

CONTRIBUTI AL DIRITTO E ALLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

ALBERTO ROMANO

IL GIUDIZIO CAUTELARE: LINEE DI SVILUPPO (*)

1. Anzitutto, vorrei ringraziare calorosamente gli organizzatori di questo convegno, per l'invito a tenere questa relazione, che essi mi hanno cortesemente rivolto.

E, subito dopo, vorrei dire tutto il mio apprezzamento per il tema che hanno scelto: non dubiterei che il giudizio cautelare, tra gli istituti del processo

(*) Relazione tenuta a Brescia il 4 maggio 1985 in occasione della giornata di studio sul tema: *Il giudizio cautelare amministrativo: aspetti e prospettive*.

La stesura definitiva della Relazione è stata completata a grande distanza di tempo e dopo che il dibattito sul tema si è arricchito di molti e notevoli contributi ed episodi: conferma, peraltro non necessaria, della sua grande attualità ed interesse; in particolare, non solo dopo che la Corte costituzionale ha depositato la sua notissima sentenza 28 giugno 1985, n. 190, ma anche dopo che si sono avute le prime pronunce che i giudici amministrativi hanno emesso in riferimento ad essa, e che sono stati pubblicati molti interventi dottrinali, quasi tutti in forma di analisi di quella sentenza stessa: tra gli altri, di PROTO PISANI, *Foro it.*, 1985, I, 1881; FOLLIERI, *Riv. dir. proc. amm.*, 1986, 117; NIGRO, *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297; SICA, *id.*, 1986, IV, 69; oltre alla significativa relazione che PORTSCHNIG ha detto all'annuale convegno di Varenna del settembre 1985, cfr. anche lo scritto riassuntivo di TRAVI, *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, *Riv. dir. proc. amm.*, 1986, 293, nonché, *ibid.*, gli scritti di BARDIERI, *I limiti del processo cautelare amministrativo*, (pag. 200), BAFILE, *Osservazioni sulla sospensibilità della riscossione dei tributi nel processo amministrativo* (pag. 212), SICA, *La cauzione come misura cautelare nel giudizio amministrativo* (pag. 228). In questa tardiva stesura della mia relazione, mi è sembrato opportuno tenere conto anche di queste pronunce e di questi lavori dottrinali, anche se posteriori alla occasione congressuale dalla quale deriva. D'altra parte, alcune delle osservazioni che allora accennai, le ho già anticipate nella nota alla già richiamata sentenza n. 190/85 della Corte costituzionale (*Foro it.*, 1985, I, 2491): in particolare, l'analisi delle trasformazioni che hanno subito l'oggetto della giurisdizione amministrativa, e quindi i contenuti della tutela da essa garantita, a conclusione tanto del giudizio di cognizione che di quello di ottemperanza; conseguentemente, il connesso sviluppo dell'articolazione delle correlate misure cautelari che il giudice amministrativo pare poter anticipare, che sono sembrate sempre più caratterizzate da un largo fenomeno di sostituzione di esso all'amministrazione, nell'esercizio dell'attività a quest'ultima spettante istituzionalmente: di qui, l'idea che il giudizio cautelare amministrativo potesse essere qualificato come un caso di giurisdizione amministrativa estesa al merito, anche in difetto di una sua esplicita definizione legislativa in questo senso; la possibilità che così adesso ho, di poter fare riferimento alla suddetta nota, mi consente di sintetizzare in questa sede le indicate parti della mia relazione, per poter sviluppare meglio altri suoi profili in quella nota stessa, viceversa, meno approfonditi.

amministrativo, sia quello che più profondamente si è evoluto, specialmente in questo ultimo decennio; più ancora dello stesso giudizio di ottemperanza, che pure si è tanto ampiamente sviluppato. E, inoltre, in modo più sorprendente, più sorprendentemente innovativo: perché secondo binari tutt'altro che scontati, e neppure intuitivamente prevedibili.

D'altra parte, una considerazione preliminare si impone: tanto il giudizio cautelare come il giudizio di ottemperanza sono gli strumenti processuali di protezione dell'interesse individuale da parte del giudice amministrativo, che in questi anni si sono rivelati più vitali. E col rilievo di questo tratto ad entrambi comune, che di per sé parrebbe indiscutibile, è venuto a proporsi fin dalle prime battute di questa relazione, si vorrebbe dire nel più naturale dei modi, l'accostamento dell'un giudizio all'altro. Che è tutt'altro che casuale: che, anzi, è dovuto a più di un motivo.

Certo, in primo luogo questo accostamento è quasi un anticipo di argomentazioni che saranno presto precisate, circa le analogie che concernono i loro contenuti, e, quindi, i loro caratteri: in chiave di sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione. Ma anche, e anzitutto, esso poggia un altro elemento che pare accomunarli: la sostanziale identità dell'esigenza in funzione della quale ambedue i giudizi si pongono. Esigenza che può essere definita così: assicurare al ricorrente alla giurisdizione amministrativa, effettività della tutela che vi può trovare mediante l'acquisizione del massimo risultato che può sperare di conseguire nell'ordinario giudizio di cognizione, ossia una decisione di accoglimento del suo ricorso. È un elemento che per il giudizio di ottemperanza è del tutto acquisito e scontato: perché è evidente che la sua estensione al processo amministrativo, prima giurisprudenziale, e poi legislativamente sanzionata, e quindi l'utilizzazione che il giudice amministrativo per esso ne compie, mira ad evitare che l'amministrazione, mediante la sua inottemperanza, possa praticamente sottrarsi all'osservanza della regola di condotta che quel « suo » giudice le ha dettato. Ma davvero non sembrano necessarie lunghe e serrate argomentazioni, per dimostrare come anche il giudizio cautelare amministrativo risponda alla medesima esigenza: CHIOVENDA, delineando la categoria del c. d. effetti sostanziali della domanda giudiziale fondata, articolandola e analizzandola, li ricollegava al principio che lapidariamente definiva con queste parole: « *la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione* » (*Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, s. a., I, 146 ss.; il corsivo è già dell'autore); ma anche le misure cautelari obbediscono al medesimo principio: come subito aveva colto già CALAMANDREI, nella sua fondamentale *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936, 20; e 175 del volume IX delle sue *Opere giuridiche*, Napoli, s. a., ma 1984, dove il saggio è ora ripubblicato), che scrisse quando il codice di procedura civile allora vigente non prevedeva una disciplina organica del giudizio cautelare, così ponendo le basi di quella contenuta nel codice di procedura civile attuale, a cominciare dall'essenziale e duttilissimo art. 700: egli scriveva, citando letteralmente CHIOVENDA che « È evidente... l'affinità dei provvedimenti cautelari con quelle disposizioni, magistralmente studiate dal CHIOVENDA, le quali mirano a far sì che la sentenza attui la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale (il corsivo, oltre che nel CALAMANDREI, è già nel CHIOVENDA, op. loc. cit., 148); e di nuovo il passo chiovendiano è letteralmente ripreso in un altro testo estremamente importante per la ricostruzione del sistema della tutela caute-

lare, anche se, diversamente dal precedente, non è dottrinale (ma, forse, solo formalmente, se si riflette sulla persona del relatore): la già richiamata sentenza della Corte costituzionale 13 giugno 1985, n. 190, che costituisce a tutt'oggi il suo più rilevante intervento sulla tutela d'urgenza nel processo amministrativo, se non nel processo *tout court*. Allora, è evidente: la tutela cautelare ha la funzione di eliminare, o, quanto meno, di ridurre il più possibile, i pregiudizi che all'attore, o al ricorrente, per quanto vittorioso, derivano fattualmente dai tempi processuali. In generale, e anche nel processo amministrativo: è in questo senso che sembra che anche il giudizio cautelare in questo processo, tenda non meno del giudizio di ottemperanza ad assicurare praticamente a quel ricorrente vittorioso, tutti vantaggi che dovrebbe teoricamente garantirgli la favorevole decisione di accoglimento del suo ricorso; e, sotto questo profilo, appare differenza del tutto irrilevante che i rischi di frustrazione della effettività della tutela del suo interesse attuata da tale decisione, derivino non dalla inottemperanza dell'amministrazione, ma dalla lunghezza del processo, magari artificiosamente protratta da una difesa maliziosa, o anche solo fisiologica (ancora CHIOVENDA, *op. loc. cit.*, 147: « Tenuto conto che l'attività dello Stato, per operare l'attuazione della legge, richiede tempo e spese, occorre impedire che colui che si è trovato nella necessità di servirsi del processo per ottenere ragione riceva danno dal tempo e dalla spesa richiesta ... »).

Sulla base della individuazione di questa identità di funzione del giudizio cautelare rispetto al giudizio di ottemperanza, e dunque di quest'altro e più intrinseco tratto comune ai due giudizi, sembra di poter azzardare ancora un rilievo preliminare, che serve a legare meglio il loro rilevato sviluppo, a quello globale della giurisdizione amministrativa; e, quindi, suona conferma ulteriore, anche se superflua, della bontà della scelta del tema di questo convegno operata dai suoi organizzatori. Ossia, pare di poter osservare che la constatata loro vitalità, è segno sicuro della vitalità di tale giurisdizione medesima. Perché il soddisfacimento della sottolineata esigenza di garanzia di effettività della tutela giurisdizionale amministrativa, alla quale è sembrato che ambedue si ispirino, si riconnette alle sue stesse ragioni d'essere: nel senso che è essenziale per la sua stessa funzionalità, e, probabilmente, addirittura per la sua stessa sopravvivenza, almeno nelle sue forme attuali.

E, allora, acquista maggiore significato un altro dato: tanto il giudizio cautelare come il giudizio di ottemperanza devono il loro attuale sviluppo soprattutto alla giurisprudenza. Non certo al legislatore, che, almeno fino ad oggi, ossia nell'attesa della (futuribile) legge di delegazione per la riforma del processo amministrativo, è stato quasi completamente assente; per fortuna, si vorrebbe aggiungere: perché quanto è sporadicamente intervenuto, avendo di mira proprio il giudizio cautelare, ha operato piuttosto per restringere la sua funzionalità, e per minarne l'efficacia. Ma, in misura assolutamente prevalente, agli stessi giudici amministrativi: meritoriamente preoccupati di garantire a favore del cittadino la valenza fattuale della loro preziosa funzione, della quale, così, e allo stesso tempo, vengono anche rafforzando la credibilità. È vero, peraltro, che essi non sono stati lasciati soli: è noto quale sostegno e quale stimolo ad ampliare la tutela cautelare nel giudizio amministrativo, abbiano ricevuto dalla sentenza n. 190/85 della Corte costituzionale. Bisogna anche rilevare, inoltre, che la Corte di cassazione, come giudice delle giurisdizioni, ha piuttosto favorito che ostacolato l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in proposito; anche se talvolta ha colpito come eccedente la giurisdizione

del giudice amministrativo, qualche misura interinale da questo adottata, che, viceversa, ci si deve augurare che venga presto riconosciuta come a tale giurisdizione appartenente. E, infine, ma non da ultimo, non dovrebbe essere dimenticata la dottrina: almeno per quella sua parte, che gli sforzi dei giudici amministrativi, condividendone l'ispirazione, ha cercato di stimolare, di assecondare, di giustificare teoricamente, di inquadrare sistematicamente, secondo la funzione che agli studiosi è più propria.

2. Del grande e incontestabile sviluppo del giudizio cautelare amministrativo, secondo un rilievo corrente, sarebbe causa l'allungamento patologico dei tempi del giudizio amministrativo ordinario; a sua volta dovuto dalla grande sproporzione tra la domanda di giustizia amministrativa diffusasi nella nostra società, specie in seguito alla istituzione e alla entrata in funzione dei tribunali amministrativi regionali, e la capacità funzionale delle strutture deputate a soddisfarla, a cominciare da questi tribunali amministrativi regionali medesimi.

Il rilievo ha una sua verità. Che, però, è parziale: perché appare riduttivo sia come indicazione delle reali dimensioni di questo sviluppo, che come spiegazione delle sue ragioni più profonde; e perché, davvero, più che queste sue ragioni, sembra coglierne talvolta solo gli stimoli e le occasioni.

Finora, il grande sviluppo del giudizio cautelare nel processo amministrativo, conosciutissimo da chiunque, sia pure a vario titolo, a questo partecipa o questo studia, è stato così richiamato in quanto tale: nella sua globalità, ma anche con molta genericità. Perché, se solo si inizia ad analizzarne più in dettaglio i profili, ecco che si rivela subito evidente l'esigenza di scomporlo in varie componenti distinte, ed addirittura eterogenee; e quindi la varietà delle loro cause, non riconducibili solo all'unica ricordata.

In un primo senso, il grande sviluppo del giudizio cautelare nel processo amministrativo significa che esso è diventato un episodio molto più frequente di questo processo stesso. Le teorizzazioni tradizionali, del resto al loro tempo largamente fedeli alla prassi di allora, sembrano configurare la domanda di sospensione del provvedimento impugnato come un mero incidente, poco più di una evenienza sporadica nella normale gestione dei ricorsi al Consiglio di Stato. Mentre adesso è diventata un elemento del tutto normale dei ricorsi ai giudici amministrativi, una richiesta sempre o quasi ricorrente, che non costituisce una clausola di stile solo perché ha un valore tutt'altro che solo formale: è sul suo accoglimento, infatti, che sempre più spesso si giuoca la partita vera del processo amministrativo: quella nella quale la posta è costituita dall'ottenimento o meno di una tutela giurisdizionale che abbia, per la sua tempestività, un reale valore sostanziale. In questo primo senso, il grande sviluppo del giudizio cautelare in tale processo, effettivamente deve dirsi quasi esclusivamente dovuto a quel patologico allungarsi dei suoi tempi: perché per il ricorrente l'allontanarsi in una prospettiva temporale non ben definita, ma comunque tendenzialmente non prossima, della possibilità di conseguimento (eventualmente) a lui più favorevole, lo spinge sempre più spesso a cercare di

In un secondo senso, il grande sviluppo considerato significa che la domanda di tutela cautelare sempre più spesso formulata, ancora più spesso viene accordata.

In particolare, sembra che quei caratteri di gravità e di irreparabilità del danno che subirebbe il ricorrente che non riuscisse ad ottenere la sospensione del provvedimento che aveva impugnato, una volta assai rigorosamente pretesi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato per la concessione di tale sospensione, nella prassi attuale dei giudici amministrativi si attenuino sino a sbiadirsi assai; e, ciò, anche scontando che l'allungamento dei tempi processuali quasi sempre tende già di per sé a rendere più grave e più irrimediabile, un danno che altrimenti potrebbe esserlo di meno. Sicuramente, questa è solo una impressione; d'altra parte, sarebbe ben difficile argomentare su dati certi: oltretutto, è solo con estrema parsimonia che le ordinanze che provvedono in proposito vengano riportate nelle riviste giuridiche, e, quindi, sintetizzate e richiamate nei repertori. Ma la supposizione sembra fondata: tanto più che questa evoluzione giurisprudenziale in senso più favorevole al ricorrente, pare trovare una precisa spiegazione, e quindi, di rimbalzo, risultare più plausibile, anche se solo attraverso quel che logicamente non è nient'altro che un circolo vizioso. Di nuovo qui gioca ancora davvero il patologico allungarsi dei tempi del processo amministrativo di cognizione: di fronte all'allontanarsi della prospettiva della pronuncia della decisione che lo chiuderà, il giudice è sollecitato dai ricorrenti a concedere loro almeno una tutela interinale, con una pressione sempre maggiore: fattualmente più robusta, sembra, anche si tratta solo di un'altra impressione, della resistenza che a loro oppongono le amministrazioni; e quel giudice, nell'esercizio della sua funzione naturalmente ed eminentemente garantistica, soprattutto a livello dei tribunali amministrativi regionali, e con tutta probabilità come effetto del modo col quale questi sono stati originariamente composti, sembra rivelare una forte propensione a recepire le istanze di tutela cautelare: perché pare sentire tale sua funzione garantistica in ordine ad esse — lo si ammette senz'altro: è ancora solo una impressione —, intendendo di più le ragioni degli istanti che quelle delle resistenti.

Infine, ma soprattutto, il grande sviluppo del giudizio cautelare nel processo amministrativo significa che le misure che in tale sede il giudice fattualmente adotta, una volta rigidamente circoscritti alla sola sospensione del provvedimento impugnato, si sono diversificati in una multiforme tipologia di contenuti dalle ricche sfaccettature. E pare trattarsi del profilo di gran lunga più importante: perché è quasi esclusivamente per esso che quel giudizio può conservare la sua funzionalità, pur col profondo mutamento dei caratteri di quel processo; ed era soprattutto in riferimento ad esso, che è sembrato di poter sottolineare la grande vitalità di quel giudizio medesimo. Ma questo è anche il profilo che meno strettamente, e, anzi, addirittura molto labilmente è connesso al patologico allungarsi dei tempi del processo amministrativo di cognizione: che vi si riflette solo indirettamente: solo come causa di uno stimolo, attraverso la rilevata grande pressione dei ricorrenti, a quella diversificazione. La quale, peraltro, ha ragioni ben più profonde: è condizionata in misura quasi esclusiva dal già ricordato mutamento dei caratteri del processo amministrativo, anzitutto di cognizione. E, in questa prospettiva, torna nuovamente il *leit-motiv* di questa relazione: l'accostamento del giudizio cautelare a quello di ottemperanza; che ugualmente si è dovuto trasformare, parimenti per quel mutamento di quei caratteri.

3. Quale sia (ma, forse, ormai sarebbe più giusto dire: quale fosse) il limite strutturale di fondo del giudizio cautelare amministrativo, è risaputo da

tutti, e qui già richiamato: la previsione legislativa della sospensione del provvedimento impugnato, non importa qui approfondire se della sua esecuzione o della sua efficacia, come unica misura interinale adottabile dal giudice amministrativo. Prima di accompagnare questa osservazione con una notazione senz'altro radicalmente negativa dell'angustia della scelta normativa, sarà bene valutare, però, anche la sua almeno relativa validità storica. Si riferiva ad una domanda di tutela interinale vista, come un episodio solo largamente eventuale, all'interno di un giudizio amministrativo di cognizione avente caratteri ben precisi, anche se ugualmente circoscritti: come un giudizio di legittimità su di un provvedimento, sul provvedimento impugnato. Che, a sua volta, molto più spesso di adesso, presentava caratteri ugualmente precisi e circoscritti: di provvedimento lesivo di preesistenti posizioni vantaggiose di privati, in connessione al ristretto ruolo che l'ideologia politica e la legislazione dello Stato dell'età liberale assegnavano all'amministrazione: soprattutto di gestione di funzioni e di servizi pubblici essenziali, con pochi dipendenti, di fronte ad autonomie individuali limitate e incise dall'esterno sì solo debolmente, ma, comunque, ancor meno da essa condizionate nell'esistenza e nell'esercizio. Non si può dubitare che il nostro sistema di giustizia amministrativa, in entrambe le sue componenti essenziali, tanto della giurisdizione ordinaria come di quella amministrativa, sia stato strutturato come un sistema di tutela giurisdizionale di posizioni soggettive private organizzato in primo luogo intorno alle esigenze di tale tutela emergenti nella ipotesi considerata dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: provvedimento lesivo di preesistente situazione giuridica soggettiva, lì colta nella sua massima espressione, il diritto soggettivo. E, soprattutto, il diritto soggettivo di proprietà, primo diritto soggettivo per tutta l'età liberale, allora visto addirittura come presidio della stessa libertà individuale: tanto che non può essere considerato come casuale, che sia del medesimo 1865, la legge sull'espropriazione per pubblica utilità, che del resto la Cassazione ancor oggi ci insegna essere fondamentale, e che di quel diritto di proprietà era, ed è, assai garantistica, sotto i due essenziali profili della partecipazione al procedimento e della determinazione dell'indennizzo. E non si può pensare che non fossero ancora le esigenze di tutela emergenti in quella ipotesi, ad essere alla base del disegno politico che portò, un quarto di secolo più tardi, alla istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato: con l'unica, e qui non essenziale differenza, che la preesistente posizione individuale vantaggiosa incisa da quegli «...atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante...», sui ricorsi contro i quali al nuovo organo spettava decidere, per definizione del diritto soggettivo non poteva avere consistenza: solo successivamente gli «interessi d'individui o di enti morali giuridici...» incisi vennero teo-legittimo.

I più frequenti caratteri così precisati di tali atti e provvedimenti, consentivano di circoscrivere i contenuti delle decisioni di accoglimento dei ricorsi contro questi, a conclusione di un giudizio amministrativo di cognizione limitato al sindacato sulla loro legittimità, in termini ben precisi: il loro annullamento, che si rivelava essere totalmente soddisfattivo dell'interesse del ricorrente, almeno sul piano strettamente giuridico, ossia dell'assetto della sua situazione giuridica soggettiva, che veniva così ripristinata. Ben scarsa era la proiezione del vincolo scaturente dal giudicato sulla ulteriore attività giuridica,

e più specificamente provvedimento che l'amministrazione svolgesse in seguito, se non nella forma minimale del dovere di non incorrere nuovamente nella illegittimità che il giudicato stesso avesse riscontrato sussistente.

Questa ben caratterizzata connotazione del giudizio amministrativo di cognizione, per un verso ha marcato il contenuto del giudizio di ottemperanza: si tratta di un rilievo acquisito, che, però, merita ugualmente di essere qui esplicitamente ripreso, perché rafforza ulteriormente l'accostamento di tale giudizio a quello cautelare, che qui si propone. Ossia, ha corrispondentemente limitato, se non addirittura eliminato, l'incidenza dell'intervento del giudice dell'ottemperanza su quella successiva attività provvedimento dell'amministrazione. In particolare, è addirittura scolastica questa considerazione: il giudizio di ottemperanza, nel ruolo originario che gli assegnò il legislatore del 1889, a presidio della esecuzione delle sentenze di un giudice che era solo quello civile, a garanzia della effettività del dovere dell'amministrazione di conformarsi ad esse, doveva in primo luogo risolvere il problema centrale della sorte del provvedimento: di quel provvedimento che quel giudice aveva accertato essere lesivo del diritto soggettivo il cui titolare gli aveva chiesto tutela, ma ciò nonostante gli era precluso annullare dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Ed è pure corrente questa altra considerazione: nel processo amministrativo il trapianto del giudizio di ottemperanza così configurato, a garanzia della esecuzione di decisioni come quelle tipiche di tale processo, per le quali è viceversa coesistente l'effetto demolitorio del provvedimento giudicato illegittimo, non può non modificarne profondamente il ruolo, e quindi il contenuto delle misure adottabili. Che, nella prospettiva indicata, devono ora essere così precisate: come le misure necessarie per riadeguare la situazione di fatto attuata dall'amministrazione, alla situazione giuridica già totalmente ripristinata dal giudicato di annullamento: restituzione (quanto rara!) del bene illegittimamente espropriato, re-immissione nel posto di lavoro del dipendente pubblico illegittimamente licenziato, ecc. Al giudice dell'ottemperanza, cioè, per poter svolgere anche fino in fondo il suo nuovo ruolo di garante della effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative, non era necessario, almeno in linea di principio, incidere su provvedimenti amministrativi, e, meno ancora, adottarli: tranne, forse, nell'ipotesi dai contorni sempre sfumati, nella quale tale giudice, per la sussistenza di gravi ragioni di interesse pubblico contrarie ad una totale esecuzione del giudicato, debba dettare un nuovo assetto della situazione giuridica del ricorrente, tale da contemperare in qualche modo e in qualche misura quell'interesse stesso, col suo interesse che la decisione da eseguire aveva comunque dichiarato meritevole di tutela.

Ed è quella medesima ben caratterizzata connotazione del giudizio amministrativo che, d'altra parte, ha condizionato il contenuto del giudizio cautelare: che rimane pur sempre l'oggetto principale di questa relazione, anche se, forse, l'andamento delle argomentazioni che si vengono qui proponendo ha potuto far sorgere qualche dubbio in proposito. Le misure cautelari possono, e debbono, avere caratteri che, anzitutto, sono determinati dai caratteri della pronuncia che chiude il giudizio di cognizione. Lo si è già ricordato: esse mirano a far sì che questa pronuncia attui la legge *come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale*. Il che significa che deve necessariamente esistere una correlazione tra i contenuti delle misure cautelari e i contenuti di quella pronuncia stessa: ancora, e, come al solito, assai perspicuamente, CALAMANDREI (*Opere*, cit. IX, 176): « ... la sostanza del provvedimento cautelare ... » va

isolata «... come anticipazione provvisoria di certi effetti del provvedimento definitivo, volta a prevenire il danno che potrebbe derivare dal ritardo del giudizio...» (il corsivo è ancora dell'autore). E, allora, rispetto ad un giudizio amministrativo di cognizione il contenuto essenziale della cui decisione integralmente soddisfatta sul piano dell'assetto giuridico dell'interesse del ricorrente, sia l'annullamento del provvedimento che lo aveva leso; e anche rispetto al suo (eventuale) prolungamento costituito da un giudizio di ottemperanza incidente solo sulla situazione di fatto persistentemente difforme da quella giuridica che quell'annullamento ha già di per sé interamente ripristinato; evidentemente, la scelta da parte del legislatore della determinazione della sospensione del provvedimento impugnato come unico contenuto della misura cautelare adottabile dal giudice amministrativo, era storicamente quasi obbligata: perché all'interno di un processo amministrativo di cognizione strutturato nel modo indicato, tale misura non può che concernere quel provvedimento; perché l'anticipazione degli effetti della decisione implicante il suo annullamento, non può che consistere nella sua sospensione; perché questa sua sospensione anticipa integralmente quell'effetto di tale decisione, il cui ritardo potrebbe provocare quel danno che tale misura cautelare è volta a prevenire; e perché ogni ulteriore contenuto che questa medesima misura cautelare avesse, in quanto eccedente la mera anticipazione provvisoria di effetti che la decisione cognitoria, e perfino di quella dell'eventuale successivo giudizio di ottemperanza possono produrre, verrebbe a dare al ricorrente addirittura qualcosa di più di quel che può sperare di conseguire mediante l'utilizzazione completa e pienamente favorevole dei mezzi di tutela giurisdizionale che il processo amministrativo gli mette a disposizione: ciò che, ovviamente, sarebbe al di fuori di ogni logica di ogni giudizio cautelare.

4. La limitazione alla sospensione del provvedimento impugnato, delle misure adottabili dal giudice amministrativo in sede di tutela cautelare, non pare perciò soverchiamente criticabile nella sua originaria formulazione; né nel processo amministrativo tradizionalmente strutturato poteva essere sentita come eccessivamente riduttiva di quella tutela stessa. Ma davvero non si potrebbe essere altrettanto benevoli nei confronti del suo mantenimento successivo: lascia almeno perplessi, per usare la più attenuata delle valutazioni qui esprimibili, la sua riproduzione nell'ultimo comma dell'art. 21 di quel testo dei nostri giorni che è la legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, quando cioè, l'esperienza aveva già ampiamente dimostrato quanto l'impostazione legislativa era diventata angusta. Riproduzione, perciò, del tutto come ben si sa, è cambiato moltissimo: in particolare, per quel che riguarda i caratteri, rilevatisi così fondamentalmente rilevanti sotto i profili qui considerati, del giudizio amministrativo di cognizione, e della decisione che lo conclude.

Anzitutto, il giudizio sulla legittimità del provvedimento impugnato, come ognuno sa, non è più il solo tipo di giudizio amministrativo: quanto meno, non è più il solo tipo importante. Perché, col grande ampliamento delle materie che il legislatore ha sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo anche esclusiva, e con l'aumento di importanza di esse, a tale tipo di processo si è venuto affiancando un altro tipo processo, che non ha per oggetto provvedimenti: che è fortemente caratterizzato, anzi, dalla circostanza che, nella vicenda

sottoposta al sindacato giurisdizionale, un provvedimento, il provvedimento da impugnare, manca del tutto. E si tratta di un tipo di giudizio che diventa sempre più frequente: perché è di tutta normalità in quel contenzioso del pubblico impiego che da solo, secondo note statistiche, è pari circa al quaranta per cento dei ricorsi che vengono proposti ai tribunali amministrativi regionali; e si considera quanto numerosi siano anche i ricorsi concernenti « ... il provvedimento col quale la concessione (di costruzione) viene data o negata nonché contro la determinazione e la liquidazione del contributo e delle sanzioni ... » (per costruzioni abusive) (art. 16 legge 28 gennaio 1977, n. 10, norme per la edificabilità dei suoli), sembra indubbio che ormai più della metà dei ricorsi presentati al giudice amministrativo verte in materie sulle quali questo ha giurisdizione esclusiva. Certo, non tutti i ricorsi in queste materie sono ricorsi che non hanno per oggetto la legittimità di provvedimenti impugnati; ma le percentuali indicate sembra che diano una sufficiente idea della loro dimensione quantitativa. Una volta qualificati i giudizi amministrativi cognitori che essi introducono, come giudizi non su provvedimenti, si è introdotta nel ragionamento una definizione che, seppure solo in negativo, è ciò nondimeno sufficiente alla sua prosecuzione: si possono evitare, così, ulteriori precisazioni, su un tema assai dibattuto. Si osserverà solo che, in quasi tutti i casi, i ricorsi del genere sono proposti a tutela di una pretesa patrimoniale del ricorrente; di solito, ma non necessariamente, pubblico dipendente; pretesa, alla quale esso afferma corrispondere una obbligazione pecuniaria dell'amministrazione. E questa considerazione rende già di per sé evidente quali implicazioni tale modificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo cognitorio comporti, sotto i tre profili qui rilevanti. Essa modella in modo necessariamente corrispondente, anzitutto il contenuto della decisione che quel giudizio conclude: l'art. 26, terzo comma, della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali parla a questo proposito di condanna dell'amministrazione al pagamento, con una formula che è parsa di sapore eccessivamente civilprocessualistico, non pertinente al ruolo che il giudice amministrativo svolge all'interno dell'amministrazione come istituzione, e, quindi, al rapporto col quale si pone con le amministrazioni resistenti; più adeguata a questo ruolo e a questo rapporto, infatti, sembra l'individuazione di tale contenuto come, oltre che di accertamento della effettiva sussistenza della obbligazione pecuniaria dell'amministrazione, di ordine ad essa di soddisfarla. Conseguentemente, assume un diverso oggetto quel giudizio di ottemperanza che eventualmente dovesse seguire: concernente l'adozione di quegli atti soprattutto di natura contabile che tale amministrazione doveva compiere, e che non ha compiuto, necessari per operare il pagamento che di quella obbligazione costituisce l'adempimento. E, correlativamente, si modifica in modo ancora più radicale il contenuto della misura cautelare necessaria per l'anticipazione di questo risultato conclusivo della tutela giurisdizionale richiesta dal ricorrente: è evidente che tale misura, se consistesse solo nella sospensione di un provvedimento, del provvedimento impugnato, sarebbe letteralmente priva di senso in un giudizio nel quale, già per definizione, un provvedimento, il provvedimento impugnato manca del tutto; l'anticipazione di una decisione cognitoria avente per contenuto principale l'ordine all'amministrazione di pagare la somma della quale è risultata debitrice, a sua volta ha un contenuto corrispondentemente obbligato: l'ordine all'amministrazione di pagare a titolo di provvisoria una somma della quale appare già probabilmente debitrice; ma su questi temi, non resta che rinviare alla già più volte

richiamata sentenza n. 190/85 della Corte costituzionale, che l'istituto di una simile provvisoria ha introdotto nel giudizio cautelare amministrativo, almeno nel contenzioso sul pubblico impiego, nonché ai commenti e alle riflessioni che questa sentenza stessa ha suscitato.

Inoltre, ma dal punto di vista di questa relazione dovremmo dire soprattutto, è cambiata la funzione del giudizio amministrativo di cognizione, anche quando ha mantenuto almeno formalmente la natura di giudizio sulla legittimità di un provvedimento, del provvedimento impugnato: perché almeno percentualmente, con minore frequenza questo ha quel contenuto lesivo solo rispetto al quale l'annullamento giurisdizionale, almeno sul piano dell'assetto giuridico della situazione della quale il ricorrente chiede tutela, è esaurientemente soddisfattivo: il contenuto di incidenza sfavorevole su preesistenti situazioni vantaggiose di esso, che, d'altra, parte, si è prima visto corrispondere al limitato ruolo che all'amministrazione era assegnato dallo Stato dell'età liberale. Perché, al contrario, nella società contemporanea, essa ha un ruolo ben maggiore, e sotto salienti profili ben diverso: in particolare, ben più largamente si presenta in veste di erogatrice di servizi e di prestazioni, spesso sulla base di provvedimenti del tipo di assegnazioni, ammissioni, sovvenzioni, e così via; e ben più ampiamente esercita una funzione, per così dire, di controllo sociale sulle attività di soggetti individuali, sulla base di una legislazione che è venuta mano a mano a condizionare ad un suo consenso, e sia pure ad un suo consenso che giuridicamente può assumere forme anche molto diverse, l'esercitabilità in concreto di moltissime di queste attività, da quelle commerciali e professioni a quelle edilizie; quando non le attribuisce addirittura la titolarità di beni e di servizi, che in tal modo, diventano utilizzabili e esercitabili da soggetti privati solo, per così dire, di ritorno: solo sulla base di suoi provvedimenti, di solito di tipo concessorio; e, da ultimo, ma non per ultimo, e proprio in seguito a quel grande accrescimento dei suoi compiti che si manifesta precipuamente sotto questi profili, acquista rilevanza come datrice di lavoro: in particolare, come parte di sempre più numerosi rapporti di pubblico impiego, che gestisce con atti aventi carattere di provvedimenti amministrativi (qui, per contro, non possono essere presi in considerazione quei rapporti di lavoro con pubbliche amministrazioni, pure altrettanto largamente moltiplicatisi, che hanno natura privatistica, se non altro per la nota giurisprudenza della Cassazione, che ha ridotto ai minimi termini i momenti della loro gestione che hanno caratteri pubblicistici). Nella società contemporanea, dunque, sempre più largamente i soggetti individuali vedono dipendere da provvedimenti amministrativi le loro possibilità di curarsi, di istruirsi, di commerciare, di esercitare una professione, di lavorare (in rapporti pubblicistici, per il loro grande aumento quantitativo), di edificare, e così via. E, allora, i provvedimenti nei quali si manifesta l'attività dell'amministrazione, quando ancora si realizza per mezzo di essi, sempre più spesso sono provvedimenti ben diversi da quelli incidenti negativamente su preesistenti situazioni vantaggiose individuali: sempre più spesso operano in ordine a quelle possibilità, nel senso che provvedono sull'interesse all'acquisizione di esse da parte dei loro potenziali beneficiari, i quali, nella normalità dei casi, nel procedimento amministrativo relativo assumono il ruolo di istanti. Quando quei provvedimenti sono lesivi (giacché altrimenti il problema della loro impugnabilità non si pone: non rileva qui il profilo degli eventuali pregiudizi per soggetti terzi derivanti da provvedimenti favorevoli per i loro destinatari), la loro lesività non consisterebbe certo in

quella incidenza negativa su preesistenti situazioni vantaggiose dei loro beneficiari che l'amministrazione emanante provocherebbe; ma, al contrario, nel rifiuto da parte di questa di far acquisire ai loro destinatari le nuove situazioni vantaggiose alle quali aspirano: ossia, sempre nella normalità dei casi, nel diniego opposto della loro istanza tesa ad acquisirle. Correlativamente a questa moltiplicazione sul piano del diritto sostanziale di siffatti provvedimenti negativi, è ovvio che sempre più spesso siano provvedimenti di questo contenuto a diventare oggetto di un giudizio amministrativo cognitorio che si voglia ancora configurare come avente per oggetto la legittimità del provvedimento impugnato: per quanto il mantenimento di questa impostazione possa lasciare perplessi, in particolare modo nell'ipotesi tutt'altro che rara nel quale il diniego sia tacito: o, meglio, lo si voglia individuare in un silenzio che venga in così qualificato.

In ogni caso, è questo mutamento dell'oggetto del giudizio amministrativo, pur sempre definito come di impugnazione di un provvedimento, che è alla base, che è la vera e più profonda ragione del grande sviluppo della tutela cautelare amministrativa sotto il profilo che si viene ora qui considerando: come multiforme diversificazione della tipologia dei contenuti delle misure mediante le quali il giudice amministrativo la assicura, che vanno ormai ben oltre la mera sospensione del provvedimento impugnato. Perché, lo si è già rilevato, tali misure non possono che consistere nell'anticipazione dei contenuti della tutela giurisdizionale che il giudice realizza mediante l'adozione delle decisioni con le quali conclude il giudizio cognitorio; e, dunque, a questi contenuti devono essere correlate: per la loro stessa natura, si vorrebbe dire. Ora, anche se il giudizio cognitorio amministrativo proposto dal ricorrente in seguito a provvedimenti di diniego, anche taciti, rispetto alla sua istanza, venga pur sempre delineato come un giudizio di impugnazione, avente per oggetto, appunto, questi e la loro legittimità, sta di fatto che il contenuto della decisione che lo chiude non può rimanere inalterato: non può non modificarsi profondamente, rispetto all'ipotesi tradizionale nella quale il processo amministrativo si svolge in ordine a provvedimenti incidenti sfavorevolmente su preesistenti situazioni vantaggiose del ricorrente. Ed è rispetto a tale nuovo contenuto di tale decisione cognitoria, che le misure cautelari devono mantenere la correlazione: nel solo modo possibile, che è, ovviamente, una corrispondente modificazione dei loro contenuti. E, in questa prospettiva che abbraccia l'intera vicenda del processo amministrativo, nei molteplici episodi nei quali si può sviluppare, secondo il filo conduttore di questa relazione, davvero non può essere lasciato fuori campo il giudizio di ottemperanza: il contenuto della cui decisione è venuto parimenti modificandosi, in parallelo col contenuto della decisione cognitoria della quale garantisce l'effettività: appunto, e tutt'altro che casualmente, secondo linee le quali seguitano a consentire, ed anzi rafforzano, quell'accostamento a tale giudizio del giudizio cautelare, che qui tanto insistentemente si viene proponendo.

5. Per quel che riguarda, anzitutto, il contenuto della decisione amministrativa cognitoria, in che senso si sia concretata la sua accennata modificazione, è del tutto evidente: se il suo oggetto è un provvedimento col quale l'amministrazione rifiuta all'istante di fargli acquisire quella sua nuova situazione vantaggiosa e che le aveva chiesta, l'effetto demolitorio di tale provvedimento nel quale tradizionalmente si risolve per l'essenziale, non è più, da solo, integralmente soddisfattivo dell'interesse di cui l'istante stesso, presentatosi in veste di

ricorrente, ha domandato tutela giurisdizionale. Neppure sul piano dell'assetto meramente giuridico di tale situazione: perché l'annullamento giurisdizionale del diniego dell'amministrazione di farla acquisire all'istante, di per sé non può implicare la sua attribuzione, quasi come effetto automatico e conseguenziale. Salvo ipotesi particolari: come, per esempio, l'automatismo derivante dall'annullamento di un diniego all'interno del modulo procedimentale del c.d. silenzio-assenso, nel quale la possibilità per l'amministrazione di opporsi ad una istanza, è condizionata dal rigido rispetto di un termine perentorio che il suo nuovo rifiuto non potrebbe più osservare.

E, ben s'intende, finché quel giudice amministrativo possa esercitare solo quei poteri che gli sono attribuiti nell'ambito della sua giurisdizione di mera legittimità. Perché è pacifico che questo giudice, in questa sede, non ha nessun potere di produrre quegli effetti costitutivi che sono propri di una attività che è devoluta alla competenza istituzionale dell'amministrazione: neppure quando questa attività fosse già originariamente vincolata, o tale venisse a risultare dal giudicato. Anche a tacere dal richiamo della elaborazione dottrinale del tema della separazione del giudice amministrativo della legittimità dell'amministrazione, basterà ricordare che la giurisprudenza è ben consolidata in questo senso: si pensi, per esempio, a tutte quelle pronunce di annullamento di provvedimenti di inquadramento, o di attribuzione di qualifiche funzionali meno favorevoli al ricorrente, che rifiutano la costituzione in positivo della situazione giuridica per esso più vantaggiosa, pure già risultata in giudizio come spettantegli: perché la riservano ad un successivo provvedimento amministrativo, sebbene questo ormai sia sostanzialmente solo dovuto.

Certo, il giudice amministrativo, anche il giudice amministrativo della sola legittimità, è rimasto tutt'altro che insensibile alla pressante domanda di tutela giurisdizionale rivoltagli dai ricorrenti; ma, per questo insuperabile limitazione dei suoi poteri, ha potuto rispondervi solo parzialmente, e solo secondo una via obbligata: ossia, cercando di caricare la sua decisione cognitoria, il cui primo effetto essenziale non può che continuare ad essere meramente demolitorio, di prescrizioni vincolanti l'ulteriore attività che l'amministrazione è tenuta a realizzare, e che della soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente costituisce lo strumento indispensabile e insostituibile: e, cioè, tentando di vincolarla: nel senso che essa possa risultare soddisfattiva di tale interesse, ossia conforme alla istanza del ricorrente medesimo. S'intende, entro i limiti degli originari vincoli sostanziali dell'amministrazione; e secondo gli altri elementi emersi nel giudizio, che comunque possano pregiudicare le sue residue possibilità di scelta; il che significa, col rispetto dei margini della sua autonomia, che dovessero esserle ancora riconosciuti.

Così, la modificazione del contenuto della decisione amministrativa cognitoria, conseguente alla moltiplicazione dei casi nei quali il provvedimento che ha per oggetto, ha natura di diniego dell'acquisizione da parte del ricorrente di una sua nuova situazione giuridica favorevole, può essere così sintetizzata: il grande e incisivo aumento, puntualmente rilevato dalla dottrina più attenta alle evoluzioni della giurisprudenza, e della realtà effettuale del processo amministrativo, nel quadro delle varie componenti di quel contenuto stesso, del momento conformativo della ulteriore attività riservata alla competenza dell'amministrazione, nel precisato senso favorevole al ricorrente.

I primi riflessi di questo mutato ruolo e rilevanza della decisione amministrativa cognitoria, sembra che si siano avuti, anzitutto, sul contenuto del giu-

dizio di ottemperanza: nel senso che esso è venuto ad investire direttamente l'attività provvedimentale dell'amministrazione. Si è già rilevato come questo non accada, nei casi nei quali l'effetto demolitorio di quella decisione sia di per sé integralmente satisfattivo dell'interesse sostanziale del ricorrente, almeno sul piano dell'assetto giuridico della situazione soggettiva in giuoco: perché già di per sé restaura tale situazione, preesistente e vantaggiosa per il ricorrente medesimo, mediante l'annullamento di quel provvedimento che l'aveva sfavorevolmente incisa; in una ipotesi del genere, da una simile decisione cognitoria può residuare solo un problema di ri-adequamento alla ripristinata situazione giuridica, della situazione di fatto che l'amministrazione nel frattempo avesse posto in essere in difformità da questa: è solo la soluzione di questo problema che tale decisione affida a tale amministrazione; ed è solo la soluzione di questo problema, che l'eventuale inerzia o riottosità di questa amministrazione, finisce col consegnare al giudice dell'ottemperanza. Ma nella diversa ipotesi ora considerata, la cui maggiore frequenza e le cui cause sostanziali sono state prima rilevate, tutta la vicenda si presenta sotto segno diverso, e, addirittura, per certi aspetti addirittura opposto; perché l'effetto demolitorio da parte della decisione cognitoria, dell'impugnato diniego opposto dall'amministrazione alla domanda di provvedimento favorevole che l'istante prima e il ricorrente poi le avevano rivolto, non può essere satisfattivo di per sé dell'interesse sostanziale di questo: perché, come si è visto, una simile decisione, almeno in linea di principio, non può di per sé implicare automaticamente la nuova situazione vantaggiosa per il ricorrente: quella nuova situazione vantaggiosa, che l'amministrazione si era originariamente rifiutata di costituire, ma la cui costituzione rimane pur sempre riservata alla sua competenza istituzionale, almeno fino al giudizio di ottemperanza; allora, da tale decisione residua addirittura il ben più impegnativo problema della adozione da parte dell'amministrazione del provvedimento che di quella nuova situazione vantaggiosa sia costitutivo: è addirittura la sua soluzione che tale decisione affida a tale amministrazione ed è addirittura la sua soluzione, che l'eventuale inerzia o riottosità di questa amministrazione, finisce così col consegnare al giudice dell'ottemperanza.

Il giudizio di ottemperanza, dunque, lungi dal non incidere sulla attività provvedimentale dell'amministrazione, finisce col diventare la sede di ultima istanza, per così dire, nella quale questa viene realizzata: dal giudice dell'ottemperanza, o, normalmente, dal commissario che peraltro esso qualifica come nient'altro che una sua *longa manus*; e come fattore di chiusura del sistema, ossia come strumento di garanzia della effettività delle decisioni amministrative cognitive.

Non solo: il giudizio di ottemperanza, come la sede nella quale il giudice, o il suo commissario, possono adottare provvedimenti amministrativi tendenzialmente di ogni tipo: tutti quelli la cui emanazione è condizione per la realizzazione della decisione cognitoria da eseguire. In particolare, tutti quei provvedimenti favorevoli per l'istante e ricorrente, che l'amministrazione si era rifiutata di assentirgli, col diniego impugnato (e, se si vuole: annullato). Secondo la ricchissima giurisprudenza di questi anni, e, dunque, nella attuale realtà effettuale di questa parte del nostro ordinamento, il giudice dell'ottemperanza, e il suo commissario in sua vece, ha allargato i propri poteri fino a investire l'intera gamma dei provvedimenti amministrativi la cui adozione è richiesta per la realizzazione dell'interesse sostanziale di tale istante e ricorrente: fino a

superare ogni distinzione tipologica e causale. Di più: fino a oltrepassare la linea di confine tra attività amministrativa vincolata e attività amministrativa discrezionale. Pare che il giudice dell'ottemperanza e il suo commissario, ormai non si limitino ad emanare i soli provvedimenti che le norme sostanziali rendono già dovuti; o che tali siano diventati, per effetto del vincolante mosaico composto da queste norme, e dalle prescrizioni scaturenti dal profilo conformativi del giudicato; ma che arrivino ad adottare scelte che da queste norme e da questo mosaico per l'amministrazione residuavano pur sempre con margini di discrezionalità: con una sottrazione di competenza all'amministrazione che, per così dire, sembra legittimata dalla sua inerzia o dalla sua riottosità.

Come questo superamento di quella separatezza tra amministrazione e giudice amministrativo, che pure era parsa indubbia quando questo giudice eserciti solo quei poteri che gli attribuisce la sua giurisdizione di mera legittimità, possa essere spiegato e giustificato nel quadro di una ricostruzione sistematica del giudizio di ottemperanza, si può qui evitare di approfondire. Perché qui basta sottolineare il suo evidente sicurissimo fondamento primo: l'estensione al merito della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo, quando giudica e pronuncia in tale giudizio. In ordine a tale giurisdizione così ampliata, è tradizionale un rilievo: questo giudice, in questa, proprio perché può operare con i diversi e maggiori poteri che essa gli deriva, può realizzare, direttamente o per mezzo di un suo commissario, quella sua sostituzione all'amministrazione in una attività altrimenti riservata alla sua competenza istituzionale, che la giurisdizione di mera legittimità non gli consente. Però, è parimenti tradizionale il riferimento esemplificativo a suoi interventi sostitutivi i quali, dal punto di vista di queste riflessioni, paiono estremamente modesti: anche un testo assai moderno come la *Giustizia amministrativa* di NIGRO vede « La differenza più profonda fra giudizio di legittimità e giudizio di merito ... » nel dato che, in quest'ultimo « ... la trasformazione giuridica che il giudice è chiamato ad operare è più profonda e complessa, comprendendo non la sola demolizione dell'atto impugnato, ma anche la sua (eventuale) sostituzione, totale o parziale (riforma) »: è un po' poco, se si tiene conto della esperienza giurisprudenziale sui poteri del giudice dell'ottemperanza; anche perché una sua completa valutazione rafforzerebbe i dubbi dottrinali di sempre sulla natura della funzione ivi esercitata: già l'intromissione così timidamente delineata, del giudice amministrativo nella sfera dell'amministrazione, è parsa sufficiente all'autore per dover dubitare « ... se con questa attività si rimanga ancora nell'ambito della giurisdizione » (3^a ed., 1983, 295).

Ora, si deve ribadire che i poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza non possono avere altro fondamento che l'estensione al merito della sua giurisdizione; né l'accentuazione della loro ampiezza può suggerire diversa soluzione: giacché, anzi, più essa viene sottolineata, e meno è pensabile una loro diversa giustificazione. Ma si deve anche osservare subito che l'analisi della giurisprudenza, peraltro notissima, su tali poteri sostitutivi, viene ad offrire tro con le recepite determinazioni dei poteri sostitutivi del giudice amministrativo pare essere questo: i poteri sostitutivi vengono consentiti al giudice che l'amministrazione ha già emanato, e quindi, anche quando consistono non solo in una loro modifica ma anche in una loro rinnovazione, vengono ricon-

dotti, in un certo senso, entro i circoscritti limiti del loro contenuto; mentre i poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza riguardano essenzialmente l'adozione in positivo di provvedimenti che l'amministrazione, da parte sua, si è rifiutata di emanare, o, comunque, non ha voluto emanare: quindi con ben maggiori margini di scelta, e, prima ancora, e soprattutto, addirittura di iniziativa. A questo primo dato, se ne aggiungono degli altri, anch'essi non irrilevanti. Perché la strumentalizzazione del giudizio di ottemperanza al servizio dell'esecuzione di ogni giudicato che imponga all'amministrazione l'adozione in positivo di qualsivoglia suo provvedimento, implica la generalizzazione della tipologia che questi possono assumere, anche quando vengano adottati in tale sede: ciò che pare male accordarsi col carattere marginale dei poteri sostitutivi tradizionalmente concessi al giudice amministrativo del merito. E questa poca coerenza viene esaltata da un ulteriore elemento: la normalità, quasi la quotidianità con la quale il giudice dell'ottemperanza opera quei tanto incisivi suoi interventi sostitutivi.

Tra la realtà della giurisprudenza relativa ai poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza, e le teorizzazioni dei poteri sostitutivi del giudice amministrativo del merito, pare indubbia la contraddizione. E poiché di certo i primi devono essere inquadrati nei secondi, i modi logici di composizione di essa non possono essere che due. O ricondurre gli uni nel letto di Procuste degli altri; e davvero sarebbe la soluzione peggiore: porterebbe a valutare negativamente gli essenziali progressi che il giudice dell'ottemperanza ha realizzato, per assicurare l'ottemperanza alle sue decisioni cognitive: progressi che sono viceversa preziosi, per la garanzia della effettività di queste; e condannerebbe il teorico a conclusioni puramente accademiche: perché il ripiegamento di una giurisprudenza ormai consolidata, appare quanto meno improbabile: per fortuna, si vorrebbe ben aggiungere. O riconoscere in generale al giudice amministrativo che abbia una giurisdizione estesa al merito, tutti quei poteri sostitutivi che il giudice dell'ottemperanza si è venuto attribuendo in questi anni: in una ricostruzione realistica che sosterebbe una evoluzione giurisprudenziale da apprezzare al massimo grado. È evidente come sia questa la soluzione da preferire: se il giudizio di ottemperanza è il principalissimo caso nel quale la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito, i poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza come misura dei poteri sostitutivi di quest'ultimo; e non viceversa. Si dirà che questo è il risultato più dello sviluppo fattuale del fenomeno, che di un ragionamento giuridico deduttivo: ma, si sa, le vie della Provvidenza sono infinite.

6. È in questa prospettiva che abbraccia l'intero arco processuale, comprensivo anche del giudizio di ottemperanza, mediante il quale si realizza la tutela giurisdizionale amministrativa, che deve essere inquadrata ogni riflessione che, come la presente relazione, abbia per oggetto le linee di sviluppo del giudizio cautelare.

A questo punto del ragionamento, le conclusioni in ordine a tale tema possono essere assai rapide. E si vorrebbe enunciare subito gli ormai trasparenti rilievi conclusivi: che le misure cautelari che il giudice amministrativo può adottare, sono esattissimamente quelle, soprattutto sostitutive dell'attività dell'amministrazione, che il medesimo giudice amministrativo può disporre in sede di giudizio di ottemperanza; e che, perciò, il giudizio cautelare costituisce una materia in ordine alla quale la giurisdizione di tale giudice viene estesa al merito.

Si preferisce ritornare in un secondo tempo su questa ultima qualificazione, per soffermare la riflessione anzitutto sulla prima affermazione. A sostegno della quale, in primo luogo, si può portare di nuovo l'argomento che in questo si è venuta atteggiando la realtà effettuale. Con questo non si vuol dire che, secondo la giurisprudenza, il giudice amministrativo in sede cautelare già operi interventi sull'attività provvedimento dell'amministrazione così incisi come quelli che realizza in sede di giudizio di ottemperanza: quanto meno, con la stessa normalità, con la stessa quotidianità. Ma in troppi casi le sue ordinanze cautelari producono effetti costitutivi di situazioni vantaggiose per il ricorrente, troppo simili a quelli che deriverebbero dai provvedimenti positivi che l'amministrazione avrebbe emanato, se alla istanza di tale ricorrente, viceversa, non avesse opposto l'impugnato diniego. Certo, l'incisività reale di tanti dispositivi di quelle ordinanze frequentemente è velata da una notevole cautela formale: così, per riprendere esempi notissimi, l'effetto di ammissione agli esami, talvolta viene solo cronologicamente fatto scaturire dalla sospensione del giudizio negativo del consiglio di classe, e causalmente dai vincoli già normativi dell'attività amministrativa; e, talaltra, quei dispositivi, invece di corrispondere direttamente ai dispositivi di quei provvedimenti positivi, ordinano all'amministrazione competente di emanare questi ultimi, oppure, quanto meno, di far sì come se fossero stati emanati, o comunque verificatisi i loro effetti. Ma si tratta solo di coperture verbali dovute a comprensibili esigenze di cautela, che non possono nascondere né la natura sostanziale della evoluzione, né la sua entità: che è questa: che il giudice amministrativo sempre più spesso adotta in via cautelare, una misura mediante la quale produce, sia pure a titolo provvisorio, la situazione vantaggiosa richiesta dal ricorrente. Si era osservato prima che, come tutti sanno, secondo i testi normativi, il principale limite strutturale delle misure cautelari adottabili dal giudice amministrativo, è la loro restrizione alla sola sospensione del provvedimento impugnato; ebbene, il giudice amministrativo, nei fatti, ha spazzato via questo limite, questo ostacolo alla pienezza della tutela cautelare che può attuare. Perché davvero i descritti effetti positivi non possono essere ricondotti alla mera sospensione di un diniego di provvedimento favorevole: essi possono essere spiegati solo in un modo: mediante la definizione dell'intervento del giudice amministrativo della cautela, sostitutivo dell'attività dell'amministrazione di adozione di questo provvedimento favorevole stesso.

Ecco che emergono i poteri del giudice amministrativo della cautela, come i poteri che, anzitutto, sono di sostituzione dell'amministrazione: come nel giudizio di ottemperanza.

Ed ecco che emerge la ragione fondamentale della proposta di qualificare il giudizio cautelare come un caso, sia pure non legislativamente così definito, di giurisdizione estesa al merito: perché, come si è rilevato a proposito del giudizio di ottemperanza, solo in questa sede al giudice amministrativo possono essere riconosciuti poteri di sostituzione dell'amministrazione.