

## **La tutela cautelare ed il principio di atipicità con particolare riferimento alla tutela cautelare nei giudizi elettorali.**

**di Vincenzo IAZZETTA\***

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. **2.** Cenni sulla tutela cautelare. **2.1** Dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992, alla legge 7 dicembre 1971, n. 1034: i limiti della tutela cautelare. **2.2** Dalla legge 7 dicembre 1971, n. 1034, alla legge 21 luglio 2000, n. 205: l'atipicità e la giurisprudenza "creativa". **2.3** Dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104: la tutela cautelare atipica ed il principio di effettività e pienezza della tutela. **3.** Le ordinanze di c.d. *remand*, le ordinanze ordinatorie e le ordinanze sostitutive. **4.** Il contenzioso elettorale: l'esclusione o l'ammissione di liste e candidati. **5.** Brevi considerazioni finali.

### **1. Introduzione**

Con i riferimenti contenuti nel presente contributo, si tenterà di focalizzare l'attenzione del lettore, in un primo momento, sulle fasi storiche che hanno segnato il mutamento dei tratti caratterizzanti della tutela cautelare (con il passaggio da quelli rigidi della tipicità e della nominatività a quelli sinuosi e multiformi della atipicità) e, successivamente, sulle principali tappe che hanno condotto all'attuale assetto della tutela d'urgenza nelle competizioni elettorali<sup>1</sup>.

---

\* Specializzato in professioni legali.

<sup>1</sup> Per una puntuale ed approfondita ricostruzione storica sul tema sino alla legge n. 205 del 2000, si veda: S. RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 3 ss. Tra le opere monografiche e i saggi scritti a partire dagli anni '70, per tutti, si veda: G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971; F. BARTOLOMEI, *Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1968, p. 403; E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, voce del Nov. Dig. It., XXVII, Torino, 1970, p. 934; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996; R. GAROFOLI – M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*:

## 2. Brevi cenni sulla tutela cautelare.

Com'è noto, la tutela cautelare risponde all'esigenza di salvaguardare i beni della vita dai danni che si potrebbero subire nell'intervallo di tempo che intercorre tra l'emanazione del provvedimento amministrativo<sup>2</sup> - o tra le altre forme di esercizio del potere amministrativo - e l'ottenimento delle utilità sperate, con la conclusione del processo eventualmente instaurato o con il riesercizio del potere amministrativo<sup>3</sup>.

Se si considera la tutela cautelare un'eccezione al principio di esecutività dei provvedimenti amministrativi, dunque, è agevole comprendere come il notevole ampliamento dei contenuti del provvedimento d'urgenza influisca sulla cura degli interessi pubblici, limitandola.

Il *restayling* della tutela cautelare, tuttavia, non è il frutto di una scelta improvvisa, al contrario, rappresenta il frutto della progressiva presa di coscienza, prima della giurisprudenza e poi del legislatore, dei limiti della disciplina originaria e della conseguente scarsa potenzialità garantistica

---

*provvedimenti di urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex artt. 186 bis e 186 ter c.p.c.*, Milano, 2002; A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; F. FRENI, *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012.

<sup>2</sup> Occorre ricordare che in base all'art. 21 *ter* l. 241/1990 l'Amministrazione può eseguire coattivamente il provvedimento amministrativo divenuto efficace, nonostante vi siano dubbi sulla sua legittimità. Più precisamente, l'art. citato, al co. 1, dispone che "Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge". Il co. 2, invece, prevede che "Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato".

<sup>3</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1936, p. 19 ss.. L'A. ha sottolineato che, l'interessato, spinto dall'esigenza di fare presto, decide di ricorrere alla tutela d'urgenza per ottenere una soluzione che, anche se provvisoria e strumentale, risulti idonea a scongiurare i pregiudizi irreparabili derivanti dall'esecuzione coattiva del provvedimento. In tema di strumentalità, si vedano i riferimenti contenuti in: S. RUSCICA, *op. cit.*, p. 3, nota 8, ossia, D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001 e A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 329 ss.

del provvedimento d'urgenza, a fronte dell'affermazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Il mutamento di prospettiva, in questo senso, appare segnato dalla parallela evoluzione che ha condotto all'ampliamento del novero delle posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, con una rinnovata definizione dell'interesse legittimo, e alla contestuale ammissione di nuove azioni amministrative, in attuazione dei principi richiamati.

## **2.1 Dalla legge 31 marzo 1889 n. 5992 alla legge 7 dicembre 1971 n. 1034: i limiti della tutela cautelare d'urgenza.**

In un primo momento e, precisamente, durante la vigenza della legge 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV Sez. del Consiglio di Stato, l'art. 12 disponeva che la proposizione del ricorso non producesse l'effetto sospensivo del provvedimento impugnato, se non in presenza di "gravi ragioni", senza ulteriori precisazioni. Con questa locuzione, dunque, il legislatore intese confermare la regola dell'immediata efficacia del provvedimento amministrativo e limitare, contestualmente, la sospensione attraverso un ostacolo difficilmente superabile sul piano della prova da parte del ricorrente, un ostacolo destinato a permanere in forza delle regole procedurali contenute nell'art. 21 del r.d. 17 ottobre 1889 (successivamente riprese dall'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642) e dell'art. 39 del c.d. Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato<sup>4</sup>. Com'è agevole rilevare, la motivazione di tale scelta va ricercata nella particolare struttura del processo amministrativo di inizio secolo, struttura che appariva incentrata sul solo accertamento di legittimità dell'atto impugnato e sulla prevalenza dell'interesse pubblico rispetto alle situazioni giuridiche soggettive facenti capo ai privati, ben lontana dai riferimenti, sempre più attuali e frequenti, al processo amministrativo incentrato "sul rapporto".

Le legge n. 1034 del 1971 ha poi innovato la previsione della facoltà del ricorrente di chiedere al giudice la sospensione dell'atto impugnato con

---

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 39 il ricorrente può chiedere la sospensione del provvedimento impugnato solo "per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente".

l'espunzione del richiamo alle "gravi ragioni", cui è seguito il superamento delle precedenti resistenze di parte della dottrina e della giurisprudenza ad una lettura ampliativa dei poteri del giudice in sede cautelare, sino ad allora confinata alla tutela sospensiva degli effetti dei provvedimenti a contenuto positivo.

## **2.2 Dalla legge 7 dicembre 1971, n. 1034, alla legge n. 205 del 2000: l'atipicità e la giurisprudenza "creativa".**

Nonostante lo spettro del superamento dei limiti esterni della giurisdizione<sup>5</sup>, sino alla legge 7 dicembre 1971, n. 1034, è stata la giurisprudenza ad individuare i caratteri ed i presupposti della sospensione degli effetti del provvedimento impugnato in via d'urgenza. In breve, si è sostenuto che il provvedimento cautelare, oltre essere strumentale, dal momento che punta alla salvaguardia delle utilità della sentenza di merito che possono essere messe a rischio da una modifica *medio tempore* della situazione fattuale<sup>6</sup>, presenta il carattere della provvisorietà, poiché è destinato a perdere efficacia *ex tunc* nel caso in cui il giudice della cognizione rigetti il ricorso, e ad essere assorbito laddove la sentenza di merito accolga il ricorso<sup>7</sup>.

Le misure cautelari sono adottate poi *rebus sic stantibus*, dato che il giudice può modificarle o revocarle, in presenza della modifica dei

---

<sup>5</sup> Tuttavia, l'esclusione del rischio in questione rispetto alle misure cautelari atipiche è stata sostenuta da quella parte della dottrina che, riferendosi ai molteplici caratteri e presupposti della tutela cautelare, ha sottolineato che la strumentalità non possa riguardare il rapporto tra la misura cautelare ed il dispositivo formale della sentenza, ma debba riguardare il rapporto col riesercizio del potere amministrativo e, da ultimo, con gli obblighi di *facere* imposti all'Amministrazione dal provvedimento d'urgenza. Per tali considerazioni, si veda L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 2001, 1, p. 173.

<sup>6</sup> A questo profilo, si collega il principio di continenza e di non eccedenza, in base al quale va esclusa la possibilità di riconoscere, mediante il provvedimento d'urgenza, utilità superiori, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, rispetto a quelle ottenibili dal ricorrente con la sentenza che chiude il giudizio di merito.

<sup>7</sup> In quest'ultimo caso, infatti, l'Amministrazione è tenuta a conformarsi al giudicato adottando i provvedimenti divenuti definitivi.

presupposti e della situazione di fatto esistente al momento della loro concessione, su ricorso della parte interessata.

Per quanto attiene ai presupposti, il riferimento è stato al *periculum in mora* e al *fumus boni iuris*<sup>8</sup>: il primo va ravvisato ogniqualvolta l'attesa della conclusione del processo amministrativo pregiudichi l'interesse sostanziale del ricorrente, con la conseguenza di rendere la tutela richiesta, di fatto, inutile, in violazione dei canoni di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale; il secondo, invece, ha risposto all'esigenza che sia svolto un controllo di verosimiglianza circa la fondatezza dell'azione di merito, non potendosi considerare ostativa, a tal fine, la peculiare celerità del rito.

Ben presto, l'influsso dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale ha messo in luce tutti i limiti della tutela cautelare sospensiva riferita ai soli provvedimenti a contenuto positivo dell'Amministrazione e al corrispondente interesse alla conservazione della propria sfera giuridica (o c.d. interesse oppositivo).

Rispetto agli atti a contenuto positivo, infatti, il rimedio cautelare aveva mostrato tutta la sua utilità poiché riusciva a salvaguardare un bene della vita già acquisito alla sfera giuridica del ricorrente. Il destinatario dell'azione amministrativa, cioè, faceva valere il proprio interesse alla conservazione di un'utilità già parte del proprio patrimonio, di modo che la sospensione<sup>9</sup> degli effetti del provvedimento riusciva a garantire la piena coincidenza tra pretesa sostanziale e tutela ottenibile nel giudizio

---

<sup>8</sup> Entrambi sono richiamati dal legislatore in diversi settori dell'ordinamento giuridico per evitare che la tutela d'urgenza si trasformi nello strumento processuale prediletto per aggirare il lungo ed articolato *iter* di accertamento della pretesa sostanziale (si pensi al procedimento d'urgenza dinanzi al giudice civile e alla disciplina degli altri procedimenti speciali contenuta nel codice di procedura civile).

<sup>9</sup> Sul tema, si rinvia a G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, p. 246 ss. Per una visione di insieme, invece, A. TRAVI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 363 ss. e F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 362.

di merito, pur trattandosi di tutela interinale e strumentale rispetto a quella derivante dalla sentenza<sup>10</sup>.

La titolarità di interessi pretensivi, al contrario, non era suscettibile di una tutela effettiva in via d'urgenza<sup>11</sup>, tanto che chi aspirava all'ampliamento della propria sfera giuridica e si vedeva opposto un provvedimento negativo e/o un silenzio dell'Amministrazione non riusciva ad ottenere, in tempi brevi, il bene della vita anelato. In definitiva, l'eventuale sospensione degli effetti del provvedimento o del silenzio non produceva alcun effetto utile per il ricorrente; basti pensare al caso del diniego o del silenzio dell'Amministrazione, a fronte della richiesta di riconoscimento di una sovvenzione, con il conseguente onere per il privato di impugnazione del provvedimento a contenuto negativo o del silenzio della p.a. per ottenere piena tutela<sup>12</sup>.

Un lieve ampliamento dell'orizzonte applicativo della tutela cautelare si è avuto con l'elaborazione, in dottrina<sup>13</sup>, della nota distinzione tra atti negativi in senso proprio ed improprio.

Era definito negativo improprio ogni provvedimento in grado di produrre effetti innovativi sulla sfera giuridica del destinatario: si pensi al diniego di dispensa dal servizio militare o al diniego di rinnovo di una concessione. In tali ipotesi, la modifica della sfera giuridica soggettiva

---

<sup>10</sup> Nella manualistica si fa il caso del proprietario, destinatario di un decreto di espropriazione, (o di altro provvedimento che limiti il suo diritto) che, per conservare l'integrità del proprio patrimonio, avvii il giudizio cautelare. In casi del genere, l'inibitoria degli effetti del provvedimento esprime tutta la sua portata garantistica e rappresenta il migliore risultato conseguibile nell'attesa della pronuncia del g. a. sull'atto impugnato. Si pensi anche al permesso di costruire in sanatoria rilasciato al proprietario del fondo confinante in difetto dei relativi presupposti e impugnato in sede cautelare.

<sup>11</sup> Si pensi al provvedimento di esclusione della partecipazione di un candidato ad una procedura concorsuale, dal momento che, solamente un provvedimento positivo di ammissione consentirebbe la partecipazione alla selezione. Allo scopo di ovviare a tale deficit di tutela è stata elaborata dalla giurisprudenza la figura dell'ammissione con riserva.

<sup>12</sup> Un'interpretazione estensiva favorevole all'ampliamento delle misure cautelari adottabili anche nei confronti di atti negativi è contenuta in Cass., Sez. Un., n. 17 del 1982, in Cons. Stato, I, p. 1197.

<sup>13</sup> La distinzione è stata sostenuta da R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in Dir. proc. amm., 2002, 4, p. 857.

poteva essere evitata con lo strumento della sospensiva, dal momento che essa si risolveva nel mantenimento della situazione giuridica preesistente<sup>14</sup>.

Diversamente, si escludeva l' idoneità o l' utilità della tutela sospensiva con riferimento agli atti negativi c.d. propri, ossia quelli inidonei a produrre la modificazione della situazione giuridica del destinatario o della realtà materiale, come nel caso di diniego di autorizzazione.

Tuttavia, nella fase immediatamente successiva alla entrata in vigore della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, un' autorevole dottrina ha sottolineato l' inadeguatezza del sistema cautelare - parlando di "crisi della sospensiva"<sup>15</sup> - anche nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del g. a.; ciò in considerazione del fatto che all' attribuzione della tutela dei diritti soggettivi al g. a. - nelle sole materie previste dalla legge - non era seguita la disciplina di poteri differenti rispetto a quelli caratterizzanti la giurisdizione generale di legittimità, con un evidente *deficit* di tutela nelle "nuove materie" interessate dall' ampliamento della giurisdizione, di cui al d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 80.

L' esigenza di garantire la pienezza e l' effettività della tutela cautelare anche nel processo amministrativo ha fatto sì, quindi, che si interpretasse l' art. 21 nel senso di ammettere il ricorso in via cautelare dinanzi al giudice ordinario e la successiva adozione di provvedimenti ai sensi dell' art. 700 c.p.c., nei casi di giurisdizione esclusiva del g. a.

Ciononostante, questa posizione non fu condivisa, tanto che, all' esito di una fase caratterizzata da oscillazioni della giurisprudenza e dalla opposizione di una parte della dottrina<sup>16</sup>, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi sulla questione, si sono espresse

---

<sup>14</sup>Se solo si pensi che, a questa categoria di atti, è stato ricondotto il diniego di rinnovazione di concessione.

<sup>15</sup>E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, p. 33 ss.

<sup>16</sup>G. PALEOLOGO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1990, p. 1034 ss.

negativamente dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice ordinario<sup>17</sup>.

Ben presto, alcuni giudici di merito hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale riferite all'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 e all'art. 700 c.p.c.

Con la celeberrima pronuncia n. 190 del 1985, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'articolo 21 *"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"*<sup>1819</sup>.

---

<sup>17</sup> Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1979, n. 5575; Cass., Sez. Un., 1 gennaio 1980, n. 5336; Cass., Sez. Un., 17 gennaio 1986, n. 277.

<sup>18</sup> In particolare, i casi che avevano spinto i giudici di prime cure a sollevare le questioni di legittimità costituzionale hanno riguardato alcuni "contrattisti" e "assegnisti" che, oltre a svolgere attività di ricerca, avevano svolto altresì attività didattica (esercitazioni, seminari, esami, lezioni ecc.) presso l'Università; alcuni dipendenti comunali; alcuni dipendenti di un USL con la qualifica professionale di puericultrici addette alla sezione neo-natale del presidio ospedaliero; infine, una dipendente del Ministero della Pubblica Istruzione (tutte ipotesi rientranti nella materia riservata alla giurisdizione esclusiva del g. a., ossia il pubblico impiego). I dipendenti dell'Università, riconosciuto il rapporto lavoro di tipo pubblicistico, avevano chiesto al giudice di ordinare all'Università, ex art. 700 c.p.c., il pagamento mensile ed il versamento della c.d. aggiunta di famiglia e dell'indennità integrativa speciale; i secondi, invece, chiedevano il pagamento dell'indennità di rischio di lire 2.700 giornaliere; i terzi avevano richiesto al locale Pretore del lavoro annullarsi o sospendere di efficacia o disapplicare, in via cautelare e di urgenza e fino alla definizione dell'instaurando giudizio di merito avanti il competente g. a., l'ordine di servizio 14 dicembre 1983 del Direttore Sanitario dell'Ospedale che, in contrasto con la qualifica reclamata dalle ricorrenti, aveva disposto che le vigilatrici d'infanzia dovessero essere utilizzate nella sezione di pediatria; il dipendente del Ministero della Pubblica Istruzione, infine, aveva richiesto, previo riconoscimento del diritto al trattamento economico previsto dalla l. 30 dicembre 1971, n. 1204 e dalle Circolari ministeriali 18 gennaio 1977 n. 20 e 14 maggio 1973, n. 136, l'annullamento del diniego, opposto dal Provveditorato agli Studi di Firenze, della concessione alla ricorrente di tale trattamento e la condanna dell'Amministrazione al pagamento del trattamento dovuto dalla data di



Dunque, la Corte Costituzionale ha affermato che dall'art. 700 *“é lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da fumus boni iuris é minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta a giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*<sup>20 21</sup>.

---

conferimento della nomina nonché del relativo rateo della tredicesima mensilità dell'anno 1979. Gli incidenti proposti avevano tutti il medesimo oggetto, ossia la questione d'incostituzionalità 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 Pubblica Amministrazione e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per contrasto con gli artt. 24 comma primo e 3 comma primo Cost. [...]”; nel quarto caso descritto è stato, invece, il T.A.R. Lazio a sollevare la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 113, dell'art. 21 ultimo comma della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, laddove era previsto che: “Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta” nella parte in cui, “limitando l'intervento d'urgenza del Giudice Amministrativo alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente a tale Giudice di intervenire d'urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva”.

<sup>19</sup> Per la Corte Costituzionale “[...] esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700 [...], che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo e, in subiecta materia, dall'art. 113 Cost.”. Ne è derivata, quindi, la dichiarazione di “inammissibilità della questione d'illegittimità 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 Pubblica Amministrazione e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli artt. 24 comma primo e 3 comma primo Cost. [...]”.

<sup>20</sup> Nel solco di questa lieve apertura, seppur limitata ai diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del g. a. in materia di pubblico impiego, va collocata la pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria che ha riguardato i crediti pecuniari di un farmacista nei confronti del Servizio sanitario nazionale. In particolare, i giudici riuniti, considerato non necessario il ricorso ad istituti propri del processo civile, hanno affermato che il g.a., in sede cautelare, può emanare le statuizioni più opportune nel caso in cui emerga il “*fumus boni iuris*” sulla lesione del diritto dell'utente o del gestore, disponendo in via provvisoria l'effettuazione di una dovuta prestazione da parte dell'Amministrazione ovvero l'emanazione

Sul fronte comunitario, invece, vanno segnalate le c.d. direttive ricorsi, n. 665 del 1989 e n. 13 del 1992, e alcune decisioni della Corte di Giustizia che hanno ammesso il contenuto atipico della misura cautelare per rispondere alle esigenze del caso concreto, indipendentemente dalla materia oggetto della controversia: il riferimento è alle note sentenze *Factortame*<sup>22</sup>, *Zuckerfabrick*<sup>23</sup> e *Atlanta*<sup>24</sup>.

---

di ordini di pagamento di una somma a favore del ricorrente. Si veda: Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 30 marzo 2000, n. 1, in Guida al dir., n. 15/2000, p. 92 ss., con commento di CARUSO.

<sup>21</sup> Per quanto attiene agli influssi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, la dottrina ha segnalato diverse pronunce di incostituzionalità, le quali rappresentano delle tappe intermedie di avvicinamento alla concreta attuazione dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, il cui sostrato normativo è stato, di volta in volta, individuato negli artt. 3, 24, 97, 103, 113 Cost.

<sup>22</sup> Corte di Giustizia, 19 giugno 1990, Causa C-213/89, *Factortame*. Investita del quesito avente ad oggetto l'estensione degli elementi essenziali della tutela giurisdizionale effettiva alla tutela cautelare, la Corte ha riconosciuto il potere del giudice nazionale di adottare dei provvedimenti provvisori idonei a sospendere l'applicazione di una norma interna nell'attesa che sia accertata, in modo definitivo, l'incompatibilità di tale norma con il diritto comunitario. L'impresa di pesca spagnola *Factortame Ltd.*, infatti, lamentava la violazione della norma sulla discriminazione per motivi di nazionalità subita da una legge inglese che le vietava di usare navi battenti bandiera britannica iscrivendole nei registri inglesi e, in aggiunta, la mancata concessione, dai Tribunali inglesi, di una misura cautelare sospensiva di tale legge in attesa di giudicato. La Corte ha, dunque, riconosciuto il potere del giudice nazionale di dare applicazione immediata al diritto comunitario, evidenziando che una norma interna che sia di ostacolo alla protezione giurisdizionale effettiva (e dunque immediata) di un diritto che il singolo vanta in forza del diritto comunitario deve essere disapplicata dal giudice nazionale, non rilevando, al riguardo, che la norma interna incompatibile sia anteriore o posteriore a quella comunitaria.

<sup>23</sup> Corte di Giustizia, 2 febbraio 1991, Cause C-143/88 e C-92/88, *Zuckerfabrick*. La Corte ha ampliato il medesimo principio affermando che, così come il giudice nazionale deve poter ordinare provvedimenti d'urgenza, nonché sospendere l'applicazione della normativa controversa fino a quando non sia intervenuta la pronuncia pregiudiziale del giudice comunitario sulla compatibilità della norma interna con il diritto europeo, lo stesso giudice nazionale deve poter sospendere l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato alla stregua di un regolamento della cui validità si dubiti. In tal senso, va rilevato che la tutela cautelare garantita ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può atteggiarsi diversamente a seconda che si dubiti della compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario, oppure con norme di diritto comunitario derivato.

<sup>24</sup> Corte di Giustizia, 9 novembre 1989, Causa C-465/92, *Atlanta*. La Corte ha aggiunto l'affermazione per cui il pieno riconoscimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale debba comportare la medesima protezione cautelare e che la realizzazione dei

A partire dagli anni '70, dunque, la giurisprudenza ha esteso i confini della tutela cautelare, affiancando alla sospensione degli effetti del provvedimento, con un'innovativa assimilazione della tutela cautelare amministrativa a quella del processo cautelare civile<sup>25</sup>, altre forme di tutela atipiche ed innominate, la cui portata può essere facilmente compresa se si tiene conto di due particolari casi: il primo caso esemplificativo è dato dal ricorso cautelare avverso il silenzio dell'Amministrazione, il cui l'accoglimento comporta la limitazione degli effetti pregiudizievoli, ponendo in capo alla parte pubblica l'obbligo di esaminare la richiesta avanzata dal ricorrente nell'attesa della sentenza di merito<sup>26</sup>; il secondo, invece, consente al g.a., in sede di giurisdizione esclusiva, di emettere un'ordinanza di condanna dell'Amministrazione al pagamento di una somma a titolo di provvisoria<sup>27</sup>.

### **2.3 Dalla legge n. 205 del 2000 al d.lgs. n. 104 del 2010: la tutela cautelare atipica ed il principio di effettività della tutela.**

La progressiva marcia della giurisprudenza ha reso improrogabile una modifica legislativa in grado di fondare il più ampio potere del giudice. I primi segnali in tale direzione si sono avuti con diverse prese di posizione del legislatore o proposte di riforma della legge TAR<sup>28</sup>, alle

---

diritti d'origine comunitaria non possa variare "a seconda che i singoli chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione di provvedimenti provvisori positivi".

<sup>25</sup> S. RUSCICA, *op. cit.*, p. 23 richiama la giurisprudenza che ha ammesso la sospensione di provvedimenti di diniego all'ammissione di esami e concorsi, diniego di esonero dal servizio militare, diniego di rinnovo di concessioni amministrative. Poi riporta la giurisprudenza che ha ammesso la sospensione di atti di controllo, provvedimenti di esclusione alla partecipazione a procedure concorsuali per l'affidamento di appalti o pubblici impieghi, dinieghi di iscrizione in albi professionali, o più generalmente i dinieghi di provvedimenti ampliativi.

<sup>26</sup> Per quanto attiene al profilo processuale, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la tutela anzidetta è compatibile con la natura del rito speciale ai sensi dell'art. 117 c.p.a.

<sup>27</sup> In questo caso, a differenza del procedimento civile per decreto ingiuntivo, non occorre il riscontro della prova scritta del credito e dei requisiti della liquidità e della esigibilità, ma la sola verifica dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

<sup>28</sup> In S. RUSCICA, *op. cit.*, p. 9, si cita la relazione al disegno di legge governativo presentato al Senato il 10 novembre 1994 (AS 1124), il parere del Consiglio di Stato n. 16 del 1990 ed il commento di F. PATRONI GRIFFI in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 21 ss. Nello stesso testo, per

quali si sono aggiunti le disposizioni del legislatore che hanno previsto forme di tutela "accelerata", ovvero riti "alternativi e abbreviati" in particolari materie.

L'art. 3 della legge n. 205 del 2000, nel riformulare l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, ha definitivamente positivizzato il principio di atipicità, riconfermando, da un lato, la sussistenza necessaria del pregiudizio grave e irreparabile ed introducendo, dall'altro, un implicito richiamo al presupposto del *fumus boni iuris* con la previsione che "*l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*"<sup>29</sup>.

Infine, il codice del processo amministrativo, nel Titolo II del Libro secondo, ed i successivi decreti correttivi hanno disciplinato le misure cautelari negli articoli da 55 a 61, stabilendo che il ricorrente può domandare l'emanazione delle misure che appaiono "*secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*".

In particolare, Il codice ha suddiviso le tipologie delle misure medesime, a seconda del grado di urgenza, in misure cautelari collegiali, monocratiche ed anteriori alla causa, ricollegando alle stesse peculiari presupposti: per le misure collegiali è richiesta l'allegazione, da parte del

---

quanto attiene alla tutela accelerata, ai riti alternativi e abbreviati, si fa riferimento: all'art. 24 della l. 241 del 1990 in materia di ricorsi avverso il diniego (anche tacito) di accesso agli atti amministrativi; al d.l. 3 aprile 1995, n. 101, che aggiunse l'art. 31-bis alla l. n. 109 del 1994; al c.d. decreto salva cantieri (d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. In legge 25 marzo 1997, n. 135). Per l'A. rappresentano tappe di avvicinamento alla generale "palingenesi" della tutela cautelare che produrrà l'approvazione della legge n. 205 del 2000.

<sup>29</sup> Si veda: E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205*, in Cons. Stato, 2001, II, p. 481 ss.. L'A. precisa che la misura cautelare nel giudizio amministrativo, pur essendo atipica al pari di quella del giudizio civile, non presenta il connotato della residualità, in quanto unica misura cautelare contemplata e regolamentata nel processo amministrativo. Sottolinea tale aspetto anche S. RUSCICA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>29</sup> Si veda: E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205*, in Cons. Stato, 2001, II, p. 481 ss.. L'A. precisa che la misura cautelare nel giudizio amministrativo, pur essendo atipica al pari di quella del giudizio civile, non presenta il connotato della residualità, in quanto unica misura cautelare contemplata e regolamentata nel processo amministrativo. Sottolinea tale aspetto anche S. RUSCICA, *op. cit.*, p. 41.

ricorrente, di un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario per giungere alla decisione del ricorso; per le misure cautelari monocratiche (ossia richieste ed eventualmente concesse dal Presidente del Tar dinanzi a cui pende il relativo ricorso), l'allegazione dell'estrema gravità ed urgenza tali da non consentire l'attesa sino alla camera di consiglio; infine, per le misure cautelari *ante causam*, è richiesta l'eccezionale gravità ed urgenza che non consente neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure provvisorie con decreto presidenziale.

### **3. Le ordinanze di c.d. *remand*, le ordinanze ordinatorie e le ordinanze sostitutive.**

Ma prima degli ultimi due interventi legislativi appena menzionati, è stata la giurisprudenza a riconoscere una tutela piena degli interessi legittimi pretensivi attraverso l'adozione di provvedimenti dal contenuto atipico<sup>30</sup>. Si è assistito, cioè, al riconoscimento del potere del g.a. di calibrare la misura in relazione alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, con l'aggiunta alle misure a contenuto negativo (adottate in presenza di interessi legittimi oppositivi) e a quelle ordinatorie a contenuto patrimoniale per i diritti soggettivi, di quelle positive o sostitutive e, infine, di quelle propulsive o di c.d. *remand*<sup>31</sup>.

Per quanto riguarda le prime, si rinvia a quanto precisato in tema di interessi legittimi oppositivi e di tutela sospensiva.

---

<sup>30</sup> Una lieve apertura rispetto all'impugnazione di un provvedimento negativo o, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, alla tutela di situazioni creditorie, si ha nella sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 1996, n. 1210, in Dir. proc. amm., 1997, p. 167, con nota di A. TRAVI.

<sup>31</sup> Si veda: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 1868, in cui l'A. sottolinea che l'obiezione della strumentalità del giudizio cautelare rispetto al giudizio principale è stata superata, evidenziando l'omogeneità teleologica dei due momenti, da riferire non più agli effetti propri della decisione finale, ma alle determinazioni dell'Amministrazione che recepiscono le indicazioni del giudice. Anche rispetto al pericolo di sconfinamento nella sfera discrezionale riservata all'Amministrazione, l'obiezione è stata superata, sul presupposto che l'ordinanza propulsiva sollecita il riesercizio del potere discrezionale nel rispetto dei vincoli giuridici fissati dal *decisum* cautelare. Infine, l'A. evidenzia che l'effetto di sostituzione può ravvisarsi solamente nel caso di inesecuzione della misura cautelare seguita dal giudizio di ottemperanza, poiché il sindacato è rivolto anche al merito.

Quanto alle ordinanze ordinatorie, il g.a. ha cominciato ad adottarle quando non ha inteso solamente sollecitare l'Amministrazione al riesercizio del potere amministrativo, ma obbligare l'Amministrazione a provvedere seguendo le proprie determinazioni, con l'imposizione, cioè, alla parte pubblica della soluzione da adottare per rispondere all'istanza del ricorrente.

In questo senso, rileva la richiamata sentenza della Corte Costituzionale del 1985 e la successiva giurisprudenza sino al codice del processo amministrativo, il cui art. 55, ha confermato l'ammissibilità della domanda tesa all'emanazione dell'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, laddove ricorrano i presupposti previsti in via generale per la tutela cautelare tipica<sup>32</sup>.

Con le ordinanze sostitutive, invece, il g.a. non si è limitato ad ordinare all'Amministrazione come decidere, ma si è sostituita direttamente ad essa procedendo all'attribuzione immediata del bene vita nella fase cautelare; un'ipotesi di questo tipo si ha in presenza di un diniego di rilascio di un'autorizzazione da parte dell'Amministrazione, ipotesi nella quale si è consentito l'accertamento di stampo discrezionale in sede di giudizio e, in caso di esito positivo, l'adozione di una statuizione giurisdizionale che tiene luogo del provvedimento invocato dal ricorrente, con l'ammissione allo svolgimento dell'attività negata<sup>33</sup>.

Con le ordinanze propulsive, o di c.d. *remand*, invece, la giurisprudenza ha riconosciuto il potere del g.a. di invitare l'Amministrazione a rimeditare il proprio diniego e ad adottare un nuovo provvedimento che tenga conto delle proprie indicazioni e sia emendato dai vizi ravvisati

---

<sup>32</sup> Una seconda forma di tutela sommaria, alternativa a quella cautelare, va individuata nel rito speciale per decreto ingiuntivo, laddove l'art. 118 del c.p.a., nel riprodurre l'art. 8 della legge n. 205 del 2000, dispone che "si applica il Capo I del Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile".

<sup>33</sup> Mentre le ordinatorie sono unanimemente ammissibili, quelle sostitutive hanno destato maggiori perplessità, tanto che la tipologia era esclusa prima della legge n. 205 del 2000 ed oggi è ammessa solamente in caso di attività vincolata dell'Amministrazione o, comunque, con attività "a basso contenuto di discrezionalità".

all'esito della cognizione sommaria<sup>34</sup>; più semplicemente, oltre a sospendere gli effetti dell'atto negativo, la pronuncia del g.a. fa sorgere il dovere, in capo all'Amministrazione, di tener conto delle relative statuizioni e di riprovvedere, rilasciando il provvedimento ampliativo o reiterando il diniego ove vi siano ragioni ostantive diverse da quelle poste a fondamento del primo provvedimento impugnato.

Il *remand*, ponendosi nella medesima scia delle decisioni di merito adottabili in sede di cognizione, fa sì che si instauri tra la giurisdizione e l'Amministrazione un particolare rapporto, un dialogo che può spingersi sino alla formazione di un vincolo che "conforma" l'attività discrezionale, con il parziale superamento del nodo problematico relativo al contenuto, al grado di incisività e all'ambito applicativo delle misure cautelari propulsive e sostitutive<sup>35</sup>.

#### **4. Il contenzioso elettorale: l'esclusione o l'ammissione di liste e candidati.**

Dopo aver tracciato, seppur sommariamente, le principali fasi storiche della tutela cautelare, si sceglie di focalizzare lo sguardo sulla particolare fisionomia che essa ha assunto nel contenzioso elettorale e, precisamente sulla tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali<sup>36</sup>, la cui disciplina è contenuta nel Capo II, Titolo VI, Libro IV del c.p.a.<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> La sommarietà sta ad indicare che l'accertamento è dotato di un minor grado di completezza e che la pronuncia si fonda su quanto risulta agli atti del processo, ossia su una valutazione meramente probabilistica circa l'esistenza dell'interesse oggetto di tutela.

<sup>35</sup> Va ricordato, tuttavia, che il mutamento di prospettiva che fa leva sul giudizio sul rapporto è riferita alla spettanza del bene della vita solamente quando l'Amministrazione esercita un potere vincolato (mediazione c.d. debole); al contrario, se il potere esercitato dall'Amministrazione è discrezionale, il g. a. può esclusivamente valutare la legittimità dell'atto e non può spingersi sino alla valutazione sulla spettanza del bene della vita.

<sup>36</sup> Per una trattazione esaustiva dell'argomento si consiglia la lettura di: A. DE CICCO, *La disciplina sul contenzioso nelle operazioni elettorali alla luce delle norme del Codice del processo amministrativo*, in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it).

<sup>37</sup> Prima di esaminare questa ipotesi, occorre tener conto delle due distinzioni che incidono sulla individuazione dell'organo deputato alla risoluzione delle contestazioni elettorali: la

Questa scelta del legislatore, tesa ad estendere la giurisdizione al merito nelle controversie sugli atti e sulle operazioni in materia elettorale, ha fatto sì che superassero le riserve espresse dalla giurisprudenza sul potere del giudice di attribuire il bene della vita al ricorrente con ordinanze cautelari atipiche, in violazione del principio di legalità.

L'attuale assetto della tutela cautelare nella materia elettorale può essere seriamente apprezzata se si tiene conto del fatto che, in un primo momento (anni '60), la scarsa normativa ha spinto l'Adunanza Plenaria a sancire l'applicabilità delle "disposizioni vigenti per il processo (amministrativo) ordinario dello stesso grado" al processo elettorale "limitatamente agli aspetti non regolamentati dalle norme speciali"; la conseguenza è stata la costruzione del procedimento cautelare mediante il ricorso alle regole giurisprudenziali riguardanti il giudizio di legittimità, con l'estensione dei relativi principi<sup>38</sup>.

In questa prima fase, l'interesse pubblico ad un rapido conseguimento della certezza circa l'individuazione dell'eletto ha rallentato il percorso di

---

prima distinzione riguarda le assemblee, dal momento che, mentre nel caso di elezioni del Parlamento nazionale, sussiste la c.d. giurisdizione domestica (c.d. autodichia costituzionale), nei casi di elezioni del Parlamento europeo, di elezioni regionali, provinciali e comunali, sussiste la giurisdizione del g.a. La ripartizione è effettuata dalla L. 23 dicembre 1986, n. 1147, recante modificazioni alle norme sul contenzioso elettorale amministrativo, mentre l'attribuzione della giurisdizione si ricava dalla lettura dell'art. 66 Cost. e dell'art. 87 d.P.R. n. 361 del 195. Per le elezioni del Parlamento europeo è la legge n. 18 del 1979 a prevedere la giurisdizione del g.a., mentre, per le elezioni regionali, provinciali e comunali, la disciplina era contenuta, in un primo momento, negli artt. 6, 19, comma 4, e 29 della legge n. 1034 del 1971. In particolare, l'art. 19 cit. richiamava, a sua volta, le norme contenute nella L. n. 1147/1960 (recante modificazioni alle norme sul contenzioso elettorale amministrativo), il cui articolo 2 ha modificato il d.P.R. 6 maggio 1960, n. 570: tale ultima normativa, per le parti relative ai ricorsi elettorali, è ora abrogata dall'art. 2 dell'Allegato 4 al Codice (norme di coordinamento e abrogazioni).

La seconda distinzione va, invece, operata per il merito delle controversie, in ragione del fatto che le questioni in tema di eleggibilità e incompatibilità sono rimesse al g.o., mentre quelle che attengono alle operazioni elettorali sono devolute alla giurisdizione del g.a., ai sensi dell'art. 126 del c.p.a.

<sup>38</sup> Secondo la dottrina, il g. a. ha configurato il giudizio elettorale come *species* del processo di impugnazione degli atti amministrativi, cui si applicano norme particolari, oltre a quelle generali. In questo senso, si veda G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza (dell'adunanza plenaria): lineamenti del contenzioso elettorale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1985.



riconoscimento della impugnazione degli atti c.d. immediatamente lesivi; infatti, proprio l'interesse pubblico ha fatto sì che si individuasse come unico atto impugnabile quello conclusivo della competizione elettorale, ossia l'atto di proclamazione degli eletti, e che si ammettesse solamente l'impugnazione contestuale, e non autonoma, delle "operazioni preparatorie" considerate invalide.

Si è posta allora la questione dell'ambito di estensione del sindacato del g. a. e, particolarmente, quella degli atti del procedimento elettorale impugnabili prima della proclamazione degli eletti, in ragione della immediata lesione delle posizioni soggettive degli elettori e dei gruppi di partecipanti alla competizione<sup>39</sup>.

L'attenzione si è spostata, dunque, sul potere di ammissione "con riserva" della lista che appaia illegittimamente esclusa ovvero di sospensione dell'esecuzione degli atti con i quali altra lista fosse stata illegittimamente ammessa<sup>40 41</sup>. Sul punto, l'emersione di posizioni contrastanti sull'estensione ha spinto il Consiglio di Stato e, successivamente, la Corte Costituzionale a pronunciarsi.

Va ricordato, infatti, che l'orientamento tradizionale, facendo leva sul tenore letterale della legge<sup>42</sup> e sul principio di continuità delle operazioni

---

<sup>39</sup> Si tratterebbe del decreto di convocazione dei comizi, nonché l'esclusione o l'ammissione della lista elettorale.

<sup>40</sup> In tema di rinnovo dei Consigli regionali, ad un primo orientamento che escludeva il potere del g. a. di adottare ordinanze cautelari, si è opposto uno diverso che ha affermato che l'illegittima esclusione di una lista da una competizione elettorale renderebbe certamente illegittimo il risultato delle elezioni, escludendo la medesima conclusione nel caso di una lista illegittimamente ammessa. Si è poi fatto notare che l'annullamento del risultato elettorale potrebbe essere disposto solo attraverso la prova di resistenza, ossia dimostrando che la diversa attribuzione dei voti della lista illegittimamente ammessa, avrebbe comportato una diversa attribuzione dei seggi.

<sup>41</sup> In tema di rinnovo alla carica di Presidente del Consiglio Regionale, va ricordata poi la giurisprudenza di merito che, in diverse occasioni, ha ammesso con riserva alla competizione elettorale una lista esclusa dall'Ufficio elettorale centrale. Ciò è quanto avvenuto con l'ordinanza n. 1593 del 1997 del Tar Veneto, Venezia, sez. I.

<sup>42</sup> Il primo comma dell'art. 83/11 del D.P.R. 16 maggio 1960, 570, prevede che: "[...] contro le operazioni per l'elezione dei consiglieri comunali, successive alla emanazione dei comizi elettorali, qualsiasi cittadino elettore del Comune, o chiunque altro vi abbia diretto interesse, può proporre impugnativa davanti alla sezione per il contenzioso elettorale, con ricorso che deve essere depositato nella segreteria entro il termine di giorni trenta dalla proclamazione

elettorali, riteneva impugnabile il solo atto di proclamazione degli eletti, poiché considerato l'unico lesivo delle posizioni giuridiche soggettive.

Un diverso orientamento giurisprudenziale, invece, sosteneva la possibilità di impugnabilità immediata degli atti anteriori alla proclamazione degli eletti, in considerazione della preminenza dell'interesse al corretto svolgimento della consultazione elettorale: i giudici ritenevano, cioè, che oggetto del giudizio elettorale fosse tutto il procedimento e non soltanto la proclamazione degli eletti, soprattutto in considerazione del possibile travolgimento della competizione a seguito dell'annullamento delle operazioni contestualmente impugnate<sup>43</sup>.

A partire dalla fine degli anni '90, questa soluzione è stata sostenuta dal Consiglio di Stato che, in diverse pronunce ha ammesso l'immediata impugnazione dell'esclusione di un candidato da una lista elettorale, poiché considerato atto autonomamente lesivo<sup>44</sup>.

Ciononostante, non può omettersi di segnalare la posizione negativa assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia del 24 novembre 2005, n. 10, laddove si è affermato che il termine per impugnare i provvedimenti di esclusione o di ammissione delle liste non può decorrere che dall'atto di proclamazione degli eletti, e ciò in considerazione della prospettiva unitaria che lega i sub-procedimenti di cui si compone il procedimento elettorale. E' stata così esclusa la possibilità di impugnazione "[...] anche prima della proclamazione degli eletti, di tutti gli atti endoprocedimentali riguardanti le operazioni per le elezioni comunali [...] con conseguente improponibilità anche di

---

degli eletti [...]. Aggiunge poi che i provvedimenti relativi alle operazioni elettorali successive all'emanazione del decreto di convocazione dei comizi, ivi compresi quelli di ammissione delle liste, vanno impugnati entro il termine di trenta giorni dalla proclamazione degli eletti.

<sup>43</sup> Un ulteriore argomento posto a fondamento della soluzione positiva è rappresentato dall'impatto negativo sull'erario dell'orientamento che richiede, per assicurare la tutela della lista illegittimamente esclusa dalla competizione elettorale, la ripetizione della consultazione medesima.

<sup>44</sup> Cons. St., Ad. Pl., 24 luglio 1997, n. 15, in *Foro Amm.*, 1997, 1928.

eventuali misure cautelari<sup>45</sup>, con la conseguenza che risultano superate le problematiche connesse alla caducazione dell'ordinanza cautelare in caso di successiva sentenza di improcedibilità del ricorso originario, ossia il pericolo che si possa provocare l'invalidazione delle operazioni elettorali, nonostante lo scarso seguito elettorale della lista ammessa "con riserva".

Diversamente, l'ammissibilità dell'impugnazione degli atti endoprocedimentali immediatamente lesivi è stata riaffermata in alcune decisioni della Sez. V del Consiglio di Stato; basti pensare alla sentenza del 17 febbraio 2006, n. 619 che, per evitare l'inammissibilità dei numerosi ricorsi pendenti, ha richiamato un "[...] interesse morale dell'opponente a vedere decisa favorevolmente, nel merito, l'impugnazione proposta ed a vedere anche convalidata, con la decisione del ricorso e dei relativi motivi aggiunti, la misura cautelare conseguita [...]". Nell'affermare ciò, il Consiglio di Stato ha definito "scusabile" l'errore del ricorrente che ha richiesto l'anticipata tutela con la domanda proposta avverso l'atto di ammissione, ritenendo la stessa assorbita nella successiva impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti.

Con questa soluzione è stata evitata la paventata ingiustificata disparità di trattamento tra i meccanismi di tutela cautelare e di merito in materia elettorale e quelli propri di casi analoghi (procedure concorsuali, procedure di gara, procedimenti di pianificazione urbanistica).

La centralità della questione è manifestata altresì dal fatto che la giurisprudenza di merito ha riproposto le argomentazioni favorevoli ad un immediato riconoscimento della tutela cautelare, e ciò nonostante la conferma del *revirement* dell'Adunanza Plenaria del 2005 con la sentenza n. 1461 del 4 maggio 2007<sup>46</sup> del Consiglio di Stato.

---

<sup>45</sup> Tra chi ha accolto favorevolmente tali considerazioni, si veda L. ADINOLFI, *L'Adunanza Plenaria blocca l'impugnativa degli atti endoprocedimentali delle operazioni elettorali prima della proclamazione degli eletti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>46</sup> Si conferma l'inammissibilità del ricorso in materia elettorale proposto immediatamente contro la esclusione di una lista dalla competizione elettorale e la necessità di attendere la proclamazione degli eletti per potere proporre il ricorso unitariamente avverso l'atto finale e quelli infraprocedimentali.

Il susseguirsi di pronunce contrastanti, anche nell'ambito di uno stesso Tar, ha spinto poi diversi giudici a sollevare le questioni di legittimità costituzionale decise dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 236 del 2010.

Sul punto, va ricordata la singolare circostanza che ha visto il legislatore pubblicare la norma che ha previsto l'autonoma impugnabilità degli atti del procedimento di ammissione o esclusione di liste o candidati nella Gazzetta Ufficiale, nello stesso giorno della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 236 del 2010.

Occorre evidenziare, inoltre, come, all'esito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 160 del 2012, la disposizione in questione (art. 129 c.p.a.) abbia previsto l'immediata impugnazione dei provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio, oltre che nel contenzioso relativo alle elezioni regionali, provinciali e comunali, anche a quelle europee, prevedendo la possibilità di ricorrere immediatamente<sup>47</sup>, escludendo tutti gli altri atti diversi, da contestare alla conclusione del procedimento con l'impugnazione contestuale dell'atto di proclamazione degli eletti<sup>4849</sup>.

---

<sup>47</sup> Si veda: L. DELPINO - F. DEL GIUDICE, *op cit.*, p. 786.

<sup>48</sup> In L. DELPINO – F. DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 786 si evidenzia che, a differenza della precedente formulazione, la formulazione della norma non fa riferimento solo ai provvedimenti di esclusione di liste o candidati, ma comprende tutti “i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio”. La portata della norma è più ampia anche per quanto concerne la legittimazione attiva, dal momento che l'impugnazione dei provvedimenti non risulta più limitata ai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi.

<sup>49</sup> Per quanto riguarda il procedimento, il codice lo suddivide in fasi caratterizzate dall'estrema celerità. Il ricorso avverso il procedimento preparatorio è presentato nel termine di tre giorni dalla pubblicazione degli atti da censurare anche mediante affissione, ovvero comunicazione, se prevista, degli atti impugnati; lo stesso ricorso deve poi essere notificato dal ricorrente o dal suo difensore esclusivamente mediante consegna diretta, posta elettronica certificata o fax, alla Prefettura, all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato e, ove possibile, agli eventuali contro interessati. Segue, infine, il suo deposito presso la segreteria del Tar adito, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico e a pubblicarlo sul sito internet della giustizia amministrativa. Nella seconda fase si svolge, invece, l'udienza di discussione che si tiene nel termine di tre giorni dal deposito del ricorso, senza avvisi e senza la possibilità di rinvio, anche in presenza di ricorso incidentale, e si conclude una sentenza in forma semplificata da pubblicare nello stesso giorno. La celerità del rito riguarda anche l'eventuale

## **5. Brevi considerazioni finali.**

Alla fine di tale breve percorso ricostruttivo, è possibile sottolineare come l'attuale assetto della tutela d'urgenza risulti espressivo del principio di effettività, principio in virtù del quale il ricorrente deve poter ricevere dal processo la piena soddisfazione delle proprie ragioni, e ciò sia all'esito di un giudizio "ordinario" che, in via provvisoria e strumentale, attraverso un giudizio di tipo cautelare o semplificato.

In tale luce si pone anche la disciplina riguardante la tutela nelle competizioni elettorali che, ammettendo l'impugnazione degli atti preparatori, pare rispondere adeguatamente all'interesse alla partecipazione che fa capo alle liste e ai candidati illegittimamente ammessi o esclusi, ed all'esigenza che sia assicurata la formazione e l'espressione della volontà popolare "senza inframmettenza alcuna".

---

appello in Consiglio di Stato per il fatto che l'impugnazione va proposta nel termine di due giorni dalla pubblicazione della sentenza e va notificato, direttamente dal ricorrente o dal suo difensore, nelle stesse forme previste per il primo grado, con la particolarità del deposito del ricorso in copia presso il Tar che ha emesso la sentenza di primo grado e l'applicazione delle stesse forme di pubblicità per il ricorso in primo grado.