

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 28 giugno 1985, n. 190 (Gazzetta ufficiale 3 luglio 1985, n. 155 bis); Pres. ROEHRSEN, Rel. ANDRIOLI; Cartelli e altri c. Università di Genova; Tuccio c. Università di Genova; Vignoli c. Min. pubblica istruzione; Ragusa c. Sezione prov. controllo enti locali di Brindisi; Ella c. U.s.l. BR/6; interv. Pres. cons. ministri (Avv. dello Stato ONUFRI). Ord. Pret. Genova 28 febbraio 1978 (G.U. n. 250 del 1978); Pret. Genova 24 marzo 1978 (G.U. n. 257 del 1978); T.A.R. Lazio 10 marzo 1980 e Pret. S. Pietro Vernotico 16 febbraio 1981 (G.U. n. 262 del 1981); Pret. S. Pietro Vernotico 2 marzo 1984 (G.U. n. 287 del 1984).

Giustizia amministrativa — Giurisdizione esclusiva — Controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego — Tutela cautelare — Insufficienza della sospensiva cautelare — Incostituzionalità (Cost., art. 3, 113; l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali, art. 21).

Provvedimenti d'urgenza — Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo — Impossibilità di fornire tutela urgente da parte del giudice ordinario — Questione inammissibile di costituzionalità (Cost., art. 3, 24, 113; cod. proc. civ., art. 700; l. 6 dicembre 1971 n. 1034, art. 21).

E illegittimo, per violazione degli art. 3, 1° comma, e 113 Cost., l'art. 21, ult. comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. (1)

E inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p.a. e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli art. 24, 1° comma, 3, 1° comma, e 113 Cost. (2)

(1-2) La sentenza leggesi in *Foro it.*, 1985, I, 1881, con nota di richiami e osservazioni di A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*; ne riproduciamo le massime per pubblicare la nota di A. ROMANO.

...

Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito.

SOMMARIO: 1. - *La sentenza della Corte costituzionale n. 190/85 e le prospettive di ampliamento della tutela cautelare nel processo amministrativo.* — 2. - *Le esigenze di tale ampliamento, soprattutto in relazione alla moltiplicazione dei giudizi su diritti soggettivi nella giurisdizione amministrativa esclusiva, e allo sviluppo degli elementi conformativi nella decisione di annullamento.* — 3. - *I risultati ai quali è già pervenuta la giurisprudenza.* — 4. - *La necessità che tale ampliamento trovi una base caratteristica della giurisdizione amministrativa; la tutela cautelare amministrativa come sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione.* — 5. - *L'inquadramento di tale tutela, perciò, nella giurisdizione amministrativa estesa al merito; giudizio cautelare e giudizio di ottemperanza; l'esigenza di un rigoroso bilanciamento degli interessi in giuoco da parte del giudice amministrativo della cautela.* — 6. - *Tutela cautelare amministrativa e diritti patrimoniali del pubblico dipendente.*

1. - Si vorrebbe cominciare questa nota con parole di piena adesione alla sentenza che si commenta. Ma non sembra il caso di insistervi: perché le ragioni di tale adesione emergeranno con maggiore evidenza dalle argomentazioni che seguono; e perché una annotazione favorevole è già stata fatta, e brillantemente, da PROTO PISANI (in *Foro it.*, 1985, I, 1884, dopo un accurato inquadramento della pronuncia, tra l'altro, nei precedenti della corte stessa in materia di tutela cautelare amministrativa, e, nella giurisprudenza amministrativa che pretoriamente ha sviluppato quest'ultima).

Si preferisce tentare qualcosa di più utile, perciò. E, anzitutto, cercare di comprendere quale potrà essere l'incidenza della sentenza, sullo sviluppo del dibattito dottrinale e della evoluzione giurisprudenziale attualmente in corso, sulla tutela cautelare nel processo amministrativo. Che tale incidenza sarà grandissima, è subito evidente. Ma, specie a caldo, non è facile precisarla, e prevederne i riflessi ultimi.

L'ordinanza di rimessione del T.A.R. Lazio, sez. III (riassunta in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Giustizia amministrativa*, n. 823, con la data 5 maggio 1980, n. 371) aveva posto alla corte una questione di una portata tutto sommato solo settoriale, sotto il profilo delle esigenze di quella tutela cautelare: una questione che, sì, si riferiva a questo tema, ma che era impostata, anzitutto, nei termini di una disparità di trattamento (che il giudice *a quo* dubitava essere costituzionalmente accettabile) tra dipendenti statali e da enti pubblici non economici, da un lato, e dipendenti privati e da enti pubblici economici, dall'altro: alle controversie patrimoniali di questi ultimi è applicabile l'art. 423, 2° comma, c.p.c. (nel testo novellato dalla l. 11 agosto 1973 n. 533, disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie), che attribuisce al giudice del lavoro il potere di disporre già in corso di causa («in ogni stato del giudizio»), con ordinanza che costituisce titolo esecutivo, il pagamento di una somma al lavoratore, a titolo provvisorio, «... quando ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova»; mentre al giudice amministrativo l'art. 21, ult. comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali (e, si potrebbe aggiungere: l'art. 39, 2° comma, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, t.u. sul Consiglio di Stato; sono queste le due norme generali sulla tutela cautelare nel processo amministrativo), non avrebbe dato un analogo potere, nelle analoghe controversie patrimoniali dei primi.

La sentenza della corte ha accolto questa impostazione del problema, che, però, parrebbe, tutto sommato, piuttosto riduttiva (aggettivazione, che non vuole essere critica nei confronti dell'ordinanza di rimessione: il giudice *a quo*, al fine di ottenere risposta positiva al dubbio di costituzionalità che sollevava, evidentemente ha cercato di dare alla questione il massimo di concretezza: appunto, formulandola nei termini di una disparità di trattamento tra due categorie di lavoratori dipendenti, nella disciplina di un ben preciso istituto processuale rilevante per gli uni e per gli altri). L'ha accolta, nel senso che ha ancorato il suo dispositivo di accoglimento, e quindi ne ha limitato gli effetti, al campo dei diritti patrimoniali del pubblico dipendente. Ma, per altro verso, l'ha accolta solo parzialmente: perché, con un colpo d'ala, ha introdotto nel di corso il ben più vasto problema della tutela cautelare generale nel processo amministrativo.

Ha introdotto questo problema, anzitutto, ricordando, con le notissime parole del CHIOVENDA (*Istituzioni*, I, 147), e nel quadro del richiamo della più tradizionale cultura civilprocessualistica, il principio nel quale la tutela cautelare, anzitutto già nel processo civile, trova la sua ragion d'essere: «La necessità di servirsi del processo per ottenere ragione, non deve tornare a danno di chi ha ragione» (il passo chiovendiano è citato anche da CALAMANDREI, nella sua fondamentale, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20; e a p. 175 del volume IX delle *Opere giuridiche*, s.a., ma 1984, dove il saggio è ora ripubblicato).

E, poi, riportando letteralmente il testo dell'art. 700 c.p.c., che, a questa esigenza generale, ha dato una risposta ugualmente in termini generali: ossia, attribuendo al giudice della cautela il potere da esercitare in ogni caso, di emettere provvedimenti non definiti nel loro contenuto con caratteri tipici, ma da modellare con i dispositivi che la soddisfazione di quella esigenza generale nelle singole fattispecie concrete volta a volta richieda.

Per la genesi di questa norma, potrebbe non essere irrilevante ricordare che CALAMANDREI, che tanta parte ebbe nella formulazione del codice di procedura civile vigente, condusse la sua ricerca sotto l'impero del vecchio codice, nel quale era assente la previsione di una corrispondente norma generale; e individuava come una delle maggiori debolezze dell'insieme non organico delle norme cautelari in esso previste (*Introduzione*, 146; *Opere*, IX, 254), la «Mancanza, in iure condito, di un potere cautelare generale, che permetta al giudice, in caso di pericolo nel ritardo, di stabilire volta per volta, all'infuori degli appositi mezzi cautelari precostituiti, le misure assicurative meglio corrispondenti alle esigenze del caso concreto»; la mancanza di un potere cautelare generale, per il superamento della quale, egli, appunto con tale ricerca, veniva a porre il fondamento teorico.

La sentenza della corte, però, con questo richiamo alla generale esigenza di tutela cautelare, e della norma che nel processo civile vuole soddisfarla, apre la strada all'applicazione di questa nel processo amministrativo, in un ambito ben più ampio del campo delle controversie patrimoniali dei pubblici dipendenti, ai quali specificamente si riferisce: apre la strada ad una sua applicazione generalizzata: l'unica che possa considerarsi convenientemente correlata alla generalità di formulazione della norma stessa, e di quella esigenza. Si intravede subito quali enormi effetti potrà portare l'introduzione in quel processo, nel quale la tutela cautelare è limitata dalle disposizioni così riduttive che si sono richiamate, di una norma che, viceversa, abbia le potenzialità di utilizzazione dell'art. 700 c.p.c., così ben illustrate dalla giurisprudenza che l'applica. E questo, perciò, l'aspetto della pronuncia che si commenta, che pare essere di maggiore rilevanza. Così, sembra di poter dire questo: l'ordinanza del tribunale amministrativo regionale aveva rimesso alla corte una questione di parità di trattamento tra dipendenti pubblici e dipendenti privati, a proposito della tutela cautelare nel processo amministrativo, nelle controversie patrimoniali dei primi; ma la corte, dal canto suo, ha affrontato il problema generale della tutela cautelare nel processo amministrativo, a proposito di una questione di parità di trattamento tra dipendenti pubblici e dipendenti privati.

La sentenza della corte, in questa prospettiva, pare porre subito una esigenza di raccordo, tra le possibilità che essa apre, di utilizzazione nel processo amministrativo dell'art. 700 c.p.c., e le posizioni che stanno emergendo sul tema della tutela cautelare nel processo amministrativo, nel corso di una evoluzione giurisprudenziale e di un dibattito dottrinale mai così accentuata e vivo come in questi anni.

2. - Si dovranno riprendere cose a tutti note. Purtroppo: ma sembra di dover considerare dominante l'esigenza di chiarezza nel ragionamento, l'esigenza di evitare equivoci che lo possano oscurare.

I testi legislativi che si sono già richiamati, prevedono nel processo amministrativo, come si sa bene, una sola misura cautelare: la sospensione del provvedimento impugnato. E, così, almeno se interpretati letteralmente, vengono anche a limitare fortemente i casi di ricorsi giurisdizionali nei quali la tutela cautelare può essere concessa: a quelli nei quali vi è impugnazione di un provvedimento; il che esclude una grande parte dei ricorsi nelle materie rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: a cominciare dai diritti patrimoniali dei pubblici dipendenti ai quali la sentenza della corte si riferisce. E, ulteriormente, a quelli nei quali questo provvedimento incide sfavorevolmente su una situazione giuridica di vantaggio, della quale il ricorrente era già titolare: dal diritto di proprietà al rapporto di impiego, per accennare alle esemplificazioni più ovvie. Perché, sempre in una interpretazione letterale delle norme, non ha senso sospendere i provvedimenti che non abbiano questa incidenza negativa: in particolare, i provvedimenti c.d. negativi, i dinieghi a chi poi si presenterà al giudice amministrativo in veste di ricorrente, di una situazione di vantaggio che egli non aveva in precedenza, ma che anzi sperava di ottenere mediante il domandato intervento dell'amministrazione: dalla costituzione di un rapporto di impiego, o dall'iscrizione in un albo professionale, al rilascio di una autorizzazione o di una concessione, sempre per accennare agli esempi più ovvi. È evidente, infatti: se la misura cautelare si limita alla sola sospensione di un diniego del genere, essa non può avere l'effetto di far acquisire al ricorrente quella situazione di vantaggio richiesta, costituibile solo da un corrispondente provvedimento positivo che l'amministrazione emani.

Questa limitazione della tutela cautelare nel processo amministrativo è oggi sentita come intollerabilmente asfittica. E, sicuramente, ora lo è. Ma, pare, una volta non era molto più di una precisa definizione dell'ipotesi nella quale aveva un significato ed era ragionevole che fosse concessa. Ci si riferisce all'epoca nella quale l'essenziale della tutela giurisdizionale che il giudice amministrativo poteva concedere, era costituito dal solo annullamento del provvedimento impugnato: perché i casi di giurisdizione esclusiva, e, in particolare, di controversie patrimoniali, erano molto meno numerosi e importanti di quelli di oggi. Perché nell'ambito di questa giurisdizione i diritti patrimoniali venivano colti dal legislatore solo in negativo, per riservarli alla giurisdizione del giudice ordinario, mediante la loro aggettivazione come consequenziali, rispetto ad un oggetto del giudizio amministrativo che per l'essenziale era visto pur sempre come la questione di legittimità di un provvedimento impugnato. Perché questo si presentava soprattutto, e più sovente, come lesivo di situazioni di vantaggio preesistenti, delle quali il ricorrente era già titolare. Allora, limitare alla sola sospensione del provvedimento impugnato una tutela cautelare intesa come anticipazione provvisoria dei possibili effetti di una eventuale decisione definitiva favorevole per il ricorrente, non era poi tanto riduttivo: era prevedere l'unica misura di anticipazione possibile, degli effetti di quella decisione, posto che questi, per l'essenziale, erano di annullamento di quel provvedimento stesso; ossia, era trarre le conseguenze della necessaria, almeno tendenzialmente, correlazione tra misura cautelare tipica, e normale effetto della decisione definitiva.

Oggi, possiamo sentire come mortificante una tutela cautelare amministrativa così anchilosata. Ma, allora, se non si vuole sostenere che questa possa dare al ricorrente più di quanto esso possa ottenere addirittura con la decisione definitiva, non è nei suoi confronti che possiamo dirigere, anzitutto, un simile giudizio così negativo: perché questo dovrebbe riguardare, in primo luogo, gli effetti di tale decisione definitiva, che, in quanto limitati solo all'annullamento del provvedimento impugnato, sono da considerare parimenti anchilosati. Oggi possiamo anche esprimere valutazioni di questo segno; ma parrebbe arbitrario, perché antistorico, estenderle ad epoche nelle quali si atteggiava in modo ben diverso l'intero processo amministrativo; meglio: l'intero complesso della giurisdizione amministrativa. E, prima ancora, e soprattutto, venivano configurati in modo ben diverso i rapporti sostanziali tra amministrazione e privati, che, di questi processi, eventualmente avrebbero potuto essere poi parti: nella prospettiva dei quali, l'amministrazione si presentava come soggetto che poteva più togliere quel che i privati già avevano, che dare loro quel che essi desideravano; o, quanto meno, nella prospettiva dei quali, quel che l'amministrazione poteva togliere, era sentito più meritevole di tutela giurisdizionale di quel che l'amministrazione poteva dare.

Oggi, è evidente, è cambiato tutto. E, nel ripercorrere all'indietro la serie appena accennata di rilievi, si deve dire, anzitutto, che sono profondamente mutati quei rapporti sostanziali: nel senso che l'amministrazione si presenta sempre meno come soggetto di provvedimenti lesivi di preesistenti situazioni di vantaggio dei privati. Già nel campo della sua attività di tipo provvedimentale, essa si presenta molto più spesso nelle vesti di autorità emanante provvedimenti potenzialmente favorevoli, dalle autorizzazioni alle concessioni, dalle ammissioni alle approvazioni: come ovvio riflesso di una sempre più ampia collocazio-

ne di una posizione di svantaggio dei privati, che viene attuata già dalla norma sostanziale, che sempre più largamente assoggetta a regime di autorizzazione, concessione, ecc., sempre più vaste loro attività, dall'edilizia al commercio, dall'esercizio di una professione o di un mestiere alla gestione di iniziative economiche. E poi, un ruolo che si manifesta in modo positivo per i suoi destinatari, l'amministrazione viene a svolgerlo sempre più ampiamente anche nei campi nei quali non si presenta come autorità emanante provvedimenti, o non solo come tale: per lo sviluppo di tutta una serie di fattori, per altro verso eventualmente eterogenei, che vanno dalla moltiplicazione dei servizi e delle prestazioni dello Stato c.d. del benessere, dalla sanità all'istruzione, al grande aumento del numero dei pubblici dipendenti.

Le modificazioni della giurisdizione amministrativa che derivano in modo più o meno diretto da queste trasformazioni dei rapporti sostanziali, sono varie, e assai notevoli.

Si vorrebbe accennare, anzitutto, ad una importante alterazione dei rapporti tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, che si è realizzata a tutto vantaggio di questa. Già ha avuto un grande effetto, sotto questo profilo, la moltiplicazione dei rapporti di pubblico impiego, effetto a sua volta amplificato dall'accennata conflittualità sviluppata in essi: si ricorda che le statistiche che offrono il quadro del contenzioso davanti ai tribunali amministrativi regionali diviso per materie, indicano che quello relativo al pubblico impiego comprende da solo circa il quaranta per cento dell'intero (TALICE, in *Cons. Stato*, 1984, II, 1091). A questo risultato, e quindi all'aumento dell'importanza della giurisdizione esclusiva, ha concorso un'altra evoluzione, interna al modo di intendere quest'ultima: l'allargamento della gamma dei diritti patrimoniali del pubblico dipendente, fino alla pretesa alla rivalutazione automatica del credito del pubblico dipendente, che, perdendo la qualificazione di consequenziali, sono stati progressivamente ricompresi nella giurisdizione esclusiva stessa, e sottratti alla giurisdizione del giudice ordinario. Inoltre, il moltiplicarsi dei casi di materie che il legislatore ha trasferito a tale giurisdizione esclusiva; di essi, si ricorderà solo quello più importante: l'art. 16 l. 28 gennaio 1977 n. 10, norme per la edificabilità dei suoli, attribuisce alla « competenza » dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi giurisdizionali contro i provvedimenti con i quali viene data o negata la concessione di costruzione, nonché contro la determinazione e la liquidazione del contributo e delle sanzioni per costruzioni abusive. Gli effetti del concatenarsi di tutte queste cause, sulla descritta alterazione dei rapporti tra giurisdizione esclusiva e giurisdizione di legittimità, sono stati di grande rilevanza: senza dubbio, la maggior parte dei ricorsi che sono presentati ai tribunali amministrativi regionali, verte ormai in materie sottoposte alla prima: il che, sia detto incidentalmente, sotto altro profilo tende a rendere ormai solo residuale la tradizionale contrapposizione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, argomento centrale di ogni trattazione di diritto e di giustizia amministrativa, come criterio di discriminazione della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. La quale giurisdizione esclusiva, perciò, nel quadro complessivo delle funzioni del giudice amministrativo, non può più essere relegata in un ruolo secondario, quasi fosse ancora poco più di una specie di appendice ad una giurisdizione di mera legittimità sentita come la giurisdizione amministrativa fondamentale. Certo, il processo amministrativo tipico è ancor oggi il processo di impugnazione di un provvedimento che viene sindacato sotto il profilo della sua legittimità. Ma accanto a questo processo amministrativo tipico, è cresciuto vigorosamente un altro processo amministrativo che non concerne provvedimenti, ma diritti soggettivi a questi non collegati, che normalmente hanno un diretto contenuto patrimoniale. Senza dubbio, non tutti i casi di ricorsi giurisdizionali in materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo introducono processi di questo secondo tipo: molte volte, anche in tali materie si impugna un provvedimento, e lo si impugna a protezione (solo) di interessi legittimi. Però il grande sviluppo della giurisdizione esclusiva ha dato dimensioni più che notevoli a questo, diciamo, « nuovo » processo amministrativo: gli effetti delle cui decisioni definitive, è escluso *a priori* che possano essere definiti come di annullamento di un provvedimento (che non c'è): sono piuttosto di vincolo dell'amministrazione, a tenere a soddisfazione del diritto soggettivo vantato, un dato comportamento, che quasi sempre consisterà nel pagamento di una somma di denaro; l'art. 26, 3° comma, della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, richiama il concetto di condanna dell'amministrazione: con locuzione espressiva, anche se, per il suo sapore troppo civilprocessualistico, di dubbia consonanza con i caratteri propri del processo amministrativo, e sia pure di un processo amministrativo che non è di impugnazione di un provvedimento. Sta di fatto, peraltro, che in tutti i numerosissimi casi del genere, la misura cautelare deve essere pensata in termini tutt'altri che la sospensione del provvedimento impugnato: proprio per la correlazione già rilevata come necessaria, almeno tendenzialmente, tra essa, e gli effetti della decisione definitiva. E, dunque, il problema della sua definizione, con i caratteri e la specificità che le devono essere riconosciute come proprie, è diventato importantissimo: in questo ordine di idee, non può davvero essere considerato casuale, che proprio esso sia stato affrontato dalla corte, nella prima delle sue sentenze che abbia inciso, in materia cautelare amministrativa, addirittura sulle norme generali che la regolano.

E poi, altre trasformazioni assai rilevanti si sono avute nel tipico processo amministrativo di impugnazione: nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, ma anche, parzialmente, in quella esclusiva.

Perché il descritto mutamento dei rapporti sostanziali tra amministrazione e privati, ha modificato i caratteri dei provvedimenti che con tale processo vengono impugnati: sempre più frequentemente essi non incidono sfavorevolmente su situazioni di vantaggio delle quali il ricorrente era già titolare; ma gli negano la loro acquisizione. In questi casi, il ricorrente agisce a tutela di interessi legittimi di un tipo in un certo senso nuovo, che soprattutto in questi anni hanno richiamato l'attenzione della dottrina: si pensi alla elaborazione da parte di M. NIGRO (*Giustizia amministrativa*³, 1983, 149) degli interessi che ha qualificato come « pretensivi », in contrapposizione a quelli tradizionali chiamati « oppositivi », con termini la cui espressività rende superfluo il commento. Questo mutamento della natura degli interessi che sempre più spesso il ricorrente fa valere in giudizio, impone un corrispondente mutamento della misura che porta alla loro soddisfazione: che non può consistere nella sola eliminazione del diniego che l'amministrazione ha opposto alla domanda originaria del futuro ricorrente; ma che deve passare necessariamente attraverso l'emanazione da parte sua del domandato provvedimento positivo. Il che significa che, in sede giurisdizionale, la decisione definitiva non potrà essere effettivamente soddisfattiva della pretesa del ricorrente, se si limita al solo annullamento del diniego: al solo annullamento di un fantoccio di provvedimento, più che di un provvedimento, specie quando esso sia solo tacito; e anche se questo annullamento, avente questo oggetto, o questo pseudo-oggetto, deve ancora essere ritenuto momento ineliminabile della vicenda, dato il carattere di processo di impugnazione del processo amministrativo tipico. La decisione definitiva potrà essere effettivamente soddisfattiva di quella pretesa, solo nella misura nella quale riuscirà a caricare il dispositivo, ancora formalmente anzitutto di annullamento, di prescrizioni vincolanti per l'amministrazione: ossia, solo nella misura nella quale riuscirà ad estendere, accanto all'effetto di annullamento, l'effetto che, per citare ancora NIGRO, si dirà conformativo (*Giustizia amministrativa*, 387). La decisione definitiva, dunque, in questi casi, in tanto potrà essere effettivamente soddisfattiva della pretesa del ricorrente, in quanto arriverà a vincolare in senso a questa favorevole la successiva attività rinnovatoria dell'amministrazione: il che potrà essere molto difficile, per tutta una serie di ragioni, che vanno dal motivo che il giudice amministrativo avrà accolto, alla complessità che dovrà avere questa attività stessa: si pensi, ad esempio, alla rinnovazione di una graduatoria di un concorso, annullata magari *in toto* per un vizio di uno dei primi atti del procedimento, la nomina della commissione giudicatrice o la formulazione dei criteri di massima. Anche nel processo amministrativo tipico, allora, col superamento del carattere esclusivo dei momenti dell'impugnazione e dell'annullamento, le decisioni definitive si sono venute arricchendo di importantissimi contenuti nuovi. E, dunque, anche nel processo amministrativo tipico è emersa assai netta l'esigenza di una corrispondente articolazione e sviluppo della tipologia delle misure cautelari, ben oltre la mera sospensione del provvedimento impugnato, per mantenere la necessaria loro correlazione con i contenuti delle decisioni definitive.

3. - In quale misura il giudice amministrativo ha risposto a questa esigenza?

Vi è un'avvertenza preliminare da accennare: i dati disponibili sono estremamente poveri. Le massime nei repertori che danno conto dei contenuti delle ordinanze cautelari, sono annualmente poche decine. Una quantità assolutamente risibile, dunque, se si considera che la domanda di tutela cautelare è ormai diventata quasi una clausola di stile nei ricorsi giurisdizionali amministrativi: e che, perciò, il numero di tali ordinanze, nella realtà, dovrebbe essere espresso in una percentuale più che notevole dei ricorsi proposti. Per di più, i pochi dati disponibili rischiano di offrire una visione sfalsata di quelli che realmente sono gli orientamenti giurisprudenziali: non possono essere considerati come un valido campione delle infinitamente più numerose ordinanze che i giudici amministrativi emettono, perché sono le pronunce che più colpiscono, che sono meno ortodosse, quelle che fanno più notizia. Di grande utilità, perciò, risultano le raccolte di ordinanze che sono comprese in alcune monografie sull'argomento (soprattutto nei due volumi di SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1981; e il relativo *Aggiornamento*, Napoli, 1984).

Alla domanda che ci siamo posti, però, pur con i dubbi necessariamente derivanti da queste difficoltà di documentazione, sembra di poter dare una risposta. Ed una risposta che deve essere differenziata, secondo i due tipi principali di processo amministrativo che si sono sopra sommariamente richiamati. La giurisprudenza sembra avere sentito molto poco l'esigenza di sviluppare una adeguata tutela cautelare del ricorrente, quasi sempre un pubblico dipendente, che avanza una pretesa di carattere patrimoniale. Si riferisce rinviare di qualche pagina l'approfondimento del punto, e, in genere, la considerazione di questa ipotesi. Più importante, per la ricostruzione della tutela cautelare nel processo amministrativo, infatti, pare essere la valutazione di essa nel tipico processo di impugnazione; nel quale, viceversa, la giurisprudenza sembra aver offerto maggiori contributi.

Nel senso che è soprattutto a proposito di questo tipo di processo amministrativo che si rinvergono ordinanze di maggior interesse sotto il profilo in esame: che sono articolate con un dispositivo che non pare che possa essere ridotto entro gli angusti limiti della sola sospensione del provvedimento impugnato; e che, in necessaria correlazione, investono anche provvedimenti c.d. negativi. Il caso forse più noto, perché ha dato occasione ad una pronuncia della stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato (dec. 8 ottobre 1982, n. 17, *Foro it.*,

1983, III, 41, con osservazioni di SAPORITO), riguarda il giudizio di non ammissione di un alunno agli esami di maturità: la tutela cautelare, in questa ipotesi, sembra ormai acquisita in giurisprudenza. Nella ricerca di altri casi significativi, si possono ricordare: T.A.R. Umbria 30 settembre 1980, n. 98, *id.*, Rep. 1981, voce *Giustizia amministrativa*, n. 710, che è arrivata a disporre, in sede cautelare, l'accoglimento a titolo provvisorio della domanda di iscrizione nell'albo dei consulenti del lavoro, che l'amministrazione aveva rigettato con provvedimento sulla cui illegittimità il giudice amministrativo non ha escluso il *fumus boni iuris*; T.A.R. Campania, sede di Salerno, 26 marzo 1981, n. 26, confermata da Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 1981, n. 116, *id.*, 1981, III, 609, con nota di SAPORITO, che ha disposto il subentro del ricorrente contro un risultato elettorale, al posto del candidato risultato eletto, controinteressato nel giudizio, la cui posizione era risultata assistita da un meno consistente *fumus boni iuris*; T.A.R. Sicilia, sede di Catania, 26 marzo 1985, n. 282, in questo fascicolo, III, con nota di richiami, che ha disposto l'accoglimento provvisorio della domanda di autorizzazione all'insegnamento presso un liceo musicale, del dipendente da un ente gestore di un teatro, che l'aveva respinta; ecc.

Sicuramente, l'evoluzione giurisprudenziale incontra molti limiti e molte difficoltà. Si intuisce che solo una parte delle pronunce si orienta in questa direzione innovativa; mentre un'altra, con tutta probabilità numericamente maggiore, rimane più ancorata a posizioni tradizionali. Inoltre, anche le ordinanze che più articolano le misure cautelari che concedono, si mostrano assai riluttanti a profilare formalmente in termini diversi da quella sospensione del provvedimento impugnato, che è la sola ad essere prevista nei testi legislativi. Così, talvolta, le motivazioni pongono in risalto che la soddisfazione dell'interesse del ricorrente deriva non dalla ordinanza cautelare, che di per sé può seguitare a rimanere circoscritta alla sospensione del provvedimento, ma dalla norma che impone all'amministrazione essa stessa direttamente determinati doveri funzionali, a partire dalla situazione che tale ordinanza ha creato (esaminare l'alunno, valutare il concorrente al concorso o alla gara d'appalto, i cui giudizi negativi di ammissione siano stati sospesi; ecc.): quasi che questi doveri funzionali presupponessero solo l'assenza di provvedimenti negativi, e non la sussistenza di provvedimenti positivi. Talaltra, i dispositivi pongono a carico dell'amministrazione il compimento di quelle attività considerate necessarie dal punto di vista della realizzazione della tutela cautelare (rilascio di un'autorizzazione, iscrizione in un albo professionale, ecc.), che il giudice amministrativo non si sente di attuare direttamente: quasi che imponesse all'amministrazione provvedimenti del genere già di per sé non sia qualcosa di assolutamente diverso, e ben di più che la mera sospensione di un suo provvedimento. E così via. Ma non pare che queste argomentazioni e questi espedienti siano realistici. Certo, bisogna avere la massima comprensione per le difficoltà e le incognite che incontra il giudice amministrativo della cautela, in un momento così delicato di evoluzione della sua giurisprudenza: consapevole della esigenza di una maggiore estensione, efficacia e articolazione delle misure che può adottare; sottoposto ad una forte pressione ad adottarle, che gli viene dalla quotidiana domanda di tutela interinale che i ricorrenti sono sempre più indotti a chiedergli dall'allungamento continuo dei processi, e quindi dei tempi della tutela definitiva; ma anche stretto nelle angustie dei testi legislativi; e frenato da ostacoli di vario genere: non solo da quelli interni, per così dire, alla sua giurisprudenza, ma anche da quelli che gli possono provenire, e talvolta effettivamente gli provengono, dalla Cassazione come giudice della giurisdizione. Ma questa comprensione non deve impedire di valutare quelle motivazioni e quei dispositivi dall'andamento così ambiguo, per quel che in realtà sono: come veli che gettano ombra sulla effettiva portata della evoluzione in atto. Che pare rilevantissima: ormai vi è una parte della giurisprudenza, anche se minoritaria nelle sue manifestazioni più accentuate, che ha superato nettamente, almeno nella sostanza, e sia pure in modo e misure variabili secondo i casi, il limite della tutela cautelare amministrativa consistente nella sua riduzione alla sola sospensione del provvedimento impugnato. Questa parte della giurisprudenza, che per quanto sia ridotta, si intuisce che sia in aumento, ha trasformato il significato e la funzione della tutela cautelare amministrativa: nel senso che con essa non si contenta più di mantenere la *res in iudicio deducta adhuc integra*, ossia nello stato nel quale si trovava prima dell'emanazione del provvedimento impugnato, fino alla definizione del giudizio sulla legittimità di questo; ma arriva ad adottare anche in positivo quelle misure che volta a volta risultino adeguate, per evitare ritardi che potrebbero rivelarsi irrimediabili, nell'accoglimento di domande formulate all'amministrazione per la realizzazione di interessi pretensivi, fino alla definizione del giudizio sulla legittimità del diniego che questa ha opposto. Per dirla ancora col CALAMANDREI (*Introduzione*, 31; *Opere*, IX, 185), adotta «... quei provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso...». E sono provvedimenti che anticipano i possibili contenuti della decisione definitiva che fosse di accoglimento: non solo nel loro aspetto di annullamento, ma anche e soprattutto in quanto arricchiti del carico delle prescrizioni vincolanti l'amministrazione nel compimento della sua ulteriore attività rinnovatoria. Di più: alcuni autori hanno rilevato che misure cautelari del genere anticipano non solo i contenuti di quella decisione definitiva; ma anche quelli di questa successiva attività rinnovatoria dell'amministrazione; e, dunque, quelli di un eventuale giudizio di ottemperanza (SAPORITO, in *Foro it.*, 1985, III, 54; ma v., già uno spunto, in V. SPAGNUOLO VIGORITA,

Evoluzione della giustizia amministrativa, in Una giustizia per la pubblica amministrazione, Napoli, 1983, 52).

Invero, senza questa estensione in proiezione degli effetti anticipati dalla misura cautelare, rimarrebbe più difficile spiegare la giurisprudenza richiamata: per riprendere uno degli esempi sopra ricordati, si può comprendere che in tanto il giudice amministrativo, in sede di tutela cautelare, possa disporre l'iscrizione a titolo provvisorio del ricorrente in un albo professionale, solo in quanto sconti non solo gli effetti dell'annullamento del diniego di iscrizione, da parte di una decisione definitiva che eventualmente fosse di accoglimento; ma anche quelli, eventualmente, ma non necessariamente, favorevoli al ricorrente, quelli, eventualmente, ma non necessariamente, soddisfatti quelli ugualmente eventualmente, ma non necessariamente, satisfattivi della pretesa del ricorrente, dell'attività che potrebbe essere realizzata dal giudice dell'ottemperanza, in un possibile giudizio che il comportamento inottemperante dell'amministrazione avesse reso necessario. Si nota, peraltro, come in questo modulo di ragionamento, che spiega alcuni aspetti di una vicenda che altrimenti rimarrebbero meno chiari, debba ancora essere delineato con precisione un passaggio essenziale: il fondamento di questa sorta di ultrattività degli effetti della misura cautelare, che, paiono sopravvivere alla stessa decisione definitiva anche se fosse di accoglimento: in prima approssimazione, ma con evidenza, basandosi sulle prescrizioni che essa detta all'amministrazione, vincolanti la sua ulteriore attività; o, for e, rimanendo surrogati da queste.

Questa evoluzione che faticosamente, ma gradualmente, cerca di realizzare una giurisprudenza che pur si sviluppa in misure e con velocità molto disuguali, è descritta e valutata da una dottrina, che a sua volta non si presenta univoca (nell'impossibilità di richiamare qui tutti gli importanti scritti che in gran numero sono usciti in questi anni, ci si limiterà a ricordare e a rinviare ai volumi comparsi sul tema: oltre ai due già ricordati di SAPORITO, FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; GASPARI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della p.a.*, Modena, 1982). Globalmente, la dottrina sembra meno innovativa della giurisprudenza: pare più tesa ad analizzare, anche criticamente, i risultati che essa ha già raggiunto, che a giustificarli, e a motivarne e ad anticiparne di ulteriori. Inoltre, nel complesso dei vari scritti sono compresenti diversi atteggiamenti. Quello, molto diffuso, e che si vorrebbe considerare prevalente, di compiacimento per questo allargamento, e per questa maggiore incisività della tutela cautelare amministrativa, specie in relazione al già rilevato eccessivo allungamento dei tempi processuali necessari per l'emissione della decisione definitiva. Ma anche quello di perplessità per innovazioni che spesso sono sentite come audacie eccessive; e di timore che possa risultare troppo disinvoltato il superamento degli angusti limiti della lettera della legge, in una sede che, avuto riguardo al carattere soprattutto effettuale della evoluzione giurisprudenziale, pare doversi dire più applicativa che interpretativa.

E con le posizioni così sintetizzate, che sono emerse nella evoluzione giurisprudenziale e nel dibattito dottrinale, che deve essere confrontata la sentenza della corte.

Si impone per primo il rilievo di una netta convergenza tra i più spinti orientamenti giurisprudenziali richiamati, e gli esiti che essa favorisce, con la prospettiva della introduzione generalizzata nel processo amministrativo dell'art. 700 c.p.c.: nel senso che quegli orientamenti si sono sviluppati come se, non tanto questa disposizione in sé, ma una norma di portata paragonabile (il significato della sfumatura risulterà più chiara tra poche righe), per la tutela cautelare amministrativa fosse già stata scritta; e raggiungono risultati analoghi a quelli che potrebbero essere il frutto dell'applicazione di essa.

Ma, al di là di questa constatazione che rileva una situazione già acquisita, è possibile intravedere con una certa maggiore precisione quale potrebbe essere la futura incidenza della sentenza della corte, che si era subito intuita grandissima. Pare che le linee dell'evoluzione giurisprudenziale, e le loro giustificazioni, da un lato, e il dispositivo della sentenza, e i più generali sviluppi che la più ampia motivazione che lo sorregge lasciano sperare, dall'altro, siano destinati ad influenzarsi positivamente a vicenda: nel senso che le une e gli altri potranno darsi reciprocamente maggiore forza, per un più completo adeguamento della tutela cautelare amministrativa all'attuale maggiore domanda di essa.

Perché la sentenza della corte viene a incidere proprio su quelle strettorie testuali, che si sono viste essere il fattore limitativo e frenante di una evoluzione giurisprudenziale che altrimenti sarebbe potuta essere ben più accentuata e compatta, e di un dibattito dottrinale che altrimenti avrebbe potuto proporre ben più liberamente quelle soluzioni che avesse ritenuto funzionalmente ottimali. È vero che il dispositivo di accoglimento della sentenza di oggi è parziale, perché circoscritto alle sole controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, e non considera esplicitamente il più tipico processo amministrativo di impugnazione. Però quella giurisprudenza e quella dottrina dovrebbero ricevere rinnovati stimoli a favore di una più ampia articolazione delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo anche in tale processo, della formulazione in termini generali nella sua motivazione, della esigenza di una completa tutela cautelare amministrativa: anche se il rilievo di tale esigenza non ha ancora prodotto formalmente le modifiche che potessero essere considerate ancora necessarie, delle norme che questa tutela cautelare amministra-

tiva comprimono, in sede di sindacato della loro legittimità. Perché se poi ulteriori decisioni di accoglimento della corte si ritenessero indispensabili, per un adeguamento dei testi legislativi altrimenti non ottenibile per via interpretativa, o applicativa, sono proprio altre pronunce del genere che l'ampia impostazione di quella motivazione fa presagire. E i più sicuri fondamenti di esse, dovrebbero essere le giustificazioni della rilevata evoluzione giurisprudenziale. Perché l'ampliamento della gamma delle possibili misure cautelari che tale evoluzione viene faticosamente realizzando nel processo amministrativo di impugnazione, è fondato, come si è accennato, sulla esigenza di correlare queste ai più ricchi contenuti delle decisioni definitive che concludono quel processo stesso: non più solo di annullamento del provvedimento impugnato, ma anche conformative, sia pure in misura più o meno ampia, dell'ulteriore attività rinnovatoria dell'amministrazione, che questo annullamento avesse reso necessaria. Ma la corte ha già avuto occasione di sostenere come costituzionalmente imposta questa correlazione tra misura cautelare e decisione definitiva: quando, con sent. 27 dicembre 1974, n. 284, *Foro it.*, 1975, I, 263, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, ult. comma, l. 22 ottobre 1971 n. 865, che aveva limitato solo ad alcuni specifici casi, i motivi per i quali l'adito giudice amministrativo avrebbe potuto sospendere determinati provvedimenti di tipo ablativo (è vero che questo orientamento della corte a favore di una ricostruzione in un'ampia tutela cautelare amministrativa già a livello di garanzia costituzionale è parso essere stato contraddetto dalla sentenza 1° aprile 1982, n. 63, *id.*, 1982, I, 1216, puntualmente criticata da A. PROTO PISANI; ma la precedente linea è stata ripresa, oltre che con la pronuncia commentata, anche con alcune argomentazioni della sentenza 19 dicembre 1984, n. 294, *id.*, 1985, I, 651, con nota di richiami, peraltro conclude con un dispositivo di inammissibilità della questione proposta, in quanto implicante interventi sul tessuto normativo che, per la loro « creatività », sono stati ritenuti riservati al legislatore). La corte aveva dovuto affrontare, in quella sentenza, tra gli altri argomenti a difesa della costituzionalità di tale norma, quello basato sul 3° comma dell'art. 113 Cost., che demanda alla legge ordinaria la determinazione del giudice, dei casi e degli effetti dai quali, nei quali e con i quali può procedersi all'annullamento (e, quindi, asseritamente, alla sospensione cautelare), degli atti amministrativi. E la corte, respingendolo, già allora aveva affermato che « ... una volta che il legislatore ha operato le sue scelte in ordine alla attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto, e ha strutturato un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, appunto, nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi, è naturale e conseguenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato ». E ancora: « L'esercizio di tale potere consente, infatti, di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale della giurisdizione... ». Dalla lettura di queste frasi, si ricava quasi l'impressione che alla corte basterebbe il compimento di un solo passo ulteriore, per il completamento anche nei confronti del più tipico processo amministrativo di impugnazione, dell'opera che ha intrapreso con la sentenza che si commenta, di demolizione dei limiti testuali delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo: le basterebbe solo attuare l'estensione della correlazione già ritenuta costituzionalmente imposta, dei contenuti delle misure cautelari con quelli delle decisioni definitive, che allora aveva preso in considerazione vedendo queste ultime come solo di annullamento, nel quadro di una più completa ricostruzione anche della maggiore portata conformativa che esse, in questo decennio, sono venute fruttando acquisendo.

4. - Nella sentenza che si commenta, in quel tanto che la sua motivazione esplicitamente esprime, come in quel molto che essa implicitamente fa intravedere, l'art. 700 c.p.c. pare venir proposto come termine di riferimento per la definizione dell'ampiezza che anche nel processo amministrativo dovrebbe acquistare la tutela cautelare. Con l'indicazione di tale termine, la corte verrebbe ad accettare una impostazione molto diffusa, probabilmente adottata in modo tacito anche nel progetto governativo di legge di delegazione per l'emanazione di nuove norme sul processo amministrativo, che detta, come specifico criterio direttivo, che nel corso di questo processo « ... sia esperibile una completa tutela interinale del ricorrente, mediante la previsione di una più estesa disciplina delle misure cautelari ». E, sicuramente, questo riferimento per l'ampliamento della tutela cautelare amministrativa, le apre una prospettiva sufficientemente vasta.

Però non pare che la norma richiamata costituisca di per sé anche lo strumento più appropriato, mediante la cui utilizzazione il giudice della cautela possa raggiungere pure nel processo amministrativo tutti quei brillanti risultati che gli sono stati consentiti nel processo civile. Perché essa, appunto, pare troppo marcatamente civilprocessualistica. Ogni processo, e soprattutto proprio il processo amministrativo, ha esigenze specifiche, ha strutture e istituti particolari mediante i quali cerca di soddisfarle; meglio: ha una propria storia, e, quindi, si vorrebbe aggiungere, una propria cultura. Né gli istituti del processo civile, nella loro formulazione come nella loro interpretazione e applicazione, possono essere considerati, oltre che il prodotto della più raffinata, risalente e colta dottrina processuale, anche di generale applicazione in ogni tipo di processo: quasi come perfezionatissimi strumenti da utilizzare asetticamente per l'esplicazione della funzione giurisdizionale: di ogni tipo di funzione giurisdizionale, indipendentemente dai caratteri dell'oggetto che tutela, e di quelli dei soggetti nei cui confronti opera, e dei rapporti, comportamenti e attività sui quali viene a incidere.

Può sembrare del tutto generica questa motivazione dei dubbi sulla opportunità di un simile trapianto dell'art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo, anche se in vista dello scopo che si è detto. Ma non è difficile precisarla in modo più pertinente ai problemi trattati.

Anzitutto, col tentativo di cogliere più puntualmente il rapporto tra il giudice amministrativo della cautela e l'amministrazione resistente. Che pare essere di sostituzione del primo alla seconda, nel compimento di un'attività che rientrerebbe nella competenza istituzionale di questa. Probabilmente, questa sostituzione è già ravvisabile quando la tutela cautelare amministrativa prende la più tradizionale e canonizzata forma della sospensione del provvedimento impugnato: forse, riportabile ad un modo di esercizio del potere amministrativo di cui questo è espressione; oppure, come manifestazione ridotta e temporanea di adempimento amministrativo (ma v. l'opinione di PALEOLOGO, *Il giudizio autotutela amministrativa*, 1971, 33, contraria a riconoscere all'amministrazione la possibilità di sospendere i propri provvedimenti, in attesa del loro annullamento o revoca; però l'autore non ha potuto tenere conto dell'art. 3 d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199, che ha poi esplicitamente previsto tale potere, per di più esercitabile anche d'ufficio, a proposito del ricorso gerarchico, con norma che, significativamente da questo punto di vista, non è stata riprodotta negli articoli successivi relativi al ricorso straordinario); verosimilmente come scelta in funzione dell'interesse pubblico interno a quel potere amministrativo, ma in vista delle conseguenze di un possibile annullamento giurisprudenziale di quel provvedimento stesso. Ma, comunque, non parrebbe che di tale sostituzione si possa dubitare, dopo lo sviluppo giurisprudenziale delle misure che il giudice amministrativo può adottare nel giudizio cautelare: quando, sia pure a titolo provvisorio, accoglie domande di provvedimenti che il ricorrente aveva proposto ad organi di amministrazione attiva, costituisce le situazioni di vantaggio che egli aveva loro chiesto, e così via.

La tutela cautelare amministrativa, così, proprio in ragione del suo progressivo sviluppo, sembra venire caratterizzandosi sempre più come una vicenda di sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione: in una misura che manca nella tutela cautelare civile; e dove comunque quella sostituzione non è certo ugualmente sentita come un fattore così significativo.

È ovvio. Perché il giudice amministrativo della cautela si sostituisce non a una parte qualsiasi del giudizio, ma a quella particolare parte del giudizio amministrativo che è l'amministrazione resistente. E nell'esercizio di suoi poteri non di diritto comune, ma suoi specifici, esplicazione della sua peculiare capacità di diritto pubblico che l'ordinamento generale le riconosce. E non per fini assimilabili a quelli per i quali agiscono i soggetti privati, ma per quelli pubblici istituzionalmente attribuiti ai soggetti di amministrazione, che poi di questi sono la ragione d'essere.

Non interessa qui ricordare l'esigenza della prevalenza dell'interesse pubblico su quelli individuali: che pure è reale, ma non rilevante sotto i profili che ora si considerano. Ma sottolineare la peculiarità delle valutazioni che il perseguimento di quei fini sottende: riservate, perciò, all'amministrazione che nel giudizio cautelare amministrativo verrebbe sostituita, in modo tendenzialmente esclusivo.

E, poi, importa rilevare la specificità, connessa con tale peculiarità, della posizione del giudice amministrativo, che quella sostituzione opera. Che alla amministrazione, almeno considerata come istituzione (per questo ordine di idee, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, 1983, 95), non può dirsi totalmente estraneo: certo, in una prospettiva storica, e soprattutto in riferimento al Consiglio di Stato; ma in qualche misura anche oggi, ossia dopo l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali. Non pare che siano fondate le numerose e ben note critiche, soprattutto di matrice civilprocessualistica, di questa incompleta terzietà, per così dire, vista come pericolo per l'indipendenza dell'organo e l'imparzialità di svolgimento della sua funzione. Perché, al contrario, essa nulla ha a che vedere con questa indipendenza e questa imparzialità, che l'ordinamento può garantire comunque al massimo livello; tanto, che non può dirsi che abbia fatto sentire come meno indipendente e imparziale il Consiglio di Stato, l'esperienza di tali tribunali, che pure meno di esso possono dirsi parte dell'amministrazione, e che in concreto sono stati formati in larga parte con l'apporto di numerosi magistrati provenienti dalla giurisdizione ordinaria. Del resto, il giudice amministrativo, pur partecipando ancora all'amministrazione come istituzione, pur non contrapponendosi dall'esterno come sicuramente la giurisdizione ordinaria, rimane ciò nondimeno pur sempre in un ruolo profondamente differenziato da quello degli organi di amministrazione attiva: persegue interessi pubblici di livello superiore, svolge una funzione istituzionale ben diversa dalla loro, ossia di garanzia della legittimità obiettiva dei loro provvedimenti. Ed è strano come le critiche ricordate non percepiscano quanto di vantaggio può derivare per il cittadino, da questa posizione in qualche modo interna all'amministrazione come istituzione, del giudice amministrativo stesso: che appunto in forza di questa può esercitare in modo ben più penetrante la sua giurisdizione. Poiché un giudice che sia totalmente terzo rispetto alle parti dei suoi giudizi, non può che rimanere del tutto estraneo alla loro autonomia: può sì limitarla, nella misura nella quale glielo consentano le norme sostanziali e processuali dell'ordinamento generale; ma, per così dire, solo dall'esterno: non può mai ingerirsi nelle scelte che ne sono espressione. Mentre il giudice amministrativo, proprio in quanto partecipa dell'amministrazione come istituzione e dei suoi fini più elevati,

può intervenire ben più incisivamente nella sua attività: perché non viene ostacolato dalle esigenze di garanzia dell'autonomia di un soggetto rispetto al quale rimane comunque terzo (sul progressivo, anche se relativo, superamento del modello della serparazione nella configurazione del rapporto tra giurisdizione amministrativa e amministrazione attiva, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, ne *Il giudizio di ottemperanza*, *Atti del XXVII convegno di scienza dell'amministrazione*, 86). Così il giudice amministrativo ha possibilità di ingerenza nell'attività amministrativa che sicuramente non ha il giudice civile. Sul piano della capacità di valutazione della congruità delle scelte amministrative: anche solo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, attraverso le figure dell'eccesso di potere, che si è venuto elaborando decennio dopo decennio, difficilmente apprezzabile dal giudice ordinario, i cui sforzi in tal senso non sembra che abbiano sortito risultati gran che positivi. E, poi, sul piano dei poteri di decisione: tanto, che questi possono essere messi al servizio perfino dell'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario. Non si pensa solo alle scelte storiche compiute dal legislatore del 1865 e del 1889. Ma ad esperienze più recenti, sotto tale profilo assai istruttive: al diffondersi dell'utilizzazione del giudizio amministrativo di ottemperanza, per l'attuazione addirittura delle sentenze ordinarie di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, come alternativa ad un processo civile di esecuzione, rivelatosi di ben più difficile esperibilità. E, come questo esempio pare suggerire, vi è una ipotesi nella quale le possibilità di ingerenza del giudice amministrativo nell'attività dell'amministrazione vengono ancora esaltate: quando questa ingerenza arriva a tradursi addirittura nella sostituzione dell'uno all'altra.

Per queste ragioni, si ritiene che il giudizio cautelare amministrativo possa essere spiegato, e sviluppato meglio, sulla base di istituti, procedimenti e schemi logici che del processo amministrativo siano tipici: proprio perché in esso si attua quella sostituzione. Quale sia la prospettiva concettuale più pertinente a tal fine, che a quel processo sia più congeniale, si crede che appaia ora con sufficiente chiarezza: che, quando è attribuita al quel tipo di funzione giurisdizionale, che, quando è attribuita al giudice amministrativo, gli consente di sostituirsi all'amministrazione nel compimento di provvedimenti e di attività altrimenti riservate alla sua competenza istituzionale. Ossia, in tutta evidenza, la prospettiva della estensione al merito della giurisdizione amministrativa.

5. - La tutela cautelare amministrativa, dunque, come un caso, sia pure non legislativamente definito tale, di giurisdizione amministrativa estesa al merito. E, perciò, ogni suo più ampio sviluppo, come più ampia utilizzazione a questo proposito, dei vari dispositivi che notoriamente il giudice amministrativo può adottare, in quanto disponga anche di questa giurisdizione.

L'idea che la tutela cautelare amministrativa presenti aspetti che possono ritrovarsi tipicamente nella giurisdizione amministrativa solo quando questa sia estesa anche al merito, non può dirsi certo totalmente nuova nella dottrina amministrativistica. Essa pare serpeggiare in modo più o meno dichiarato in vari scritti anche di questi ultimi anni: si vedano, tra gli altri, e, quindi, a titolo esemplificativo, gli accenni, sia pure di vario segno e in vario senso, in CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, voce del *Novissimo digesto*, ad vocem, 938; DE LUCA, *Sull'ordinanza di sospensione emanata dai tribunali amministrativi regionali e sulla sua impugnabilità*, in *Trib. amm. reg.*, 1980, II, 171 (che r'corda la vecchia opinione che BORSI espresse già agli inizi del secolo, in *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, ora ripubblicata in *Studi di diritto pubblico*, 1976, I, 114, sostenendo, in conformità alla decisione della sez. IV 27 ottobre 1899, che « la domanda di sospensione di un atto amministrativo non è neppure ammissibile se la IV sezione abbia a conoscere non del merito, ma della sola legittimità dell'atto impugnato »); F. SATTÀ, *Sospensione del provvedimento impugnato e doppio grado del giudizio*, in *Foro it.*, 1977, III, 235, e *Principi di giustizia amministrativa*, 1978, 278.

Soprattutto, affiora spesso in varie pronunce dell'adunanza plenaria di questi anni, con una trasparenza che solo sorprendentemente non si traduce in affermazioni esplicite. Per esempio, l'ordinanza 1° giugno 1983, n. 14, *Foro it.*, 1984, III, 72, con nota di SAPORITO, si è posta ipoteticamente il dubbio (col. 75), se «... l'estensione al merito dei poteri del giudice, espressamente prevista dall'art. 27, n. 4, «sia analogicamente riferibile anche al caso della pronuncia in sede cautelare»; ma poi ha lasciato irrisolta la questione, perché la prosecuzione della motivazione ha preferito altra strada. E, inoltre, rilevano qui particolarmente le pronunce nelle quali si sostiene esplicitamente, come del resto è già adombrato in questo passo, che in sede di giudizio cautelare il giudice amministrativo può adottare tutti i dispositivi che sono a sua disposizione in sede di giudizio di ottemperanza: di quel «... legislativamente disposta in modo espresso, oltre che pacifica. Così, la decisione 27 aprile 1982, n. 6, *id.*, 1982, III, 229, parimenti con la nota di SAPORITO, dopo aver ricordato che il giudice amministrativo, vario tipo (costitutivi, certificativi, dichiarativi di obblighi a carico affermando «... che analoghi poteri ben possono essere riconosciuti al giudice amministrativo in sede di procedimento cautelare...»; e la SAPORITO, sostiene (col. 56), che «... il principio di effettività della tutela giurisdizionale postula la piena coincidenza, di contenuti e di

2501

ambiti di efficienza, tra provvedimenti attuativi della ordinanza cautelare e provvedimenti adottabili dal giudice in sede esecutiva del giudicato o annullamento», e dopo passi del genere che si aspetterebbe l'esplicitazione della qualificazione del giudizio cautelare come un caso di giurisdizione estesa al merito: quasi ovvia loro conclusione, comuni di giurisdizione presupposta. Esplicitazione che però non può da essi chiaramente presupposta. Esplicitazione che però non viene: forse, per quelle cautele che è già parso che il giudice amministrativo adotti, nello sviluppare la tutela cautelare. Eppure, sarebbe stata un fattore di maggiore coerenza delle sue argomentazioni. Si consideri, ad esempio, la già citata decisione n. 6/82: è quella, notissima, che ha escluso che il giudizio di ottemperanza sia esperibile, l'osservanza da parte dell'amministrazione, delle misure per garantire l'osservanza nei suoi confronti il giudice amministrativo nel che ha pronunciato nei suoi confronti il giudice amministrativo nel giudizio cautelare. Essa, cioè non di meno, sostiene l'equivalenza dei poteri di questo giudice in queste due sedi, che poi affermerà dopo poche righe col passo che si è sopra letteralmente riportato: utilizza a tal fine il richiamo della giurisprudenza della Cassazione, e della migliore dottrina civilprocessualistica, secondo la quale (col. 234) «... principio fondamentale del processo cautelare è che esso ha carattere rigorosamente unitario e non può, pertanto, scindersi in procedimento di cognizione e procedimento di esecuzione». Ma non sarebbe stato più semplice e diretto arrivare a dire esplicitamente che il giudice amministrativo della cautela non ha nulla da chiedere al giudice amministrativo dell'ottemperanza, perché ha già di per sé tutti i poteri che a questo sono assicurati mediante l'attribuzione della giurisdizione estesa al merito? E che, dunque, anche ad esso deve ritenersi attribuita la medesima giurisdizione? Tanto più che è proprio quella rigorosa unitarietà del giudizio cautelare, anche amministrativo, che la decisione stessa sostiene, a portare un ulteriore argomento a favore di tale tesi: perché il momento esecutivo (quel tanto di momento esecutivo che fosse configurabile) nella giurisdizione amministrativa, se non altro per la sostituzione del giudice all'amministrazione che implica, in ogni caso avrebbe indiscutibilmente carattere di merito; e, allora, se quel momento venisse portato addirittura all'interno di quel giudizio, per l'unitarietà di questo, quel carattere non potrebbe che comunicarsi anche al suo momento cognitivo, e quindi pervaderlo nella sua interezza.

Comunque, sembra necessario che soprattutto in questa fase, nella quale la giurisprudenza cerca le strade per l'ampliamento della tutela cautelare amministrativa, con sforzi che la ricerca teorica deve appoggiare, la sua qualificazione come un caso di giurisdizione amministrativa estesa al merito venga sostenuta esplicitamente. È quel che si è cercato di fare in una relazione congressuale, di alcune settimane anteriore al deposito della sentenza che si commenta. Invero, era parso che nel giudizio cautelare amministrativo si rinvenissero ambedue i tratti che caratterizzano quella giurisdizione. Oltre al profilo decisivo di sostituzione del giudice all'amministrazione attiva, del quale si è già detto, anche quello, cognitivo, di apprezzamento dell'interesse pubblico. Anzitutto, di quello interno alla funzione di competenza di quell'amministrazione, che si presenta in veste di resistente, dopo averlo perseguito mediante l'emanazione del provvedimento impugnato: nella valutazione della sua consistenza e urgenza, in quella considerazione bilanciata di questi suoi caratteri rispetto a quelli analoghi dell'interesse del quale il ricorrente chiede una protezione già interinale, che è sembrato impossibile che il giudice amministrativo non faccia: tanto più, quanto più tenda ad allargare la tutela cautelare che intende concedere. E, poi, ma forse soprattutto, dell'interesse pubblico interno alla funzione di garanzia della legittimità obiettiva dell'azione dell'amministrazione, che questo giudice stesso esplica: in quanto giudice della cautela, mediante la maggiore riduzione possibile dello spazio temporale durante il quale seguivano a produrre i loro effetti comportamenti illegittimi di essa; e, quindi, nella valutazione se accordare o meno la misura interinale richiesta: che non può essere che di opportunità, anche perché deve tenere conto pure delle maggiori o minori probabilità che il ricorso ha di essere accolto, non meno che della gravità e irreparabilità del danno che verrebbe subito alternativamente o dal ricorrente o dall'amministrazione resistente, secondo che quella misura fosse negata o concessa.

Più che duplicare qui le argomentazioni un po' meno sintetiche svolte in quella relazione, del resto di prossima pubblicazione, a favore di quella qualificazione, pare ora utile tentare di delineare brevemente le possibilità di inquadramento e di sviluppo della tutela cautelare amministrativa che essa offre.

A tal fine, si rivela assai significativo l'accostamento, già prospettato nelle citate pronunce dell'adunanza plenaria, del giudizio cautelare amministrativo al giudizio di ottemperanza. Giustificato, oltretutto, anche da quella medesima ragion d'essere che pure accomunarli: la garanzia di effettività della funzione giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione. Per il giudizio di ottemperanza, si tratta di un fondamento pacifico: non è dubbio che il giudice dell'ottemperanza realizza tale scopo; ed è chiaro che lo realizza, adottando quelle misure definitive che risultino necessarie, per ristabilire la legittimità riconosciuta dal giudicato come violata dall'amministrazione resistente restata cioè nonostante inottemperante, poiché questa è rimasta soccombente in un processo che si è definitivamente concluso. Ma lo stesso fondamento pare avere anche il giudizio cautelare amministrativo: perché sembra che anche il giudice amministrativo della cautela realizza quel medesimo scopo, svolgendo la funzione che gli è propria, di anticipazione di contenuti della decisione definitiva: giacché, così operando, come si è accennato, viene a ridurre al minimo lo spazio

temporale durante il quale può negativamente ad esplicare fattualmente i suoi effetti, un comportamento dell'amministrazione che sarà poi dichiarato illegittimo: ossia, nella logica intrinseca di ogni giudizio cautelare, che tale dovrebbe essere qualificato dalla decisione definitiva, secondo la previsione inevitabilmente solo probabilistica, di quale sarà il contenuto di questa, che quel giudice è in grado di compiere *in limine litis*; il quale giudice realizza questo suo analogo scopo, appunto adottando quelle misure interinali che gli appaiono necessarie per operare quella riduzione, già quando un processo contro l'amministrazione è stato solo intentato, e perché lo è stato.

È quell'accostamento si rivela assai significativo, perché permette al giudice amministrativo della cautela di appropriarsi giustificatamente, nella sua interezza, di quel potere di sostituzione all'amministrazione attiva che il giudice dell'ottemperanza si è venuto fondatamente attribuendo in una misura così larga, e sia pure con gradualità: soprattutto nell'esperienza della giurisprudenza di questo ultimo decennio, che lo ha visto rilasciare autorizzazioni o concessioni, riformulare graduatorie di concorso, e così via; esercitare, insomma, almeno tendenzialmente, tutte le competenze di quella amministrazione (anche se di solito non direttamente, ma per mezzo di un commissario; che, del resto, quella stessa giurisprudenza puntualmente e significativamente tende a configurare come una sua *longa manus*). Certo, con limiti e perplessità; che, però, investono soprattutto la possibilità che un giudice che eserciti la sua funzione giurisdizionale, come è pur sempre il giudice amministrativo dell'ottemperanza, possa sostituirsi all'amministrazione attiva nel compimento di quelle valutazioni dell'interesse pubblico che presuppongono l'emanazione di provvedimenti i quali presentino margini di discrezionalità: che alla competenza istituzionale di quella amministrazione medesima parrebbero così dover rimanere riservate. Ma, anche se esse venissero ritenute fondate, non solo questo è un profilo che sarebbe meno pertinente al carattere del giudizio cautelare amministrativo: nel quale, come si è accennato, le valutazioni di opportunità che pure gli sono sicuramente coesistenti, paiono riconnettersi anche e più all'interesse pubblico inerente alla funzione garantistica demandata al giudice amministrativo, che a quelli interni alle funzioni di competenza dell'amministrazione sostituita. E anche un profilo che ora comunque rileva di meno: perché nella considerazione delle possibilità di sviluppo che al giudizio cautelare amministrativo può schiudere la rilevazione delle sue analogie col giudizio di ottemperanza, è più importante la definizione dei dispositivi che in questo possono venire adottati, sotto l'aspetto della loro tipologia. E, da questo punto di vista, la giurisprudenza pare abbastanza univoca: non sembra dubitare che il giudice dell'ottemperanza, senza preclusioni di principio, possa emettere tendenzialmente qualsiasi tipo di provvedimento che rientrerebbe nella competenza dell'amministrazione inottemperante, e perciò sostituita: nel senso di qualsiasi provvedimento, che abbia qualsiasi contenuto, e dispositivo, e effetti. Conclusivamente, e come esemplificazione: se si credesse, dubitando della fondatezza di certe pronunce di questi ultimi anni, che tale giudice non possa sostituirsi all'amministrazione nel rilascio di autorizzazioni o di concessioni, nella riformulazione di graduatorie di concorso, e così via, le perplessità dovrebbero riguardare solo la possibilità che quel giudice, in quanto giudice, valuti, in vece dell'amministrazione istituzionalmente competente, l'interesse pubblico implicato in margini di discrezionalità che si ritenessero residuare anche dopo il giudicato, per quel rilascio o per quella riformulazione; non anche la possibilità che quel medesimo giudice, anche in quanto giudice, emani i corrispondenti provvedimenti amministrativi; o, comunque, pronuncie a questi equipollenti; o, almeno, con effetti sostanziali equivalenti. E tutti questi dispositivi, perciò, sembra ora che anche il giudice amministrativo della cautela possa adottare. Con quel limite, ben s'intende, che è intrinseco in ogni misura interinale: la provvisorietà dei suoi effetti; la quale renderà ben difficile, ad esempio, che quel giudice possa consentire al ricorrente lo svolgimento di attività che, viceversa, costituiscono situazioni in fatto non facilmente reversibili: dalla costruzione di un immobile, all'intrapresa di una attività economica che implichi sviluppo di un'azienda, assunzione di personale, ecc.

Può lasciare perplessi, se non addirittura spaventare, la prospettiva che il giudice amministrativo, già in sede cautelare, e quindi *in limine litis*, e sia pure con quella provvisorietà degli effetti che si è ora sottolineata, si trovi a disporre di tutte quelle possibilità di sostituzione all'amministrazione, che si è bensì dato nel giudizio di ottemperanza, ma rispetto ad una situazione che il giudicato ha già cristallizzato. Ma essa è l'unica che consentirebbe a quel giudice della cautela di tentare di attuare fino in fondo la sua funzione specifica: nei confronti della domanda di annullamento di qualsiasi provvedimento, compresi quelli negativi, e dunque con quegli ineliminabili risvolti in positivo, secondo l'ordine di idee già delineato, che tale annullamento, poi, finirebbe col comportare: ossia, mirare a far sì che la decisione definitiva «... attui la legge, come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale» (CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 20; *Opere*, cit., IX, 175; il corsivo è già dell'autore). Ed essa è anche, oltretutto, quella che consente la ricostruzione più fedele di quel che la giurisprudenza amministrativa, o almeno una parte di essa, sta cercando faticosamente di raggiungere. Ad ogni modo, ci si rende conto benissimo che il discorso, a questo punto, rischia di perdere troppo in realismo. E, allora, pare non ulteriormente rinviabile un cenno dei limiti dai quali il giudice amministrativo della cautela rimane comunque frenato. Che non sono certo soppressi. Ma che vengono spostati dalla tipologia dei dispositivi delle misure cautelari

adottabili, alla valutazione dei presupposti per la loro adozione: dall'esterno della funzione cautelare, per così dire, al suo interno: al modo nel quale deve venire svolta. Insomma, a quella che, come sempre, è l'ultima e più vera garanzia di buon svolgimento di ogni funzione giurisdizionale, senza la quale tutte le altre servirebbero a poco: la prudenza del giudice. La sua prudenza nel valutare quale potrà essere l'esito finale del ricorso: con quella prontezza nell'accurato studio della questione, e nell'eventuale esercizio dei suoi primi poteri istruttori, che, per quanto non sia presente nella misura desiderata nella esperienza forense quotidiana, pure sarebbe auspicabile anche per motivi più generali. Soprattutto, la sua prudenza nella valutazione comparata dell'importanza e dell'urgenza degli interessi in giuoco; quindi, in quella equilibrata considerazione anche delle ragioni dell'amministrazione, sulla cui ineliminabilità si è già insistito: nella consapevolezza di quanto possa essere pregiudicata da un orientamento troppo unilaterale del naturale garantismo del giudice, oltretutto sollecitato dalla pressione della grande domanda di tutela delle parti private; qui si che non va dimenticato che l'amministrazione persegue interessi collettivi, che anche l'ordinamento generale ha ritenuto più degni di tutela sul piano sostanziale, poiché le ha attribuito i suoi specifici poteri per perseguirli: il che dovrà pur dir qualcosa al giudice che debba valutare la gravità, oltre che la irreparabilità, del danno che secondo la sua risposta alla domanda della misura interinale, verrebbe alternativamente subito dall'una o dall'altra delle parti; ma anche nella prospettiva della parità delle armi nel processo, di ambedue queste, deve trovare spazio l'attenzione pure al punto di vista dell'amministrazione: indispensabile proprio per realizzare quella parità stessa; perché, come appunto ci ha ricordato la corte sulle orme di CHIOVENDA. «La necessità di servirsi del processo per ottenere ragione, non deve tornare a danno di chi ha ragione»; ma questa massima non può giuocare solo a favore del ricorrente: il giudice amministrativo, di fronte alla domanda di tutela cautelare del ricorrente, non può formulare la sua risposta non tenendo conto che questa, se fosse positiva, in un certo senso invertirebbe la posizione delle parti: obbligherebbe l'amministrazione resistente a servirsi essa del processo per ottenere ragione: per poter finalmente esplicitare la sua funzione, nel modo che aveva già ritenuto più confacente all'interesse pubblico che deve istituzionalmente perseguire, e che poi, solo poi, la decisione definitiva potrebbe ritenere perfettamente legittimo.

È l'accostamento al giudizio di ottemperanza, che può far risaltare con maggiore vivezza, perciò, le possibilità di sviluppo del giudizio cautelare amministrativo. Ma sarebbe riduttivo e fuorviante un confronto che fosse limitato solo a questi due termini: che non considerasse, cioè, il quadro più generale nel quale l'uno (pacificamente), e l'altro (propositivamente), vanno collocati: la giurisdizione di merito. Perché è l'attribuzione di questa al giudice amministrativo, che consente al giudice amministrativo di operare quella sostituzione all'amministrazione attiva che li caratterizza entrambi: secondo le più istituzionali definizioni di essa. Che, però, a questo punto, meriterebbe di essere rivisitata: per la ben diversa rilevanza che tale sostituzione è venuta via via assumendo. Altro, infatti, è la sostituzione all'amministrazione che il giudice amministrativo può attuare in tutti gli altri casi di quella giurisdizione: che è limitata ad una sola delle competenze di essa, perché a questa sola ciascuno di questi si riferisce. E altro, viceversa, è la sostituzione all'amministrazione che il giudice amministrativo può attuare nel giudizio di ottemperanza: che investe la globalità delle competenze di essa, perché a tutte queste questo si riferisce. La differenza quantitativa ad un certo momento diventa inevitabilmente anche qualitativa: e la trasformazione sembra essere avvenuta con l'acquisto anche sotto un altro profilo del carattere di generalità di tale giudizio: col grande sviluppo dei dispositivi che in esso il giudice amministrativo in questo ultimo decennio ha ritenuto progressivamente di poter adottare. Ma l'evoluzione non si ferma qui: non può che accentuarsi, se a questo primo caso generale di giurisdizione di merito, se ne affiancasse un altro: il giudizio cautelare, appunto. Nel quale, per di più, è in parte già rilevabile, e in parte prevedibile, una analoga progressiva maggiore articolazione giurisprudenziale di quei dispositivi stessi. Ora, nelle più tradizionali configurazioni della giurisdizione di merito, i suoi caratteri vengono delineati sì tenendo conto della possibilità di sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione che comporta; ma che normalmente è pensata con una portata assai modesta: di riforma del provvedimento impugnato; quindi, solo di modifica di qualche elemento di un provvedimento; e di un provvedimento che, perciò, l'amministrazione ha già emanato. Ma oggi il giudice amministrativo dell'ottemperanza, e largamente anche quello della cautela, con una disinvoltura sempre maggiore, arriva spesso ad operare ben più incisive sostituzioni: fino all'emanazione di provvedimenti che l'amministrazione, viceversa, si era rifiutata di adottare. E questo ben diverso significato che il potere di sostituzione all'amministrazione, attribuito al giudice amministrativo dalla giurisdizione di merito, ha ormai acquistato in casi che sicuramente le sono ascritti, o che quanto meno pare che debbano esserlo, non può non comportare una riconsiderazione dei suoi tratti. Certo, si tratterà soprattutto di riprendere i suoi problemi di sempre. Ma, per esempio, sarà ancora più difficile riconoscere natura effettivamente giurisdizionale, oltre che ai procedimenti e agli elementi formali in genere della funzione che vi viene esercitata, anche alla sostanza di questa.

Potrebbe sembrare anacronistico che questo tentativo di inquadrare la tutela cautelare amministrativa nella giurisdizione amministrativa

di merito, venga proposto proprio quando i più recenti sviluppi della elaborazione del progetto di legge-delega per la riforma del processo amministrativo rendono possibile addirittura la soppressione di tale giurisdizione. Ma sembrerebbe un falso problema. Perché al di là delle parole, e dei silenzi, del legislatore, questa giurisdizione dovrebbe ritenersi pur sempre sostanzialmente sussistente, tutte le volte che la norma attribuisce al giudice amministrativo, anche solo implicitamente, un potere di sostituzione all'amministrazione. Il che non potrà non seguitare ad essere per il giudizio amministrativo di ottemperanza. E per il giudizio amministrativo cautelare: in quanto quella sostituzione implichi; e poiché ogni suo sviluppo, non potrà che comportarla in modo ancora più ampio.

Si era partiti dalla individuazione della sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione, come l'essenziale del giudizio cautelare amministrativo, per arrivare alla sua qualificazione come un caso di giurisdizione amministrativa estesa al merito. Ma, di conseguenza, e quasi di rimbalzo, si può ora utilizzare questa qualificazione, per arrivare a valutare la misura nella quale in quella sede quel giudice può attuare quella sostituzione: almeno in linea di tendenza, totalmente; e, quindi, con possibilità per quel giudice, di concedere al ricorrente una adeguata tutela cautelare, almeno pari, e probabilmente superiore, di quella analoga che l'art. 700 c.p.c. offre al giudice civile.

E questa tendenziale generalità del potere di sostituzione all'amministrazione che l'estensione al merito della giurisdizione del giudice amministrativo gli offre, che consente a questa di essere il migliore dei fondamenti possibili per il rafforzamento della tutela cautelare amministrativa. Si è già ricordato che CALAMANDREI, che scriveva in riferimento al codice di procedura civile pre-vigente, rilevava come causa maggiore della debolezza della tutela cautelare che allora il giudice civile poteva concedere, la mancata previsione in tale codice di una norma attributiva a questo di un potere cautelare generale. Pare essere esattamente questa la situazione nella quale ora si trova il giudice amministrativo. E gli sforzi che parte della giurisprudenza sta cercando di compiere per superarla, possono essere sostenuti soprattutto offrendole le basi di una clausola generale di tutela nel giudizio cautelare amministrativo, di portata almeno equivalente a quella che l'attuale art. 700 c.p.c. prevede per il giudice civile. Basi, che paiono rintracciabili all'interno della giurisdizione amministrativa, solo quando questa venga ad assumere l'estensione qui proposta.

Inoltre, tale tendenziale generalità del potere di sostituzione può fare meglio apprezzare l'incongruenza della riduzione da parte della norma alla sola sospensione del provvedimento impugnato, delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo nel processo di impugnazione di esso. Incongruenza che assume caratteri, e supera limiti, per i quali e oltre i quali par che possa tradursi in una violazione del principio di ragionevolezza costituzionalmente rilevante: per considerazioni che si atteggiano come complementari, e che quindi sono rafforzative, rispetto a quelle già prima svolte nello stesso senso, dall'angolo visuale della mancata correlazione di tali misure, con il progressivo arricchimento dei contenuti delle decisioni definitive, che la giurisprudenza è venuta sviluppando in questi anni. Non che si voglia escludere in assoluto, ovviamente, che il legislatore possa limitare quelle misure: anche sotto il profilo tipologico. Ma pare che lo possa fare, solo per ragioni che adeguatamente lo giustifichino. Viceversa, quella riduzione non sembra che possa correlarsi con motivi che la sostengano in modo costituzionalmente valido. In particolare, non si correla col principale di essi: l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione resistente, il cui soddisfacimento verrebbe altrimenti differito a dopo la decisione definitiva. Sicuramente la valutazione anche di tale interesse è importante nel giudizio cautelare amministrativo: è essenziale addirittura nella stessa sua logica intrinseca, come si è sottolineato; e la sua rilevanza come valida ragione di limitazione della tutela cautelare amministrativa, del resto, è già stata affermata dalla corte: con la sentenza 1° febbraio 1982, n. 8 (*Foro it.*, 1982, I, 329), che peraltro sembra lasciare aperta ancora una questione: in quali limiti il legislatore possa disporre la prevalenza di tale interesse rispetto a quello contrapposto del ricorrente, con una previsione astratta che abbraccia una intera materia: espropriando il giudice, così, della sua competenza a valutare caso per caso, secondo le sue particolarità, con quali caratteri di consistenza e urgenza l'uno e l'altro concretamente si presentino. Perché questa consistenza e urgenza dell'interesse pubblico sicuramente possono giustificare il diniego, o anche altre limitazioni, come quella cronologica che allora la corte prese in esame, delle misure di protezione interinale che il giudice amministrativo potrebbe concedere al ricorrente; ma nulla ha a che vedere con la tipologia di essa: almeno in linea, di principio. La tradizionale e canonica sospensione del provvedimento impugnato può benissimo incidere su di un interesse pubblico rilevantissimo: per esempio, quando riguardi un divieto di ulteriore commercializzazione di un medicinale, a causa della sua pericolosità per la salute solo successivamente accertata; su di un interesse pubblico che comunque può essere ben più rilevante di quello contrastato dalla più innovativa delle misure cautelari: per esempio, da quella che, come si è prima ricordato, la giurisprudenza è già arrivata ad adottare, di iscrizione provvisoria in un albo professionale, relativo a professionisti il cui tecnicismo sia debolmente caratterizzato. Inquadrata la tutela cautelare amministrativa nella giurisdizione amministrativa estesa al merito, in relazione al *tertium comparationis* costituito dalla generalità della possibilità di sostituzione all'amministrazione che essa offre al giudice amministrativo, la limitazione alla sola sospensione del provvedimento impugnato di quelle forme di sostituzione se sia posta così *a priori*, se

2505

non si fondi volta a volta su più specifiche ragioni costituzionalmente apprezzabili come valide, pare costituire una vera e propria «...ingiustificata rottura del tessuto normativo...» (qui s'intende: relativo alla tutela cautelare amministrativa stessa); e, se così fosse, una «...arbitraria trasgressione... di quelli che sono, e dovrebbero essere anche nel caso in esame, i criteri e le regole cui s'informa il sistema» (qui s'intende: di quella tutela medesima) (per questa definizione così rigorosa dei limiti entro i quali la Corte potrebbe dichiarare incostituzionale una norma, perché in violazione del principio di ragionevolezza, PALADIN, *Corte costituzionale e principio costituzionale di uguaglianza*, aprile 1979-dicembre 1983, in *Giur. costit.*, 1984, 219, spec. 230).

6. - Da ultimo, alcune considerazioni sulle conseguenze della sentenza commentata, in ordine alla specifica materia alla quale si riferisce, finora lasciata a lato: i giudizi sulle pretese patrimoniali dei pubblici dipendenti, rientranti nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Si impone un rilievo preliminare. Non solo la sentenza ha cercato la soluzione del problema della tutela cautelare del pubblico dipendente nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Ma da essa non si possono neppure desumere elementi per i quali si dovrebbe ritenere che anche in futuro di tale tutela quella giurisdizione non sia la sede più pertinente: col risultato di precludere quella scissione della tutela cautelare amministrativa dalla tutela giurisdizionale amministrativa principale, che sarebbe da considerare addirittura ovvio, se non fosse stato messo in discussione da certa giurisprudenza pretorile, peraltro energicamente corretta dalla Cassazione. La tutela cautelare amministrativa, compresa quella del pubblico dipendente, deve essere migliorata, non sottratta alla sua sede naturale: può essere non sottratta a questa sede, in quanto può essere migliorata; ed è il raggiungimento di questo scopo che la sentenza commentata facilita, con l'opera di razionalizzazione di essa che ha intrapreso. D'altra parte, e più in generale, è l'intera tutela giurisdizionale del pubblico dipendente che deve rimanere nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Chiarissima in questo senso è l'indicazione della linea legislativa che si viene sviluppando in questi anni: a cominciare da quella che proviene dalle norme che la sentenza puntualmente richiama; in particolare, quella che viene dall'art. 28 della legge-quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983 n. 93; e a quelle indicazioni di disposizioni che sono già di diritto positivo, si potrebbe aggiungere il richiamo dei criteri e dei principi direttivi dello stesso segno, che ha formulato in materia il già citato progetto governativo di legge-delega per l'emanazione di nuove norme sul processo amministrativo. D'altronde, non pare dubbio che i caratteri della tutela giurisdizionale relativa ad un dato rapporto sostanziale, non possano non riflettere i caratteri di questo; perciò, tale linea di tendenza sembra confermare l'arresto, già nettamente avvertibile nella nuova disciplina della contrattazione collettiva dettata dalla citata legge-quadro, del progressivo indebolimento dei tratti pubblicistici dei rapporti di impiego con enti pubblici economici: almeno di quelli che non si volessero restituire al diritto del lavoro in quanto tali, e cioè nella loro interezza (per quest'ordine di idee, si rinvia a *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Pubblico impiego e contrattazione collettiva, Atti del XXV convegno di scienza dell'amministrazione*, 1980, 189).

Comunque, nella materia nella quale la sentenza della Corte viene a incidere, la giurisprudenza del giudice amministrativo della cautela, almeno secondo quella sua ridottissima frazione reperibile attraverso i normali canali di rilevanza, appare, come si è già anticipato, scarsamente innovativa: sicuramente assai meno che in ordine al giudizio amministrativo di impugnazione.

Pur nell'accennata limitatezza della casistica nota, è chiara una prima ragione di maggiore freno: appunto, la riduzione normativamente disposta, alla sola sospensione del provvedimento impugnato, delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo. La lettera della disposizione appare ben meno facilmente superabile, infatti, in un processo nel quale, per definizione, quel provvedimento manca. E in cui l'unica misura cautelare che abbia utilità pratica, non può essere che l'ordine all'amministrazione di pagare una somma di denaro: di per sé da quella sospensione tipologicamente lontanissimo. Sotto questo profilo, la sentenza della Corte manifesta il massimo della sua incidenza: sopprime radicalmente quella riduzione, proprio nel caso nel quale questa era meno facilmente aggirabile dall'interprete. Anzi, di più: con l'esplicito riferimento all'art. 423 c.p.c., sia pure mediato attraverso il richiamo dell'art. 700 c.p.c., che un simile ordine di pagamento nel quadro del processo del lavoro espressamente prevede, la sentenza legittima senz'altro il giudice amministrativo a utilizzare quella specifica misura di tutela interinale del credito del pubblico dipendente; in un certo senso, gli impone addirittura di non avere preclusioni al riguardo: con un effetto che equivale ad una anticipazione della norma che il futuro legislatore delegato dovrà formulare, in attuazione di una specifica direttiva in questo senso, del già più volte ricordato disegno di legge governativo di legge-delega. Lo stesso problema, peraltro, residua ancora in altri giudizi amministrativi non di impugnazione, ossia su pretese patrimoniali diverse da quelle del pubblico dipendente: si pensa, soprattutto, e come esempio, alle azioni di ripetizione dei contributi afferenti alla concessione di costruzione, che il ricorrente afferma di aver pagato indebitamente (su questo tipo di azione, e sui limiti entro i quali essa è esperibile al di fuori

dell'impugnazione della determinazione dell'ammontare di tali contributi, Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 1984, n. 518, *Foro it.*, 1985, III, 59, con nota di richiami): si dovrà approfondire in seguito se questo problema, per quei diritti, potrà essere risolto positivamente già in sede interpretativa, dopo che, e perché la sentenza che la Corte ha reso nei confronti dei crediti del pubblico dipendente, ha aperto una strada che potrebbe risultare essere utilizzabile per analogia anche per la sua soluzione; oppure se, per il fondamento di questa su una norma del processo del lavoro puntualmente riferibile solo a tali crediti, esso richieda ancora ulteriori eventuali sentenze di accoglimento della Corte, o addirittura interventi innovativi del legislatore. In ogni caso, preme sottolineare che anche l'adozione da parte del giudice amministrativo di una misura interinale di questo tipo, è perfettamente inquadrabile tra i poteri che gli attribuisce la sua giurisdizione, quando sia estesa al merito: perché i caratteri di questa gli consentono senza forzature di sostituirsi all'amministrazione anche in quella sua specifica attività consistente nello svolgimento di un procedimento che poi si concluderà col pagamento di un suo debito: a questo proposito, si può ricordare di nuovo l'esperienza positiva dell'utilizzazione del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della sentenza ordinaria di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro. Nel caso in esame, vi è un tratto differenziale: è la misura cautelare del giudice che fonda il dovere di pagare dell'amministrazione; ma questa misura cautelare è così configurabile, perché non fa altro che anticipare il contenuto della corrispondente e probabile decisione definitiva: che, quando conclude un giudizio su pretese patrimoniali, può assumere i caratteri di condanna, nel senso peculiare alla giurisdizione amministrativa che si era prima rilevato.

Ma non si crede che la restrizione tipologica disposta dal legislatore, ora spazzata via dalla Corte, delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo, sia l'unica ragione della scarsa incisività dei suoi interventi nella tutela interinale dei crediti del pubblico dipendente. Vi devono essere anche altri motivi. E si intuisce che questi si collocano all'interno del giudizio cautelare: attengono alla valutazione tendenzialmente negativa, che quel giudice normalmente pare dare, della sussistenza di quella gravità e di quella irreparabilità richieste in generale dalla norma per la concessione della tutela cautelare amministrativa, del danno che il pubblico dipendente verrebbe a subire, se quanto afferma essergli dovuto gli fosse corrisposto solo dopo la decisione definitiva.

Forse, perché esso considera che il pubblico dipendente potrebbe procurarsi subito tale somma con altri mezzi, soprattutto ricorrendo al credito. Tesi che, peraltro, data la forbice esistente tra tasso di inflazione e ben maggiori tassi bancari attivi, non parrebbe giustificata neppure ora: neppure dopo che si è consolidato nella giurisprudenza amministrativa, e non viene contestato dalla Cassazione come giudice della giurisdizione, il principio che al pubblico dipendente spettano, e possono essergli liquidati dallo stesso giudice amministrativo, gli interessi corrispettivi, e, prima ancora, la rivalutazione del suo credito, purché, appunto, se calcolata automaticamente secondo gli indici ISTAT.

Più probabilmente, per il particolare contenuto che di solito hanno le controversie sui diritti patrimoniali del pubblico dipendente: contenzioso sviluppatosi enormemente per la maggiore conflittualità in materia di questo ultimo decennio, ormai diventato quantitativamente imponente, ma pur sempre relativo, nella grande maggioranza dei casi, a differenze retributive relativamente modeste: comunque non incidenti in misura rilevante, di solito, sulla soddisfazione delle esigenze di vita del ricorrente, già assicurata dal proseguimento della corresponsione delle ben più consistenti somme non contestate. Del resto, anche quando la controversia patrimoniale si connette alla impugnazione di un provvedimento comunque estintivo del rapporto, che il ricorrente afferma essere illegittimo, le sue esigenze di vita, nelle more del relativo giudizio, dovrebbero essere soddisfatte dal trattamento di fine rapporto nella maggior parte dei casi comunque a lui spettante; semmai, anche sotto questo profilo rileverebbe il noto problema, assai presente anche in generale, di una tempestiva corresponsione di esso: che a sua volta potrebbe porre l'esigenza di una tutela cautelare, ma in termini e in modi che è inutile qui approfondire. E, d'altronde, non paiono molto attuali le ragioni di una tutela cautelare delle pretese patrimoniali non di un pubblico dipendente, ma di un aspirante tale, collegate con l'impugnazione da parte sua di un provvedimento che suonasse comunque diniego di costituzione dello sperato rapporto: esse potrebbero emergere solo se si affermasse la tesi della spettanza del trattamento economico a tale aspirante, anche per il periodo anteriore alla sua effettiva presa di servizio, a partire dalla costituzione agli effetti giuridici di quel rapporto, retrodatata in seguito all'annullamento di quel provvedimento: tesi che, seppur accolta da qualche tribunale amministrativo regionale, non trova ascolto presso altri; e, soprattutto, è fermamente respinta dal Consiglio di Stato (sez. VI 2 aprile 1982, n. 164, *id.*, 1983, III, 53, con nota di richiami).

Su una giurisprudenza amministrativa che parrebbe fondare le sue riluttanze ad accordare la tutela cautelare delle pretese patrimoniali del pubblico dipendente, soprattutto su tali valutazioni, secondo i parametri normali legislativamente delineati per il giudizio cautelare amministrativo, come potrà giocare questa sentenza della Corte?

Tutta incentrata sulla eliminazione delle restrizioni per così dire tipologiche, delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo, non ha affrontato espressamente tale aspetto. Ma non si può non tentare di cogliere anche suoi eventuali «messaggi» impliciti al riguardo: che pare che siano percepibili.

Si può accennare una prima ipotesi: tale sentenza, col richiamo, sia pure mediato, dell'art. 423 c.p.c., potrebbe aver voluto introdurre nel processo amministrativo questa disposizione, anche per quel che riguarda i presupposti che prevede, per la concessione al lavoratore di una provvisoria: tra i quali presupposti, come si sa, non è annoverato quell'elemento così tipico della tutela cautelare amministrativa, che è il danno grave e irreparabile che altrimenti esso subirebbe. Ma si dovrebbe subito dubitare della fondatezza di questa interpretazione del pensiero della corte: la quale, e sia pure per un settore di tanta delicatezza e importanza come i crediti del pubblico dipendente, romperebbe l'unità interna del giudizio cautelare amministrativo, sotto un profilo così caratteristico di esso, e per di più mediante l'inserzione di una norma del processo del lavoro che, al contrario, gli è così estranea. Si tratterebbe di un intervento non solo parzialmente demolitore di caratteri essenziali di quel giudizio, quanto meno azzardato in difetto di specifiche basi normative; ma anche intrinsecamente contraddittorio con quel tentativo che è sembrato di poter cogliere nella sentenza commentata, soprattutto per il suo richiamo anche dell'art. 700 c.p.c., di cominciare ad operare un ampliamento della tutela cautelare amministrativa in generale, e non solo per suoi settori specifici.

Più plausibilmente, si vorrebbe vedere nella sentenza della corte una diversa indicazione: si una sollecitazione al giudice amministrativo ad intervenire più energicamente anche sotto questo profilo per la tutela interinale dei crediti dei pubblici dipendenti; ma una sollecitazione che si collochi all'interno della logica e della struttura fondamentali del giudizio cautelare amministrativo, senza sforzarne principi e valori ad esso peculiari. In realtà, il rilevato atteggiamento del giudice amministrativo della cautela nei confronti di quei crediti, di nuovo pare essere il riflesso, al livello della tutela giurisdizionale, della configurazione dei caratteri del corrispondente rapporto sostanziale. A proposito della quale, c'è una certa tendenza a mettere alquanto tra parentesi il fattore economico; del resto, ben più di quanto accada fattualmente: nella realtà delle vicende vissute, nello sviluppo progressivo dell'estesissimo contenzioso nella materia ora considerata, che smentiscono quotidianamente miti che per larghissimi strati di pubblici dipendenti (ma forse sarebbe più esatto dire per tutti), non esistono più, posto che siano mai esistiti. Anche da questo punto di vista, allora, la sentenza della corte pare avere una grande importanza: col riferimento, sia pure mediato, di una norma che è stata pensata per il processo del lavoro, essa viene a richiamare anche per il pubblico impiego, e per il relativo contenzioso, tutta la centralità che il fattore retributivo è venuto acquisendo anzitutto nei rapporti subordinati di lavoro di diritto privato: tutto il carico di tensioni che è venuto a stratificarsi al riguardo in questi anni tanto conflittuali. La sentenza della corte, perciò, sembra richiamare il giudice amministrativo della cautela, alla massima considerazione dell'esigenza che il pubblico dipendente venga a percepire subito tutto quello che gli è dovuto: per le difficoltà e per i costi del ricorso al credito, per la irreversibilità di più incomplete soddisfazioni dei suoi bisogni di vita, anche se circoscritte nel tempo, e così via. Ma all'interno dei presupposti tipici per la concessione della tutela cautelare amministrativa. Quasi una canonizzazione come grave e irreparabile del danno che altrimenti il ricorrente subirebbe. Oppure come una sorta di direttiva di principio in tal senso: preferibilmente, per la perplessità che ha già suscitato ogni previsione astratta in proposito, per intere materie. Tanto più che non parrebbe tale il danno che, alternativamente, sarebbe l'amministrazione a dover subire nel caso che quella tutela fosse concessa: anche se poi, in base alla decisione definitiva, non risultassero effettivamente spettanti al pubblico dipendente, le somme che in forza dell'ordinanza cautelare aveva dovuto corrispondergli. Perché essa potrebbe ripeterle. Certo, in questa ipotesi residuerebbe il problema della diversa disciplina per essa meno favorevole, del recupero del danno da svalutazione. Ma nella maggior parte dei casi non dovrebbe temere sulla effettuabilità di questa ripetizione: a valere sulle successive retribuzioni nel quadro di un rapporto di impiego che comunque proseguirebbe, o sul trattamento di fine rapporto, che normalmente al ricorrente spetterebbe.

I quali presupposti tipici per la concessione della misura cautelare amministrativa andrebbero salvati anche perché, sotto diverso profilo, di nuovo assicurano una tutela più favorevole del pubblico dipendente. Perché l'art. 423 c.p.c. consente al giudice del lavoro di disporre il pagamento al lavoratore a titolo provvisorio di una somma, solo «... quando ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova». Mentre al giudice amministrativo, per poter disporre il medesimo pagamento al pubblico dipendente, secondo i tratti caratteristici del giudizio cautelare amministrativo, basta di meno: è sufficiente una sua valutazione solo probabilistica, che la decisione definitiva accetterà quella somma come dovuta.

ALBERTO ROMANO

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 28 giugno 1985, n. 181 (Gazzetta ufficiale 3 luglio 1985, n. 155 bis); Pres. ROEHRSEN Rel. GRECO; Di Stefano e altri c. Min. pubblica istruzione; interv. Pres. cons. ministri. Ord. Corte conti, sez. III, 5 giugno 1981 (G.U. n. 225 del 1983); 7 giugno 1982 (G.U. n. 246 del 1983) e 31 gennaio 1983 (G.U. n. 18 del 1984).

Pensione — Reversibilità della pensione ordinaria — Presupposti — Questioni manifestamente infondate e questione infondata di costituzionalità (Cost., art. 3, 38; d.p.r. 29 dicembre 1973 n. 1092, t.u. sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato, art. 85, 86, 87).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 86, 1° comma, e 87, 2° comma, d.p.r. 29 dicembre 1973 n. 1092, nella parte in cui prevedono che il requisito della nullatenenza, richiesto per il conseguimento della pensione ordinaria di reversibilità, debba sussistere al momento della morte del dipendente o del pensionato, contrariamente a quanto si verifica per la reversibilità delle pensioni di guerra, in riferimento all'art. 3 Cost. (1)

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 85, 2° comma, d.p.r. 29 dicembre 1973 n. 1092, nella parte in cui, ai fini dell'individuazione della nullatenenza per l'avente diritto alla reversibilità della pensione ordinaria, introduce criteri sperequati rispetto all'avente diritto alla reversibilità della pensione di guerra come disciplinata in epoca successiva agli eventi di cui al giudizio a quo, in riferimento all'art. 3 Cost. (2)

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 85, 2° comma, d.p.r. 29 dicembre 1973 n. 1092, nella parte in cui prevede la revoca della pensione di reversibilità ordinaria qualora il beneficiario superi il limite del reddito di 960.000 lire annue ai fini i.r.p.e.f., in riferimento all'art. 38 Cost. (3)

II

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 2 maggio 1985, n. 125 (Gazzetta ufficiale 8 maggio 1985, n. 107 bis); Pres. ELIA, Rel. BORZELLINO; Bevilacqua; interv. Pres. cons. ministri (Avv. dello Stato STIPO). Ord. Corte conti, sez. II pens. guerra, 23 marzo 1982 (G.U. n. 331 del 1982).

Pensione — Pensione di guerra — Domanda — Prescrizione — Questioni inammissibile e infondata di costituzionalità (Cost., art. 3; d.p.r. 23 dicembre 1978 n. 915, t.u. delle norme sulle pensioni di guerra, art. 99, 116, 117; d.p.r. 30 dicembre 1981 n. 834, definitivo riordinamento delle pensioni di guerra, in attuazione della delega prevista dall'art. 1 l. 23 settembre 1981 n. 533, art. 25, 26).

È inammissibile, per difetto di rilevanza nel giudizio a quo, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 d.p.r. 30 dicembre 1981 n. 834 (sostitutivo dell'art. 117, 2° comma, d.p.r. 23 dicembre 1978 n. 915) nella parte in cui prevede il termine quinquennale di prescrizione per la richiesta della pensione di guerra, realizzando una pretesa disparità di trattamento ove con tale richiesta concorra, da parte del medesimo soggetto, domanda di pensione ordinaria privilegiata per servizio allo Stato, in riferimento all'art. 3 Cost. (4)

(1-3) Le ordinanze di rimessione sono massimate: Corte conti, sez. III, 7 giugno 1982, *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Pensione*, n. 166; 31 gennaio 1983-18 aprile 1983, *id.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 209; 5 giugno 1981, *id.*, 1984, III, 225, con nota di richiami.

I precedenti, in base ai quali la prima e la terza questione sono state ritenute manifestamente infondate, sono rispettivamente Corte cost. 16 maggio 1984, n. 142, *ibid.*, I, 2087, con nota di richiami, e 15 febbraio 1980, n. 14, *id.*, 1980, I, 566, con nota di richiami, e in *Giur. cost.*, 1980, I, 494, con nota di PERSIANI.

L'infondatezza (ma non manifesta) della seconda questione è affermata in relazione alla circostanza che la sperequazione denunciata ha avuto luogo col d.p.r. 915/78, successivo alla morte dei danti causa nei processi a *quibus*.

(4-5) L'ordinanza di rimessione, Corte conti, sez. II pens. guerra, 23 marzo 1982, n. 126, massimata in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Pensione*, n. 214, si legge in *Foro amm.*, 1983, I, 528, con nota di D'ANTINO SETTEVENDENNIE.

L'art. 116 t.u. 915/78 è stato dichiarato incostituzionale, unitamente agli art. 114 l. 648/50, 109 l. 313/68 e 86, 1° comma, r.d. 1214/34, da Corte cost. 25 giugno 1980, n. 97, *Foro it.*, 1980, I, 2098, con nota di richiami, nella parte in cui tali norme stabilivano il termine perentorio di novanta giorni per la proposizione dei ricorsi in materia