

L'esperienza dei giudizi cautelare e risarcitorio tra avanzamenti e arretramenti delle tutele

1. Se del giudizio amministrativo la tutela cautelare è vista come il centro di gravità, quella risarcitoria è stata a lungo la grande esclusa e, anche quando è stata infine ammessa a farne parte, sul finire degli anni '90, il suo posto è rimasto sin qui tutto sommato marginale.

Tra le due tutele ci sono punti di contatto e interferenze; pur collocandosi in momenti differenti della vicenda processuale - la prima generalmente all'inizio, la seconda alla fine ed anzi talvolta solo all'esito del giudizio di annullamento - si influenzano reciprocamente.

Si deve ricordare come nella storica pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1/1978, in un punto della sua motivazione, per giustificare l'appellabilità delle ordinanze cautelari del Tar con l'argomento del loro carattere decisorio, si sottolineava l'importanza determinante della pronuncia cautelare in un sistema di giustizia amministrativa "in cui si ritiene non ammesso il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi".

Ma, dopo che il risarcimento è stato ammesso, come opera questa doppia interferenza? Opera negando tante volte la tutela cautelare perché il danno, benché grave, è risarcibile e dunque non è a stretto rigore irreparabile; oppure negando o limitando il risarcimento del danno, alla fine, perché non si è promossa, all'inizio, la tutela cautelare che sola avrebbe potuto impedire che si producessero gli effetti dannosi¹. Spesso quindi il ricorrente è spinto, nell'immediatezza dei fatti, verso la tutela cautelare per non correre il rischio di vedersi poi respinta, nel prosieguo della storia, la domanda risarcitoria.

Oltre che il centro di gravità del giudizio amministrativo la tutela cautelare è stata – e rimane – il banco di prova per misurare il rapporto tra il giudice di primo grado e il giudice dell'appello di quello stesso giudizio. Si tratta di una notazione che ha poco di originale ma che non di meno merita di essere qui ricordata, tanto più nel cinquantenario dell'avvio dei tribunali amministrativi regionali².

¹ Nel senso che i fautori della pregiudiziale di annullamento dovrebbero pretendere, piuttosto che il semplice ricorso impugnatorio, la richiesta di tutela cautelare, la sola che possa davvero determinare la cessazione della produzione del danno, cfr. A. Police, *La tutela cautelare di primo grado*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, XLII, Padova, 2014, 487.

² Sulla ricorrenza del cinquantenario della loro istituzione, riesaminandone i passaggi iniziali insieme alle "principali chiavi di lettura del successo che i TAR hanno avuto nel diritto vivente", cfr. G.D. Comporti, *50 anni di Tar. L'alchimia localista per una giustizia a servizio dei cittadini*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 339 ss, spec. 341 ss. (la citazione è da p. 349).

A lungo, per quasi un secolo, il Consiglio di Stato era stato unico giudice ovvero il giudice per eccellenza, per il limitato peso ed il modesto apporto delle Giunte provinciali amministrative. Finché, per il concorrere di diversi fattori, e tra loro soprattutto l'abolizione delle GPA per effetto della giurisprudenza costituzionale degli anni '60 e la rinnovata spinta verso l'attuazione dell'art. 125 della Costituzione³, non si giunse nei primi anni '70 all'istituzione dei tribunali amministrativi regionali.

Con i nuovi Tribunali si crearono le condizioni per un processo finalmente più vicino al cittadino il che, complice anche il venir meno del requisito della definitività dell'atto per la sua impugnazione in giudizio, ebbe immediate conseguenze sulla tutela cautelare che crebbe subito nei numeri.

Che sarebbe successo in quel momento se il giudizio cautelare fosse stato lasciato ai soli tribunali amministrativi regionali? Di certo sarebbe stato diverso il ruolo e il peso del Consiglio di Stato, costretto ad attendere la definizione del giudizio di primo grado prima di poter intervenire nei casi di appello avverso le sentenze del TAR, magari a distanza di anni dalla pronuncia cautelare, quando la vicenda in fatto poteva essere mutata in maniera irreversibile.

Si può comprendere allora il ruolo (ri) fondativo svolto dalla Plenaria n. 1/1978 che introdusse, *praeter legem*, l'appello cautelare. Una decisione di politica del diritto con una motivazione attorno forse non proprio giuridicamente irresistibile⁴; non la "bruta normazione giurisprudenziale" di cui parlava Mario Nigro, a proposito dell'innesto dell'ottemperanza a cavallo tra gli anni venti e trenta, ma pur sempre una giurisprudenza "creativa". In questo modo il Consiglio di Stato rimaneva signore della tutela cautelare e con la sua "presenza vigile" ne accompagnava e indirizzava l'evoluzione, contenendo l'ingresso sulla scena dei nuovi giudici di primo grado.

Una soluzione che i tribunali amministrativi regionali tutto sommato accettarono, sia allora che in seguito, e che come noto la Corte costituzionale finì per sigillare nel 1982 con la sentenza n. 8, nonostante le pur autorevoli critiche della dottrina dell'epoca⁵. Un esempio, il modo in cui si giunse a prevedere l'appello

³ Sulla genesi dell'art. 125 Cost. con riguardo ai TAR, tema solitamente trascurato nel discorso storico sulla giustizia amministrativa, si segnala il contributo di P.Malanetto, *I tribunali amministrativi regionali per completare il sistema di giustizia amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

⁴ Per la difficoltà di conciliare il carattere strumentale e provvisorio dell'ordinanza, testimoniato anche dalla sua revocabilità, con l'affermazione al contempo del suo contenuto decisorio. Per un'impostazione del tema, pochi anni prima, in direzione contraria, v. G.Paleologo, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 198 ss, spec. 204-205, sebbene in un momento nel quale le vecchie giunte provinciali amministrative non c'erano più e i nuovi tribunali amministrativi regionali non c'erano ancora, riferendosi all'ipotesi di appellabilità davanti all'Adunanza plenaria delle pronunce cautelari del cgars.

⁵ E. Garbagnati, *Doppio grado di giurisdizione cautelare nel processo amministrativo?* in *Jus.*, 1982, 52 ss. Contrari all'appellabilità anche, tra gli altri, S.Cassarino, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, 1125 ss; E.Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*

cautelare, di una tendenza più generale che ha visto il Consiglio di Stato ergersi tante volte a signore e costruttore delle regole processuali, quanto meno per tutto il Novecento⁶.

Da un po' di tempo la situazione sembra mutata. Per effetto dell'adozione del codice del processo amministrativo ma direi anche per effetto del concorrere di altri soggetti o di altri fattori: mi riferisco alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con l'influenza che è venuta esercitando non solo sul diritto amministrativo sostanziale ma anche in misura crescente su quello processuale, e alla Corte di cassazione con le sue riletture controverse dell'art. 111, u.c. Cost. Aggiungerei anche, tra le cause di questo *self restraint*, un diverso equilibrio tra il primo ed il secondo grado della magistratura amministrativa determinatosi dopo il duemila ed una minore uniformità di vedute all'interno dello stesso Consiglio o forse, per girarla in positivo, una dialettica più aperta su tante questioni.

Di questo mutamento la vicenda dell'appellabilità del decreto cautelare può essere considerata paradigmatica. Già prima del codice, nella vigenza della legge 205/2000 che nulla stabiliva quanto all'impugnabilità del decreto cautelare del presidente del Tar, erano emersi due orientamenti: uno favorevole all'appellabilità in Consiglio di Stato ed un altro contrario. Ma poi il codice, con l'art. 56, comma 2, ha optato per la seconda tesi, rendendo esplicita la non impugnabilità del decreto. Senonché la previsione del codice non ha esaurito la discussione che, dopo qualche anno, è ripresa. Le pronunce favorevoli all'appellabilità, oltre e nonostante la lettera della legge, hanno invocato l'effettività della tutela e almeno in un caso hanno fatto espresso richiamo proprio al precedente della Plenaria 1/1978⁷. Quelle contrarie, invece, nel richiamare per lo più il dato testuale del codice, almeno in un'occasione vi hanno aggiunto anche la considerazione che vi fossero d'ostacolo le regole tecniche del processo telematico, che nei loro "modelli" e "applicativi" tale rimedio non prevedono⁸.

La vicenda dell'appellabilità dei decreti cautelari, con il prevalere da ultimo – sembrerebbe - della tesi contraria, mostra al fondo il tentativo di rileggere la disciplina

cautelare e doppio grado di giurisdizione, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 548 ss. Per una ricostruzione delle posizioni dell'epoca cfr. V.Caianello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 651-656.

⁶ Il rilievo è presente nella riflessione di Aldo Travi, si v., in particolare, il saggio *Il Consiglio di Stato tra legislazione ed amministrazione* (2011) ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 383 ss, spec. A p. 393 dove l'A. osserva come "il Consiglio di Stato si considera solo in parte vincolato alla legge. E ciò vale sia per le norme che dettano regole sostanziali, che per quelle che dettano regole processuali".

⁷ In senso favorevole Cons. Stato, III sez., decr. 5650/2014; IV sez., decr. 5971/2018 (dove richiama A.P. 1/1978); III sez., decr. 2294/2020; CGARS decr. 61/2021.

⁸ In senso contrario Cons. Stato, VI sez., decr.1343/2020; CGARS decr. 624/2020 (dove si affronta anche il profilo informatico della questione); IV sez., decr. 4875/2018; V sez., decr. 3015/2017

processuale come si faceva una volta e, tuttavia, anche le maggiori difficoltà, se non l'impossibilità, nel riuscirci, rispetto a una volta⁹.

Tornando al principio degli anni '70, la tutela cautelare coincideva allora in massima parte con la sospensione degli effetti dell'atto impugnato a protezione degli interessi legittimi oppositivi. Vi era ancora una corrispondenza stretta tra la tutela annullatoria-demolitoria e quella cautelare. Entrambe potevano essere sufficienti a fronteggiare i provvedimenti (e procedimenti) ablatori e più in generale quelli restrittivi della sfera giuridica; lo erano assai meno a soddisfare anche gli interessi pretensivi, le pretese del cittadino di ampliamento della propria sfera giuridica.

Ancora nel 1971, in uno studio monografico di Paleologo, si sosteneva che nei confronti dei provvedimenti negativi la loro sospensione più che da rigettare fosse da dichiarare addirittura inammissibile, per carenza di interesse¹⁰, in quanto il ricorrente non avrebbe ricevuto alcuna utilità dalla semplice sospensione degli effetti del diniego mentre ogni altra misura disposta altro non sarebbe stata che un suggerimento o una mera raccomandazione rivolta all'amministrazione, in ciò confortati dalla prevalente giurisprudenza in tal senso, pur dandosi atto nel libro di almeno un caso deciso in senso differente¹¹.

L'avvio dei tribunali amministrativi regionali, come noto avvenuto concretamente solo a partire dal 1974, registrò e (si) accompagnò (a) i nuovi fermenti presenti nella società italiana del tempo e determinò nuovi numeri negli anni '70 della giustizia amministrativa¹². In un contesto più generale, socio-economico, contrassegnato da una serie di riforme, per certi aspetti, le più avanzate che l'Italia abbia conosciuto nella sua storia, interessanti il mondo del lavoro, la sanità, la previdenza, l'istruzione. Riforme che finivano per tradursi anche in nuove o maggiori prestazioni amministrative a carico dei poteri pubblici e a vantaggio dei cittadini, il cui mancato o inesatto adempimento avrebbe avuto effetti sul piano del contenzioso.

L'espansione dei diritti sociali, il realizzarsi dello stato sociale, che sembrava allora nella coda dei "trenta (anni) gloriosi" un orizzonte non controverso, accompagnandosi anche a misure spesso assistenziali o di ricerca del consenso elettorale più immediato, avrebbero avuto le conseguenze che tutti sappiamo sulla spesa e sui conti pubblici nei decenni avvenire, ponendo le basi per le stagioni seguenti

⁹ La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 20 aprile 2024, n. 16, sull'art. 105 c.p.a., è intervenuta successivamente a questa relazione.

¹⁰ G.Paleologo, *Il giudizio cautelare amministrativo*, cit., 260 e 266.

¹¹ Cons. Stato, IV sez., ord. 233/1968; n. 462/1938; in senso contrario Paleologo, *op.cit.*, richiamava allora Cons. Stato VI sez., n. 106/1966, alla quale bisognerebbe aggiungere la decisione della IV sez. n. 62/1934 sul *Foro amm.*, 1934, I, 1, 130

¹² Lo ricorda G.D.Comporti, *op. cit.*, in generale a pp 350-351 e con riferimento specifico alla tutela cautelare a p. 359.

che sarebbero state nel segno del contenimento di quella spesa, attraverso riduzioni, soppressioni e tagli di vario genere.

Nella tutela cautelare degli anni '70-'80 si ebbe una tendenza espansiva, specie presso alcuni tribunali periferici divenuti per questo molto attrattivi e come tali preferiti attraverso il *forum shopping* che le regole sulla competenza di allora ancora consentivano, in qualche modo comparabile a quella che si andava registrando – *mutatis mutandis* - sul terreno della politica economica, e che fu alle origini del successo dei tribunali amministrativi regionali nel loro complesso come anche, ben presto, una delle cause dell'esplosione dell'arretrato e del dilatarsi dei tempi del processo amministrativo. Una tendenza espansiva, tradottasi in un buon numero di accoglimenti delle domande cautelari, anche nei confronti degli atti negativi ovvero dei dinieghi o rifiuti di provvedimento¹³. Si ricordano sempre, in questa storia, gli esempi dei dinieghi di esonero dal servizio militare per i quali la giurisprudenza iniziò ad ammettere la sospensione cautelare¹⁴, in un'epoca in cui il legislatore andava riconoscendo parallelamente l'obiezione di coscienza ed il servizio civile; come anche gli esempi dei dinieghi di ammissione a procedure e prove concorsuali o ad esami. Riguardo a questi ultimi, e alla possibilità per il giudice di adottare misure positive, ammettendo con riserva il candidato o lo studente alla prova dalla quale fosse stato escluso, l'Adunanza plenaria n. 17/1982 ne riconobbe il fondamento, assecondando e facendo proprio gli indirizzi più avanzati della giurisprudenza di primo e di secondo grado. Ma, nel farlo, quasi a bilanciare una simile apertura, la Plenaria di allora valorizzò anche il momento dello scrutinio sul *fumus boni iuris* accanto a quello, tradizionalmente prevalente se non a tratti perfino assorbente, del *periculum in mora*.

Se le ragioni di tale puntualizzazione potevano apparire evidenti ed erano legate appunto all'esigenza di bilanciare e mitigare negli effetti le tendenze più espansive sul fronte della tutela cautelare, le conseguenze di medio e lungo periodo furono quelle di determinare un approccio più cauto, ristabilendo, anche nel giudizio cautelare, una maggiore attenzione per il *diritto* oltre che per il *fatto*. Nella Relazione illustrativa della proposta di mozione all'esame del Congresso è criticata la prassi più recente, quale emerge da alcune ordinanze, di evocare tante volte il *fumus* delle domande cautelari ma senza prendere posizione chiara al riguardo ma intanto respingendo la domanda, come se il suo esame fosse troppo difficile, ricorrendo alla formula per cui "le censure meritano l'approfondimento proprio del merito"; in questo modo giustificando un mancato accoglimento che nella Relazione è visto più come un *non liquet*. La critica è legittima e probabilmente anche condivisibile, ma non senza ricordare come tale prassi sia anche la conseguenza di due cambiamenti intervenuti negli ultimi decenni: nella

¹³ In dottrina v. tra gli altri E.Follieri, *Giudizio amministrativo cautelare e interessi tutelati*, Milano, 1981, nonché Id, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.

¹⁴ V. Cass. s.u. 3732/1973 decidendo su un regolamento di giurisdizione proposto dal Ministero della difesa nel giudizio davanti al Consiglio di Stato.

nozione di *fumus boni iuris*, che a suo tempo sinonimo di semplice non manifesta infondatezza del ricorso, è ora inteso o dovrebbe essere inteso come probabile fondatezza o più probabile fondatezza in chiave prospettica della domanda di merito; e nelle modalità di redazione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo, che un tempo non erano motivate - espressione di una sorta di imperscrutabile (e per questo anche più comoda) giurisprudenza “oracolare” - e che oggi invece lo sono, sebbene in una misura e secondo uno stile molto variabili.

L’espansione della tutela cautelare, e con essa l’alterazione del modello della sospensione in senso stretto degli effetti dell’atto, finì per mettere a dura prova lo schema impugnatorio tradizionale e l’unicità dell’azione di annullamento. Lungo un percorso avviato prima ancora della nascita dei tribunali amministrativi regionali, ma che il loro ingresso sulla scena rese certamente più spedito e deciso¹⁵, si giunse alla sentenza della Corte costituzionale n. 190/1985, considerata come una pietra miliare, con la quale il muro della tipicità venne abbattuto per la prima volta proprio dal lato della tutela cautelare, sebbene in quel momento solo negli ambiti della giurisdizione esclusiva.

Solo dopo avremmo avuto la sentenza Atlanta della Corte di giustizia UE del 1995 sulle misure positive, la riforma della L. TAR per effetto della legge 205 del 2000, infine il codice del processo amministrativo del 2010 che di quella corsa iniziata negli anni ‘60 e ‘70 segna l’approdo e rappresenta anche un momento di razionalizzazione. In esso il suggello alla atipicità della tutela cautelare si accompagna alla definizione più accurata del procedimento, specie dei suoi tempi e del suo contraddittorio. Ma siamo già entrati in una nuova epoca nella quale, attraverso le decisioni in forma semplificata adottate direttamente in sede di camera di consiglio¹⁶, attraverso la fissazione dell’udienza di merito a data fissa, attraverso l’anticipazione del merito senza sospendere, si cerca di restringere quanto più possibile lo scarto temporale tra la tutela cautelare e la tutela di cognizione, tra l’ordinanza e la sentenza; per scongiurare situazioni croniche del passato nelle quali non si sapeva (o non si condivideva) più perché la sospensiva fosse stata data ma dove, per il tempo trascorso, diventava assai complicato, e assai doloroso, ripristinare gli effetti dell’atto a suo tempo sospeso, magari azzerando tutto quello che nel frattempo c’era stato.

E siamo giunti ormai ai giorni nostri, ad una stagione che guarda alla tutela cautelare con rinnovata preoccupazione, come traspare anche dai limiti posti dal legislatore. Limiti, per la verità, ce ne erano stati anche prima, anche negli anni ‘70 e

¹⁵ Almeno un cenno va fatto alla tutela cautelare *ante causam* e ai tentativi da parte di alcuni Tar di introdurla già sul finire degli anni ‘90: cfr. Tar Lombardia, III sez., decr. 14 novembre 1997, n. 758; Tar Sicilia, Catania, III sez., 22 giugno 1998; proposte in quel momento respinte dal Consiglio di Stato ma che poi, per effetto della pronuncia della Corte di giustizia 29 aprile 2004, in causa 202/03 (sul rinvio disposto da Tar Lombardia, Brescia, ord. 26 aprile 2003, n. 76), avrebbero trovato ascolto e ingresso nel codice del processo, all’art. 61.

¹⁶ Originare dall’esperienza del cd. rito abbreviato veneziano, come ricorda G.D.Comporti, *op. cit.*, 361.

‘90, ma la Corte li aveva fatti cadere come birilli, ora richiamandosi al principio di ragionevolezza ricavato dall’art. 3 (sent. 284 del 1974), ora all’inviolabilità del diritto di difesa all’art. 24 (sent. 249 del 1996)¹⁷.

I limiti in tempi più recenti attengono ad una serie di settori o materie ritenuti sensibili, come l’immigrazione (art. 3, comma 4 bis, del d.l. 144/2005 sui provvedimenti di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo, per i quali inizialmente non era ammessa la sospensione cautelare), l’assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze radio-televisive (dove l’art. 1, comma 1037, della legge di bilancio per il 2018 limita la tutela cautelare alla sola provvisoria), le misure di gestione della crisi delle banche (con l’art. 95 del d.lgs. 180/2015), i contratti pubblici (con le previsioni di cui agli artt. 120, comma 10, e 125, comma 2, c.p.a.), gli investimenti del PNRR (con l’art. 12 bis del d.l. 68/2022).

Al di là dei casi estremi nei quali la tutela è esclusa in radice, da ritenersi sicuramente incompatibili con la Costituzione (artt. 24 e 113), generalmente si incide sul tipo di misura adottabile, oppure sulla tecnica del giudizio cautelare in senso proprio, sul bilanciamento tra interesse privato e interesse pubblico, prevedendo una sorta di presunzione di prevalenza dell’interesse pubblico. O, ancora, si prevede una rigida data di scadenza della misura cautelare, a prescindere dalla condotta processuale della parte privata.

Con riguardo al tipo di misura adottabile, merita di essere segnalata una recente pronuncia del Cgars, l’ordinanza 27 gennaio 2024, n. 38, nella quale si critica come dogmaticamente sbagliata la tecnica del *remand* ovvero dell’ordinanza propulsiva, ritenendo che il c.d. ordine rivolto alla pubblica amministrazione di riesaminare l’istanza originaria del privato altro non potrebbe essere che un suggerimento, come tale non coercibile. Aggiunge l’ordinanza in questione che un eventuale nuovo atto, che fosse adottato in ritenuta esecuzione di detto “ordine”, sarebbe comunque “caducato” dalla sentenza di accoglimento del ricorso; stigmatizzando anche la prassi processuale che invece dichiara all’opposto improcedibile il ricorso contro il primo atto ed esamina solo i motivi aggiunti proposti contro il secondo.

Il precedente forse più noto, contrario al *remand*, va rinvenuto nell’ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato, la n. 1210 del 1996¹⁸, dove si apriva alla tutela

¹⁷ La prima pronuncia, di illegittimità costituzionale di norme in materia di edilizia residenziale pubblica, era stata sollecitata da questioni rimesse dal Consiglio di Stato e dal Cgars nei primi anni settanta; la seconda pronuncia, integrante una interpretativa di rigetto in materia di lavori pubblici, su questioni sollevate dai Tar di Lombardia, Emilia Romagna e Puglia.

¹⁸ Presidente Paleologo, estensore Lipari, ordinanza annotata favorevolmente da A.Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione* (1997) ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 527 ss. A favore del *remand*, sebbene con alcuni accorgimenti, R.Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. le tecniche del remand e dell’ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 857 ss.

cautelare in positivo ma al contempo si chiudeva alla prassi di ordinare alla PA il riesame della domanda. Vi avrebbe ostato il carattere della strumentalità della misura cautelare, il suo essere destinata “più che a far giustizia, a dar tempo alla giustizia di compiere efficacemente l’opera sua”¹⁹.

Si deve però osservare come l’art. 12 bis del ricordato d.l. 68/2022, sul PNRR, nell’ansia di far cessare a tutti i costi le misure cautelari alle quali non segua un merito tempestivo, rischi di legittimare la prassi censurata dal Cgars laddove la norma precisa che “la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione”.

Che ricadute hanno queste previsioni sull’applicazione pratica e quotidiana della tutela cautelare? Viviamo dentro una stagione di arretramento della tutela cautelare, come è dato cogliere con forte preoccupazione nella Relazione illustrativa?

E’ difficile dare una risposta sola e sarebbe probabilmente sbagliato anche provare a farlo. In alcuni dei settori che ho appena richiamato, mi riferisco soprattutto alla contrattualistica pubblica e agli investimenti del PNRR, l’arretramento della tutela cautelare va di pari passo con quello della tutela in forma specifica ed entrambe si inscrivono in una vicenda più ampia, che è quella dell’arretramento dell’evidenza pubblica e della concorsualità, giustificata in nome di “un risultato purché sia” e dietro della quale si cela una stanchezza, per non dire un’avversione (che è nuova ma anche antica, nel paese delle corporazioni e del corporativismo), verso la tutela della concorrenza e verso il mercato²⁰. Considerazioni probabilmente simili potrebbe farsi con riguardo anche al contenzioso in tema di frequenze, condizionato da una vicenda storica che sappiamo essere “singolare”.

L’importanza della tutela cautelare è oggi forse meno decisiva di un tempo anche perché il contenzioso è diminuito e perché i tempi della giustizia amministrativa sono andati riducendosi. Il giudizio di merito non è più un orizzonte così lontano e, quindi, la tutela cautelare è meno necessaria. Si direbbe un motivo di soddisfazione, e persino di possibile (auto)celebrazione, come pure non di rado capita di ascoltare in occasione di congressi e convegni come questo, se non fosse che la riduzione del contenzioso merita, prima di tutto, di essere analizzata e compresa nelle sue reali cause; che possono essere non tutte “buone”, ma legate ai costi necessari alla difesa in giudizio, o peggio ancora alla sfiducia, più o meno giustificata, nei suoi esiti finali.

L’arretramento della tutela cautelare (e di quella in forma specifica), in questo come in altri ambiti, teoricamente libera nuovi spazi alla tutela per equivalente, quindi

¹⁹ V.Caianello, *Diritto processuale amministrativo*, cit., 624, richiamandosi all’insegnamento di P.Calamandrei e alla sua *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

²⁰ Rinvio al mio *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.judicium.it, 13 settembre 2023.

al risarcimento del danno, a conferma del fatto che le due tutele funzionano come dei vasi comunicanti, per cui quando se ne chiude o riduce l'uno, è inevitabile che presto o tardi si riempia l'altro. A condizione di non assecondare però una certa esasperazione nella corsa verso la decisione, una tensione verso la velocità e la produttività in nome della quale si può arrivare a sacrificare la qualità. Ne sono esempio alcune sentenze in forma semplificata che sembrano strozzare, per così dire, il giudizio nella culla, salvo poi scoprire che in appello quello stesso giudizio si (ri)alza e riprende a camminare come fosse un novello Lazzaro. Laddove invece proprio la riduzione dei numeri potrebbe e dovrebbe consentire oggi giorno di recuperare il tempo, e direi anche il gusto, della decisione più meditata (e forse anche più giusta).

2. Rimanendo nella prospettiva dell'appello cautelare davanti al Consiglio di Stato, può capitare che ad essere impugnata sia una pronuncia adottata dal Tar unitamente alla sospensione del giudizio di primo grado, laddove il tribunale abbia sollevato in tale sede una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale oppure disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Quanto alla prima ipotesi, un tempo si escludeva la possibilità di sollevare una questione di costituzionalità nella fase cautelare; orientamento abbandonato nel corso degli anni '90 in nome della effettività della tutela. Da quel momento si è dovuto stabilire con quali modalità e tempi sollevare la questione e, in particolare, come rendere compatibile l'incidente di costituzionalità, e la sospensione del processo che ne consegue, con la tutela cautelare. Secondo una prima tesi il giudice potrebbe sollevare la questione non decidendo ancora sulla domanda cautelare, riservandosi di farlo in un secondo momento, all'esito del giudizio di costituzionalità; secondo un'altra opinione la questione andrebbe sollevata solo dopo avere concesso la misura cautelare, con la quale quindi si finirebbe per operare una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità anticipato (e cedevole); per una terza tesi ancora il giudice dovrebbe adottare una prima ordinanza, di tipo interinale o provvisoria, quindi rimettere la questione (e sospendere il giudizio), per poi ritornare sulla domanda cautelare e decidere su di essa definitivamente una volta ottenuta la risposta attesa dalla Corte costituzionale.

Le non poche incertezze che tutte queste ricostruzioni rivelano sono la conseguenza della difficoltà di tenere insieme esigenze diverse quali la tutela cautelare effettiva, il sindacato accentrato di costituzionalità, il permanere della rilevanza della questione di costituzionalità. Nella consapevolezza che, seguendo la prima soluzione, si rischia di sacrificare la funzione stessa della tutela cautelare, mentre con la seconda si rischia non di meno di far venire meno la rilevanza della questione sollevata, in quanto a quel punto il giudice si sarebbe spogliato del fascicolo; di qui la terza via che,

tuttavia, realizza pur sempre una sospensione ovvero una disapplicazione, per quanto interinale, della legge sospettata di incostituzionalità.

Negli ultimi anni la Corte costituzionale, in almeno due occasioni (con le sentenze 200 del 2014 e 162 del 2021) è sembrata avallare la seconda delle soluzioni appena richiamate, ritenendo che la questione sollevata rimanga rilevante anche se il giudice abbia consumato il suo potere cautelare, a condizione che abbia accolto la domanda cautelare e fissato il merito del giudizio. La rimeditazione trae spunto dal mutato rapporto tra cautela e merito, di cui si è già detto, e dall'obbligo stabilito nel codice del 2010, con l'art. 55, comma 11, di fissare sempre la data dell'udienza pubblica con la stessa ordinanza con la quale la domanda cautelare viene accolta.

Quando il giudice amministrativo accoglie la domanda cautelare, che sia in forma interinale o in via definitiva, e solleva questione di l.c. o dispone il rinvio pregiudiziale, generalmente adotta due ordinanze, in sequenza, all'esito della medesima camera di consiglio. Più spesso avviene che lo faccia il Tar, ma alle volte capita che a farlo sia il Consiglio di Stato (ad esempio la VI sezione con le ord. 5383/2016 e 33/2016 nella vicenda della trasformazione delle banche popolari in società per azioni). Con una prima ordinanza si sospende il provvedimento e con l'altra si solleva la questione di costituzionalità o la questione interpretativa e si sospende il giudizio. Si tratta, come ricordato di recente dall'Adunanza plenaria, di un caso di ordinanza di sospensione impropria (in senso stretto) per la quale non varrebbe l'appellabilità che l'art. 79 c.p.a. ammette solo per i casi di sospensione propria (ex art. 295 c.p.c.) Di queste due ordinanze, sicuramente una, quella con cui il Tar rimette la questione e sospende il giudizio, non è appellabile dinanzi al Consiglio di Stato. Quanto all'altra pronuncia, l'ordinanza cautelare, l'interrogativo è se anche per essa l'appellabilità sia preclusa dall'avvenuta sospensione del giudizio. Se così fosse, avremmo dei casi di inappellabilità, quanto meno temporanea, dell'ordinanza cautelare adottata dal Tar. Vi sono argomenti a fondamento della opposta tesi favorevole, anche in queste situazioni, all'appellabilità della misura cautelare, ricavabili da indici normativi quali gli art. 48 e 669-quater c.p.c., valorizzati dal Consiglio di Stato in alcuni precedenti molto recenti (le ordinanze della VI sezione n. 894/2024 e n. 3524/2024)²¹.

In particolare la prima di queste due ordinanze è stata pronunciata in un contenzioso avente ad oggetto una delibera dell'AGCOM in materia di diritto d'autore, recante l'adozione del *Regolamento in materia di individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere giornalistico di cui all'articolo 43-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633*. Il Tar Lazio aveva, con sentenza parziale dal contenuto composito, al tempo stesso disposto rinvio pregiudiziale alla CGUE ponendo alcuni quesiti interpretativi sulla normativa unionale (ma anche sulla compatibilità della

²¹ Ma v. in precedenza Cons. Stato, III sez. ord. 20 novembre 2014, n. 5343.

trasposizione italiana della prima) e nelle more sospeso gli atti impugnati, in particolare il Regolamento dell’Autorità. Poiché ciò determinava l’arresto della intera disciplina, AGCOM aveva proposto appello avverso il capo della sentenza recante la sospensione cautelare. Il Consiglio di Stato, investito di un appello (riqualificato come) cautelare, ha osservato che “La proposizione della questione di pregiudizialità sospende il giudizio, e infatti la sospensione del giudizio è stata puntualmente disposta in primo grado, ma resta però fermo il potere del giudice nazionale di disporre idonee misure cautelari che valgono fino al momento in cui interviene la pronuncia della Corte UE”. In quel caso il Consiglio, più che disporre idonee misure cautelari, ne ha determinato con la sua pronuncia il venir meno, ristabilendo l’efficacia del Regolamento nel tempo occorrente alla pronuncia della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale. Sebbene nell’ordinanza nulla sia detto al riguardo, e nulla del resto si potesse dire, c’è da credere che alla base della decisione vi sia stata anche l’idea che la pregiudiziale comunitaria, intesa come prospettata ostatività della norma nazionale all’applicazione della normativa unionale, non fosse di immediata evidenza.

3. La relazione illustrativa delle proposte all’esame di questo Congresso affronta anche il tema della tutela risarcitoria, lamentando una serie di limitazioni che essa incontra e, per così dire, “sconta”. Il dito è puntato sul termine di decadenza per la sua proposizione, ritenuto troppo breve, e sul rapporto tra il risarcimento del danno e l’annullamento dell’atto, per come è affrontato all’art. 30, comma 3, del codice e per come sin qui è stato applicato dalla giurisprudenza amministrativa. Sulla prima questione, come noto, è intervenuta la Corte costituzionale, sicché in assenza di ripensamenti da parte del legislatore (ripensamenti che la proposta all’esame di questo Congresso peraltro sollecita), non c’è molto da dire; mentre sulla seconda, a mio avviso, la formulazione del codice, per quanto rivelatrice di un’impostazione difensiva, non preclude al giudice di darne già ora una lettura equilibrata, che non sia sbilanciata a sfavore della parte privata.

Più ancora che da singole scelte legislative a me sembra che la tutela risarcitoria è stata sin qui condizionata, nel suo concreto svolgimento, da un insieme di fattori quali l’atteggiamento e le abitudini degli avvocati, abbastanza riluttanti ad azionarla e non sempre determinati nel portarla avanti; la formazione culturale e la provenienza del giudice, che non ha ancora maturato una piena familiarità con le sue tecniche e che dunque forse ancora non si sente pienamente a suo agio; il timore, che è probabilmente comune ad entrambi, di patrimonializzare in tal modo la cura dell’interesse pubblico; il riflesso che la condanna risarcitoria determina, in termini di danno erariale, sui funzionari della pubblica amministrazione ritenuti responsabili; lo spettro delle possibili ricadute sulla fiscalità generale, che aleggia come il vero invitato di pietra.

All'incirca 25 anni fa si disse che il giudice amministrativo, nel muovere i suoi primi passi nell'esercizio della propria giurisdizione risarcitoria, era davanti ad un bivio: o seguiva le norme primarie del codice civile, nell'interpretazione datane dalla Corte di Cassazione, oppure elaborava una propria giurisprudenza²². Per una parte della dottrina amministrativistica, scegliere la prima opzione avrebbe significato, e ancora significherebbe, snaturare il suo ruolo tradizionale, il che spiegherebbe e giustificerebbe la scelta del giudice amministrativo di seguire per lo più la seconda strada²³.

La questione è probabilmente più ampia ancora e muove da un'incomprensione di fondo che qui può essere solamente accennata. Se nella giurisprudenza costituzionale dei primi anni duemila (Corte cost. 204 del 2004) l'innesto della tutela risarcitoria nel processo amministrativo era visto, secondo una visione abbastanza irenica, come un completamento della tutela, si direbbe un'evoluzione nella continuità; già allora una parte della dottrina in quella evoluzione, e in particolare nella nuova logica della spettanza correlata al giudizio risarcitorio, aveva scorto invece elementi di frattura e di vera e propria rottura rispetto al modello consolidato di giudizio impugnatorio-conformativo²⁴.

“(U)na cosa – fu detto allora - è infatti un giudizio inteso in via primaria alla rilevazione ed alla sanzione dell’illegittimità del provvedimento, tutt’altra un processo rivolto direttamente all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale dell’agente. Il primo è il giudizio di legittimità che abbiamo fundamentalmente tuttora sotto gli occhi: un processo documentale, concentrato in unica udienza, privo di una vera e propria fase istruttoria. Il secondo è il modello su cui è costruito il giudizio civile: un processo articolato in una pluralità di passaggi e di fasi processuali ben distinte, prima tra tutte, appunto, quella istruttoria”²⁵.

Da questa frattura – si osservò all’epoca - si sarebbe potuti uscire in due modi: o limitando gli effetti della tutela risarcitoria, piegandola a docile strumento di attuazione della tutela caducatoria, e così modificando poco o nulla delle tradizionali forme di svolgimento del processo amministrativo, in particolare lasciando immutata la sua componente istruttoria; oppure prendere atto delle differenze tra le due tutele e accettare, senza eccessivo timore, che quello amministrativo divenisse un giudizio dalla doppia fisionomia²⁶.

Sin qui è prevalso il primo dei due scenari prefigurati allora, secondo una linea di continuità con il passato che è apparsa più conveniente e forse anche più

²² A.Travi, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 581.

²³ F.Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in www.giustiziainsieme.it, 24 maggio 2021.

²⁴ A.Romano-Tassone, *Giudizio amministrativo e risarcimento del danno*, in www.giustamm.it, 2001.

²⁵ Romano-Tassone, *op. cit*

²⁶ Romano-Tassone, *op. cit*.

convincente, direi nel giudizio davanti al Tar ancor prima che davanti al Consiglio di Stato, a dimostrazione di come quella “spinta propulsiva” impressa dai tribunali amministrativi nei primi anni del loro funzionamento con il tempo sia andata attenuandosi.

Con questo non si vuole negare che il giudizio risarcitorio, dinanzi al giudice amministrativo, non imponga alcuni adattamenti. L’indagine di diritto comparato mostra peraltro come qualche elemento di specialità si abbia tanto in Francia, per mano del giudice amministrativo, quanto in Germania e in Inghilterra, dove la mano è invece quella del giudice civile. A conferma che nei confronti della PA la tutela risarcitoria va esercitata secondo tecniche diverse. Detto in altro modo, la quantità della tutela risarcitoria può non essere identica a quella di regola riconosciuta nei rapporti tra privati. Purché non si esageri con le differenze, non si torni ad alzare muri di sbarramento o reti di contenimento che sarebbero anacronistiche.

Il problema è acuito se e quando le tecniche sono doppiamente diverse. Se la diversità non è solo nei confronti della tutela risarcitoria nel rapporto tra privati, ma è anche tra il giudice ordinario e quello amministrativo: se, insomma, parafrasando l’inizio di Anna Karenina di Tolstoj, mentre nelle controversie risarcitorie fra privati le regole del giudizio risarcitorio si somigliano, in quelle tra privato e pubblica amministrazione ogni giurisdizione fa esercizio di specialità a suo modo. Tutto questo conduce a nomofilachie differenti e a risentirne è anche il principio di uguaglianza²⁷.

Nella Relazione si fa menzione di Cass. s.u. 8326 del 2020, la cui impostazione di fondo, tutta incentrata sul rapporto, si concilia sino ad un certo punto con quella alla base invece dell’Adunanza plenaria n.7 del 2021, più legata ai concetti di autorità e supremazia: le visioni del procedimento e del rapporto amministrativo che emergono dalle due sentenze non sono le stesse, anche se la distanza è andata poi riducendosi con le sentenze 19, 20 e 21 del 2021 sempre dell’Adunanza plenaria.

Non andrebbe trascurato il dato di diritto positivo per cui il Consiglio di Stato, il giudice amministrativo, non è più un giudice speciale. La formula della tradizione, dell’art. 108 Cost., è stata superata prima dalla giurisprudenza costituzionale dei primi anni duemila (che parlò di giudice naturale della funzione amministrativa) e poi da ultimo dalla Riforma Cartabia del 2022 che ha riscritto gli artt. 37 e 362 del codice di procedura civile, differenziando i giudici amministrativi dai giudici speciali. Di questo cambio di denominazione è bene che il giudice amministrativo tenga conto, e se ne ricordi, quando affronta e decide le cause risarcitorie. Della giurisdizione risarcitoria

²⁷ Su questi aspetti si v., volendo, H.Simonetti, *Dualismo delle giurisdizioni e delle nomofilachie nel danno da ritardo della PA*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022, 3473 ss e *Giurisdizione plurale, giudizio amministrativo, risarcimento del danno*, in *Il Foro it.*, 2024, V, 37 ss.

deve fare un uso pieno come di quella annullatoria-demolitoria, con la stessa convinzione e la stessa dedizione, consapevole però che sono due giudizi diversi.

Lungo questa strada sono importanti non solo le questioni “grandi”, quelle delle quali si parla più spesso, ma anche, se non di più, le questioni “piccole”, legate all’uso e al dosaggio delle tecniche risarcitorie in concreto, che qui non posso approfondire; faccio menzione però di due profili: la necessità che nei tribunali amministrativi e in Consiglio di Stato vi sia un albo ufficiale dei consulenti tecnici d’ufficio; la necessità di disporre di tabelle per la liquidazione dei danni, limitando la discrezionalità del giudice²⁸.

4. L’apparente paradosso è che, mentre la tutela risarcitoria stenta ancora in generale a conquistare la scena, in alcuni ambiti o per alcune materie del giudizio, è rimasta pressoché la sola tutela possibile. Mi riferisco soprattutto al contenzioso relativo all’affidamento dei contratti pubblici e agli investimenti del PNRR, dove come si è già ricordato la tutela in forma specifica arretra e dove, quindi, se non vogliamo che si apra un vuoto di tutela incompatibile con la Costituzione e con il diritto europeo, per forza di cose il risarcimento del danno deve avanzare e guadagnare maggiore spazio.

Forse non per caso su questo terreno, in occasione dell’approvazione del terzo codice dei contratti pubblici nel 2023, si è dato ingresso ad un’azione di rivalsa della stazione appaltante, sulla quale la Relazione svolge alcune riflessioni molto interessanti. L’azione di rivalsa si inquadra nella cornice di quello che viene chiamato il processo capovolto o a parti invertite, dove la parte pubblica si colloca dal lato attivo del rapporto processuale, facendo causa al privato dal quale pretende di essere risarcita dei danni subiti. Questo può avvenire anche al di fuori dei contratti pubblici, negli ambiti della giurisdizione esclusiva dove si controverte in ordine a rapporti patrimoniali, magari derivanti da accordi procedimentali pregressi rimasti inadempiti per responsabilità della parte privata. Nel settore dei contratti pubblici l’azione di rivalsa presuppone che la stazione appaltante sia stata in precedenza chiamata in giudizio, da un operatore economico che ne ha chiesto la condanna, e che in seguito la stazione appaltante decida di rivalersi nei confronti di un altro operatore economico al quale imputa l’origine ultima dell’illecito (o almeno una responsabilità concorrente, di tipo solidale) e dal quale vuole essere a sua volta risarcita²⁹. Siamo al cospetto di un

²⁸ Sulla quale discrezionalità, all’interno di un discorso più vasto di teoria generale, si vedano di recente i contributi di P.Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021 e F.Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità*, Napoli, 2022.

²⁹ Nel diritto privato più che di rivalsa si parla di regresso e se ne parla nell’ambito delle obbligazioni solidali e dei loro rapporti interni dove, tutte le volte in cui uno dei condebitori solidali ha corrisposto al creditore l’intera prestazione, chi ha pagato ha poi il diritto di richiedere a ciascuno degli altri la parte di rispettiva

rapporto triangolare: non ci sono, infatti, solo la relazione tra il primo operatore economico e la stazione appaltante e quella tra quest'ultima e il secondo operatore economico, ma c'è anche la relazione tra i due soggetti (di solito) privati che sono poi, al fondo, i veri duellanti, i protagonisti della contesa.

Poiché il legislatore, con l'art. 5 del codice dei contratti e con l'art. 124 del codice dei contratti, è stato invero piuttosto sibillino, i primi commentatori si sono interrogati sui significati e sulle implicazioni di queste nuove previsioni³⁰, prospettando anche l'ipotesi che la rivalsa non sia solo sinonimo di risarcimento ma che attraverso di essa la stazione appaltante possa promuovere anche azioni di natura diversa, come quella di ingiustificato arricchimento³¹. A tali dubbi ne aggiungo un altro, che non mi sembra sia ancora emerso. Sappiamo bene che in materia di contratti pubblici, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la responsabilità della stazione appaltante è di tipo oggettivo. In teoria quella dell'operatore economico destinatario della rivalsa dovrebbe invece essere fondata sul dolo o sulla colpa. Se così fosse, si avrebbe un processo risarcitorio con una regola di giudizio variabile quanto all'elemento soggettivo, a seconda della natura e della posizione della parte danneggiante, e per una volta a tutto scapito della parte pubblica che si troverebbe in una condizione più scomoda di quella della parte privata; con qualche dubbio sulla ragionevolezza, e dunque sulla compatibilità, di una simile differenza.

Al fondo a me sembra che queste previsioni rivelino il disegno di consentire alle stazioni appaltanti - o per meglio dire suggerire e incoraggiare affinché si muovano in tale direzione - di (ri)trasferire il peso del risarcimento del danno quanto più possibile dal *pubblico* al *privato*. Un disegno che nasce probabilmente dalla consapevolezza che l'arretramento della tutela in forma specifica, e forse anche una minore prudenza nel fare uso della tutela per equivalente, sono destinati a rendere più frequenti i casi di condanna della parte pubblica al risarcimento del danno. E allora si cerca di fare in modo che, almeno in una qualche misura, le stazioni appaltanti non restino a guardare (e a pagare) ma agiscano nei confronti dei "veri" responsabili degli errori commessi. L'operazione è però ardita e complicata. Non solo perché impone di snaturare il modo di fare, almeno in giudizio, delle stazioni appaltanti e delle loro difese, da ora in poi incoraggiate (onerate?³²) a fare causa all'operatore aggiudicatario, che sia divenuto tale illegittimamente; ma in quanto con quello stesso operatore la stazione appaltante è legata da un contratto, di appalto o di concessione, più spesso ad esecuzione continuata, che la norma processuale vuole intangibile. Dunque ci dobbiamo figurare uno scenario

competenza (artt. 1299, comma 1, e 2055, comma 2, c.c.). Nel senso che "il diritto di regresso è il diritto di rivalsa" v. peraltro C.M.Bianca, *Diritto civile, 4 L'obbligazione*, Milano, 1993, 717.

³⁰ F.Viola, *L'azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche*, in www.giustizainsieme.it, 2023.

³¹ R.Giovagnoli, *Nel codice appalti si apre la rivalsa per ingiusto profitto*, in *Il sole 24 ore*, martedì 15 ottobre 2024.

³² E quindi potenzialmente responsabili, sul piano erariale, se poi non lo fanno.

di “guerra e pace” allo stesso tempo, per tornare ancora a Tolstoj, nel quale, per un verso i due soggetti sono in causa per stabilire in ultima analisi su quale dei due ricada l’obbligo risarcitorio nei confronti dell’operatore pretermesso (e potrebbe essere un obbligo anche molto gravoso); per altro verso quegli stessi soggetti nel frattempo sono parti di uno stesso contratto, tenuti alla sua corretta esecuzione secondo i principi del risultato e della fiducia reciproca.

Se questo è lo scenario prefigurabile, si può dubitare che la stazione appaltante si decida davvero ad agire in rivalsa nei confronti della sua controparte contrattuale; tanto varrebbe allora, in alternativa, sciogliersi dal contratto e magari, facendovi subentrare l’operatore pretermesso, elidere alla radice il problema del risarcimento. Si obietterà che l’ostacolo è dato dall’art. 125 c.p.a., e dai frequenti richiami che ad esso fanno una serie di normative emergenziali, che (nei casi di cui all’art. 122 c.p.a.) preclude al giudice di intervenire sul contratto, disponendone l’inefficacia. Ma è una norma che ha una valenza processuale, che limita i poteri del giudice e prima ancora la tutela delle parti *nel* giudizio; non dovrebbe invece condizionare le condotte che, al di *fuori del* giudizio, può porre in essere la stazione appaltante, nell’esercizio sia dell’autotutela di tipo pubblicistico (annullamento d’ufficio) che di quella privatistica (recesso e risoluzione).

5. Solo alcune considerazioni conclusive a conferma dei nessi che legano la tutela cautelare a quella risarcitoria, di una sorta di pendolo che oscilla dall’una all’altra a seconda dei momenti e degli ambiti. Un’oscillazione che, con le sue variazioni, si è detto illuminare anche i rapporti tra il primo ed il secondo grado, rivelando la volontà con la quale il Consiglio di Stato ha conservato la sua presa sulla tutela cautelare e, più in generale, il suo accesso al fatto, non accontentandosi di svolgere un ruolo solamente cassatorio. Le esperienze del giudizio cautelare e di quello risarcitorio mostrano, per i Tar, una parabola nella quale ad una prima fase iniziale, più vivace e coraggiosa, ne è subentrata un’altra, più cauta e ferma sugli indirizzi prevalenti del giudice dell’appello. Di qui l’impressione che non tutte le possibilità offerte dal codice del processo amministrativo siano state esplorate, specie con riguardo alla tutela di condanna, per la prudenza dei giudici ma direi anche, prima ancora, per quella delle parti e dei loro difensori che tante volte privilegiano le soluzioni processuali più tradizionali, forse perché ritenute più sicure.

Hadrian Simonetti

Presidente di sezione del Consiglio di Stato