amministrativamente
Numero 7/8 – Luglio/agosto 2010

Opposizione di terzo alle ordinanze cautelari del giudice amministrativo

di EVA GRIPPO

SOMMARIO: I – L'ordinanza del Consiglio di Stato, VI sez. n. 115/2010; II - La sentenza della Corte Costituzionale n. 177/1995; III – Le sentenze del Consiglio di Stato, IV sez., n. 655/96 e 263/98; IV – Le innovazioni introdotte con la l. n. 205/2000; V – La portata della recente svolta giurisprudenziale; VI – Profili di diritto costituzionale e di diritto comunitario.

I - Con l'ordinanza 115/2010 il Consiglio di Stato, sez. VI ha riconosciuto per la prima volta l'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'opposizione di terzo a fronte di pronunce cautelari definitive.

L'opposizione di terzo è un mezzo di impugnazione "nato" nell'ambito del diritto processuale civile (art. 404 c.p.c.) e consente, come è noto, a un terzo, che non sia stato parte in un giudizio, pur essendo portatore di un interesse qualificato, di rimuovere gli effetti pregiudizievoli che il giudicato o una sentenza comunque esecutiva, pronunciati tra altre persone, possono avere nei suoi confronti. Si tratta, quindi, dell'estremo rimedio utilizzabile da chi non ha potuto paralizzare, in via preventiva, gli effetti pregiudizievoli della pronuncia.

Il sistema processuale amministrativo non conosceva tale mezzo di impugnazione e ciò, secondo l'orientamento della giurisprudenza, per una serie di ragioni. Innanzitutto, per il dato meramente formale della assenza di una specifica previsione normativa. Inoltre, per il carattere meno forte della posizione giuridica soggettiva che è al centro del giudizio amministrativo. Infine, e soprattutto, per la natura oggettiva dello stesso.

Negli ultimi anni - alla luce dei cambiamenti intervenuti nel modo di essere della pubblica amministrazione - gli interventi della giurisprudenza, prima, e del legislatore, poi, sono stati mossi dalla necessità di adeguare il processo amministrativo alla richiesta di tutela effettiva del cittadino. Si è sentita l'esigenza di superare la logica del processo amministrativo quale processo sull'atto impugnato per abbracciare un'idea più ampia di tutela giurisdizionale finalizzata non più e non tanto a sancire l'illegittimità del provvedimento quanto

a far conseguire, conservare al ricorrente "la pretesa sostanziale" fatta valere. Di conseguenza, parti del processo non possono essere solo coloro che, individuati dall'atto impugnato, sono definiti cd "controinteressati formali o di diritto"

Tali aperture sono state influenzate, anche, dal diritto comunitario e dalla necessità di offrire un'adeguata risposta sia alle esigenze di tempestività e completezza della tutela giurisdizionale, imposte dalla giurisprudenza comunitaria, sia dalla necessità di adeguare la nostra tutela giurisdizionale alle istanze affermate nell'ordinamento comunitario, in un'ottica di armonizzazione del nostro ordinamento con quello degli altri paesi dell'Unione Europea (su cui si tornerà nel par. VI).

Il primo riconoscimento formale della tutela del terzo risale agli anni Novanta.

Il Consiglio di Stato, adito con un'opposizione di terzo, ritenendo che la stessa non potesse essere introdotta in via pretoria, ha investito della questione la Corte Costituzionale ed ha rilevato, come si legge nell'ordinanza di rimessione del 29 aprile 1994, n. 615, che la mancanza dell'opposizione di terzo ordinaria tra le norme che disciplinano i mezzi di impugnazione avverso le sentenze del giudice amministrativo, appare in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini (art. 3 Cost. principio di uguaglianza), nella particolare espressione delle possibilità di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost. diritto di difesa) nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione (art. 113 Cost. contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale).

II - La Corte Costituzionale, facendosi interprete delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, con la sentenza n. 177 del 17 maggio 1995, ha introdotto l'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo, dando così attuazione al principio del contraddittorio, ex art. 24 Cost. La garanzia del contraddittorio impone che a tutti i soggetti, sui quali potrebbe incidere la sentenza, venga concretamente consentito di partecipare al processo per contribuire alla formazione del convincimento del giudice ed esige, inoltre, che sia riconosciuta la possibilità di esperire successivamente l'opposizione da parte di quei soggetti che, non avendo partecipato al giudizio, risultino comunque pregiudicati dalla pronuncia.

III - Successive pronunzie del Consiglio di Stato hanno, poi, definito i contorni del mezzo di impugnazione. Con la sentenza n. 655/96 della IV sezione sono stati individuati i soggetti legittimati a proporre l'azione di opposizione laddove si è affermato che "*Nel processo amministrativo, al pari del processo civile (articolo 404 Cod. Proc. Civ.) la legittimazione all'opposizione di terzo ordinaria va riconosciuta sia al litisconsorte necessario pretermesso, che al titolare di un diritto autonomo, incompatibile e prevalente*".
La sentenza n. 263/98 pure della IV sezione è, invece, relativa all'oggetto in quanto, sempre nell'ottica di garantire una più esaustiva tutela del cittadino, riconosce che "*L'opposizione di terzo nel processo amministrativo, intesa come mezzo di impugnativa a tutela del terzo pregiudicato dalla sentenza emessa tra le parti, è proponibile non soltanto contro le pronunce passate in giudicato, ma anche contro le sentenze soltanto esecutive emesse dai Tribunali Amministrativi Regionali; peraltro, in quest' ultimo caso l'opposizione deve essere proposta innanzi al giudice di secondo grado e non già innanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza esecutiva, atteggiandosi l'opposizione di terzo come vero e proprio mezzo di impugnazione della sentenza medesima*".

IV - Solo nel 2000 il legislatore, con la legge n. 205, ha dettato una nuova disciplina della tutela cautelare nel processo amministrativo, codificando l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza. L'art. 3 della legge n. 205 ha, infatti, modificato l'art. 21 della legge n. 1034/71 realizzando l'obiettivo di accentuare l'efficacia anticipatoria del procedimento cautelare; il giudice amministrativo potrà, quindi, adottare le misure cautelari più idonee ad assicurare, interinalmente, gli effetti della decisione sul ricorso[1]. Le misure in questione non si identificano più con la sola sospensiva dell'atto impugnato, evidentemente inidonea ad assicurare una tutela piena ed effettiva, ma il provvedimento potrà avere il contenuto che meglio tutela il caso concreto, compresa l'ingiunzione a pagare una somma di denaro.
Viene, così, riconosciuto dal legislatore il principio di atipicità ed elasticità delle tecniche di tutela cautelare nel processo amministrativo.

[1] In forza del comma 14 dell'art. 21 l. n. 1034/71, introdotto dall'art. 3 l. n. 205/2000, è stato ammesso l'esercizio da parte del Giudice amministrativo dei poteri inerenti il giudizio di ottemperanza al giudicato, di cui all'art. 27, primo comma, n. 4 del R.D. n. 1054/1924 anche in caso di mancata o incompleta ottemperanza delle misure cautelari concesse al ricorrente.

E' questo il contesto nel quale si inserisce l'innovativa e recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha origine da un episodio sul quale conviene brevemente soffermarsi.
L'opposizione, ai sensi dell'art. 404 c.p.c., veniva presentata da un privato che svolgeva un' attività di cantiere navale su un'area demaniale, comprensiva di un magazzino, che deteneva in virtù di una concessione demaniale marittima. Nel corso del 2004 il Comune, dovendo realizzare dei lavori di riqualificazione del porto, subentrava con determina regionale nella concessione del suddetto. Nella determina si specificava che, ad ultimazione delle opere, il rientro dell'originario concessionario sarebbe stato automatico. Terminati i lavori, sempre nel 2004, il Comune comunicava alla Regione la cessazione del suo subingresso nella concessione demaniale. Nel 2007 il Consiglio comunale decideva di concedere il magazzino ad un circolo nautico per realizzare una scuola di vela, all'insaputa del titolare del cantiere navale originario concessionario il quale, nello stesso periodo, presentava istanza alla Regione per ottenere il rinnovo della concessione demaniale. Nel 2009 veniva a sapere dalla Regione che la concessione poteva essere accolta solo in parte in quanto il Commissario *ad acta* nominato dal T.A.R. (per il contenzioso, nato nel frattempo, tra circolo nautico e Regione relativo al rilascio di una concessione per una porzione di area demaniale su cui insisteva anche un manufatto destinato a magazzino) aveva rilasciato la concessione relativa al magazzino al circolo nautico. L'originario concessionario, nonostante fosse portatore di un interesse qualificato, opposto a quello del circolo nautico e che ciò fosse noto, non era stato evocato in giudizio nel contenzioso nato tra Regione e circolo nautico, pertanto proponeva opposizione di terzo che il Consiglio di Stato accoglieva, sancendone, così, per la prima volta, l'ammissibilità.

V - L'ordinanza n. 115/2010 – estendendo l'ammissibilità dell'opposizione di terzo contro le ordinanze cautelari del giudice amministrativo diventate definitive – ha colmato, dunque, un vuoto normativo.
La pronunzia ha una duplice portata.
Da un lato ha riconosciuto al cittadino una ulteriore forma di tutela, preservandolo dal "*danno di attuazione*".
Dall'altro ha risolto un tema molto dibattuto in dottrina. Infatti, non c'era mai stata concordia tra quanti astrattamente ammettevano l'utilizzo di tale mezzo di impugnazione e coloro che lo ritenevano inammissibile essendo consentito, ai

sensi dell'art. 36 della legge n. 1034/1971 (così come modificato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 177 del 1995), nei confronti delle sole sentenze passate in giudicato e/o comunque definitive ed esecutive. Inoltre, si riteneva che l'inammissibilità discendesse dalla inidoneità della decisione cautelare, di natura intrinsecamente provvisoria, a pregiudicare la risoluzione di una controversia.

L'utilizzabilità del rimedio, a giudizio del Consiglio di Stato, discende da una mera interpretazione sistematica del vigente quadro normativo ovvero dal combinato disposto degli articoli 21 e 36 della legge n. 1034/1971 in relazione all'articolo 404 del codice di procedura civile.

Due sono gli elementi sui quali il Collegio pone l'attenzione: il carattere decisorio delle pronunce cautelari definitive e il conseguente riconoscimento a queste ultime dei medesimi mezzi di gravame tipicamente previsti per le sentenze[2].

Il riconoscimento, con l'ordinanza n. 115, del carattere decisorio delle pronunce cautelari da parte dei giudici di Palazzo Spada non rappresenta certamente una novità; l'Adunanza Plenaria, con la decisione n. 1 del 1978, nello stabilire la generale appellabilità delle pronunce cautelari del T.A.R., riconobbe la natura decisoria delle ordinanze cautelari in quanto esse risolvono, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia, "*dettano il regolamento giuridico del conflitto di pretese*"[3]. Sempre l'Adunanza Plenaria, nel pronunciarsi sull'esecuzione delle ordinanze di sospensione, affermò, con la decisione n. 6 del 1982, che il processo cautelare si compie con "*l'attuazione della misura cautelare*"

---

[2] Una volta affermato il carattere decisorio delle pronunce cautelari definitive – ha osservato il Consiglio di Stato nell'ordinanza in commento – ne deriva "*la necessaria conseguenza sistematica nel senso che l'assetto determinato da tale pronuncia debba essere assistito dai medesimi mezzi di gravame (di tipo impugnatorio e rinnovatorio) tipicamente posti a presidio dei principi di pienezza ed effettività di tutela a fronte delle pronunce (parimenti definitive ed idonee a determinare in modo permanente un certo assetto di interessi) le quali assumono il diverso nomen juris di 'sentenze'".* Negare la tutela oppositiva al terzo pretermesso dal giudizio significherebbe – ha concluso sul punto il Consiglio di Stato – porsi in contrasto col *principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale* e col *principio di economia dei mezzi processuali,* essendo la tutela del terzo leso dalla pronuncia adottata a contraddittorio non integro rinviata a successive (e a volte remote nel tempo) fasi processuali.

[3] In dottrina l'ammissibilità dell'opposizione di terzo avverso le pronunce cautelari veniva ammessa proprio sul presupposto del loro carattere decisorio (cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano 2003, p. 1068).

Se in passato la domanda cautelare era considerata come un "momento" solo eventuale all'interno di un giudizio amministrativo di cognizione avente caratteristiche ben precise, quale giudizio di legittimità sull'atto, la prospettiva è oggi radicalmente cambiata. La dottrina e la giurisprudenza le assegnano, infatti, un ruolo del tutto diverso: pur ferma la sua caratteristica strumentalità, ne hanno accentuata la efficacia anticipatoria, nell'ottica del riconoscimento di una tutela capace di garantire la fruttuosità del provvedimento finale.
D'altronde, a parere del Consiglio di Stato, l'autonomia dei due giudizi emerge chiaramente laddove si rifletta sul loro diverso oggetto: mentre quello proposto in via principale è finalizzato ad eliminare l'atto considerato illegittimo, quello presentato in via incidentale è finalizzato a privarlo della sua esecutorietà, in sostanza il giudice dovrà valutare l'esistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, quindi il rischio che si verifichi un danno grave ed irreparabile.
Il passaggio ulteriore fatto dal Consiglio di Stato consiste nell'aver ammesso che nei confronti di tale tipologia di atto, emanato nel caso in esame a contraddittorio non integro, sia utilizzabile lo strumento dell'opposizione di terzo.
Se così non fosse, il terzo ingiustamente pretermesso dal processo si troverebbe nella impossibilità di tutelare tempestivamente un suo diritto e ciò contrasterebbe sia con il generale *principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale* sia con quello altrettanto importante di *economia dei mezzi processuali*. Il Consiglio di Stato termina precisando che, pur essendo ammesso il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria a fronte del giudicato cautelare, il giudice dell'opposizione dovrà evitare con la sua pronuncia di vincolare quello che sarà il contenuto della pronuncia sul merito della questione; in sostanza l'accoglimento dell'opposizione fa sì che la misura cautelare resa *inter alios* non produca effetti nella sfera giuridica di un terzo.

VI – La scelta del Consiglio di Stato di estendere l'opposizione di terzo alle pronunce cautelari è in piena coerenza col dettato costituzionale. L'art. 111, secondo comma Cost. (aggiunto al testo originario della disposizione con le modifiche introdotte dall'art. 1 legge costituzionale 23.11.1999, n. 2), dispone espressamente che: "*Ogni* [*id est*: nessuno escluso] *processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizione di parità*". La mancata previsione di tale rimedio nel processo cautelare contrasta con gli artt. 3, 24, 111, 113 e 117

Cost. restando violato il *diritto di difesa* e il *diritto all'effettività della giustizia* garantiti rispettivamente dagli artt. 24 Cost. e 111 Cost., nonché dall'art. 3 Cost. per violazione del *principio di eguaglianza* nella particolare espressione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della P.A. (art. 113 Cost.). Manca, infatti, allo stato della disciplina del processo amministrativo, l'espressa, specifica previsione del mezzo per il terzo, colpito da un "giudicato cautelare", di far valere i propri interessi con quella prontezza che è indispensabile alla effettività della giustizia (art. 111 Cost.), tutelando tempestivamente l'intangibilità della propria sfera giuridica da parte di decisioni, adottate a conclusione di un processo da cui è stato illegittimamente pretermesso, che abbiano provocato situazioni incompatibili con la situazione propria.

Se è vero che gli interessi del controinteressato pretermesso possono essere tutelati con il rimedio dell'intervento nel processo, appare comunque indispensabile consentirgli, ove venga inciso dal giudicato cautelare, di far valere con tempestività le sue ragioni utilizzando un adeguato mezzo di impugnazione che consenta una urgente, effettiva tutela giurisdizionale.

L'ammissione dell'opposizione di terzo nei confronti del "giudicato cautelare" costituisce, in definitiva, il corollario dell'orientamento assunto dalla IV sezione del Consiglio di Stato con la sent. 11.2.1998, n. 263 con la quale, condividendo la decisione della Corte Costituzionale n. 177/1995, era stato osservato che, nell'estendere l'opposizione di terzo al giudizio amministrativo, il giudice delle leggi ***"****ha inteso sostanzialmente ammettere la predetta impugnativa anche nei confronti delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali, le quali – ai sensi dell'art. 33, primo comma della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – sono esecutive. Se così non fosse, si costringerebbe il terzo ad attendere il passaggio in giudicato della sentenza per poi ugualmente agire in opposizione ex art. 404, primo comma, cod. proc. civ. (con conseguenze più pesanti in caso di suo accoglimento, stante la situazione definita dal giudicato)*".

Le esigenze rimarcate nella riportata sentenza (evitare *"conseguenze più pesanti*") senz'altro militavano a favore dell'ampliamento della portata del rimedio dell'opposizione di terzo con estensione della sua attivazione nei confronti del giudicato cautelare. Di tali esigenze si è resa coerentemente interprete l'ordinanza n. 115/2010 con la quale la VI sezione del Consiglio di Stato ha siglato la svolta giurisprudenziale.

VII – L' "apertura" dimostrata dal Consiglio di Stato verso l'utilizzabilità dello strumento dell'opposizione di terzo avverso le pronunce cautelari è in piena coerenza con il diritto comunitario. Ed invero, l'art. 117, primo comma Cost. impone al legislatore interno l'osservanza dei limiti rivenienti dai "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario".* Per quest'ultimo "*il rispetto del diritto alla difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi*".[4]

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con recentissima decisione[5], ha ritenuto che i procedimenti cautelari devono sottostare alle garanzie dell'equo processo (e, quindi, del contraddittorio). Osserva la Corte nella motivazione della sentenza che: "*i procedimenti cautelari erano esclusi dalla sfera di azione del diritto ad un processo equo, ma nel corso del tempo numerosi ordinamenti nazionali e la giurisprudenza della Corte di Giustizia ve li hanno progressivamente inclusi. In numerosi casi, inoltre, i provvedimenti cautelari anticipano gli effetti di una decisione di merito e sono spesso sottratti a controllo giurisdizionale*". Di qui la necessità di un mutamento di indirizzo, affermando che: "*rientrano nella sfera di azione del diritto ad un processo equo anche i procedimenti cautelari che si concludano con una decisione, ancorchè non definitiva*"[6].

---

[4] Corte di Giustizia CE, sent. 29.6.1994, causa n. C-135-92.

[5] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sent. 15.10.2009, ricorso n. 17056/06.

[6] Il *Conseil d'Etat* ritiene, con giurisprudenza consolidata, che la *tierce opposition* è consentita pur in assenza di una espressa previsione normativa e che può essere esclusa soltanto da una disposizione espressa (sent. 3.11.1972), intendendola quale rimedio di carattere generale, esperibile senza distinzione tra decisioni di merito e ordinanze d'urgenza.