

La tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo.

Presupposti e contenuto. (*)

avv. Salvatore Leone

Docente presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni
Legali dell'Università Magna Graecia di Catanzaro

Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studi organizzato dalla Scuola di Formazione Forense dell'Ordine degli Avvocati di Lamezia Terme in data 27 maggio 2011.

(*) In ricordo degli avvocati Franca Andricciola e Giuseppe Scillia, indimenticabili Colleghi del Foro lametino.

1. Premesse generali.

Com'è noto, il provvedimento amministrativo è assistito dal generale carattere dell'*esecutorietà*; il provvedimento, infatti, in quanto finalizzato alla tutela del pubblico interesse, nel momento in cui è divenuto efficace, può essere posto in esecuzione, nonostante siano sorti, nel destinatario di esso, dubbi sulla sua legittimità (1).

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

La tutela cautelare trova copertura negli artt. 24 e 111 della Costituzione, nei principi generali del diritto comunitario (di effettività della tutela giurisdizionale e dell'effetto utile delle disposizioni comunitarie) e, infine, negli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (2).

Si tratta di norme applicabili anche al processo amministrativo, al cui interno il legislatore mantiene un margine di discrezionalità nel configurare il giudizio cautelare con tratti peculiari e distintivi.

Il nuovo codice del processo amministrativo disciplina le misure cautelari negli artt. da 55 a 61, mentre in altre disposizioni del codice si prevedono norme particolari relativamente ai cc.dd. riti speciali.

Tradizionalmente, la tutela cautelare presenta i caratteri della provvisorietà e della strumentalità rispetto al giudizio di merito ed è legata alla sussistenza di due presupposti: il *periculum in mora* (il pregiudizio dell'interesse sostanziale fatto valere nelle more del giudizio) ed il *fumus boni iuris* (la verosimiglianza circa la fondatezza dell'azione di merito, fondata su un giudizio sommario e di probabilità) (3).

2. Evoluzione storica e profili generali.

La più risalente fonte dedicata al giudizio cautelare amministrativo fu l'art. 12 della legge 31 marzo 1889 n. 5992 (meglio conosciuta come legge Crispi istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato), ai sensi del quale la proposizione del ricorso non aveva effetto sospensivo del provvedimento impugnato, se non in presenza di “*gravi ragioni*”.

Successivamente, l'art. 39 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) ha confermato la possibilità, per il ricorrente, di chiedere la sospensione del provvedimento impugnato solo “*per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente*”.

In tempi più recenti, l'art. 21, settimo comma, della legge 7 dicembre 1971 n. 1034 (istitutiva dei Tribunale Amministrativi Regionali), ha previsto la facoltà per il soggetto che “*abbia proposto ricorso giurisdizionale*” di chiedere al giudice la *sospensione* dell'atto impugnato.

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

- a) la proposizione del ricorso giurisdizionale *non* comporta *automaticamente* la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, perché si ritiene pregiudizievole per l'interesse pubblico che l'esecuzione degli atti amministrativi, dotati di esecutorietà, venga paralizzata da impugnazioni che potrebbero avere scopo dilatorio (4) ;
- b) la tutela cautelare si esaurisce in un rimedio *tipico*, costituito dalla *sospensione* del provvedimento impugnato con il ricorso giurisdizionale, non essendo consentito al giudice amministrativo adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso (5) ;
- c) non si prevede una tutela cautelare *ante causam*, vale a dire antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale (lacuna colmata con l'art. 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per il solo settore degli appalti pubblici e, in via generale, con l'art. 61 del codice del processo amministrativo) (6).

Il nostro sistema di giustizia amministrativa veniva così a differenziarsi nettamente dalle soluzioni accolte da altri ordinamenti europei.

In particolare, l'ordinamento francese, oltre alla possibilità per il giudice di sospendere il provvedimento impugnato nell'azione di annullamento (*contentieux de l'annulation*), contempla varie altre misure (*rèfère*) attivabili in caso di urgenza, specialmente di ordine istruttorio (7).

Nell'ordinamento tedesco, contrariamente alla soluzione accolta dal legislatore italiano, la proposizione dell'azione di annullamento determina, automaticamente, la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato; mentre altre tipologie di misure cautelari sono previste in relazione ad altri tipi di azione (8).

3. Il modello tradizionale e la sua evoluzione.

Nella disciplina delineata dal legislatore italiano, il giudizio cautelare poteva offrire tutela esclusivamente nel caso che venisse impugnato un atto a contenuto *positivo*, come tale idoneo ad incidere direttamente su un bene della vita, già acquisito al patrimonio del ricorrente, paralizzandone gli effetti, in modo da pervenire alla definizione del giudizio *re adhuc integra* (ad esempio, l'accoglimento dell'istanza di sospensione di un decreto di occupazione d'urgenza, o di espropriazione, consente di preservare il diritto di proprietà del ricorrente, nelle more del giudizio).

L'assetto normativo originario lasciava privo di tutela, invece, un vasto settore dell'attività amministrativa, rappresentato dai cc.dd. provvedimenti a contenuto *negativo* (diniego di concessione, diniego di autorizzazione, diniego di ammissione a gara o concorso, ecc.).

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

La limitazione della tutela cautelare ai soli provvedimenti a contenuto *positivo*, con terminologia più moderna *restrittivi* della sfera giuridica del destinatario, discendeva dalla formulazione letterale dell'art. 21 della legge n. 1034/1971, che parlava di *sospensione* del provvedimento impugnato, senza alcun riferimento ad altri tipi di misura cautelare.

Il problema era reso ancor più grave dal fatto che la norma in esame sembrava riferire la sospensione, non già all'atto amministrativo *ex se*, quanto alla sua *esecuzione*, come tale concepibile esclusivamente con riguardo a provvedimenti suscettibili di attuazione materiale (ad esempio, la sospensione di un decreto di espropriazione consente al privato di preservare il diritto di proprietà, nelle more del giudizio; la sospensione dell'atto che irroga una sanzione pecuniaria consente al ricorrente, in via provvisoria, di sottrarsi al pagamento) (9).

La sospensione, invece, non era compatibile in relazione ai provvedimenti a contenuto *negativo*, con più moderna terminologia *ampliativi* delle posizioni giuridiche del privato, come tali non suscettibili di esecuzione materiale (10).

La distinzione tra atti a contenuto positivo ed atti a contenuto negativo si ricollega, sul piano teorico generale, a quella tra interessi c.d. *oppositivi* (o *statici*), i quali tendono alla conservazione di una situazione di vantaggio, incisa dall'atto amministrativo; ed interessi *pretensivi* (o *dinamici*), con i quali si aspira ad ottenere dall'amministrazione il provvedimento ampliativo richiesto (11).

Nel sistema di giustizia amministrativa del tempo, restavano quindi scoperte, e prive di tutela, tutte quelle posizioni giuridiche sostanziali incise da atti di contenuto *negativo* (lesivi di interessi legittimi *pretensivi*), con i quali l'amministrazione negava l'ampliamento della posizione giuridica del soggetto richiedente (dinieghi di concessione, autorizzazione, ammissione a concorsi, ecc.).

A tal riguardo, si osservava – in senso ostativo alla possibilità della tutela cautelare – che l'unico effetto di un atto negativo (ad esempio, il diniego di concessione) era quello di lasciare immutata la situazione giuridica del destinatario, impedendo al soggetto di acquisire il bene della vita cui egli aspirava (12).

L'eventuale sospensione dell'atto impugnato non avrebbe portato al ricorrente alcun effetto utile, posto che un effetto utile sarebbe potuto derivare soltanto dalla condanna della pubblica amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto dal privato (nel caso, il rilascio della concessione richiesta).

Era pertanto evidente l'insufficienza del modello cautelare originario ad offrire una tutela piena ed effettiva del ricorrente, anche perché all'epoca non era ancora stata riconosciuta la risarcibilità dell'interesse legittimo.

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

L'impostazione tradizionale fu progressivamente superata dalla giurisprudenza, dapprima introducendo, nell'ambito degli atti negativi, una rilevante distinzione tra atti negativi in senso *proprio* ed atti negativi in senso *improprio*, nonostante si tratti in entrambi i casi di provvedimenti di rigetto dell'istanza del privato (13).

Si è così osservato che gli atti negativi in senso *improprio*, pur se caratterizzati da un diniego, producono effetti innovativi, atteso che essi modificano, in qualche modo, la situazione giuridica del destinatario di essi.

In questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sospensione del diniego di dispensa dal servizio militare, dal momento che, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto *positivo* nel provvedimento: il diniego di dispensa *equivale* infatti, implicitamente, all'*ordine* di prestare il servizio militare (14).

Sempre in questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la sospensione del diniego di rinnovazione di concessione (ad es. di bene demaniale), dal momento che anche in questo caso, pur trattandosi di provvedimento negativo, è possibile individuare un contenuto *positivo*: il diniego di rinnovazione di concessione equivale, infatti, implicitamente all'*ordine* di rilascio del bene oggetto di concessione (15).

La giurisprudenza amministrativa ha quindi recuperato, nell'ambito degli atti negativi, uno spazio per la tutela cautelare.

6. Gli atti negativi propri e le aperture giurisprudenziali.

Più complessa si presentava, invece, la situazione relativa ai c.d. atti negativi *propri* (o *puri*), i quali non provocano alcuna modificazione della situazione giuridica del destinatario o della realtà materiale, in relazione ai quali la misura cautelare della sospensione appariva inconfigurabile, in

quanto inidonea od inutile (si pensi, ad esempio, alla richiesta di sospensione del *diniogo* di autorizzazione) (16).

Diverse erano le obiezioni che venivano sollevate alla possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari di contenuto diverso dalla sospensione, in particolare (17) :

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

Il Consiglio di Stato, tuttavia, facendosi carico del problema della tutela avverso gli atti negativi *puri*, aveva notato che, essendo la misura cautelare diretta ad evitare un pregiudizio grave ed irreparabile nella sfera del ricorrente, siffatto pregiudizio ben avrebbe potuto verificarsi anche in relazione ai c.d. atti negativi puri.

Determinante, ai fini del mutamento giurisprudenziale, si è rivelata l'esigenza di garantire nel processo amministrativo la stessa pienezza ed effettività della tutela cautelare assicurata dal processo civile, in forza della c.d. *interpretazione adeguatrice* dell'art. 21 della legge n. 1034/1971 (18).

Per reagire all'indicata mancanza di tutela, si era sviluppata, a partire dal 1975, una giurisprudenza pretorile che sosteneva l'ammissibilità del ricorso al giudice ordinario, per ottenere la tutela cautelare prevista dall'art. 700 c.p.c., anche quando la controversia principale rientrava nella giurisdizione del giudice amministrativo (19).

Tuttavia, il legame inscindibile fra giudizio cautelare e giudizio principale (di merito) opera in modo da non consentire il frazionamento della giurisdizione tra due compagini giudiziarie diverse (nella specie, il giudice

ordinario per la fase cautelare ed il giudice amministrativo per la fase di merito).

Le Sezioni Unite, pertanto, dichiararono il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, adito in sede cautelare ex art. 700 c.p.c. (20).

A questo punto, due Tribunali Amministrativi Regionali hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 ult. comma, della legge n. 10347/1971, nella parte in cui non consente, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di emettere pronunce sommarie di pagamento di somme, a carico dell'amministrazione, ed in favore del pubblico dipendente (21).

La Corte Costituzionale, intervenendo sulla questione, ha dichiarato l'illegittimità della norma ora richiamata, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare, provvisoriamente, gli effetti della decisione sul merito (22).

Sulla base del principio di effettività della tutela cautelare, recependo le "istanze" provenienti dai giudici ordinari e dalla stessa Corte Costituzionale, a partire dal 1990, la giurisprudenza amministrativa è giunta ad ammettere misure cautelari non limitate alla sola sospensione dell'atto impugnato, ma impositive dell'obbligo per l'amministrazione di adottare, in via provvisoria, determinati provvedimenti o comportamenti (c.d. ordinanze *propulsive*).

Si parlò, all'epoca, di "settecentizzazione" del processo amministrativo, con evidente allusione all'art. 700 del codice di procedura civile (23).

Per solito, le ordinanze *propulsive*, accanto alla sospensione del provvedimento impugnato, impongono all'amministrazione il riesame del

provvedimento amministrativo, tenendo conto dei criteri adottati dal giudice amministrativo nella motivazione dell'ordinanza (c.d. *remand*) (24).

Il modello classico di ordinanza *propulsiva* è ben rappresentato da una recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 febbraio 2010 n. 1658, ord.: “*Le ordinanze cautelari possono avere un’efficacia propulsiva ... consistente nell’ordine, rivolto all’amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all’adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale*”.

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

Il passo successivo è stato quello di attribuire all’ordinanza cautelare, non soltanto una mera natura conservativa (in grado di assicurare tutela agli interessi oppositivi), ma anche il potere di imporre all’amministrazione un preciso obbligo di comportamento in sede di riesame del provvedimento (in modo da assicurare protezione agli interessi pretensivi).

Infine, si è osservato che il carattere strumentale della cautela, nel giudizio amministrativo, deve essere valutato, non tanto in relazione alla sentenza di merito (di annullamento), quanto e soprattutto ai provvedimenti che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adottare in ottemperanza alla sentenza.

Il risultato di questa elaborazione giurisprudenziale è stato quello di ammettere pronunce cautelari che, in via provvisoria, obblighino l’amministrazione a riesercitare il potere amministrativo : “*la sospensione dell’efficacia del provvedimento negativo, provocando l’inidoneità dell’atto amministrativo a disciplinare la situazione giuridica, determina la*

reviviscenza del dovere dell'amministrazione di provvedere, regolando ex novo e medio tempore la situazione" (così, limpidamente, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20.9.1994 n. 2438, ord.).

7. Esame della casistica giurisprudenziale.

La giurisprudenza amministrativa fa larghissimo uso delle ordinanze *propulsive* nelle più svariate materie (25) :

a) *pubblici concorsi* :

In applicazione dei principi indicati, si è assicurata la tutela cautelare in materia di ammissione a gare, concorsi pubblici ed esami di abilitazione.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ammesso, *"allo scopo di garantire una immediata tutela giurisdizionale, anche cautelare, l'ammissione con riserva a gare, esami e concorsi"* (C.d.S., IV, n. 2168/2005, ord.).

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che, essendo l'ammissione operata con riserva, in virtù della intrinseca provvisorietà della misura cautelare, il ricorrente, in sede cautelare, non può pretendere una ammissione in via definitiva (C.d.S., VI, n. 785/2002, ord.).

Si sono, invece, registrati dei contrasti nella giurisprudenza amministrativa per quanto concerne il rapporto tra l'ammissione con riserva ad un pubblico concorso e gli esiti successivi della procedura concorsuale.

Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, una volta superato il concorso a seguito dell'ammissione con riserva, non è possibile conseguire la nomina in servizio, sino a quando l'ordinanza cautelare non abbia ricevuto conferma *nella sentenza* che accoglie il ricorso (C.d.S., VI, n. 306/2001, ord.).

Sotto questo profilo, è corretto affermare che l'ammissione con riserva costituisce una misura cautelare che, da un lato, soddisfa (sia pure con

effetti provvisori) l'interesse del candidato-ricorrente a partecipare alle successive fasi della procedura concorsuale; e, dall'altro, tutela l'interesse pubblico, ponendosi, in particolare, a presidio del principio di continuità che connota i procedimenti concorsuali.

b) *competizioni elettorali* :

La giurisprudenza ha fatto applicazione delle ordinanze propulsive anche nella materia elettorale.

TAR Veneto, Venezia, sez. I, 9.10.1997 n. 1593, ord., ha ammesso con riserva alla competizione elettorale per il rinnovo della carica di Presidente del Consiglio Regionale una lista esclusa dall'Ufficio elettorale centrale.

c) *organizzazione della pubblica amministrazione* :

Nella materia indicata merita di essere ricordata l'ordinanza del TAR Emilia-Romagna, sez. Parma, n. 260/1996, con la quale si dispone l'inserimento in via provvisoria del ricorrente, aspirante giudice tributario, negli appositi elenchi e si ordina all'amministrazione finanziaria di riesaminare la domanda del ricorrente.

d) *gare d'appalto* :

In materia di procedure di gara per la scelta del contraente, la tutela cautelare non si limita alla sola sospensione, ma incide anche sul procedimento con ordinanze propulsive.

L'ipotesi più frequente è quella delle ordinanze propulsive che dispongono la riammissione alla gara di concorrenti esclusi.

TAR Emilia-Romagna, Parma, 4.11.1997 n. 400, ord., dispone la riammissione dell'impresa ricorrente alla gara e la conseguenziale riformulazione della graduatoria.

TAR Veneto, Venezia, 5.11.1997 n. 1670, ord., dispone la rinnovazione della procedura di gara, in considerazione della illegittima composizione della commissione preposta alla valutazione dei progetti.

TAR Sardegna, Cagliari, 20.9.1996 n. 547, ord., sospende i provvedimenti impugnati e dispone che la commissione giudicatrice riesamini le giustificazioni fornite dall'impresa, in relazione alla sospetta anomalia dell'offerta.

e) *urbanistica ed edilizia* :

In materia si segnala TAR Sicilia, Catania, sez. III, 8.1.1997 n. 23, ord., con la quale si ordina all'amministrazione di provvedere nuovamente e motivatamente sulla domanda di approvazione del piano di lottizzazione presentata dal ricorrente.

f) *altre tipologie* :

In altri casi, le ordinanze propulsive prevedono la sospensione del provvedimento impugnato accompagnata da ulteriori prescrizioni :

- di provvedere nuovamente, integrando la motivazione carente (C.d.S., IV, 10.7.2001 n. 3862, ord.) ;
- di considerare elementi di fatto emersi nel giudizio e non precedentemente valutati (C.d.S., V, 6.3.2001 n. 1427, ord.) ;
- di reiterare l'istruttoria, in modo da consentire l'audizione degli interessati (C.d.S., IV, 24.4.2001 n. 2403, ord.) ;
- di non tener conto delle ragioni indicate nell'atto sospeso (C.d.S., IV; 13.3.1996 n. 389, ord.).

8. Le ordinanze sostitutive.

Accanto alle cc.dd. ordinanze propulsive, è possibile individuare un altro modello di ordinanze cc.dd. di tipo *sostitutivo*, consistenti in misure positive con le quali il giudice amministrativo adotta direttamente le prescrizioni necessarie, producendo in via anticipata, nelle more della definizione del giudizio, gli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione (26).

In tal caso, con tecnica più incisiva rispetto alle ordinanze propulsive, la misura cautelare di tipo sostitutivo comporta che l'ordinanza collegiale tiene luogo del provvedimento invocato dal ricorrente, e negato dall'amministrazione.

E' importante sottolineare che le ordinanze *sostitutive* trovano applicazione nel caso di attività vincolata dell'amministrazione o comunque, come si afferma in giurisprudenza, "*a basso tasso di discrezionalità*".

Appartiene a questa categoria l'ordinanza (V, 18.5.2004 n. 2227), con la quale il Consiglio di Stato, ritenuta fondata la pretesa del ricorrente di non veder ammesso alla competizione elettorale un contrassegno suscettibile di generare confusione con il proprio, ha ordinato in sede cautelare modifiche al contrassegno contestato.

Altrettanto significativa è l'ordinanza (VI, 27.9.2005 n. 4354), con la quale il Consiglio di Stato ha ordinato all'amministrazione di rilasciare al ricorrente, in via provvisoria, la concessione negata, riservandosi di nominare un commissario *ad acta*, in caso di inadempimento.

Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa di merito, significativa è l'ordinanza con la quale il TAR Puglia, Lecce (sez. I, 16.7.2008 n. 616), ha accolto la domanda cautelare diretta alla sospensione del diniego del comune di consentire la rinnovazione dell'installazione di un gazebo, "*disponendo che il ricorrente possa provvedere alla installazione del gazebo nei modi assentiti dal comune precedentemente*".

9. La tutela cautelare avverso il silenzio dell'amministrazione.

La tutela cautelare non soffre limitazioni neppure nei confronti dei casi di *silenzio* serbato dall'amministrazione a fronte dell'istanza di un soggetto che, ritenendo di averne la facoltà, chiede l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

L'accoglimento dell'istanza di sospensione, in siffatti casi, paralizza gli effetti pregiudizievoli del comportamento inerte dell'amministrazione, non già nel senso di far riesperire una situazione giuridica (che il privato non ha ancora conseguito), ma di puntualizzare a carico dell'amministrazione il dovere di esaminare *medio tempore* l'istanza del ricorrente, in attesa della sentenza di merito (27).

Il modo di essere della tutela cautelare e la gamma delle tecniche utilizzabili non subiscono alterazioni rispetto al modello ordinario, soprattutto laddove il silenzio assurga al rango di provvedimento tacito.

Del resto, la "sospensibilità" del silenzio, nel senso precisato, è da tempo pacifica nella giurisprudenza (TAR Sicilia, Catania, 14.9.1993 n. 802, ord.; TAR Abruzzo, L'Aquila, 24.4.1995 n. 189, ord.).

L'unico problema potrebbe derivare dal fatto che il codice del processo amministrativo prevede per il silenzio un apposito rito *speciale* (art. 117 e segg.), con la conseguenza che la particolare rapidità del rito si rivelerebbe incompatibile con la tutela cautelare.

Il problema pare tuttavia di agevole soluzione, considerato che l'orientamento unanime della giurisprudenza amministrativa e della prevalente dottrina è orientato nel senso di ritenere ammissibile la tutela cautelare anche nel "rito speciale" (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 28.12.2000 n. 472, decr.).

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

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, completando il lungo processo evolutivo sopra delineato, ha infine esteso ulteriormente il novero delle misure cautelari, affermando la possibilità per il giudice amministrativo, nell'ambito della *giurisdizione esclusiva*, di condannare l'amministrazione al pagamento di una provvisoria (28).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 1/2000) – nonostante i contrasti esistenti in dottrina e nella stessa giurisprudenza – ha affermato l'esigenza di completare la tutela cautelare del ricorrente, nelle controversie devolute alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo – attribuendo al giudice il potere di emettere un'ordinanza di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma a titolo di provvisoria.

L'ordinanza di condanna al pagamento di una somma a titolo di provvisoria, specificamente prevista adesso dall'art. 55 del codice del processo amministrativo, si distingue nettamente dallo strumento del decreto ingiuntivo.

La prima necessità della preventiva delibazione dei presupposti, comuni a tutte le misure cautelari, del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il decreto ingiuntivo, invece, può essere emesso ove il giudice riscontri la liquidità ed esigibilità del credito unitamente alla prova scritta, come avviene nel processo civile.

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

La successiva evoluzione legislativa, in particolare l'art. 3 della legge 21.7.2000 n. 205, con la completa riscrittura dell'art. 21, comma 7, della legge n. 1034/1971, codifica il principio dell'*atipicità* delle misure cautelari nel processo amministrativo, recependo una ormai consolidata prassi giurisprudenziale.

Come ben evidenzia una recente ordinanza del Consiglio di Stato (V, 19.2.2007 n. 833), “*le misure cautelari propulsive (oggi unanimemente ammesse, stante il principio dell'atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3 della legge n. 205/00), consistono nell'ordine, rivolto*

all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Il c.d. remand (così è anche denominata la figura delle ordinanze propulsive) instaura dunque un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima".

La lunga evoluzione legislativa e giurisprudenziale trova, finalmente, un punto d'arrivo negli artt. 55 e segg. del codice del processo amministrativo, intitolati alle "*misure cautelari collegiali*" (29).

(1) Per un primo commento alla nuova disciplina della tutela cautelare nel codice del processo amministrativo v. Palliggiano-Zingales, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 104 e segg.; Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 337 e segg.; Ferrari, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 202 e segg.; Leone G.-Maruotti-Saltelli, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 569 e segg.-.

(2) Per questi profili v. Bellomo, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 3, Padova, 2009, 513 e segg. (dal quale sono state riprese numerose idee ed osservazioni).

(3) Sui presupposti del *fumus* e del *periculum* v. Juso, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2001, 335 e segg.; Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, 137 e segg.; per una prospettiva più attuale v. Franco, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, vol. 2, Milano, 2008, 461 e segg.-.

(4) v. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 301; Franco, *op. cit.*, 448.

- (5) v. Virga, op. cit., 304; Cassarino, Manuale di diritto processuale amministrativo, Milano, 1990, 378; Zeviani Pallotta, Considerazioni sui possibili contenuti e limiti delle pronunce cautelari del giudice amministrativo, in Il Cons. di St., 1980, II, 955.
- (6) v. Sanino, Il processo cautelare, in Cerulli Irelli (a cura di), Verso il nuovo processo amministrativo, Torino, 2000, 249 e segg.-.
- (7) Amirante-Rosi, Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, nel Trattato di diritto amministrativo diretto da Santaniello, Padova, 1996, 201 e segg. -.
- (8) Bifulco, Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Milano, 2008, 284-286.
- (9) v. ancora le considerazioni di Bellomo, op. cit., 525.
- (10) Virga, op. cit., 305-306.
- (11) sulla distinzione tra interessi oppositivi ed interessi pretensivi v. Caianiello, Diritto processuale amministrativo, Torino, 1994, 174 e segg.; Andreani, Gli interessi pretensivi dinamici nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1994, 327 e segg.; più di recente, v. Saitta, op. cit., 327.
- (12) v. ancora Virga, op. cit., 305.
- (13) Freni (a cura di), La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo, Milano, 2011, 12 e segg.-.
- (14) per questa impostazione v. Cassarino, op. cit., 379.
- (15) v. ancora Cassarino, op. cit., 379.
- (16) sugli atti negativi c.d. “puri”, v. Freni, op. cit., 13 e segg.; Caianiello, op. cit., 626 e segg.-.
- (17) Paleologo, Il giudizio cautelare amministrativo, Padova, 1971, passim.
- (18) sulla c.d. “interpretazione adeguatrice”, v. Bellomo, op. cit., 520 e 526-527.
- (19) cfr. Pret. Pisa, 30.7.1977, in Foro it., 1977, I, 2354; Pret. Pisa, 16.5.1978, in Riv. giur. lav., 1979, II, 329; richiamate anche da Mignone,

in Mazzarolli (ed altri), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, vol. 2, 1931.

(20) cfr. Cass., sez. un., 25.10.1979 n. 5575; Cass., sez. un., 1.10.1980 n. 5336; Cass., sez. un., 17.1.1986 n. 277; nonché Mignone, *op. cit.*, 1931.

(21) TAR Lazio, Roma, sez. III, 5.5.1980 n. 371, ord., in *T.A.R.*, 1980, 1560; TAR Toscana, Firenze, 18.4.1980 n. 182, ord., in *T.A.R.*, 1980, I, 2564.

(22) Corte Costituzionale, 25.6.1985 n. 190 (rel. V. Andrioli), in *Foro it.*, 1985, I, 1881.

(23) v. De Roberto, Prefazione al volume di Freni, *La tutela cautelare cit.*, pag. XVI.

(24) sulle c.d. “ordinanze propulsive”, v. Bellomo, *op. cit.*, 526-527; Juso, *op. cit.*, 342-343; Freni, *op. cit.*, 16-17; Franco, *op. cit.*, 456 e segg.-.

(25) ampia rassegna in AA.VV., *La sospensione nel giudizio amministrativo*, nella collana Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 187 e segg.; Romano-Villata, *Commentario Breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 739-740.

(26) Sulle “ordinanze sostitutive”, v. Romano-Villata, *op. cit.*, 740; Traina, in Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 532.

(27) Juso, *op. cit.*, 343; Traina, *op. cit.*, 534; Saitta, *op. cit.*, 132.

(28) Freni, *op. cit.*, 18-19; Villata-Romano, *op. cit.*, 742; Traina, *op. cit.*, 5.

(29) Freni, (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011; Palliggiano-Zingales, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 104 e segg.; Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 337 e segg. -.

