

STUDI IN ONORE  
DI  
ALBERTO  
ROMANO

VOLUME  
II

EDITORIALE SCIENTIFICA



ROBERTO CAVALLO PERIN

## La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo

SOMMARIO: 1. La riforma del processo amministrativo tra diritto nazionale ed europeo. – 2. Potere cautelare e i tradizionali limiti interni alla giurisdizione. – 3. Potere di annullamento e sospensione cautelare, un'inutile simmetria. – 4. *Segue*: la strumentalità del potere cautelare, e le teorie dell'anticipazione. – 5. *Segue*: i provvedimenti negativi. – 6. Provvedimenti a carattere costitutivo tra tutela dell'autonomia giuridica e principio della "separazione dei poteri". – 7. Tutela cautelare e sospensione per effetto della proposizione del ricorso. – 8. Le norme speciali della riforma del processo amministrativo.

### 1. *La riforma del processo amministrativo tra diritto nazionale ed europeo*

Il processo amministrativo ha ricevuto una nuova disciplina dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione della legge di delegazione 18 giugno 2009, n. 69, art. 44<sup>1</sup> avente ad oggetto il riordino delle norme sul processo amministrativo e la sistemazione di quell'evoluzione – prima nazionale e poi su impulso dell'Unione europea – che a partire dagli anni settanta del secolo scorso ha ridisegnato importanti istituti processuali,

<sup>1</sup> Per il precedente tentativo di riforma del 1989 si veda per tutti: Cons. di Stato, Ad. Gen., 8 febbraio 1990, n. 16, in *Foro amm.*, 1990, 285; *La riforma della giustizia amministrativa*, a cura di U. ALLEGRETTI, V. CERULLI IRELLI, A. CORPACI, C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, A. PROTO PISANI, D. SORACE, A. TRAVI, in *Foro it.*, 1990, V, 296; C. DAL PIAZ, *La tutela cautelare nel progetto di riforma del processo amministrativo*, in *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Atti del Convegno per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (Torino, 10-12 novembre 1989), Napoli, 1996, 357 e s., 371; per le più recenti prospettive di riforma per tutti: F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in Atti del convegno *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna* (Palermo 19-20 marzo 2001), a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, 2002, 219 e s.

tra i quali non è mancata una differente interpretazione della tutela cautelare. Evoluzioni che, come sempre, sono prima sperimentate dalla giurisprudenza e poi accolte dal legislatore, sempreché il vaglio teorico sappia aiutare quest'ultimo a trarre dalla casistica una regola generale ed astratta.

Oltre all'idea – non certo nuova – che si debba porre rimedio ad antiche norme processuali perché ritenute incapaci di offrire al ricorrente una tutela effettiva, spicca l'influenza che la disciplina sul processo amministrativo ha ricevuto direttamente dall'ordinamento dell'Unione europea, in particolare dalle norme processuali in materia di appalti; seppure con un saldo che rispetto ad allora non è così marcato come generalmente si crede. Se nell'ottocento e nei primi anni del XX secolo i rapporti tra ordinamenti giuridici ed il conseguente influsso della disciplina internazionale su quella nazionale potevano ritenersi ininfluenti, non altrettanto può dirsi per le contaminazioni culturali che anche per le scienze del diritto pubblico sapevano superare i confini nazionali degli Stati europei<sup>2</sup>.

In particolare – sempre nella stessa epoca di fine XIX inizio XX secolo – una disciplina cautelare avente ad oggetto la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato non è stata generalmente intesa come una tutela cautelare ineffettiva; non è chiaro se ciò trovi sufficiente spiegazione nella configurazione di un'amministrazione “minima” coerente con uno Stato di diritto che “poco dava, poco assoggettava a concessione ad autorizzazione”. Il ricorso si configurava per antonomasia in un *petitum* oppositivo e la cautela in una “sospensione dell'atto impugnato”<sup>3</sup>, secondo una linea di tutela che appare insufficiente con il sopravvento dello “Stato sociale”, ove l'amministrazione pubblica assume rilievo più per ciò che essa è chiamata a diverso titolo ad offrire agli amministrati che non piuttosto per ciò che può ad essi negare.

L'idea ricorrente è che se nel diritto amministrativo sostanziale assumono rilievo crescente gli studi sulle pretese verso l'amministrazione

<sup>2</sup> V.E. ORLANDO (a cura di), *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, 633 s.; per i rapporti circolari e le contaminazioni nella storia cultura giuridica europea ed americana da ultimo: M. BARBERIS, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2008.

<sup>3</sup> ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2495; M. ANDREIS, *Tutela cautelare (processo amministrativo)*, in *Il diritto – encicl. giur.*, 2008, vol. XVI, 282.

pubblica (interessi pretesivi; diritti di credito o sociali) in sede processuale emerge correlativamente la necessità di poteri giurisdizionali effettivi che ne assicurino la giusta tutela, al pari di quanto l'ordinamento avrebbe "da sempre assicurato alle pretese dei rapporti fra privati"<sup>4</sup>.

## 2. Il potere cautelare e i tradizionali limiti interni alla giurisdizione

Gli articoli 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E sono i limiti dei poteri del giudice verso l'amministrazione i quali escludono la revoca e la modificazione dell'atto amministrativo, lasciando unicamente al giudice la possibilità di conoscere e di disapplicare gli effetti dell'atto.

Il costrutto esprime nel nostro ordinamento il principio della separazione dei poteri, verso il quale si è ritenuto compatibile anche un potere di annullamento dell'atto impugnato pronunciato da una IV Sezione del Consiglio di Stato intesa come *autorità amministrativa*<sup>5</sup> che forse il lessico contemporaneo avrebbe denominato *authority*.

Il più recente art. 113 Cost. – nel riservare alla legge "quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei

<sup>4</sup> R. VILLATA, F. GOISIS, Art. 21, l. TAR, Sez. VI, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 708 e s.; M. CLARICH, M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. Rossi Sanchini, Milano, 2006, 6; M. ANDREIS, *Tutela cautelare (processo amministrativo)*, cit.; A. TRAVI, Art. 21, l. TAR, Sez. VI, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 708 e s.; ID., *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. XIV, 1999, 372 e s.; F. SATTA, voce *Giustizia cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg. 1997, 595 e s.; M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; B. TADDEI, *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Rimini, 1988; G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1981, agg. 1984; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; M. NIGRO, *La legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali (Prime considerazioni con particolare riguardo alle norme sulla procedura)*, in *Cons. St.* 1972, II, 138; G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971; per una sintesi delle evoluzioni degli ultimi anni si veda: M. CLARICH, M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare ... cit.*, 3-15; sulle relazioni e distinzioni con la tutela sommaria: M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996.

<sup>5</sup> SANTI ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1899, ora in *Gli scritti nel trattato Orlando*, Milano, 2003, 239 e s.; U. RATTAZZI, *Relazione precedente tra le leggi del 30 ottobre 1859*, Torino, 1864, 26.

*casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa* – parrebbe invece ricondurre il fondamento ed il limite costituzionale del potere del giudice di annullare l'atto impugnato al generale limite previsto per le c. d. sentenze costitutive, che notoriamente è posto a garanzia dell'autonomia giuridica riconosciuta ai soggetti, non importa se pubblici o privati, persone fisiche o giuridiche.

*“Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere, rapporti giuridici, con effetto tra le parti loro eredi ed aventi causa.”* (art. 2908, c. c.; cfr. art. 2932, c. c.) ove la norma può essere invocata anche come fondamento giuridico dell'annullamento nel processo amministrativo e nel processo costituzionale, seppure con una rilevante differenza.

La sentenza costitutiva di annullamento ha sin dall'origine avuto come oggetto l'atto e non solo i rapporti giuridici conseguenti, perché con il riferimento all'atto – che è titolo degli effetti giuridici – si vuole ampliare la tutela dell'annullamento attribuendo al giudice un potere che è capace *ex lege* di produrre un effetto costitutivo “*erga omnes*”, non invece solo tra le parti, loro eredi ed aventi causa (art. 2908, c. c.)<sup>6</sup>.

L'indicata struttura giuridica della sentenza costitutiva su atti dei pubblici poteri (cfr. art. 136, Cost.) si distingue da quella prevista nei rapporti tra privati perché deriva anzitutto dalla disciplina sostanziale di diritto pubblico dell'atto (legislativo o amministrativo) che è oggetto dell'annullamento. A differenza di quanto si stabilisce per gli atti di diritto privato (art. 1372, c.c.), la legge prevede che l'atto amministrativo ed in genere l'atto legislativo realizzino vicende di modificazione, costituzione ed estinzione di rapporti giuridici che producono effetti giuridicamente rilevanti per i terzi<sup>7</sup> – diversi dall'amministrazione pubblica emanante e dal destinatario dell'atto emanato – che nel processo amministrativo di impugnazione li segnano come controinteressati, cioè come litisconsorti necessari.

Differenze che derivano dunque dal diritto sostanziale e che caratte-

<sup>6</sup> E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1962.

<sup>7</sup> SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, Nuova serie, I, 1947, 64 e s., poi in *Scritti Minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, 397 s.; ID., *L'annullamento (teoria dell'annullamento) nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Digesto it.*, 1937, ora in *Scritti Minori*, vol. II *Diritto amministrativo*, 1950, 327 s.; ora 1990, 387 s.

rizzano in modo particolare la sentenza d'annullamento del provvedimento nel diritto amministrativo, ma che non pongono in forse il fondamento generale dei limiti posti dall'ordinamento ai provvedimenti giurisdizionali capaci di produrre effetti – in luogo degli atti di autonomia – di *costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici* che è dato dal riconoscimento e dalla tutela dell'autonomia dei soggetti dell'ordinamento, sia essa quella pubblica o privata, di soggetti pubblici o privati<sup>8</sup>.

Fermo restando che il contratto concluso ha comunque una sua oggettiva esistenza *erga omnes*, l'ordinamento giuridico ha riconosciuto ai soggetti la capacità e l'autonomia di stipulare contratti e perciò di produrre le vicende giuridiche dagli stessi volute seppure con effetti agli stessi limitati (art. 1372, c.c.), sicché è da ritenersi eccezionale e perciò soggetta ai casi indicati dalla legge (artt. 2908, 2932, c.c.) la possibilità del giudice – in via alternativa ai primi – di emanare atti che producano i medesimi effetti costitutivi, modificativi ed estintivi, che verso l'amministrazione si sostanzia in una vera e propria riserva di legge ove si tratti di disciplinare il potere giurisdizionale di annullamento (art. 113, u.c., Cost.) che produce effetto verso i terzi simmetricamente all'atto che si vuole annullato.

### 3. *Potere di annullamento e sospensione cautelare, un'inutile simmetria*

Tra i provvedimenti giurisdizionali d'eccezione che producono effetti di *costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici*, l'annullamento è da sempre quello che appare di minore invadenza dell'autonomia giuridica dei soggetti dell'ordinamento; se si preferisce può essere ritenuto una ragionevole ingerenza, poiché pur addivenendo alla vicenda di eliminazione del provvedimento impugnato, con effetto normalmente retroattivo sino al giorno dell'emanazione di quest'ultimo, non addivene in ogni caso alla sua sostituzione con altro atto emanato in conformità alla legge. L'affermazione è stata ritenuta valida indipendentemente dalla circostanza che l'annullamento fosse riferito ad un provvedimento vincolato oppure ad un provvedimento discrezionale dell'amministrazione, dovendo la conformità al giudicato essere in ogni caso ottenuta rivolgendosi all'amministrazione, costringendola al più *pel tramite del giudizio di*

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 108.

*ottemperanza*, a lungo tempo considerato non a caso una modalità d'esecuzione degli atti della giurisdizione non estranea all'organizzazione complessiva dell'amministrazione pubblica, secondo un costrutto che non contraddiceva l'enunciato principio della tripartizione dei poteri nella quale non a caso la *fictio* teorica definiva l'amministrazione come una, cioè era nel principio presa in considerazione come un insieme, seppure variamente articolato.

Gli stessi limiti si sono a lungo affermati anche per il potere cautelare, indicando la sospensione come il necessario e sufficiente provvedimento di esercizio di tale potere nel giudizio d'impugnazione, in un processo che è essenzialmente finalizzato all'annullamento dell'atto impugnato dal ricorrente.

Senonché a rigore, la simmetria tante volte enunciata tra *petitum* del ricorso e *petitum* dell'istanza cautelare non corrisponde al tradizionale dato di diritto positivo, neppure ove si assuma a riferimento il punto di vista posto dal principio dalla tripartizione dei poteri. Il provvedimento d'annullamento e il provvedimento di sospensione adottati dalla giurisdizione amministrativa sin dalle origini non sono affatto sovrapponibili: la sospensione cautelare del Consiglio di Stato e poi dei Tribunali amministrativi regionali non ha mai avuto ad oggetto il provvedimento impugnato ma unicamente la sua *esecuzione* (art. 39, l. Cds; già art. 33 r.d. 2 giugno 1889, n. 6166).

Se nel processo amministrativo l'atto cautelare tipico non tocca il provvedimento dell'amministrazione ma unicamente la sua esecuzione<sup>9</sup>, cioè i suoi effetti giuridici (esecutività) o materiali (esecutorietà) con rilevanza almeno tra le parti processuali<sup>10</sup>, si deve concludere che sin dall'origine lo stesso può dirsi compatibile con i limiti posti alla giurisdizione dall'art. 4 e 5, l. 1865, n. 2248, all. E, cit., i quali consentono al giudice di conoscere degli effetti dell'atto e di disapplicarlo<sup>11</sup>.

La giurisdizione per antonomasia non trova dunque un limite teorico ad accogliere tra i propri poteri cautelari anche quello di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo (es. art. 22, co. 7°, l. 24 novembre 1981, n. 689), poiché la sospensione al pari della disapplicazione ri-

<sup>9</sup> R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 88 e s.

<sup>10</sup> M. SICA, *Effettività...*, cit., 218-231, che critica l'equiparazione tra sospensione e annullamento.

<sup>11</sup> E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 169-185.

guarda gli effetti del provvedimento, mai l'atto d'autonomia che è invece toccato dal potere di annullamento, proprio in quella giurisdizione posta da sempre a presidio dei diritti soggettivi, che con un neologismo degli *anni sessanta*<sup>12</sup> è stata denominata dagli studiosi di diritto amministrativo come *giurisdizione sui rapporti*, lo stesso lessico utilizzato dall'art. 2908 c. c. per definire i confini dei poteri del giudice verso l'autonomia privata che è riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento.

#### 4. Segue: la strumentalità del potere cautelare e le teorie dell'anticipazione

Ancora nel lessico familiare degli studiosi del diritto amministrativo si ritrova come affermazione ricorrente che anche "nel processo amministrativo la tutela cautelare miri ad impedire che il tempo necessario per la definizione del giudizio vada a danno del ricorrente che, verosimilmente, abbia ragione"<sup>13</sup> con una sostanziale alterazione dell'originaria enunciazione del principio in materia processuale secondo il quale e più semplicemente: *il tempo del processo non deve andare a danno di chi ha ragione*<sup>14</sup>.

Nella comune rappresentazione la domanda cautelare è riconosciuta senz'altro al ricorrente a tutela del suo punto di vista, rispetto al quale quello dell'amministrazione e quello dei controinteressati sono solo il conseguente ed inevitabile rovescio. In tale rappresentazione il ragionamento scivola agevolmente sull'effettività di quello che è l'unico provvedimento finale, che sempre dal punto di vista del ricorrente è l'annullamento dell'atto impugnato, di cui la sospensione rappresenterebbe la versione claudicante ... ad affetto anticipatorio<sup>15</sup>.

L'idea dell'anticipazione è un fatto vero ma all'evidenza è stato forse fuorviante<sup>16</sup>, poiché l'anticipazione degli effetti della sentenza finale è al

<sup>12</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, 225 s.; cfr. F. SATTA, *Giustizia cautelare*, in *Enc. Dir.*, Agg. 1997, 599.

<sup>13</sup> Cfr. M. ANDREIS, *Tutela cautelare (processo amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XVI, 2008, 282.

<sup>14</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 147; principio ripreso in sede di potere cautelare del giudice da P. CALAMANDREI, *Introduzione* 146; ID., *Opere*, IX, 254.

<sup>15</sup> Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284.

<sup>16</sup> Cfr. A. TRAVI, *La tutela ... cit.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 330.

più un mezzo inevitabile, mai potrà essere ritenuta la ragione dell'atto cautelare, nè il suo fine *ex lege*.

La sospensione *dell'esecuzione* dell'atto impugnato non si caratterizza giuridicamente come un'anticipazione dell'annullamento, né per *ratio*, né per lettera normativa. Analogamente nel processo civile non credo che possa dirsi anticipatoria della sentenza che conclude il processo di rivindica la nomina cautelare a custode del bene sequestrato di colui che rivendichi la proprietà del bene stesso: è noto infatti che il giudice nomina custode "quello tra i contendenti che offre le maggiori garanzie e dà cauzione" (art. 676, c. 2°, c.p.c.).

L'idea dell'anticipazione della tutela ha oscurato la funzione strumentale ed essenziale della tutela cautelare che è invece quella di assicurare *l'effettività del provvedimento che conclude il processo*, con il quale si rende ragione a chi ha processualmente ragione, non importa se ricorrente, amministrazione resistente, cointeressato o contro-interessato.

La prospettata anticipazione ha oscurato ancora più che la cautela non è sempre un *minus* del *petitum* finale dato a chi ha ragione, meno che mai a favore del solo ricorrente che possa avere ragione, ma unicamente un provvedimento che il giudice si trovi a dover disporre per evitare che divenga inutile il provvedimento che chiude il processo reso a favore di chi potrà avere ragione.

La cautela come *strumento* essenziale – istituzionale – del processo, come mezzo per assicurare l'utilità del suo fine, i cui provvedimenti debbono ogni qualvolta essere adattati alla bisogna, cioè dati *al fine* di assicurare e non di anticipare l'esito finale del processo; provvedimenti che il giudice deve selezionare come i più adeguati al caso concreto, se necessario inventati per quel caso concreto; provvedimenti cautelari che nel processo perciò sono essenzialmente atipici<sup>17</sup>.

La norma essenziale di qualsiasi potere processuale cautelare può dunque essere utilmente ritrovato nell'art. 700 c.p.c.<sup>18</sup>, o nella non molto

<sup>17</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione*, 31, *Opere*, IX, 185; ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo...* cit., 2492, spec. 2496; Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190; Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284; Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8; Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419; per l'Unione europea: C. Giust. Cee, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*; cfr. Cons. St., Ad. pl., ord., 30 marzo 2000, n. 1; pare contraria in materia tributaria: Corte cost., 29 marzo 1983, n. 80.

<sup>18</sup> M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297; ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo...* cit., 2491; M. SICA, *Effettività di una tutela cautelare e provvedimenti d'urgenza*, cit., 96 s.; C.E. GALLO,

dissimile disposizione che la Comunità europea ha inteso agevolmente riproporre anche per il nostro processo amministrativo come sintesi della prevalente cultura giuridica europea nella sua prima direttiva ricorsi in materia di appalti<sup>19</sup> ove è definito un potere cautelare innominato per le controversie sull'aggiudicazione come premessa della stipulazione dei contratti pubblici; potere che si è aggiunto a quello del pari atipico già riconosciuto dalla Corte costituzionale (n. 190/85) in una materia (pubblico impiego) che al tempo era di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed avente ad oggetto i soli rapporti patrimoniali con l'amministrazione<sup>20</sup>.

La disciplina sulla tutela cautelare innominata nel nostro processo amministrativo italiano con riferimento agli appalti pubblici può dirsi *self-executing* sin dal 21 dicembre 1991, cioè da quando sono scaduti i termini per la ricezione della prima direttiva ricorsi (art. 5, Dir. CEE/665/89 del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989). Il tenore letterale della norma non limita affatto i poteri del giudice né alla sospensione né al favore per una sola parte processuale: ai fini dei ricorsi in materia di appalti gli Stati membri assicurano che vi siano poteri che – con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza – permettano di prendere provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti (art. 2, Dir. CEE/665/89)<sup>21</sup>.

Provvedimenti provvisori tra i quali è ricompreso quello tipico ed a noi noto come potere che – sin dai primordi della giustizia amministrativa – è stato attribuito al fine di *sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica* di un appalto o *l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici* (art. 2, Dir. CEE/665/89).

Alla Corte costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti ante causam nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.* 1998, 856 e s.

<sup>19</sup> Dir. Cee, 21 dicembre 1989, CEE/665/89; C. Giust. Cee, 21 febbraio 1991, cit.; R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1889.

<sup>20</sup> ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo...*, cit.; M. NIGRO, *op. ult. cit.*; U. DI BENEDETTO, *La tutela cautelare nel pubblico impiego nel giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1989, 1625.

<sup>21</sup> Sulla prima direttiva ricorsi, per tutti: O.M. PAPADOPULO, *Vers une protection juridictionnelle commune en Europe: la directive «recours»: 89/665/Cee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, 947; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 829.

5. *Segue: i provvedimenti negativi*

Non può essere stigmatizzata come un'ipocrisia giuridica dei pratici quell'evoluzione della giurisprudenza che ha accordato la sospensione di molti tra i provvedimenti c.d. "negativi", come la non ammissione ad un pubblico concorso, al servizio civile in luogo di quello militare, all'esame di stato, all'esame di maturità o la non iscrizione all'Università<sup>22</sup>. L'ottimo espediente lessicale che ha trasformato in positivi molti dei provvedimenti che sono negativi, non costituisce affatto una spiegazione né del fenomeno in sé considerato, né della natura giuridica e dunque della disciplina istituzionale del potere cautelare nel processo amministrativo.

Ciò che non convince è proprio l'idea di una auto-evidente affermazione di un difetto di interesse in chi chieda la sospensione di un provvedimento che neghi la soddisfazione dell'interesse pretensivo, poiché si è ritenuto esatto poter affermare che "sospendere una negazione non afferma ancora il provvedimento richiesto".

Si è chiarito che la sospensione cautelare non è del provvedimento impugnato ma della sua esecuzione, cioè dei suoi effetti anzitutto giuridici, sicché un interesse del ricorrente si ha nell'impedire all'atto di produrre gli effetti negativi che consolidano la posizione acquisita da un contro interessato, verso il quale viceversa, volendo proseguire nel lessico familiare, l'esecuzione dell'atto negativo produce effetti favorevoli. È il caso della non ammissione di un concorrente ad un pubblico concorso, ad una gara e così via con gli esempi sopra indicati e risolti già da tempo dalla giurisprudenza.

Più in generale si deve riconoscere che non si scorge differenza alcuna tra la predicata carenza di interesse alla sospensione di un diniego e quella all'annullamento del diniego stesso: da tale punto di vista si deve ammettere che entrambi i provvedimenti giurisdizionali di annullamento e di sospensione non danno l'integrale soddisfazione dell'interesse pre-

<sup>22</sup> Per una disamina da ultimo: D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001; ma cfr. A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 e s.; R. VILLATA, *La corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794; E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo; "effetto di reciprocità" e adozione da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 117; E.M. BARBIERI, *I limiti del processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 200.

tensivo, perché in entrambi la negazione del giudice non afferma, sicché teoricamente si è oscurata la considerazione critica che predicare una carenza di interesse al provvedimento cautelare di sospensione del provvedimento negativo impugnato si risolve in verità in una censura più radicale, che nella tradizione del processo amministrativo non è mai stata accolta e che riguarderebbe un'asserita carenza d'interesse del ricorrente alla proposizione del ricorso<sup>23</sup>.

L'infondatezza di quest'ultima prospettazione risolve in radice l'infondatezza di un'asserita tradizionale carenza di interesse alla sospensione dell'esecuzione di un provvedimento negativo, che talvolta si è visto proposto come limite derivato dal principio di tripartizione dei poteri, o secondo un lessico più recente come limite a tutela dall'autonomia pubblica di cui gode istituzionalmente l'amministrazione<sup>24</sup>.

Più correttamente si deve ritenere che l'interesse al provvedimento cautelare può trovare soddisfazione nel provvedimento giurisdizionale tipico di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato – sia esso a contenuto positivo o negativo – oppure da ogni altra determinazione atipica ed idonea ad assicurare che *il tempo del processo non vada a danno di chi ha ragione*, sia questi il ricorrente o altra parte processuale, confermando con ciò che il fondamento costituzionale della tutela cautelare vale in qualsiasi processo ed anche a favore della pubblica amministrazione che può avere ragione.

#### 6. *Provvedimenti a carattere costitutivo tra tutela dell'autonomia giuridica e principio della "separazione dei poteri"*

Diversa questione sono i limiti che l'ordinamento ha posto alla giuri-

<sup>23</sup> Anche secondo il costrutto tradizionale può semplicemente dirsi che anche l'interesse alla sospensione di un provvedimento negativo è quanto meno – seppur impropriamente – l'interesse *all'anticipazione dell'annullamento*, ma ciò vale quanto dire più correttamente che sussiste o manca l'interesse ad agire, cioè sussiste o manca l'interesse ad ottenere un annullamento ancora claudicante denominato sospensione dell'atto impugnato, il quale certo deve sussistere al momento della proposizione della domanda (art. 100, c.p.c.) e della decisione giurisdizionale.

<sup>24</sup> ALB. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico* in *Dig. disc. pubbl.*, 1987, II, 30 e s.; ID. *Il cittadino e la pubblica amministrazione e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987.

sdizione, non importa ora se ordinaria od amministrativa, nei confronti delle autonomie, di quella privata a tutti comune o di quella peculiare attribuita alle pubbliche amministrazioni. È tema generale e non peculiare della tutela cautelare nel processo amministrativo che può essere qui trattato solo per quanto risulti necessario alla risoluzione della questione teorica posta dalla tutela cautelare. Sinteticamente si possono richiamare i seguenti punti.

Se la tutela cautelare innominata accordata nelle materie di giurisdizione esclusiva è da ritenersi conforme al principio costituzionale di uguaglianza – in ragione della tutela giurisdizionale data ai privati sui diritti (art. 700, c.p.c.) quanto meno nei limiti di una *giurisdizione sui rapporti* (art. 2908 c. c.) che definiscono i poteri del giudice verso l'autonomia di tutti i soggetti dell'ordinamento (autonomia privata) – non così immediata è stata la dimostrazione di una compatibilità di tale potere cautelare con i limiti accordati dall'ordinamento all'autonomia di diritto pubblico, che è tratto peculiare della pubblica amministrazione e di cui la discrezionalità amministrativa è l'espressione più eclatante.

Con riferimento al potere cautelare tipico si è riconosciuto che la Costituzione (art. 113, u.c.) – avendo elevato a limite generale dell'autonomia (pubblica o privata) della pubblica amministrazione il potere d'annullamento *erga omnes* dell'atto impugnato – ha del pari garantito alle parti anche il necessario e strumentale potere processuale di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, anche qui con effetto verso terzi.

Potere di annullamento e di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato che il legislatore ha riconosciuto alla giurisdizione anche nei confronti di talune autonomie private (società, condominio, associazioni, ecc.) come uno dei tipi di provvedimenti che la legge attribuisce all'autorità giudiziaria per costituire, modificare o estinguere, rapporti giuridici, ma *con effetto solo tra le parti loro eredi ed aventi causa* (art. 2908, c. c.), che affianca l'altro tipo di provvedimento giurisdizionale non a carattere generale, ma accordato per singoli atti ed in via d'eccezione come *l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto* (art. 2932, c.c.).

Fuori da tali ipotesi *ex lege* anche per i privati si constata un limite dei poteri attribuiti alla giurisdizione, ma talora la legge riconosce ancora la possibilità di rivolgersi alla volontaria giurisdizione – che nella tradizione non è un'attività giurisdizionale – chiedendo di adottare provvedimenti sostanzialmente d'amministrazione nell'interesse di una collettività

privata – come la comunione, il condominio, o la società – che non è in grado temporaneamente di provvedere (art. 1105, c. 4° c. c.; art. 1139, c.c.; art. 2409, c. 4°, c.c.; art. 742 *bis*, c.p.c.).

Per i pubblici poteri da tempo si è riconosciuto un analogo potere d'amministrazione che è accordato al giudice con la giurisdizione di merito, ma ciò non esclude che ragionevolmente ed in deroga all'art. 4, l. n. 2248 del 1865, all. E cit., il legislatore preveda in via d'eccezione ulteriori limiti all'autonomia pubblica, attribuendo al giudice oltre all'annullamento taluni poteri capaci di soddisfare direttamente i diritti soggettivi lesi o gli interessi pretensivi insoddisfatti. In quest'ultimo caso il riferimento è anzitutto all'attività vincolata dell'amministrazione pubblica, soprattutto ove la stessa sia d'attuazione di obblighi costituzionali, dell'Unione europea, o internazionali, che sono un limite per la stessa autonomia legislativa (art. 11, 117, c. 1°, Cost.). Anche per l'autonomia pubblica si avrebbe così – nei soli casi e con gli effetti previsti dalla legge – un'attribuzione al giudice di poteri capaci di sostituire in via d'eccezione il provvedimento dell'amministrazione, non importa ora se con un provvedimento giurisdizionale costitutivo o di altra natura giuridica.

Il precetto costituzionale secondo cui il “giudice è soggetto soltanto alla legge” (art. 101, Cost.) non ha mai negato che tra le premesse maggiori del sillogismo giudiziale vi fossero gli atti d'autonomia, anzitutto di quella privata (es. i contratti) in ragione dei quali definire il giudizio, sicché è normale e in gergo processuale è pregiudiziale conoscere ed addirittura statuire sui limiti delle condizioni del riconoscimento di tale autonomia (norme imperative) e di altre norme che disciplinano la validità degli atti compiuti in ragione di essa (annullabilità). Assume particolare rilievo la questione pregiudiziale ove si tratti d'organizzazioni private che vedono la validità dei propri atti definita anche da statuti e regolamenti c.d. interni (art. 23, art. 1137, art. 2377, c.c.) così detti perché l'ordinamento non attribuisce ad essi una rilevanza giuridica verso i terzi (art. 1372, c.c.).

L'autorità giudiziaria del pari ed esplicitamente per legge è tenuta ad applicare gli atti amministrativi ed i regolamenti (generalmente e locali) che siano conformi alle leggi (art. 5, l. n. 2248 del 1865, all. E; art. 4, preleggi al c.c.), sicché anche nei confronti della pubblica amministrazione è agevole concludere che tra le premesse maggiori del sillogismo giudiziale vi siano anche gli atti di autonomia normativa pubblica che, unitamente alle leggi, definiscono secondo la tradizione l'attività vincolata dell'amministrazione stessa.

Nessuna lesione dell'autonomia dei privati è stata mai individuata nella condanna di una parte all'adempimento della prestazione prevista in contratto, ciò a prescindere dai limiti posti dall'ordinamento all'esecuzione in forma specifica (art. 2930 e s., c.c.; art. 612 c.p.c.) ed entro i limiti della nota impossibilità giuridica o di fatto di esigere da chiunque prestazioni di *facere infungibili*.

Certo in continuità con i limiti dell'autonomia privata si è detto che l'ordinamento giuridico potrebbe riconoscere come casi d'eccezione – e con ragionevole limitazione dell'autonomia pubblica – in tutto o in parte per gli atti amministrativi vincolati la possibilità che la stessa sia chiamata dal giudice ad emanare un atto che la legge o i regolamenti, gli atti generali, o pregiudiziali di autonomia, hanno definito come l'esito di un'attività vincolata, emanando una sentenza che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio, con soluzione che anticipa o addirittura prescinde dallo strumento offerto dall'ottemperanza nel processo amministrativo.

Più delicata è l'analisi invece che riguarda il mancato esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione pubblica, che si è detto il legislatore supera verso l'autonomia privata in alcuni casi con la volontaria giurisdizione, in altri con la nomina di un – per così dire – *commissario ad acta* tra i genitori (art. 316, c. 5°, c. c.) oppure con un tutore o curatore (art. 346, 424, c. c.). Per l'autonomia dell'amministrazione pubblica il legislatore aveva a suo tempo inventato la *giurisdizione di merito* – oggi non riproposta espressamente dal decreto governativo per la tutela cautelare<sup>25</sup> – ma a prescindere dalle innovazioni legislative la questione teorica si è confusa con il discusso e diverso problema dell'impossibilità per il giudice di accordare in sede cautelare più di quanto egli potesse assicurare al ricorrente con la sentenza di annullamento, dimenticando che – come per l'asserita impossibilità di sospendere i provvedimenti negativi – l'affermazione non è esatta ove intenda riferirsi al solo effetto costitutivo di annullamento della sentenza o della decisione che conclude il processo.

<sup>25</sup> Si vedano tuttavia le norme speciali che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva e di merito sull'azione collettiva verso la pubblica amministrazione (l. 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, c. 2°, lett. 1, n. 2; ma cfr. d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, art. 1, c. 7°); oltre all'inquadramento delle valutazioni sulla sorte del contratto della seconda direttiva ricorsi, del d. lgs n. 53 del 2010, cit. e del codice del processo qui in commento.

Nel diritto amministrativo l'evoluzione del pensiero teorico<sup>26</sup> ha affermato come tratto peculiare dell'autonomia pubblica la sostituzione degli organi inottemperanti con un commissario *ad acta*, con una soluzione che nella tradizione si è ritenuto che al tempo stesso superi la questione dei limiti posti dalla divisione dei poteri, o dalle più recenti definizioni dell'autonomia pubblica o di una riserva d'amministrazione<sup>27</sup>. La soluzione si è così imposta in definitiva perché ha dovuto tenere conto di un principio essenziale dello Stato moderno che ha diversamente designato i confini tra poteri del giudice e autonomia (pubblica), configurando peculiari strumenti processuali che sono stati ritenuti necessari ad una tutela effettiva di chi ha avuto ragione, secondo un percorso originale che per ciò non è presente nelle elaborazioni intorno ai limiti dei poteri del giudice nei confronti all'autonomia privata.

Nel processo amministrativo è noto che sono stati riconosciuti come elementi essenziali per l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione le *statuizioni di accertamento* contenute nelle decisioni o nelle sentenze di annullamento del giudice amministrativo, avanti al quale *ex lege* sono il titolo giuridico di valutazione della conformità al giudicato del successivo adempimento spontaneo dell'amministrazione o per ottemperanza, ove un funzionario di altro ente pubblico è nominato – secondo la lettura che appare più convincente – nella qualità di organo straordinario dell'amministrazione che è stata parte in causa ed è perciò chiamato ad esercitare per essa l'eccezionale funzione ... “di adempimento ad un determinato giudicato”<sup>28</sup>. Nel processo amministrativo l'archetipo del titolo esecutivo non è la sentenza di condanna, ma le statuizioni d'accertamento contenute nelle sentenze o decisioni del giudice, alle quali l'amministrazione deve ottemperare per generale disposizione di legge.

<sup>26</sup> Tuttora insuperata è la ricostruzione della vicenda data da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 120 e s.; in particolare 217 e s.

<sup>27</sup> ALB. ROMANO, voce *Autonomia*, loc. cit.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

<sup>28</sup> Per la coesistenza di accertamenti e di comandi: P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. scienze soc.*, 1914; per il processo amministrativo già M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 20; ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo...*, cit., 2495; cfr. anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, 52; G. SAPORITO, *Provvedimenti cautelari: limiti di esigibilità*, in *Foro it.*, 1985, III, 54.

In sede cautelare analoga è la costruzione seppure in esito a interpretazioni consolidate meno risalenti<sup>29</sup>. Anche in questo caso sono le statuizioni di accertamento contenute nell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato a costituire il titolo dell'adempimento spontaneo o d'ottemperanza dell'amministrazione ad atti o comportamenti che l'ordinanza indica come capaci di assicurare l'effettività del provvedimento finale, statuizioni su atti e provvedimenti dell'amministrazione anche positivi, indicati dall'ordinanza con rinvio ad una successiva udienza cautelare, che ove non adottati dall'amministrazione resistente, debbono essere eseguiti da un *commissario ad acta* nominato sempre in sede cautelare dal giudice.

Atti o comportamenti anche positivi dell'amministrazione pubblica o di altra parte processuale che sono in modo atipico individuati dal giudice per sospendere in quel caso concreto *l'esecuzione* dell'atto impugnato, secondo un costrutto che ha portato con largo anticipo a parlare per la fase cautelare di una generale giurisdizione di merito<sup>30</sup>, quella giurisdizione che abbiamo visto essere la nostra particolare costruzione giuridica di un'ingerenza ragionevole nell'autonomia pubblica, che corrisponde in parte a quella che per le autonomie private è la volontaria giurisdizione.

#### 7. Tutela cautelare e sospensione per effetto della proposizione del ricorso

Norme speciali sul processo avanti al giudice amministrativo<sup>31</sup> hanno già da tempo previsto la sospensione dell'atto impugnato come effetto normale della proposizione del ricorso, anzitutto nella quasi coeva disciplina all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato sulle I.P.A.B. ove il ricorso sospendeva il provvedimento definitivo di concentrazione, di raggruppamento o di trasformazione degli istituti, oppure la revisione dei loro statuti o regolamenti, ma i termini per la produzione e discussione del ricorso erano ridotti alla metà (art. 81, l. 17 luglio 1890, 6972, ma cfr. anche art. 92-93), successivamente la norma si afferma per taluni

<sup>29</sup> Per tutti: R. VILLATA, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 97 e s; ID., *L'esecuzione delle decisioni ... cit.*, 88 e s.

<sup>30</sup> ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo... cit.*, 2499-2500; cfr. E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908, 79.

<sup>31</sup> A. TRAVI, voce *Sospensione del provvedimento impugnato*, cit., 374.

ricorsi in materia di spedalità (art. 5, l. 31 maggio 1900, n. 211), o avverso il licenziamento dei segretari comunali (art. 5, l. 5 luglio 1902, n. 144) mentre più di recente ancora i ricorsi contro i provvedimenti d'espulsione degli stranieri ove la sospensione era accordata sino alla definitiva pronuncia sull'ordinanza cautelare (d. l. 30 dicembre 1989, n. 416, conv. in l. 28 marzo 1990, n. 39).

La nuova disciplina di derivazione europea sui ricorsi in materia d'appalti pubblici recupera la tradizione sancendo l'effetto sospensivo che produce la proposizione del ricorso sulla successiva attività dell'amministrazione resistente di stipulazione del contratto.

Il rovesciamento della tutela degli interessi rende evidente l'utilità piena di una disciplina cautelare che deve essere in via generale essenzialmente *innominata* ed a favore di qualsiasi parte processuale, come potere accordato al giudice affinché in materia d'appalti pubblici possa assicurare l'effettività di una decisione finale di rigetto o di annullamento, tutelando interessi che possono essere dell'amministrazione, dei controinteressati o ancora del ricorrente (oltre il termine dilatorio), prescrivendo cautele, integrazioni o correttivi dell'effetto sospensivo *ex lege* che resta intangibile, per il quale la proposizione del ricorso impedisce la stipulazione contrattuale per un limitato periodo di tempo.

La sospensione definitiva *ex lege* che segue alla presentazione del ricorso e il potere di emanare provvedimenti cautelari restano in effetti solo impropriamente due strumenti giuridici tra essi alternativi, ben potendo concorrere anche nella materia speciale degli appalti al pari dell'ipotesi esattamente contraria in cui la presentazione del ricorso non sospende affatto la successiva esecuzione dell'atto impugnato. Le parti resistenti nella disciplina speciale (degli appalti, delle I.P.A.B. e avverso le spese di spedalità) ed il ricorrente nella disciplina generale, già indicano un rovesciamento dei soggetti interessati all'esercizio del potere cautelare, che assume interesse sul piano teorico ove si pensi ad una cautela strumentale a garantire l'effettività al giudicato, a contemperamento nel caso concreto ed interinale dell'effetto *ex lege*, sia esso quello che attribuisce al ricorso la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato o di rinvio della stipulazione del contratto, sia all'opposto di non sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato.

### 8. *Le norme speciali della riforma del processo amministrativo*

La recente riforma – in luogo di un'unica norma d'attribuzione di un potere cautelare innominato al giudice che può essere chiesto da chi lamenti un danno grave e irreparabile – pone al Titolo II otto articoli che introducono disposizioni di dettaglio, che cadenzano l'esercizio del potere cautelare nel processo amministrativo, assecondando con precisione i pregressi orientamenti giurisprudenziali. L'imponenza della disciplina rispetto a quella del processo civile e alle stesse norme che sono state tradizionali per il processo amministrativo è solo in parte rivelata dalla sintesi delle rubriche degli articoli dedicati alla tutela cautelare: le "misure cautelari" collegiali (art. 55) le "misure cautelari" monocratiche (art. 56), la cautela *ante causam* (art. 61) la revoca o modifica delle "misure" collegiali e la riproposizione della domanda cautelare respinta (art. 58), l'appello (art. 62), l'esecuzione delle "misure" cautelari (art. 59), le spese del procedimento cautelare (art. 57), la definizione del giudizio nel merito in esito all'udienza cautelare (art. 60).

Nel Titolo II della riforma, a differenza del processo civile, nessuna norma è dedicata ai provvedimenti cautelari tipici, tra cui spiccherebbe senz'altro – in omaggio alla tradizione giurisprudenziale – la sospensione degli effetti dell'atto impugnato come atto tipico del potere cautelare innominato *ex lege* di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato. Ad esso ben avrebbe potuto affiancarsi la misura tradizionale nel processo civile dell'accertamento tecnico preventivo, senza dimenticare che in talune materie come i servizi pubblici e le convenzioni urbanistiche può rivelarsi di grande utilità una "misura cautelare" come il sequestro, sia di beni di cui si rivendica la proprietà sia di quello conservativo di cui occorre tuttavia offrire i necessari adattamenti al processo che è qui di interesse, poiché nel diritto amministrativo assume maggiore rilievo non la titolarità ma l'uso dei beni demaniali o del patrimonio indisponibile, la disponibilità del denaro, la detenzione dei beni destinati al pubblico servizio o ad attività di interesse economico generale come le reti, impianti e altre dotazioni a tal fine destinati.

Un semplice rifiuto o un eccessivo omaggio alla tradizione è dato invece dalla limitazione al solo ricorrente della legittimazione a presentare l'istanza cautelare sia al collegio (art. 55) sia al presidente (art. 56), nonché al "soggetto legittimato al ricorso" in quella *ante causam* (art. 61); non limitata parrebbe invece la possibilità di ripresentare la domanda cautelare, che è letteralmente offerta a tutte le parti processuali (art. 58).

Grave potrebbe invece rivelarsi la dimenticanza di un esplicito riferimento processuale di favore per una più ampia applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo, così come disciplinata dal Titolo III della legge generale sul procedimento amministrativo o da leggi speciali. A prima lettura pare sufficiente un riferimento anche solo *per incidens*, ad un'utilizzazione della tutela cautelare innominata, a favore di chi si ritiene legittimato a partecipare ad un procedimento amministrativo, che il giudice potrà contornare di limiti e cautele, adottando ad un tempo una soluzione che – soprattutto ove resa *ante causam* – potrebbe valere anche per deflazionare le controversie avanti al giudice amministrativo, di quel processo di annullamento che è stato tradizionale del nostro ordinamento giuridico italiano.