

La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali¹

1. Premessa. 2. L'evoluzione storica. 3. La tutela cautelare nel cod. proc. amm.: cenni generali 4. L'insostenibile leggerezza del *fumus boni iuris*. 5. ...e la valorizzazione del pregiudizio grave e irreparabile. 6. L'art. 55, comma 10 e le difficoltà interpretative. 7. Sentenza in forma semplificata e l'avviso alle parti. 8. Tutela cautelare e incidente di costituzionalità. 9. Tutela cautelare e riti speciali. 9.1 Tutela cautelare e riti previsti dall'art. 119. 9.2 Tutela cautelare e rito previsto dall'art. 120. 9.3 Tutela cautelare e rito super-speciale, previsto dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis. 9.4 Tutela cautelare e disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche. 10. Conclusioni.

1. Premessa

Il codice del processo amministrativo dedica il Titolo II del Libro II al *procedimento cautelare* che può definirsi *generale* perché è applicabile a tutti i procedimenti cautelari, salvo diversa previsione di legge.

Già all'interno del procedimento cautelare generale si apprezzano, però, diverse varianti, potendo, comunque, il giudizio cautelare concludersi non necessariamente con un'ordinanza cautelare (di accoglimento o di rigetto), ma con un'ordinanza collegiale con cui si fissa direttamente l'udienza di merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, oppure con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

Il codice, peraltro, contempla tre modi di essere del procedimento cautelare, rappresentati dalla tutela cautelare *ante causam* (art. 61), monocratica (art. 56) e collegiale (art. 55).

Al procedimento cautelare generale si affiancano poi diversi riti che spesso vengono definiti come speciali, accelerati e superspeciali, che frantumano e frammentano l'unitarietà della disciplina della tutela cautelare.

¹ Il presente contributo rappresenta la relazione revisionata svolta all'incontro di studi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, dal titolo "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", tenutosi presso il Tar Lazio, i giorni 15 e 16 marzo 2018.

Al modello generale di tutela cautelare previsto dal cod. proc. amm., si sovrappongono, quindi, spesso senza coordinamento legislativo, numerosi riti speciali, applicabili solo a determinate controversie, che introducono regole nuove e diverse da quelle tradizionali e che pongono il dubbio su quale sia il residuo spazio applicativo della disciplina generale.

Va, peraltro, evidenziato che anche in relazione al processo cautelare generale permangono numerosi dubbi applicativi, talvolta favoriti dalla giurisprudenza amministrativa che, come l'esperienza storica dimostra, ha spesso piegato la tutela cautelare e, quindi, le relative norme di riferimento, al principio di effettività della tutela, oggi richiamato nell'art. 1 del codice.

In questo quadro normativo non sempre armonico, si insinuano, inoltre, interventi normativi volti a favorire l'accelerazione dei tempi di giudizio, con la rapida fissazione dell'udienza di merito, che impongono la rimediazione sull'attuale utilità della stessa tutela cautelare.

Se, infatti, la tutela cautelare è strumentale a quella di merito, perché trova la sua essenza nel predisporre le cautele necessarie per evitare che la sentenza di merito divenga inutile per il soggetto che risulterà vittorioso in giudizio, a causa del tempo necessario per adottarla, si comprende come se tale tempo si riduce drasticamente anche la tutela cautelare può perdere, almeno in parte, di rilievo.

Per la prima volta sembra che la tutela cautelare, proprio nei settori in cui ha dimostrato la sua maggiore utilità, ovvero negli appalti pubblici, stia perdendo il suo tradizionale *appeal* per essere superata dalla sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Constatazione questa che pone all'interprete la necessità di meditare anche sull'attuale intensità della tutela cautelare dell'interesse legittimo. Lo studio della tutela cautelare nel processo amministrativo è sempre stato, infatti, un modo per osservare l'evoluzione dell'interesse legittimo e delle relative forme di tutela.

Non è un caso che interesse legittimo e tutela cautelare siano nati insieme (l. 1889/5992) e insieme siano cresciuti; anzi si può dire che l'interesse legittimo sia cresciuto e sia stato valorizzato proprio grazie e per il tramite della tutela cautelare.

E', quindi, necessario descrivere l'evoluzione della tutela cautelare, che è l'evoluzione dell'interesse legittimo, per giungere fino ai tempi nostri, in cui sembra assistersi ad una inversione di tendenza: l'interesse legittimo nella tutela cautelare, ed in particolare in settori caratterizzati da interessi particolarmente sensibili (artt. 119-120, 125 cod. proc. amm.), impatta con l'interesse pubblico *preminente* al cui cospetto sembra essere ridimensionato.

In quest'ottica deve, quindi, verificarsi se l'atipicità delle tutele, che è declinazione del principio di effettività della tutela, come richiamato nell'art. 1 del cod. proc. amm., sia

coerente con una moderna tutela cautelare dell'interesse legittimo che sembra prestare attenzione, in determinati settori, più al perseguimento dell'interesse pubblico che alla protezione/soddisfacimento dell'interesse legittimo.

2. L'evoluzione storica.

La tutela cautelare tende a soddisfare l'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti alla cui produzione è diretto un processo. La realizzazione dell'interesse sostanziale è l'obiettivo di ogni processo e presuppone la formazione di un titolo esecutivo, che può mancare per difetto del tempo necessario ad ottenerlo; in tale turno temporale possono presentarsi circostanze tali da precludere il soddisfacimento dell'interesse sostanziale o da rendere lo stesso gravoso o particolarmente difficile.

Per impedire che il conseguimento del bene della vita agognato possa essere pregiudicato dal tempo necessario per addivenire ad una decisione di merito, l'ordinamento appresta una tutela cautelare che si fonda su presupposti diversi da quelli che consentono l'emanazione di una sentenza di merito di accoglimento.

Come è stato segnalato, quanto minore è la capacità della giurisdizione ordinaria di fornire protezione alle esigenze di rapida giustizia, tanto maggiore è l'esigenza di approntare una tutela in via urgente². Per questi motivi nei riti accelerati e superaccelerati di recente introduzione, in cui la tutela nel merito è particolarmente veloce ed efficace, la tutela cautelare scolorisce e perde peso, come si vedrà successivamente.

La tutela cautelare è, quindi, *destinata, più che a fare giustizia, a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente l'opera sua*³.

Per questi motivi il contenuto della garanzia cautelare è normalmente variabile perché, dovendo anticipare il contenuto di un provvedimento di merito, è legato al contenuto che quest'ultimo può assumere. La tutela cautelare è, quindi, *il preannuncio e l'anticipazione di un altro provvedimento giurisdizionale, lo strumento per far sì che questo possa giungere in tempo, la garanzia della garanzia*⁴.

La funzione servente della tutela cautelare è stata descritta da Calamandrei con il concetto di «strumentalità ipotetica» che intercorre fra il provvedimento cautelare e quello definitivo: il provvedimento provvisorio ha la funzione di neutralizzare il pericolo di danno nascente dal ritardo con cui può essere emanato il provvedimento

² G.E. Balbi, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, 1997, p. 82.

³ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, 1936, p. 39.

⁴ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2003, p. 697.

definitivo, garantendo, appunto, che quest'ultimo non appresti, domani, una tutela praticamente inutile, perché infruttuosa o tardiva.

La tutela cautelare è, quindi, *strumento dello strumento, come tale forma di garanzia dell'effettività o, si vis, efficacia della futura decisione di merito*⁵.

Proprio perché la tutela cautelare è strumentale o complementare a quella di merito, è possibile ottenere una pronuncia che si caratterizza per la provvisorietà e che, quindi, si fonda su presupposti diversi da quella di merito.

Non occorre, infatti, riconoscere la fondatezza della pretesa sostanziale, ma più superficialmente, accertare la parvenza dell'esistenza del diritto secondo un giudizio di verosimiglianza, nonché l'esistenza di un pregiudizio grave e irreparabile che potrebbe derivare dall'attesa della sentenza di merito.

Questi due requisiti, come si vedrà *infra*, nel processo amministrativo stentano ad avere lo stesso peso, perché il requisito del *fumus boni iuris* è spesso stato schiacciato da quello del *periculum in mora* che sembra, nell'analisi della giurisprudenza amministrativa, decisamente prevalente.

Questa concezione della tutela cautelare è quella tradizionale che ha caratterizzato tale forma di tutela sin dalle sue origini e che è comune anche al processo civile.

Come detto, nel processo amministrativo, la tutela cautelare è nata con la giustizia amministrativa: prima l'art. 12 l. 1889/5992, poi l'art. 39 del T.U. delle leggi sul CdS e, infine, l'art. 21, u.c. l. Tar consentivano al giudice amministrativo cautelare di disporre la sospensione di efficacia dell'atto impugnato, qualora il ricorrente avesse allegato "gravi ragioni", successivamente divenuti "danni gravi e irreparabili", **derivanti dall'esecuzione dell'atto medesimo**⁶. Già all'epoca le norme che

⁵ S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, 2015, p. 10.

⁶ L'art. 39 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*), ripetendo l'art. 12 l. 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato «*per la giustizia amministrativa*») e integrando l'art. 36 del regolamento di procedura di cui al r.d. 17 agosto 1907, n. 638, prevedeva: «*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente*». Successivamente, l'art. 21, ultimo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*) stabilì: «*Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta*». L'art. 21 fu modificato dall'art. 3. l. 21 luglio 2000, n. 205, per modo che l'ottavo comma dell'art. 21 andava a disporre: «*Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso,*

prevedevano la sospensione dell'atto impugnato come effetto normale della proposizione del ricorso rappresentavano delle eccezioni. Si pensi all'art. 81 l. 6972/1890, sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, per il quale il ricorso avrebbe determinato la sospensione del provvedimento definitivo di concentramento, raggruppamento o trasformazione degli istituti suddetti⁷. Anche oggi è così, e a quelle ipotesi eccezionali di sospensione automatica dell'atto impugnato, in cui può parlarsi di una tutela cautelare predeterminata dal legislatore, può forse oggi ricondursi il cd. *stand still* processuale, prima introdotto dall'art. 11 del d.lgs. 163/2006 e oggi riprodotto dall'art. 32, comma 11 del d.lgs. 50/2016, secondo cui “se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo

il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. [...] L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta». Lo stesso art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 introdusse il nono comma dell'art. 21: «Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata». Infine introdusse il decimo comma: «In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali. La citata ricostruzione normativa è riportata in Severini G., *Le procedure d'urgenza davanti al giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷ A. Pollice, *La tutela cautelare di primo grado*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, nell'ambito della collana G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol XLII, 2014, p. 479, ricorda anche altre ipotesi in cui la proposizione del ricorso comportava la sospensione automatica dell'efficacia del provvedimento: l'art. 5 l. 211/1900, in relazione ai ricorsi in materia di spedalità, l'art. 5 l. 1447/1902, in relazione al licenziamento dei segretari comunali, l'art. 8 d.l. 416/1989, conv. In .l. 39/1990, con riguardo ai provvedimenti di espulsione degli stranieri.

della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”⁸.

Inizialmente, dunque, la tutela cautelare, in un giudizio amministrativo piegato sull'annullamento dell'atto, era rappresentata dalla sospensione dell'atto impugnato, che proteggeva tendenzialmente **gli interessi legittimi oppositivi**. La tutela cautelare aveva, quindi, natura tendenzialmente conservativa e tipica perché si caratterizzava solo per la sospensione dell'esecuzione del provvedimento; tipicità coerente con un giudizio amministrativo in cui era centrale la tutela demolitoria di annullamento del provvedimento impugnato.

La tutela cautelare nel processo amministrativo non aveva, dunque, contenuto variabile, perché era strumentale ad una tutela di merito tipica e monolitica: l'annullamento del provvedimento amministrativo. La giurisprudenza non ammetteva, quindi, la tutela cautelare in relazione agli atti negativi (quelli, ad esempio, che respingevano domande di rilascio di provvedimenti) o in relazione agli atti che avevano esaurito i propri effetti⁹.

La tutela cautelare era forgiata in relazione agli interessi legittimi oppositivi e, quindi, con riguardo ai provvedimenti ablativi o comunque restrittivi della sfera giuridica degli amministrati.

Questa tendenza preclusiva è stata superata negli anni '60 durante i quali la giurisprudenza ammise la sospensione dei cd. **atti negativi con effetti positivi**: si trattava di atti negativi, ma che erano considerati idonei a produrre effetti materiali. Questi furono distinti da quelli meramente negativi. E' nota sul punto la sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione (n. 3732/1973) che sospese il diniego di esonero dal servizio militare ed evitò la produzione di effetti ulteriori come il dovere del cittadino di prestare il servizio di leva.

Su questa scia è stata ammessa la tutela cautelare in relazione all'esclusione da un pubblico concorso, con la concessione del *provvedimento ammissione con riserva* al pubblico concorso e alle relative prove, al fine di evitare il pregiudizio irreparabile derivante dalla mancata partecipazione al concorso.

⁸ Questa ipotesi si affianca a quella sostanziale, prevista dall'art. 32, co. 9 del D.lgs. 50 del 2016, il quale prescrive che “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione”.

⁹ P. Virga, *La tutela*, 1966, p. 329. E' stato osservato che l'impossibilità di sospendere questo tipo di atti, quelli negativi, deriverebbe dal fatto che essi non incidono sulla sfera giuridica del richiedente, per cui l'effetto vantaggioso potrebbe essere raggiunto solo con l'annullamento, da cui discende l'obbligo dell'amministrazione di provvedere nuovamente, conformandosi al giudicato amministrativo.

In un'ottica di implementazione della tutela cautelare, il Consiglio di Stato, adunanza plenaria n. 6/1982, riconobbe il potere del giudice della cautela di adottare tutte le determinazioni idonee ad assicurare l'esecuzione dell'ordinanza cautelare.

Già da queste impostazioni ermeneutiche si iniziava a delineare una tutela cautelare, che almeno in via pretoria, assumeva forme di atipicità.

La Corte di Giustizia, con la sentenza Factortame del 19 giugno 1990, n. 213, contribuì a riconoscere una tutela cautelare atipica, affermando l'obbligo per gli Stati membri di garantire una tutela effettiva anche in sede cautelare da parte dei giudici amministrativi.

La tutela cautelare iniziò così a trasformarsi: non più strumento processuale di conservazione dello *status quo*, ma mezzo di modificazione e produzione di effetti giuridici.

In quest'ottica si collocano anche le *ordinanze propulsive*, con le quali il giudice amministrativo sollecita un'attività della p.a. volta a salvaguardare gli interessi del ricorrente nelle more della decisione di merito, o le misure cautelare di riesame o di *remand*, che non sospendono semplicemente gli effetti o l'esecuzione del provvedimento impugnato, ma impongono all'amministrazione di riesaminare la questione e di rideterminarsi.

La nuova dimensione assunta dalla tutela cautelare imponeva però di evitare che il giudice amministrativo potesse invadere la discrezionalità della p.a.: la tutela cautelare in quanto strumentale al giudizio di merito non deve mai assegnare un'utilità maggiore di quella che potrebbe derivare da una pronuncia di merito; dall'altro, l'ordinanza cautelare non può assegnare direttamente un'utilità che solo un provvedimento discrezionale della p.a. può attribuire.

Per questi motivi si è continuato a ritenere non attivabile la tutela cautelare in relazione agli atti di diniego di rilascio di provvedimenti favorevoli (come concessioni, autorizzazioni) perché il richiedente non conseguirebbe alcun vantaggio immediato dall'accoglimento della sospensiva, in quanto sospendere il diniego di una licenza non produce in positivo alcun effetto; né potrebbe ritenersi che dalla sospensiva deriverebbe l'effetto positivo collegato al provvedimento favorevole, perché, così ragionando, si finirebbe per ottenere più di quello che si otterrebbe con il provvedimento di annullamento conclusivo del giudizio amministrativo.

Il nuovo millennio si è caratterizzato per la cristallizzazione degli orientamenti giurisprudenziali volti a rafforzare la tutela cautelare e a liberarla da inutili limiti.

Sulla scia di una sentenza dell'adunanza plenaria del consiglio di Stato (n. 1/2000), la l. 205/2000, in coincidenza con l'ampliamento dei poteri cognitori del giudice amministrativo, è intervenuta sull'art. 21, comma 7 l. Tar e ha introdotto la atipicità della tutela cautelare che trova oggi riconoscimento nell'art. 55, comma 1, del c.p.a.

La legge ha introdotto anche una tutela cautelare monocratica che oggi trova riconoscimento nell'art. 56. A queste si affianca la tutela cautelare *ante causam*, di cui all'art. 61, che prima era prevista solo in tema di appalti dall'art. 245, comma 3, d.lgs. 163/2006.

3. La tutela cautelare nel cod. proc. amm.: cenni generali

La centralità della tutela cautelare è confermata dall'ampio spazio che il cod. proc. amm. dedica alla stessa.

I presupposti sono quelli di sempre. Il *periculum in mora* (pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso) e il *fumus boni iuris*. Quest'ultimo non è espressamente citato nel comma 1 dell'art. 55, che si limita a richiamare solo il requisito del *periculum*, ma è menzionato solo nel comma 9 della norma, in cui è precisato che l'ordinanza cautelare "motiva" in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e "indica" i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

Il richiamo al *fumus boni iuris* dimostra che il procedimento cautelare ha ad oggetto non l'esistenza ma l'apparenza del diritto e si limita ad un giudizio di probabilità e di verosimiglianza dell'esistenza dello stesso.

Il legislatore declina diversamente il requisito del pregiudizio a seconda del rito cautelare di riferimento.

Nel decreto monocratico il *periculum* è individuato nei casi di **estrema gravità ed urgenza**, nella tutela cautelare *ante causam* è visto nei casi di **eccezionale gravità ed urgenza**. Come si vedrà *infra*, anche nei giudizi previsti dall'art. 119 cod. proc. amm, la tutela cautelare richiede l'estrema gravità e urgenza (in particolare, il comma 3). Vi è quindi una declinazione diversa del *periculum* in relazione al tipo di provvedimento richiesto e al tipo di giudizio di riferimento.

4. L'insostenibile leggerezza del *fumus boni iuris*

Già la formulazione dell'art. 55 cod. proc. amm. sembra dimostrare che anche il legislatore consideri diversamente i due requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, attribuendo maggiore rilevanza al primo requisito. Questo, come visto, apre l'art. 55, il secondo è, invece, indicato solo al comma 9.

Il diverso peso dei due requisiti all'interno del procedimento cautelare sembra confermato anche dalla prassi dei tribunali, da cui emerge che le ordinanze sono motivate prevalentemente, se non esclusivamente, sull'esistenza del solo pregiudizio

grave e irreparabile¹⁰; talvolta, non si fa neanche menzione del *fumus boni iuris*. Si pensi anche all'impugnazione delle ordinanze di demolizione, dove spesso la domanda cautelare è accolta sulla base della sola necessità di evitare la demolizione dell'opera, senza nessun cenno alla sussistenza della parvenza del diritto.

Altre volte il requisito è semplicemente enunciato, ma senza l'esposizione delle concrete ragioni in ordine alla sussistenza del requisito in esame.

E' possibile, inoltre, imbattersi in altra tendenza giurisprudenziale che si limita all'enunciazione del solo requisito del *periculum in mora* con affermazioni a carattere assertivo: ciò accade con riguardo a quelle ordinanze cautelari che motivano l'accoglimento della domanda cautelare, affinché la controversia resti *re in adhuc integra*¹¹. In quest'ultima versione, la tutela cautelare non solo poggia su un solo requisito, il *periculum in mora*, ma quest'ultimo viene assertivamente enunciato senza alcuna motivazione in proposito. Emerge così, di fatto, un allargamento della tutela cautelare che rischia di conquistare spazi che probabilmente non le pertengono.

La diversa valutazione del requisito del pregiudizio grave e irreparabile da parte della giustizia amministrativa segna la grande differenza con la tutela cautelare nel processo civile, nel quale le ordinanze cautelari sono spesso compiutamente motivate in ordine ad entrambi i profili.

Altra differenza che sembra caratterizzare i due processi è anche nell'approccio complessivo dei giudici dei due plessi giurisdizionali: nel processo civile le ordinanze cautelari sono motivate in maniera molto ampia al punto da assomigliare, in taluni casi, a delle vere e proprie sentenze.

Nel processo amministrativo, invece, le ordinanze cautelari si caratterizzano normalmente per una sintesi espositiva tale da distinguerle nettamente dalle sentenze.

“Sintesi espositiva” non vuol significare, però, mancanza di motivazione.

¹⁰ Si veda, ad esempio, Tar Campania, Napoli, ord. n. **559/2018**, Tar Lazio, Roma n. **2414/2018** (anche se di rigetto della domanda cautelare).

¹¹ La casistica è sul punto sconfinata. Si vedano, ad esempio, Cons. Stato, ord. caut., n. 1533/2018, 1147/2018, 1058/2018. Con riguardo alle sentenze di primo grado si vedano, ad esempio, Tar Lazio, Roma, ord. n. 2200/2018 e Tar Campania, Napoli, n. 542/2018.

L'atteggiamento del giudice amministrativo innanzi alla motivazione dell'ordinanza cautelare può essere duplice.

Secondo una prima ricostruzione l'ordinanza cautelare dovrebbe essere motivata in modo sintetico per non pregiudicare la successiva decisione di merito che così non sarebbe "pregiudicata" dalla pronuncia cautelare. Basterebbe, quindi, per motivare la sussistenza del *fumus* un richiamo sintetico alla censura del ricorso che si ritiene fondata.

Secondo diversa impostazione, invece, la motivazione dell'ordinanza cautelare, anche se non deve replicare quella della sentenza, deve, comunque, essere approfondita in considerazione degli effetti dirompenti che la stessa può, comunque, produrre. L'accertamento del *fumus*, dunque, non potrebbe essere eccessivamente veloce e sintetico, dovendosi, comunque, dimostrare la sussistenza di valide ragioni di diritto per accogliere la domanda cautelare.

La soluzione maggiormente convincente sembra quella di mezzo: l'ordinanza cautelare deve essere compiutamente motivata sia in ordine al *fumus boni iuris* che in ordine alla sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile, ma senza eccedere, con il rischio di invadere il campo che spetta alla sentenza. Del resto, quando la motivazione scende in profondità e attesta l'esistenza pacifica delle ragioni del ricorrente, non si discorre più di *fumus* della pretesa, ma dell'esistenza stessa della pretesa fatta valere in giudizio. In tali casi, probabilmente, sarebbe più opportuno concludere il giudizio cautelare con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., che, peraltro, non richiede la motivazione in ordine alla sussistenza del *periculum in mora* e, quindi, sotto questo profilo è più agevole.

Da questo dibattito emerge, comunque, la necessità che anche sul requisito del *fumus boni iuris* il collegio giudicante spenda necessarie e sintetiche argomentazioni. Peraltro, la necessità di motivare sulla sussistenza del *fumus boni iuris*, comporta che non potrà essere emessa un'ordinanza cautelare (di accoglimento o di rigetto) in difetto dei presupposti processuali, che devono sussistere al momento della proposizione del ricorso e non possono sopravvenire nel corso del giudizio, quali, ad esempio, il difetto di giurisdizione, l'incompetenza o il rispetto dei termini di decadenza per proporre la domanda. In tali casi, si impone al giudice amministrativo la conclusione del giudizio con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art 60 cod. proc. amm.

Diverso discorso riguarda l'accertamento della sussistenza delle condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire).

Si insegna tradizionalmente che le condizioni dell'azioni, diversamente dai presupposti processuali, devono sussistere al momento della decisione di merito; possono, quindi, sopraggiungere anche successivamente alla proposizione della domanda cautelare¹².

In presenza, dunque, di un difetto di condizione dell'azione che potrebbe sopravvenire nel corso del giudizio, il giudice amministrativo dovrebbe evitare di chiudere il giudizio con una sentenza in forma semplificata con cui dichiara, ad esempio, l'improcedibilità del ricorso¹³.

¹² Sul punto, G. Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, 2006, p. 53.

¹³ Si pensi, ad esempio, alla questione trattata dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 15/2011 che, in tema di tutela del terzo controinteressato in relazione alla scia, si è posta il problema del se il terzo possa agire in giudizio, nello *spatium temporis* che separa il momento in cui la d.i.a. produce effetti legittimanti fino alla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio. Il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa. Tale norma è contenuta in una disposizione relativa alle sentenze di merito e fa divieto al giudice di pronunciare su "poteri non ancora esercitati". E' indubbio, quindi, che fino al termine di conclusione del procedimento il giudice non possa adottare una pronuncia di merito. Tale impedimento cessa però alla scadenza del termine predetto, che implica la definizione della procedura con l'esercizio del potere nei sensi prima esposti. Secondo l'Adunanza Plenaria: per i ricorsi proposti anteriormente all'esercizio del potere inibitorio e a partire dal momento in cui la d.i.a. produce effetti giuridici legittimanti si deve fare applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale che distingue tra i presupposti processuali - ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale - che devono esistere sin dal momento della domanda, e le condizioni dell'azione - ossia i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito - che devono esistere al momento della decisione (cfr. Cass., sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15082; conf. Cass. 8338/2000; 4985/1998; Sez. un. 1464/1983; 3940/1988; Cass., Sez. lav., n. 1052/1995). Nella specie, la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione. Ne deriva che l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34. Per converso, in ossequio ai principi prima ricordati in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile. Sono adottabili, a fortiori, misure cautelari ante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti all'uopo sanciti dall'art. 61 del codice del processo amministrativo. La proposizione della domanda ante causam può essere idonea a soddisfare l'esigenza di piena tutela del terzo anche senza la proposizione dell'azione di accertamento laddove i termini di legge (art. 61, comma 5) entro i quali la misura provvisoria conserva i suoi effetti prima dell'introduzione del giudizio di merito relativo al silenzio provvedimentale, siano in concreto compatibili con la preservazione delle ragioni interinali del terzo. La possibilità di adottare misure cautelari prima della definizione del procedimento amministrativo è confortata anche dalla considerazione che la misura provvisoria si appunta su un rapporto amministrativo già sottoposto al vaglio della pubblica amministrazione con la presentazione della denuncia

5. ...e la valorizzazione del pregiudizio grave e irreparabile

Alla svalutazione del *fumus boni iuris* si pone di converso l'eccessivo ampliamento del requisito del *periculum in mora*, che, se non motivato, rischia di confluire nella stessa nozione di interesse ad agire.

Ciò si verifica probabilmente perché, come precisa la dottrina, è *indubbio che nell'ambito della tutela cautelare è al pericolo che spetta il ruolo primario di aggregante di tutti i complessi aspetti funzionali, strutturali e procedurali rilevanti*¹⁴.

Come visto nel paragrafo precedente, talvolta, si ritiene esistente il pregiudizio grave e irreparabile anche quando lo stesso in realtà non esiste o non ne è concretamente dimostrata l'esistenza in giudizio; leggendo alcune ordinanze sembra quasi che basti l'interesse ad agire per proporre la domanda cautelare, con una pericolosa sovrapposizione tra interesse ad agire e *periculum in mora*.

Anche questa prassi non è consentita dalle norme e dovrebbe essere evitata. Si tratta, comunque, di una prassi sviluppatasi per fornire all'interesse legittimo una tutela piena e quanto più ampia possibile.

Se si riflette sulla nozione di danno grave e irreparabile nel processo civile si comprende da subito come le maglie in questo tipo di processo siano molto più strette.

La giurisprudenza ordinaria respinge normalmente le domande cautelari quando la tutela cautelare richiesta presuppone "un danno meramente economico".

La giurisprudenza ordinaria di merito ha spesso evidenziato che *l'irreparabilità del pregiudizio – sottesa alla concessione della cautela ex art. 700 c.p.c. – può concretamente configurarsi laddove sia in discussione la lesione di posizioni aventi carattere assoluto e dotate di rilievo e protezione a livello primario o costituzionale, principalmente attinenti alla sfera personale, la cui tutela richieda l'immediatezza dell'intervento e per i quali la restituito in integrum risulta complessa o inattuabile e pressante è, invece, l'esigenza di soluzioni di tutela preventiva ed a contenuto*

di inizio attività e con la conseguente attivazione della procedura amministrativa finalizzata all'adozione degli eventuali provvedimenti inibitori. Se si aggiunge che l'interesse del terzo ad agire insorge sin da quando il denunciante è abilitato all'esercizio dell'attività lesiva, si deve concludere che l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti medio tempore sortiti dall'esplicazione dell'attività denunciata.

¹⁴ S. Recchioni, *op. cit.*, p. 94.

inibitorio; il pregiudizio irreparabile, invece, non sussiste laddove siano in discussione aspetti di carattere prettamente economico, rispetto ai quali la necessità dell'intervento immediato non può ravvisarsi con esclusivo riferimento a tali profili, dovendo ulteriormente allegare e dimostrare l'entità del pregiudizio e le ragioni che ne fanno paventare l'effettività irreparabilità¹⁵.

Nel tentativo di attenuare tale posizione rigorosa, si è anche sostenuto che *la tutela atipica può essere invocata anche per i diritti a contenuto patrimoniale, a funzione non meramente patrimoniale, in quanto volti a garantire al titolare il soddisfacimento dei bisogni primari di rilevanza costituzionale, ovvero per diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale e, quindi, per diritti di credito e per rapporti meramente obbligatori. In tale ultima ipotesi, al fine di non snaturare i caratteri propri del rimedio cautelare d'urgenza, il requisito del periculum in mora va apprezzato con particolare rigore, avendo riguardo alla qualità ed alla posizione del titolare del diritto minacciato ed alla natura e portata dei beni e degli interessi strumentalmente connessi con quello azionato con ricorso d'urgenza. Infatti, allorquando il pregiudizio paventato con il ricorso ex art. 700 cpc concerna i diritti di credito, si ritiene possa sussistere la irreparabilità solo se vi sia un notevole scarto tra il beneficio fruibile mediante l'immediato soddisfacimento ed i risultati conseguibili attraverso i rimedi ordinari, in ragione della peculiare situazione, anche economica, della parte, dell'entità del credito o dell'attività svolta dall'istante.*

Tradizionalmente, però, la giustizia amministrativa attribuisce una tutela in relazione a pregiudizi economici, ancorché di recente si sia sempre più sviluppato il dibattito sulla tutela dei diritti fondamentali della persona anche innanzi al g.a., e, quindi, si pone il problema di selezionare, all'interno dei pregiudizi economici, quelli che sono davvero gravi e irreparabili.

Il tema è complesso, perché a spingere alle estreme conseguenze la questione si potrebbe dire che non esistano quasi mai danni economici irreparabili, perché il risarcimento del danno per equivalente consente sempre o quasi sempre la riparazione del pregiudizio patito. Si dovrebbe, quindi, sempre dimostrare la difficoltà di ristoro del danno a causa delle condizioni economiche in cui versa il debitore. Se questo fosse vero la tutela cautelare nel processo amministrativo in tante ipotesi potrebbe non essere utilmente sperimentata; ecco perché si ammorbidisce tale rigidità, richiedendo che il danno non sia facilmente e velocemente ristorabile.

Su altro versante si pongono difficoltà di riconoscimento della sussistenza del *periculum in mora* in relazione agli interessi legittimi pretensivi.

¹⁵ Trib. Modena sez I 09.07.2003; Trib. Nola sez. II 09.10.2008; Trib. Udine 07.04.2015

Si pensi alla tutela cautelare richiesta in relazione ad un provvedimento di rigetto di un'istanza avente ad oggetto il conseguimento di un finanziamento pubblico.

In questo caso emergono difficoltà nel delineare l'esistenza di un pregiudizio grave e irreparabile: la giurisprudenza spesso attribuisce rilievo alla "condizione di salute" dell'impresa richiedente, alla necessità di ottenere il finanziamento e anche alla entità della somma richiesta.

In termini esattamente opposti si pone il problema, qualora la tutela cautelare sia concessa, della necessità che la stessa sia provvisoria e non conduca ad effetti irreversibili, in caso di accoglimento della domanda cautelare e di conseguente rigetto del ricorso in sede di merito.

Un modo spesso utilizzato per mitigare questo aspetto è la cauzione che però non può essere utilizzata quando la tutela cautelare sottende la tutela di diritto fondamentali, salvo nelle procedure di affidamento, ai sensi dell'art. 120, comma 8 bis.

Da questa sintetica esposizione, in cui i presupposti strutturali della tutela cautelare nel processo amministrativo hanno ricevuto una interpretazione spesso "morbida" da parte della giurisprudenza, emerge che l'interesse legittimo di riflesso ha toccato il livello massimo di tutela possibile in via cautelare¹⁶.

Va, tuttavia, evidenziato che il pregiudizio grave e irreparabile ha **carattere bilaterale**, perché è visto anche in relazione al pregiudizio agli interessi pubblici sottesi che possono fare da reale contrappeso alla domanda di tutela degli interessi legittimi¹⁷.

Questa ricostruzione è contrastata da quanti evidenziano che il criterio dell'interesse pubblico non rileva perché l'art. 55 cpa non lo richiama (in questo senso sez. un. 11750/2004). Sul punto, però, basti richiamare la nota pronuncia del Consiglio di Stato (Ad. Pl. 5/2015), la quale ha evidenziato che l'interesse pubblico rappresenta il **convitato di pietra** del processo amministrativo e, quindi, un elemento di valutazione ineludibile e imprescindibile per il giudice amministrativo.

Si può quindi dire che la mancata menzione dell'interesse pubblico è dovuta all'ovvietà della sua esistenza.

Nel bilanciamento degli opposti interessi impera naturalmente il principio di proporzionalità, definito come un *concetto chiave*, la *clavis universalis della formazione della cultura umana*, un principio immanente che lega tutti gli ordinamenti europei¹⁸.

¹⁶ M.Lipari, *op. cit.*, evidenzia che il codice del processo amministrativo abbia toccato il livello massimo di protezione dell'interesse legittimo.

¹⁷ M.Lipari, *op. cit.*

¹⁸ G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, 2015, p. 231.

Vedremo, tuttavia, che esistono ipotesi codificate di bilanciamento degli opposti interessi che restringono notevolmente la discrezionalità del giudice amministrativo e, nello stesso tempo, rischiano di ridimensionare la tutela cautelare dell'interesse legittimo.

6. L'art. 55, comma 10 e le difficoltà interpretative.

Il procedimento cautelare, come visto, non si conclude necessariamente con un'ordinanza cautelare, in quanto l'ordinamento prevede almeno altre due possibilità di definizione del giudizio cautelare che sono strettamente collegate al giudizio di merito:

- 1) può essere attivato lo strumento processuale previsto dall'art. 55, comma 10;
- 2) il giudizio può essere definito con una sentenza in forma semplificata (su cui si veda il paragrafo successivo)

Nel primo caso la norma prescrive che il T.A.R. fissa con ordinanza collegiale, e non cautelare, la data di discussione del ricorso nel merito, qualora le esigenze del ricorrente siano “apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito”.

La norma non è di facile interpretazione.

La prima questione da chiarire è in che rapporto si trova con la tutela cautelare, trattandosi di potere che è, comunque, previsto in sede cautelare.

Si può dire che la norma presupponga che il collegio non si pronunci sulla domanda cautelare, pur proposta dal ricorrente e non oggetto di rinuncia, consentendo la diretta fissazione del ricorso nel merito, purché le esigenze del ricorrente siano “apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito”.

La norma sembrerebbe presupporre che è possibile la fissazione direttamente nel merito del ricorso qualora il Collegio abbia intenzione di accogliere la domanda cautelare, ma non vi è necessità di adottare un provvedimento cautelare perché le ragioni del ricorrente possono essere tutelate ugualmente con la fissazione del ricorso nel merito.

Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la domanda cautelare sia proposta in presenza di *periculum in mora* che non richiede necessariamente l'adozione di un'immediata ordinanza cautelare, ma che può essere neutralizzato anche attraverso una (eventuale) sentenza di accoglimento del ricorso pronunciata direttamente nella fase di merito, cui è rinviato il giudizio cautelare. Potrebbero, quindi, rientrarvi quelle ipotesi in cui il pregiudizio grave e irreparabile, pur se presente, non è immediato al punto tale da

giustificare un tempestivo intervento del giudice della cautela, potendo, comunque, le esigenze del ricorrente essere adeguatamente soddisfatte anche con la fissazione dell'udienza di merito.

Si tratta, dunque, di un potere non di natura cautelare, ma che trova nel giudizio cautelare la sua fonte.

Né l'art. 55, comma 10, potrebbe essere interpretato come un accoglimento implicito della domanda cautelare, perché l'ordinanza cautelare non viene concessa e, quindi, non si assiste neanche alla temporanea neutralizzazione degli effetti del provvedimento impugnato. Per queste ragioni la norma potrebbe essere più verosimilmente intesa come espressione di un rigetto implicito o, comunque, come un non luogo a provvedere sulla domanda cautelare, pur richiesta.

In ogni caso, il dato che sembra incontestabile è che un provvedimento cautelare non venga emesso e, di conseguenza, l'ordinanza collegiale, emessa ai sensi dell'art. 55, comma 10, non può essere impugnata innanzi al Consiglio di Stato, diversamente dall'ordinanza cautelare.

L'impossibilità di impugnare tale tipo di ordinanza comporta che l'attivazione di tale potere dovrebbe essere ammessa solo se, come recita la norma, le esigenze del ricorrente siano "apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito".

L'art. 55, comma 10, dovrebbe, quindi, rappresentare un meccanismo processuale attivabile a condizione che soddisfi realmente le esigenze del ricorrente, perché se venisse utilizzato in senso diverso, il ricorrente verrebbe penalizzato due volte: una prima volta perché non ha ottenuto la tutela cautelare richiesta, una seconda volta perché, comunque, non può neanche contestare la scelta processuale del collegio.

Medesime perplessità non sussistono, invece, in relazione all'amministrazione resistente o al controinteressato che non possono subire pregiudizi dalla scelta del collegio di fissare il ricorso nel merito, in quanto il provvedimento impugnato non è, comunque, intaccato nei suoi effetti, almeno fino alla decisione di merito.

Naturalmente ciò non impedisce che nella fase di merito la domanda potrebbe essere, comunque, rigettata, come non è escluso che anche in caso di accoglimento della domanda cautelare l'esito nel giudizio di merito sia esattamente opposto a quello raggiunto nella fase cautelare.

La prassi, tuttavia, dimostra che spesso questo strumento è utilizzato senza indagare in maniera approfondita le esigenze del ricorrente e soprattutto viene utilizzato nei casi in cui per la complessità della controversia la questione deve essere trattata nella "più opportuna sede di merito".

Si assiste, quindi, ad un ulteriore caso in cui il giudice amministrativo piega la norma per esigenze pratiche, lodevoli e condivisibili, ma che probabilmente non trovano un riconoscimento nella norma di riferimento.

Si tratta, peraltro, di un approccio ermeneutico che può essere molto dannoso per il ricorrente se la fissazione nel merito del ricorso non soddisfa le esigenze del ricorrente.

In questi casi sarebbe meglio, anche per lo stesso ricorrente, emanare, sussistendone i presupposti, una ordinanza cautelare di rigetto, con cui non si fissa il merito, ma che, comunque, può essere impugnata con l'appello cautelare.

7. Sentenza in forma semplificata e l'avviso alle parti.

Il giudizio cautelare può anche concludersi direttamente con una sentenza in forma semplificata che rende, quindi, inutile la trattazione del ricorso nella fase di merito.

In tali casi la tutela cautelare lascia il passo ad una decisione in camera di consiglio, sotto forma di sentenza, che replica uno schema comune ai riti speciali come quelli del silenzio (117) e dell'accesso agli atti (116).

Tale strumento processuale dovrebbe essere utilizzato ogni qual volta emerga l'insussistenza dei presupposti processuali che devono caratterizzare la domanda giudiziale e, quindi, anche quella cautelare.

Inoltre, il giudizio può essere immediatamente concluso con una sentenza in forma semplificata quando emerge in maniera evidente la fondatezza del ricorso, ma non è provata la sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile. In tali casi, invece di respingere la domanda cautelare, il Collegio potrebbe definire il giudizio direttamente con una sentenza in forma semplificata (di accoglimento), purché naturalmente la questione ad esso sottoposta non sia particolarmente complessa.

Per questi motivi, per concludere il giudizio nel senso visto è necessario che il contraddittorio sia integro e l'istruttoria sia completa. A tal fine, l'art. 60 prevede che le parti costituite debbano essere sentite sul punto.

Bisogna stare molto attenti ad attivare tale modalità di conclusione del giudizio perché l'utilizzo scorretto della stessa, potrebbe provocare, in caso di appello, l'annullamento della sentenza di primo grado con restituzione degli atti al giudice di primo grado.

In particolare, il Consiglio di Stato in caso di istruttoria lacunosa ha in alcuni casi annullato la sentenza di primo grado e rimesso gli atti al giudice di prime cure, ritenendo integrata una lesione del contraddittorio e del diritto di difesa.

Come detto, la sentenza in forma semplificata è spesso utilizzata dal giudice amministrativo quando rileva il difetto di presupposti processuali come il difetto di

giurisdizione. In tal caso, se la questione non è stata eccepita, si pone il problema dell'ammissibilità della cd. *sentenza della terza via* che richiede la formulazione alle parti di un *doppio avviso*: un primo avviso che il procedimento si conclude con una sentenza in f.s., ai sensi dell'art. 60, che può essere direttamente verbalizzato anche in caso di assenza fisica delle parti, e un secondo avviso, con cui si dà atto che è emersa una questione rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm.

Si pone il problema della necessità dell'avviso in caso di questione di rito sollevata d'ufficio. La giurisprudenza amministrativa sembra consolidata nel senso di imporre sempre il doppio avviso; la giurisprudenza della Corte di Cassazione sembra, invece, orientata verso una diversa impostazione.

Quest'ultima, con sentenza del 29.7.2015, n. 16060, ha specificato che la qualificazione di un requisito come condizione di ammissibilità è imposta dal legislatore e non sorge in forza di un rilievo del giudice. Si tratta peraltro di elementi che la stessa parte ricorrente deve conoscere. Le questioni di rito, dunque, non possono mai essere considerate "a sorpresa". Né il ricorrente può dolersi del fatto di non aver potuto esercitare il suo diritto di difesa sul punto, perché nell'esercizio del diritto di azione essa quel diritto ha già esercitato. La norma, anche quella del c.p.c., art. 101, comma 2, parla di "porre a fondamento". Rientra, quindi, nel fuoco della norma solo una questione di fatto o mista di fatto e di diritto che compromette la possibilità delle parti di chiedere prove o di ottenere una rimessione in termini (questione, ad esempio, attinente alla validità di una clausola contrattuale e all'applicabilità di un regolamento UE). Sono, quindi, escluse le questioni di puro diritto.

Su versante opposto si pone la giurisprudenza amministrativa, la quale ha intrapreso un orientamento più garantista e condivisibile, secondo cui è sempre necessario l'avviso alle parti in presenza di qualunque questione rilevabile d'ufficio.

Ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 19/06/2017, n. 2974, in relazione ad una sentenza di primo grado che aveva dichiarato (d'ufficio) l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione, ha statuito che costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l'art. 73 comma 3, cod. proc. amm., l'essere stata posta a fondamento di una sentenza di primo grado una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo, dal che consegue l'obbligo per il giudice di appello di annullare la sentenza stessa e di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 comma 1, cod. proc. amm.

Su questa scia Cons. St., sez. V, 4 maggio 2016, n. 1755, ha specificato che « ai sensi dell'art. 105 comma 1, c.p.a. va annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza che sia stata emessa senza che la questione d'irricevibilità/inammissibilità del ricorso, rilevata d'ufficio dal collegio, sia stata sottoposta alla trattazione delle parti,

comportando tale omissioni violazione del generale principio processuale di garanzia del contraddittorio immanente alla garanzia costituzionale del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., che opera non solo nella fase d'instaurazione del processo ma ne permea l'intero svolgimento, ponendosi detto principio come garanzia di partecipazione effettiva delle parti al processo, ossia come riconoscimento del loro diritto d'influire concretamente sullo svolgimento del processo e d'interloquire sull'oggetto del giudizio, sicché le stesse devono essere poste in grado di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, preliminare o pregiudiziale di rito o di merito, la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione

La giurisprudenza amministrativa applica, quindi, l'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., in presenza di una questione ritenuta nuova, perché non trattata dalle parti e dirimente ai fini della risoluzione della controversia.

8. Tutela cautelare e incidente di costituzionalità.

All'interno del giudizio cautelare può poi accadere che il ricorrente chieda tutela anche cautelare contro un provvedimento che si assume emanato in base a norme incostituzionali. Si pone il problema di come debba comportarsi il giudice amministrativo stretto tra un *conflitto di doveri*: quello di sospendere il giudizio e sollevare questione di legittimità costituzionale, così garantendo il controllo accentrato della Corte Costituzionale, ma non le esigenze sottese alla tutela cautelare, e quello di somministrare immediatamente la tutela cautelare senza sospendere il giudizio e rinviando l'incidente di costituzionalità ad una fase successiva, così frustrando il controllo accentrato della Corte costituzionale, ma garantendo le esigenze sottese alla tutela cautelare.

Va evidenziato che la Corte Costituzionale, con orientamento consolidato, ritiene inammissibile la questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza quando essa venga sollevata dopo l'adozione del provvedimento cautelare. In tal caso la questione è tardiva rispetto al procedimento cautelare ed è prematura in relazione al giudizio di merito (Corte Cost. 186/1976).

Per evitare che la legge sospettata di incostituzionalità possa precludere definitivamente la tutela cautelare si sono prospettate due strade.

La prima consiste nel concedere la tutela cautelare, disapplicando la legge sospettata di incostituzionalità, rinviando l'incidente di costituzionalità al merito (Cons. Stato, Ad. Pl., ord., 2/1999). In tali casi, però, ci si potrebbe imbattere in una sentenza della Corte Costituzione di inammissibilità per difetto di rilevanza della questione.

La seconda implica, invece, la scomposizione del giudizio cautelare in due fasi: nella prima fase si accoglie la domanda cautelare "a termine", fino alla decisione della

questione di costituzionalità contestualmente sollevata; nella seconda fase si decide definitivamente la controversia all'esito del giudizio di costituzionalità (cfr., Cons. Stato n. 7879/2011).

Quest'ultima soluzione sembra quella maggiormente rispettosa dei principi generali, perché non conduce ad una disapplicazione della legge incostituzionale e soddisfa comunque le esigenze di tutela immediata del ricorrente senza frustrare il controllo accentrato di costituzionalità della Corte Costituzionale.

E', peraltro, la stessa soluzione che sembra sposare la Corte di giustizia in caso di provvedimento amministrativo adottato in base ad una norma del diritto dell'Unione Europea di cui si sospetti l'illegittimità.

La Corte di giustizia ha riconosciuto la possibilità per il giudice *a quo* di sospendere interinalmente l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale emanato in attuazione di un regolamento comunitario della cui legittimità dubiti alla duplice condizione che sollevi contestualmente la questione pregiudiziale per l'accertamento della validità del regolamento e rinvi la definizione del giudizio cautelare all'esito della decisione della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale (cfr., Corte Giustizia U.E. 19 giugno 1990, C-213/89, Factortame).

9. Tutela cautelare e riti speciali

Con l'introduzione del cod. proc. amm. si può dire che la disciplina della tutela cautelare "sembra aver chiuso definitivamente il proprio tragitto evolutivo". Nel momento in cui si è "toccato il livello massimo di difesa degli interessi legittimi realizzabile nel processo amministrativo di urgenza" si assiste, però, ad una inversione di tendenza, in cui la tutela cautelare diventa la sede di ridimensionamento dell'interesse legittimo o, comunque, in cui il giudizio cautelare sembra recedere innanzi al giudizio di merito¹⁹.

Ciò deriva dal fatto che la tutela cautelare trova oggi una disciplina disarticolata e frantumata in diversi riti speciali, in cui sembra prevalere l'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo. In questi casi si valorizza non tanto l'interesse legittimo, ma interessi pubblici primari che hanno la forza di prevalere sull'interesse legittimo al punto da neutralizzare la stessa tutela cautelare dell'interesse legittimo. Naturalmente il legislatore non impedisce in astratto di somministrare la tutela cautelare, ma detta al giudice amministrativo delle condizioni applicative che rendono difficile l'accoglimento della domanda cautelare.

¹⁹ Le frasi virgolettate sono tratte da M.Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it

In questi tempi sembra assistersi, quindi, ad una leggera inversione di tendenza: la ricostruzione storica ha dimostrato che la tutela cautelare ha ampliato notevolmente il suo campo applicativo ed è divenuto lo strumento per attribuire effettiva tutela all'interesse legittimo, specie quello pretensivo. Con l'ingresso dei riti speciali sembra, invece, che il legislatore cerchi di ridimensionare, contenere la capacità espansiva della tutela cautelare, delineando un interesse pubblico primario che, nel bilanciamento degli opposti interessi, sembra prevalere sugli interessi legittimi.

E' un interesse pubblico innominato, come la tutela cautelare, una clausola in bianco che deve essere riempita dal giudice.

L'interesse pubblico individuato dal legislatore rappresenta un forte contrappeso per l'esperimento della tutela cautelare. Si parla indifferentemente e alternativamente di ragioni di pubblico interesse, di interesse generale o di esigenze imperative.

L'esame dei riti accelerati più rilevanti consente di confermare tale sensazione.

9.1 Tutela cautelare e riti previsti dall'art. 119.

L'art. 119 cod. proc. amm., in relazione a determinate materie, prevede una disciplina processuale accelerata che si realizza attraverso il dimezzamento di tutti i termini processuali ordinari del giudizio di primo grado, con esclusione di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. I commi 3 e 4 sono dedicati specificamente alla tutela cautelare. In particolare nel comma 3 emerge che il modo ordinario per tutelare la pretesa fatta valere in via cautelare è la sollecita fissazione nel merito e non l'emanazione della richiesta ordinanza cautelare.

Il T.A.R., chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, se ritiene, ad un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza, non cautelare, la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, fatta salva la conclusione del giudizio con una sentenza in forma semplificata.

Si percepisce, dunque, come nelle intenzioni del legislatore, la sollecita fissazione del merito avrebbe dovuto evitare o rendere inutile la somministrazione di una tutela cautelare. In quest'ottica, dunque, il legislatore vuole favorire il giudizio di merito su quello cautelare. Emergono nitide le assonanze con l'art. 55, comma 10, che, pur non dimostrando una preferenza del legislatore per tale modo di svolgimento del giudizio, dimostra che, anche in relazione ai riti ordinari, il giudice amministrativo può, sussistendone i presupposti, fissare la trattazione del ricorso direttamente all'udienza di merito. La differenza tra le due norme è che nel rito ex art. 119 la fissazione del

merito sembra la regola, qualora il collegio verifichi la sussistenza delle condizioni per accogliere la domanda cautelare, mentre nel rito ordinario è espressione di un potere del T.A.R. che non pare debba presupporre la sussistenza delle condizioni per l'accoglimento della domanda cautelare, come visto in precedenza.

In entrambi i casi, comunque, il provvedimento riveste la forma dell'ordinanza collegiale e non cautelare.

Il comma 4 affida al requisito della estrema gravità e urgenza (lo stesso richiesto per l'emanazione di misure monocratiche, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.) la possibilità di emanare l'ordinanza cautelare che, quindi, rispetto alle ipotesi tradizionali previste dall'art. 55, comma 1 (che si riferisce al pregiudizio grave e irreparabile), dovrebbe ricorrere in ipotesi più ridotte.

La prassi ha però dimostrato che non sono state rispettate le intenzioni del legislatore: la giurisprudenza amministrativa ha, in realtà, concesso la misura cautelare nei riti contemplati dall'art. 119 alle stesse condizioni dettate nelle ipotesi ordinarie: l'estrema gravità e urgenza del comma 4 dell'art. 119 è stata intesa come pregiudizio grave e irreparabile, richiamato dall'art. 55, comma 1.

In via interpretativa, dunque, la giurisprudenza si è di fatto opposta al tentativo di restringere le maglie della tutela cautelare.

9.2 Tutela cautelare e rito previsto dall'art. 120

Con particolare riguardo ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, è dettata una disciplina ulteriormente speciale, rispetto a quella dell'art. 119, e ulteriormente accelerata, in cui la tutela cautelare sembra recedere in favore della rapida fissazione del giudizio di merito.

In particolare, nel corpo dell'art. 120 si delineano due tipi di riti: uno speciale e accelerato che riguarda gli atti delle procedure di affidamento in generale e che trova la sua disciplina processuale nel comma 6. Un altro, che è stato definito super accelerato, che ha ad oggetto solo i provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni, che è disciplinato dai commi 2 bis e 6 bis, introdotti, rispettivamente, dagli artt. 204, co. 1, lett. b) e d) del d.lgs. 50/2016.

Le norme in tema di giudizio cautelare, previste dai commi 8, 8 bis e 8 ter, dovrebbero applicarsi ad entrambi i riti, ma il difetto di coordinamento da parte del legislatore rende la questione dubbia, come si vedrà nel paragrafo successivo.

In relazione ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, il comma 6 sembra replicare l'impostazione dell'art. 119, comma 3, disponendo che il giudizio, ferma restando la possibilità della sua definizione

immediata nell'udienza cautelare con una sentenza in forma semplificata, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad un'udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro 45 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, che, ai sensi dell'art. 46 cod. proc. amm., è di 60 giorni, termine dimezzato, ai sensi dell'art. 119, comma 2, applicabile nel caso di specie in forza dell'art. 120, comma 3.

Ne consegue che il T.A.R. è tenuto a fissare l'udienza pubblica entro 75 giorni (45+30) dalla camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare.

Il sistema così congegnato dimostra come la tutela cautelare scolorisca e perda di peso specifico rispetto al passato, in quanto l'accelerazione della fissazione dell'udienza di merito rende meno appetibile la tutela cautelare.

Il ricorrente difficilmente chiederà la tutela cautelare, esponendosi al rischio di un rigetto della domanda cautelare, nella prospettiva che il giudizio sarà definito a breve distanza direttamente nel merito. Non è un caso, infatti, che nella prassi le domande cautelari in tema di appalti siano spesso oggetto di rinuncia: comportamento che si spiega proprio alla luce della prevalenza del giudizio di merito su quello cautelare. Si delinea così un rito speciale con sollecita definizione del giudizio nel merito che rende meno appetibile la tutela cautelare, proprio nel settore degli appalti in cui la tutela cautelare ha dimostrato in passato tutta la sua importanza.

Il legislatore, in questo modo, raggiunge così l'obiettivo che non era riuscito a conseguire con l'art. 119, comma 3.

Non può dirsi però ridimensionata la tutela dell'interesse legittimo, ma semplicemente diversamente calibrata. Il legislatore affida la tutela dell'interesse legittimo ad una celere udienza di merito che si concluderà con una sentenza in forma semplificata.

In altri termini, la celerità dei tempi di fissazione del merito potrebbe far venire meno le esigenze sottese alla tutela cautelare che, come visto, sono quelle di evitare che il tempo necessario per lo svolgimento del giudizio possa andare a danno di chi ha ragione.

Ciò, tuttavia, non preclude la possibilità di distillare, comunque, la tutela cautelare, sussistendone i presupposti.

Ciò accade quando il contratto non è stato ancora stipulato e il ricorrente vuole impedire che nelle more della fissazione dell'udienza di merito questo possa essere stipulato²⁰.

²⁰ Per un approfondimento della questione di rinvia a M. Lipari, *op. cit.*

Il comma 8 bis, peraltro, prescrive una misura cautelare *ad tempus*, in quanto prevede che tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza.

Il comma 8 ter, come introdotto dall'art. 204, co. 1, lett. f) del d.lgs. 50/2016, dispone poi che nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli artt. 121, comma 1 e 122 e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione.

La norma è oggetto di grandi discussioni perché non è felice nella sua formulazione.

Emerge, però, la sensazione che la rapidissima celebrazione dell'udienza di merito giustifichi la tutela cautelare solo a condizioni molto restrittive: in particolare, fermo restando l'estrema gravità e urgenza allegata dal ricorrente, emerge la necessità che il pregiudizio sia accertato in via bilaterale, anche quindi in relazione all'amministrazione resistente. Tanto emerge dal comma 8 ter che si riferisce espressamente alla necessità che il giudice tenga conto delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione. La norma sembrerebbe imporre al giudice della cautela di verificare sempre le ripercussioni che la decisione cautelare potrebbe avere su interesse generale all'esecuzione del contratto. Non pare necessario, quindi, che il contratto sia già stato stipulato, in quanto si chiede al giudice amministrativo un giudizio prognostico che ha ad oggetto la stipula o meno del contratto.

9.3 Tutela cautelare e rito super-speciale, previsto dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis

Con il rito super accelerato, il legislatore ha imposto l'impugnazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa relativi alle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico professionali, nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 50/2016. In tali casi il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, che, ai sensi dell'art. 46 cod. proc. amm., è di 60 giorni, termine dimezzato, ai sensi dell'art. 119, comma 2, applicabile nel caso di specie in forza dell'art. 120, comma 3.

Ne consegue che il T.A.R. è tenuto a fissare la camera di consiglio, e non l'udienza pubblica, entro 60 giorni (30+30). Si assiste, quindi, ad una ulteriore accelerazione rispetto al rito contemplato nel comma 6 e ad una definizione dello stesso comunque in camera di consiglio, salvo che le parti chiedano la fissazione di un'udienza pubblica.

Le conclusioni già raggiunte con riguardo al rito contemplato dal comma 6 valgono, a maggior ragione, per quello contemplato al comma 6 bis che, in quanto più celere, rende ancora meno appetibile la tutela cautelare.

Sul punto, del resto, si era già pronunciato, in sede consultiva, il Consiglio di Stato, con parere del 1° aprile 2016 n. 855, secondo cui la tutela cautelare, nel rito accelerato previsto dagli artt. 2 bis-6 bis, “diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione”.

La particolare conformazione di tale rito ha, peraltro, fatto dubitare della stessa ammissibilità in astratto della tutela cautelare.

L'introduzione di questo specifico rito è dovuta al criterio della legge delega (legge 11/2016, di recepimento della Direttiva 2014/24/UE) di cui al punto bbb), che ha imposto la “revisione e razionalizzazione del rito abbreviato (...) anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva”.

Come è stato specificato in giurisprudenza, si tratta dell'applicazione generalizzata del procedimento in camera di consiglio (cd. rito camerale), salvo richiesta delle parti, nonché della previsione di termini stringatissimi sia per la fissazione della camera di consiglio (anche quando questa sia frutto di nuova fissazione a seguito di ordinanza istruttoria, concessione di termini a difesa o integrazione del contraddittorio), sia per le difese e produzioni delle parti, sia per il deposito della sentenza e del dispositivo.

Il giudizio è, quindi, concepito come *ordinariamente immediato* stante la previsione della sua immediata definizione “in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”, senza che ciò possa essere mutato dalla richiesta di udienza pubblica formulata da una delle parti e potendo essere ammesso il differimento (e quindi la trasformazione in un rito “abbreviato”) solo nei casi ivi previsti (cfr., Tar Campania, Napoli, 5852/2016).

Il problema si è posto in relazione alla tutela cautelare monocratica che prevede, se concessa, obbligatoriamente (art. 56, co. 4 c.p.a.) la fissazione della camera di consiglio di cui all'articolo 55, co. 5 c.p.a. e, quindi, il prosieguo del giudizio secondo le forme “tradizionali” del giudizio cautelare ordinario (sia pure, per gli appalti, con tutte le

peculiarità sopra illustrate collegate al sistema degli artt. 119 e 120 c.p.a.), che, secondo parte della giurisprudenza, risulterebbero materialmente incompatibili col nuovo rito immediato super-accelerato.

Secondo il Tar citato, la possibilità di richiedere la tutela cautelare *ante causam* e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza non può essere esclusa, e, anzi, deve essere garantita, anche nei casi di astratta ammissibilità del rito superaccelerato.

Ne discende, dunque, che è certamente possibile la tutela monocratica eccezionale ante causam (art. 61) e quella urgente monocratica presidenziale, ma non è ammissibile la semplice richiesta cautelare ex art. 55 c.p.a., posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile non si vede come la parte possa pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento superaccelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti.

Inoltre, secondo il Tar è ipotizzabile ritenere che il comma 8 ter non si applichi al rito super accelerato, perché presuppone comunque l'affidamento e forse addirittura l'esistenza di un contratto.

9.4 Tutela cautelare e disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche

L'art. 125, comma 2, in relazione alle controversie in materia di infrastrutture strategiche ha previsto che: *in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.*

La disciplina dell'art. 125 si inquadra nel contesto legislativo del processo super-speciale delle infrastrutture strategiche, in cui l'assetto di interessi consolidato per effetto della stipulazione del contratto è tendenzialmente intangibile, anche in caso di accertata illegittimità dell'atto di affidamento. Ciò deriva dal riconoscimento da parte del legislatore che l'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera deve essere considerato *preminente*. Il legislatore, in altri termini, codifica il bilanciamento degli interessi che normalmente effettua il giudice amministrativo in sede cautelare, limitando notevolmente il potere del giudice della cautela, in quanto la concessione della misura cautelare, pur non preclusa, pare limitata a ipotesi limite. Inoltre, il comma 3 prevede che la sospensione dell'affidamento non comporta

comunque la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

Si è, in particolare, sostenuto che, nonostante l'evidente favore per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, la norma di cui all'art. 125, comma 3, non impedisce a priori, però, l'adozione di adeguate misure cautelari, in tutti i casi in cui la stipulazione del contratto debba ancora intervenire al momento della decisione. L'eventualità non è affatto remota, perché anche i contratti relativi alle infrastrutture strategiche restano soggetti al regime generale dello stand still procedimentale e processuale²¹. Va, comunque, sottolineato che anche nei casi in cui il contratto non è stato ancora stipulato, il giudice amministrativo deve fare i conti con la circostanza che l'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera è, comunque, considerato *preminente* e che anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente va, comunque, comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

10. Conclusioni

Da questa ricostruzione si conferma che la tutela cautelare rappresenta sempre un laboratorio di studio molto proficuo per saggiare l'equilibrio di un sistema processuale in un dato momento storico.

L'evoluzione della tutela cautelare, che ha consentito una valorizzazione della tutela dell'interesse legittimo, con una prevalenza anche sul giudizio di merito, incontra oggi una battuta d'arresto, perché, con riguardo a determinati riti speciali e super-speciali, sembra recessiva rispetto al giudizio di merito che, con la celere fissazione della relativa udienza, invade spazi tradizionalmente riservati alla tutela cautelare.

Si assiste così, probabilmente per la prima volta dopo un periodo di continua espansione della tutela cautelare ad un progressivo ridimensionamento della tutela cautelare, almeno nei *settori sensibili*.

Questo non necessariamente comporta un ridimensionamento della tutela dell'interesse legittimo, quando questa è affidata alla "celere" celebrazione dell'udienza di merito.

Piuttosto l'emersione di interessi pubblici, definiti *preminenti* dallo stesso legislatore, che così codifica il bilanciamento degli opposti interessi, normalmente di pertinenza del giudice, comporta una minore protezione dell'interesse legittimo, almeno in sede cautelare.

²¹ M. Lipari, *op cit.*

Ciò accade proprio nell'esatto momento in cui l'interesse ad agire quale condizione dell'azione ha assunto una dimensione inusuale e probabilmente inimmaginabile, estendendo notevolmente il suo modo di essere, come è dimostrato dallo stesso rito previsto dall'art. 120, comma 2 bis, nonché dalla nozione di *interesse strumentale*, ormai accolta dalla giurisprudenza amministrativa.

Senza considerare che l'attuale sistema potrebbe porre dubbi di compatibilità con il considerando n. 122 della Direttiva 2014/24, secondo cui i cittadini hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto.

Emergono, dunque, contraddizioni e spinte evolutive poco prevedibili fino a qualche tempo fa che solo la prassi futura potrà meglio sviscerare.

Maurizio Santise

(I Referendario Tar Campania)