica a Pret. Cassino, ord. 15 marzo 1982).

<sup>22</sup> Sul dovere di imparzialità del giudice, anche in fase cautelare, cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, 124 ss.

o tenere in considerazione i possibili riflessi che la decisione assunta *secundum legem* potrebbe propagare sulle parti o sui soggetti terzi.

Il problema è stato affrontato – e risolto – con riferimento ai provvedimenti d’urgenza adottati in virtù dell’art. 700, c.p.c., dove, molto spesso, al giudice era richiesto di raffrontare gli opposti interessi e rilasciare la misura solo a valle di una analisi costi-benefici<sup>23</sup>. Una necessità che si poneva, in maniera più sentita, per i provvedimenti ad effetti (anche solo potenzialmente) irreversibili<sup>24</sup> dove, a differenza delle misure cautelari tipizzate dal codice di rito, il giudizio di prevalenza tra gli interessi delle parti non era stato condotto – né avrebbe potuto esserlo – in astratto dal legislatore<sup>25</sup>.

In casi simili, per scongiurare (o, quantomeno, controllare) il rischio che dall’applicazione si trascendesse in attività di creazione di norme (minando quel ruolo di soggetto terzo imparziale che il giudice deve incarnare)<sup>26</sup>, è stato efficacemente proposto di sostituire la logica del bilanciamento di interessi – come *discrimen* per accordare una misura produttiva di modificazioni non (o difficilmente) reversibili – con una valutazione di tipo probabilistico, che valorizzasse la scelta legislativa, implicita nella formulazione dell’art. 700, c.p.c., di accordare prevalenza non già all’interesse più rilevante, ma al diritto ritenuto, all’esito di una

<sup>23</sup> In guisa da far diventare la domanda cautelare, domanda di tutela di valori e di esercizio della potestà normativa del giudice. In quest’ordine di idee, ad es., si collocano gli studi di C.E. BALBI, *Provvedimenti di urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss. (per il quale, il giudice provvede «con esclusivo riferimento ad una scelta di valori contenuta in una norma predisposta dello stesso giudice dell’urgenza nel convincimento dell’idoneità della misura provvisoria ad assicurare l’effettività della decisione definitiva di merito», 115) e G. ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 137 ss.

<sup>24</sup> Sui provvedimenti cautelari a effetti irreversibili, con particolare riguardo al problema dei limiti e del controllo del potere discrezionale del giudice, cfr. R. MARTINO, *Tutela innominata d’urgenza e discrezionalità del giudice (brevi note a margine di un recente volume su “I provvedimenti d’urgenza”)*, in *Il giust. proc. civ.*, 2016, 925 ss. In argomento, pure C. DELLE DONNE, *Linee evolutive della tutela (anticipatoria) d’urgenza nell’esperienza applicativa e in alcune scelte del legislatore: l’irrilevanza della durata del giudizio di merito e l’emancipazione dall’eseguitività forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 722 ss.

<sup>25</sup> O, per lo meno, così è stato per lungo tempo ritenuto, come dimostrano, ad es., le parole di L. DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, cit., 286 - 287, che, dissentendo da chi prospetta l’opportunità di accentuare la tipicità del sistema cautelare allo scopo di ridurre la discrezionalità del giudice (*i.e.*, A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 361), reputa «un miraggio irraggiungibile la tendenziale completezza di un sistema cautelare integralmente sostenuto da provvedimenti cautelari tipici».

<sup>26</sup> F. TOMMASEO, *Riflessioni sulla tutela cautelare d’urgenza*, cit., 1500 – 1501.

cognizione semi-piena<sup>27</sup>, verosimilmente più fondato<sup>28</sup>.

Se non – in una prospettiva riformistica – di esortare lo stesso legislatore, soprattutto in situazione di complessa comparazione dei pericoli di danno, a effettuare egli stesso, «a livello di valutazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto, determinando legislativamente quale sia l'interesse di rango prevalente»<sup>29</sup>.

## 2. *L'oggetto del processo amministrativo, alla luce della Costituzione*

Anche del processo amministrativo, specialmente dopo che la Costituzione ha fatto il suo ingresso nel panorama ordinamentale, si è iniziato sempre di più a ragionare come di un giudizio su diritti. Un giudizio, più esattamente, che avesse ad oggetto – al pari del processo civile – la situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente<sup>30</sup>.

Gli studi scientifici e gli interventi riformatori del legislatore susseguiti nel tempo, infatti, hanno innescato un processo di aggiornamento nel modo

<sup>27</sup> A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 15, il quale, tuttavia, ritiene che il giudice debba comunque operare una valutazione comparativa sui danni (patrimoniali o non patrimoniali, irreparabili o non irreparabili) che le parti rischierebbero di subire in seguito alla decisione cautelare.

<sup>28</sup> In una logica in cui il giudice, chiamato a scegliere tra situazioni sostanziali in conflitto, sacrifica senza limiti «l'improbabile al probabile» (F. TOMMASEO, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*, Milano, 1985, 307, concetto già maturato in *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 155: «il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile»); in senso pienamente adesivo, Trib. Milano, 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1996, 354. Nonché, F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 61: «laddove il diritto non possa essere preservato che con un provvedimento irreversibile, si tratta semplicemente di scegliere quale diritto privilegiare, e da questo punto di vista appare ovvio che il diritto da privilegiare sia quello assistito dal *fumus*».

<sup>29</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 612. In tal modo – prosegue l'A. – al giudice è rimessa «soltanto la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente alla sola individuazione di un *periculum in mora* (dell'attore o se del caso anche del convenuto) legislativamente tipizzato».

<sup>30</sup> Cfr., in termini ricognitivi e generali, A. POLICE, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, ivi, 1997, 463 ss.

di intendere la questione, sfociato nel superamento di vecchie concezioni (legate, in maniera più o meno diretta, all'idea di una giurisdizione oggettiva, garante di interessi collettivi e pubblici) e culminato nella comparsa delle teorie cd. soggettivistiche, di cui è debitrice la presa d'atto che, anche il giudizio amministrativo, la domanda di parte non è altro che richiesta di riconoscimento di una situazione giuridica individuale immersa – nelle sue versioni più contemporanee ed evolute – in un rapporto in senso tecnico.

È, ormai, letteratura che, in tempi più risalenti – quando il sistema della giustizia amministrativa era tessuto a partire dal t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato e dal regolamento di procedura del 1907 –, le costruzioni teoriche che hanno indagato il tema dell'oggetto del giudizio amministrativo, fossero condizionate dalla posizione di supremazia che la P.A. ricopriva nel suo rapporto con il privato e dalla correlata necessità di assicurare una giustizia speciale per l'Amministrazione<sup>31</sup>.

La tendenza a riconoscere, anche nell'ambiente processuale, una posizione di preminenza all'interesse pubblico di cui era portatrice l'autorità amministrativa (relegando a un ruolo subalterno quello del privato-ricorrente), ha indotto molti a considerare, come obiettivo primario del contenzioso amministrativo, il ripristino della legalità, piuttosto che la tutela della situazione giuridica soggettiva dei litiganti. Ragion per cui, oggetto del contenzioso innanzi al g.a. è stato ritenuto, di volta in volta (e limitandosi a citarne alcuni)<sup>32</sup>, l'interesse pubblico impersonato dalla P.A.<sup>33</sup>, l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (o dei singoli

<sup>31</sup> P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma – Bari, 2000, *passim*.

<sup>32</sup> Per una elencazione più esaustiva, con relativi riferimenti bibliografici sulla paternità delle singole tesi, si veda, invece, E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 467 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 175 ss.

<sup>33</sup> Vedi E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, *passim*. Eco di questa tesi, peraltro, si ritrovano ancora nella manualistica più recente: cfr., ad es., E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 815, il quale afferma che il processo amministrativo «ha per oggetto il modo con cui è stato esercitato il potere finalizzato al perseguimento di interessi pubblici».

atti impugnati)<sup>34</sup>, l'interesse privato occasionalmente protetto<sup>35</sup>, il diritto potestativo di provocare l'annullamento dell'atto<sup>36</sup> o i singoli motivi di ricorso<sup>37</sup>.

Una volta che la Costituzione ha sgomberato il campo da ogni equivoco, parificando il rapporto tra cittadino e amministrazione e prevedendo per le controversie tra costoro le stesse garanzie e principi che governano il contenzioso tra privati (l'individualità ed effettività della tutela, la parità delle parti, la terzietà del giudice, etc.), la giurisdizione di tipo oggettivo

<sup>34</sup> E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937, *passim*; ID., *L'impugnativa dei decreti reali d'annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 48 e ss.; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano 1953, 557 e ss. ove si ravvisa l'oggetto del giudizio nell'interesse strumentale alla legittimità; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 341, secondo cui «là dove c'è un atto giuridico della pubblica Amministrazione, di cui si lamenti l'annullabilità, lì c'è sempre una norma che può essere portata alla cognizione del giudice amministrativo». A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, 625: «l'oggetto del giudizio è dunque, di solito, l'accertamento – in vista della pronuncia richiesta – della legittimità o della convenienza dell'atto impugnato».

<sup>35</sup> O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 463, nt. 4, che vede concretizzarsi nel giudizio amministrativo «il diritto di far valere innanzi alla giurisdizione amministrativa il proprio interesse legittimo [...] e con esso il diritto oggettivo, su cui si fonda, che si pretende lesa da un atto amministrativo». G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 186 ss.; U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 204 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937, 127 e ss., Torino, II, 1948, 573 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, III, Napoli 1945, 551 e ss.

<sup>36</sup> E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950, 58 ss.; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4, delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, 258 e 280; G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1999, 3, per la quale «del processo amministrativo è oggetto la verifica dell'affermazione del ricorrente che esso ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto e quindi, conseguentemente, anche l'attuazione di tale potere».

<sup>37</sup> Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 542, secondo cui «oggetto del giudizio amministrativo è l'affermazione dell'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione ai motivi dedotti»; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 182 ss.: «l'oggetto del giudizio amministrativo è costituito dall'accertamento della legittimità o meno di un determinato provvedimento amministrativo in relazione ai motivi dedotti dalle parti»; S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1495 ss. Impostazione criticata, di recente, da S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 821 ss. con contro replica di R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, ivi, 2021, 369 ss. (in partic. 388 - 389), che riafferma la rilevanza dei vizi dell'atto anche configurando il processo amministrativo come giudizio sul rapporto tutt'affatto peculiare (390 ss.).

non ha avuto più ragion d'essere<sup>38</sup>.

Nel solco tracciato dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, si inquadrano anche le iniziative riformatrici del contenzioso amministrativo che, già *ante codicem* (e grazie al contributo del diritto europeo), hanno condotto a un progressivo, quanto inesorabile, allontanamento del potere dalla sua tradizionale caratterizzazione in senso autoritario e alla contestuale emersione del carattere sostanziale della situazione portata in giudizio.

È, allora, in seno al mutato ambiente culturale e ordinamentale che si sono originati i tentativi di far convergere il baricentro dell'oggetto del giudizio amministrativo verso la situazione giuridica soggettiva propria di chi domanda giustizia (nei confronti della P.A.), dapprima, individuandola nell'interesse legittimo, ma raffigurato come prerogativa (irrelata<sup>39</sup> o

<sup>38</sup> Sulla parificazione nel prisma della Costituzione, da segnalarsi i contributi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 43 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 808 ss.; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Nonché, G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA, IV, Bologna – Roma, 1987, 90 ss.; ID., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

<sup>39</sup> F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 847 ss., dopo aver criticato l'idea che lo rappresentava come mera condizione di ammissibilità del ricorso, afferma che «per contro, è proprio l'interesse legittimo, l'oggetto del giudizio amministrativo»; cfr., altresì, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 143 ss., ove si sostiene che a essere domandato è l'accertamento – a opera di un atto invalido – della lesione di un interesse legittimo. Più di recente, in questa direzione sembra muoversi anche M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 206, che definisce oggetto del processo amministrativo «l'affermazione della titolarità di un interesse legittimo – volto a conservare o ad acquisire, in forma specifica o per equivalente, un bene della vita – che è stato leso da un atto o da un atto o da un comportamento della pubblica amministrazione non conformi alla norma attributiva del potere». Per una recente disarticolazione teorica della nozione di interesse legittimo, come condizione di accesso al g.a. idonea ad aprire la tutela a tutti gli «interessi non illegittimi», M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 330.

inserita in un rapporto – asimmetrico – col potere<sup>40</sup>, strumentale<sup>41</sup> o a carattere finale<sup>42</sup>) tipica del diritto amministrativo<sup>43</sup>.

Poi, in una prospettiva più contemporanea e adulta, nell'interesse legittimo ricondotto verso le tradizionali categorie di teoria generale<sup>44</sup>, proiettato, cioè, in una dimensione che lo collocasse tra le *species* del diritto soggettivo a struttura creditizia (in particolare, l'aspettativa di

<sup>40</sup> Il rapporto giuridico amministrativo tra il privato, titolare dell'interesse legittimo e la P.A., titolare del potere, costituisce l'oggetto del giudizio nella costruzione elaborata da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 27 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisprudenza amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 254 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 294. Da ultimo, cfr. ancora F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 161, che ha indicato nel «potere amministrativo (inteso come situazione giuridica soggettiva) [...] in funzione della tutela dell'interesse legittimo» l'oggetto del processo amministrativo.

<sup>41</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 362 ss., dove è rimarcato che esercitare l'interesse legittimo «consente al privato di tutelare, seppure indirettamente, l'interesse finale, il bene della vita, che egli intende conservare o acquisire». Il che, precisa più avanti l'A., «è quanto dire che oggetto del giudizio è l'interesse legittimo nella sua configurazione strumentale» (420, nt. 41)

<sup>42</sup> G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. Soc.*, 2016, 203 ss., per il quale che vi è interesse legittimo pretensivo quando, a fronte di un'attività discrezionale, «non vi siano valide ragioni di interesse pubblico per precludere l'emissione dell'atto ampliativo»; ID., *Dal dilemma Diritto soggettivo-Interesse legittimo alla differenziazione Interesse strumentale-Interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss. («l'interesse legittimo, se esistente, dovrebbe sempre consentire il conseguimento [...] del bene della vita»).

<sup>43</sup> Un interesse legittimo che, a prescindere dalle sue mutevoli declinazioni, ha il torto – lo ha rilevato L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 732, nt. 44 – di mantenersi allo stato fluido (una situazione soggettiva di carattere dinamico), in cui anche l'eventuale sentenza di accoglimento rischierebbe (rinnegando la sua stessa ragion d'essere del processo) di essere non soddisfattiva della situazione soggettiva vantata dall'attore o, all'estremo opposto, di terminare il processo decretando la spettanza di un'utilità insussistente al momento della sua instaurazione.

<sup>44</sup> Sull'interesse legittimo come categoria di teoria generale, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 527 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, I, Torino, 1999, 330 ss. In argomento, più di recente, sia consentito rinviare a G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 81 ss.

diritto<sup>45</sup> o la *chance*<sup>46</sup>), fino a raggiungere il rango di diritto soggettivo vero e proprio, laddove i vincoli normativi che limitano il potere pubblico, vengono concepiti come fonte di obbligazioni a cui corrispondono, nella dimensione relazionale che caratterizza tipicamente i rapporti debito-credito, diritti individuali di pretesa<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Così, N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 169; P.M. PIACENTINI, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 3346, secondo cui ciò che nel diritto amministrativo viene definito interesse legittimo pretensivo ha la stessa consistenza dell'aspettativa di diritto civile (*contra*, ci si permette di rinviare a G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 47 ss., dove si è sostenuto che, a diversificare le situazioni, è l'oggetto della posizione vantata, avendo l'una - l'interesse legittimo - un contenuto attivo, che si estrinseca in facoltà extra processuali, l'altra - l'aspettativa - un contenuto esclusivamente conservativo).

<sup>46</sup> Una *chance* di carattere normativo, secondo L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 643 ss., che, rifiutando la nozione di *chance* accolta dalla giurisprudenza (come mera aspettativa collegata al bene della vita e dipendente dall'esercizio del potere), ne propone una lettura in termini di autonomo bene della vita: «la *chance*, cioè, è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole» (644). Se questa è la situazione soggettiva vantata dal privato, ne consegue che la P.A., verterà «in una situazione di obbligazione» essendo «vincolata nei confronti del soggetto privato a garantire o dare siffatta possibilità» (651). Cfr., anche C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 42: «se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*). Cade la barriera visibile fra interesse legittimo e diritto soggettivo. Il bene della vita tutelato con la forma dell'interesse legittimo è un bene tutelato anche nei rapporti fra privati a fronte di altrui poteri unilaterali di scelta. E se nel rapporto fra privati si parla di diritto soggettivo perché non altrettanto nel rapporto con la pubblica amministrazione?». In giurisprudenza, ha aderito a questa tesi, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 1171, su cui vedi, in particolare, la nota di F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, *ivi*, 1236 ss.

<sup>47</sup> Sicché la figura dell'interesse legittimo viene a essere superata (assorbita dalla categoria del diritto soggettivo) o ridotta a una funzione descrittiva, come espressione ellittica che riassume il complesso dei diritti vantati dal privato nei confronti di chi esercita un pubblico potere (cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 ss. e in partic. 170: «in ogni caso la violazione di norme inerenti al rapporto tra amministrazione e cittadino, anche nel caso in cui detto rapporto venga definito da un atto, rilevano, in questa prospettiva, in termini di comportamento, e più precisamente di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso»). Alla pretesa, sia pure ricostruita in una chiave inedita (di «pretesa che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento)»), che si astraie dalla dinamica classica del rapporto creditorio, si è richiamato, da ultimo, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020, in partic.,

Il merito del differente approccio mostrato dai fautori delle tesi che hanno riportato l'oggetto del processo alla categoria del diritto, risiede nell'aver ancorato la soddisfazione dell'interesse dell'individuo all'autorità della legge, anziché a quella del potere. Cosicché anche il giudizio celebrato avanti al giudice amministrativo – alla pari di quanto avviene nel processo civile – risulti preordinato a garantire l'attuazione immediata (con la sentenza) della situazione protetta dall'ordinamento, in armonia con i principi di effettività e pienezza della tutela che, a mente dell'art. 24, Cost., devono informare la posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tanto quanto la posizione dei cittadini tra di loro<sup>48</sup>.

Dal raggiungimento di una simile consapevolezza può discendere una e una sola conclusione: in un processo amministrativo dall'anima del tutto nuova, anche la disciplina della tutela cautelare, per essere giudicata realmente piena ed effettiva, dovrà specchiarsi nell'oggetto del giudizio amministrativo (la situazione soggettiva individuale), dimostrandosi adeguata e coerente con esso. E per gli aspetti rimasti ancora distanti, allinearsi al modello processual-civilistico (che rappresenta il punto di riferimento della tutela cautelare in materia di diritti) e al firmamento di principi che gli fanno da sfondo<sup>49</sup>.

Per stabilire lo stadio evolutivo in cui la disciplina del giudizio cautelarsi si trova attualmente, allora, non si può prescindere dal rievocare le tappe fondamentali che, dalle origini alle riforme degli anni duemila, hanno condotto l'istituto fino a oggi. Fino, cioè, ad acquisire la fisionomia che, poco più di due lustri orsono, gli ha conferito il c.p.a.

### *3. La tutela cautelare nel c.p.a. e nel diritto vivente: gli equivoci rimasti in sospeso*

Storicamente, la tutela cautelare ha fatto la sua comparsa – nell'ambito della giustizia amministrativa – come proiezione ortogonale del potere

---

507 ss. e 515 ss., facendone l'oggetto del giudizio amministrativo di condanna ex artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. (520 - 521).

<sup>48</sup> Il che spinge L. FERRARA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, a cura di A. CARBONE, I, Torino, 2020, 88 ss. a ribadire che, anche nei confronti della P.A., la tutela dell'interesse individuale va ricercata all'interno e non al di fuori della situazione soggettiva protetta dalla legge.

<sup>49</sup> Cosa che in parte accade già, per effetto del richiamo esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a.

di sospensione in via amministrativa degli effetti di un precedente atto, divenuto o rivelatosi dannoso (anche) per l'interesse pubblico<sup>50</sup>.

Fin dalla sua prima apparizione tra le norme di diritto positivo, infatti, è apparso di intuitiva evidenza che la natura originariamente amministrativa nell'organo deputato ad amministrare la misura (la quarta sezione del Consiglio di Stato) avesse condizionato la scelta di identificare la tutela cautelare con la sospensione<sup>51</sup> – «ispirata alla tutela del bene collettivo»<sup>52</sup> – del provvedimento impugnato<sup>53</sup>.

Il modello teorico ed empirico di riferimento, d'altra parte, restava, pur sempre, quello dei rimedi a carattere giustiziale<sup>54</sup>, in relazione al quale l'istituto della sospensiva si presentava – e tutt'oggi si presenta, quantomeno nel ricorso gerarchico<sup>55</sup> – come sorta di ircocervo, nel quale coabitano esigenze di garanzia del ricorrente ed esigenze di tutela dell'interesse pubblico (che giustificano, ad es., l'adozione della misura anche per ragioni

<sup>50</sup> Tanto che, come osserva I. CORREALE, *Sospensione (incidenti di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 79, si è «dubitato, più di una volta, della sua inerenza, o meno, al settore giurisdizionale, cosicché all'intero procedimento ed alla relativa pronuncia conclusiva si era, talora, voluto attribuire natura amministrativa». Sul tema della natura (giurisdizionale o amministrativa) del procedimento incidentale di sospensione, E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 277 ss.; A. STOPPANI, *Cenni sulla sospensione dell'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1945, 92 ss.; E. ALIOTTA, *La sospensione del provvedimento amministrativo impugnato dinanzi al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948, 37 ss.; G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, 1966; E. CANNADA-BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, 934.

<sup>51</sup> Sul piano storico, rileva A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 372, come «l'istituto della sospensione del provvedimento impugnato rappresent[er] quindi, nella giustizia amministrativa, non una semplice modalità della tutela cautelare, ma il nucleo centrale e fondamentale di tale tutela».

<sup>52</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 303.

<sup>53</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 688 ss. che rileva come «tutto l'istituto riposa sopra una smilza disposizione che, in via incidentale, si trova nella legge organica del Consiglio di Stato».

<sup>54</sup> Non per caso, l'art. 3 d.p.r. 1199/71 reca, tutt'oggi, l'identica formula dei «gravi motivi», usata dall'art. 39, t.u. cons. stato (r.d. n. 1054/24).

<sup>55</sup> Cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Padova, 2012, 43 ss. (in partic., nota 64, dove si evidenzia la vicinanza della sospensione del provvedimento in seno al ricorso gerarchico con il modello previsto dall'art. 21 *quater* l.n. 241/90).

diverse da quelle sollevate con l'atto di iniziativa di parte)<sup>56</sup>.

L'esistenza di un interesse dell'Amministrazione, quale presenza costante del potere di sospensiva disposto a seguito di un ricorso, ha così ingenerato quell'equivoco di fondo che ha accompagnato e condizionato l'evoluzione dell'istituto anche nei suoi successivi sviluppi ricostruttivi<sup>57</sup>; dimostrandosi talmente radicato nella percezione comune, da opporre resistenza persino alla ormai raggiunta consapevolezza, in dottrina come nella società civile (ipostatizzata nell'assetto costituzione della giustizia amministrativa), circa la natura giurisdizionale della tutela cautelare impartita dal Consiglio di Stato<sup>58</sup>.

Non c'è, dunque, da sorprendersi se il carattere di originalità che è andato assumendo l'istituto – rispetto al sistema processual-civilistico – e i suoi rapporti con l'interesse pubblico, abbiano lasciato orme bene riconoscibili nella normativa (anche quella post costituzionale e meno risalente) e nel diritto vivente.

L'aspetto che, forse più di ogni altro, rappresenta emblematicamente la confusione dei ruoli (amministrare e giudicare l'Amministrazione) in cui è avvolto il giudizio cautelare è la sudditanza che esso mostra, in maniera talvolta palese, talaltra latente, rispetto all'interesse istituzionalmente perseguito da una delle due parti in causa. In tempi moderni, così come ai suoi esordi, la bussola della tutela cautelare assai di rado è coincisa con la necessità di salvaguardare, a ogni costo, la pretesa del ricorrente (pur assistita da un ragionevole grado di verosimiglianza) nei confronti di un cattivo esercizio del potere; il più delle volte, a trasparire maggiormente dalle decisioni dei giudici della cautela è stata la preoccupazione che la sospensione dell'efficacia dell'atto potesse frustrare il raggiungimento dell'obiettivo a cui mirava il provvedimento impugnato<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato*, cit., 372 ss.; Id., *Ricorso gerarchico*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, 394 ss.

<sup>57</sup> Sulla sospensione come istituto generale, di cui la sospensione giurisdizionale e quella amministrativa costituivano una «specie del genere», U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 2 ss. (e nt. 6); P. CARNEVALE, *L'ordinanza di sospensione, in s.g., del provvedimento amministrativo con particolare riguardo a quella emanata dal Consiglio di Stato*, in *Nuova rass.*, 1972, 183 ss.

<sup>58</sup> In tema, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 229 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 336 ss.; F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 483 ss.

<sup>59</sup> D'altro canto, come messo in rilievo da S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 50, «il presupposto costituito dalle “gravi ragioni” [...] si addiceva più a valutazioni di carattere amministrativo che a decisioni di carattere giurisdizionale». Ne è

Lo si nota soprattutto nella prassi applicativa, incline a interpretare il presupposto delle «gravi ragioni» (formula così introdotta in origine dall'art. 12, l.n. 5992/1889 e traslitterata, con neutralità di effetti, fino ai «danni gravi e irreparabili» di cui all'art. 21 l. tar<sup>60</sup>) come imprescindibile necessità di prendere in considerazione anche l'interesse pubblico, contestualmente all'interesse del ricorrente (nonché agli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti)<sup>61</sup>.

Il che implicava, fatalmente, la presenza di un'ulteriore anomalia nel governo della fase cautelare, destinata a caratterizzarne, di lì in poi, il funzionamento: il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità del giudice amministrativo nell'adozione della misura. Una discrezionalità, si badi bene, non tipica della funzione giurisdicente (delimitata, cioè, a mone dalla legge, entro un termine minimo e uno massimo)<sup>62</sup> ma che ha rasentato – fino, talvolta, a sovrapporsi completamente – la scelta discrezionale amministrativa.

La tesi, che si è fatta largo con la compiacenza della dottrina, è che la sospensione degli effetti dell'atto – tanto quanto l'adozione di altra forma di tutela soprassessoria – non potesse mai prescindere dal temperamento discrezionale, appannaggio del giudice, di tutti gli interessi in causa, direttamente o indirettamente toccati dalla decisione cautelare. Cosicché,

---

riprova l'entrata in vigore, nel 2005, dell'art. 21 *quater* della l.n. 241/90, che menziona tra i presupposti di esercizio del potere di sospensione in via amministrativa del provvedimento, proprio l'esistenza di «gravi ragioni» (sul tema, di recente, G. IACOVONE, *Decisioni cautelari amministrative. Principi e regole*, Napoli, 2020, 101 ss.).

<sup>60</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 414 («sul punto sembra che nulla sia innovato dal punto di vista legislativo»), cui *adde* I. CORREALE, *Sospensione (incidenti di)*, cit., 82, per il quale si tratta «di variazione meramente terminologica a cui non corrisponde una difformità concettuale».

<sup>61</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 1899, in *Giust. amm.*, X, 300; nonché, Id., sez. IV, 12 giugno 1931, n. 187 e Id., 23 agosto 1934, n. 848, entrambe in *Relazione del Consiglio di Stato. Quadriennio 1931 - 1935*, II, Roma, 1937, 861 ss. Nella dottrina coeva, favorevoli a un'applicazione giurisprudenziale che tenesse conto anche dell'interesse della P.A., F. ROCCO, *Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 515 ss. (in partic. 550 ss.); F. MALPELI, *Sulla sospensione dei provvedimenti impugnati*, in *Foro amm.*, 1933, 2 ss. Affermava U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 55, che è il medesimo interesse pubblico, talvolta, a richiedere la sospensione del provvedimento.

<sup>62</sup> Per tutti, sul concetto di discrezionalità del giudice, A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996; A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 102-103 e 154 ss.

seppur nel limitato arco temporale in cui si consuma il giudizio cautelare, si è ritenuto accettabile che il giudice, attentando al principio della separazione dei poteri<sup>63</sup>, vestisse i panni dell'Amministrazione e conducesse, in luogo di quest'ultima<sup>64</sup>, una scelta tra gli interessi, nelle forme del vero e proprio bilanciamento<sup>65</sup>. Prassi alla quale, alcuni anni più tardi, il legislatore stesso avrebbe dato sistematica consolidazione<sup>66</sup>.

L'atteggiamento rifletteva l'essenza di un mancato superamento, a dispetto delle prese di posizione su più fronti, dell'indole ibrida che aveva segnato la nascita dell'istituto, sintomo, a propria volta, di un ambiente culturale in cui non è mai tramontato del tutto quell'assioma che vuole l'interesse pubblico – anziché l'interesse privato antagonista – quale l'oggetto ultimo della tutela cautelare (e, più in generale, giurisdizionale) o, se non altro, le colonne d'Ercole oltre le quali a nessun giudice è consentito spingersi pur di cautelare una situazione individuale<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Rappresentando, per A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2500, «un caso, sia pure non legislativamente previsto, di giurisdizione amministrativa estesa al merito». Sul filone giurisprudenziale disposto ad aderire all'idea di una giustizia cautelare come ipotesi di giurisdizione di merito, cfr. S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in *Cons. St.*, 1997, II, 499 ss.; S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali nella tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, in partic. 624 ss. In argomento, altresì, F. SAITTA, *Cautele amministrative e giurisdizionali*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. GUIDARA, Torino, 2021, 260 ss.

<sup>64</sup> Così, U. GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 50 ss.

<sup>65</sup> Cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 75, che osserva come l'apprezzamento delle gravi ragioni a fondamento della misura sospensiva «assume[ss]e storicamente forma di vero e proprio bilanciamento di interessi, dando luogo a valutazioni spiccatamente amministrative che richiamano le dinamiche più vicine alla giurisdizione di merito che alla giurisdizione di legittimità» (atteggiamento legittimato dall'A. – vd. nt. 141 – in base al rilievo che «un così ampio potere del Giudice amministrativo può trovare giustificazione considerando la temporaneità del giudizio di sospensiva»).

<sup>66</sup> Con la codificazione dei contratti pubblici, infatti, si è colta l'occasione per rendere esplicito e, altresì, accentuare l'obbligatorietà, in sede cautelare, di una valutazione e comparazione dell'interesse pubblico, accanto a quello del ricorrente (cfr. l'art. 246, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, sulle controversie in tema di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale. Norma successivamente trasfusa, con pressoché identica formulazione, nel c.p.a., all'art. 125).

<sup>67</sup> Il rapporto tra le tendenze della giurisprudenza cautelare e l'interesse pubblico, fino agli anni 2000, è ben rappresentato da A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 26 ss., che classifica le diverse posizioni «a seconda dello spessore che si dia all'interesse pubblico (con)tutelato dal giudice della

E la situazione non è mutata neppure all'indomani delle riforme processuali dei primi anni duemila, quando, con la legge n. 205/2000, il Parlamento ha voluto imprimere al processo amministrativo un indirizzo più marcatamente paritario e vicino alle esigenze di garanzia del cittadino, recidendo l'ulteriore cordone ombelicale – la tipicità della misura, sostituito dal regime dell'atipicità delle misure – che, fino ad allora, aveva tenuto legato l'istituto processuale a quello sostanziale (la sospensiva alla sospensione amministrativa) e distinto, nel segno della specialità, il regime della tutela rispetto al processo civile.

Il superamento delle restrizioni connaturate al previgente sistema monistico, fondato sulla tipicità della (unica) misura cautelare, non è, infatti, coinciso con l'auspicabile abbandono da parte del g.a. della – ormai secolarizzata – abitudine di mettere la sospensiva al vertice del sistema cautelare<sup>68</sup> e con la prospettiva, pure vagheggiata<sup>69</sup>, di inaugurare una stagione in cui, all'ampliamento dei poteri del giudice (nella scelta

---

cautela. Si possono infatti prospettare tre visioni principali di tale interesse: a) l'interesse generale della collettività alla legalità in quanto tale; b) l'interesse specifico curato dall'amministrazione nel caso concreto; c) l'interesse generale della collettività alla corretta definizione degli interessi, soggettivamente pubblici e privati, coinvolti nella decisione», con il risultato di confermare «il carattere prevalentemente oggettivo e non soggettivo della tutela amministrativa nel suo complesso e della cautela in particolare».

<sup>68</sup> Cfr. F. SAIITA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in *Giur. amm.*, 2006, 215 ss., secondo cui «tenendo conto del limitato successo del nuovo sistema, solo in minima parte sfruttato al fine di aumentare davvero l'effettività della tutela cautelare, può forse darsi, riprendendo una classificazione utilizzata dai processualcivili che, al di là delle apparenze, quello in vigore nel nostro processo amministrativo non è, come sembrerebbe desumersi dal dettato normativo, un sistema atipico temperato da una misura cautelare tipica (tale potendosi definire la vecchia – ma, come si è visto, ancora largamente utilizzata – “sospensiva”), ma è rimasto, in concreto, un sistema tipico temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale, da utilizzare nei soli casi in cui il ricorso abbia ad oggetto dinieghi/omissioni (ma, in realtà, spesso non utilizzata neanche in quei casi)».

<sup>69</sup> In relazione all'avvento della prima riforma del processo amministrativo degli anni duemila, aveva auspicato A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, cit., 31 ss. che «le nuove disposizioni le nuove disposizioni sul giudizio cautelare parrebbero introdurre note dissonanti rispetto a questa impostazione [il carattere oggettivo della tutela cautelare]: la stessa assoggettabilità a cauzione della concessione (e non più soltanto del rifiuto) di una misura cautelare “reale” destinata a produrre effetti irreversibili, impone di considerare suscettibile di soddisfazione “per equivalente” lo stesso interesse pubblico specifico curato dall'amministrazione, di cui sarebbe dunque possibile, in sede cautelare e sia pure a talune condizioni, il sacrificio in termini di tutela “reale”. Questo contrasta - mi sembra - con l'idea che sia proprio tale interesse a rappresentare lo scopo primario ed invariabile della tutela cautelare».

della concreta misura da adottare), corrispondesse un diverso modo di approcciarsi alla tutela interinale dei diritti individuali, depurato dai residui dell'*ancien regime* e ispirato, soprattutto in relazione alle parti e ai rispettivi interessi in conflitto, al modello paritario del giudizio cautelare civile<sup>70</sup>.

Può, perciò, apparire normale che, nell'applicazione giurisprudenziale del nuovo istituto, abbia trovato spazio un approccio talvolta pigro, tendente a privilegiare – senza soluzione di continuità rispetto al passato – la sola sospensione dell'atto<sup>71</sup>, talaltra solerte, pronto a rimarcare – ancor di più per giustificare misure diverse dalla sospensiva – la portata bidirezionale del rimedio adottato (giacché funzionale ad assicurare tanto gli interessi pubblici, quanto quelli privati)<sup>72</sup> o la sua dedizione prevalente alla difesa

<sup>70</sup> La giurisprudenza, infatti, ha seguito a considerare il *periculum* un requisito con portata bidirezionale, da valutare anche in relazione agli interessi dell'Amministrazione (cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 5791, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); questo perché larga parte della dottrina riteneva che la nuova disposizione normativa, pur non contenendo un esplicito riferimento al bilanciamento degli interessi, lo presupponesse, potendosi ricavare sia dall'inciso "secondo le circostanze", sia dalla possibilità di imporre una cauzione (così, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 276). Contraria, invece, a questa lettura dell'art. 21, l. tar, Cass., Sez. un., 26 giugno 2004, n. 11750, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 1615, al cui avviso «se è vero, infatti, che la tutela cautelare amministrativa, alle origini, era valutata soltanto alla luce dell'interesse pubblico, tanto è vero che l'esame del giudice avveniva nella prospettiva di un danno grave, che l'amministrazione avrebbe potuto subire se la sospensione non fosse stata riconosciuta, questo requisito non ricorre nella disciplina contenuta nel nuovo testo dell'art. 21 della legge t.a.r., il quale prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato dalla giurisprudenza amministrativa».

<sup>71</sup> Ne sono esempio le decisioni volte a frapporre ostacoli di ordine processuale all'adozione della misura atipica. Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2000, n. 2586, in *Cons. St.*, 2000, I, 1579; Id., sez. VI, 27 settembre 2005, n. 4354, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che limita l'impiego delle misure a contenuto positivo ai soli poteri vincolati; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2000, n. 5895, ivi, in cui si afferma che «l'ampia formulazione normativa dell'art. 3 della l.n. 205/2000 consente di adottare misure cautelari positive idonee a tutelare l'interesse del ricorrente [ma] è onere di quest'ultimo, in conformità al principio dispositivo, precisare contenuto ed effetti del provvedimento d'urgenza, non spettando al giudice d'ufficio sostituirsi alla carente domanda di parte».

<sup>72</sup> Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. I, 24 febbraio 2005, n. 1462, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, disponendo un'ammissione con riserva, ha affermato che «a parte l'ovvio interesse del candidato, che trae origine dall'implicazione nei procedimenti in esame di scelte ed aspetti fondamentali per lo sviluppo della sua personalità, pare utile soprattutto sottolineare il sicuro interesse dell'Amministrazione ad una pronta definizione del procedimento concorsuale o idoneativo». In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2002, n. 545, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 195 ss.

degli interessi pubblici riferibili all'Amministrazione (nonostante quelli privati del ricorrente)<sup>73</sup>. Se non, molte altre volte, a imporre all'autorità uno specifico assetto di interessi, ben oltre la regola del conflitto stabilita dalla legge (che segna il confine tra ciò che spetta al ricorrente e la libertà che residua in capo alla P.A.)<sup>74</sup>

Neppure l'avvento di una codificazione del processo amministrativo, realizzata un decennio più tardi nel segno di una decisa "civilizzazione" della sua struttura e funzionamento, sembra aver indicato agli operatori del diritto una rotta precisa, priva di ambiguità<sup>75</sup>.

Accanto a previsioni che confermano la centralità della situazione soggettiva individuale – di diritto o interesse legittimo – dedotta in causa (indicandola, all'art. 7, come oggetto dell'accertamento processuale) e della sua tutela (prevedendo espressamente, agli artt. 30 e 34, un'azione di condanna al *facere* a cui corrisponde una «pretesa»), infatti, permangono nel tessuto normativo elementi equivoci, a cui sovente ci si è aggrappati per coonestare posizioni conservatrici in tema di giudizio cautelare<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Come accade, sovente, con l'istituto del *remand* su cui, ad es., C. Cost., 9 aprile 2009, n. 108, in *Giur. cost.* 2009, 1057, che ne giustifica gli eventuali effetti irreversibili (destinati a precludere un'ulteriore prosecuzione del processo), atteso che esso si fa carico «dell'interesse pubblico all'accertamento dell'idoneità del candidato, di cui l'amministrazione stessa è portatrice». In argomento, cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 64, per il quale i comportamenti imposti dal giudice della cautela sono adottati «talvolta, anche al fine di *difendere* gli interessi dell'Amministrazione nonostante quelli privati del ricorrente, come accade emblematicamente attraverso il c.d. *remand*» (nt. 116). Vedi altresì M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO e A. ZITO, II, Napoli, 2010, 567 ss., secondo cui «l'analisi della giurisprudenza degli ultimi anni conferma la funzione conformativa rimessa (e spesso assolta dalla) tutela cautelare in vista di una più effettiva garanzia del buon andamento della p.A.».

<sup>74</sup> Cfr. Cons. Stato, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1798, in cui si dice che il potere cautelare atipico attribuito al g.a. «può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'Amministrazione».

<sup>75</sup> Critica in radice la scelta di avvicinare lo statuto del processo amministrativo al modello del processo civile (specie con riferimento al giudizio cautelare), accusata di arrecare un serio *vulnus* alla tutela del cittadino, M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. GUIDARA, Torino, 2021, 241 ss.

<sup>76</sup> Tant'è che, all'indomani della codificazione di settore, ancora si ritiene che «la cura di interessi pubblici nella concessione (o meno) della misura cautelare evidenzia una peculiare duplicità funzionale», vale a dire «una doppia tutela fondata sul combinato disposto degli articoli 24 e 97 della Costituzione, rispettivamente a garanzia degli interessi individuali e a garanzia degli interessi pubblici» (così, S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 88 e nt. 21).

Tra questi, la subordinazione della domanda di condanna rispetto a quella di annullamento<sup>77</sup> (di cui la sospensiva simula gli effetti, mantenendo una posizione privilegiata nella gerarchia delle misure astrattamente irrogabili<sup>78</sup>) e tra l'azione cautelare e quella di merito<sup>79</sup>,

<sup>77</sup> Una scelta codicistica, ravvisabile nell'attuale formulazione degli artt. 30 e 34, c.p.a., messa all'indice dalla dottrina. Da ultimo, cfr. L. FERRARA, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice*, in *Munus*, 2020, 29 ss., che osserva: «quanto alla precedenza dell'azione di annullamento, normativamente fissata, può dubitarsi della relativa indispensabilità logico-giuridica in un contesto di compiuta applicazione del principio della domanda e di "accostamento dei c.d. interessi pretensivi ai diritti (diritti di credito)»». Per P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss., non è ben chiara la ratio della previsione. Secondo C. COMMANDATORE, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urb. e app.*, 2017, 660, la regola della contestualità e dell'accessorietà dell'azione di adempimento è semplicemente mutuata da una pregressa elaborazione giurisprudenziale. In argomento, cfr. altresì A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 196 ss. secondo cui il requisito della necessaria contestualità «rappresenta un limite per lo svolgimento dell'azione di condanna» atteso che «seguendo l'insegnamento di chi [ha rilevato] che il principio ordinante in materia giurisdizionale è quello individualistico [il riferimento è a A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 59] deve essere lasciata al titolare del diritto tutelato la scelta dello strumento più idoneo a soddisfare il proprio interesse» (208). Nonché, Id., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss., ove si osserva che «l'esigenza di "svincolare", in taluni casi, la statuizione di condanna dai limiti di cui agli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. impongono, a nostro avviso, di guardare con favore ad ogni sforzo interpretativo volto ad ottenere un risultato analogo a quello che si avrebbe in presenza di un'azione autonoma di condanna ad un fare, così da concedere al privato la possibilità di articolare la sua pretesa processuale in conformità con il suo interesse sostanziale».

<sup>78</sup> Di talché non di rado si è ritenuto che «laddove si tratti di azione di annullamento, evidentemente, l'obiettivo cautelare non può che essere quello di impedire che il provvedimento impugnato produca effetti [...]» e che «la misura della sospensione cautelare del provvedimento impugnato conserva (verrebbe da dire: naturalmente), una certa qual "preminenza" nel caratterizzare la tutela cautelare dinanzi al G.A.», nonché «una specifica rilevanza, e ciò persino laddove si tratti di provvedimenti a contenuto negativo» (così, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note sulla tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la entrata in vigore del codice del 2010*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1030, 1037 e 1040).

<sup>79</sup> Come si ricava, per citarne alcuni, dagli artt. 55, comma 4 e 56, comma 1, che prevedono l'improcedibilità dell'istanza cautelare fino a quando non viene presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito; dall'art. 61, comma 5, che determina l'incondizionata cessazione degli effetti del decreto cautelare *ante causam* decorsi sessanta giorni dalla sua emissione; dall'art. 55, commi 10 e 11, che prevedono la possibilità di fissare la data dell'udienza di merito in aggiunta o sostituzione della concessione della misura cautelare. La scelta operata dal codice del 2010, di rendere ancora più stretto il rapporto tra cautela e merito, si giustifica, secondo F. SAITTA, *Cautele amministrative e giurisdizionali*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, cit., 264, in considerazione della rilevanza che

oltre alle disposizioni che ospita il titolo V a proposito del rito abbreviato in materia di appalti pubblici (segnatamente, gli artt. 120, comma 8 *ter* e 125, c.p.a.)<sup>80</sup>; norme nelle quali si fa ancora largo l'idea del giudice-amministratore, che deve valutare, in concreto, l'eventuale prevalenza dell'interesse pubblico (su quello del ricorrente)<sup>81</sup> e orientare l'azione amministrativa verso un migliore perseguimento dello stesso<sup>82</sup>.

Emblematico è il caso dell'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame (più comunemente noto come *remand*)<sup>83</sup> che, anche all'indomani del c.p.a., continua a essere inquadrato da certa giurisprudenza come occasione di riabilitazione per P.A. (ricondata sui binari della legalità e del buon andamento come l'art. 97, Cost. comanda), piuttosto che – come imporrebbe l'impronta soggettivistica del codice – strumento di

---

assumono nel processo amministrativo gli interessi pubblici, al punto da «escludere che essi potessero trovare una loro definizione all'esito di una fase sommaria». Contrario, invece, G. CASTRIOTA SCANDERBERG, *La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, 21, il quale auspicava, in linea con la tendenza del processo civile, un rafforzamento del giudizio cautelare, magari con trattazione piena. Analogamente, F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *www.federalismi.it*, 7, 2021, 87 ss., che propende, in aperta opposizione alla prassi consolidatasi negli anni in materia di appalti, per una valorizzazione del *fumus* (rispetto al *periculum*).

<sup>80</sup> Per una panoramica sulla disciplina della tutela cautelare a opera del c.p.a., A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 69 ss.

<sup>81</sup> Fino a operare, oltre al vaglio di legittimità della decisione amministrativa e all'accertamento dei diritti, un giudizio di sostenibilità economica in relazione ai presupposti e agli effetti della pronuncia. Così, G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 681.

<sup>82</sup> Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note sulla tutela cautelare*, cit., 1034, ove si afferma che «il giudice deve tenere conto anche delle conseguenze che la sua decisione potrebbe produrre sulla cura dell'interesse pubblico».

<sup>83</sup> Sulle ordinanze propulsive, cfr. in letteratura A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 168 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 37 ss.; G. SORRENTINO, *Ordinanza cautelare e jus superveniens*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 451 ss.; M. ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, ivi, 2003, 1201 ss.; F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, ivi, 856 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*, ivi, 2002, 857 ss.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 237 ss.; D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare e atti negativi*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. ROSSI STANCHINI, Milano, 2006, 135 ss.

soddisfazione coattiva di un diritto dell'individuo<sup>84</sup>.

Si può allora dire, volendo formulare un giudizio di sintesi, che malgrado l'intervento a più riprese sulla materia da parte legislatore, mosso dall'obiettivo di incrementare l'effettività della tutela accorciando le distanze con il processo civile, l'impressione che si avverte è di una riforma incompiuta, che non mette completamente al primo posto il cittadino e la tutela dei suoi diritti; soprattutto alla luce di come il diritto vivente ha dato prova di (proseguire a) maneggiare l'istituto.

Nonostante l'incalzare di riforme sempre più organiche, infatti, quasi mai la parte privata riesce a uscire vittoriosa dal giudizio comparativo di interessi<sup>85</sup>, sicché la tutela cautelare appare ancora troppo vicina a un potere tutorio di indole amministrativa<sup>86</sup> e, al tempo stesso, troppo distante da un modello processuale calibrato sul diritto leso<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Vedi, ad es., TAR Toscana, Sez. I, 09 novembre 2016, n. 569, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella cui prospettiva, l'esigenza del ricorrente «si combina con l'esigenza di buon andamento»; TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 1285, ivi, secondo il quale «un più attento esame degli elaborati, al fine di giustificare in maniera adeguata e puntuale il proprio operato, suscettibile di essere sottoposto al vaglio dell'Autorità giurisdizionale, [...] sicuramente rafforza l'osservanza del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione»; Cons. Stato, sez. III, 18 febbraio 2013, n. 585, ivi, per cui «nel bilanciamento dei contrapposti interessi, appare preminente quello generale al buon andamento dell'attività». In dottrina, M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1134, per la quale la tutela cautelare assume «rilevanza essenziale anche per il buon andamento della P.A.».

<sup>85</sup> Evidenzia M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *www.federalismi.it*, n. 27/2020, 241, che «dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale».

<sup>86</sup> Anche dopo il codice, per G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note sulla tutela cautelare*, cit., 1066 «non può ritenersi assente il carattere obiettivo [dell'azione cautelare], essendo difficile sostenere che l'azione cautelare non sia oggi vocata al perseguimento della legalità».

<sup>87</sup> In cui la soluzione alla disparità delle parti non viene cercata nella legge, ma nel senso di giustizia del giudice (vedi, ad es., A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 292, secondo il quale «nel processo amministrativo, specie nel giudizio di impugnazione, le posizioni delle parti non sono equilibrate [...]. A questa situazione di disparità si ricollega perciò l'esigenza di forti garanzie affinché la pronuncia del giudice sull'istanza cautelare sia il più possibile “giusta” ed appropriata»).

#### 4. Per un modello di tutela cautelare realmente effettiva: i presupposti.

L'abitudine di chi decide a recitare il ruolo di giudice-amministratore, autorizzato a operare un bilanciamento di interessi e riluttante ad accordare la cautela quando mette a repentaglio l'interesse pubblico<sup>88</sup>, è la manifestazione più evidente della necessità di considerare il c.p.a. non l'approdo evolutivo del processo cautelare amministrativo, ma il suo punto di (ri)partenza.

Per essere realmente effettivo e in linea con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, infatti, il giudizio cautelare deve muovere un passo in più e tendere verso un vero e proprio processo di parti, il cui oggetto sia rappresentato dall'accertamento e dalla tutela della situazione giuridica soggettiva contestata, giammai dalla salvaguardia (diretta o anche solo riflessa) dell'interesse pubblico *a latere* del processo<sup>89</sup>.

Se si vuole raggiungere un risultato del genere e ultimare l'opera, è indispensabile che l'intero *corpus* delle disposizioni in materia cautelare venga filtrato e arricchito dal confronto con i dati costituzionali e da quelli

<sup>88</sup> E questo, a causa di un preciso atteggiamento culturale che ha accompagnato la stessa nascita del g.a., secondo cui «*juger l'administration c'est encore administrer*» (l'espressione, attribuita a P.P.N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1818, è ricordata da L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 562, che soggiunge: «il giudice amministrativo come giudice speciale è figlio dell'idea che giudicare l'amministrazione è amministrare»; nonché ID., *Prefazione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, XIII. Sul tema, cfr. pure L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 188 ss., che ha constatato: «accade che il giudice sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione, utilizzando gli strumenti propri del sindacato di legittimità sino al limite dello sconfinamento in una valutazione di merito [...] In tutti questi casi si verifica una vera e propria interferenza della decisione del giudice rispetto all'attività amministrativa, a volte dovuta ad una sorta di abdicazione dell'amministrazione al suo ruolo, altre volte al fatto che i principi predominano ormai sulle regole nel nostro ordinamento e consentono quindi una latitudine sempre più ampia all'interpretazione, altre volte ancora all'importazione nel giudizio amministrativo di tecniche di bilanciamento fra diritti e interessi — largamente utilizzate nel giudizio di legittimità costituzionale — che riproducono l'attività di ponderazione tipicamente amministrativa».

<sup>89</sup> Sul carattere individualistico della giurisdizione amministrativa, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 46 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 26 ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 229 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 306 ss.; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 419 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss.

ricavabili dalle fonti euro-unitarie<sup>90</sup> e dagli obblighi internazionali<sup>91</sup> che valorizzano le garanzie giurisdizionali del cittadino, *uti singulus* e nel suo rapporto con la P.A.; solo in questo modo le conquiste oggi raggiunte grazie al codice del processo amministrativo potranno considerarsi preludio di una più completa maturazione del sistema di giustizia contro il pubblico potere.

A tal riguardo, la prima indicazione presente in Costituzione, con cui pure la funzione cautelare deve fare i conti in un processo sulle situazioni soggettive, è rappresentata dalla essenziale neutralità del giudice. Sotto questo aspetto, nello stabilire una inscindibile connessione tra giurisdizione e magistratura, la Costituzione connota detto fondamentale potere dello Stato con il requisito essenziale della imparzialità<sup>92</sup>.

È stato ormai da tempo dimostrato – in una ben nota ricostruzione teorica – che il principio di imparzialità, nel suo risvolto oggettivo, ha istituito una relazione di implicazione necessaria – denominata di “terzietà-parità” – tra i caratteri del rapporto giuridico sostanziale e l’equidistanza strutturale che il giudice deve dimostrare rispetto alle parti e ai loro interessi<sup>93</sup>.

In virtù di una simile relazione, nei settori a regime pubblicistico, la funzione costituzionale della giustizia appare garantita solo a patto che il giudice sia posto in condizione di valutare la «affermazione giudiziale»<sup>94</sup> nel contesto di un rapporto che sia a carattere fondamentalmente partitativo,

<sup>90</sup> Si allude, in particolare, all’art. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, che ha il valore giuridico dei Trattati (e, a fronte al quale, non può non segnalarsi una discrasia rispetto all’abitudine della CGUE – ben messa in luce da L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 317 ss.; ID., *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell’ordinamento comunitario*, ivi, 2001, 501 ss. – di trattare la tutela cautelare come strumento per “amministrare” i vari interessi in gioco).

<sup>91</sup> Segnatamente, l’art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata dall’Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848.

<sup>92</sup> Sul tema, di recente, P. TANDA, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell’indipendenza e dell’imparzialità del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 697 ss.

<sup>93</sup> Il richiamo è all’opera monografica di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 60 ss. dove si espone analiticamente il nesso tra parità del rapporto e terzietà dell’organo giudicante (in partic. 71 e 108).

<sup>94</sup> Come denominata da F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 384, a opinione del quale «oggetto immediato del giudizio è l’affermazione giudiziale, cioè quella che la parte ricorrente sottopone all’esame critico del giudice», sicché «la sentenza esprime essenzialmente un giudizio di verità, avente per oggetto appunto quella affermazione, che introduce nel processo la realtà extraprocessuale».

venendo, in caso contrario, compromessa tanto la «pari dignità giuridica formale delle situazioni soggettive che si confrontano nel processo», prefigurata dall'art. 24, Cost. (cd. parità sostanziale), quanto il concetto di parità processuale, oggi raccolto nell'art. 111, comma 2, Cost.<sup>95</sup>

Alla luce di questa precisazione, pertanto, per poter considerare su un piano di parità sostanziale la parte pubblica e quella privata, è esigenza imprescindibile che si possa contare su un organo giudicante che, sebbene appartenente a un ordine giudiziario diverso da quello ordinario, risponda alle medesime regole di imparzialità, terzietà e indipendenza<sup>96</sup>.

Sotto questo profilo, come è emerso dalle pagine che precedono, la disciplina codicistica appare ancora inadeguata, persistendo nel suo impianto norme, corroborate dalla prassi, che vogliono il giudice cautelare ancora molto vicino agli interessi delle parti in causa (in specie, quella pubblica). Una condizione, a ben guardare, ulteriormente incoraggiata dalla scelta – di sistema – di mantenere la giustizia cautelare saldamente ancorata – sia pur migrando verso una forma di tutela atipica (da tipica che era) – a un modello monistico<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 66 - 67. In questo senso, spiega l'autore, «va letto allora l'art. 24 Cost.: il riferimento all' "agire in giudizio" e alla "difesa" colloca necessariamente le parti sullo stesso piano, "in ogni stato e grado del procedimento" e in primo luogo nel suo momento iniziale, in cui esse rappresentano le loro ragioni giuridiche; lettura che appare tanto più plausibile in base ad un reciproco rinvio tra gli artt. 24 e 111, co. 2, nel senso che quest'ultimo, nel fissare i cardini del giusto processo (contraddittorio e parità da un lato, terzietà ed imparzialità dall'altro), non solo stabilisce una coesistenzialità tra questi, ma una precedenza logico-giuridica dei primi due rispetto ai caratteri del giudice».

<sup>96</sup> Il tema è stato riproposto, da ultimo da L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, I, Torino, 2021, 64 ss. ove si evidenzia come le caratteristiche della imparzialità e dell'indipendenza del giudice si rinvergono già dallo stesso art. 3, Cost., nonché dagli artt. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e dall'art. 6, comma 1, della CEDU; disposizioni, queste ultime, che il legislatore è tenuto a rispettare, quale vincolo derivante dagli obblighi internazionali, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. Cfr., altresì, M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*, a cura di G. PIPERATA, A. SANDULLI, Napoli, 2012, 99, il quale afferma che, per quanto riguarda il giudice amministrativo ed il relativo processo, i concetti di imparzialità e di indipendenza si trovano «perfettamente sovrapposti».

<sup>97</sup> Tutela atipica, come ha sentenziato la notissima C. Cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881, che rappresenta il *minimum* di tutela sotto il cui livello il legislatore ordinario non può mai scendere. Ma che non intacca la discrezionalità del legislatore nell'introdurre, in aggiunta, misure tipiche o, in certe ipotesi, sottrarre alla valutazione del giudice qualsiasi indagine in ordine al *periculum*, ovvero ancora, indirizzare/condizionare, attraverso scelte valoriali a monte, tale valutazione (cfr. A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, cit., 4 - 5).

Un passo ulteriore verso la “codificazione” della parità-terzietà nella fase cautelare, allora, sarebbe quello di iniziare a mettere in discussione *funditus* la scelta positiva di affidarsi a un sistema «totalmente atipico»<sup>98</sup>, contrassegnato da un unico procedimento, a cautela di tutti i *periculum in mora* che assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

I tempi appaiono maturi affinché il legislatore si orienti – sulla falsariga del processo cautelare civile – verso un sistema «tipico temperato» che, attraverso la previsione di specifiche misure a contenuto predeterminato, in aggiunta a una misura cautelare atipica<sup>99</sup>, tipizzi, risolvendoli in astratto, i conflitti di interesse che abitualmente e con carattere di regolarità si presentano in talune specie di controversie (l'esempio più lampante è la materia degli appalti pubblici<sup>100</sup>)<sup>101</sup>.

In questo modo, la misura atipica acquisirebbe il carattere della residualità, con conseguente riduzione allo stretto indispensabile (nel caso, cioè, di *pericula* realmente imprevedibili) delle ipotesi in cui il sistema è costretto ad affidarsi alla discrezionalità del giudice. Per il resto, potendo contare su un reticolo di misure, tipicizzate dal legislatore nel contenuto (la sospensione dell'efficacia del provvedimento, l'ordine di ripetere il procedimento, etc.) e nella specie di pregiudizio (alla persona, al patrimonio, etc.)<sup>102</sup>, che il giudice dovrà concedere previo semplice

<sup>98</sup> Secondo la classificazione operata da A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, cit., 7 – 8.

<sup>99</sup> Vedi nota precedente.

<sup>100</sup> Dove, lo si è visto, il sistema lascia ancora troppa discrezionalità al giudice. Sulla tutela cautelare in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, tra i vari, cfr. M. LIPARI, *La “nuova” tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le “esigenze imperative di interesse generale”*, in *www.federalismi.it*, n. 5 del 2017; E. MASTRODOMENICO, *Le criticità della fase cautelare nel rito speciale degli appalti, in bilico tra “vecchia” e “nuova” disciplina*, in *App. e contr.*, 2012, 37 ss.; P. PROVENZANO, *Tutela giurisdizionale (tutela cautelare in tema di appalti - d.l. n. 90/2014 - Direttiva 2007/66)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1384 ss.; M. GIULIANTE, *La tutela cautelare negli appalti pubblici dal d.lgs. n. 53 del 2010 al nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 218 ss.; M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928 ss.

<sup>101</sup> Quando, per dirla con l'espressione di A. PROTO PISANI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, 170 ss., «il bisogno di tutela urgente sia emerso in modo non episodico o marginale».

<sup>102</sup> Per un confronto con l'ordinamento tedesco, che non contiene una disciplina unitaria della tutela cautelare, bensì distingue sulla base del tipo di azione esercitata, cfr. la disamina condotta da V. BONTEMPI, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 692 ss. Un'analisi comparata tra i sistemi, in rapporto a quello spagnolo, è contenuta, invece, in S. DE LA SIERRA, *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo. Un Estudio Normativo y Jurisprudencial*, Elcano, 2004.

accertamento dei presupposti indicati dalla legge<sup>103</sup>.

Il progredire del contesto normativo che ospita la tutela cautelare, tuttavia, non può rappresentare, di per sé stesso, un'iniziativa sufficiente a portare a termine il compito. Per recuperare la terzietà mancante è, infatti, imprescindibile che a guidare e/o ad accompagnare il processo di transizione verso una giustizia cautelare paritaria, vi sia un mutamento culturale radicale nell'approccio al problema, che si traduca in una diversa sensibilità dell'interprete nel valutare i presupposti ai quali il codice subordina la concessione della tutela e il peso ponderale di ciascuno di essi (il *periculum* e il *fumus*) nell'economia complessiva della decisione.

Per questo motivo occorre, fin da subito, che si elimini dallo schema mentale del decidente (e, prim'ancora, dall'ordinamento, ove – lo si è visto con gli artt. 120 e 125, c.p.a. – è ancora presente e molto avvertita) l'idea stessa che la ponderazione degli interessi, quale terzo requisito-ombra valutato dai tribunali amministrativi ai fini della concessione della misura cautelare, costituisca un elemento connaturato e irrinunciabile del giudizio cautelare amministrativo<sup>104</sup>. In un processo realmente paritario e strumentale alla tutela dei diritti, il coinvolgimento del giudice nella valutazione degli interessi in causa non è mai un momento di ulteriore garanzia per il cittadino, bensì un elemento di dubbio sulla reale imparzialità di chi assume le decisioni<sup>105</sup>.

Ne discende che, quand'anche risulti impossibile prescindere da una valutazione comparativa in concreto condotta *ope iudicis* (nel caso in cui, ad es., si manifestino esigenze cautelari imprevedibili), l'oggetto stesso della comparazione meriti di essere rivisto secondo le consuetudini del processo

<sup>103</sup> E, quindi, «indipendentemente da qualsiasi accertamento diretto a verificare se tale *periculum* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio e da qualsiasi attività diretta ad individuare il contenuto del provvedimento» (per dirla con le parole di A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, cit., 8).

<sup>104</sup> Recentemente sull'argomento, cfr. B. MAMELI, *Il principio della domanda tra mutatio libelli e conversione dell'azione*, in *Giur. it.*, 2020, 724 ss., dove si rileva che l'art. 120 c.p.a., affida al giudice «vere e proprie valutazioni dell'interesse pubblico», di talché «il giudice è chiamato ad operare un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco».

<sup>105</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss., per il quale «con il progressivo calarsi dell'Amministrazione nella società e con il ridursi dei suoi connotati di specialità, si indeboliscono le ragioni di una giustizia amministrativa speciale del tutto separata e diversa dalla giurisdizione del giudice ordinario e si rafforza l'esigenza di un'assoluta garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, anche (e tanto più) se speciale». In argomento, cfr. altresì, R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quad. cost.*, 2006, 557 ss.

civile diretto a sfociare in un provvedimento d'urgenza.

Nel contesto dell'art. 700, c.p.c., infatti, è usuale che il giudice confronti tra loro i pretesi diritti che si fronteggiano nel processo e che sono oggetto della richiesta di accertamento giurisdizionale, soppesando e paragonando i pregiudizi che le parti subirebbero dal misconoscimento delle rispettive pretese. È, invece, infrequente che, all'interno del giudizio, trapelino e confluiscono interessi estranei e ultronei rispetto a quelli protetti dalle situazioni soggettive dedotte in causa, o interessi (individuali o collettivi) ad esse indirettamente collegati<sup>106</sup>.

Accade, così, che in una vertenza sull'adempimento di un rapporto obbligatorio, nello scrutinare il requisito del *periculum*, il giudice metta a confronto il danno che subirebbe il creditore dal mancato riconoscimento del credito con il danno derivante al debitore dal disconoscimento del proprio diritto a essere dichiarato libero dal vincolo contrattuale<sup>107</sup>. Solo eccezionalmente si tiene conto degli effetti che la negazione di uno dei due diritti può produrre sulla sfera giuridica di soggetti estranei al giudizio o sulla collettività<sup>108</sup>.

Stesso copione per la sospensione cautelare delle delibere assembleari di una s.p.a., dove la norma dell'art. 2378 c.c. circonda testualmente il confronto comparativo ai pregiudizi potenzialmente patiti dai due soggetti del rapporto societario: il socio e la società-persona giuridica<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Ragion per cui è stata stigmatizzata dalla dottrina quella stagione in cui la giurisprudenza ha piegato l'istituto alla tutela interessi non direttamente protetti dalle norme. Vedi, ad es., gli Autori riportati *supra* alla nota 21.

<sup>107</sup> Ne è un esempio (tratto dai rapporti di garanzia) il caso deciso da Trib. Verona, 20 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 118, ove si evidenzia come «il requisito del "*periculum in mora*" per la pronuncia di un provvedimento d'urgenza, che inibisca il pagamento di una garanzia internazionale a prima richiesta, è integrato dalla prospettazione delle notevoli difficoltà cui si andrebbe incontro per recuperare la somma escussa». Sulla tutela *ex art. 700 c.p.c.* del credito, in dottrina, A.M. BRUNI, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust. civ.*, 1986, 2853 ss.; F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53 ss.

<sup>108</sup> Cfr., ad es., Cass., sez. II, 3 settembre 1993, n. 9312, in *Giust. civ.*, 1994, I, 103, nonché Trib. Milano 23 dicembre 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 848, che, nella tutela in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, ammettono la valutazione di interessi estranei (benché connessi) alle situazioni soggettive dedotte in giudizio quando «il diritto di credito, in virtù del coinvolgimento di sottostanti posizioni giuridiche, spesso anche costituzionalmente garantite, eccezionalmente trascende dai limiti propri del diritto delle obbligazioni».

<sup>109</sup> Cfr. Trib. Bari, 18 maggio 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 152; Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1891; Trib. Milano, 19 maggio 1993, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 736. Prima della novella del 2004, tuttavia, esisteva un nutrito orientamento giurisprudenziale, ormai divenuto minoritario, che, in tema di *periculum*,

In identico modo, dunque, nell'ambito di cognizione dei tribunali amministrativi, l'apprezzamento del giudice della cognizione dovrebbe limitarsi, nella fase cautelare, a prendere in esame il danno che l'Amministrazione-parte in causa subirebbe dal riconoscimento, benché provvisorio, della pretesa del ricorrente e dalla connessa negazione del corretto adempimento del suo obbligo (ad es., il danno all'apparato, *sub specie* di efficiente organizzazione amministrativa, dovuto alla temporanea impossibilità di dare attuazione al rapporto disciplinato nell'atto impugnato<sup>110</sup>), senza soffermarsi ad apprezzare anche i rischi riflessi per l'interesse pubblico primario<sup>111</sup> (o per altri interessi super-individuali toccati, direttamente o indirettamente, dalla decisione) che la norma attributiva del potere le affida in cura<sup>112</sup> e che rimane – *rectius*, deve rimanere – fuori dal processo<sup>113</sup>.

L'alternativa (o il correttivo ulteriore) sarebbe di ridimensionare il peso ponderale che, nell'apprezzamento del soggetto decidente, assuma il profilo del pregiudizio rispetto al requisito del *fumus*. Le riflessioni maturate in

---

riteneva che i gravi motivi di sospensione della delibera dovessero riguardare i soli interessi dell'impugnante (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 23 marzo 1999, in *Società*, 1999, 1360; Trib. Napoli 6 febbraio 1990, in *Dir. e Giur.*, 1990, 115). Vedi altresì Tribunale Nocera Inferiore, 28 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 115.

<sup>110</sup> In tal senso, sia pur in una delle materie attratte alla giurisdizione del g.o., Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, in *giustiziacivile.com*, 2015, ove si puntualizza che nel «provvedimento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., occorre tenere conto ed equamente contemperare le reciproche esigenze [...] del ricorrente ed alla efficiente organizzazione amministrativa, oggetto di facoltà discrezionale». Analogamente, potrebbero trovare sbocco in sede cautelare altri interessi particolari della P.A. quali quelli connessi alle esigenze di bilancio (arg. ex Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, in *Corr. merito*, 2007, 840), etc.

<sup>111</sup> Come invece ritenuto da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 18 ss., il quale, dalla premessa secondo cui «l'interesse pubblico è presente [nel processo] solo in quanto si concreti in interesse ad un bene della vita che forma oggetto di quelle situazioni soggettive di cui è titolare l'amministrazione pubblica» (non, però, «l'interesse pubblico in senso astratto e generico; ma l'interesse pubblico oggetto dell'attribuzione dell'organo con legittimazione propria o dell'ente pubblico che è parte del giudizio»), ricava la conclusione per la quale «nel processo amministrativo si tutela l'interesse pubblico solo in quanto interesse di parte, che si concreta in precise situazioni soggettive: [...] l'interesse pubblico che non sia di parte non ha alcuna tutela nella giustizia amministrativa».

<sup>112</sup> Rivelando quel generale atteggiamento, latente nel codice, che vuole il processo amministrativo «condizionato dall'importanza dell'interesse perseguito da una parte sul piano sostanziale» (A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 598).

<sup>113</sup> Pena, un'indebita commissione tra funzione amministrativa e giudicante. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 83 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 22.

senso agli studi sul processo civile, infatti, hanno dimostrato la validità di un modello teorico in cui, per limitare l'incidenza della valutazione ponderativa degli opposti interessi sulla scelta finale, l'accoglimento della domanda passi, in misura prevalente, per un più attento e meditato scrutinio (una sorta di *semiplena* cognizione) delle probabilità di fondatezza della pretesa.

Nulla osta, quindi, a che anche nella fase cautelare di un processo amministrativo fondato sulla parità-terzietà del giudice, si assegni una posizione privilegiata al giudizio delibativo di verosimiglianza del diritto vantato, di modo che eventuali effetti irreversibili (per la P.A. e l'interesse pubblico) della misura concessa, trovino una loro giustificazione (sul piano dell'equilibrio tra i valori dell'ordinamento) nell'elevato grado di probabilità che la pretesa del ricorrente ha di essere riconosciuta e accolta, piuttosto che nel peso degli interessi coinvolti nella contesa<sup>114</sup>.

La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.a., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente. Rimane assente, cioè, il giudizio comparativo con l'interesse della controparte pubblica il quale, tutt'al più, è preso in considerazione limitatamente ad aspetti che pertengono all'apparato amministrativo o all'interesse particolare dell'Amministrazione (in termini di diseconomie di bilancio o disfunzioni nell'organizzazione delle attività), piuttosto che all'interesse pubblico generale che essa ha in cura<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Così facendo, oltretutto, si asseconda quell'esortazione, sempre più insistente nella dottrina contemporanea, a tenere – e indagare – in modo separato i poteri cautelari amministrativi e i poteri cautelari giurisdizionali amministrativi. Da ultimo, G. IACOVONE, *Decisioni cautelari amministrative*, cit., in partic. 16 ss. (per la quale, «determinante appare la considerazione per cui nel procedimento amministrativo, anche cautelare, regna il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, mentre il processo, anche nella fase cautelare, è sorretto [...] dal principio della effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione») e 210 ss. (ove si afferma che «la enfattizzazione del processo osmotico e di contaminazione non è utile né all'uno né all'altro potere, ove si abbia presente fino in fondo l'eterogeneità di funzioni posta a garanzia dal nostro ordinamento e sulla base delle quali i poteri medesimi sono chiamati a misurarsi nell'esercizio dei rispettivi compiti»).

<sup>115</sup> Cfr. Trib. Torino sez. lav., 16 ottobre 2017, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, cit.; Trib. Roma sez. lav., 12 settembre 2011, *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 236; Trib. Roma, 15 giugno 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3230; Trib. Bari, sez. lav., 25 marzo 2008, in *Dejure*.

Questo perché nella mentalità del giudice ordinario è ormai sedimentata la consapevolezza che l'ulteriore caposaldo costituzionale a sovrintendere la materia cautelare, anche nei confronti di una P.A., è il principio, desumibile dagli artt. 24 e 113 Cost., di strumentalità dell'azione cautelare rispetto al diritto tutelato che deve, pertanto, mantenere un ruolo da protagonista nella dinamica del giudizio cautelare. Un principio che, proprio per la collocazione che ha assunto, dovrebbe orientare – al pari e in aggiunta a quello di imparzialità e terzietà – le scelte di legislatore e giudici quando, anche nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa, si avvicinano all'istituto cautelare.

##### 5. (Segue). *Le misure e i rapporti con l'azione principale*

Ma per dare ulteriore corpo al principio di strumentalità della tutela nel senso qui accolto (come strumentalità rispetto ai diritti) e, così, reindirizzare, anche nel processo amministrativo, l'azione cautelare entro la cornice delineata dagli artt. 24 e 113 Cost., l'ineludibile opera di ripensamento dovrebbe interessare almeno altri due aspetti significativi della materia.

Da un lato, vi è il tema (emerso nella prassi) della rigidità nel modo di interpretare la tutela che, appiattita dall'abitudine a ragionare in termini di sospensiva, ha mortificato le intrinseche potenzialità di un sistema incentrato sull'atipicità. Mentre è proprio quello delle misure in concreto irrogabili (ma sull'argomento si tornerà *ex professo* nel paragrafo successivo) a rappresentare il terreno di riprova su cui si misura la capacità di un sistema cautelare di proteggere i diritti.

L'obiettivo, in questo senso, dev'essere di incrementare le forme e le modalità attraverso le quali è possibile cautelare la situazione dedotta in giudizio. L'atipicità della misura, cioè, non può rimanere una formula-manifesto da consegnare agli archivi normativi ma deve tradursi in una reale panoplia di strumenti che, con la duttilità del caso, si adattino su misura alla situazione soggettiva di volta in volta dedotta in giudizio (che può essere di diritto strumentale o finale, regola di validità o di comportamento, semplice *chance* o situazione a esito vincolato, etc.), assecondando la disciplina che essa riceve nel diritto sostanziale.

---

*it*; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 1175; Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 206.

Una flessibilità, quella invocata, che si ottiene passando anche (e, forse, soprattutto) attraverso un cambio di paradigma nel rapporto tra gli strumenti di tutela dell'interesse legittimo, che modifichi, invertendola, la gerarchia delle azioni – di annullamento e di condanna – istituita dal c.p.a. e metta al centro del sistema la richiesta di condanna a un *facere*, elevandola a strumento generale di tutela<sup>116</sup>. Solo collocando la fase cautelare entro una mutata cornice teorica e positiva (come tutela strumentale rispetto all'azione di condanna, anziché – come avviene ora – all'azione di annullamento), infatti, è possibile sfruttare tutte le potenzialità che l'istituto dischiude, allargando il novero delle decisioni adottabili (anche in rapporto alle sentenze di merito)<sup>117</sup> che, senza rinunciare a impartire una tutela effettiva, garantiscono anche l'imparzialità e terzietà del giudice (è il caso, ad es., dell'istituto del *remand*, come si vedrà di qui a breve).

Dall'altro lato, invece, vi è l'ulteriore e parallelo tema – pur esso lungamente dibattuto – dei rapporti tra la domanda cautelare e l'azione esperita in via principale (e/o con la sentenza che definisce il giudizio).

I punti toccati in precedenza hanno dimostrato come il codice, sebbene abbia spinto in avanti le prospettive di tutela delle situazioni soggettive affidate al g.a., rimanga ancora arenato su di una concezione della strumentalità cautelare di tipo strutturale (o procedurale), rigido, anziché virare verso una più coerente con il principio individualistico della tutela giurisdizionale<sup>118</sup>. Un modello concettuale di strumentalità, quello fatto proprio dal c.p.a., ormai in via di superamento negli altri settori del diritto processuale, che non si intona più con la moderna funzione del giudizio amministrativo, né con le esigenze che l'economia di una società globalizzata impone<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Sulle ragioni che spingono verso una conquista dell'autonomia dell'azione di condanna, gli autori citati *supra* alla nota n. 77.

<sup>117</sup> Cfr., ad es., quanto osservato da M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss., per i quali «il riconoscimento di tale nuovo potere di condanna al g.a. consentirebbe di ampliare lo spettro con riferimento al quale misurare la continenza delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito».

<sup>118</sup> Sul tema, cfr. R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l.n. 205/2000 al codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 57 ss. e 378 ss., ove si ritiene che siano «la tutela dell'interesse pubblico e la presenza della pubblica amministrazione in un processo amministrativo a confermare la strumentalità della fase cautelare rispetto al giudizio di merito e in tutti i modelli di tutela cautelare prospettati dal Codice».

<sup>119</sup> Sui riflessi che le decisioni del g.a. hanno sulle attività economiche e sul loro svolgimento, cfr. F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 136 ss.

Se (anche) il processo amministrativo ha la funzione di tutelare l'individuo e le situazioni soggettive protette di sua pertinenza, è quest'ultimo che dovrebbe poter decretare quando l'interesse che lo ha indotto ad agire possa dirsi adeguatamente soddisfatto. L'attuale tessuto codicistico, d'altro canto, è dotato di tutto l'occorrente – a tratti, anche più dello stesso codice di rito<sup>120</sup> – per rendere la decisione cautelare un efficace strumento di soddisfazione dell'interesse sostanziale e, specie in talune circostanze (quando, ad es., la soddisfazione del diritto cautelato si esaurisce *uno actu* o produce effetti irreversibili<sup>121</sup>), una valida alternativa alla sentenza<sup>122</sup>.

Il provvedimento cautelare, infatti, è oggi capace di declinare, con varietà di toni e di accenti, i comandi positivi da impartire alla p.a., modulando i propri contenuti – sulla falsariga di quanto avviene con l'azione di condanna *ex art. 34, c.p.a.* – in ragione della pretesa fatta valere e del tipo di interesse (a essa sotteso) che il ricorrente intende tutelare<sup>123</sup>.

Possiede, alla stregua di quanto depone il codice di rito per le misure adottate *ex art. 700*, la capacità di stabilizzarsi nel tempo, essendo soggetto a successiva modifica o revoca soltanto «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 58, c.p.a.)<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Si ponga mente, ad es., alla possibilità, riconosciuta dal solo c.p.a., di un doppio grado di giudizio cautelare. Nel processo civile, infatti, contro i provvedimenti sommari d'urgenza è previsto, come rimedio impugnatorio, il solo reclamo cautelare (in argomento, F.S. DAMIANI, *Provvedimenti sommari e diritto d'impugnare*, in *Il giust. proc. civ.*, 2020, 817 ss.).

<sup>121</sup> La possibilità che, nel contesto del c.p.a., la misura cautelare produca effetti irreversibili, dopo alcune iniziali ritrosie (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 396, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 666, da cui traspare la preoccupazione di non contraddire la strumentalità del giudizio cautelare rispetto alla sentenza di merito), è oggi ammessa dalla giurisprudenza prevalente (vedi, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6014, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 116, *ivi*; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 5 giugno 2014, n. 1471, *ivi*; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12 dicembre 2011, n. 3141, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3844).

<sup>122</sup> Come avviene nel processo civile: così, A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 26 – 27.

<sup>123</sup> Nel rispetto di quel requisito di “strumentalità cautelare” (per cui deve sussistere una relazione quantitativa e qualitativa tra gli effetti conseguibili con la misura cautelare in rapporto alla corrispondente misura giurisdizionale di merito) che, ad avviso di parte della dottrina, appartiene, in maniera trasversale, al processo civile tanto quanto al processo amministrativo. Così, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 75 ss.

<sup>124</sup> Disposizione ripresa, pedissequamente, dall'art. 669 *decies*, c.p.c., a notazione del quale cfr. A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari* (postilla di aggiornamento), cit., 2 ss., che legge nella formula utilizzata dal legislatore un ulteriore momento dell'allentata strumentalità.

È assistito, per *littera legis*, dal rimedio dell'ottemperanza, consentendo di dare – come nel processo civile – un'immediata eseguibilità forzata alla regola accertata in sede cautelare<sup>125</sup> e all'ordine che, su quel presupposto, il giudice della cautela rivolge all'Amministrazione<sup>126</sup>.

La *regula iuris* stabilita durante la fase cautelare, dunque, è in grado, allo stato attuale, di disciplinare il caso concreto con una stabilità e coercibilità assimilabili a quelle che offre una sentenza; con l'unica differenza, destinata spesso a sbiadire sul piano pratico, che la decisione non acquista l'autorità della cosa giudicata e non vincola i rapporti tra le parti in futuri giudizi.

Succede, infatti, che le tempistiche convulse imposte dal mercato, soprattutto nella circolazione dei beni e dei servizi, reclamino, sovente, decisioni che soddisfano interessi istantanei, che si consumano in tempi brevissimi, e rispetto ai quali il ricorrente non consegue alcuna maggiore utilità dall'attendere una seconda statuizione destinata a durare nel tempo<sup>127</sup>. In un sistema economico come il nostro, contraddistinto da un modello di sviluppo post-industriale che si fonda sulla velocità degli scambi, la necessità di fondo degli operatori economici è rimuovere al più presto le incertezze nei rapporti con l'Amministrazione, così da orientare (o riorientare) di rimando le proprie scelte imprenditoriali<sup>128</sup>, piuttosto che

<sup>125</sup> Accertamento che, viepiù, può fondarsi su mezzi di prova che il c.p.a. consente di anticipare alla fase cautelare (ha rilevato M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc.*, 2020, 201, che il codice «anticipa la valutazione delle istanze istruttorie alla fase cautelare», prevedendo l'art. 55, comma 9, un «potere/dovere [del giudice] di pronunciarsi sulle istanze istruttorie in sede cautelare», 220 ss.).

<sup>126</sup> Producono, quindi, un effetto di autorità nel processo amministrativo di tipo esecutivo (analogamente a quanto accade, nel processo civile, per le misure adottate ex art. 700 c.p.c. e le ordinanze di condanna ex artt. 186-bis e ter, c.p.c.).

<sup>127</sup> L'esigenza di «economizzare» il risultato in funzione della cognizione di merito è la stessa che, tempo addietro, aveva indotto ad allentare il vincolo di strumentalità partendo proprio dalle decisioni cautelari adottate nelle materie (tutte inerenti alle attività economiche tra imprese e con il consumatore) attratte al rito (poi abrogato) societario (in tal senso, cfr. M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1181 ss.), poi esteso (dalla l.n. 80/2005) a tutte le altre controversie. In quell'ambito, lo strumento dell'attenuazione della strumentalità cautelare rispondeva all'obiettivo, indicato dalla l.n. 366/2001 (di delega per la riforma del processo commerciale), di «assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» (in argomento, G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 651 ss.).

<sup>128</sup> Le specifiche esigenze di celerità del sistema giustizia, viste con gli occhi del mondo imprenditoriale, sono messe in evidenza, da ultimo, da E. FOLLIERI, *Giudice amministrativo ed economia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, in partic. 83 ss. Vedi, altresì, A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, 988 ss.; M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e fattori economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 20 ss.; C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2020, 73 ss.

attendere i tempi di una sentenza, strutturalmente più stabile, ma ormai svuotata di utilità (poiché, magari, già non più attuale rispetto all'iniziativa privata)<sup>129</sup>.

In casi del genere, l'obbligo di introdurre o coltivare un giudizio a cognizione piena su impulso di chi si ritenga già soddisfatto nel proprio interesse dalla decisione interinale, non solo non trova fondamento nel principio di effettività della tutela, ma genera, sul piano dell'economia dei giudizi<sup>130</sup>, un inutile aggravio per la macchina processuale amministrativa<sup>131</sup>.

Si intuisce, allora, come il tributo concesso dal vigente codice alla regola della necessaria strumentalità con la fase di merito non si spieghi altrimenti se non come un feticcio della concezione primitiva secondo cui il giudice amministrativo è, prima di tutto, il giudice dell'interesse pubblico (che, per la sua rilevanza, deve sempre essere vagliato in un giudizio a cognizione piena)<sup>132</sup> e, soltanto di riflesso, dei diritti e degli interessi dei ricorrenti

---

Ha sottolineato S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *Analisi giur. econom.*, 2018, 465, che i giudici amministrativi «mostrano scarsa sensibilità per gli interessi e i tempi delle attività economiche».

<sup>129</sup> È il caso, solo per fare qualche esempio, dell'attività di immissione in commercio di un prodotto legato a un evento circoscritto nel tempo o della fornitura a una stazione appaltante di beni da consegnare in via d'urgenza e/o in un'unica soluzione.

<sup>130</sup> L'utilità di sfruttare, come valore aggiunto del procedimento cautelare, la sua potenzialità deflattiva, è già stata messa in risalto, in termini generali, da A. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8 ss.

<sup>131</sup> Soprattutto per quei provvedimenti a carattere anticipatorio, rispetto ai quali la perdita di efficacia in caso di mancata attivazione del giudizio di merito rischia di essere, in molti casi, una vuota declamazione che non trova riscontro nella realtà delle cose su cui la misura cautelare ha ineluttabilmente inciso (per analoghe considerazioni nel processo civile, prima della novella del 2005 attenuasse il vincolo di strumentalità, S. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, 501 ss.). Circostanza di cui mostra di essere cosciente lo stesso legislatore che, all'art. 55 c.p.a., prevede espressamente la possibilità di disporre una cauzione in caso di provvedimenti interinali ad effetti irreversibili (rispetto i quali, cioè, gli esiti del giudizio di merito si rivelerebbero neutri). In argomento, cfr. altresì, M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 670 – 671, che, quando il provvedimento anticipatorio è totalmente soddisfacente, reputa la fase di merito una sorta di ripetizione, se non di duplicazione, del giudizio già svolto.

<sup>132</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit., 1135 ss., secondo cui «la sospensione di un provvedimento amministrativo può essere [...] strumentale anche all'interesse pubblico generale», il che giustifica la «conferma del legame di strumentalità che il legislatore ha inteso confermare tra tutela cautelare e tutela "principale"». A cui fa eco R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 379, per il quale «la costante centralità dell'interesse pubblico in un processo amministrativo fa sì che non si possa pensare a un'attenuazione generalizzata del legame tra cautela e merito».

privati<sup>133</sup>. Una concezione della giurisdizione di stampo oggettivistico, in altri termini, in cui l'oggetto del giudizio cautelare diventa la definizione del giudizio di merito, anziché essere – come dovrebbe – la situazione giuridica soggettiva cautelata<sup>134</sup>.

Tutti i fattori fin qui ricordati, allora, convergono, quale implicito sillogismo, verso la necessità di riscrivere i rapporti tra tutela cautelare e di merito, nel segno di una più attenuata strumentalità. Come ha dimostrato l'esperienza della giustizia civile, in un processo di parti avente ad oggetto diritti e obblighi (o rapporti giuridici tra situazioni a essi assimilabili), sono le parti stesse a dover essere arbitre della scelta finale: se ritenere soddisfacente l'assetto di interessi accertato (sia pur sommariamente) in sede cautelare o porlo in contestazione introducendo (o coltivando) la successiva fase di merito (che, in questo modo, diverrebbe solo eventuale).

Sono maturi i tempi perché, anche il giudizio cautelare amministrativo, si lasci alle spalle l'idolatria per una rigida strumentalità rispetto al processo (e alla relativa decisione) di merito, imparando a conoscersi come istituto strumentale al diritto cautelato<sup>135</sup>; a esigerlo, è il principio individualistico della tutela giurisdizionale<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Ha constatato, di recente, E. FOLLIERI, *Giudice amministrativo ed economia*, cit., 96, che «dalla giurisprudenza amministrativa emerge il dato che il giudice considera ancora la pubblica amministrazione una parte da privilegiare [...] credendo di proteggere l'interesse pubblico di cui il soggetto pubblico è portatore».

<sup>134</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 320: «anche quella cautelare dà luogo, nel processo amministrativo, a una giurisdizione di diritto soggettivo, che ha a oggetto situazioni giuridiche soggettive, sia di interesse legittimo, che di diritto soggettivo. Non si è in presenza di una giurisdizione di diritto oggettivo, preposta alla tutela di un interesse pubblico, quale ad esempio quello di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale definitiva. In questa logica, l'oggetto della tutela cautelare è rappresentato dalla tutela giurisdizionale definitiva: assicurare l'effettività del processo. Tuttavia, in tal modo, si trascura di considerare che la tutela è uno strumento non può essere l'oggetto della protezione, se non in una logica di giurisdizione oggettiva. Questa logica è estranea al processo amministrativo, i cui provvedimenti sono volti a tutelare situazioni giuridiche soggettive».

<sup>135</sup> Come, invece, è ritenuto ancora oggi (tra i contributi comparsi ultimamente, cfr. M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, cit., 238, per il quale anziché assicurare l'effettività del diritto cautelato, «la funzione essenziale di questa tipologia di tutela è quella di assicurare l'effettività del provvedimento che conclude il processo», cioè la sentenza) e lo è stato nel recente passato (ad es., R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1172: «la funzione strumentale ed essenziale della tutela cautelare [è] quella di assicurare l'effettività del provvedimento che conclude il processo»; G. PALEOLOGO, *Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, 1993, 2: «l'uno tutela il diritto, l'altro il processo»).

<sup>136</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 59.

6. *La declinazione proteiforme della tutela cautelare: interesse legittimo, diritti partecipativi, diritti strumentali, etc.*

A questo punto del discorso può apparire di una qualche utilità trarre le fila delle suggestioni finora alimentate e mettere a fuoco il rapporto che intercorre tra l'oggetto del giudizio amministrativo e il contenuto delle decisioni adottabili dal giudice della cautela<sup>137</sup>.

Al riguardo, a fronte del potere discrezionale, un approccio orientato ad avvolgere l'istituto del giudizio cautelare in una veste più coerente con le esigenze di tutela individuale può procedere, come accennato, in due direzioni.

L'una, di stampo mono-strutturata, che vede al centro della domanda di cautela una situazione giuridica unitaria (l'interesse legittimo), un costruito unico che riunisce e sintetizza tutte le pretese del cittadino al cospetto del potere, a cui fa capo un generale obbligo "complesso" dell'amministrazione di agire *secundum legem*<sup>138</sup>. L'altra, figlia di una visione più composita e "politeistica" del rapporto tra individuo e potere, che consente di scomporre la tutela cautelare in tante misure quante sono le relazioni di diritto-obbligo nascenti dai diversi – per struttura e contenuti – vincoli normativi al potere<sup>139</sup> a cui corrisponde la protezione di interessi individuali determinati<sup>140</sup>.

Ponendosi nella prima delle prospettive enunciate, alla base della tutela cautelare vi è l'obiettivo di soddisfare l'interesse legittimo, acquisito nella

<sup>137</sup> Rileva «la necessità di un legame tra le pronunce cautelari e la pretesa fatta valere in giudizio, anche al fine di fornire idonea giustificazione agli ampi poteri del g.a.», A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 130.

<sup>138</sup> In termini generali, L. FERRARA, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Quest. giust.*, 2021, 60, che ragiona di «carattere "complesso" della relativa [all'interesse legittimo] obbligazione».

<sup>139</sup> Avanti comunque, per sostrato, una situazione soggettiva unificante. Cfr., da ultimo, G. MANNUCCI, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in corso di pubblicazione in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 8, che, con specifico *focus* sulla tutela dell'affidamento, parla di «obbligazioni strumentali» la cui soddisfazione «dipende da quella della posizione principale, al pari della sua tutela, da costruire 'all'ombra' dell'interesse legittimo».

<sup>140</sup> Secondo la prospettazione offerta da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 165 – 166, per il quale «nel disciplinare il potere, la legge attribuisce pure utilità strumentali (che abbiamo considerato allo stesso titolo autonomi beni della vita) creando rapporti di diritto-obbligo» (dello stesso A., vedi anche *supra*, alla nota n. 47). Circa «l'appartenenza al giudice della cautela del potere di emettere pronunzie impositive di obblighi», cfr. S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 917.

sua dimensione – più moderna – di situazione soggettiva appartenente alla famiglia dei diritti soggettivi e consistente nell'aspettativa o *chance* di conseguire un comportamento amministrativo legittimo<sup>141</sup>.

In quest'ottica, un provvedimento inficiato da un vizio di legittimità equivarrà a inadempimento dell'obbligo (di agire legittimamente) gravante sulla P.A., sicché la domanda cautelare – similmente che nel processo civile sui diritti – finirà per assumere la forma (simulando la relativa azione di merito) di richiesta di condanna a rimuovere l'inadempimento e a eseguire con esattezza la prestazione ineseguita, sulla falsariga di quanto dovrebbe accadere, nella fase di merito, con l'azione di condanna al fare di cui agli artt. 30, comma 1 e 34, comma 1, lett. c), c.p.a.<sup>142</sup>

Specialmente in presenza di provvedimenti ampliativi (negati), dunque, l'*ubi consistam* della tutela cautelare non potrà che essere l'ordine di adottare, secondo la tecnica dell'ordinanza propulsiva, una condotta con le qualità giuridico-normative richieste della legge<sup>143</sup>. Con la conseguenza, in caso di reiterata adozione di un atto affetto ancora da illegittimità, di determinare la formazione di un inadempimento definitivo (equiparabile al rifiuto esplicito di adempiere), che legittima l'attivazione del rimedio dell'esecuzione forzata, previsto espressamente per le misure cautelari dall'art. 59, c.p.a.<sup>144</sup>

Più articolato il quadro che si presenta sposando la seconda impostazione. In questo caso, infatti, la misura cautelare che viene a essere impartita sarà plasmata sulla prestazione oggetto dell'obbligo che viene a essere, di volta

<sup>141</sup> È la nota tesi di L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

<sup>142</sup> Azione di cui, osserva, L. FERRARA, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice*, cit., XXXIX, la giurisprudenza stenta ancora a cogliere le straordinarie potenzialità «anche al confronto della tutela cautelare che si esprime attraverso le c.d. ordinanze propulsive» (nt. 39).

<sup>143</sup> Cfr. L. FERRARA, *Op. ult. loc. cit.*: «l'esecuzione (vuoi da parte della pubblica amministrazione vuoi da parte del giudice dell'ottemperanza) rappresenterebbe l'adempimento (tardivo), di per sé stesso sostitutivo dell'atto illegittimo (invero, di inadempimento)».

<sup>144</sup> Sull'ottemperanza delle misure cautelari, cfr. M. PALMA, *L'esecuzione dei decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo tra interpretazione letterale ed effettività della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 5 del 2018; F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1123 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.; M. ANDREIS, *Pronuncia cautelare, esecuzione e rinnovazione dell'attività amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2007, 1238 ss.; V. DE GIOIA, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass. leg. dottr. e giur.*, 2003, 691 ss.

in volta, violato<sup>145</sup>. Diviene così rilevante distinguere tra le diverse tipologie di norme sul potere suscettibili di essere trasgredite.

Un primo distinguo, ad esempio, può intervenire tra gli obblighi puntuali (oggetto di vere e proprie regole, come quello di motivazione *ex* art 3, l.n. 241/90) e gli obblighi a contenuto indeterminato, discendenti da principi e clausole generali che delimitano la discrezionalità d'azione. Mentre, infatti, nell'un caso il comando del giudice avrà ad oggetto l'esecuzione di quella specifica prestazione inadempita (ad es., obbligando a motivare l'atto per nulla o insufficientemente motivato)<sup>146</sup>, nell'altro, si risolverà in un generico ordine a riprovedere, volto a stimolare la ripetizione di quel segmento dell'attività di scelta governata dalla norma – a contenuto elastico – violata.

Un esempio è costituito dall'inadempimento all'obbligo di agire secondo correttezza o proporzionalità, suscettibile di tradursi nella condanna a riesaminare la propria precedente volizione, previa adozione delle condotte esigibili secondo correttezza ovvero riformulando il giudizio di proporzionalità inizialmente operato<sup>147</sup>.

Quando, infatti, si maneggiano quei limiti al potere in cui compete al giudice trasporre un contenuto precettivo vago in regole di condotta determinate impositive di altrettanti obblighi – lo si è constatato altrove –, l'esigenza che si pone, a partire dalla fase cautelare, è di individuare il punto di equilibrio tra una dimensione di tutela che sia effettiva per il cittadino (che si estrinsechi in misure rimediali efficaci e calettate sulla

<sup>145</sup> Ammette una simile possibilità di lettura L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 654, ritenendo «concepibile [...] ora la condanna all'adempimento di tutti gli obblighi determinati (quali il riconoscimento degli elementi integranti il fatto costitutivo, come precedentemente illustrato) o determinabili (quali il rispetto dei principi violati, nei termini preclusivi, si faccia la massima attenzione, risultanti dall'accertamento della loro violazione), che gravano sull'esercizio del potere discrezionale».

<sup>146</sup> Cfr. M. RENNA, *Spunti di una riflessione per una teoria generale delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 834 ss., il quale ammette la possibilità di invocare la tutela cautelare nei confronti dei diritti sorti nel procedimento (ottenendo un ordine, rivolto all'Amministrazione, di adempiere l'obbligo di un *facere* specifico). In giurisprudenza, di recente, TAR Lombardia – Milano, sez. I, 30 maggio 2013, n. 591, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio – Roma, sez. III, 22 luglio 2020, n. 4996, *ivi*, che ha accolto la domanda di *remand* ordinando all'Amministrazione di motivare puntualmente la propria determinazione.

<sup>147</sup> Da ultimo, cfr. TAR Lazio – Roma, sez. I, 26 marzo 2021, n. 1946, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, senza sospendere gli effetti del provvedimento censurato (sotto il profilo della carenza di proporzionalità e adeguatezza), ha ordinato alla Presidenza del Consiglio dei ministri di riesaminare le misure impugnate adottando, all'esito del riesame, un provvedimento specificamente motivato.

situazione soggettiva fatta valere) ma, al contempo, rispettosa degli spazi di autonomia riconosciuti all'Amministrazione<sup>148</sup>.

Sotto questo profilo, la condanna della P.A. a rideterminarsi sul punto, individuando, in adempimento dell'obbligo violato, una soluzione che risulti più adeguata (proporzionata e corretta) rispetto agli interessi del ricorrente, evita il rischio di giustapporre l'applicazione dello *standard* ricostruito dal giudice a quello elaborato dall'amministrazione (e destinato a soccombere ed essere soppiantato dall'altro nel caso in cui venisse disposta la cessazione degli effetti dell'atto)<sup>149</sup> e, nello stesso tempo, consente al provvedimento di spiegare i propri effetti, senza lasciare che il resto della cittadinanza – si pensi all'impugnazione di un atto amministrativo generale<sup>150</sup> – patisca vuoti di regolazione o di disciplina<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Sia consentito rinviare, sul tema, a G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte seconda)*, in *Dir. pubbl.*, 2020, in partic. 794 ss.

<sup>149</sup> Si tratta, cioè, di privilegiare l'adempimento in natura dell'obbligazione nascente dal principio (per la priorità dell'adempimento in natura, cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 1 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss.; ID., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, ivi, 2014, 91 ss.).

<sup>150</sup> In riferimento a tale tipologia di atti, si consideri quella giurisprudenza che, dando seguito a un indirizzo pretorio inaugurato da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cit., ha stabilito che il g.a. possa differire o non disporre affatto gli effetti di annullamento degli atti impugnati, statuendo solo gli effetti conformativi volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo. Ciò può verificarsi quando l'applicazione dell'effetto eliminatorio comporterebbe un esito sproporzionato rispetto alle esigenze di tutela del ricorrente, non strettamente necessario per il soddisfacimento dell'interesse individuale da questi fatto valere in giudizio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636 in *Foro it. (Rep.)*, voce *Giustizia amministrativa*, 2015, 766; TAR Lazio, 13 luglio 2012, n. 6418 in *Giurisdiz. amm.*, 2012, II, 1299; Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340 in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Abruzzo - Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, in *Urb. e app.*, 2012, 707). A chiosa di tale orientamento, A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss., ritiene che «il principio del “non annullamento” può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento processuale [laddove] vi sia la necessità di modellare l'istanza giudiziale sulla pretesa effettiva della parte, non trovando questa nei mezzi messi a disposizione dal Codice un corrispettivo adeguato. Nell'attuale quadro processuale, ove è assente la previsione di un'azione autonoma di condanna ad un *facere*, la modulazione degli effetti caducatori andrebbe allora limitata ai soli casi in cui essa sia funzionale ad una statuizione di condanna, la quale peraltro deve essere puntualmente dedotta in giudizio tramite rituale proposizione della relativa domanda, in conformità a quanto sancito dagli artt. 99 e 112 c.p.c.»).

<sup>151</sup> Preoccupazione che si trova espressa anche in A. POLICE, *La mitologia della “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Al di là del nesso tra autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, cura di S. PERONGINI, Torino, 2017, 216 ss. ID., *La cooperazione*

In entrambe le circostanze, tuttavia, la diversità delle misure adottabili è destinata a ritrovare unità quando si pone mente alle conseguenze della loro mancata attuazione. Tanto nel caso degli obblighi determinati, quanto in quello degli obblighi determinabili, la reiterazione dell'originario inadempimento, in cui si traduce l'adozione di un secondo atto illegittimo, assegnerà all'inesecuzione dell'obbligo (che già era stato malamente o per nulla adempiuto) il crisma della definitività, aprendo le porte – in linea con i principi del diritto e del processo civile – al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo (che, nel giudizio amministrativo, assume le forme tipiche del giudizio di ottemperanza), già a partire dalla fase cautelare.

Sotto quest'angolazione, un secondo e più rilevante distinguo, sembra essere quello che poggia sulla natura formale o sostanziale della violazione procedurale perpetrata dall'Amministrazione<sup>152</sup>. In quest'ultimo caso, infatti, l'inosservanza alla regola coinvolgerà quel momento dell'accertamento dei presupposti (specie di fatto) di esercizio del potere che tipicamente avviene nella fase istruttoria, risolvendosi in un inadempimento del relativo obbligo<sup>153</sup>.

Il che postula un'ulteriore precisazione. L'obbligo istruttorio<sup>154</sup>, infatti, può essere frammentato in tanti rapporti obbligatori quanti sono i vincoli

---

*pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche?*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Emanuele Orlando nel centenario della nascita*, a cura di S. LICCIARDELLO, Torino, 2018, 243-244 (nonché in *Nuove auton.*, 2016, 232 - 234); M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

<sup>152</sup> Sul tema della distinzione tra i due vizi, vedi A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss. Sui vizi formali dell'atto amministrativo, in partic. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385. Sui vizi sostanziali, cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993. La giurisprudenza, con un orientamento che ha condotto all'introduzione dell'art. 21-octies, l.n. 241/90, ha da sempre distinto i vizi derivanti da una difformità dal paradigma legale dettato dal legislatore, in sostanziali (se la norma puntuale ha un contenuto sostanziale, attributivo di situazioni giuridiche soggettive certe e piene al titolare), ovvero formali (se la norma prescrive solo norme di procedura o formalità non essenziali). Cfr. C. CALABRÒ, *Il Consiglio di Stato alle soglie del 2000*, in *Giorn. dir. amm.*, 407 e ss.

<sup>153</sup> Di «obbligo di espletare un'adeguata attività istruttoria» ha parlato, ultimamente, M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, cit., 198

<sup>154</sup> Obbligo che, con sostanziale concordia in dottrina, trova un limite esterno (che potremmo descrivere in termini di esigibilità) nelle norme che fissano i tempi di conclusione del procedimento e nel divieto di ingiustificato aggravio del procedimento. Sul punto, cfr. A. MEALE, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA, Torino, 2014, 242 ss.

che la legge pone all'autorità procedente in questa fase<sup>155</sup>. A un obbligo (principale) di acquisire con esattezza i fatti e gli interessi e/o verificare le condizioni di esercizio del potere indicati dalla legge, se ne accompagnano altri (accessori), coevi all'obbligazione principale o che possono sorgere in un momento a esso successivo, al verificarsi di uno specifico presupposto di legge<sup>156</sup>.

È il caso, ad es., dell'obbligo di completezza dell'istruttoria (ricavabile dall'art. 6, l. proc.<sup>157</sup>)<sup>158</sup> e, specie dopo le recenti innovazioni apportate in materia, dell'obbligo di non contestare elementi nuovi (già esistenti

<sup>155</sup> Una frammentazione del generale obbligo istruttorio in molteplici, distinti, obblighi è postulata anche da L. DE LUCIA, *Profili strutturali*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati di sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 143 ss., che li distingue a seconda della tipologia di procedimento, della complessità o del tipo di attività istruttoria (dei soggetti pubblici o dei soggetti privati) da svolgere.

<sup>156</sup> Sembra distinguere tra l'obbligo istruttorio di acquisire gli elementi imposti dalla legge (da assolvere in modo assoluto) e gli altri obblighi istruttori (su tutti, quello di acquisire pareri facoltativi), rispetto ai quali occorre «garantire un giusto equilibrio tra la completezza e la rapidità dell'istruttoria, in una logica di necessaria proporzionalità dell'eventuale ricerca, a vantaggio di una decisione “migliore”», M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, cit., 199 ss.

<sup>157</sup> Nell'art. 6, l.n. 241/90 trova, infatti, un addentellato di diritto positivo il cd. principio inquisitorio che regge l'attività istruttoria (principio in base al quale l'amministrazione deve istruire in via officiosa il procedimento senza essere condizionata – come invece nell'istruttoria processuale – dalle allegazioni delle parti), che ha come suo corollario l'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale; in forza di tale obbligo, l'attività istruttoria deve essere, innanzitutto, completa: l'amministrazione, per l'esattezza, è tenuta ad acquisire (oltre a quelli richiesti dalla legge) tutti i fatti rilevanti per la decisione finale secondo un criterio di adeguatezza e ragionevolezza (l'art. 6, c. 1, lett. b) parla, infatti, di «adeguato [...] svolgimento dell'istruttoria»); deve considerare, cioè, tutti gli elementi che ha ragionevolmente la possibilità di acquisire.

<sup>158</sup> Da leggere oggi, secondo i primi commentatori, in endiadi con quello di esaustività, che si ricava dal novellato istituto del preavviso di rigetto. Si allude, in particolare, alla previsione modificata dell'art. 10 *bis*, nella parte in cui, una volta adottata la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, vieta alla P.A. di dedurre motivi ulteriori che non siano dipendenti dalle osservazioni presentate dagli istanti. Sul tema, cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *www.federalismi.it*, n. 36 del 2020, 40, per cui l'effetto del nuovo regime è stato quello di «vincolare conseguentemente l'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, a effettuare un'istruttoria il più possibile tempestiva e completa fino al momento in cui matura la convinzione della sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza medesima» di talché si «imponesse una lettura adeguatrice dell'art. 6 medesimo, nel senso che, in seno a siffatti procedimenti, il responsabile deve “tempestivamente” accertare d'ufficio tutti i fatti» (44).

e percepibili) che non siano stati tempestivamente sollevati nel procedimento<sup>159</sup>. Quest'ultimo vincolo, di contenuto negativo e ricavabile – secondo taluni – già dalla originaria formulazione dell'art. 10 *bis* l. proc.<sup>160</sup>, ha trovato – una consacrazione e, al contempo, una disciplina di diritto positivo, nella novella del 2020<sup>161</sup> la quale, al verificarsi di uno specifico evento dedotto nella disposizione di legge – la comunicazione del preavviso di rigetto –, fa sorgere *ope legis* un obbligo per l'Amministrazione di *non facere*<sup>162</sup>.

Per essere più esatti, l'adozione del preavviso di rigetto, che nei procedimenti ad istanza di parte esaurisce e conclude – quale esito alternativo rispetto alla proposta di provvedimento favorevole<sup>163</sup> – l'attività istruttoria

<sup>159</sup> Cfr. TAR Sardegna, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1199, in *Foro amm.*, 2015, 3209, secondo cui l'autorità amministrativa è normativamente tenuta a palesare nella comunicazione "tutti" i motivi di rigetto dell'istanza.

<sup>160</sup> Vedi, anteriforma, D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, 2008, 46, per il quale l'intervenuto esaurimento della fase istruttoria vieterebbe all'amministrazione di tornare sui suoi passi e riaprirla.

<sup>161</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 12, comma 1, lettera e), del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l.n. n. 120/2020, che ha riscritto in larga parte l'art. 10 *bis*, l.n. 241/90. Sul novellato art. 10 *bis*, oltre a F. FRACCHIA P. PANTALONE, *La fatica di semplificare*, cit., 39 ss., cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss., nonché G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it); M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 25 ss.

<sup>162</sup> Circa la nuova regola di preclusione procedimentale di cui all'art. 10-*bis*, ultimo capoverso, così Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Foro it.*, III, 2021, 377 ss.: «tale precetto [...] impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza – già nella fase del procedimento (e non solo nel processo, come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati».

<sup>163</sup> La conclusione del periodo istruttorio, infatti, qualora non siano emersi elementi ostativi all'accoglimento dell'istanza, viene fatta coincidere con la proposta di provvedimento favorevole (o relazione istruttoria) che il responsabile del procedimento deve presentare al dirigente e fonte, a propria volta, di un obbligo per quest'ultimo (che ha scaturigine nell'art. 6, comma 1, lett. e), l.n. 241/90) di non discostarsene immotivatamente. Per tutti, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 249; A. ZIRO, *Il Procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* a cura di F. SCOCA, Torino, 2017,

principale (adempiendo ai relativi obblighi), assume anche il valore di fatto costitutivo di un ulteriore obbligo legale per l'Amministrazione la quale, da quel frangente in poi, sarà costretta ad attenersi alle risultanze dell'indagine inizialmente svolta, non potendo introdurre elementi ulteriori in danno dell'istante<sup>164</sup>.

È quanto emerge dalla lettura sistematica del rinnovato art. 10 *bis*, che intende garantire una miglior soddisfazione dell'interesse privato alla certezza<sup>165</sup> e stabilità dell'attività amministrativa<sup>166</sup>, attraverso l'adempimento dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi e, in caso di successiva riedizione del potere conseguente alla violazione di tale precetto<sup>167</sup>, dell'obbligo di non tenere in considerazione quegli elementi emersi o «già emergenti» dall'istruttoria, eppure non palesati con la comunicazione *ex art. 10 bis*<sup>168</sup>. Pena – quando la violazione dell'obbligo è susseguente alla sentenza di annullamento – la sanzione

---

219; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 430.

<sup>164</sup> Con l'unica eccezione, sancita dallo stesso art. 10-*bis*, l.n. 241/90, di indicare «se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni» o di addurre, in caso di annullamento in giudizio del diniego e nuovo esercizio del potere, i «motivi ostativi [che non fossero] già emergenti dall'istruttoria».

<sup>165</sup> Che è da considerarsi, a tutti gli effetti, un bene della vita: cfr., A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 178, che colloca «la certezza dei rapporti giuridici» tra i «beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili [...]»; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempistiche decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso».

<sup>166</sup> Ancora, in questo senso, depone la relazione di accompagnamento (nella parte in cui si sofferma sulla finalità di evitare «plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative»). In argomento, M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 732 ss.

<sup>167</sup> Sull'esegesi della formula legislativa utilizzata, onde comprendere in quali ipotesi concrete la norma trovi applicazione, cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 579 – 580; M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa*, loc. cit.

<sup>168</sup> Così, T.A.R. Lazio, sez. II *bis*, 12 marzo 2021, n. 3055, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 9 marzo 2021, n. 2840, ivi; Id., 4 agosto 2021, n. 9220, ivi; Id., 15 luglio 2021, n. 8467, ivi; T.A.R. Campania, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130, ivi; Id., sez. II, 27 gennaio 2021, n. 581, ivi; Id. 19 febbraio 2021, n. 1091, ivi.

normativa<sup>169</sup> della consumazione del potere<sup>170</sup>.

Si potrebbe dire che, ad oggi, il combinato disposto degli artt. 6 e 10 *bis*, l. proc., come recentemente rivisitato, faccia gravare sull'Amministrazione un fascio di prestazioni tra di loro funzionalmente interdipendenti e – scomponendo idealmente l'istruttoria procedimentale in due diversi momenti – sistemate in sequenza diacronica. Una prima tipologia, collocata in apertura di fase, che coinvolge l'attività di accertamento dei presupposti di esercizio del potere (obbligo istruttorio principale) e degli altri fatti o interessi rilevanti ai fini di una decisione finale consapevole e completa (obbligo di completezza ed esaustività). E una seconda, destinata a entrare in scena nel momento stesso in cui l'attività conoscitivo-acquisitiva si è esaurita<sup>171</sup>, che ha l'obiettivo (complementare) di preservare le certezze raggiunte dal privato dopo l'espletamento dell'istruttoria principale (e l'adempimento dei relativi obblighi), impedendo all'autorità procedente di rimettere in discussione i risultati fin lì ottenuti.

Si tratterebbe di una preclusione, letta tradizionalmente in termini di onere<sup>172</sup>, che, ragionando per categorie generali, può trovare una più convincente spiegazione nella logica del rapporto obbligatorio<sup>173</sup>, assumendo la P.A. come assoggettata all'obbligazione di non modificare *in peius* il progetto di decisione maturato all'esito del primo stadio dell'istruttoria (prestazione oggetto dell'obbligo istruttorio principale)<sup>174</sup> e

<sup>169</sup> Una sanzione che, analogamente a quanto prevede l'art. 1359 c.c. per il contraente che viola l'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione, è da ritenersi espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui l'autore di un inadempimento non può trarne effetti giuridici favorevoli (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1998, 556).

<sup>170</sup> Così, L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 579.

<sup>171</sup> E che M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, loc. cit., definisce «fase istruttoria supplementare».

<sup>172</sup> Cfr. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss., in partic. nota 47 (e, prim'ancora dell'introduzione di una norma specifica, Id., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 181 ss.); D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., 47 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Foro it.*, III, 166 ss.

<sup>173</sup> Dal momento che, come osservano D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021, 333, «l'attività istruttoria non ha rilevanza puramente interna». Circa la riconducibilità anche della fase istruttoria del procedimento al rapporto diritti-obblighi, un'apertura è presente già in M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 44 ss.

<sup>174</sup> Quella «ipotesi di provvedimento con relative motivazioni scaturenti dalle risultanze dell'istruttoria condotta» che, come osserva M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, cit., 42, che l'amministrazione è

il cittadino titolare del relativo credito<sup>175</sup>.

Così come nel rapporto di spettanza, al debitore non è consentito tornare sui propri passi ripetendo una prestazione rivelatasi utile per il creditore (e soddisfattiva del suo interesse) o alterandone, in senso peggiorativo, i connotati (cfr., ad es., gli art. 1180, 1181, 1185 comma 2, c.c., da cui si evince un principio di irretrattabilità della prestazione accettata dal creditore), alla P.A., allo stesso modo, è oggi vietato – a pena di inadempimento – modificare per sottrazione la prestazione resa in esecuzione dell'obbligo (istruttorio) principale.

7. (Segue). *Le modalità di soddisfazione della pretesa: ordine di riprovedere, ordinanza cognitiva con effetti esecutivi, giudizio di ottemperanza.*

In un simile contesto normativo, ricostruito nella chiave dogmatica del rapporto obbligatorio, le conseguenze della reiterazione di un atto illegittimo assunto a valle del giudizio cautelare (che ha condannato a ripetere la fase istruttorio), come si può intuire, dipenderanno, in larga misura, dallo specifico obbligo in cui si è concretata la violazione perpetrata dalla P.A.

Può, infatti, verificarsi che l'inadempimento in cui è incorsa l'Amministrazione precedente coinvolga il medesimo obbligo (in tesi, l'obbligo istruttorio principale) già disatteso una prima volta; in tal caso, come accade per qualsiasi altro debitore privato, si apriranno contro di essa le porte dell'esecuzione forzata<sup>176</sup>.

---

già in grado di prefigurare al momento dell'adozione del preavviso di rigetto.

<sup>175</sup> A conclusioni opposte si giunge, per contro, collocandosi in una prospettiva unitaria del rapporto amministrativo. Se, infatti, l'interesse legittimo dell'individuo è soddisfatto dall'adozione di un provvedimento legittimo (ancorché negativo), l'intervento del legislatore crea una frattura rispetto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni, determinando una «alterazione *in pejus* dell'identità (pur non pacificamente riconosciuta) tra la pubblica amministrazione e il titolare di una obbligazione civilistica (al quale è comunque data una possibilità di adempiere tardivamente, anche a seguito della sentenza di condanna — salve naturalmente le conseguenze risarcitorie per lo stesso ritardo —, diversamente dalla prima, che risulta privata della possibilità di esercitare successivamente in modo legittimo il proprio potere)» (così, L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 574, nt. 4).

<sup>176</sup> Analogamente a quanto teorizzato da L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 186, che spiega le ragioni per le quali, anche

Così come può, al contrario, accadere che il rinnovato provvedimento amministrativo riveli la trasgressione a un diverso obbligo, accessorio. È quello capita, ad es., con il divieto di addurre motivi ulteriori già evinti o evincibili dall'istruttoria di cui all'art. 10 *bis*, ult. cpv., obbligo sorto con l'adozione del preavviso di rigetto e suscettibile di essere inadempito nel corso dell'attività amministrativa rinnovatoria, già in seguito all'accoglimento – con irrogazione dell'ordine di riprovedere – della domanda cautelare.

Nel qual caso, se è vero, come emerso fin dai primi studi sulla riforma, che l'effetto preclusivo disposto dall'art. 10 *bis* – con relativa consumazione del potere – si produce al ricorrere di un evento ben individuato (l'adozione della sentenza di annullamento)<sup>177</sup>, è tuttavia innegabile che una violazione del genere, seppur realizzata prima che sia stata pronunciata la caducazione dell'atto, non potrà ritenersi priva di conseguenze<sup>178</sup>. Nel concreto atteggiarsi della vicenda, infatti, l'assenza di quei fatti – esistenti ma non evincibili alla chiusura dell'istruttoria –, che soli avrebbero potuto giustificare un secondo diniego, potrebbe già emergere all'indomani della fase cautelare (a valle, cioè, della riedita istruttoria procedimentale, oggetto dell'obbligo principale).

---

nel giudizio amministrativo, mentre l'adempimento tardivo è sempre possibile, non sono viceversa ammissibili successivi atti di inadempimento (dell'obbligazione originaria), i quali, sul piano processuale, conducono all'istituzione di un processo di esecuzione.

<sup>177</sup> Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 578 – 579, che osserva come la preclusione, secondo la stessa legge, si manifesta in caso di annullamento in giudizio del provvedimento, con la conseguenza che, per un verso «ha da esservi l'annullamento del provvedimento adottato», per l'altro, «l'esercizio del potere successivo all'annullamento, apra di necessità le porte del giudizio di ottemperanza, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato: la consumazione del potere, infatti, rende (o dovrebbe coerentemente rendere) nullo il nuovo diniego, che sia basato su un motivo ricavabile dall'istruttoria, così come nullo è l'atto in contrasto con il giudicato ai sensi dell'art. 21 *septies* l. n. 241».

<sup>178</sup> È, invece, dubbio se, in ossequio al brocardo secondo cui nel più è compreso il meno, debba farsi applicazione dell'art. 10 *bis*, ult. cpv., anche al caso (non già di annullamento ma) di sospensione cautelare degli effetti dell'atto impugnato. Nel senso di riconoscere alla sospensiva una funzione anticipatoria dell'annullamento dell'atto, di talché la prima simula in tutto (fuorché nella durata) gli effetti del secondo, ad es., T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 09 luglio 2007, n. 6586, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2564; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6473, in *Rep. Foro it.*, voce *Giustizia amministrativa*, 2010, n. 743; Tar Sicilia, sez. III, 1 marzo 2010, n. 2274, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1072; Tar Puglia, sez. I, 4 gennaio 2001, n. 24, in *Rep. Foro it.*, voce *Giustizia amministrativa*, 2001, n. 770; Tar Calabria – Reggio Calabria, 10 febbraio 2016, n. 161, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso contrario, per una non sovrapponibilità tra i due rimedi, T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 12 maggio 2016, n. 5652, in *Foro it.*, 2016, III, 592.

In una situazione del genere, come si può intuire, è la sollecitata riedizione del potere a portare alla ribalta – prim'ancora che il giudizio sia definito con sentenza – la necessità di una verifica precoce dell'inadempimento all'obbligo di non alterare gli esiti dell'istruttoria<sup>179</sup>. Ripercorrendo le fasi dell'indagine scandite nel procedimento, infatti, il giudice del merito non potrà esimersi dall'accertare se i motivi ostativi addotti *ex novo* dall'Amministrazione erano tra quelli ammessi dalla legge o meno. Con la conseguenza, in questo secondo caso, di poter apprezzare, ancor prima che sia concluso il giudizio, l'inadempimento all'obbligo di *non reformatio in peius* e il conseguente venir meno di quel residuo margine che il legislatore ha concesso all'Amministrazione per negare il provvedimento finale.

Tale circostanza, a ben considerare, renderà superflua la ripetizione, all'indomani della sentenza di annullamento, di una già svolta, pedissequa, verifica sull'operato dall'autorità procedente, creando le condizioni affinché sia lo stesso giudice del merito, in uno con la sentenza di annullamento, a emanare una condanna all'adozione del provvedimento divenuto, proprio a seguito della fase cautelare, ad esito vincolato<sup>180</sup>.

Con l'ulteriore, importante precisazione che, se nuovamente sollecitato prima che intervenga la sentenza che definisce il giudizio (ma dopo l'esecuzione del *remand* in precedenza impartito), sarà ancora il giudice della cautela a poter anticipatamente – e in via interinale – disporre la condanna all'adozione del provvedimento favorevole<sup>181</sup>.

Questo, infatti, sembra poter essere l'effetto prodotto dall'onda lunga

---

<sup>179</sup> Sul *remand* quale strumento attraverso il quale si esauriscono i profili valutativi della fattispecie, consentendo al giudice di pervenire a una più completa cognizione della fattispecie concreta, si era soffermato A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 133 e 245 ss. In giurisprudenza, cfr. TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 08 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1852 ss.

<sup>180</sup> Circa l'esistenza, in capo al giudice, di un generale dovere di valutare «se in concreto residui un potere di scelta in capo all'autorità procedente, o se questo non si sia (appunto) già esaurito, tale che una volta rimosso o sostituito l'elemento di illegittimità della fattispecie [...] quella scelta già effettuata non possa che comportare un'unica conseguenza – la spettanza del provvedimento richiesto», si è espresso A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 230. In argomento, nel passato e con posizioni contrapposte, cfr. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca sugli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 326 ss. e E. STICCHI DAMIANI, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3365 ss.

<sup>181</sup> Consentendo, così, di superare quella tendenza a ritenere incompatibile, ancora di recente, condanna all'adempimento e natura astrattamente discrezionale dell'attività (cfr., in materia di silenzio, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 05 marzo 2011, n. 324, in *Guida al dir.*, 2011, 9, 61; T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 dicembre 2011, n. 400, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3910).

delle modifiche apportate dalle più recenti norme sulla semplificazione procedimentale, mosse dall'intento di congelare il quadro di riferimento della decisione amministrativa all'esaurimento della (prima) fase istruttoria; quando, cioè, l'organo preposto ha colmato lo spettro delle possibili indagini e ha predisposto la comunicazione dei motivi ostativi.

Era, d'altra parte, programmato che le più immediate ricadute del nuovo regime fossero di ordine sia sostanziale, che processuale, in quanto intenzionalmente destinate a trasformare la situazione soggettiva vantata dal privato<sup>182</sup>, innescando, in una sorta di effetto domino, una variazione condizionata alla latitudine dei poteri esercitabili dal giudice<sup>183</sup>.

Quest'ultimo, a cui all'indomani della rinnovata istruttoria è devoluta la cognizione di un potere depauperato di ulteriori margini di intervento (essendo non più contestabile il campo di rappresentazione dei fatti su cui far riposare la decisione), si troverà dinanzi a un numero di possibili scelte conclusive del procedimento, definito e non più modificabile, all'interno del quale ben potrebbe capitare che il rilascio del provvedimento richiesto, ancorché non spettante in base a un'astratta applicazione della legge, si riveli l'unica soluzione coerente e conforme alle risultanze dell'istruttoria<sup>184</sup>.

Si aprirebbe, così, uno scenario in cui la combinazione dei due fattori (la cristallizzazione dell'istruttoria e l'anticipazione, per effetto della misura cautelare, del momento in cui viene accertato l'inadempimento dell'obbligo di non modificarne le risultanze) porti a una consumazione, avvenuta all'interno del procedimento<sup>185</sup>, di tutti gli spazi (residui) di

<sup>182</sup> Divenuta, secondo L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 584, un «diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo» oppure, a volerne conservare la natura creditizia, un «diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole».

<sup>183</sup> In tal senso, depona la stessa relazione di accompagnamento (che chiarisce come, attraverso la disposizione in parola, «si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale»).

<sup>184</sup> In ragione di ciò, avanza dubbi di costituzionalità della norma per irragionevolezza e violazione del principio di uguaglianza rispetto al terzo controinteressato, M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, cit., 256 – 257. Un problema di tutela degli «altri interessi, pubblici e privati, che pure sono affidati alle cure dell'amministrazione nei procedimenti a istanza di parte» è segnalato anche da P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2020, 306.

<sup>185</sup> Ha considerato la discrezionalità come «una dote che si spende essenzialmente nel procedimento e che può risultare del tutto consumata al momento della decisione», A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 981.

discrezionalità<sup>186</sup>, trasformando il potere, da originariamente discrezionale, in vincolato (in concreto)<sup>187</sup>.

Ricorrendo questa ipotesi, perciò, il nuovo provvedimento sarebbe espressione di un'obbligazione diventata – all'esito del particolare atteggiarsi della fase inquisitoria – a prestazione specifica<sup>188</sup>, consistente nell'esito positivo del procedimento<sup>189</sup>. Con la conseguenza che il giudice della cognizione, al ricorrere di tali presupposti, sarà autorizzato a emettere – anche in fase cautelare – una pronuncia (ancorché interinale) di condanna al rilascio anticipato del provvedimento favorevole<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> In precedenza, il tema era stato affrontato da TAR Campania – Napoli, sez. VII, 7 marzo 2017, n. 1307, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045, in *Dir. e giust.*, 2012; Id., sez. III, 08 giugno 2011, n. 1428, *cit.*, al cui avviso «anche una attività “in limine litis” connotata da discrezionalità [può], a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai “segnata” nel suo sviluppo», con conseguente ammissibilità della condanna dell'Amministrazione all'adozione del provvedimento favorevole sulla scorta dell'art. 34 c.p.a. Sulle differenze tra quest'ultima impostazione e quella giurisprudenziale del cd. *second shot*, cfr. A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. amm.*, 2018, 252, nt. 149.

<sup>187</sup> Cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, *cit.*, 579, nota n. 30, ove si afferma che «se la preclusione procedimentale si fosse manifestata rispetto a tutti i fatti esistenti al momento dell'istruttoria [...] si sarebbe però potuto affermare che l'atto successivo all'annullamento è un atto interamente vincolato».

<sup>188</sup> Ovvero, per dirla con le parole di certa dottrina, un'obbligazione “di risultato” (L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, *cit.*, 160) o una situazione “a risultato garantito” (G. VERCILLO, *La tutela della “chance”. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 24 ss.). Temi su cui si veda, da ultimo, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, *cit.*, 134 ss.

<sup>189</sup> A cui corrisponderebbe, per implicazione logica necessaria, un diritto di credito al rilascio del provvedimento favorevole.

<sup>190</sup> Se non addirittura un'ordinanza che, sul modello della sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga dell'art. 2932, c.c., tenga luogo – interinalmente – degli effetti del provvedimento amministrativo. In tema, cfr. L. FERRARA, *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo non emanato*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, *cit.*, 648, che si domanda «se la piena soddisfazione della situazione soggettiva dell'attore, laddove l'attività della p.a. è vincolata, non vada piuttosto rinvenuta in una sentenza di accertamento costitutivo o in una sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga di quella di cui all'art. 2932 c.c.»; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, *cit.*, 1179, secondo cui per gli atti vincolati l'ordinamento potrebbe riconoscere la possibilità per il giudice di emanare un provvedimento «che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio». Nel processo civile, per la compatibilità tra art. 2932 e art. 700 c.p.c., ad es., Trib. Bologna, sez. II, 23 dicembre 2005,

In un'evenienza siffatta, cioè, la somma dei vincoli che delimitano il quadro istruttorio, produrrà l'effetto di rimuovere ogni limite, teorico e di carattere positivo, all'applicazione, anche in fase cautelare, di una condanna all'adempimento, modellata sul tipo della decisione assunta *ex art.* 34, lett. e), da adottare nelle forme dell'ordinanza cd. sostitutiva<sup>191</sup> ai sensi dell'art. 55, c.p.a.<sup>192</sup> Nel qual caso, la successiva, eventuale fase di ottemperanza – attivata ai sensi dell'art. 59, c.p.a. – avrà a oggetto i soli aspetti meramente esecutivi del rilascio coattivo del provvedimento ordinato<sup>193</sup>.

## 8. *Concludendo*

In principio, sono i diritti. Questo è il verbo della Costituzione che, già in apertura dell'*incipit* sui principi fondamentali (agli artt. 2 e 3), accoglie il proprio lettore mostrando di riservare ai diritti dell'individuo (come singolo e nelle sue manifestazioni collettive) quell'investitura sacramentale che li eleva ad assi portanti dello Stato di diritto.

Una priorità logica (e assiologica), su cui si regge la democrazia costituzionale<sup>194</sup>, che reclama un sistema processuale di difesa dei cittadini, contro gli atti di una Pubblica amministrazione, qualitativamente

---

in *Dejure.it*; Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, *ivi e*, con più generale riferimento alle azioni costitutive, Trib. Vicenza, 11 dicembre 2018, in [www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com](http://www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com); Trib. Roma, sez. VI, 13 gennaio 2017, in *Ilprocessocivile.it*, 2017; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Dejure.it*.

<sup>191</sup> Sul tema delle ordinanze sostitutive, cfr. A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, cit., 2502; E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 291 ss.; D. DE CAROLIS, *Art. 55*, in *Commentario del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, 2010, 537 ss. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2005, n. 4354, cit.; Id., sez. V, 18 maggio 2004, n. 2227, in *Cons. Stato*, I, 2004, 1356; TAR Puglia – Lecce, sez. I, 16 luglio 2008, n. 616, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>192</sup> Cfr. S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, cit., 917 – 918, che attribuisce al c.p.a. il merito di aver reso simmetrici i poteri del giudice amministrativo, affiancando alla atipicità delle pronunce cautelari, l'atipicità della sentenza.

<sup>193</sup> Su cui vedi già, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., in partic. 85 ss. e 193 ss.

<sup>194</sup> L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 15 ss., a opinione del quale, nell'essenza della democrazia costituzionale, non si può che «assume[re] come “punto logico di partenza” l'individuo», quale «base legittimante del potere pubblico».

all'altezza di un ordinamento repubblicano proiettato in una dimensione internazionale ed europea. E di un giudice che possa definirsi tale, secondo la nozione ricavabile dalla Costituzione e dalle convenzioni sovranazionali sui diritti fondamentali<sup>195</sup>.

Il primato dei diritti postula, cioè, che la risoluzione giurisdizionale delle controversie, civili o amministrative che siano, debba essere sempre contraddistinta dall'imparzialità del decisore – che rappresenta «la caratteristica ultima (nel senso di fondamentale) e irriducibile della funzione giurisdizionale»<sup>196</sup> – e da una sostanziale uniformità nell'applicazione dei principi generali e delle leggi che tali diritti attribuiscono e proteggono<sup>197</sup>; corollario, a propria volta, della più generale parità degli individui – e dei loro diritti – dinanzi alla legge<sup>198</sup>.

La digressione condotta nelle pagine che precedono, tuttavia, ha portato a galla uno spaccato della giurisdizione amministrativa, chiamata a somministrare provvedimenti in via d'urgenza, sospeso tra luci e ombre.

L'attuale volto della tutela preventiva, infatti, racconta di un istituto che, per quanto rappresenti una prerogativa irrinunciabile nella difesa dell'individuo che si misura con il potere<sup>199</sup>, calato nell'ambiente del processo amministrativo, non è mai riuscito davvero a schierarsi dalla parte dei diritti, rimanendo ancora distante dal paradigma rimediale immaginato dalla Costituzione. Permane, tanto nell'articolato codicistico, quanto nella cultura del giudice della cautela, quella «strutturale (o istituzionale o sistematica) [...] relazione di "vicinanza e contiguità"» con l'interesse pubblico<sup>200</sup>, a cui fa da *pendant* una persistente divaricazione,

<sup>195</sup> L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 63 ss.

<sup>196</sup> L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 66, rispetto alle quali, soggiunge l'A., «l'indipendenza e la terzietà costituiscono delle precondizioni, dei presidi e degli strumenti, necessari ma non sufficienti» (ma vedi, altresì, 73 ss., sull'imparzialità del g.a.).

<sup>197</sup> Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., in partic. 73 ss., che ha colto nell'art. 111, ultimo comma, Cost. la riprova dell'unità della giurisdizione, se non altro intesa quale garanzia di uniforme applicazione della legge e, dunque, di uguaglianza dei cittadini dinanzi a essa. Ha evidenziato la frequenza con cui i principi generali del diritto vengano diversamente interpretati dai giudici di ultima istanza, F. VOLPE, *Sull'attualità del sistema dualistico di giustizia amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, 2019, 5 ss.

<sup>198</sup> L'imparzialità come proiezione del principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge codificato all'art. 3, Cost. è messa in evidenza da N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, in partic. 101, ss.

<sup>199</sup> A cominciare da C. Cost., 28 giugno 1985, n. 190, cit.

<sup>200</sup> Che, prosegue L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 77, «la legge costruisce tra chi deve giudicare e una parte processuale», addivenendo alla conclusione per la quale «i principi di indipendenza e di imparzialità non sembrano tollerare questa

nella disciplina e nell'applicazione dell'istituto, tra la difesa interinale dei diritti avanti al g.a. e avanti al g.o.

Appare, dunque, inevitabile un'ulteriore, decisa spinta verso il cambiamento che, se non altro nel nome dell'unitarietà funzionale della giurisdizione<sup>201</sup>, riavvicini i principi e le regole che sovrintendono alla materia cautelare, mettendo i diritti, senza ulteriori e procrastinate ambiguità, al vertice del sistema anche della giustizia amministrativa. Solo così facendo si potrà riconoscere un ruolo di vera garanzia al g.a. e alla tutela cautelare da esso amministrata, fino a «ricondurla a pieno titolo nell'alveo della funzione giurisdizionale, costituzionalmente deputata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (o della legalità soggettiva), ai sensi, innanzitutto, dell'art. 24 Cost.»<sup>202</sup>.

---

“embricazione” e soprattutto questo “rapporto privilegiato” tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione».

<sup>201</sup> Su cui si era già espressa Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Urb. e app.*, 2004, 1275.

<sup>202</sup> L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 75.