federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

10 DICEMBRE 2014

L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale

di Alfonso Vuolo
Professore di seconda fascia in Diritto processuale costituzionale
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*

(nota a Corte cost. sent. n. 200 del 2014)

di Alfonso Vuolo

Professore di seconda fascia in Diritto processuale costituzionale
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il punto di svolta. – **3.** Alcune aporie. – **3.1** Alcuni profili peculiari nell'ordinanza di rinvio. – **4.** Le nuove prospettive. – **4.1** La specifica ipotesi della reiezione della domanda cautelare. – **5.** *Fumus boni iuris* e non manifesta infondatezza. – **6.** La peculiarità del giudizio amministrativo d'appello. – **7.** Incidente di costituzionalità e domanda di misure cautelari monocratiche. – **8.** L'accentuata differenza tra giudizio amministrativo e civile nel rilascio di misure cautelari in pendenza della questione di legittimità costituzionale. – **9.** Postilla.

1. Premessa.

La pronuncia in commento presenta alcuni profili di interesse processuale.

Tra essi si segnala, in particolare, quello concernente la possibilità per il giudice amministrativo di sollevare la questione di legittimità costituzionale nella sede cautelare del giudizio: ritorna il problema di quali poteri disponga il giudice *a quo* della cautela e di come questi possano influenzare la pregiudiziale di legittimità costituzionale.

Si ricorderà che fino a un recente passato la Corte aveva ritenuto inammissibili per difetto della rilevanza le questioni sollevate dal giudice amministrativo nella sede cautelare, ove questi si fosse pronunciato in via "definitiva" sulla relativa domanda, risultando così concluso l'incidente

* Articolo sottoposto a referaggio.

cautelare. In questa evenienza, la pregiudiziale avrebbe potuto essere rimessa soltanto una volta aperta la fase di merito del giudizio[1]: veniva in evidenza un concetto "sminuzzato" della rilevanza, valutata in ogni singola fase del giudizio[2].

In coerenza con tale orientamento, il giudice amministrativo ha articolato differenti modalità procedurali di tutela, giacché in alcune occasioni l'istanza di sospensione è stata accolta rinviando la rimessione della questione di legittimità alla fase di merito[3]; in altre, invece, l'ordinanza cautelare ha avuto effetti temporanei ovvero limitati fino alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, adita con coeva pronuncia, facendo così salva la permanenza del requisito della rilevanza nella fase incidentale del giudizio *a quo*[4].

Nella questione esaminata l'Avvocatura dello Stato, non a caso, ha eccepito l'inammissibilità della questione, in quanto il T.a.r. del Lazio l'aveva sollevata con l'accoglimento della domanda cautelare senza imprimere a questa il carattere interinale, ma avendo, piuttosto, fissato l'udienza per la trattazione del merito.

Tutto avrebbe fatto preludere a una pronuncia d'inammissibilità.

---

[1] In dottrina da ultimo sull'argomento F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M. A. Sandulli, volume II, Milano, 2013, spec. 203 e 204; con più ampie indicazioni R. GIOVAGNOLI, *Le vicende anomale del processo*, in R. Giovagnoli – L. Leva – G. Pesce, *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, 980 ss.; nonché R. GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in F. Caringella – R. Garofoli – G. Montedoro, *Le tecniche di tutela del processo amministrativo*, Milano, 2006, 874 ss.

[2] In tal senso G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 197.

[3] Emblematica al riguardo è l'ordinanza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 20.12.1999, n. 2, nella quale si ammette con riserva alle prove scritte del concorso per uditore giudiziario l'appellante in quanto: "nella presente fase cautelare, al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi, ove ne ricorrano i presupposti, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale, con effetti erga omnes; che, in tale contesto, la concessione delle misura cautelare (ammissione con riserva), non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare la tutela immediata e reale, ancorché interinale, degli interessi in gioco con il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi, e si presenta ad un tempo misura idonea ad evitare il danno grave e irreparabile del ricorrente, consentendogli di partecipare alle prove concorsuali a parità di condizioni con gli altri concorrenti, ed a scongiurare il rischio per l'amministrazione di una invalidazione totale dell'intera procedura concorsuale, rispetto al quale il prospettato pregiudizio organizzativo appare recessivo". In dottrina alcune notazioni critiche sono state formulate da R. ROMBOLI – E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento, vol. V, 2001, 503 ss.

[4] Da ultimo si veda Corte costituzionale sentenza 8.4.2010, n. 128.
Il requisito della rilevanza, invece, non sussiste nell'ipotesi in cui il giudice accordi la sospensione *tout court* e rimetta la questione alla Corte, dal momento che si è esaurita la fase cautelare, e, dunque, la trattazione dell'incidente costituzionale deve essere rinviata alla fase di merito.

2. Il punto di svolta.

La sentenza n. 200 del 2014, dunque, sotto questo versante rappresenta una significativa svolta.

La Corte dà conto del suo indirizzo sullo specifico punto, richiamando, in particolare, un proprio precedente, secondo il quale la questione di costituzionalità non poteva essere sollevata dal giudice amministrativo nella fase cautelare dopo essersi pronunciato sull'istanza di sospensione degli atti impugnati senza alcuna riserva. Ciò per due ragioni: la prima costituita dall'irrilevanza della questione rispetto alla medesima sede cautelare; la seconda, invece, dalla intempestività in rapporto alla successiva fase di merito solo eventuale "posto che prima del perfezionamento dei requisiti processuali prescritti (domanda di parte, assegnazione della causa per la sua trattazione), l'organo giurisdizionale è sprovvisto di potestà decisoria sul merito e sulle questioni di costituzionalità ad esso relative, ancorché questa delibazione sia limitata alla non manifesta infondatezza delle eccezioni e solo strumentale alla predetta seconda fase del giudizio"[5].

Stando all'argomentazione offerta dal Giudice delle leggi, il nuovo orientamento si fonda, invece, sul sopravvenuto art. 55, comma 11, D. Lgs. 104 del 2010, secondo cui "l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice".

Ad avviso della Corte, dunque, "la concessione della misura cautelare comporta l'instaurazione del giudizio di merito senza necessità di ulteriori adempimenti con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale non è intempestiva rispetto a tale sede contenziosa, essendo ora il giudice provvisto di piena potestà decisoria"; essa conclude nel senso che "la questione, quindi, deve considerarsi rilevante".

Si potrebbe affermare, in via di prima approssimazione, che la "strettoia della sede cautelare"[6] tenda ad allargarsi per effetto della pronuncia in commento.

L'incidentalità non sarebbe più intesa come autonomo svolgimento della singola fase del giudizio *a quo* ma di quest'ultimo considerato nel suo complesso[7].

[5] Sentenza n. 451 del 1993.

[6] La definizione è di N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008, 248.

[7] Sul concetto di autonomo svolgimento nel processo costituzionale in via incidentale si vedano le recenti considerazioni, con riguardo alla sentenza n. 1 del 2014, di S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2014, spec. 1 – 2.

3. Alcune aporie.

La Corte costituzionale, come visto, richiama ai fini del suo parziale *revirement* l'art. 55, c. 11, D. Lgs. 104/2010. Non sembra, però, trascurabile il rilievo che nella vicenda ha il comma 4 dello stesso articolo, laddove è stabilito che "la domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che debba essere fissata d'ufficio"[8].

Il legislatore, nell'occasione, ha sgombrato il campo da dubbi risalenti circa la combinazione della domanda cautelare con l'istanza di fissazione d'udienza. Infatti, secondo una prassi, la prima non avrebbe potuto essere trattata in assenza della seconda. È risultata poi prevalente la propensione a ritenere che il dovere per il giudice di provvedere d'ufficio a seguito della mera proposizione dell'istanza cautelare non si estendeva alla domanda principale, la cui decisione restava subordinata alla produzione dello specifico atto di impulso[9].

Con la novella, dunque, la domanda d'urgenza non può più essere trattata senza la presentazione della richiesta di fissazione d'udienza: ciò, evidentemente, mette al riparo dal rischio di intempestività la questione di costituzionalità originata nella sede cautelare, specie nel caso in cui la richiesta incidentale del ricorrente sia stata favorevolmente delibata, conseguendone l'obbligo per l'autorità adita di indicare l'udienza di merito.

Resta, però, incontrovertibile l'esaurimento del potere cautelare del giudice *a quo*, sicché il principale profilo dell'irrilevanza, almeno come finora inteso dalla Corte costituzionale, viene in tal modo completamente tralasciato.

Ritornando al criterio della tempestività, secondo il precedente orientamento sarebbe stato disatteso, se la questione fosse stata generata nella fase cautelare, essendo subordinata la fissazione del merito alla presentazione della specifica istanza ad opera delle parti.

Tuttavia, l'argomentazione non convinceva del tutto nel passato per due ordini di motivi. In primo luogo, il giudice avrebbe potuto avere piena potestà decisoria anche relativamente alla fase

[8] Ad esempio, per i giudizi in materia di silenzio, accesso agli atti della p.a., ottemperanza.

[9] Cfr., in particolare, C.d.S., Ad. plen., 28 settembre 1984, n. 19, in *Foro italiano*, III, 210. Il dibattito è riassunto in S. BAIONA, *L'estinzione del processo*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2012, spec. 696 – 697.
Riguardo al sistema previgente anche di recente è stato affermato che: "La mancata presentazione dell'istanza per la fissazione dell'udienza di merito non preclude la trattazione della domanda di sospensione dell'atto impugnato, poiché questa domanda dà luogo ad un procedimento incidentale, inserito in quello principale, ma autonomo e distinto rispetto ad esso. Ne consegue che la richiesta di tutela interinale non rientra tra gli atti idonei ad interrompere il termine di perenzione del giudizio principale. L'indipendenza tra le due fasi, quindi, comporta come conseguenza anche quella per cui la domanda di sospensione cautelare degli effetti della sentenza non assorbe quella di fissazione dell'udienza di trattazione della causa nel merito", C.d.S., sez. IV, 22 maggio 2013, ordinanza n. 2789, in *Foro amministrativo CDS*, 2013, 5, 1438; Id., 19 maggio 2010, n. 3165, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, 5, 1024.

di merito, allorché fosse stata già presentata l'istanza di fissazione dell'udienza; di tale accertamento – da effettuarsi caso per caso – non v'è traccia, però, nella giurisprudenza costituzionale. Inoltre, portando il ragionamento fino alle sue estreme conseguenze, anche se la pregiudiziale di costituzionalità fosse stata sollevata nel corso della trattazione del merito, in ossequio al principio dispositivo [10] la prosecuzione del giudizio principale sarebbe stata subordinata – come tuttora – alla presentazione di una specifica istanza di fissazione, inevitabilmente conseguente alla sospensione del giudizio[11], ciò che avrebbe potuto far venire meno la così detta piena potestà decisoria del giudice.

In effetti, il criterio della tempestività poteva fuorviare, risultando, per converso, molto più persuasiva l'argomentazione imperniata sul requisito della rilevanza intesa, per così dire, in senso stretto: la definizione dell'incidente cautelare si sarebbe avuta solo in un secondo momento, cioè all'esito del giudizio di costituzionalità. Come notato in dottrina, il procedimento cautelare si

[10] T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2005, n. 6535, in *Foro amministrativo TAR*, 2005, 9, 2815.

[11] La presentazione dell'istanza di fissazione è prevista ora dall'art. 80, c.p.a.
In verità, però, l'atteggiamento del giudice amministrativo si è dimostrato sul punto non sempre univoco.
In alcuni casi è stato reputato obbligo del giudice di pronunciarsi nuovamente sull'istanza cautelare alla luce della decisione della Corte senza che fosse nemmeno necessaria un'apposita istanza di parte, cfr. T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 28 dicembre 1985, n. 491, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 527.
Si è, invero, rivelato prevalente l'orientamento di ritenere sufficiente per la prosecuzione del giudizio la presentazione di una mera istanza di fissazione d'udienza, secondo le norme proprie dello specifico processo. In tema, T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 15 febbraio 2012, n. 807; C.d.S., sez. IV, 14 aprile 1998, n. 610, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 556, Tar Veneto, sez. I, 4 novembre 1992, n. 418, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1993, I, 126; Tar Abruzzo, 18 aprile 1990, n. 324, *ivi*, I, 1990, 2722; C.d.S., sez. VI, 24 marzo 1990, n. 400, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, 631. Riguardo al termine per la presentazione dell'istanza è prevalso l'indirizzo favorevole a quello semestrale in applicazione degli articoli 50, 297 e 367, c.p.c., oltre che dell'art. 24, L. 1034/1971, C.d.S., sez. VI, n. 3829, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2009, 6, 3, 405.
Non ha avuto seguito invece il diverso avviso di ritenere addirittura indispensabile la notificazione di un apposito atto di riassunzione, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 9 giugno 1989, n. 251, in *Foro amministrativo*, 1990, 1596. Diversamente qualora la parte avesse notificato un ricorso in riassunzione, ancorché non necessario, sarebbe stato al riparo dalla perenzione del ricorso, così T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2005, n. 6535, in *Foro amministrativo TAR*, 2005, 9, 2815; analogamente T.a.r. Veneto, sez. I, 4 novembre 1992, n. 418, in *Massime redazionali Giuffré*, 1993.
Nel processo civile occorre, invece, l'atto di riassunzione, cfr. Cass. Civ., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2616, in *Giustizia civile massimario*, 2006, 2, con la precisazione che la decorrenza del termine semestrale coincide con la comunicazione della sentenza della Corte costituzionale da parte della cancelleria del Giudice che ha disposto la sospensione, ai sensi dell'art. 295, c.p.c. Analogamente Cass. Civ., sez. I, 2 dicembre 2010, n. 24533 in *Giustizia civile massimario*, 2010,12, 1559. Sul punto giova richiamare anche altro indirizzo secondo cui il termine semestrale decorre dalla pubblicazione della sentenza della Corte in gazzetta ufficiale quando la questione sia stata sollevata da altro giudice e in ragione di ciò sia stato sospeso il giudizio, che non tollererebbe una sua quiescenza *sine die* poiché contrastante col principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 della Costituzione, cfr. Cass. Civ., sez. I, 26 marzo 2013, n. 7580, in *Giustizia civile massimario*, 2013.

articolava, in tal modo, in due fasi: la prima di natura "interdittale" e la seconda di "cognizione piena dell'urgenza"[12].

Sono, invece, estranei a tale apparato argomentativo i casi in cui il giudice conceda il provvedimento cautelare in ragione della circostanza che in altro giudizio è già stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sulla norma da applicarsi. Il giudice adito, infatti, può preferire di non rinviare la medesima questione alla Corte, ma, concessa la misura cautelare senza riserva, sospende il giudizio.

Rimarchevoli sono le conseguenze processuali.

In tal caso, infatti, è indispensabile all'esito del giudizio di costituzionalità la presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza entro novanta giorni dalla comunicazione, a cura della segreteria, dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione[13], trovando campo applicativo l'art. 80, D. Lgs. 104 del 2010[14].

3.1 Alcuni profili peculiari nell'ordinanza di rinvio.

Deve notarsi che nell'ordinanza di rimessione n. 6985 del 26 luglio 2012 il Ta.r. aveva ben chiaro lo schema di ammissibilità elaborato dalla Corte costituzionale circa le questioni sollevate nella fase cautelare del processo amministrativo.

Esso aveva puntualmente rilevato quanto segue: "[…] secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (*ex multis*, sentenza n. 25 del 2006), il giudice amministrativo ben può sollevare questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando non provveda sulla domanda cautelare, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva, per le ragioni addotte a suo fondamento, nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice amministrativo fruisce: con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale è inammissibile – oltre che, ovviamente, se la misura è espressamente negata (ordinanza n. 82 del 2005) – quando essa sia concessa sulla base di ragioni, quanto al *fumus boni*

[12] A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 146.

[13] Riguardo alla previgente disciplina e alla necessità di presentare la domanda di fissazione d'udienza dopo avere trattato l'istanza cautelare per accoglierla in virtù della rimessione della questione da parte di altro giudice, cfr. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 18 ottobre 2007, ordinanza n. 5. Sul dies *a quo* circa la presentazione dell'istanza di fissazione, una volto risolto l'incidente di costituzionalità, si veda T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 11 dicembre 2012, n. 10304, in *Foro amministrativo TAR*, 2012, 12, 3900.

[14] Cfr. C.d.S., sez. III, 12 gennaio 2013, ordinanza n. 47; Id., 20 gennaio 2014, sentenza n. 261.

juris, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa (sentenza n. 451 del 1993)".[15]

Nel passo citato è persino evocato il precedente del 1993, menzionato poi nella sentenza n. 200 del 2014 che qui si commenta.

Tuttavia, a dir poco singolare si appalesa l'atteggiamento del giudice rimettente, quando con la coeva ordinanza n. 2704[16], non prima di aver menzionato ancora una volta la sentenza 451 del 1993, accoglie la misura cautelare proposta con i motivi aggiunti senza, però, stabilire alcuna riserva: viene, anzi, fissata la trattazione del merito – e non la prosecuzione della fase cautelare, come avrebbe dovuto coerentemente disporsi – alla prima udienza utile successiva alla pronuncia della Corte costituzionale[17]. Fra l'altro, il giudice rimettente non offre alcun ragguaglio riguardo alla fissazione dell'udienza di merito piuttosto che propendere per la prosecuzione della fase cautelare, come, invece, sarebbe stato naturale attendersi in ragione dei precedenti giurisprudenziali indicati.

Peraltro, poco prima della pronuncia della Corte sulla questione sollevata, lo stesso Giudice delle leggi aveva ribadito la compatibilità della scomposizione bifasica del giudizio cautelare col requisito dell'ammissibilità nonostante che l'Avvocatura, per l'ennesima volta, avesse messo in evidenza il rischio di una siffatta prassi: il riferimento, naturalmente, era alla incongruenza derivante dall'ottenimento del bene della vita da parte del ricorrente in costanza della sospensione

---

[15] L'ordinanza è consultabile, così come le altre pronunce del giudice amministrativo le cui fonti non siano indicate, al motore di ricerca del nuovo sito della giustizia amministrativa.

[16] Si noti che in precedenza il T.a.r. Lazio, sez. II, con ordinanza n. 300 del 26 gennaio 2012 aveva accolto l'istanza cautelare della società ricorrente con la seguente motivazione: "Rilevato che, allo stato degli atti ed all'esito di una valutazione sommaria della documentazione prodotta, emergono profili di fondatezza delle censure dedotte dalla parte ricorrente, in particolar modo in ordine alla contestata legittimità della previsione, contenuta nelle espressioni amministrative provvedimentali dell'Amministrazione resistente, piuttosto che in necessarie disposizioni di fonte primaria, circa l'obbligo "imposto al concessionario di effettuare un prelievo erariale del 6 per cento sulle vincite" (per come testualmente indicato nel decreto presidenziale reso nel presente giudizio che in questa sede il Collegio ritiene di dover confermare) nonché con riferimento alle constatate difficoltà tecniche che rendono, allo stato, impossibile l'adempimento imposto ai concessionari dagli atti impugnati, con evidenti conseguenze pregiudizievoli in danno di essi; Ritenuto, pertanto, che sussistono i presupposti per accogliere l'istanza cautelare siccome proposta, disponendosi nel contempo la fissazione dell'udienza di merito alla data del 4 aprile 2012".
In ragione di ciò era sopravvenuto l'art. 10, comma 9, del decreto legge 16 del 2012, poi oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata con la successiva ordinanza di rimessione da parte dello stesso Tribunale.

[17] Giova qui precisare che sarebbe utile fissare la prosecuzione del giudizio *a quo* – a prescindere se interessi la fase cautelare o quella di merito – alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, che non necessariamente coincide con la decisione del Giudice delle leggi, ancorché debba essere considerata molto prossima a questa in virtù di quanto previsto dall'art. 29, L. 87 del 1953, secondo cui, come noto, la sentenza della Corte viene trasmessa entro due giorni dal deposito in cancelleria all'autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio.

del provvedimento impugnato per effetto dell'incidente di costituzionalità promosso, con conseguente disapplicazione della norma di rango primario.

Ma la Corte aveva liquidato l'obiezione come un "inconveniente di mero fatto", che, secondo la sua costante giurisprudenza, non rileva ai fini del controllo di legittimità costituzionale[18].

Eppure, il profilo problematico non è di poco momento e può essere saggiato nella sua evidenza col richiamo a quelle ordinanze in cui il giudice amministrativo rilascia misure cautelari propulsive, che impongono all'amministrazione di rideterminarsi alla luce del quadro normativo precedente alla novella legislativa, di cui si sospetta l'incostituzionalità[19].

Ovviamente il punto meriterebbe approfondimento sul piano della teoria generale. Ma è chiaro che, al di là di qualche forzatura pur riscontrabile nella prassi giurisprudenziale[20], è innegabile che, se la norma primaria comprime diritti con fondamento costituzionale determinando un pregiudizio grave ed irreparabile, il giudice adito deve fornire la più adeguata cautela, affinché nelle more del vaglio di costituzionalità, sia impregiudicata la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la parte processuale. La decisione di merito deve intervenire *re adhuc integra*, come più volte la stessa Corte costituzionale ha sancito[21]: echeggiando l'insegnamento chiovendiano[22], la durata del processo non deve andare a danno della parte che fonda le sue ragioni su norme costituzionali. Per di più, diversamente ritenendo, si avrebbe la disapplicazione di quelle norme

[18] Sentenza n. 83 del 2013, punto 4 del considerato in diritto. Su tale sentenza si vedano i commenti di M. DELLA MORTE, *Permanenza in servizio dei docenti unversitari e ricambio generazionale: la posizione della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 5 luglio 2013; F. PATERNITI, *La Corte costituzionale completa di fatto il percorso di prosecuzione dell'istituto del collocamento fuori ruolo dei professori universitari*, in *federalismi.it*, 31 luglio 2013; P. DE ANGELIS, *Collocamento a riposo dei docenti di materie cliniche: commento a Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 83*, in *forumcostituzionale.it*, 9 luglio 2014.

[19] A esempio, è il caso in cui il giudice amministrativo ha ordinato all'amministrazione universitaria di ripronunciarsi sull'istanza di trattenimento in servizio presentata da un docente non tenendo conto dell'art. 25, L. 240 del 2010, su cui è stato sollevata parallelamente la questione di costituzionalità, cfr. C.d.S., sez. VI, 26 ottobre 2011, ordinanza cautelare n. 4716, e 28 novembre 2011, ordinanza di rinvio n. 6282.

[20] Invocano, opportunamente, "grande prudenza" da parte del giudice nella concessione, in tali casi, della misura cautelare M. ALLENA – F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal D. Lgs. 104/2010*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2011, 191 ss. Sia consentito, però, osservare che la "prudenza" del giudice tende ad affievolirsi dinanzi alla "insipienza" che, a volte, dimostra il legislatore nell'elaborare disposizioni in profonda disarmonia coi principi costituzionali.

[21] L'imponente filone giurisprudenziale è riassunto ora in F. G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2012, 371 ss.

[22] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 147.

processuali (nel caso di specie l'art. 55, D. Lgs. 104 del 2010) che, appunto, impongono al giudice di offrire rimedi d'urgenza al soggetto istante in presenza dei presupposti di legge[23].

D'altronde, il ripudio di una siffatta impostazione, giustificato dalla necessità di prevenire straripamenti del potere giudiziario a scapito di quello legislativo, sarebbe a dir poco ingenuo, considerata l'ampiezza del potere interpretativo del giudice, tale da poter aggirare l'ipotetico limite mediante più "acconce" ricostruzioni del significato normativo di una disposizione[24], favorite dalla spinta all'interpretazione adeguatrice impressa dalla Corte.

4. Le nuove prospettive

Ciò posto, è interessante chiedersi quali prospettive sveli il nuovo indirizzo.

Esso, a una prima lettura, potrebbe favorire un "circuito" processuale virtuoso.

La questione di legittimità costituzionale, se definita dalla Corte nel lasso temporale che separa la fine dell'incidente cautelare dall'inizio della fase di merito, determinerebbe un'evidente economia dei tempi del giudizio principale, complessivamente inteso: questo, come può intuirsi, all'udienza di merito, salva la necessità di approfondimenti istruttori, può essere concluso tenendo conto della decisione della Corte.

In tal modo verrebbe, chiaramente, esaltato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale, come noto, trova aggancio tanto negli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione[25] quanto negli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[26]. E a esso – vale notare – si uniforma lo stesso Codice del processo amministrativo, essendo proclamato all'art. 1, D Lgs.104 del 2010[27].

---

[23] Fra l'altro, tale *modus procedendi* rinvigorisce la forza normativa della Costituzione, sul quale concetto richiama l'attenzione, dinanzi ad alcuni indirizzi giurisprudenziali, R. BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2009, 682 ss.

[24] Si tratta del fenomeno di "ortopedia interpretativa", così definito dalla dottrina processualcivilistica, cfr. G. VERDE, *Considerazioni sul processo d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 446 ss.

[25] Sul punto, tra le tante, Corte costituzionale, sentenza 403 del 2007. Sul fondamento dell'effettività nell'art. 111 della Costituzione si vedano anche Tribunale di Milano, 13 ottobre 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 12, 3034; Corte dei Conti, Friuli–Venezia Giulia, sezione giurisdizionale, 31 maggio 2010, n. 35, in *Rivista della Corte dei conti*, 2010, 3, 119. Per una recente rassegna critica sul fondamento di tale principio si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2014, spec.5 ss.

[26] Della intima connessione della fase cautelare col principio di effettività della tutela giurisdizionale e sull'aggancio di questo coi principi costituzionale e convenzionali è di estremo interesse la sentenza della Corte n. 236 del 2010, punto 3.3 del considerato in diritto.

[27] In argomento si veda C.d.S., Ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, 12, 2636. In tema si veda L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *giustizia–*

Ciò posto, derivano dalla decisione talune conseguenze problematiche.

Un primo profilo – forse di minore consistenza – è costituito dalla difficoltà per il giudice *a quo* di fissare "utilmente" ad una data l'udienza di merito con l'ordinanza cautelare di accoglimento, considerato che non sono facilmente prevedibili i tempi per la definizione del giudizio di costituzionalità.

Se questo non fosse concluso alla data dell'udienza già stabilita, l'accidente, plausibilmente, potrebbe essere superato con un mero rinvio, tenendo conto anche della programmazione dei lavori davanti alla Corte costituzionale.

Si potrebbero, nondimeno, frapporre ulteriori intralci derivanti dal disbrigo di adempimenti materiali, come nel caso in cui all'udienza di merito, decisa la questione di legittimità, non siano stati restituiti gli atti da parte della Corte costituzionale. In siffatta circostanza, verosimilmente, potrebbe affievolirsi l'effetto acceleratorio.

Tuttavia, stando proprio all'atto di promuovimento della questione decisa con la sentenza n. 200, per la trattazione del merito sembra sufficiente il generico rinvio alla prima udienza utile successiva alla pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità. Il che farebbe intendere che è d'ufficio il giudice a doverla stabilire senza la necessità, per quanto detto, dell'impulso delle parti. Può rilevarsi che siffatto *modus procedendi* determini un sensibile scostamento dalla lettera dell'art. 55, c. 11, c.p.a.

Sembra, poi, che il recente svolgimento non estrometta le precedenti tecniche decisorie.

Il giudice amministrativo – qui pare – può sempre concedere la misura d'urgenza in via interinale e sollevare la questione di legittimità costituzionale, per poi riprendere il giudizio dalla medesima sede cautelare[28].

A maggior ragione dovrebbe essere consentito al giudice amministrativo di soprassedere sull'istanza cautelare per poi pronunciarsi solo all'esito del giudizio di costituzionalità. In tal caso si traccerebbe una linea di continuità col precedente orientamento, giacché non vi sarebbe la necessità di aprire la fase di merito, essendo piuttosto indispensabile proseguire la fase cautelare. Per tale ragione appare trascurabile anche la circostanza, evidenziata nella pronuncia in commento e sulla quale fonda l'inversione giurisprudenziale, dell'obbligo del giudice di fissare l'udienza di merito, una volta accolta l'istanza cautelare. Nulla cambierebbe riguardo sia al requisito della rilevanza sia al criterio della tempestività.

---

amministrativa.it.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, 11 ottobre 2010, in *giustizia–amministrativa.it*.

[28] In tal senso si veda da ultimo C.d.S., sez. VI, ordinanza 8 febbraio 2012, n. 557; Id., 28 novembre 2011, ordinanza n. 6282.

Va considerata, infine, un'ulteriore possibilità, data dall'art. 55, c. 10, che così dispone: "Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello e' trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito"[29].

Dunque, considerando tale previsione nel caso che ci occupa, il giudice potrebbe anche non pronunciarsi sull'istanza cautelare per definire la questione con sentenza. In tal caso sarebbe davanti ad un bivio: o attendere l'udienza di merito per rinviare la pregiudiziale di costituzionalità [30] oppure procedere in tal senso immediatamente all'esito della camera di consiglio. In tale ultima evenienza la fissazione della udienza di merito dovrebbe mettere al riparo l'incidente di costituzionalità da censure di intempestività. A questo punto il principio di effettività dovrebbe imporre di preferire la seconda opzione alla prima.

In effetti, la pregiudiziale costituzionale può limitare il ventaglio delle decisioni a disposizione del giudice amministrativo solo con riguardo alla preclusione di poter definire, nella camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il processo con una sentenza succintamente motivata. Per converso, definito l'incidente di costituzionalità, se il giudizio amministrativo riprende dalla fase cautelare, perché in precedenza il giudice aveva preferito pronunciarsi sulla domanda d'urgenza con un provvedimento provvisorio, diverrebbe naturale definire il giudizio proprio con una sentenza breve. Tale opportunità, chiaramente, renderebbe neutrale – se non, addirittura, ridimensionata – l'accelerazione che s'imprimerebbe con l'altro espediente processuale (ovvero provvedimento cautelare positivo senza riserva e fissazione del merito), ora reso praticabile dalla sentenza della Corte. Ma la variabilità dei siffatti epiloghi è conseguenza della modificazione strutturale, alla quale aspira da qualche tempo il legislatore, tesa al superamento della risalente *summa divisio* tra fase cautelare e di merito. In ogni caso, sembra indubbio che il percorso indicato (rinvio della pregiudiziale nella sede cautelare, decisione della Corte e sentenza breve risolutiva del giudizio principale) possa esaltare – in questa nuova stagione[31] – la funzione strumentale della fase cautelare coerentemente ai principi di effettività e

[29] Su tale modulo processuale si vedano le recenti considerazioni di P. LAZZARA, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Foro amministrativo*, II, 4, 2014, 1323 ss.

[30] Per una recente pronuncia in tal senso, cfr. T.a.r. Lazio, sez. II, 20 febbraio 2014, ordinanza n. 811.

[31] Non si dimentichi della sopravvalutazione che nel passato ha interessato il provvedimento cautelare nell'economia del giudizio amministrativo. In argomento, F. LUBRANO, *Il giudizio cautelare amministrativo*,

pienezza della tutela cui dovrebbe ispirarsi un processo giusto, ragionevole, celere[32]. La cautela non sarebbe in tal caso un *minus* del *petitum*[33], ma l'incidente innescato dalla domanda di parte favorirebbe – paradossalmente mediante l'offuscamento della pronuncia cautelare – il diretto raggiungimento del bene della vita cui aspira l'istante.

4.1. La specifica ipotesi della reiezione della domanda cautelare.

Gli sviluppi processuali possono essere vari.

Tra questi merita attenta valutazione l'eventualità opposta a quella finora considerata, ovvero il caso in cui il giudice *a quo* rigetti la misura cautelare invocata. Ciò può accadere, al di là del caso di manifesta infondatezza della questione di costituzionalità prospettata dalla parte interessata[34], allorché il giudice ritenga opportuno il rinvio della pregiudiziale nella fase di merito[35].

Come è stato osservato, la reiezione della domanda d'urgenza dovrebbe a rigore concretizzarsi ogni qual volta la pretesa azionata fondi su una norma della cui conformità a Costituzione si dubita o nel diverso caso in cui il sospetto d'incostituzionalità investa la disposizione attributiva del potere del giudice[36]. In effetti, v'è campo per provvedimenti cautelari nella sola ipotesi in cui la pretesa azionata confligga con la norma primaria di cui si sospetta.

Roma, 1997; M. NIGRO, *Processo XI) Processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, spec. 7; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, 1987, 454.

[32] Sul tema si vedano le considerazioni di A. CORPACI, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Diritto pubblico*, 3, 2010, 609 ss. Più in generale sul tema tempo e processo si veda, da ultimo, G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013, spec. 197 ss.

[33] L'espressione è di R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2010, 1165 ss.

[34] Tra le più recenti T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 18 luglio 2014, ordinanza n. 3412; Id., 5 giugno 2014, ordinanza n. 2536.

[35] Nella recente prassi è dato scorgere anche qualche caso in cui il rigetto dell'istanza cautelare è accompagnato da un ordine istruttorio e dalla fissazione dell'udienza di merito, cfr., T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-bis, 21 luglio 2014, ordinanza n. 7841.

Sul punto si veda anche C.d.S., sez. V, 16 maggio 2014, ordinanza n. 2045, in cui si rigetta l'appello cautelare fondante su una questione di legittimità sollevata su una norma regionale dal giudice di primo grado, in quanto "nel bilanciamento degli interessi in gioco prevale l'esigenza di assicurare la continuità dell'esercizio della funzione pubblica da parte degli organi attualmente in carica", ovvero i commissari straordinari nominati nell'ambito del riordino delle province.

[36] Ancora A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 147.

In tal senso potrebbe essere ostativa alla concessione del provvedimento cautelare anche l'insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per effetto di una norma primaria della cui legittimità costituzionale si dubita. La trattazione dell'eccezione d'incostituzionalità viene rinviata al merito con il rigetto della domanda cautelare, cfr., di recente, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I-quater, 4 luglio 2014, ordinanza n. 3003, in cui ci si è pronunciati sull'impugnativa di un provvedimento disciplinare adottato dal Consiglio superiore della magistratura.

Nell'evenienza in cui la richiesta d'urgenza sia negata, la questione di legittimità costituzionale, sollevata nel contempo, non potrebbe, di certo, essere rilevante per la fase cautelare in quanto già esaurita con la pronuncia sfavorevole.

Né potrebbe ritenersi tempestiva, come, invece, sostenuto nella diversa ipotesi pervenuta all'attenzione della Corte con la decisione in commento, atteso che l'art. 55, c. 11, prevede l'instaurazione del merito senza necessità di ulteriori adempimenti nel solo caso di accoglimento della domanda d'urgenza.

È, ovviamente, utile interrogarsi su quali possano essere gli sviluppi nell'ipotesi in cui il giudice *a quo* promuova la pregiudiziale costituzionale e rigetti, nel contempo, la domanda di sospensione, avendo, però, cura (magari nella medesima ordinanza) di fissare l'udienza di merito: prospettiva, questa, consentita in ragione del fatto che, come visto, la trattazione dell'incidente cautelare presuppone la presentazione della preliminare istanza di fissazione.

Sarebbe, in tal caso, "non intempestivo" il deferimento dell'incidente di costituzionalità? Il giudice si garantirebbe, per tale via, la "piena potestà decisoria"? O, diversamente, l'assenza di norme processuali espresse impedisce un siffatto epilogo?

Non è superfluo rilevare che una simile prospettiva potrà – ragionevolmente – delinearsi nel solo caso in cui la domanda cautelare sia rigettata per insussistenza del *periculum in mora*[37]. Nel diverso caso di insussistenza del *fumus*, che, a rigore, dovrebbe interessare – ma non necessariamente coincidere con – la stessa eccezione di legittimità costituzionale[38], non vi sarebbe spazio per promuovere la relativa pregiudiziale, considerato che a tal fine, secondo un consolidato orientamento del Giudice delle leggi, non è più sufficiente il solo "dubbio"[39].

Diverso è, invece, il caso in cui il rigetto dell'istanza cautelare sia momentanea in attesa del vaglio di costituzionalità.

Invece, in altro caso, dubitandosi della norma primaria in base alla quale affiorava l'incompetenza territoriale del T.a.r. adito, questo solleva l'incidente di costituzionalità riservandosi di decidere l'istanza cautelare alla restituzione degli atti da parte del Giudice delle leggi, cfr. T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 7 marzo 2014, n. 174.

[37] T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-ter, 9 luglio 2014, ordinanza n. 3146; così anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-ter, 30 aprile 2014, ordinanza n. 1932.

[38] Su tale punto giova richiamare l'indirizzo della Corte costituzionale, secondo il quale il rinvio della questione di costituzionalità dovrebbe implicare, in via preliminare, il rigetto degli altri motivi di ricorso, Corte costituzionale, ordinanza n. 158 del 2013, con nota di F. GHERA, *Rilevanza come "estremo rimedio" della questione di legittimità costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2013, 3882.

[39] A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice* a quo, in *Giurisprudenza costituzionale*,1, 2002, 35.

Secondo un avviso, sarebbe egualmente esaurito il potere cautelare del giudice remittente[40].

Ciò nondimeno, proprio nella sentenza 451 del 1993 la Corte parrebbe non distinguere i due casi, ritenendo permanente il requisito della rilevanza anche nell'eventualità di apposizione della riserva al rigetto della domanda cautelare[41].

Del resto, tale evenienza potrebbe, ad esempio, rivelarsi necessaria se il dubbio riguardasse norme sui presupposti processuali, specie se propri della fase cautelare, dovendo essere investita la Corte immediatamente[42].

Si è però della convinzione che, essendo ferma l'efficacia del provvedimento amministrativo[43], in tal caso sia più congeniale al giudice *a quo* evitare qualsiasi decisione (anche *ad tempus*), per definire la domanda d'urgenza solo all'esito della pronuncia del Giudice costituzionale.

5. *Fumus boni iuris* e non manifesta infondatezza.

La pronuncia in commento, *prima facie*, potrebbe condizionare soltanto il giudizio amministrativo principale.

A ben vedere, però, essa potrebbe essere destinata a rifluire sugli stessi presupposti per sollevare l'incidente di costituzionalità.

Può immaginarsi che il diverso grado d'intimo convincimento del giudice *a quo* sul *fumus* della questione di legittimità costituzionale determini una diversa opzione nell'individuare la più appropriata scelta decisoria. In altri termini, vi sarebbe diretta proporzionalità tra il coefficiente di persuasione del giudice circa la fondatezza dell'eccezione di incostituzionalità e la concessione

---

[40] Ciò sembrerebbe emergere dall'ordinanza n. 82 del 2005, richiamata da A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 147. In tal senso sembrano anche A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 227.
Tuttavia in questa ipotesi non appare irrilevante che la Corte sia pervenuto a questo convincimento anche in ragione della manifesta incompetenza territoriale del giudice *a quo*, che, secondo il consolidato avviso del Giudice delle leggi, rende inammissibile la questione per irrilevanza.

[41] Si riporta per comodità di lettura il passaggio in questione: "Ed invero, se il giudice amministrativo solleva la questione di legittimità costituzionale della norma relativa al merito del ricorso, contestualmente alla decisione, *senza alcuna riserva*, di accoglimento o di *rigetto* sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato, la questione risulta, per un verso, non rilevante nell'autonomo contenzioso sulla misura cautelare - esauritosi con la relativa pronuncia-, e per altro verso intempestiva in rapporto alla seconda ed eventuale sede contenziosa, posto che, prima del perfezionamento dei requisiti processuali prescritti (domanda di parte, assegnazione della causa per la sua trattazione), l'organo giurisdizionale è sprovvisto di potestà decisoria sul merito e sulle questioni di costituzionalità ad esso relative, ancorchè questa delibazione sia limitata alla non manifesta infondatezza delle eccezioni e solo strumentale alla predetta seconda fase del giudizio" (corsivo non testuale).

[42] In tal senso, in linea generale, G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. I) Il sindacato incidentale*, Napoli, 1957, spec. 42.

[43] Ammesso, beninteso, che la domanda principale consista nell'annullamento dei provvedimenti umpugnati.

della misura cautelare senza apposizioni di riserve con la conseguente attività di promuovere la pregiudiziale costituzionale per riprendere il giudizio nella fase di merito. È qui riconoscibile l'influenza dell'insegnamento del Sandulli, secondo il quale il provvedimento cautelare dovrà essere concesso "se la questione di costituzionalità abbia un notevole grado di *fumus boni iuris*"[44]. Ciò, del resto, sarebbe in perfetta sintonia con la configurazione che ne ha dato il legislatore da ultimo, dal momento che nell'ordinanza cautelare debbono essere indicati i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso[45].

Il giudice, viceversa, se nutre qualche perplessità (ma che non dovrebbe trapelare nell'ordinanza di rimessione pena la concreta eventualità di definire la questione di costituzionalità con una pronuncia d'inammissibilità da parte della Corte[46]), potrebbe riservarsi di decidere l'istanza cautelare solo dopo che saranno restituiti gli atti da parte della Corte costituzionale: la concessione della misura d'urgenza avverrebbe, a questo punto, solo col "conforto" della pronuncia d'incostituzionalità.

Persistono, in ogni caso, alcune ambiguità. Vero è che non può a priori scartarsi un'ipotetica influenza dei convincimenti del giudice sull'immediato – o meno – riscontro della domanda cautelare avanzata. E', però, indubbio che l'epilogo sarà determinato dal combinarsi del profilo del *fumus* con quello del *periculum*. Anzi, a rigore, quest'ultimo dovrebbe essere prevalente nell'orientare il giudice sulla misura più appropriata da rendere nell'ambito della controversia dedotta[47]. Con la conseguenza che – in linea solo tendenziale, data la varietà della casistica – il rinvio della pregiudiziale di costituzionalità, in presenza di un pregiudizio grave ed irreparabile attuale, dovrebbe orientare il giudice, quanto meno, ad offrire una tutela provvisoria.

---

[44] A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, vol. II, 1463, ancorché, secondo l'Autore, il deferimento della questione alla Corte costituzionale dovesse essere riservato alla fase di merito.

[45] Così stabilisce l'art. 55, c. 9, d. lgs. 104 del 2010. Secondo M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2010, 1130 ss., si tratterebbe di una "prevalutazione sommaria della fondatezza delle censure al fine di limitare (rectius evitare) la concessione della cautela sulla base esclusivamente del danno".

[46] Le questioni poste in termini dubitativi e perplessi, come noto, sono dichiarate inammissibili dalla Corte, tant'è che il conseguente atteggiamento dei giudici rimettenti è stato quello di manifestare – piuttosto che il dubbio – la "certezza" dell'illegittimità incostituzionalità, così E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, spec. 107. Preme in tale direzione, evidentemente, anche l'obbligo per il giudice *a quo* di dimostrare di aver preliminarmente verificato la praticabilità dell'interpretazione conforme. Tra le tante, di recente, si veda l'ordinanza n. 196 del 2013.
Sul punto si vedano le considerazioni di R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità della legge in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008–2010)*, a cura di Roberto Romboli, Torino, 2011, spec. 83 ss.; nonché A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, spec. 233 ss.

[47] Nell'ordinanza 82 del 2005 sembra affiorare tra le righe questo convincimento della Corte.

6. La peculiarità del giudizio amministrativo d'appello

Altro aspetto meritevole di considerazione è quello della adattabilità al giudizio amministrativo cautelare d'appello della tecnica processuale elaborata dalla Corte con la sentenza n. 200 del 2014. Le ipotesi possono essere due.

La prima, di minore interesse, è data dal rinvio della pregiudiziale costituzionale ad opera del giudice di primo grado: il giudice d'appello potrà casomai incidere solo sul provvedimento cautelare reso, eventualmente riformandolo. Riguardo a questo punto è appena il caso di evidenziare che il Consiglio di Stato potrebbe anche negare la tutela cautelare concessa dal tribunale amministrativo per differenti valutazioni sul *periculum* o sul *fumus*: in quest'ultimo caso, ad esempio, perché ritiene manifestamente infondata la questione sollevata, pur non potendo naturalmente precludere il prosieguo dell'incidente di costituzionalità.

La seconda ipotesi, di maggior importanza, è costituita dal mancato rinvio della pregiudiziale nella sede cautelare del giudizio di primo grado, essendosi riservato, sommariamente, il T.a.r. di farlo nel corso del merito: potrebbe invece essere di contrario avviso il giudice d'appello. Orbene, se sulla scorta del dubbio di costituzionalità intende concedere la tutela cautelare invocata dall'appellante, il Consiglio di Stato potrà rimettere la questione di legittimità costituzionale, ma, se non risulta fissata l'udienza di merito del giudizio di primo grado (ad esempio, perché è stata rigettata l'istanza di sospensione), dovrà inevitabilmente ricorrere alle precedenti tecniche decisorie, ovvero dovrà rendere una decisione cautelare interinale per pronunciarsi definitivamente sull'appello cautelare all'esito del giudizio di costituzionalità.

Secondo l'art. 62, D. Lgs. 104/2010, però, l'ordinanza che dispone misure cautelari è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice, anche agli effetti del citato articolo 55, comma 11. Dunque, si potrebbe ipotizzare, per altro verso, che il Consiglio di Stato accolga l'appello disponendo le misure cautelari più idonee senza riserva e rimetta la questione di legittimità costituzionale, restando poi al giudice di primo grado l'onere di fissare l'udienza di merito. In tal caso vi sarebbe un ulteriore svolgimento del mutato indirizzo, non esente, però, da controindicazioni sulla tenuta generale del requisito della rilevanza come ricostruito finora nella giurisprudenza costituzionale[48].

Il discorso, invece, dovrebbe mutare nell'ipotesi in cui l'appello con l'istanza cautelare interessi la sentenza di primo grado. In tal evenienza, qualora sia accolta l'istanza cautelare, potrebbe essere riproposto lo schema avallato dalla Corte costituzionale con la pronuncia in commento.

[48] Sul punto si vedano, ad esempio, C.d.S., sez. VI, 26 ottobre 2011, ordinanza cautelare n. 4716, e 28 novembre 2011, ordinanza di rinvio n. 6282.

Infatti, con le modifiche apportate all'art. 98 – e, in particolare, per effetto del rinvio alle disposizioni del libro II, titolo II, nessuna esclusa – è superata qualsiasi perplessità circa l'operatività dell'art. 55, c. 11, nel processo d'appello, con la conseguenza che il positivo riscontro della richiesta d'urgenza avente ad oggetto la sentenza, determina l'obbligo per il Consiglio di Stato, analogamente a quanto accade nel giudizio di primo grado, di fissare l'udienza di merito[49].

Ne consegue che, se l'istanza cautelare è accolta senza riserva per remissione dell'incidente di costituzionalità, la fissazione del merito dovrebbe mettere al riparo la questione sollevata dalla pronuncia di inammissibilità per irrilevanza.

7. Incidente di costituzionalità e domanda di misure cautelari monocratiche

Occorre, infine, soffermarsi sulla ipotetica influenza della decisione per quanto attiene all'eventuale richiesta di misura cautelari monocratiche.

Se queste sono richieste *post causam* (ovvero una volta presentato il ricorso), è noto che il presidente possa concederle ma la loro efficacia è subordinata alla decisione collegiale da assumere nella prima camera di consiglio utile.

Orbene, se il presidente nutre dubbi sulla norma che ostacola la pretesa azionata, sarà ragionevole concedere la misura cautelare più adeguata[50] e poi riservare al collegio la decisione circa il promuovimento della pregiudiziale costituzionale (oltre che la conferma del provvedimento provvisorio reso).

Se non altro i tempi per la decisione cautelare provvisoria sono talmente ristretti che mal si presterebbero alla redazione dell'ordinanza di rimessione[51].

---

[49] In tal senso R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 17 ottobre 2012, spec. 20.

Ai sensi del primo comma dell'art. 98, D. Lgs. 104/2010," Salvo quanto disposto dall'articolo 111, il giudice dell'impugnazione puo', su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio grave e irreparabile, disporre la sospensione dell'esecutivita' della sentenza impugnata, nonche' le altre opportune misure cautelari, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio" Comma modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera u), del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195. In precedenza questo stabiliva che: " Salvo quanto disposto dall'articolo 111, il giudice dell'impugnazione puo', su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall'esecuzione possa derivare un danno grave e irreparabile, disporre la sospensione dell'esecutivita' della sentenza impugnata, nonche' le altre opportune misure cautelari, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio". mentre, ai sensi del secondo comma, "iIl procedimento si svolge secondo le disposizioni del libro II, titolo II, in quanto applicabili". Comma sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera n), del D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. In precednza questo stabiliva che: "Al procedimento si applicano gli articoli 55, commi da 2 a 10, 56 e 57".

[50] In presenza, naturalmente, di un pregiudizio grave e irreparabile.

[51] In tal senso, da ultimo, A. BORGHINI, *La tutela cautelare*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2012, spec. 781.

Diversamente ragionando, si potrebbe porre un ulteriore intralcio processuale. Ci si riferisce al caso in cui, rimessa la questione alla Corte da parte del presidente e concessa la misura provvisoria, questa venga poi riformata dal collegio. In tal caso verrebbe meno il requisito dell'udienza già fissata e il giudice, pertanto, sarebbe privo di potestà decisoria.

Non dissimili sono le argomentazioni nell'ipotesi in cui vi sia richiesta di misure cautelari anteriori alla causa, possibilità consentita in linea generale dall'art. 61, c.p.a. Infatti, l'efficacia del provvedimento provvisorio è subordinata alla notifica del ricorso, corredato dalla domanda cautelare, entro i successivi quindici giorni ed al successivo deposito nei cinque giorni seguenti, unitamente all'istanza di fissazione di udienza. Il deferimento della questione di costituzionalità da parte del presidente potrebbe, fra l'altro, determinare un profilo d'intempestività, giacché il collegio non avrebbe potestà decisoria, essendo la prosecuzione del giudizio subordinata alla presentazione del ricorso.

8. L'accentuata differenza tra giudizio amministrativo e civile nel rilascio di misure cautelari in pendenza della questione di legittimità costituzionale.

La possibilità di estendere il nuovo indirizzo al giudizio civile appare problematica se non altro perché la fase cautelare può precedere quella di merito, senza che questa poi necessariamente si svolga.

Per di più, con la novella dell'art. 669-*octies*, cc. 5, 6 e 7, che prefigura la possibilità di misure cautelari (ma solo quelle idonee ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, oltre quelle emesse in seguito a denuncia di nuova opera o di danno temuto) con efficacia *sine die*[52], è venuto meno il carattere essenziale della provvisorietà delle misure d'urgenza[53]. La giurisprudenza ha evidenziato la attenuazione – diversamente dall'eliminazione – della strumentalità dei procedimenti cautelari[54]. Si è osservato che la tutela cautelare "sembra evolvere verso un procedimento il cui fine non è tanto la cautela di un diritto (oggetto di un successivo processo), quanto piuttosto quello di far conseguire a chi ne abbia bisogno (indipendentemente da un

[52] In argomento, tra gli altri, R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro italiano*, 2007, V, 69 ss.; A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, appendice di aggiornamento a *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova, 2006; A. PROTO PISANI, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro italiano*, 2006, V, 81 ss.; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

[53] Secondo quando affermato da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 11.

[54] Per tutte Corte di Cassazione, sezioni unite, 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giustizia civile*, 2008, 6, 1437, con nota di R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza e strumentalità attenuata.*

giudicato che ne accerti il diritto) un provvedimento in grado di fornirgli immediatamente l'utilità sostanziale di cui abbia necessità"[55]. Ciò che sarebbe in linea con la necessità di assicurare la ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, c. 2, della Costituzione[56].

L'attuale indirizzo legislativo concernente il processo civile induce, quindi, a ritenere che il baricentro della tutela delle situazioni giuridiche soggettive tenda progressivamente a muovere verso il giudice della cautela, "capace di soddisfare adeguatamente ed a tempo potenzialmente indefinito numerose istanze"[57], con l'effetto di vedere spezzato il nesso di strumentalità tra incidente cautelare e giudizio di cognizione[58].

Orbene, se il giudice civile dovesse sollevare nel corso di un procedimento d'urgenza la questione di legittimità costituzionale, per le ragioni di cui sopra non pare vi siano spazi per discostarsi dalle precedenti tecniche decisorie. In effetti, la concessione di provvedimenti cautelari potrà essere solo provvisoria, potendo la pronuncia definitiva sulla domanda intervenire solo dopo il vaglio della Corte. Il giudizio di merito è soltanto eventuale essendo rimesso alla discrezionalità delle parti. Per cui verrebbero palesemente meno i presupposti sulla base dei quali la Corte ha rivisto il proprio orientamento con riguardo al giudizio amministrativo nella sentenza in commento.

Diversamente potrebbe ragionarsi nel caso in cui il procedimento cautelare sia stato innestato già in pendenza del giudizio di merito. A questo punto la concessione della misura cautelare, il coevo deferimento della questione alla Corte e la fissazione dell'udienza di merito potrebbero essere circostanze idonee a trasferire anche nel processo civile il nuovo modello elaborato dal Giudice delle leggi.

---

[55] G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove forme del procedimento cautelare uniforme*, in *www.judicium.it*, 13 maggio 2005, 2 e 3.

[56] Peraltro, gli svolgimenti del processo civile, ove è appunto ammessa l'eventualità di una rinunzia delle parti alla fase di merito del giudizio dinanzi ad una decisione cautelare anticipatoria, potrebbero in qualche misura verificarsi nel giudizio amministrativo qualora l'amministrazione si conformi spontaneamente al giudicato cautelare in sede di autotutela. In tal senso F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 856 ss.

[57] E. DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, in *www.judicium.it*, 26 ottobre 2006 (ora anche in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2007, 1, 267 ss.

[58] E. DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, cit., che sottolinea come ciò possa, per converso, portare ad una maggior e severità del giudice nel valutare il *fumus*.

9. Postilla.

Nelle more della pubblicazione di questo commento sono intervenute due importanti pronunce sul tema, di cui pare opportuno dare cenno per completezza.

Ci si riferisce alla vicenda che ha interessato il Sindaco del Comune di Napoli, Luigi De Magistris, il quale ha impugnato il decreto prefettizio con cui è stato sospeso dalla carica in seguito ad una condanna penale. Il Tribunale amministrativo della Campania ha accolto provvisoriamente l'istanza di sospensione fino alla camera di consiglio successiva alla definizione della questione di legittimità costituzionale, nel contempo sollevata sulle disposizioni di rango primario che venivano in rilievo[59]. Dopodiché il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli avverso la citata ordinanza[60].

Riguardo a queste pronunce ci si riserva di pubblicare a breve un commento più articolato.

[59] T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 30 ottobre 2014, n. 1801.
[60] C.d.S., sez. III, 20 novembre 2014, n. 5343.