

ANTONIO RUGGIERO

Amministrazione, procedimento cautelare e Costituzione.

ABSTRACT

Il presente lavoro muove dall'osservazione dello scenario europeo in tema di ricorso cautelare nei confronti dei pubblici poteri, atteso che, all'interno delle tematiche processuali, le misure cautelari rappresentano materia sulla quale si è prodotto il maggior impatto dell'ordinamento comunitario.

L'argomento di che trattasi rappresenta, infatti, esempio assai significativo della c.d. portata espansiva dei principi introdotti dalla disciplina comunitaria, con particolare riguardo all'applicazione estensiva dei contenuti "cautelari" di cui agli artt. 242 e 243 del Trattato CE, nell'ottica di una uniformazione fra gli Stati dell'Unione dei rispettivi diritti processuali di tutela delle situazioni soggettive, al fine di assicurare un'applicazione altrettanto uniforme delle norme comunitarie nei confronti di tutti i destinatari.

Il modello comunitario di tutela giurisdizionale, ed in particolare la facoltà della Corte di Giustizia di ordinare "la sospensione dell'atto impugnato" (art. 242) ovvero i "provvedimenti provvisori necessari" (art. 243), ha costituito oggetto di espansione applicativa ai giudici nazionali – come si evince dalle sentenze della Corte di Giustizia citate nel corso del presente lavoro (Sent. 19/6/90 *Factortame* – Causa 213/89; Sent. 09/11/95 *Atlanta* – Causa 465/93) che hanno sottolineato la facoltà del giudice nazionale di disapplicare le leggi nazionali che gli impediscano di emettere provvedimenti provvisori di indole cautelare a tutela di diritti fondati sulle

norme comunitarie (sent. *Factortame*), nonché la facoltà di adottare misure cautelari "positive" nei confronti di atti amministrativi che si basino su norme comunitarie oggetto di rinvio pregiudiziale (Sent. *Atlanta*).

L'attenzione dell'A. si rivolge, pertanto, a) all'analisi del fondamento comunitario del ricorso ai mezzi cautelari, che viene fatto risiedere nel "principio di effettività della tutela giurisdizionale", nonché b) alla tendenza europea ad apprestare garanzia costituzionale al citato principio, che si fa assurgere a diritto soggettivo fondamentale, garanzia dei diritti soggettivi tutti.

Risultato dell'osservazione comparata è la constatazione dell'evolvere del giudizio amministrativo in Europa verso un modello di accertamento costruito su parametri ed oggetti costituzionali. Particolare attenzione viene dedicata all' "Amparo" spagnolo che, al pari di analoghi istituti austriaci e tedeschi, consiste nel riconoscimento ai singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, della facoltà di adire direttamente la Corte Costituzionale, per ottenere la tutela di diritti costituzionalmente garantiti ritenuti oggetto di arbitraria violazione ad opera dei pubblici poteri, riconoscimento che assurge, pertanto, a status costituzionale. Da tale garanzia costituzionale della sospensione cautelare consegue la diretta applicabilità della Costituzione all'azione della P.A. e quindi la quanto meno tendenziale "gerarchizzazione" della discrezionalità amministrativa ai valori costituzionali.

Il presente lavoro, che affronta anche un confronto comparativo più ampio dell'istituto dell'Amparo in correlazione con il tema della sospensione dell'atto impugnato, si cura di precisare il mancato uniformarsi dell'esperienza italiana al fenomeno sinora descritto, e conclude – anche dopo l'esame del combinato disposto degli artt. 133 e 134 del Progetto di riforma costituzionale, elaborato dalla Commissione Bicamerale istituita con L. Cost. n.1/97, e peraltro mai attuato – escludendo l'ipotesi di una futura diffusione giurisprudenziale della "tutela immediata ed effettiva" dei diritti fondamentali che avvicina l'esperienza spagnola alla giurisprudenza comunitaria. A conclusione un breve richiamo alla tutela cautelare nel processo tributario, quale strumento di garanzia effettiva dell'amministrato.

ANTONIO RUGGIERO

AMMINISTRAZIONE, PROCEDIMENTO CAUTELARE
E COSTITUZIONE

*Brevi osservazioni sulla tutela giudiziale effettiva
nei confronti della pubblica amministrazione*

SOMMARIO

1) La "tutela giudiziale effettiva" come diritto e come parametro; 2) Lo statuto costituzionale della sospensione cautelare; 3) Sospensione cautelare e *Judicio de Amparo*; 4) "Tutela giudiziale effettiva" e caratteri dell'Amparo; 5) I limiti dell'esperienza italiana e le improbabili riforme; 6) Diritto nazionale interno e diritto comunitario; 7) Le prospettive aperte dalla riforma del processo tributario in Italia.

1. Il più recente scenario europeo offre interessanti spunti sul tema della rilevanza che può assumere il ricorso cautelare nei confronti degli atti dei pubblici poteri¹.

È noto, infatti, che a norma del Trattato CE la Corte di Giustizia non solo "può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato" (art. 242), ma più in generale negli affari che le sono proposti "può ordinare i provvedimenti provvisori necessari" (art. 243). Su questa premessa si è sviluppata un'innovativa giurisprudenza che ha prodotto l'espansione applicativa delle citate previsioni comunitarie persino nei confronti dei giudici nazionali, ai quali è stato riconosciuto il potere interinale di sospendere l'efficacia degli atti comunitari sospetti di illegittimità, a condizione che su di essi sia sollevata la questione pregiudiziale innanzi alla Corte stessa².

Certamente il risvolto costituzionalmente più significativo degli itinerari comunitari è però rappresentato dall'invocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale come fondamento costitutivo del ricorso ai mezzi cautelari. La sentenza *Factortame*, prima³, e il recente caso *Atlanta Fruchthandellgesellschaft*⁴, poi, delineano un paralle-

¹ Cfr. per tutti R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, e M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimento d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

² Corte Giust. CE, 21 febbraio 1991, in *Foro It.*, 1992, IV, 1 ss.

³ Corte Giust. CE, 19 giugno 1990, in *Foro Amm.*, 1991, 1885 ss.

⁴ Corte Giust. CE, 9 novembre 1995, in *Foro Amm.*, 1996, 2543 ss.

lismo tra le garanzie previste dal Trattato CE e quelle offerte dai giudici nazionali, da cui emerge la configurazione costituzionale di un parametro di legittimazione al ricorso ai mezzi cautelari e di validità delle singole soluzioni processuali, rintracciato nell'applicazione estensiva dei citati artt. 242 e 243 del Trattato CE⁵. Tale parametro, pertanto, sembra assumere il rango di norma-valore dell'intero ordinamento comunitario, consustanziale al perseguimento della "tutela giudiziale effettiva" quale diritto fondamentale radicato nella sfera soggettiva degli amministrati.

Il giudice comunitario ha individuato nella "coerenza" del sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive di matrice comunitaria il contenuto della tutela cautelare che il giudice nazionale deve garantire al singolo nelle controversie in cui si debbano applicare le norme di diritto comunitario. Tutela che, alla luce della collocazione sistematica degli artt. 242 e 243 Trattato CE, non può variare a seconda che i singoli chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione di provvedimenti provvisori che disciplinino a loro vantaggio situazioni in diritto o rapporti giuridici controversi.

Il modello comunitario di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive si propone, pertanto, come meta di un lungo processo di sussunzione e di uniformazione dei diritti processuali di tutela garantiti negli Stati membri dell'Unione⁶.

Non a caso, si è opportunamente osservato che l'orientamento europeo sembra consolidare a livello comunitario un complesso di soluzioni che hanno già trovato parziale accoglimento proprio nelle Corti Costituzionali nazionali, come quella italiana, sulla base della norma-valore dell'articolo 24.1 Cost. ("Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"), con la sentenza – a contenuto additivo – 190/1985⁷, o quella spagnola con il ricorso all'analogia norma-valore dell'articolo 24.1 CE ("Tutti hanno diritto alla effettiva

⁵ In questo senso R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro Amm.*, 1996, 2554 ss.

⁶ Cfr. sul punto, A. SAGGIO, *La giurisprudenza comunitaria sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Reg.*, 1996, 455 ss., nonché A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1996, 1155 ss.

⁷ In *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 117 ss.

va tutela da parte dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei diritti e degli interessi legittimi, senza che in nessun caso si possa verificare mancanza di difesa")⁸, dove il problema del riconoscimento del ricorso ai mezzi cautelari appare fondato sull'accertamento della garanzia del diritto fondamentale alla tutela giudiziale, quasi nell'implicito perseguimento di una sorta di *Feststellungsklage* alla tedesca.

È diffusa l'opinione che il modello comunitario di giudizio sulla legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie sia ricalcato, almeno nei suoi caratteri fondamentali, sul modello francese di giustizia amministrativa. In particolare, è evidente l'influenza esercitata sugli autori del Trattato del modello francese del *contentieux en annulation*. Il giudizio di annullamento, in contrapposizione al *contentieux de plein juridiction*, è un giudizio di tipo cassatorio, che circoscrive la propria indagine alla legittimità formale dell'atto amministrativo, senza analizzare nel merito i presupposti di fatto previsti nella fattispecie normativa. L'influenza del sistema francese è vieppiù evidente nell'attività discrezionale e valutativa compiuta dall'amministrazione, la quale coniuga le valutazioni tecniche a quelle discrezionali sotto il profilo del controllo giurisdizionale, in entrambe le ipotesi informato a criteri di sindacato tipici dell'indagine sull'interesse pubblico.

Non va infine sottovalutata l'influenza che il sistema tedesco di tutela giurisdizionale può esercitare sul modello comunitario, soprattutto ove si consideri che il *Bundesverfassungsgericht* si è eletto "controllore" delle istituzioni comunitarie. Tale influenza è evidente nella recente sentenza del caso *Port*⁹, originata da una pronuncia del giudice costituzionale tedesco che ha affermato la sua competenza a sindacare i trattati comunitari in relazione ai valori fondamentali contenuti nel *Grundgesetz*. Tuttavia, ragioni di opportunità politica e di interpretazione uniforme, hanno determinato la Corte ad affermare la propria esclusiva competenza a sindacare sulle eventuali omissioni delle istituzioni comunitarie, individuando nelle norme del Trattato il potere dello stesso giudice di pronunciare, almeno in sede cautelare, provvedimenti di contenuto ordinatorio nei confronti dell'amministrazione comunitaria.

⁸ Cfr. per tutti, G. RUIZ-RICO RUIZ, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1997.

⁹ Corte Giust. CE, 26 novembre 1996, in *Foro It.*, 1997, IV, 248 ss., con nota di D. BELLANTUONO.

Ad ogni buon conto, la particolarità europea risiede nel fatto che la Corte di Giustizia, fornendo il "fondamento comunitario" del ricorso ai mezzi cautelari, abilita lo stesso giudizio amministrativo ad evolversi verso un modello di accertamento costruito su parametri e oggetti costituzionali.

Il fatto che persino in sede di riforma costituzionale italiana si sia avvertita l'esigenza di pervenire a questo salto qualitativo del problema, con la previsione nella futura Costituzione, come attesta l'art. 133 del Progetto di riforma costituzionale elaborato dalla "Commissione Bicamerale" istituita con legge costituzionale 1/1997, della garanzia costituzionale dell'effettività della tutela verso la pubblica amministrazione con mezzi cautelari ("Nei confronti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, anche cautelare, con le modalità stabilite dalla legge"), sta a dimostrarlo; soprattutto se si ipotizza di combinare il citato articolo con quello seguente, il 134 lett. I ("La Corte Costituzionale giudica sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale"), che promette per l'Italia l'apertura verso la tradizione dell'*Amparo constitucional* spagnolo.

2. L'*Amparo* spagnolo e gli analoghi istituti previsti in Austria e Germania presentano quale comune denominatore il riconoscimento ai singoli soggetti, persone fisiche o giuridiche, della facoltà di adire direttamente la Corte Costituzionale onde ottenere tutela di diritti costituzionalmente garantiti, se violati da atti arbitrari dei pubblici poteri.

Si tratta di uno strumento di chiusura del sistema apprestato a garanzia di diritti fondamentali, che si atteggia in modi differenti in relazione alle singole esperienze storiche e giuridiche. Nel caso tedesco, ad esempio, lo strumento della *Verfassungsbeschwerde* è proponibile solo dopo avere esaurito tutti i previsti gradi di giudizio. La Corte costituzionale tedesca, tuttavia, può intervenire quando al ricorso sia riconosciuto un interesse generale ovvero il ricorrente possa subire un danno grave e irreparabile legato all'esperimento delle normali vie legali.

Ad ogni modo, il riconoscimento al singolo del diritto a ricorrere direttamente avverso un provvedimento lesivo di diritti fondamentali per ottenerne la sospensione assurge alla dignità di un vero e proprio status costituzionale.

La più accorta dottrina europea, infatti, è pervenuta a questa con-

clusione proprio attraverso la coniugazione della prospettiva comunitaria con quella dei singoli ordinamenti.

Così è stato in Francia, a partire dalla decisione del *Conseil Constitutionnel* del 5 settembre 1986 fino alla decisione del 9 gennaio 1990, in cui, assumendo a parametro l'art. 66 della Costituzione in forza del quale "nessuno può essere sottoposto a detenzione arbitraria. L'autorità giudiziaria, garante della libertà individuale, ne assicura il rispetto nei modi previsti dalla legge", si è affermato il principio che le garanzie giurisdizionali di diritto comune debbano ricomprendere sempre la possibilità della sospensione dell'atto amministrativo impugnato.

Stavros Tsiklitis¹⁰ ha potuto concludere in merito che la regola del ricorso alla sospensione dell'atto amministrativo impugnato ricopre ormai in Francia un vero e proprio *status* costituzionale da ascrivere come parte del "blocco di costituzionalità" e porsi pertanto come limite agli interventi del legislatore medesimo.

Analogamente in Spagna si è parlato di un "blocco di costituzionalità"¹¹ di conformazione comunitaria, fondato sull'assunto che non ci sia possibilità di garantire ai cittadini una tutela giudiziale effettiva in assenza dell'ammissione concreta della soddisfazione dei loro diritti; per cui il principio, testualmente consacrato dal citato art. 24.1 CE, dev'essere coniugato con una serie di ulteriori disposizioni che vincolano l'attività del giudice all'attuazione costituzionale, come l'art. 5 della LOPJ (Legge organica sul potere giudiziale 6/1985), per il quale la Costituzione rappresenta "la norma suprema dell'ordinamento giuridico che vincola tutti i giudici e tribunali...", applicabile direttamente attraverso un'interpretazione estensiva ed adeguatrice, in mancanza della quale sarà necessario sollevare questione di incostituzionalità¹².

Nel risolvere, appunto, una questione di incostituzionalità, il Tribunale Costituzionale spagnolo, con la sentenza 238/1992, ha ribadito

¹⁰ S. TSIKLITIS, *Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif*, in *Rev. Droit Public*, 3, 1992, 679 ss.

¹¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, in *Rev. Esp. Der. Administrativo*, 76, 1992, 137.

¹² Sulla giurisprudenza costituzionale spagnola, che ha ribadito il legame descritto nel testo, si ricordino almeno: STC 1/1981, ATC 325/1982, STC 55/1986 e 110/1988. Per la dottrina, cfr. J. GARCÍA MORILLO, *La Justicia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1987.

che la mancata previsione o attuazione della sospensione giudiziale dell'atto amministrativo rappresenta un "*mandato incostitucional*" per contrasto con il "diritto fondamentale" alla tutela giudiziale effettiva: individuando nella pubblica amministrazione un'istituzione al servizio degli interessi generali, (art. 103.1 CE) il principio della sospensibilità dell'atto viene pertanto assunto a parametro di validità delle scelte legislative processuali e di interpretazione costituzionalmente conforme dei singoli giudici amministrativi. Il Tribunale, infatti, ha stabilito che la previsione dell'autotutela non sia contraria di per sé alla Costituzione, ma certamente non possa sacrificare il valore dell'art. 103 CE, al quale va subordinata la stessa esecutività dell'atto amministrativo allorché risulta incompatibile con l'art. 24.1 CE. È quindi su questo diritto fondamentale che si impianta il potere giurisdizionale di adottare mezzi cautelari.

Inoltre, l'attuazione concreta dell'ulteriore principio contenuto nell'art. 106.1 CE ("I tribunali controllano la potestà regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa così come il perseguimento dei fini che la giustificano") ha comportato che il controllo giurisdizionale si estenda proprio al carattere immediatamente esecutivo degli atti amministrativi, al fine di valutarne la sospensibilità¹³.

In questa sede non interessa verificare la perfetta corrispondenza di questa ricostruzione al concetto di "blocco di costituzionalità" notoriamente discusso in Spagna¹⁴.

Al contrario, è importante cogliere il risvolto di diretta applicabilità della Costituzione sull'azione della pubblica amministrazione, che la garanzia costituzionale della sospensione cautelare incoraggia.

Da questo punto di vista, la Costituzione spagnola sembra perseguire, con riferimento all'attività dei pubblici poteri e della pubblica amministrazione in particolare, la medesima connessione fra affermazione dei parametri ed efficacia diretta dei diritti fondamentali, che ha contraddistinto, come si è visto, l'evoluzione del modello europeo. Infatti, l'art. 9.1 CE ribadisce il vincolo di tutti i poteri e di tutti i cittadini alla Costituzione, sancendo l'efficacia diretta della Costituzione particolarmente rilevante in materia di diritti fondamentali, come con-

¹³ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Madrid, 1995, 316 ss.

¹⁴ Si veda per tutti, F. RUBIO LLORENTE, *El Bloque de Constitucionalidad*, Madrid, 1991.

ferma il tenore letterale quasi identico del successivo art. 53 CE¹⁵, nella parte in cui si proclama che i diritti fondamentali vincolano tutti i poteri dello Stato e quindi anche i giudici, nonché il legislatore che l'attività dei giudici deve disciplinare¹⁶.

Un'autorevole dottrina è pervenuta alla conclusione che la discrezionalità amministrativa nel perseguimento dell'interesse generale debba reputarsi "gerarchizzata" ai valori costituzionali, nella misura in cui persegue e traduce i diritti fondamentali all'interno dei meccanismi amministrativi¹⁷. Si è infatti osservato che tutto il contenzioso amministrativo deve mirare non solo a garantire il soddisfacimento dell'interesse generale indicato dall'art. 103 CE, ma anche e soprattutto a rispondere costantemente al diritto dei cittadini alla "tutela giudiziale effettiva", disposta dall'art. 24 CE¹⁸.

Ecco allora che la possibilità concreta di sospendere l'esecuzione dell'atto finisce con l'interagire con il disegno generale di effettività della tutela giudiziale costituzionalmente tracciata.

Non è secondario constatare che questo disegno si concretizza poi nell'attivazione di quelle particolari ed originali procedure spagnole che consistono nei *Recursos de Amparo* "ordinario" e "constitucional", entrambi indotti dal principio del citato art. 53 CE.

L'art. 53 della LPJDF (Legge di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali 62/1978) ricollega all'*Amparo* "ordinario" la facoltà di richiedere o di concedere la sospensione dell'efficacia dell'atto am-

¹⁵ Art. 53 CE: "I diritti e le libertà riconosciute nel capo II del presente titolo sono vincolanti per tutti i pubblici poteri ... Qualsiasi cittadino può ottenere la tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti dall'art.14 e dalla sezione I del capo II davanti ai tribunali ordinari con un procedimento basato sui principi di preferenza e di sommarietà e, qualora spetti, attraverso il *Recurso de Amparo* davanti al Tribunale Costituzionale... Il riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel capo III informano la legislazione positiva, la pratica giudiziale e l'attuazione dei pubblici poteri..."

¹⁶ M. APARICIO PEREZ, *La Aplicación de la Constitución por los Jueces y la Determinación del Objeto del Amparo Constitucional*, in *Rev. Centro Est. Constitucionales*, 3, 1989, 71 ss., nella prospettiva sintetizzata nel testo, descrive la "tutela giudiziale effettiva" come funzione esclusiva del potere giudiziale, servizio pubblico di prestazione, diritto soggettivo fondamentale, garanzia di tutti i diritti soggettivi.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Madrid, 1989, 48 ss.

¹⁸ L. MARTÍN RETORTILLO, *La administrativización de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquellos*, in *Libertades públicas y derecho administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, 9 ss.

ministrativo lesivo di uno dei diritti indicati come ricorribili dalla stessa Legge. Analogamente disponeva già l'art. 123 della LJCA (Legge sul contenzioso amministrativo del 1956), in una prospettiva però avulsa dal riferimento al fondamento costituzionale della pretesa adottata; fondamento ribadito invece dagli articoli 56-57 della LOTC (Legge organica sul *Tribunal Constitucional* 2/1979), che ammettono anche per l'*Amparo* "constitucional" la sospensione dell'atto impugnato in funzione del contenuto costituzionale dell'interesse del ricorrente.

A questo punto, sarà il rapporto, a più livelli e in più sedi processuali, fra ammissibilità del mezzo cautelare e tutela costituzionale effettiva del diritto fondamentale, a imporre la sospensione medesima come garanzia costituzionale.

Non a caso, la dottrina spagnola ha preferito affrontare estensivamente il problema della legittimazione attiva nel contenzioso amministrativo, fondandosi non solo sull'interesse legittimo menzionato dall'art. 162.1.b CE, ma soprattutto, ancora una volta, sul citato art. 53.2 CE¹⁹.

3. Anche il confronto comparativo più ampio, aperto alle indicazioni provenienti dalle esperienze storiche di affermazione dell'istituto dell'*Amparo*, attesta il legame descritto, al cui interno la sospensione cautelare assurge a componente del "blocco di costituzionalità" e il *Recurso de Amparo* si traduce nella concretizzazione della tutela giudiziale effettiva dei diritti fondamentali.

Naturalmente il riferimento principale non può che essere alla Costituzione messicana del 1917 e alla stretta correlazione in essa tracciata fra previsione costituzionale delle condizioni di sospensione dell'atto impugnato e disciplina dei *Recursos de Amparo*.

Il tema della sospensione dell'atto impugnato in sede di *Amparo* ha conosciuto uno sviluppo particolarmente articolato in dottrina e giurisprudenza messicane²⁰. In ordine ai presupposti della sospensione, la Legge sull'*Amparo* del 1976 stabilisce, all'art. 35, che la sospensione debba avere carattere incidentale e, all'art. 124, che la ragione della sua concessione debba risiedere nella valutazione della sua pertinenza

¹⁹ Cfr. per tutti, P.J. GONZALES TREBIJANO, *La legitimación en el Recurso de Amparo: los intereses legítimos*, in *Rev. Derecho Publico*, 98, 1985, 23 ss.

²⁰ C. ARELLANO GARCÍA, *El Juicio de Amparo*, Mexico, 1983, 877 ss., e G. GÓNGORA PIMENTEL, M.G. SAUCEDO ZAVALA, *La Suspensión del acto reclamado. Compilación alfabética de tesis jurisprudenciales y precedentes*, Mexico, 1992.

a mantenere in vita il bene giuridico del ricorso, alla luce del rilievo costituzionale dello stesso. A questo punto, la stessa Costituzione concretizza tale rilievo nella previsione medesima della sospensione cautelare quale garanzia di tutela effettiva. Tant'è che nell'art. 107 Cost. Messicana, alle Frazioni X e XI, si proclama un principio generale di sospensione in sede di *Amparo* alla Suprema Corte di Giustizia o ai Tribunali collegiali di Circoscrizione. La Legge specifica poi che la sospensione dell'atto impugnato nel giudizio di *Amparo* è attivabile d'ufficio, allorquando l'atto può compromettere una serie di diritti riconducibili all'art. 22 della Costituzione messicana (diritti all'integrità fisica e alla tutela patrimoniale).

In Venezuela, la Legge organica sull'*Amparo* del 1988 ha stabilito che il ricorso contenzioso amministrativo realizzato come azione di *Amparo* contro un atto, debba sempre contemplare la sospensione dell'atto medesimo quale mezzo processuale efficace di protezione costituzionale delle situazioni²¹ e concretizzazione della previsione dell'art. 49 della Costituzione ("I tribunali proteggono ogni abitante della Repubblica nell'esercizio dei diritti e delle garanzie stabilite dalla Costituzione, in conformità alla legge. A tal fine il procedimento dovrà essere breve e sommario. Il giudice competente dovrà avere il potere di ristabilire immediatamente la situazione giuridica lesa")²².

Analogamente, la Costituzione della Colombia del 1992²³ esplicita l'istituto della sospensione direttamente nell'art. 238, come già in precedenza fatto con la Costituzione del 1886, all'art. 193 ("La giurisdizione del contenzioso amministrativo può sospendere provvisoriamente gli atti dell'amministrazione per i motivi e alle condizioni stabilite dalla legge").

L'elemento che sembra accomunare le esperienze dell'*Amparo* nel rapporto con l'attivazione dei mezzi cautelari, risiede in una serie di fattori più volte evidenziati dalla dottrina.

Innanzitutto, il parametro della tutela cautelare diventa materialmente costituzionale, nel senso che la funzione del giudice, proprio

²¹ A.R. BREWER-CARIAS, *El Amparo a los Derechos y Garantías constitucionales*, Caracas, 1993, 120.

²² Cfr. ancora A.R. BREWER-CARIAS, *El Derecho de Amparo y la Acción de Amparo*, in *Rev. Der. Público*, 22, 1985, 51 ss.

²³ A. BARRERA CARBONELL, *Hacia una nueva concepción de la suspensión provisional del acto administrativo en Colombia*, in *Bol. Medicano Der. Comparado*, 90, 1997, 899 ss.

perché assume per riferimento la presenza o meno di diritti fondamentali, si connota inevitabilmente come direttamente costituzionale; il che non può non avere riflessi problematicamente significativi sulla definizione del potere giudiziario ordinario rispetto alla garanzia costituzionale delle Corti di legittimità delle leggi²⁴. È questo un profilo emblematicamente trascurato, come si accennerà più oltre, dall'attuale prospettiva di riforma costituzionale in Italia²⁵, laddove la costituzionalizzazione dell'*Amparo* richiede necessariamente un'esplicita copertura costituzionale del ruolo del potere giudiziario come tutore dei diritti oltre che della legalità²⁶.

In secondo luogo, la connotazione costituzionale del diritto alla tutela giudiziale effettiva attraverso il ricorso ai mezzi cautelari dovrebbe consentire di differenziare la prima dai diritti processuali concreti da vantare nel giudizio di merito. Insomma, potrebbe favorire una riqualificazione del "*fumus boni iuris*", indipendentemente dai contenuti del merito del giudizio²⁷, e in ragione piuttosto del livello normativo di disciplina del rapporto controverso e della sua rilevanza costituzionale²⁸. Tradotto in termini sostanziali, questo significa che la tutela giudiziale effettiva imporrà una considerazione processuale degli interessi pubblici espressi dalla pubblica amministrazione, non più in termini di supremazia o di disponibilità assoluta del rapporto con l'amministrato,

²⁴ È noto che proprio sulla base delle considerazioni accennate nel testo, L. MARTÍN RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, XV, in una sezione significativamente intitolata "*Contra el Recurso de Amparo*", suggeriva di ridimensionare l'ambito di applicazione dell'*Amparo Constitucional* spagnolo, altrimenti surrettiziamente utilizzabile quale quarto grado di giurisdizione per la tutela delle pretese processuali ordinarie.

²⁵ Cfr. in generale sul problema, A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, 1995, 304 ss.

²⁶ In questo senso, P. PEREZ TREMPES, *Protección específica y protección general de los derechos fundamentales*, in *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, 1776.

²⁷ In questo senso, si veda E. GARCIA DE ENTERRIA, *Principio de legalidad, Estructura material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, in *Rev. Der. Constitucional*, 10, 1983, 41 ss. Ma in questa prospettiva, si dovrebbe considerare anche il dibattito tedesco sul tema. Cfr. sul punto, E. SCHMIDT-ASSMANN, *La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19-IV)*, in J. BARNES (Cur.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993, 135 ss.

²⁸ Naturalmente il problema viene appena accennato in questa sede, se si pensa alle implicazioni che esso produrrebbe in ordine alla riqualificazione dei presupposti dell'interesse legittimo rappresentato in giudizio.

bensi come obbligo di conformazione ad una serie di *standard* di rilevanza e copertura costituzionale²⁹.

Una recente proposta elaborata in Spagna in tema di tutela dei diritti fondamentali nei processi di privatizzazione conferma l'importanza e l'utilità di quest'ultima osservazione³⁰.

4. L'esperienza spagnola della utilizzazione dei due strumenti dell'*Amparo* "Ordinario" e "Constitucional", ai fini della realizzazione della "tutela giudiziale effettiva", consente di approfondire anche il profilo più strettamente sostanziale dei presupposti oggettivi che dovrebbero attivare la sospensione cautelare dell'atto impugnato.

Infatti, sia la LJCA sia la LPJDF stabiliscono che l'oggetto materiale dell'*Amparo* contenzioso amministrativo consiste nella pretesa vantata nei riguardi di un atto dell'Amministrazione pubblica "soggetto al diritto amministrativo".

Questa formula, naturalmente molto discussa in dottrina e giurisprudenza³¹, è stata interpretata anch'essa alla luce dell'art. 53.2 CE e della LOTC, ossia al fine di funzionalizzare l'identificazione dell'atto impugnabile all'esistenza di un diritto fondamentale ricorribile in via di *Amparo* e pertanto meritevole di una "tutela giudiziale effettiva"³².

In questo modo, inoltre, è stato possibile superare l'inquadramento puramente formale del concetto di pubblica amministrazione, in sintonia, fra l'altro, con i noti orientamenti comunitari, e pervenire anche ad un'estensione del concetto di "atto amministrativo" impugnabile, comprensivo delle "omissioni" o delle "semplici vie di fatto", per le quali, come è noto, più difficile appare l'utilizzazione del mezzo caute-

²⁹ Il profilo del testo può essere appena accennato, ma evidentemente si riconnette alla nota costruzione di un diritto amministrativo "paritario". Si veda il classico F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

³⁰ Si tratta dell'importante studio di A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, 398 ss., in cui, tra l'altro, si parte dalla interpretazione che il *Tribunal Constitucional* (STC 37/1982 e ATC 653/1984) ha maturato sul ruolo del *Recurso de Amparo* "Ordinario" nell'attivazione di una giustizia amministrativa rapida ed effettiva.

³¹ Cfr. J. GONZALES PEREZ, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1992, 71 ss.

³² J. GARCÍA MORILLO, *La Protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994, 98 ss.

lare³³, ma non certo scongiurabile la lesione di un diritto fondamentale, come dimostra l'esplicita ammissione contenuta negli artt. 41.2 e 43.1 della LOTC, in materia appunto di *Amparo Constitucional*.

È appena il caso di osservare che l'utilizzazione di un simile approccio nella giustizia amministrativa apparirebbe, oltre che conforme alla "legalità comunitaria", costituzionalmente corretto anche in contesti, come quello italiano, che rintracciano con difficoltà una giustificazione del ricorso alla sospensione cautelare, fondata sul principio-valore della difesa giudiziale³⁴.

5. Nonostante queste suggestioni, la situazione italiana è inesorabilmente differente, in quanto il duplice profilo del parametro costituzionale e della effettività della tutela non conosce in Costituzione una perfetta corrispondenza e quindi non riscontra una concretizzazione adeguata.

Nell'evoluzione della concezione di giustizia amministrativa, un punto fermo è rappresentato dalla legge 1034/1971, che all'art. 21 ha innovato la "sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato": la giurisprudenza ha espresso, in rapporto a tale istituto, le sue potenzialità creative, confluite nella nuova formulazione dell'art. 21, come modificato dagli articoli 1 e 3 L. 205/2000, recante "*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*".

La sospensiva ha naturalmente assunto importanza anche per la dottrina che ha dimostrato di apprezzare la rilevanza dell'istituto cautelare nel processo amministrativo. Presupposti essenziali della misura cautelare sono, dunque, il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, stimati e valutati dal giudice amministrativo in relazione rispettivamente alla fondatezza della domanda cautelare ed ai rischi connessi ai ritardi nelle more del giudizio ordinario. In particolare, nel sindacato sulla gravità ed irreparabilità del danno, la discrezionalità viene integrata da norme e principi di diritto relativi all'ammissibilità dell'azione cautela-

³³ A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización*, 418 ss.

³⁴ Ancora una volta, il riferimento, per l'Italia, è alla nota sentenza della Corte Costituzionale nr.190/1985 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 21 u.c. L.1034/1971, nella parte in cui "non consente al giudice di adottare.. i provvedimenti di urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei". Si veda infatti il commento di E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 117.

re, in ordine all'accertamento della reversibilità o meno della posizione vantata.

Tuttavia, l'assenza in Italia di un principio analogo a quello dell'art. 53 della Costituzione spagnola sottolinea la mancata diffusione giurisprudenziale della tutela "immediata ed effettiva" dei diritti fondamentali: una difficoltà, nella giustizia ordinaria e amministrativa, evidenziata a suo tempo da Aldo M. Sandulli, non a caso in un "Colloquio italo-latinoamericano di diritto costituzionale", svoltosi a Perugia nel 1980 ed avente ad oggetto proprio il *Judicio de Amparo*.

È vero che il citato Progetto di riforma costituzionale elaborato dalla "Commissione Bicamerale", istituita con la Legge costituzionale 1/1997³⁵, all'art. 133, da leggersi in combinato disposto con l'art. 134, prevede esplicitamente la possibilità di esercitare la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione anche in forma cautelare, ma non la riconduce ad alcun modello processuale specifico.

Anzi, proprio l'ipotesi di un nuovo testo dell'art. 134 (*lett.i*), contemplando il ricorso diretto alla Corte Costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali, quasi in una sorta di riproduzione dell'*Amparo* "constitucional", scompagina prospetticamente quel naturale legame tra "tutela giudiziale effettiva" e sospensibilità costituzionalmente indotta, che avvicina l'esperienza spagnola alla giurisprudenza comunitaria, ed amplifica al contrario problemi ancora irrisolti del sistema italiano di giustizia amministrativa e costituzionale.

In primo luogo, il nesso tra tutela cautelare e ricorribilità diretta dei diritti fondamentali, tradizionalmente radicato nella evoluzione stessa della istituzione dell'*Amparo* opportunamente operante in Spagna, in forza proprio del citato articolo 53.2 CE, con la Legge sulla protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali della persona (LPJDF 62/197, art. 7), e ormai presupposto dalla stessa giurisprudenza comunitaria, non sembra ottenere alcuna esplicitazione nel testo del Progetto della "Commissione Bicamerale". Né più congruenti appaiono i tentativi di eliminazione delle disfunzioni del processo amministrativo italiano, quando anch'essi sfuggono alla combinazione della

³⁵ Come è noto, il progetto di riforma non è stato approvato ed ha poche prospettive di essere ripreso, a causa della fine della legislatura in cui è stato approvato.

sospensibilità dell'atto con la qualificazione del contenuto costituzionale del pregiudizio arrecato dal provvedimento amministrativo³⁶.

È sufficiente constatare la scarsa attenzione, riservata dalla giurisprudenza amministrativa cautelare italiana, alla qualificazione del "*fumus boni iuris*", rispetto al "*periculum in mora*", in termini costituzionalmente adeguati alla "tutela effettiva" nonché alla legittimità costituzionale della pretesa fatta valere³⁷.

Infatti, il secondo problema che la riforma italiana lascerebbe irrisolto investirebbe il nesso tra tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale.

Tale prospettiva emerge in tutta la sua problematicità allorché sia il ricorso stesso al giudice amministrativo a contenere un *petitum* di fondamento costituzionale; ad esempio, nel caso in cui si eccepisca, in sede di istanza cautelare, la questione di legittimità costituzionale di una norma di legge. In un'ipotesi del genere, il nesso fra interpretazione giudiziale e questione di incostituzionalità, suggerito in Spagna dal citato art. 5 della LOPG, è tutt'altro che scontato nel comportamento del giudice italiano. Generalmente si assiste al ridimensionamento della prospettiva, sulla base dell'assunto che non si debba confondere la rilevanza dell'incidente di costituzionalità eccepito, con l'interesse sostanziale della parte ricorrente all'accoglimento della sospensiva in ragione del "*periculum in mora*"³⁸.

Eppure una decisione del TAR dell'Emilia Romagna³⁹ ha opportunamente rilevato che deve essere sempre accolta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, ai sensi dell'art. 21 ultimo comma della L. 1034/1971, allorché il giudice amministrativo nutra un sospetto di incostituzionalità su una norma di legge applicabile al caso concreto e rimetta la questione alla Corte Costituzionale, "dal

³⁶ Si veda in merito F. SORRENTINO, *Intervento*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e pro-movimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 243 ss.

³⁷ Per qualche spunto, F. SATTA, *Sospensione del provvedimento impugnato e doppio grado di giudizio*, in *Foro It.*, 1977, III, 233 ss. Cfr. anche A. Valori, *Tutela cautelare nel processo amministrativo*, Padova, 1991.

³⁸ In linea di massima, sulla questione generale del nesso fra interesse sostanziale e rilevanza della questione di legittimità costituzionale, si veda ora A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 253 ss. Per una recente ripresa del filo, si cfr. Sent. Corte Cost. 99/1998, in *Guida agli enti locali*, 18, 1998, 82 ss.

³⁹ TAR Emilia Romagna, Sez. II, Bologna, 23 agosto 1989 n. 2, in *Foro It.*, 1990, III, 157 ss.

momento che ciò sta a significare la presenza, nel proposto ricorso giurisdizionale, di quegli aspetti di fondatezza che concretano il richiesto requisito del *fumus boni iuris*, in quanto l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme di legge, denunciate con l'ordinanza di rimessione, non potrebbe non ripercuotersi sulla validità dei provvedimenti amministrativi impugnati, che di quella disposizione di legge hanno fatto applicazione".

Non a caso tale orientamento ha trovato immediato riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana (sentenze 579/1989, 378/1993, 456/1994)⁴⁰, quasi in sintonia con l'accennata visione comunitaria, che riconosce comunque il potere interinale di sospendere l'efficacia degli atti comunitari sospetti di illegittimità, e con l'implicita ammissione, concretizzata in Spagna dalla prassi dei *Recursos de Amparo "ordinario"*, che il requisito del "*fumus boni iuris*" non riveli altro che lo spessore costituzionale delle ragioni di illegittimità dell'atto impugnato e quindi la garanzia dell'inserimento della sospensione cautelare nel "blocco di costituzionalità" dei principi e dei valori⁴¹.

Ciononostante, quello della copertura costituzionale della validità dell'atto impugnato non appare il requisito prioritario di orientamento del giudizio cautelare amministrativo; tant'è che, ad esempio, i giudici amministrativi non si pongono certo frequenti problemi di comprensione del nesso fra sospensione cautelare e controllo della validità costituzionale dei regolamenti che abilitano i provvedimenti impugnati. In questa prospettiva, essi si allontanano dall'ulteriore percorso suggerito in Spagna dall'applicazione giudiziale del citato art. 106.1 CE, in base al quale il controllo giurisdizionale della potestà regolamentare deve necessariamente passare, in ossequio alla "tutela giudiziale effettiva", attraverso la verifica del carattere immediatamente esecutivo degli atti amministrativi prodotti, al fine di valutarne la validità e disporne quindi la sospensione.

Questo passaggio non è affatto contemplato in Italia, neppure in

⁴⁰ Cfr. in generale G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. Cost.*, 1994, 3254 ss. Vedi anche L. CHIEFFI, *Tutela cautelare e diritti di "rilievo costituzionale"*, in *Giur. Cost.*, 1986, 2577 ss.

⁴¹ Nel significato che del "blocco di costituzionalità" è stato attribuito in Italia da A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1996, 174 ss. proprio nello sforzo di coniugare l'attività giudiziale di applicazione della legge con la effettività della garanzia costituzionale dei diritti.

presenza di un dubbio di legittimità costituzionale degli stessi contenuti della potestà regolamentare, secondo una delle due possibili modalità in genere repute ammissibili dalla Corte Costituzionale italiana (sentenze 83/1983 e 186/1984)⁴²: come incostituzionalità della legge che, rinviando alla disciplina regolamentare, implicitamente l'autorizza a dettare regole discriminatorie e restrittive dei diritti costituzionalmente garantiti; come derivata incostituzionalità del regolamento conforme o non conforme rispetto alla Costituzione; è fatto salvo, quindi, l'esame di conformità o non del regolamento alla legge e agli stessi precetti costituzionali da parte del giudice a quo nell'ambito dei propri poteri.

In simili circostanze, infatti, l'incidente di costituzionalità, come si è detto, non necessariamente sarà promosso dal giudice, in considerazione dell'attivazione del provvedimento cautelare e della definizione costituzionale del *fumus*. Del resto, anche i più recenti orientamenti confermano l'assoluta insensibilità costituzionale della giustizia amministrativa italiana⁴³.

C'è da immaginare, a questo punto, che la già incolmabile lontananza fra i citati articoli 133 e 134 *lett. i* del Progetto, si aggraverà ulteriormente, per il contraddittorio rapporto che inevitabilmente si determinerà fra giudizio amministrativo e tutela effettiva di fronte al ricorso di incostituzionalità dei regolamenti di governo, anch'esso estemporaneamente introdotto dalla "Commissione Bicamerale" con la *lett. b* dello stesso art. 134 ("La Corte Costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dei regolamenti che disciplinano l'organizzazione dell'amministrazione statale").

Né vale in proposito la considerazione contenuta nella "*Relazione Boato*" di presentazione alle Camere del progetto di revisione costitu-

⁴² In generale, cfr. AA.Vv., *Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea, prospettive di riforma*, Milano, 1998.

⁴³ Si veda la recente Ordinanza del TAR Puglia – Sez. Lecce II, 190/1998 (inedita), che clamorosamente disattende l'eccezione di incostituzionalità di una legge e del suo regolamento di attuazione, sollevata dal ricorrente in sede di istanza cautelare (Ricorso 225/98), senza neppure esprimersi sulla stessa, in ragione della pretesa assoluta inesistenza del "*periculum in mora*" e quindi del presunto, ma immotivato, consequenziale riassorbimento del profilo del "*fumus boni iuris*", al quale solamente si sarebbe potuto rapportare il quesito di legittimità costituzionale. È appena il caso di rilevare come l'Ordinanza citata smentisca spudoratamente l'orientamento additivo "di principio", espresso dalla Sent. Corte Cost. 190/1985 sull'art. 21 della L. 1034/1971 sui TAR.

zionale che, distinguendo tra regolamenti di organizzazione e altri regolamenti che disciplinano il potere regolamentare del Governo (art. 98, commi II, III, IV), non ritiene indispensabile la sottoposizione di questi ultimi al sindacato della Corte, facendo valere il principio della intermediazione della fonte primaria, che avrebbe una funzione di “mediazione” tra l’atto normativo secondario e la Costituzione⁴⁴.

In conclusione, è difficile ipotizzare che gli articoli 133 e 134 del Progetto di Costituzione contribuiranno a delineare il ricorso alla sospensione cautelare come “diritto” e “garanzia” della tutela giudiziale effettiva. Il fatto stesso che l’art. 133 sia formulato in termini puramente abilitativi di una riserva di legge in materia e che la *lett. i* dell’art. 134 rinvi anch’essa a una futura legge costituzionale l’identificazione dei “diritti fondamentali” ricorribili in via diretta, lascia poche speranze per un’applicazione immediata della effettività della tutela nei riguardi della pubblica amministrazione. Gli articoli 133 e 134 del Progetto sembrano destinati al limbo delle norme non immediatamente precettive.

Peraltro, uno scenario diverso potrebbe essere ipotizzato alla luce di alcune indicazioni comparatistiche, provenienti da quei Paesi in cui la giurisprudenza faticosamente è pervenuta a riconoscere la precettività immediata delle norme costituzionali dell’*Amparo*, indipendentemente dall’esistenza dei dettagli applicativi della legge e in forza soltanto della “legalità costituzionale”⁴⁵.

Significativo in proposito il caso della Costituzione Federale del Brasile, del 1988, al cui interno è esplicitamente contemplata la previsione della tutela cautelare come strumento indefettibile di difesa. La dottrina ha rintracciato inoltre un fondamento implicito della tutela cautelare sulla base di un obbligo generalizzato alla interpretazione costituzionalmente conforme della legislazione sostanziale e processuale, sicché il ricorso alla tutela cautelare ha finito con l’essere configurato

⁴⁴ Cfr. in proposito, *Relazione sul sistema delle garanzie*, a firma del deputato M. Boato, il cui testo completo è disponibile sul sito web della Camera dei Deputati all’indirizzo www.parlamento.it.

⁴⁵ Si veda in merito, con riguardo appunto al *Recurso de Amparo*, A. COLOMER VIADEL, *Las Normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia*, in *Cuadernos Constitucionales*, 9/10, 1995, 24 ss e *ivi* bibl. Ma si ricordi ancora una volta la citata Sent. Corte Cost. Italiana 190/1985, il cui intervento additivo enuclea comunque un principio di immediatezza della tutela giudiziale effettiva attraverso il mezzo cautelare.

in termini di garanzia contro una sorta di "*periculum*" di danno per lesione costituzionale di diritti effettivamente riconosciuti.

6. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare chiaro che l'unica valvola di sfogo del sistema italiano, in assenza di una precisa scelta in sede costituzionale, è data dall'interazione tra diritto comunitario e diritto nazionale che fa necessariamente saltare i dogmi di quello che è l'*ancien regime* del nostro diritto amministrativo⁴⁶.

Del resto, costituisce oramai *ius receptum* nell'ordinamento comunitario il principio della effettività della tutela cautelare che postula il potere del giudice di adottare provvedimenti d'urgenza anche atipici, in specie, provvedimenti giurisdizionali ingiuntivi, o propulsivi, secondo un'espressione più in voga, imponendo in sede cautelare cauzioni e multe risarcitorie a fini sollecitatori. La disapplicazione delle regole di diritto interno eventualmente ostative alla concessione di efficaci mezzi cautelari, il potere riconosciuto al giudice comunitario e a quello nazionale di "sospendere" l'efficacia degli atti comunitari, ancorché sostanzialmente incompatibili con il Trattato CE, e di limitare gli effetti della sospensione degli atti a contenuto generale alle sole parti in causa costituiscono importanti corollari di quella tutela. La completezza della tutela cautelare si sostanzia infine nel riconoscimento ai cittadini *uti singulis* di potere disporre di adeguati mezzi di tutela giurisdizionale, agevolmente attivabili.

In buona sostanza, il cittadino che lamenti lesione di un diritto a causa dell'adozione di un atto contrastante con la normativa comunitaria o di un atto comunitario illegittimo perché contrario alle disposizioni del Trattato CE, è messo nelle condizioni di proporre direttamente azione risarcitoria. La risarcibilità, fino ad ora limitata a casi prestabiliti⁴⁷, si estende anche ai casi di lesione di interessi legittimi provocata da pubbliche amministrazioni o da soggetti privati a causa e nell'esercizio di poteri loro conferiti da amministrazioni pubbliche.

⁴⁶ Cfr. in proposito CARLO MODICA, *Giustizia amministrativa comunitaria e modelli di processo amministrativo*, in *Relazione al Convegno di Lecce 21-22 novembre 1997 "Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea, prospettive di riforma"*.

⁴⁷ L'art. 7, terzo comma, primo periodo, Legge 1034/71, come modificato dalla L.205/2000 dispone "Il Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

È saltato, dunque, il dogma della c.d. "forza della legge", dal momento che le norme di diritto interno incompatibili con il diritto comunitario diventano automaticamente inefficaci e inapplicabili, senza passare attraverso la pronuncia di incostituzionalità della Corte Costituzionale.

Sebbene per tutta la fase iniziale del processo di integrazione europea il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione abbiano mostrato di potere non considerare l'efficacia della normativa comunitaria e il valore delle decisioni del Giudice comunitario, e, a tutt'oggi, nell'ambito dell'amministrazione pubblica si registri la mancata conoscenza e la diffusa tendenza a non applicare il diritto comunitario, il processo amministrativo italiano è destinato a modellarsi su quello europeo.

In prospettiva, la P.A. nazionale sarà un'articolazione dell'amministrazione comunitaria e il giudice nazionale diverrà espressione della giurisdizione comunitaria; in tale veste, anche il giudice italiano sarà chiamato a difendere il processo di integrazione europea, sollevando questioni pregiudiziali interpretative ogni qualvolta ritenga una norma nazionale incompatibile con quella comunitaria, sospendendo provvedimenti attuativi di norme nazionali incompatibili, adottando misure cautelari atipiche, disapplicando, infine, norme di legge, effettuando in prima persona il controllo diffuso di costituzionalità⁴⁸.

È la stessa struttura del sistema comunitario ad imporre un giudizio di accertamento sull'intero rapporto dedotto in giudizio; non è credibile, infatti, che la Corte di Giustizia Europea tolleri che la mancata impugnazione di un atto incompatibile con il diritto comunitario finisca col determinarne la definitiva esecutività ed esecutorietà, pur trattandosi di provvedimento viziato da carenza assoluta di potere.

7. Alla luce dello scenario comparativo rapidamente scorso nei precedenti paragrafi, appare oltremodo significativo fare qui un breve richiamo all'esperienza che ha conosciuto – all'interno della più vasta materia della tutela del singolo nei confronti della pubblica amministrazione – un particolare settore dell'ordinamento italiano. Si vuole cioè fare riferimento alla parabola discontinua che il processo tributario ha vissuto sul fronte del riconoscimento della tutela cautelare

⁴⁸ Sull'incidenza del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale, si veda V. ANGIOLINI-N. MARZONA, *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990.

come strumento di garanzia effettiva del cittadino amministrato, di cui ci si è sinora occupati.

È appena il caso di ricordare l'orientamento autorevolmente espresso dalla Corte di Cassazione sotto la vigenza del DPR 636/1972, in ordine alla presunta inutilità del ricorso alla tutela cautelare, al di là di qualsiasi risvolto costituzionale di conformità con gli articoli 24 e 113 della Costituzione, sulla base dell'apodittica assunzione che il cittadino, di fronte all'amministrazione finanziaria, fosse comunque tutelato attraverso gli strumenti dell'art. 39 DPR 602/1973, che prevedeva una forma di sospensione amministrativa soggetta al sindacato giurisdizionale, e della generale eventualità della reintegrazione del patrimonio del ricorrente a seguito di giudizio favorevole della Commissione di primo grado.

La stessa Corte Costituzionale ritenne di potere escludere l'incostituzionalità del sistema, affermando che la tutela cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.⁴⁹.

Il problema, come è noto, ha trovato ora soluzione nell'art. 47 del D.Lgs. 546/1992, il cui tenore letterale rinvia inequivocabilmente al contenuto dell'art. 21 della L. 1034/1971, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali⁵⁰, con tutte le conseguenze di rilievo costituzionale che i raffronti comparatistici prima descritti possono evocare (basta pensare, solo per fare un esempio, alle perplessità costituzionali che la Consulta, con riferimento appunto al processo amministrativo – e quindi in controtendenza con la propria giurisprudenza in tema di processo tributario – ha manifestato sul significato “di principio” del ricorso allo strumento cautelare).

Del resto, il citato art. 47, eliminando la condizione di doppia tutela, amministrativa e giudiziale, in precedenza riconosciuta, ha fatto implicitamente venir meno quella riserva mentale che il vecchio regime, con l'avallo della giurisprudenza, alimentava a discapito di una realizzazione incondizionata della tutela giudiziale effettiva nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

È pur vero che il riconoscimento della tutela cautelare necessita di

⁴⁹ Per un rapido, ma interessante *excursus* storico sui principi e le norme costituzionali con specifico riferimento alla materia tributaria, si veda G. CARRINO, *La sospensione cautelare nel processo tributario*, con prefazione di G. LOMBARDI, sul sito web www.diritto.it.

⁵⁰ Naturalmente, si fa qui riferimento alla formulazione originaria dell'art. 21 L. 1034/1971.

quella coniugazione, proprio di contenuto costituzionale, che nel contesto italiano fatica a imporsi sul modello "di riferimento" del processo amministrativo. Ecco allora che gli stessi requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* si stemperano in sede processuale tributaria come profili di identificazione di un bene o interesse a rilevanza costituzionale, come quello del contribuente equamente e non discriminatoriamente trattato dal fisco. In altri termini, il problema che la coniugazione fra fisco e Costituzione si realizzi per il tramite della dialettica processuale contenziosa tra cittadino e amministrazione tributaria non conosce ancora una definitiva conformazione nella disciplina legislativa del processo. Basti osservare che il legislatore ha mostrato attenzione alle sole esigenze dell'erario, nel momento in cui ha disposto la rapida trattazione della controversia solo nel caso di concessione del richiesto provvedimento di sospensione cautelare e non nel caso opposto di rigetto del richiesto provvedimento sospensivo (ove evidentemente insorge un naturale interesse del contribuente alla celere definizione della lite).

Si spiega in quest'ottica l'orientamento di alcune Commissioni Tributarie Provinciali, per le quali il rigetto dell'istanza di sospensione si traduce in un giudizio di inammissibilità del ricorso medesimo. In altri termini, l'idea che la tutela cautelare non definisca "di per sé" un bene costituzionalmente rilevante di affermazione del diritto alla difesa, penalizza l'emancipazione del suo utilizzo rispetto alla vicenda sostanziale che oppone il contribuente all'amministrazione.

Il riferimento formale ed inclusivo del *periculum*, fra l'altro, richiederebbe, come il panorama comparativo esige e la giurisprudenza amministrativa più sensibile ha assecondato, un vero e proprio approccio approntato a ragionevolezza e bilanciamento, in grado cioè di ponderare le ragioni dell'istanza di sospensione con la condizione soggettiva del ricorrente, ossia con quello specifico e concreto "interesse fiscale vivente" davanti al giudice rappresentato, e con gli interessi generali che l'amministrazione, in sé e per sé, mira a conseguire attraverso l'imposizione tributaria.

Pare questa, in definitiva, la nuova frontiera della dialettica processuale tributaria anche in Italia, al cospetto di una "Costituzione fiscale" espressiva non solo di competenze, ma soprattutto di riconoscimenti effettivi di diritti fondamentali.

A Costituzione invariata, un'auspicabile dibattito dal "tono costituzionale" contribuirebbe probabilmente ad emancipare la *routinaria* prassi processuale dei nuovi giudici tributari, giudici anche per questo.