

La domanda cautelare, l'azione di ottemperanza e quella avverso il silenzio nel sistema del codice del processo amministrativo: per un inquadramento sistematico¹

Prof. Avv. Giuseppe Tropea – Università Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. Specialità del rito e teoria generale del processo: un binomio possibile? – 2. Riti speciali e tutela cautelare, tra esigenze di funzionalità e lo spettro di una giustizia “semplificata”, contraria ai principi di base del giusto processo. – 3. Il modello degli strumenti generali di semplificazione dei ricorsi. Alcune criticità. – 4. La tecnica del *remand*, anche nei rapporti tra giudice di primo grado e giudice d’appello, nonché giudice/legislatore, in alcune problematiche applicazioni giurisprudenziali. – 5. La tutela del cittadino rispetto al silenzio: persistenti criticità, specie di ordine sostanziale. – 6. (*Segue*) Il caso emblematico, ancora aperto, della tutela del terzo avverso la s.c.i.a. – 7. La polivalenza codicistica del giudizio di ottemperanza e i persistenti dubbi. – 7.1. Il difficile approdo verso un giudizio effettivamente “sul rapporto”. – 7.2. Il problema degli atti adottati dal commissario *ad acta*. – 10. Conclusioni aperte: «(...) *Quod est inferius, est sicut quod est superius, et quod est superius, est sicut quod est inferius* (...)».

1. La scienza del processo amministrativo ha raramente tentato un inquadramento in chiave sistematica dei riti differenziati, principale oggetto dell’odierno incontro di studi.

Ciò non deve troppo stupire: anche i civil-processualisti hanno in linea di massima trascurato la chiave della teoria generale, mentre è da sempre molto diffusa la produzione sui singoli riti speciali.

Poiché non si ha qui la pretesa di affrontare partitamente tutte le attuali questioni interpretative relative ai riti speciali nel processo amministrativo, tenteremo di darne una lettura sintetica più che analitica, delineando una chiave prospettica di sviluppo pur nelle persistenti criticità, nell’ottica di più generali fenomeni che stanno coinvolgendo l’identità profonda del processo amministrativo.

È solo negli anni '70 e '80 del secolo scorso che i processualisti italiani iniziano ad occuparsi del fenomeno in chiave sistematica. Dopo lo stigma di Virgilio Andrioli, che aveva definito il compendio dei riti speciali come “un UPIM”², per denotarne la scarsa caratura teorico-generale, in seguito, soprattutto grazie ai lavori di Andrea Proto Pisani, si traccia un parallelo tra differenziazione dei riti e decodificazione sul piano sostanziale³. La congerie di procedimenti speciali contenuta nel codice di procedura civile viene indicata quale strumento privilegiato per la realizzazione delle ragioni della borghesia abbiente (imprenditori, professionisti, proprietari), mentre il rito del lavoro viene rappresentato come ideale contraltare volto alla tutela, sul piano del processo, della classe operaia.

¹ Testo della relazione, corredato di note essenziali, all’incontro formativo organizzato dall’Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, sul tema “*Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell’appello*”, presso il Tar del Lazio, Roma, 15 e 16 marzo 2018.

² V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile. Vol. IV: Procedimenti speciali*, Napoli, 1964.

³ A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 205 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss.

Questa impostazione, che già all'epoca ricevette da autori come Verde⁴ forti critiche per la sua carica ideologica, non è detto possa prestarsi a fornire oggi un corretto inquadramento generale dei riti differenziati nel processo amministrativo.

È stato osservato, da un compianto Maestro, che la suddetta tesi più che di "differenziazione del rito" fa in realtà questione di "differenziazione della tutela", sicché, in tale contesto, la differenziazione del rito perde in qualche modo di importanza, e non appare più l'immane conseguenza di ogni istanza di "decodificazione"⁵.

In secondo luogo, non sempre la proliferazione dei riti differenziati si lega, in diritto positivo, a valori soggettivi particolari, cioè a manifestazioni del soggetto riconoscibili e caratterizzanti sul piano socio-economico.

Tale rilievo consente di fare un passo avanti nell'analisi, e impone una precisazione.

Il tema che mi è stato affidato è relativo non già a tutti i riti differenziati, ma a quelli più propriamente "speciali". In tale contesto, peraltro, la tutela cautelare nel processo amministrativo fa storia a sé, e verrà affrontata in questa sede limitatamente alle connessioni che oggi presenta col più generale obiettivo della semplificazione della decisione dei ricorsi.

Come noto, l'obiettivo della funzionalità del processo è stato affrontato dal c.p.a. attraverso tre modelli generali:

i) quello dei riti "accelerati", riservato a un numero di materie oggi piuttosto ampio (v. artt. 119 ss. c.p.a.), e oggetto di dibattito in particolare con riguardo alla disciplina del rito c.d. super-speciale in materia di appalti pubblici, di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.⁶, rispetto al quale è stato recentemente effettuato un rinvio pregiudiziale dall'ordinanza n. 88/2018 della I sez. del Tar Piemonte;

ii) quello dei riti "speciali", per la tutela di specifiche situazioni ritenute meritevoli di protezione;

iii) quello relativo agli strumenti generali di semplificazione della decisione dei ricorsi: l'anticipazione della decisione di merito alla fase cautelare (art. 60 c.p.a.); l'utilizzo, in questo e in altri casi, della sentenza in forma semplificata (art. 74 c.p.a.); l'introduzione dei decreti presidenziali decisori (art. 85 c.p.a.).

Quindi, se è vero quanto detto, la ricostruzione tradizionale della scienza civil-processualistica non vale in questa sede anche per banali ragioni relative alla specificità della tematica affrontata.

I riti propriamente speciali, come gli strumenti generali di semplificazione della decisione dei ricorsi, sfuggono per loro natura all'aggancio col tema della decodificazione sul piano sostanziale delle posizioni del singolo definito sul piano economico-sociale. Emblematici il

⁴ G. VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Studi in memoria di S. Satta*, II, Padova, 1982, 1867 ss.

⁵ A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, a cura di F. Astone, P. Falzea, A. Morelli, F. Saitta, L. Ventura, Soveria Mannelli, 12.

⁶ Cfr. I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 661 ss.; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 888 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*; L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, C.P.A. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 714 ss.

rito per l'accesso ai documenti amministrativi, quello sul silenzio, l'ottemperanza. Il loro protagonista coincide col cittadino *tout court*, assolutamente "qualunque" e non differenziato, sicché la diversa modulazione del rito non può in questi casi agganciarsi a valori peculiari del soggetto che se ne serve⁷.

Da un lato ciò "rafforza" la presenza del rito speciale nel nostro ordinamento. Infatti, se il modello del rito speciale non può essere assimilato a quello dei riti accelerati, si ridimensiona il problema dei "costi indiretti" di questi ultimi. Esso è rappresentato, come noto, dal fatto che istituire un binario preferenziale per la decisione di alcune vertenze equivale, a risorse invariate, a tollerare un maggior ritardo per le altre. Se invece riteniamo che per i riti speciali la differenziazione è legata alla circostanza che in questi casi la stessa possibilità di tutela è subordinata alla celerità della decisione e che non ammettere una tutela efficace comprometterebbe profili essenziali del rapporto fra cittadini e istituzione, anche perché questi riti (su tutti i ricorsi per l'esecuzione del giudicato e quelli avverso il silenzio e i dinieghi o silenzi in materia di accesso) confermano «le storture di un sistema in cui la pubblica amministrazione non sempre rispetta le sentenze del giudice e risponde alle istanze del cittadino»⁸, è evidente che il tema dei "costi indiretti" perde di rilievo⁹.

D'altra parte questo non significa che non possono essere individuate nuove chiavi di lettura sistematica anche per i fenomeni di cui ai punti *ii*) e *iii*), e, sulla base di esse, provare a passare al vaglio taluni profili applicativi di particolare criticità.

Probabilmente le coordinate teorico-generalì entro le quali inquadrare tali istituti sono date dall'ottica "processualista" e non "sostanzialista" tipica dell'originaria impostazione civil-processualista. Se è così, e così dovrebbe risultare alla luce dei rilievi sopra svolti, il problema principale non è tanto quello del "quando" diversificare, ma quello del "come" farlo, avendo come parametro il rispetto dei principi essenziali del giusto processo¹⁰.

⁷ A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, cit., 13.

⁸ C. VOLPE, *Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 presso il Tar Lazio*, in *www.giustamm.it*, 28, il quale evidenzia il sempre alto numero di tali ricorsi: nel 2017, presso il Tar Lazio, pari al 10,09% per l'esecuzione del giudicato ed al 5,96% per il rito sul silenzio. Discorso non dissimile potrebbe farsi per la tutela in materia di accesso, con riguardo alla quale la difficoltà che incontra il cittadino non discende tanto dalla complessità delle questioni giuridiche, quanto da criticità "endemiche": su tutti i persistenti atteggiamenti di deresponsabilizzazione dei funzionari, che si trincerano spesso dietro comportamenti inerti, specie a causa delle recenti tendenze del nostro legislatore volte ad implementare il livello di *performance* della p.a. soprattutto inasprendo il regime della responsabilità del funzionario, il quale continua a preferire la strada del "non decidere" a quella del "decidere male". In tal senso i caratteri di "specialità" del rito in materia di accesso (camera di consiglio e contestuale dimezzamento dei termini processuali; facoltà di stare in giudizio personalmente; possibilità di condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico; giurisdizione esclusiva) trovano la propria *ratio* nel dato che si tratta di un contenzioso da definirsi in maniera rapida, in considerazione del fatto che si ha a che fare con questioni che non presentano particolari difficoltà. Cfr., sul punto, M. CALABRÒ, *La tutela dell'accesso: i profili rimediali*, paper della Relazione al Convegno su *L'amministrazione trasparente in Austria e in Italia*, Trento, 28 febbraio 2018, che l'autore mi ha gentilmente consentito di leggere.

⁹ A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, 987. Sulla proliferazione dei riti differenziati e il problema dei "costi indiretti" v. anche M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 12.

¹⁰ Cfr., ancora, A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, cit., 15.

Si è dell'avviso che il tema dei riti speciali, in quanto strettamente collegato a quello della funzionalità del processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, non può essere sganciato da "parole chiave" che ultimamente sono fortemente presenti nel discorso giurisprudenziale, non sempre con adeguata consapevolezza sistematica da parte dell'interprete. Parole, o locuzioni, come processo giusto, in quanto – e solo in quanto – di ragionevole durata, processo come servizio pubblico, abuso del processo, progressivo declino del principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, forniscono oggi lo scenario di fondo entro il quale operano molte pratiche interpretative della giurisprudenza¹¹.

Non importa, almeno per ora, connotare in chiave positiva o negativa tali fenomeni di ampio respiro. Piuttosto può essere interessante sviluppare tale canovaccio sistematico per tentare di meglio inquadrare proprio il tema dei riti speciali, attraverso i quali vedere riflessi tali rivolgimenti, proprio perché essi manifestano in modo palese questo spostamento dell'asse dei valori che tradizionalmente (e con alterni equilibri) connotano la giurisdizione: dalla *giustizia* alla *certezza* della decisione¹².

Ciò, peraltro, contribuisce a ridimensionare la specialità del rito, mostrando come esso non possa che risentire dei rivolgimenti che stanno interessando tutta l'identità del processo amministrativo. Tale rilievo trova una chiara conferma se si pensa agli strumenti generali di semplificazione dei ricorsi, per i quali un legame col giudizio di cognizione è *in re ipsa*, ma vale evidentemente anche per il giudizio di ottemperanza, la cui incerta natura sconta tuttora le perplessità che si danno, più a monte, in tema di oggetto del processo amministrativo. A ben vedere, tuttavia, la capacità del rito speciale di riflettere più ampie dinamiche ordinamentali è propria anche del rito sul silenzio. Almeno sotto due punti di vista: sia perché, come noto, esso ha costituito il prototipo sul quale si è poi fondata l'azione di adempimento, sia perché, ancora più ampiamente, esso consente di effettuare una ricognizione più ampia di persistenti problemi di ordine sostanziale, che toccano tradizionali principi del diritto amministrativo in profonda rielaborazione, anche a causa delle recenti riforme della pubblica amministrazione.

2. A me pare che tale impostazione consenta di fornire una lettura dei riti speciali nel processo amministrativo sotto almeno due convergenti punti di vista.

i) Il primo, tendenzialmente più *mainstream*, è volto ad indagare quanto effettivamente il rito speciale consenta forme di tutela effettive ed efficaci per il cittadino. Un approccio di questo genere, beninteso, può e deve valere per tutti i tipi di rito speciale, anche se oggi mi pare particolarmente presente soprattutto nel dibattito riguardante il rito sul silenzio, per il quale il nuovo codice non sembra aver contribuito ad una definizione di tutti i problemi (testimoniati dall'evoluzione della giurisprudenza della Plenaria paradossalmente tracciante, in tema, una parabola discendente in termini di effettività della tutela per il

¹¹ Cfr., in chiave critica, R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; ID., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1093 ss.

¹² Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 589 ss.

cittadino)¹³, fors'anche perché trattasi di questioni acute dalle vicende sostanziali relative all'obbligo di conclusione del procedimento, per non parlare del tema della tutela dei terzi di fronte agli imponenti fenomeni di semplificazione e liberalizzazione di attività in corso.

ii) Il secondo, che ha pretese di più ampio respiro teorico, e che anche per questo qui può essere solo abbozzato, è relativo proprio all'inquadramento dei riti speciali nell'ambito dei più ampi rivolgimenti sistematici che stanno toccando il processo amministrativo, e che abbiamo sopra sinteticamente suggerito cercando di fornire semplici "parole chiave". In un contesto in cui l'asse della giurisdizione, sempre più intesa come *servizio*, tende a spostarsi assecondando il valore primario dalla *certezza* piuttosto che quello della *giustizia*, il rischio è che la ricerca di un modello minimale di "giusto processo", che pur in questi casi si impone, sia tutta virata sull'idea di processo ragionevolmente breve¹⁴, con delle ricadute dirimpenti anche per il nostro tema.

Non sembra un caso che proprio nei riti speciali si manifesta in modo palpabile la presenza di un'ormai pervasiva idea di *effettività*, declinata come atipicità e "polisemiticità"¹⁵ della tutela (dalla cautela all'ottemperanza), con evidente declino di tradizionali principi come quello di strumentalità (si pensi, ancora, all'ambito della tutela cautelare), che ha portato il legislatore del codice a tradurre tali fenomeni – di origine giurisprudenziale – nella previsione da un lato di "passerelle" cautela/merito, dall'altro di una fisionomia composita del giudizio d'ottemperanza.

Ci si potrebbe interrogare sul se tale modello di giustizia "semplificata", sempre più destrutturato e decostruito, mantenga una sua unità concettuale, e soprattutto rispetti un ideale, sia pure minimo, di giusto processo, specie sotto il profilo della tutela del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria¹⁶. Sotto quest'ultimo aspetto colpisce la non lieve contraddizione tra queste tendenze neo-decisioniste e l'accresciuta complessità delle valutazioni che la modernità richiede sempre più spesso al giudice¹⁷, nell'ambito di un processo amministrativo che, peraltro, si vorrebbe sempre più "sul rapporto" e con un

¹³ Di recente, sul tema, cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss., la quale osserva come, dopo la legge n. 205 del 2000, la prevalente giurisprudenza (su tutte la nota Ad. plen. n. 1/2002) adotta una soluzione restrittiva e formalista sui poteri del giudice nel rito sul silenzio (di accertamento e, al più, di condanna generica a provvedere) fondando le proprie argomentazioni eminentemente sull'assioma: modello processuale accelerato/giudizio ad oggetto limitato. Tale assetto sembrerebbe confermato dai caratteri del rito speciale nel c.p.a. Questo non esclude, secondo l'autrice, che la tutela piena dell'interesse finale possa ottenersi abbinando all'azione contro il silenzio quella di adempimento (*ex art. 34, comma 1, lett. c*), soggetta quest'ultima al rito ordinario, tranne i casi di manifesta fondatezza/infondatezza, trattabili nella sede sommaria.

¹⁴ Fenomeno trasversale, che tocca anche, evidentemente, il processo civile. Si v. sul punto, per tutti, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *ID.*, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 49 ss.

¹⁵ Ad. plen. n. 2/2013.

¹⁶ Fortemente critico, ad es., E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 885 ss.

¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, cit., 18.

sindacato sempre più incisivo sulla c.d. discrezionalità tecnica (di *full jurisdiction* per dirla con i termini, ormai di uso comune, provenienti dalla Corte Edu)¹⁸.

Accennerò a questi temi in seguito, anche con l'ausilio di alcune vicende giurisprudenziali a mio avviso emblematiche.

3. Si può ora cercare di trovare alcuni riscontri a tali premesse generali.

Partiamo dal modello degli strumenti generali di semplificazione della decisione dei ricorsi.

Si tocca qui, giocoforza, il tema dell'evoluzione della tutela cautelare, nel senso della progressiva perdita del suo carattere di strumentalità rispetto alla tutela di merito. Vero è, infatti, che il rapporto di strumentalità col giudizio di merito è stato rafforzato attraverso la previsione dell'improcedibilità della domanda cautelare finché non sia presentata istanza di fissazione dell'udienza del merito (art. 55, comma 4 e art. 56, comma 1, c.p.a.), a differenza del processo civile in cui la strumentalità ha subito un'attenuazione per tutti i provvedimenti c.d. anticipatori¹⁹, ma è altresì da notare come tale strumentalità sia – in un altro senso – andata attenuandosi quanto più la giurisprudenza ha ampliato i suoi margini di intervento nei casi di inerzie o dinieghi dell'amministrazione, fino ad arrivare alla codificazione/consolidazione di un sistema di fitte interrelazioni fra fase cautelare e merito (c.d. "passerelle") che dovrebbe portare ad un'armonizzazione dei due valori in materia tradizionalmente in potenziale conflitto: effettività e concentrazione.

Si tratta di un discorso ben noto, che la giurisprudenza amministrativa ha saputo tradurre in un importante percorso di progressivo accrescimento dell'effettività della tutela, specie con riguardo agli interessi legittimi pretensivi²⁰.

Non è questa la sede per diffondersi sulle eventuali criticità di tale approccio, specie con riguardo ai rapporti col giudizio di merito, che hanno fatto tanto discutere la dottrina negli ultimi decenni²¹.

Il profilo che può essere interessante evidenziare, anche in un'ottica di attualità, riguarda piuttosto l'idea di un giudizio cautelare con i connotati della giurisdizione di merito²². Una tesi, questa, espressa in un'epoca non recentissima, ma che oggi appare vivificata nell'ambito di una connotazione del principio di *effettività* della tutela che, lungi dall'essere mero motore conformatore delle giurisdizioni amministrative nei vari Paesi europei sotto le

¹⁸ Cfr., sul tema, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. 207 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, cit., 109 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 699-702.

¹⁹ Cfr. A. STORTO, *La tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1145.

²⁰ Cfr., per tutti, l'ormai classico lavoro di E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981.

²¹ Cfr. A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss.; ID., *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 178 ss.

²² A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 1, c. 2491 ss.

rassicuranti insegne della giurisdizione soggettiva²³, pare invero portare ad una profonda embricazione tra procedimento e processo, in una declinazione del principio di effettività della tutela che finisce per premiare la visione di un giudice amministrativo che si “fa” sempre più amministrazione²⁴.

Scontato il riferimento alla tecnica del *remand* che, di fatto, ha spianato la strada all'introduzione, non a caso originariamente per via giurisprudenziale²⁵, dell'azione di adempimento col secondo decreto correttivo (art. 34, comma 1, lett. c, c.p.a.).

Peraltro il legislatore del codice non si è limitato a cogliere tali fermenti.

È andato oltre.

È stato detto che il codice riparte proprio dalla fase cautelare, ma ne muta alcuni tratti fondamentali. Mentre prima, di fronte al protrarsi patologico del processo ordinario, la fase cautelare ha svolto un ruolo di supplenza, fino a determinarsi una “cautelarizzazione” del processo amministrativo, oggi la fase cautelare tende ad estendersi al merito: una fase cautelare “in attesa di espansione”, pronta a farsi merito²⁶. In tal senso si leggono spesso in modo coordinato gli artt. 55 (commi 9, 10, 11), 60, 72, 74, del codice, dai quali discenderebbe una progressione dai minimi ai massimi del processo amministrativo breve. Il sistema tende, quindi, verso la tutela definitiva in modo da evitare – per quanto possibile – che il processo cautelare determini una sostituzione sostanziale, poco trasparente e spesso difettosa, dal processo principale.

La questione, peraltro, andrebbe considerata sotto un altro profilo, in genere poco indagato, seppure spesso fonte di incertezze applicative: si pensi al tema dei rapporti tra tutela cautelare e riti speciali, ed alla potenziale incompatibilità tra essi a causa del carattere celere del rito speciale. Significativa, in merito, l'oscillante giurisprudenza in tema di accesso agli atti: da un lato si segnalano pronunce che hanno ammesso la tutela cautelare, spesso nella forma dei decreti *inaudita altera parte*, dall'altro orientamenti più restrittivi, che negano la tutela anticipata poiché l'eventuale adozione della misura cautelare consentirebbe al ricorrente di ottenere in via interinale la definitiva soddisfazione della propria pretesa, in modo da rendere inutile la prosecuzione del processo nel merito e da produrre un pregiudizio irreparabile in capo ad eventuali controinteressati (titolari del diritto alla *privacy*).

Restano sul campo molti problemi aperti. Accennerò solo ad alcuni, sempre guardando all'impostazione generale sopra indicata, e farò un esempio tratto dalla giurisprudenza di qualche anno fa.

In linea generale si potrebbe dire che se l'estensione della decisione di merito all'esito della fase cautelare rappresenta un importante progresso, che in effetti ha spesso consentito lo smaltimento del contenzioso, d'altra parte questa previsione sconta, sul piano pratico, il limite di fondo legato alle limitate risorse a disposizione: se il numero di magistrati è

²³ Secondo il quadro generale autorevolmente descritto da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, trad. it., Milano, 2007.

²⁴ Cfr. G. ROMEO, *Effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss.

²⁵ Cfr. Tar Lombardia, sez. III, n. 1428/2011; Ad. plen. n. 3/2011.

²⁶ E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, cit., 940.

insufficiente, non si può pretendere che l'utilizzo di questi strumenti sia frequente come la previsione legislativa consentirebbe²⁷.

Da un punto di vista più tecnico-giuridico, restano i problemi del rispetto dei principi base del giusto processo, primo fra tutti quello del contraddittorio e della parità delle armi, nonché il rischio – sempre presente – di una eccessiva semplificazione di alcuni snodi processuali che – specie in un giudizio che si vuole “sul rapporto” – dovrebbero essere essenziali, su tutti l'istruttoria.

I dubbi interpretativi che ruotano attorno a una disposizione come l'art. 74 c.p.a. sono, in questo senso, emblematici. Una cosa è profilare una semplificazione della motivazione come maggiore sintesi nella illustrazione del fatto e delle ragioni della decisione, altra è pensare che l'art. 74 c.p.a. possa autorizzare il giudice ad arrestarsi alle censure “più liquide”, idea che potrebbe reputarsi suffragata dal ricorso più frequente al rimedio dell'appello²⁸.

Si badi, anche in questo caso sono in gioco scenari sistematici ben più ampi, ben noti pure allo studioso del processo civile, che ha avuto modo di misurarsi su questo potenziale contrasto tra “ragione più liquida” ed esigenze di accertamento pieno, e definitivo, del rapporto controverso, in occasione della nota sentenza delle Sezioni unite, n. 26242/2014, in tema di impugnative negoziali.

E' interessante, ai nostri fini, notare come in tale pronuncia, nella ricostruzione dei valori funzionali dell'oggetto del processo²⁹, cui fa coerente seguito quella dei profili strutturali (secondo un'inversione espositiva non a caso rivendicata come metodologicamente più congrua), vengano valorizzati soprattutto i principi che fanno da corollario a quello del rispetto della non illimitata risorsa-giustizia, fra i quali: a) il principio di corrispettività sostanziale; b) di stabilità delle decisioni giudiziarie; c) di armonizzazione delle decisioni, così da evitare la scomposizione delle unità della situazione sostanziale in una indefinita molteplicità rappresentata da “minime unità decisorie”; d) di concentrazione delle decisioni; e) di effettività della tutela, declinata nel senso di rappresentare un ostacolo ad ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa; f) di giustizia delle decisioni (espressione ritenuta non meramente declamatoria, alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 Cedu); g) di economia (extra)processuale, declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare l'eventualità di moltiplicazione seriale dei processi; h) di lealtà e probità processuale.

Poste tali premesse, si accede all'opzione strutturale che valorizza le esigenze pubblicistiche del processo, e che porta ad una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con valori di sistema della *celerità e giustizia*. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito.

²⁷ A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, cit., 987. D'altra parte dalle statistiche emerge una costante crescita dell'impiego della sentenza in forma semplificata. Emblematico il caso del Tar del Lazio, con un incremento nel 2017 del 28%. Cfr. sul punto C. VOLPE, *Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 presso il Tar Lazio*, cit., 20.

²⁸ A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, cit., 987.

²⁹ Definita un «decidere per valori» da S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 122.

Invero quando si vogliono individuare i limiti del giudicato affermando che la giurisdizione è un servizio che non è possibile rendere a risorse illimitate si introduce un elemento spurio, in quanto si legittima, in nome della penuria delle risorse economiche, il potere arbitrario del giudice di stabilirne i limiti senza essere vincolato alle richieste delle parti e senza essere legittimato da una precisa disposizione di legge, in contrasto con l'art. 34 c.p.c. Il giudice non risolve la singola controversia, ma si preoccupa di un'esigenza di carattere generale di cui non è e non può essere responsabile³⁰.

Il nostro raffronto più prossimo è dato dalla fondamentale Ad. plen. n. 5/2015, in tema di ordine di esame dei motivi di ricorso e loro assorbimento. Una sentenza di non agevole esegesi che, pur affermando *in apicibus* la centralità della giurisdizione soggettiva, finisce poi per lasciare aperte le porte alla prevalenza della ragione più liquida, e all'assorbimento anche dei motivi di ordine sostanziale volti alla tutela della pretesa del ricorrente, quando il ricorso sveli vizi particolarmente gravi della procedura, e manchi l'espressa gradazione dei motivi, in ossequio ad una persistente centralità della dimensione pubblica del processo amministrativo, cogliendone sullo sfondo l'interesse generale dell'intera collettività «*ad una corretta gestione della cosa pubblica, e (...) ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadano sulla collettività*»³¹. Nel caso di vizio di incompetenza, peraltro, il discorso si fa ancor più delicato: alle criticità dell'affermata priorità nell'accertamento di tale vizio, anche in caso di gradazione della domanda e nel senso ampio in cui l'incompetenza viene intesa proprio da Ad. plen. n. 5/2015, potrebbe aggiungersi la tendenza di una certa giurisprudenza ad applicare tale modello di giudizio già in sede cautelare, attraverso un impiego della tecnica del *remand* che rischia di compromettere l'intensità del sindacato su tale vizio (a fronte della sua affermata pregiudizialità).

Peraltro, la riprova che tali tendenze legislative possono mettere a rischio gli spazi concreti di difesa delle parti, è data, più di recente, dalla legge n. 208/2015, che ha introdotto nel codice il nuovo art. 71-bis, in base al quale, una volta presentata l'istanza di prelievo, il Tar può decidere il ricorso con una sentenza in forma semplificata, in esito ad una camera di consiglio destinata essenzialmente a verificare la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nel corso della quale sono "sentite sul punto" le parti costituite.

I dubbi su tale disposizione sono molti³², e vanno dall'assoggettamento dell'intera fase decisoria al "rito camerale" all'ampiezza delle difese che possono essere svolte dai difensori delle parti nella camera di consiglio, poiché l'art. 71-bis sembra prefigurare un giudizio con difese essenzialmente scritte, con un intervento orale in udienza avente ad oggetto le sole condizioni di ammissibilità della decisione.

È forse anche per queste ragioni di incertezza che molti Tar non hanno utilizzato particolarmente tale disposizione. Il rilievo mostra come la scelta di politica legislativa sul "come" semplificare il rito non sia un gioco a somma zero, poiché le incertezze in punto di garanzie delle parti finiscono pure per condizionare il successo operativo dell'istituto.

³⁰ Cfr. G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 19

³¹ Sia consentito, sul tema, il rinvio a L.R. PERFETTI-G. TROPEA, "Heart of darkness": *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.

³² Cfr. A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, cit., 988.

Un'ulteriore riprova, mi pare, di come il "giusto processo" non possa considerarsi solo come il processo di ragionevole durata³³. Sennonché, come proverò a mettere in luce anche in seguito, questa mia convinzione non pare confermata dalle più attuali dinamiche giurisprudenziali, da anni presenti in Cassazione e più di recente attecchite pure presso la giurisprudenza amministrativa.

Si tratta di tendenze di lungo periodo, espressione di una "politica" giurisprudenziale della Cassazione che, seppure non sempre percepita nella sua portata rivoluzionaria, finisce per impoverire il contenuto precettivo dell'art. 25 Cost., nella parte in cui prevede la garanzia del giudice naturale, sostanzialmente facendo diventare tale garanzia parte del principio secondo il quale il giudice deve essere "terzo ed imparziale", poiché l'idea di fondo è che una decisione, quanto più rapida possibile, ci sia, a prescindere dal giudice che la rende³⁴.

4. Scontato a questo punto il riferimento al tema dell'abuso del processo, sul quale in questa sede non posso troppo soffermarmi³⁵.

Il tema della tutela cautelare intreccia per più versi tale questione. Uno, di più agevole comprensione e minore criticità sistematica, è relativo agli interventi del legislatore, con il codice del 2010, finalizzati a scongiurare consolidate forme di "abuso" della tutela cautelare: si pensi all'enfaticizzazione della questione di competenza per territorio, innovativamente qualificata come inderogabile, al fine di arginare il diffuso fenomeno delle "migrazioni cautelari", altrimenti dette *forum shopping*³⁶.

D'altra parte la questione prescinde dalla singola modifica legislativa, seppure di grande impatto e arrecatrice di molteplici complicazioni nel rito, e va a toccare anche il discorso giurisprudenziale. Mi pare interessante richiamare qui una sentenza che ben ha mostrato le criticità che possono darsi nel far uso di tale "argomento", proprio quando si vanno a toccare questioni delicate come il tema della strumentalità ed interinalità della tutela cautelare, anche nei rapporti di quest'ultima col giudizio d'appello.

Mi riferisco ad una sentenza breve relativa all'impugnativa del giudizio di non idoneità in un test psico-attitudinale in un concorso per il reclutamento di allievi finanziari della Guardia di Finanza³⁷.

In primo grado il Tar accoglie l'istanza cautelare e «sospende il giudizio impugnatorio ai fini della sua reiterazione». Sennonché l'amministrazione propone appello al Consiglio di Stato, che, da un lato, lo respinge, dall'altro osserva, in motivazione, che il merito in primo grado è stato fissato per una data abbastanza vicina e che, quindi, «nella breve pendenza appare opportuno mantenere la *res adhuc integra*, tenuto conto che non emergono profili di

³³ Osserva di recente un autorevole magistrato amministrativo: «Che la celerità possa essere assunta a motivo di giustificazione della giurisdizione amministrativa è una questione quantomeno opinabile, per non dire priva di ogni razionalità» (G. ROMEO, *La narrativa della giustizia amministrativa tra autocompiacenza, insoddisfazioni e mitologie, vecchie e nuove*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1220).

³⁴ G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1143.

³⁵ Sia consentito, pertanto, il rinvio a G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

³⁶ Per tale rilievo, all'indomani dell'entrata in vigore del c.p.a., A. STORTO, *La tutela cautelare*, cit., 1142-1143.

³⁷ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209.

danno grave e irreparabile per l'amministrazione, potendosi procedere all'arruolamento con riserva».

Presumibilmente in base a tale sintetico passaggio dell'ordinanza resa in sede di appello il Ministero non procede alla rinnovazione del test, ma ammette con riserva il candidato alle ulteriori prove, che vengono svolte, con il successivo conseguimento dell'idoneità.

Nel frattempo, tuttavia, il Tar si pronuncia nel merito e, sulla base di un presupposto erroneo, ovvero che l'amministrazione abbia rinnovato il test con esito finalmente positivo, dichiara la cessata materia del contendere. A questo punto il Ministero appella tale sentenza, chiedendone l'immediata sospensione, mette in luce l'errore in cui è incorso il Tar, e insiste sulla legittimità dell'operato in relazione all'effettuazione del test.

Senonché il Consiglio di Stato ritiene configurabile l'abuso del processo in quanto il Ministero, disattendendo un'ordinanza cautelare che imponeva di reiterare l'accertamento attitudinale, non ha provveduto a ciò, ma ha poi proposto appello avverso la sentenza. In tal caso, infatti, «senza necessità di proporre e coltivare l'appello, a salvaguardia delle proprie ragioni la p.a. avrebbe avuto a disposizione lo strumento – rapido, economico e dovuto – (...) della rinnovazione del giudizio. Non avendo fatto questo l'Amministrazione ha posto in essere un comportamento contraddittorio che finisce per violare il divieto generale di *venire contra factum proprium*».

Tale decisione presta il fianco a diversi rilievi critici rispetto ai quali la tecnica motiva (appunto "sentenza breve") impiegata, in assenza di precedenti in termini sull'"avventatezza" della pubblica amministrazione nell'utilizzo del processo e nell'esercizio delle sue prerogative, appare il meno incisivo e, tutto sommato, di contorno.

Prima di tutto è lo stesso richiamo al divieto di *venire contra factum proprium* ad apparire non del tutto centrato³⁸, poiché l'amministrazione nel caso di specie non tiene un comportamento realmente contraddittorio, né tanto meno viola alcun affidamento, specie se consideriamo – al contrario – le equivoche indicazioni derivanti dall'ordinanza del Consiglio di Stato.

Inoltre, pur a voler ammettere che l'amministrazione abbia assunto un progetto di difesa che, pur consentendole di preservare le proprie ragioni, ha allontanato le esigenze di effettività della tutela azionata, bisogna comunque sottolineare che il Consiglio di Stato, attraverso l'argomento dell'abuso del processo, ha trasformato un contegno semplicemente non perspicuo in una fattispecie da sanzionare, impedendo che si addivenga ad una cognizione sul merito della controversia, ossia sulla legittimità del test originariamente svolto.

Come è stato osservato, l'esito è paradossale: il ricorrente rimane arruolato senza che mai si sia avuto modo di ricevere certezza sulla correttezza delle valutazioni psico-attitudinali, ossia di un requisito che risulta indispensabile accertare e sulla base del quale sono stati selezionati anche gli altri concorrenti³⁹.

Non solo: ad essere snaturata è l'intera logica "strumentale" della tutela cautelare,

³⁸ Sull'improprietà dei richiami giurisprudenziali in tema di abuso al divieto di *venire contra factum proprium* cfr. G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 8.

³⁹ F. CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, nota a Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 959 ss.

confermata dell'attuale c.p.a. In buona sostanza, non sembra che la scelta di non eseguire il *remand* cautelare, per evitare di trovarsi di fronte ad una cessazione della materia del contendere e vanificare così la fase di merito, e di attendere invece l'esito di quella fase per eseguire la decisione del Tar o appellarla, purché il destinatario conservi la *res adhuc integra*, possa essere considerata come esercizio improprio del diritto di difesa. Viceversa si attribuirebbe sempre all'ordinanza cautelare che impone un riesame un valore sostanzialmente definitivo; e ciò, appunto, appare in contrasto con la nuova logica del processo amministrativo che, pur valorizzando la fase cautelare, si preoccupa di garantire l'effettività della tutela nel merito, specie quando il riesame con esito positivo possa danneggiare un altro candidato⁴⁰.

Tale sentenza evidenzia, inoltre, al netto del tema dell'abuso del processo, come la tecnica di tutela cautelare attraverso *remand* debba fare i conti col delicato problema del "dialogo" tra giudice amministrativo di primo grado e giudice d'appello.

Tema, quest'ultimo, molto ampio e delicato, sul quale in questa sede non ci si può troppo soffermare, e si rinvia quindi agli approfondimenti specifici che saranno effettuati dai relatori che mi seguiranno. Mi limito a rilevare come il Codice non sempre abbia risolto i tanti problemi che in passato la giurisprudenza ha dovuto affrontare.

Faccio solo due esempi. In tema di esecuzione della misura cautelare ha destato perplessità il fatto che l'art. 59 c.p.a. indichi come giudice solo il Tar e non il giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire, regola seguita dalla giurisprudenza e peraltro oggi in linea con quanto previsto dall'art. 113, comma 1, c.p.a. Per cui si è ritenuto che la giurisprudenza debba applicare questo criterio di competenza anche all'esecuzione delle misure cautelari perché il giudice che ha disposto la misura cautelare è quello più adatto a fissare le modalità dell'esecuzione. Quanto poi ai casi di revoca o modifica della misura cautelare, nonostante l'art. 58 c.p.a. abbia ampliato, in linea con la pregressa giurisprudenza e con l'art. 669-*septies* c.p.c., le ipotesi di sopravvenienze, aggiungendovi le circostanze di diritto e il caso in cui si «allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare», quanto ai rapporti col giudice d'appello si ritiene inammissibile una domanda di riesame di misura cautelare ove nel frattempo l'ordinanza di primo grado sia stata riformata dal giudice di appello, pur ricorrendo i presupposti di cui all'art. 58 c.p.a.: l'istanza finirebbe per portare ad una possibile modifica di un provvedimento cautelare emesso dal Consiglio di Stato, al quale, quindi, come ultimo giudice che si è pronunciato nella fase cautelare, l'istanza di riesame va presentata.

Venendo alla specifica casistica post-Codice si può fare l'esempio, ben noto a queste aule di giustizia⁴¹, del contenzioso in materia di abilitazione scientifica nazionale. In questo caso spesso Tar Lazio e Consiglio di Stato hanno assunto una divergente posizione quanto alla

⁴⁰ M.A. SANDULLI, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line – Treccani*, www.treccani.it, 6.

⁴¹ È significativo il dato che la materia del contenzioso universitario, assieme a quello scolastico, è quella che ha fatto registrare nell'anno 2017 i più alti introiti presso il Tar del Lazio, anche se il contenzioso in materia di abilitazioni scientifiche nazionali è calato. Cfr. C. VOLPE, *Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 presso il Tar Lazio*, cit., 18, 26. È presumibile che nel presente anno sia destinato ad aumentare nuovamente, a causa delle abilitazioni c.d. "a sportello" degli anni 2016-2017-2018.

“tecnica” di tutela cautelare⁴². Il primo, con un approccio più vicino al giudizio «sommario e semplificato» ha riservato in sede cautelare maggior attenzione ai profili del *fumus boni iuris*, in modo da concedere la sospensiva in quei ricorsi le cui censure apparivano dotate di evidenti profili di fondatezza, nella consapevolezza che i tempi della tutela definitiva sarebbero stati molto lunghi; il rischio, tuttavia, è che in tal modo la strumentalità della tutela si attenui particolarmente, offrendo ai candidati, attraverso la tecnica del *remand* avanti a una nuova commissione, una seconda *chance* in assenza di un giudizio di merito. Il secondo, invece, ha spesso rinviato al Tar la questione affinché procedesse alla sollecita definizione del giudizio. Il Consiglio di Stato non va dunque nella direzione del *remand*, ma “sospende” la valutazione negativa limitatamente alla richiesta di accelerazione del giudizio di merito. Una soluzione, quest’ultima, probabilmente a rigore più corretta, ma che rischia di determinare un vuoto di tutela nei casi in cui i tempi di trattazione delle cause rinviate siano eccessivamente lunghi⁴³.

Una ulteriore conferma, semmai ve ne fosse bisogno, che l’effettività della tutela, intesa come atipicità, comporta un costante ritardo del legislatore e della giurisprudenza teorica rispetto alla giurisprudenza pratica.

Fenomeno che, beninteso, non sempre può andar esente da critiche, specie quando quest’ultima tende, sia pure per commendevoli esigenze di effettività della tutela, a sostituirsi al primo.

Si pensi alla controversa e multiforme problematica del rapporto tra tutela cautelare e questione di costituzionalità, alla quale in questa sede potrò dedicare solo brevi cenni⁴⁴.

È questo un caso in cui notoriamente si sono fronteggiate le opposte opinioni di chi ritiene non concedibile il provvedimento d’urgenza, poiché mancherebbe un diritto da cautelare, posto che la situazione soggettiva dedotta nascerebbe al più in esito alla declaratoria dell’incostituzionalità della legge di cui si chiede la disapplicazione da parte della Consulta, stante altresì il carattere accentratore del giudizio di costituzionalità, e di chi, al contrario, afferma la possibilità per il giudice cautelare di disapplicare la disposizione sospetta di incostituzionalità, emanando nel contempo le misure interinali che si rendono necessarie ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, tesi a sostegno della quale si invocano argomenti quali l’effettività della tutela nonché la compatibilità del controllo accentratore con una cognizione incidentale della questione di costituzionalità.

Quanto al processo amministrativo, come noto, fino a un recente passato la Consulta aveva ritenuto inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni sollevate dal giudice amministrativo nella sede cautelare, ove questi si fosse pronunciato in via “definitiva” sulla relativa domanda, risultando così concluso l’incidente cautelare. In questa evenienza, la

⁴² Cfr., sul tema, P. LAZZARA, *La tutela mediante «remand» in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Foro amm.*, 2014, 1323 ss.

⁴³ Si tratta, peraltro, di una tendenza più generale del Consiglio di Stato, che però in molti casi non espone le ragioni giustificative del rinvio *ex art.* 55, comma 10, c.p.a., causando difficoltà ai Tribunali amministrativi regionali a causa del sovvertimento dei ruoli di udienza che ne deriva. Lamenta ciò, quanto al Tar del Lazio, C. VOLPE, *Relazione all’inaugurazione dell’anno giudiziario 2018 presso il Tar Lazio*, cit., 34.

⁴⁴ Sul tema si v. N. PIGNATELLI, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008; F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, vol. II, Milano, 2013, spec. 203 ss.

questione pregiudiziale avrebbe potuto essere proposta soltanto una volta riaperta la fase di merito, in base ad un concetto “sminuzzato” di rilevanza, valutata in ogni singola fase del giudizio.

In tale contesto problematico il giudice amministrativo ha tentato di garantire comunque l’effettività della tutela seguendo svariate strade. In alcune occasioni l’istanza di sospensione, addirittura nella forma dell’ammissione con riserva al pubblico concorso (di uditore giudiziario), è stata accolta rinviando la rimessione della questione di legittimità alla fase di merito⁴⁵. In altre, invece, l’ordinanza cautelare ha avuto effetti temporanei ovvero limitati fino alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, adita con coeva pronuncia, facendo così salva la permanenza del requisito della rilevanza nella fase incidentale del giudizio *a quo*⁴⁶. Lo stesso giudice amministrativo, d’altra parte, in linea con la giurisprudenza costituzionale considera inammissibile la questione di legittimità costituzionale se la misura è espressamente negata o quando essa sia concessa per ragioni, quanto al *fumus boni iuris*, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa⁴⁷.

Anche su tali aspetti il Codice ha avuto un impatto notevole. Mi riferisco, evidentemente, alla sentenza Corte cost. n. 200 del 2014, la quale rivede il proprio precedente orientamento, secondo il quale la questione di costituzionalità non poteva essere sollevata dal g.a. nella fase cautelare dopo essersi pronunciato sull’istanza di sospensione degli atti impugnati senza alcuna riserva, alla luce del sopravvenuto art. 55, comma 11, c.p.a. Secondo la Consulta, poiché in base a tale disposizione la concessione della misura cautelare comporta l’instaurazione del giudizio di merito senza necessità di ulteriori adempimenti, la questione di legittimità costituzionale non risulta intempestiva rispetto a tale sede contenziosa, essendo il giudice provvisto di piena potestà decisoria, indi la rilevanza della questione. In tal senso l’incidentalità non sarebbe più intesa come autonomo svolgimento della singola fase del giudizio *a quo* ma di quest’ultimo considerato nel suo complesso⁴⁸.

Resta aperto, a mio avviso, il problema dei delicati “rapporti” giudice (non solo amministrativo) – legislatore: qui non sempre è agevole garantire l’effettività e tempestività della tutela senza rischiare indebiti straripamenti del potere giudiziario a scapito di quello legislativo.

Si pensi a quelle ordinanze in cui il g.a. rilascia misure cautelari propulsive, che impongono all’amministrazione di rideterminarsi alla luce del quadro normativo precedente alla novella legislativa, di cui si sospetta l’incostituzionalità, finendo per disapplicare la norma⁴⁹.

Oppure alle emblematiche vicende “De Magistris” e “De Luca”, in cui il Tribunale di

⁴⁵ Ad. plen. n. 2/1999.

⁴⁶ Corte cost., n. 128/2010.

⁴⁷ Tar Lazio, ord. 6985/2012, con richiamo a Corte cost., n. 25/2006 e Corte cost., ord. n. 82/2005.

⁴⁸ Cfr. A. VUOLO, *L’incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *www.federslismi.it*, 4.

⁴⁹ Emblematico il caso in cui il g.a. ha ordinato all’amministrazione universitaria di ripronunciarsi sull’istanza di trattenimento in servizio presentata da un docente non tenendo conto dell’art. 25 della legge n. 240/2010, del quale si è sollevata parallelamente q.l.c.: Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2011, ord. n. 4716, e 21 novembre 2011, ord. di rinvio n. 6282.

Napoli, nel primo caso confermando la valutazione del *fumus* precedentemente operata dal TAR Campania⁵⁰ (e confermata a sua volta dal Consiglio di Stato)⁵¹, ha ritenuto di concedere la tutela urgente, sospendendo i decreti di sospensione dalle cariche adottati sulla base della legge Severino (*ergo*: del D. Lgs. n. 235/2012) in tema di incandidabilità, nell'attesa del pronunciamento della Consulta. È evidente come, in questi casi, il giudice *a quo* abbia finito per esercitare un delicato bilanciamento fra diritto fondamentale di elettorato passivo ed esigenze di buon andamento e credibilità della p.a., di fatto realizzando, in via preliminare e provvisoria, un sindacato diffuso di costituzionalità della legge ed una potenziale invasione delle competenze della Consulta. A fronte di tali vicende, per di più connotate da un *surplus* di forte valenza *politica* della legge di cui si chiedeva – da parte dei ricorrenti – la disapplicazione, non può che invocarsi una grande prudenza da parte del giudice nella concessione della misura cautelare⁵², e un'adeguata motivazione dei profili del *periculum* e del *fumus*⁵³. Al proposito si ricorda che, nei casi in questione, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità⁵⁴.

5. Come si accennava sopra, la tutela del cittadino rispetto al silenzio appare ancor oggi, nonostante gli importanti passi avanti compiuti, caratterizzata da incertezze e problemi applicativi.

Si tratta, spesso, del riflesso di perplesse sistemazioni sul piano del diritto sostanziale.

Come noto, c'è una stretta connessione tra obbligo di concludere il procedimento, previsto in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990, e ambito della tutela avverso il silenzio⁵⁵. In tal senso, nel corso degli anni c'è stata una notevole estensione dell'ambito di tutela esperibile in relazione a fattispecie per le quali in passato il cittadino non poteva rivolgersi al giudice. Emblematico quell'orientamento secondo cui la p.a. deve prendere in esame gli esposti e le segnalazioni dei vicini circa il compimento di abusi edilizi e di provvedere in merito, obbligo la cui violazione l'interessato può contestare proponendo un'azione contro il silenzio secondo il rito speciale.

Permangono tuttavia incertezze. Si pensi alla questione se sussista o meno un obbligo in tal senso a fronte della richiesta del proprietario di emettere un provvedimento di acquisizione sanante, previsto all'art. 42-*bis* T.U. espropriazione. Tendenzialmente la giurisprudenza ammette tale possibilità, ferma restando la sussistenza di un potere discrezionale in ordine al contenuto della decisione⁵⁶. Si fa riferimento a questo delicato e controverso istituto anche perché esso verrà ripreso in seguito, quando sia accennerà a taluni profili di incertezza applicativa relativi alla figura del commissario *ad acta* nel giudizio

⁵⁰ Sez. I, n. 1801/2014.

⁵¹ Sez. III, n. 5343/2014.

⁵² In tal senso v. pure M. ALLENA-F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal D.Lgs. n. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss.

⁵³ In tal senso, da ultimo, M. MOROTTI, *Tutela cautelare e questione di costituzionalità nei recenti casi «De Magistris» e «De Luca»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1183 ss.

⁵⁴ Corte cost., n. 236/2015. Quanto al merito delle vicende, come è noto sia il sindaco di Napoli che il governatore della Campania sono stati assolti in sede penale.

⁵⁵ Sul tema, da ultimo, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, spec. 109 ss.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, n. 2126/2015.

di ottemperanza.

Restano aperti molti problemi con riguardo ai procedimenti d'ufficio. Anche in questo caso, d'altra parte, si tratta non tanto di limiti che derivano direttamente dal rito, ma dalla formulazione dell'art. 2 legge n. 241/1990, che nei casi di procedimento d'ufficio si limita a stabilire l'obbligo di concludere il procedimento nel termine di legge, che decorre dal momento in cui il procedimento stesso ha avuto inizio. Tale previsione viene generalmente intesa nel senso che l'obbligo di concludere il procedimento d'ufficio sussiste solo nel caso in cui questo sia già stato avviato. Viene alla mente l'annosa questione del silenzio mantenuto dalla p.a. in ordine alla richiesta di autotutela presentata da un cittadino avente ad oggetto un provvedimento amministrativo inoppugnabile. Sul punto si è ormai dell'avviso di distinguere il potere di valutare discrezionalmente l'avvio del procedimento amministrativo dalla possibilità di una legittima omissione di una sua conclusione dopo l'avvio. E tuttavia parte della dottrina ritiene che ancora sul punto non si sia raggiunto un assetto soddisfacente, specie nei casi in cui alla p.a. sia conferito un potere il cui esercizio è vincolato nell'*an*, in cui si versa in una situazione tendenzialmente assimilabile a quella dei procedimenti ad istanza di parte⁵⁷. Si pensi alla delicata questione dell'inerzia regolamentare, rispetto alla quale la giurisprudenza continua ad avere una posizione di totale chiusura.

Altro tema importante è quello relativo al decorso del termine di conclusione del procedimento come presupposto processuale per poter attivare la tutela contro il silenzio inadempimento. Qui tocchiamo evidentemente un'altra questione che ha a che fare con profili di teoria generale, in questo caso di teoria dell'azione.

Secondo l'impostazione tradizionale il giudice è tenuto a dichiarare inammissibile il ricorso proposto prima della scadenza del termine e ciò anche se, nelle more della decisione sul gravame, il termine sia scaduto e nonostante il cittadino possa riproporre il medesimo ricorso dichiarato inammissibile. Quest'orientamento sembra oggi in via di superamento alla luce di un passaggio della motivazione della nota sentenza dell'Adunanza plenaria n. 15/2011, relativa al più ampio tema della tutela del terzo avverso la s.c.i.a., secondo la quale il decorso del termine per provvedere non è propriamente un presupposto processuale ma una condizione dell'azione. A tale impostazione ha dato immediato seguito la V sezione, che ha ritenuto ammissibile il ricorso contro il silenzio proposto prima del decorso del termine per provvedere perché in relazione al termine di conclusione del procedimento era stata riscontrata una situazione di incertezza e perché al momento della decisione il termine era comunque trascorso⁵⁸.

Quanto all'adeguatezza del rito, resta il problema rappresentato dal fatto che la legge non stabilisce espressamente un termine massimo e non indica i criteri in base ai quali il giudice deve fissarlo. L'art. 117 c.p.a., infatti, fissa all'uopo un termine non superiore a trenta giorni. Sennonché, come noto, tale termine è solo indicativo ("di norma"), lasciandosi così al giudice un'amplia discrezionalità che appare in contrasto con la *ratio* di fondo dell'art. 2

⁵⁷ Cfr. M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur. it.*, 2017, 991; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss., spec. 136 ss.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. V, n. 523/2012.

legge n. 241/1990, specie se letto come livello essenziale delle prestazioni a norma dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. (*arg. ex art. 29 legge n. 241/1990*).

È anche alla luce di tali persistenti criticità che taluni propongono, *de iure condendo*, l'attribuzione al Presidente o a un suo delegato della competenza a decidere i ricorsi in materia di silenzio, ovvero l'introduzione di un procedimento ingiuntivo a contraddittorio differito del tipo di quelli disciplinati dagli artt. 633 e ss. c.p.c., con la possibilità di proporre opposizione davanti al giudice monocratico o al collegio⁵⁹. Tale idea appare peraltro in linea con quella, più generale, di perseguire più alti standard di funzionalità del processo valorizzando la responsabilità del singolo magistrato amministrativo in sede istruttoria, in una fase precedente all'udienza⁶⁰, recuperandosi in tal guisa la proposta di introdurre un'udienza preliminare davanti a un giudice monocratico, non accolta dal codice del 2010, nonostante la favorevole opinione della più consapevole dottrina⁶¹.

6. Trattandosi del rito sul silenzio meriterebbe un'analisi a parte il tema dei meccanismi di tutela del terzo nei confronti della s.c.i.a., annosa questione che non ha trovato soluzione stabile nel codice del processo amministrativo⁶², e che ora tende a riproporsi a causa dell'inevitabile impatto, anche su questo delicato aspetto, della riforma Madia.

Ha affermato tale esigenza anche Cons. St., Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839 (punto 3.3), suggerendo la costruzione di una tutela speciale che faccia leva sull'azione di accertamento, che dovrebbe comunque essere in grado di far consolidare, dopo un certo termine, l'attività "libera", alla stregua di quanto già accade per le attività "non libere", ma soggette a provvedimenti amministrativi.

L'idea che la mancata codificazione di una disciplina espressa per la tutela del terzo costituisca una grave lacuna del codice si rafforza ulteriormente alla luce delle modifiche introdotte della legge n. 124/2015 ma, allo stesso tempo, una riforma processuale è complicata proprio dalle nuove regole sostanziali, che tendono ad indebolire la posizione del terzo controinteressato. Il carattere perentorio del termine di cui all'art. 19, comma 3, ed i nuovi limiti imposti dalla riforma dell'intervento "postumo" dell'amministrazione, mal si conciliano con i tempi di instaurazione del giudizio *ex art. 31 c.p.a.* che, in base all'art. 19, comma 6-ter dello stesso art. 19, costituisce l'unico strumento di tutela contro l'omesso esercizio del potere di verifica del legittimo utilizzo dello strumento. Stante la consumazione del potere-dovere di reazione all'illegittimo utilizzo della s.c.i.a., esso dovrebbe coincidere coi sessanta (o trenta) giorni entro i quali tale reazione può aver luogo, con ciò che ne consegue in termini di ineffettività della tutela nel caso in cui l'attività non venga tempestivamente iniziata e dunque il terzo non sia posto in grado di averne contezza

⁵⁹ M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, cit., 994.

⁶⁰ A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, cit., 989.

⁶¹ Cfr. R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss. C'è chi auspica, in tal senso, che l'ufficio per il processo amministrativo (previsto dall'art. 8 del d.l. n. 168/2016, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 197/2016), possa svolgere oggi questa funzione. Cfr. C. VOLPE, *Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 presso il Tar Lazio*, cit., 35.

⁶² Cfr. M. RAMAJOLI, *La S.C.I.A. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329

per proporre l'azione⁶³.

Il problema di fondo, sussistente anche prima della riforma Madia, deriva dal fatto che non è per nulla chiaro se esistano due distinte tipologie di poteri amministrativi attivabili dopo la scadenza del termine, e cioè i poteri repressivi *ex art. 21*, aventi carattere doveroso e imprescrittibile, e i poteri riconducibili in senso lato all'autotutela e pertanto discrezionali nell'*an*, da porre in essere senza che il privato possa vantare una qualche pretesa al loro esercizio, non avendo l'amministrazione l'obbligo di rispondere alla sua istanza in ordine alla loro mancata attivazione. Non è pacifico se la procedura di cui all'art. 31 c.p.a. debba riguardare il potere inibitorio, oppure il potere sanzionatorio, o ancora il potere di autotutela. Peraltro, da un lato la giurisprudenza ha limitato la tutela, ritenendo inammissibile la presentazione da parte del terzo di un'istanza sollecitatoria all'esercizio dei poteri inibitori prima della scadenza dei termini per il loro esercizio, sicché l'azione avverso il silenzio non risulta esperibile prima del decorso del termine normativamente previsto per l'eventuale adozione degli atti inibitori, in contrasto con le affermazioni di Ad. plen. n. 15/2011. D'altra parte, ha considerato spesso predominante l'ottica dell'autotutela, a tutto vantaggio dell'affidamento del privato denunciante, con quanto ne consegue pure sui dubbi circa il potere del giudice di statuire sulla fondatezza dell'istanza⁶⁴.

Per far fronte a tali problemi una certa giurisprudenza⁶⁵ ha ritenuto che l'intervento inibitorio sia doveroso laddove la presenza dei presupposti della d.i.a./s.c.i.a. sia denunciata dal terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter. Secondo tale impostazione, a fronte del superamento dell'idea⁶⁶ del silenzio dell'amministrazione come silenzio-diniego, il comma 6-ter alluderebbe alla possibilità, per il terzo, di sollecitare l'amministrazione ad adottare, a seguito delle "verifiche" di sua competenza, provvedimenti di primo grado e non provvedimenti in autotutela secondaria. Indi, il terzo non si troverebbe in una posizione deteriore rispetto alla panoplia delle tutele escogitate da Ad. plen. n. 15/2011, e l'istanza sollecitatoria del controinteressato, esercitabile in qualsiasi momento, evidenzerebbe la presenza nel sistema di un interesse pari ordinato, che il legislatore ha inteso quale fattore sufficiente a rimettere in discussione l'affidamento del privato. L'idea di fondo è che l'interesse del privato debba essere "meritevole" di tutela: non lo è quando viene in conflitto con altri interessi pari ordinati, come quello del terzo tutelato dal comma 6-ter, ovvero con interessi sovra ordinati, come quelli "forti" tutelati dall'art. 19, comma 4, ovvero, infine, per definizione, in presenza di falsità nelle dichiarazioni.

Le modifiche normative introdotte dalla legge Madia su questi due ultimi aspetti, nonché l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge n. 241/1990, assieme al ribadito carattere perentorio del potere di controllo, mi hanno portato a ritenere che anche in questo settore la tesi della "meritevolezza della tutela", attraverso la quale si finisce per riconoscere al terzo

⁶³ M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 23; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *www.federalismi.it*, 15-16

⁶⁴ Su queste tematiche v. M. RAMAJOLI, *La S.C.I.A. e la tutela del terzo*, cit., *passim*

⁶⁵ Cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1039.

⁶⁶ Espressa da Ad. plen. n. 15/2011.

una antiquata forma di co-tutela dell'interesse pubblico a che ogni nuova attività sia intrapresa nel rispetto della normativa vigente⁶⁷ determini una forzatura delle regole metodologicamente discutibile, anche se fondata su lodevoli intenzioni, e su interpretazioni orientate alla massima valorizzazione del principio di effettività della tutela⁶⁸.

Un'ulteriore conferma in tal senso arriva ora, come noto, dall'ordinanza della sez. III del Tar Toscana, n. 667/2017, con la quale è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 19, comma 6-ter, legge n. 241/1990, nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione, da parte del terzo, delle verifiche sulla s.c.i.a. In particolare, la possibilità di un esercizio *sine die* della sollecitazione della verifica da parte del terzo pone dubbi di costituzionalità, fra l'altro, per violazione dell'affidamento del segnalante, che a distanza di anni può veder messa in discussione la legittimità della intrapresa attività, nonché del buon andamento della p.a., che è costretta a riaprire a distanza di tempo il procedimento di verifica.

Anche in questo caso, quindi, un esame delle recenti tendenze giurisprudenziali in tema di riti speciali, in particolare del rito sul silenzio in caso di tutela del terzo avverso la s.c.i.a. (art. 19, comma 6-ter, legge n. 241/1990), mostra scenari evolutivi più generali: si pensi al ridimensionamento del principio di inesauribilità del potere⁶⁹, a fronte del crescente peso del principio di legittimo affidamento, come sancito nelle note Plenarie nn. 8 e 9 del 2017 in tema di potere di autotutela e decorso del tempo in ambito edilizio.

7. Se si guarda ai persistenti dubbi relativi alla disciplina codicistica sul giudizio d'ottemperanza le prospettive di indagine sopra delineate finiscono per intersecarsi. Da un lato infatti abbiamo quella relativa alle criticità in punto di efficacia e funzionalità dell'istituto, dall'altro quella più ampia, che riguarda i rapporti tra quest'ultimo e aspetti di teoria generale del processo, magari aggiornati in base al riferimento al diritto europeo (che in precedenza non abbiamo toccato semplicemente perché va maggiormente ad impattare sul rito accelerato, specie in tema di appalti pubblici).

⁶⁷ Così, testualmente, T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114, cit.

⁶⁸ G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., 172, nota 155. Il fenomeno si verifica anche con riguardo alla recente disciplina dell'accesso civico, tutelato in via giurisdizionale attraverso una forma di legittimazione oggettiva in virtù della quale il singolo fa valere in sede processuale un interesse di carattere generale: una vera e propria azione popolare di tipo correttivo. Sennonché: «così non solo si trasforma indebitamente il mero terzo in un terzo parte di un rapporto amministrativo, ma si altera la funzione del processo amministrativo, che viene ad essere di mero controllo o, addirittura, d'implementazione della disciplina sostanziale, inattuata al livello amministrativo». In tal senso M. RAMAJOLI, *Recensione a Giulia Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 969. Contro la qualificazione della tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico quale azione popolare v. TAR Lazio, sez. I, 28 luglio 2017, n. 9076. Sulle forme di tutela dell'accesso civico v., da ultimo, N. DURANTE, *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 5, il quale fra l'altro mette in luce il contrasto tra quella giurisprudenza (es. TAR Lazio, sez. I-bis, 22 febbraio 2018, n. 2034) che ritiene in caso di silenzio applicabile il rito speciale di cui all'art. 117 c.p.a. e le linee guida ANAC, determinazione n. 1309/2016, secondo le quali il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale di cui all'art. 116 c.p.a., idonea a favorire l'esercizio di più ampi poteri cognitori e decisorii affidati al giudice.

⁶⁹ Sul quale riflette, da ultimo, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, in corso di pubblicazione.

È idea condivisa che il codice abbia dettato una disciplina organica e tendenzialmente completa del giudizio di ottemperanza (artt. 112-115 c.p.a.), non limitandosi al recepimento di soluzioni normative e giurisprudenziali precedenti, ma apportando innovazioni significative⁷⁰.

Tralascio qui quelle in linea con l'impostazione precedente, rispetto alle quali si imputa al legislatore del 2010, e degli anni successivi, di non aver effettuato una correzione di rotta magari maggiormente in linea con l'impianto costituzionale: si pensi alla disciplina sulla competenza che, in base al criterio stabilito dall'art. 113 c.p.a., continua a prefigurare la possibilità che anche oggi la decisione sul ricorso d'ottemperanza sia emessa, in unico grado, dal Consiglio di Stato, con potenziale *vulnus* del principio del doppio grado di giudizio, al netto del dibattito sulla copertura costituzionale di quest'ultimo.

Mi limito a un fugace cenno pure su talune eccezioni (che paiono confermare la regola) rispetto all'imporsi progressivo dell'effettività/atipicità della tutela, che ha determinato un'anticipazione sempre più pronunciata dell'ottemperanza già nella fase di cognizione, come conferma il disposto di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), secondo cui il giudice può comunque procedere, in sede di cognizione, ad indicare le misure idonee all'attuazione del giudicato, compresa la nomina di un commissario *ad acta*⁷¹.

Mi riferisco, evidentemente, alla nota e annosa vicenda giurisprudenziale relativa all'ottemperanza di molte deliberazioni del C.S.M. aventi ad oggetto il conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi, connotate da ampi margini di discrezionalità⁷². Nonostante ciò, e nonostante alcune prese di posizione di chiusura della Cassazione, il giudice amministrativo aveva anche in tali casi aderito alla costruzione del "giudicato a formazione progressiva", mediante il quale viene progressivamente erosa la discrezionalità dell'amministrazione nella riedizione del potere in sede di esecuzione, fino ad un esaurimento della stessa, seppure con un atteggiamento di grande prudenza, vista la natura costituzionale dell'Organo di autogoverno. Sennonché l'art. 2 d.l. n. 90/2014 ha stabilito che, con riferimento alle delibere del C.S.M. di conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi, il giudice amministrativo non possa utilizzare i poteri di cui all'art. 114, comma 4, lett. a) e c) c.p.a., ma deve sempre assegnare al C.S.M. un termine per ottemperare. Una restrizione delle modalità di esercizio dei poteri del giudice di ottemperanza che comporta il rischio di una durata indeterminata delle controversie in materia, con reiterazione di delibere nulle per elusione o violazione del giudicato, senza che al giudice sia in alcun modo consentito interrompere un simile percorso. Si dubita che tale disposizione apporti una ragionevole compressione dei principi di effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione giudiziaria.

Al netto di tali aspetti, mi interessa piuttosto osservare come nel codice del 2010 il giudizio di ottemperanza abbia assunto una conformazione polisemica, finendo per far registrare un forte allineamento dell'azione di ottemperanza alla più ampia atipicità

⁷⁰ Cfr., da ultimo, F. GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza disciplinato dal codice del processo amministrativo: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2017, 1006 ss.

⁷¹ Su tale disposizione v. A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.

⁷² Sulla quale v., da ultimo, M. DI LULLO, *Riedizione del potere, elusione e violazione del giudicato, giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1517 ss.

valorizzata dal codice.

Di questa polivalenza dà atto la nota Ad. plen. n. 2/2013, secondo la quale gli strumenti previsti nel codice agli artt. 112-115 non costituiscono mere azioni “esecutive” in senso stretto. Si pensi alla domanda volta ad ottenere, ai sensi dell’art. 114, comma 2, lett. e), la determinazione delle somme di denaro dovute dall’amministrazione in caso di successive violazioni o ritardi (c.d. *astreintes*); al ricorso per la liquidazione della somma dovuta o per l’ottenimento dell’adempimento degli obblighi ineseguiti, nel caso in cui le parti (dopo l’emissione di condanna che si sia limitata a fissare i criteri generali di liquidazione della somma dovuta) non addivengano ad un accordo o non si conformino ad esso; alla c.d. ottemperanza delucidativa, di cui all’art. 112, comma 5 (la cui riconducibilità alla categoria delle azioni di ottemperanza è, peraltro, generalmente negata dalla giurisprudenza)⁷³.

Si tratta di istituti tendenzialmente nuovi, almeno per il nostro ordinamento, rispetto a ciascuno dei quali si pongono molteplici dubbi pratici e teorici.

Si pensi alle *astreintes*, di nota derivazione francese, la cui qualificazione in termini di *sanzione* da parte di Ad. plen. n. 15/2014 dal punto di vista pratico ha risolto taluni problemi, dal loro campo di applicazione ai criteri di quantificazione⁷⁴, mentre dal punto di vista teorico appare a chi scrive in linea con le tendenze più generali neo-obiettivistiche e riduzionistiche sul valore onnicomprensivo del processo “giusto” (in quanto di durata ragionevole)⁷⁵ che vanno qui emergendo, con alcuni compromessi sistematici⁷⁶ dai quali non è andata esente neanche la Corte costituzionale, ad esempio nella sentenza n. 152/2016 sull’art. 96, comma 3, c.p.c., in cui ha ammesso la compatibilità tra natura sanzionatoria della misura e liquidazione della somma a favore della controparte e non dell’erario.

Non avendo in questa sede tempo e modo per affrontarli partitamente, cercherò di delineare una breve linea di indagine critico-ricostruttiva che tenga conto delle premesse metodologiche sopra prospettate, prima fra tutte l’esigenza di leggere l’evoluzione dell’istituto alla luce di più ampi rivolgimenti ordinamentali che coinvolgono il processo amministrativo, il suo oggetto, la sua identità.

Partiamo, in questo senso, proprio dalle indicazioni, non sempre chiarissime, che vengono dalla importante Plenaria n. 2/2013. Si impone, sul punto, qualche rilievo con riferimento al tema delle preclusioni nel processo amministrativo, e della natura del giudizio d’ottemperanza, anche alla luce del diritto europeo.

La questione, a sua volta, va a toccare la natura tuttora incerta della figura del

⁷³ Per una sintesi delle questioni interpretative aperte intorno a tale disposizione v. F. GAFFURI, *Il giudizio d’ottemperanza disciplinato dal codice del processo amministrativo: profili critici e prospettive di riforma*, cit., 1012 ss.

⁷⁴ Sul punto cfr., da ultimo, L. PREVITI, *Natura giuridica e risvolti applicativi dell’astreinte nell’ambito del processo amministrativo. La riscoperta della cognizione fra i meandri del giudizio d’ottemperanza*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5502, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1380 ss.

⁷⁵ Sul tema sia ancora consentito il rinvio a G. TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., spec. 396 ss. Anche in questo caso, peraltro, teoria e prassi si intersecano: l’impostazione obiettivistica, infatti, ha consentito l’applicazione delle *astreintes* anche nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di danaro (come oggi espressamente sancito dall’art. 114, comma 4, lett. e c.p.a.), e, al netto di possibili forzature sul piano sistematico, ha portato nel corso del 2017 ad un netto calo dei ricorsi per l’esecuzione di giudicato derivanti dalla mancata esecuzione di condanne emesse ai sensi della legge Pinto.

⁷⁶ Evidenziati, fra gli altri, da C. ASPRELLA, *L’art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1588 ss.

commissario *ad acta*, i suoi poteri e il regime processuale di trattamento degli atti da questi adottati.

7.1. L'Adunanza plenaria n. 2/2013, se da una parte apporta una notevole semplificazione processuale, stabilendo – avvalendosi del grimaldello di cui all'art. 32, comma 2, c.p.a. – che in caso di riedizione del potere amministrativo dopo il giudicato, possa essere proposto, al giudice dell'ottemperanza, un solo ricorso, in luogo dei due che la parte interessata era sovente costretta ad esperire per ragioni di cautela processuale, dall'altra rigetta la tesi, fondata sul principio di effettività della tutela, che afferma il divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole per l'amministrazione.

Innanzitutto va notato, per inciso, che tale impostazione appare sdrammatizzare l'annoso tema dell'ottemperanza di provvedimenti resi dal giudice ordinario, si pensi per tutti a quelli in materia di pubblico impiego ormai privatizzato, come noto consolidato nella discutibile massima che vorrebbe il giudice dell'ottemperanza privo del potere di interpretare/integrare il provvedimento di altro giudice, pena l'invasione dell'ambito costituzionalmente riservato alla sua giurisdizione. Sul punto si è di recente rilevato come tale richiamo non sia, in concreto, ostativo dei poteri di interpretazione/integrazione del *decisum* ma al contrario, è la riaffermazione della regola che l'esecuzione è, per sua natura, limitata dal contenuto del provvedimento da eseguire, e non può investire situazioni soggettive non oggetto del relativo accertamento, regola, questa, valida anche per i provvedimenti resi dallo stesso giudice amministrativo⁷⁷.

In questo senso bisogna distinguere, quindi, il tema delle modalità delle tutele, viepiù semplificato e orientato alla affermazione del principio di concentrazione (art. 7 c.p.a.), da quello dei poteri del giudice dell'ottemperanza, dipendenti dalle caratteristiche strutturali del provvedimento da eseguire. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, col suo corollario rappresentato dalla concentrazione delle tutele, impone quindi un'attenuazione del rilievo dell'argomentazione tradizionale fondata sull'invasione dello spazio di giurisdizione, ed una rinnovata centralità della considerazione dei connotati della decisione da eseguire. In tal senso il tema del giudicato "a formazione progressiva"⁷⁸ finisce per presentare persistente attualità, sia perché più conforme al carattere polivalente

⁷⁷ Sul tema, oggetto di un precedente incontro di studi organizzato dall'Ufficio Massimario e Formazione della Giustizia amministrativa, cfr. C. DELLE DONNE, *Le decisioni del giudice civile e il lodo arbitrale: l'ambito della cognizione, le tecniche di redazione, il titolo esecutivo e il contenuto ottemperabile*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ Per una recente interpretazione della nozione di "giudicato a formazione progressiva", in linea con la giurisprudenza che afferma che nel giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere con la sentenza da eseguire, anche se ad essa conseguente o collegato, v. TAR Campania, sez. VIII, 7 marzo 2018, n. 1460, secondo cui «non è affetto da nullità per violazione del giudicato il provvedimento che, a fronte di una sentenza del g.a. che ha annullato il diniego di inserimento in una graduatoria del personale scolastico e riconosciuto la sussistenza dei presupposti per essere iscritto, ha inserito il ricorrente nell'indicata graduatoria senza tenere conto dei successivi progressi che la stessa avrebbe conseguito qualora tempestivamente inserita, ovverosia della possibilità della stessa di essere assunta in ruolo o, quantomeno, del conseguimento di una migliore posizione in graduatoria». Colgo l'occasione per sottolineare come la sentenza appena citata, come quella menzionata nella successiva nota 79, sono state tratte della home page dell'ottimo sito www.giustizia-amministrativa.it, che reca ormai un'utilissima sezione di "approfondimenti – giurisprudenza e pareri".

dell'ottemperanza nel nuovo disegno del c.p.a., sia perché più in linea con l'idea di un giudizio amministrativo che non appare ancora del tutto transitato sui lidi del giudizio sul rapporto controverso⁷⁹, come dimostra proprio il tema dell'oggetto del giudicato, ineluttabile premessa alle considerazioni sui poteri del giudice dell'ottemperanza.

In particolare l'Adunanza plenaria esclude, prima di tutto, che il giudicato copra fatti sopravvenuti, che sia l'amministrazione, sia il giudice, non avrebbero potuto prendere in considerazione⁸⁰.

Quanto invece alle situazioni preesistenti, pur premettendo che la riconsiderazione delle situazioni preesistenti che sono state implicitamente o esplicitamente oggetto di esame da parte del giudice «deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli», essa distingue i fatti precedentemente accertati dalle valutazioni. Rispetto a queste ultime pone due condizioni affinché la valutazione non si ponga in elusione del giudicato: a) "in positivo", che sia il «frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente»; b) "in negativo", che non rilevi di essere «l'espressione di una gestione – a dir poco – ondivaga e contraddittoria del potere in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede».

Quanto ai fatti preesistenti, resta una profonda incertezza in relazione alla copertura del giudicato rispetto a quelli sui quali il giudice non si sia espressamente pronunciato, pur non essendo essi sopravvenuti. La Plenaria non esclude che la preclusione riguardi anche i fatti che solo implicitamente sono stati oggetto di esame da parte del giudice.

D'altra parte la giurisprudenza successiva, pur richiamando "retoricamente" tale autorevole precedente, ha spesso svuotato di contenuto l'apparente apertura sul punto ivi contenuta, finendo per giustificare le critiche di chi ha considerato deludente la pronuncia del Supremo Collegio, in quanto minima appare in essa la preclusione del deducibile, nella parte in cui sembra consentire all'amministrazione – dopo il giudicato – l'introduzione di "nuovi fatti" e anche di "nuove ragioni giuridiche", che presuppongono gli stessi fatti e la loro valutazione⁸¹. Si è quindi finito per ammettere, dopo la formazione del giudicato, che

⁷⁹ Sul punto si v., se si vuole, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.

⁸⁰ Come noto, è soprattutto la successiva Ad. plen. n. 11/2016 che si è ampiamente soffermata sul tema degli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sulle situazioni giuridiche e fattuali dedotte in giudizio in relazione alla portata precettiva dei giudicati. Per molti versi essa, al netto di quanto osservato qui di seguito nel testo, ha ribadito principi consolidati, fra i quali quello secondo cui «nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione medesima». Per una recente applicazione di tali principi v. TAR Catanzaro, sez. I, 5 marzo 2018, n. 563, che ha considerato una legge regionale (sopravvenuta alla notificazione della sentenza passata in giudicato) con cui siano stati sospesi i procedimenti per il rilascio di VIA e AIA insuscettibile di incidere su una sentenza che ha sancito un obbligo per la p.a. di pronunciarsi espressamente sull'istanza volta al rilascio delle suddette VIA e AIA.

⁸¹ M. CLARICH-G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, nota a Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802, in *Giur. it.*, 2014, 1707.

l'amministrazione possa dedurre fatti preesistenti, ma non considerati dal primo giudice. Emblematica, sul punto, quella decisione con cui si è ritenuto possibile per l'amministrazione escludere l'impresa per un fatto (mancata dichiarazione del possesso dei requisiti *ex art. 38, comma 1, lett. b, c ed m-ter del d.lgs. n. 163/2006* da parte di un membro del consiglio di amministrazione dell'ausiliaria) diverso – e non sopravvenuto – rispetto a quello fondante l'originaria esclusione, annullata dal Tar (sempre per violazione dell'art. 38 cit., in quanto la documentazione prodotta dalla ditta ausiliaria risulta carente delle dichiarazioni del possesso da parte «di molti procuratori speciali» dei requisiti previsti dalla legge per partecipare alla gara)⁸².

Mi pare che vada collocata in questo contesto argomentativo di fondo l'Adunanza plenaria n. 11/2016, la quale peraltro presenta ancor più marcati profili di interesse, andando a toccare questioni attualissime, e – se possibile - di ancor più ampio respiro sistematico, quale quella della c.d. "crisi del giudicato", alla luce del diritto europeo, che sempre più mette a rischio il principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

Essa, infatti, finisce per escludere un'applicazione piena del dedotto e del deducibile nel giudizio amministrativo: «La regola conformativa dettata dal giudice amministrativo nella sentenza, mirando a disciplinare la successiva azione della P.A., costituisce una regola di azione che può trovare puntuale applicazione in sede di giudizio di ottemperanza e che, in ragione della sua natura elastica, può essere incisa dallo *jus superveniens*. Le sentenze interpretative pregiudiziali rese dalla Corte di Giustizia UE hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate e sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa potendo incidere sull'effetto conformativo delle sentenze amministrative e consentendo così al giudice amministrativo di adottare, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, pronunce correttive o integrative della regola conformativa onde impedire il consolidarsi di effetti irreversibili contrari al diritto comunitario». Nel caso di specie, peraltro, la stabilità del giudicato, e la connessa esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, appaiono incrinata dalla tesi della formazione progressiva di quest'ultimo; la questione è legata alla (come detto, sempre più attenuata) autonomia procedurale degli Stati membri, in quanto nel complesso caso di specie era sopravvenuta una pronuncia della Corte di Giustizia del 2014 (sentenza *Pizzarotti*) contrastante con la sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato. In questa fattispecie l'Adunanza plenaria trova nella tesi della formazione progressiva del giudicato, nel caso di persistenti margini liberi di azione in capo all'amministrazione, un modo per tenere conto dell'interpretazione offerta successivamente dalla Corte di Lussemburgo; senonché la sentenza pregiudiziale della Corte si riferisce alle «norme procedurali interne», sembrando così ammettere la possibilità di deroga al giudicato solo laddove lo strumento derogatorio sia previsto dallo stesso legislatore, e non già da un'interpretazione giurisprudenziale – peraltro oggi molto discussa, proprio concependo il giudizio amministrativo come giudizio "sul rapporto" – del giudicato amministrativo⁸³.

⁸² Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 384, con nota di M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 2/2013*.

⁸³ Sul punto cfr. N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1169 ss.

A me pare, tuttavia, che la partita sul punto, che è di metodo più e prima che di merito, sia ancora molto aperta. Mi riferisco, evidentemente, alla sentenza Corte cost. n. 123/2017, che sembra segnare un punto d'arresto rispetto a un indirizzo diretto a collocare il coordinamento fra ordinamento nazionale e ordinamenti europei su un piano tipicamente processuale, a costo di introdurre una profonda revisione dei principi sulla giurisdizione, quando ciò sia ritenuto utile per attuare le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Edu⁸⁴. Le questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni sulla revocazione, sollevate dal Consiglio di Stato, ne sono appunto un emblematico esempio: nell'ordinanza di rimessione era sollecitata l'introduzione di un nuovo caso di revocazione straordinaria, idoneo quindi ad incidere sul giudicato, per assicurare l'attuazione di una sentenza della Corte Edu. Allo stesso modo, ancor più di recente, la Corte costituzionale, con sentenza n. 6/2018, nella medesima vicenda (dei medici "a gettone") che ha portato alla sentenza n. 123/2017, ha avuto modo di porre un netto freno al recente orientamento delle Sezioni unite che, nel prospettare una evoluzione della nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" ai fini dell'impugnazione in Cassazione delle pronunce dei giudici amministrativi, hanno sostenuto che a tali motivi sono riconducibili quei «casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento del limite esterno», comprese le gravi divergenze dalla interpretazione del diritto comunitario accolta dalla Corte di giustizia.

In buona sostanza, e per concludere su un punto nevralgico che però qui non può essere approfondito, dal caso *Taricco* in poi la nostra Corte costituzionale pare ergersi a garante ultimo del principio di autonomia procedurale (anche attivando, o minacciando di attivare, l'*extrema ratio* dei controlimiti), che negli ultimi anni è stato oggetto di limitazioni e compressioni non sempre metodologicamente sorvegliate.

Anche in questo caso, uno sguardo su alcuni profili del rito speciale, in particolare le indicazioni che derivano dalla sentenza *Pizzarotti* in materia di ottemperanza, si apre a suggestioni più ampie e di sistema.

7.2. A ben guardare, sia dalla Plenaria n. 2/2013 che dalla Plenaria n. 11/2016, sembra derivare una conferma della consolidata teoria "mista" del giudizio di ottemperanza.

Tuttavia il dibattito sul tema non è del tutto sopito.

Si pensi alla delicata questione della competenza sugli atti adottati dal commissario *ad acta*. La tesi giurisprudenziale che si è affermata dopo il codice, specie alla luce del decreto correttivo n. 195/2011, è che, alla luce degli artt. 21 e 114 c.p.a., l'unico rimedio esperibile da chi ha interesse (esclusi i terzi) a portare ad esecuzione un giudicato emesso nei propri confronti, contestando gli atti del commissario, sia il reclamo al giudice dell'ottemperanza. Sarebbe quindi superata la teoria "mista", secondo la quale occorre distinguere tra gli atti del commissario che siano esecutivi del giudicato – e in quanto tali possono essere contestati davanti al giudice dell'ottemperanza – e atti discrezionali che esprimano nuove valutazioni di interesse pubblico – impugnabili di fronte al giudice di legittimità.

⁸⁴ Cfr. A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1260 ss.

Una parte della dottrina⁸⁵ critica tale approccio, al di là del richiamo proprio alla Plenaria n. 2/2013, argomentando nel senso che la natura di ausiliario del giudice in capo al commissario non osta a qualificare i suoi atti come provvedimenti amministrativi, come dimostra proprio la possibilità di impugnazione da parte dei terzi con giudizio di legittimità, sicché, anche per ragioni di maggiore tutela delle parti e di parità di trattamento, vista la disciplina più favorevole dell'ordinario giudizio di impugnazione rispetto al reclamo, anche le parti dovrebbero poter agire con ordinario ricorso di legittimità, nei casi in cui gli atti del commissario esorbitino dalla dimensione oggettiva del giudicato e quindi si traducano in una riedizione discrezionale del potere amministrativo.

Un settore rispetto al quale recentemente si è avuto un interessante dibattito sui poteri del commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza è quello dell'acquisizione sanante di cui all'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni.

La Plenaria n. 2/2016 ha statuito, prima di tutto, che nel caso in cui il giudicato disponga espressamente la restituzione del bene l'amministrazione non potrà emanare il provvedimento *ex art. 42-bis* (ai sensi degli stringenti vincoli che derivano sul punto dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalla sentenza n. 71/2015 della Corte costituzionale).

Questa preclusione, invece, non sussiste in alcune ipotesi: *i)* quando il privato non ha interesse reale ed attuale alla tutela reipersecutoria, e non propone quindi una rituale domanda di condanna dell'amministrazione alla restituzione previa riduzione in pristino; *ii)* quando il proprietario ha interesse alla restituzione ma il giudice non si pronuncia sulla relativa domanda o si pronuncia «in modo insoddisfacente»; *iii)* quando il giudice amministrativo, ferma restando l'impossibilità di condannare direttamente in sede di cognizione l'amministrazione a emanare *tout court* il provvedimento in questione, imponga all'amministrazione, eventualmente anche nel rito sul silenzio, di decidere — ad esito libero, ma una volta e per sempre, e nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali — se intraprendere la via dell'acquisizione *ex art. 42-bis* ovvero abbandonarla in favore di altre soluzioni (restituzione del fondo, accordo transattivo, etc.).

Si tratta di una sentenza importante che fissa alcuni punti fermi, fra i quali quello — cui si è sopra accennato — della praticabilità del rito sul silenzio *in subiecta materia*.

E tuttavia restano aperte alcune delicate questioni interpretative che la Plenaria non scioglie in modo definitivo, specie là dove lascia aperta la possibilità per il commissario *ad acta* di provvedere ai sensi dell'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni nei casi in cui il proprietario abbia proposto espressa domanda restitutoria ma il giudice non si sia pronunciato su essa o si sia pronunciato «in modo insoddisfacente». Si tratta di un passaggio argomentativo che, se da un punto di vista sostanziale sembra costituire un'ulteriore “valvola di sicurezza” a tutela dell'interesse pubblico (costituita un tempo proprio dalla superata fattispecie dell'occupazione appropriativa e, più di recente, dalla discutibile figura dell'usucapione sanante, “salvata”, sia pure con dei *caveat*, dalla Plenaria), e sotto il profilo processuale sottende — anche in questo caso — la tesi della natura mista del giudizio d'ottemperanza⁸⁶, in

⁸⁵ Cfr. S. VALAGUZZA, *Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta*, nota a Cons. Stato, sez.VI, 15 settembre 2015, n. 4299, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1388 ss.

⁸⁶ Anche se sovente i dispositivi delle sentenze che accolgono i ricorsi in cui si chiede all'amministrazione di decidere se emanare o meno un provvedimento *ex art. 42-bis* — con nomina di commissario *ad acta* — recano la dizione «le questioni che dovessero insorgere nella fase di conformazione alla presente decisione potranno formare

generale lascia aperti margini interpretativi forse eccessivi in capo al giudice e/o al commissario *ad acta*, non si sa quanto compatibili col principio di legalità/prevedibilità richiesto dalla Corte Edu sul punto.

Un caso chi mi è parso emblematico, peraltro di qualche mese anteriore alla Plenaria n. 2/2016, è quello in cui, rispetto ad un giudicato restitutorio, il Consiglio di Stato fa salvo il successivo atto di acquisizione sanante emesso dal commissario *ad acta* argomentando attorno all'effettiva portata del giudicato in questione, ove si ordinava la restituzione del terreno previa bonifica (impossibile, allo stato, a causa della carenza di fondi a ciò destinati in capo all'amministrazione)⁸⁷.

Non è agevole far rientrare nelle coordinate ermeneutiche tracciate dalla Plenaria la predetta vicenda, a meno di non voler ritenere che nel nostro caso, riprendendo le affermazioni della Plenaria, il giudice si sia pronunciato «in modo insoddisfacente» sulla domanda restitutoria del privato, sicché il giudicato, nonostante l'attivazione degli eventuali strumenti di reazione processuale, continua a non recare la statuizione restitutoria. La premessa fattuale descritta dall'Adunanza plenaria, entro cui opererebbe tale fattispecie, sembra riecheggiare, in effetti, detta vicenda. Si parla di casi in cui la pendenza del processo avente ad oggetto la procedura espropriativa determina sul fondo alterazioni tali da rendere necessario il compimento, ai fini della sua restituzione, di rilevanti attività giuridiche e materiali. D'altra parte, bisogna ribadire che nella fattispecie di cui alla sentenza sez. IV n. 4403/2015 il giudicato recava chiaramente una statuizione restitutoria. Inoltre, è opportuno considerare che l'amministrazione non sembra aver rispettato "le garanzie sostanziali e procedurali" comunque richieste dall'Adunanza plenaria nell'esercizio del potere *ex art. 42-bis*, pur se nell'ambito del giudizio d'ottemperanza.

8. Dal rapido *excursus* effettuato su (solo) alcune delle tante questioni che oggi si pongono intorno ai temi centrali della tutela cautelare, del rito speciale in materia di silenzio, del giudizio di ottemperanza, esce confermata l'idea espressa all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, secondo cui quest'ultimo non avrebbe rappresentato la fine di un percorso, caratterizzato dall'apporto fondamentale della giurisprudenza pretoria, ma se possibile un "nuovo inizio", soprattutto grazie alla centralità

oggetto di incidente di esecuzione», tuttavia ogni contestazione relativa al *quantum* della somma liquidata secondo i parametri indicati dalla disposizione (di fatto i casi più ricorrenti) rientra nella giurisdizione del g.o., e nella competenza della Corte d'appello ai sensi dell'art. 54 T.U. espropriazioni, sulla scorta dell'interpretazione unificante fornita da Cass., sez. un., 27 luglio 2016, n. 15283 che, come noto, ha qualificato tutte le somme erogate a favore del danneggiato – anche per il pregiudizio non patrimoniale – a titolo indennitario e non risarcitorio. Sul piano della qualificazione sostanziale tale impostazione ci pare discutibile, specie là dove si ritiene che il legislatore, parlando di somme a titolo risarcitorio, abbia impropriamente qualificato fattispecie tutte indennitarie. È interessante notare come tale argomentazione sia rafforzata, sul piano processuale, dal richiamo ad esigenze di concentrazione e rapidità di tutela dinanzi al g.o.; ma, se è così, le medesime ragioni militavano a favore di un'impostazione volta a concentrare integralmente dinanzi al g.a. tutti gli incidenti di esecuzione derivanti dalla condanna ad (eventualmente) emanare il provvedimento di acquisizione sanante.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4403, in *Dir. proc. amm.*, 2016, con nota di G. TROPEA, *Le persistenti "valvole di sicurezza del sistema": l'acquisizione sanante come questione di stretto diritto processuale?*

del principio aperto di effettività della tutela, oggi declinato anche alla luce del diritto europeo (art. 1 c.p.a.)⁸⁸.

Non stupisce, quindi, che tutela cautelare, silenzio e ottemperanza, ambiti sui quali in modo più intenso ed efficace si è nel secolo scorso esercitata la giurisprudenza amministrativa, al fine di estendere l'effettività della tutela soprattutto a favore degli interessi legittimi pretensivi, forzando a più riprese le strette maglie del giudizio sull'atto, continuino ad offrire alla giurisprudenza pratica e a quella teorica un formidabile punto di osservazione sull'*ubi consistam* del processo amministrativo. Le Plenarie indicate in questa sede stanno a confermare la persistenza di questo antico approccio, ovviamente rinnovato in conformità alle esigenze di una società profondamente mutata.

Sotto il segno del principio di effettività/atipicità della tutela, quindi, finiscono per coniugarsi le prospettive metodologiche sinora delineate, ad iniziare dall'idea del rito speciale come cartina di tornasole attraverso cui vagliare lo spostamento progressivo dell'asse della funzione giurisdizionale dalla *giustizia* alla *certezza*.

Allo stesso tempo questo approccio, che crea evidenti tensioni col principio del giusto processo, va coniugato con una più complessa idea di effettività della tutela. Come emerge dai discorsi di inaugurazione degli anni giudiziari più recenti, anche ai livelli più elevati e autorevoli (emblematici quelli della presidenza Pajno), la magistratura amministrativa oggi non si assume solo la missione di essere garante del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa esercitata in violazione delle norme che presidiano la buona amministrazione, ma si candida ad essere interprete privilegiato e creativo dei nuovi bisogni della società globale. Una tendenza spinta ad "amministrare per sentenza" (o anche, come si è visto, "per ordinanza"), che si manifesta soprattutto nell'ambito dei riti speciali di cui si è dato succintamente conto, che quindi, anche per questa via, diventano specchio di una più ampia evoluzione.

Siamo, mi pare, in un contesto di generale potenziamento dei poteri del giudice, il quale, tramite il richiamo a una fitta trama di principi, "organi respiratori della legge" (effettività/atipicità, proporzionalità anche *nel* processo, equità, abuso del diritto e del processo, etc.), può modulare la profondità del suo sindacato al fine di garantire l'*interesse generale* all'effettività, affermato dall'art. 1 c.p.a., che si nutre non solo della disponibilità concreta delle azioni e dei relativi rimedi, bensì anche dell'amministrazione di una giustizia rapida, efficace e lineare, in applicazione diffusa dell'art. 111 Cost. e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Senonché, l'adesione eccessiva a queste aggiornate "parole chiave" sembra presentare delle insidie proprio per la giustizia amministrativa che talora, in modo più o meno consapevole, magari assecondando certi orientamenti giurisprudenziali e accorgimenti istituzionali che provengono dalla Corte di cassazione, possono favorire discorsi volti alla riproposizione della tesi dell'unità della giurisdizione.

C'è un punto delle tesi dei neo-abolizionisti che appare difficilmente attaccabile, e che non a caso è confermato anche dai sostenitori della persistente specialità del giudice amministrativo: nella Costituzione c'è una precisa presa di posizione a favore del carattere soggettivo della giurisdizione del giudice amministrativo, negli artt. 24, 103 e 113, co. 1. Il

⁸⁸ Cfr. L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.

principio di legalità e quello sulla soggezione alla legge (art. 101, co. 2, Cost.), poi, implicano che il giudice, quale esso sia, deve applicare la legge, non fare mediazione tra interessi. A maggior ragione non deve perseguire l'interesse pubblico, che è l'interesse di cui è portatrice una parte.

Senonché da un lato si assiste a un crescente richiamo alla «stella polare dell'interesse pubblico» nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari, dall'altro si segnalano recenti pronunciamenti giurisprudenziali (alcuni indicati proprio in questa sede) che tale «stella polare» paiono assecondare.

Ci si può chiedere, a questo punto, se si possano oggi difendere le ragioni della persistente specialità e nel contempo richiedere un processo amministrativo pienamente soggettivo e di parti. A mio avviso tale operazione, seppure non sempre agevole, non soltanto è possibile, ma è anche doverosa. Bisogna rifuggire da quella che appare come un'illusione, forse la più pericolosa e seducente, ma al tempo stesso la più distruttiva ed ingannevole delle molte che ispirano l'assetto del sistema italiano di giustizia amministrativa: la pretesa del giudice amministrativo di «salvare l'amministrazione da sé stessa». Questa idea, oltre a non essere probabilmente conforme al dato costituzionale vigente, ci sembra rischi di fornire una formidabile arma in mano ai neo-abolizionisti, e quindi sia controproducente per lo stesso giudice amministrativo.

Una riprova di questa affermazione pare aversi in quella che è stata definita «la lunga marcia della Suprema Corte volta ad assicurarsi, a Costituzione invariata, un potere di controllo *sul merito* delle pronunce del Consiglio di Stato»⁸⁹.

Non possiamo qui approfondire tale cruciale tema. Basti osservare, come peraltro si è già accennato, che oggi dalla Consulta è arrivato un netto stop a tali tendenze. Essa ha infatti perentoriamente affermato «L'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle norme di riferimento. Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di

⁸⁹ R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.

competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive»⁹⁰.

Da qui bisogna probabilmente ripartire, nella consapevolezza, che sicuramente si accrescerà alla fine dei lavori di questo utilissimo incontro, che riflettere sulla specialità e sulla diversificazione del rito impone che si passi per la teoria generale del processo, e per un tentativo di comprensione unificante dei problemi, secondo la celebre formula della Tavola Smeraldina, evocata alla bisogna dal mio compianto Maestro: «(...) *Quod est inferius, est sicut quod est superius, et quod est superius, est sicut quod est inferius* (...)»⁹¹.

⁹⁰ Corte cost., n. 6/2018.

⁹¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, cit., 11.