

La tutela cautelare *ante causam* nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A.^(*)

di Domenico Maimone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. – 3. L'attuale contesto normativo. – 4. Il decreto presidenziale, la tutela cautelare provvisoria (intra litem). – 5. Prospettive di tutela cautelare ante causam. – 6. La tutela cautelare ante causam nel D.Lgs. n. 163/2006. – 6.1. L'istruzione probatoria.

1. Premessa

La vastità del tema della tutela cautelare *ante causam*, considerato nei suoi molteplici aspetti, e il carattere necessariamente breve delle seguenti note impongono a chi scrive di effettuare una scelta preliminare e di svolgere conseguentemente una premessa.

L'opzione preliminare è di tralasciare volutamente la vasta tematica degli strumenti di tutela interinale a disposizione del G.O. in tema di comportamenti *meri* della P.A. (quelli, cioè, non implicanti, neppure mediatamente, l'esercizio di una pubblica funzione secondo le coordinate individuate dapprima, più genericamente, da Corte Cost. 204/04 e poi, con maggiore dovizia di approfondimenti, da Corte Cost. n. 191/06 (1) e di concentrare l'attenzione sulla giurisdizione cautelare del Giudice amministrativo a fronte dei comportamenti cd. *amministrativi*.

La necessaria premessa concerne, invece, la genesi ed il successivo sviluppo dell'ipotesi di una tutela cautelare *ante causam* innanzi al G.A.

2. Evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Con la legge 205/2000, il legislatore è intervenuto sull'istituto della tutela cautelare nel processo amministrativo, dopo un silenzio di quasi trent'anni.

(*) Intervento dell'Avvocato dello Stato Domenico Maimone al Convegno di studi sul tema *I comportamenti della pubblica amministrazione*, tenutosi a Catania il 17-18 novembre 2006 (Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", sezione di Catania, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania).

(1) La Corte opportunamente chiarisce che va espunto dall'articolo 53 del Testo Unico sulle espropriazioni (che ha riprodotto nella sostanza l'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998) non la parola "comportamenti" ma l'accezione riferita a comportamenti che non siano riconducibili – neanche mediatamente – all'esercizio del potere pubblico. Ciò vuol dire che il Giudice Amministrativo permane come Giudice naturale dei comportamenti che siano espressione del potere pubblico. È chiaro, a questo punto, che il Giudice Amministrativo non è il giudice dell'atto, titolare di una signoria di mero annullamento soltanto sui provvedimenti amministrativi, ma è destinato a sindacare tutta la pletera delle condotte che siano espressione e consacrazione del potere pubblico e, quindi, anche i comportamenti, purché ovviamente non si tratti di comportamenti *sine titulo*, come tali non legati, neppure mediatamente, all'esercizio del potere pubblico.

ni (L. 1034/71) e in ritardo di dieci rispetto alla riforma del rito civile introdotta dalla legge n. 353/90, che aveva interessato anche il procedimento cautelare definendone per la prima volta un modello uniforme.

La nuova disciplina ha codificato principi ed elaborazioni giurisprudenziali già da tempo stratificatisi a fronte di un dato normativo – l'art. 21 legge T.A.R. – assai limitato ed incentrato esclusivamente sulla tutela di tipo inibitorio della esecutività del provvedimento impugnato, funzionale e coerente rispetto ad un modello processuale di tipo tradizionalmente impugnatorio-demolitorio.

A dare impulso all'esigenza di ampliare l'area del giudizio cautelare, in un'ottica di valorizzazione dell'art. 24 Cost., hanno concorso, oltre all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – che ha progressivamente ritenuto adottabili anche misure interinali atipiche, dirette a cautelare tutte le situazioni soggettive conoscibili in sede di merito, al fine di ovviare agli eventi dannosi derivanti dal *periculum in mora* (2) – le aperture della Corte Costituzionale, concretizzatesi nella fondamentale sentenza n. 190 del 25 giugno 1985 (introduttiva dei provvedimenti di urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, oggetto di giurisdizione esclusiva) (3).

Ancorché le successive letture riduzionistiche, fondate sulla specificità della materia interessata dalla pronuncia della Corte, hanno impedito l'exportabilità della soluzione adottata dal Giudice delle leggi ad altri campi della giurisdizione esclusiva, creando una stridente sperequazione tra i diversi diritti soggettivi affidati alle cure del G.A., è apparso via via sempre più chiaro che l'incompatibilità tra il rimedio classico inibitorio e la tutela di posizioni di diritto soggettivo – la cui lesione non richiede necessariamente un provvedimento ma è concepibile, forse a maggior ragione, da parte di un comportamento, e il cui ristoro interinale necessita di misure positive non preventivabili e quindi atipiche – investisse tutte le materie di giurisdizione esclusiva.

La progressiva dilatazione delle materie affidate alla giurisdizione esclusiva, secondo il censurato metodo dei cd. *blocchi di materie* (4), ha reso sempre più evidente detta incompatibilità. A titolo di esempio, può essere preso in esame il profilo della tutela urgente del diritto alla salute in tema di servizi pubblici: aspetto devoluto (prima degli interventi ortopedici della C.Cost. 204/04) alla giurisdizione esclusiva del G.A. in base all'art. 33 D.Lgs. 80/98; si pensi ancora alla tutela urgente dei crediti pecuniari, esigenza alla quale, da parte del

(2) V. decisione 27 aprile 1982 n. 6 in *Foro It.*, 1982, III, 229; ord. 8 ottobre 1982 n. 17 in *Foro It.*, 1983, III, 41; ord. 1 giugno 1983 n. 14 in *Foro It.*, 1984, III, 72.

(3) In *Foro It.* 1985, I, 1881, con nota di A. PROTO PISANI.

Come è noto, alla Corte era stata rimessa la questione di contrasto dell'art. 21, u.c., legge T.A.R. con gli artt. 3 e 113 Cost. nella parte in cui prevedeva la sola sospensione dell'atto gravato, non consentendo al pubblico dipendente di ottenere la medesima tutela assicurata in via cautelare al lavoratore privato dall'art. 423 c.p.c. che consente invece al giudice del lavoro di emettere ordinanze di pagamento di somme non contestate in corso di giudizio.

(4) V. C.Cost. n. 204/04 e n. 281/04.

legislatore, si è solo di recente apprestato lo strumento sommario non cautelare (monitorio) e delle ordinanze *ex art. 186 bis, ter e quater c.p.c.* (5).

Nel richiamato quadro evolutivo, non può essere ovviamente pretermessa l'influenza della giurisprudenza comunitaria nella definizione di un sistema di tutela cautelare non più limitato alla mera sospensione dell'efficacia dell'atto ma esteso all'adozione di provvedimenti propulsivi. Tralasciando i profili concernenti la tutela cautelare dinanzi alla Corte di Giustizia avverso atti delle Istituzioni europee che si assumano illegittimi (espressamente prevista dagli artt. 242 e 243 del Trattato CE), in questa sede è opportuno porre in evidenza come la necessità di tutelare adeguatamente le posizioni soggettive di derivazione comunitaria anche innanzi ai giudici nazionali abbia indotto la Corte ad una serie di interventi estremamente interessanti sotto il profilo che qui interessa (6).

Sul versante giurisprudenziale interno di primo grado, decisivo sostegno a questa opera di tendenziale ampliamento delle cautele giurisdizionali apprestate al ricorrente privato nei confronti dell'agire (e del non agire) amministrativo è derivato dalla prassi applicativa dei T.A.R. (7). Degno di particolare menzione, in tal senso, è il ruolo della sezione di Catania del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Siciliana (8).

(5) V. art. 3 legge 205/2000.

(6) V. Sentenza 19 giugno 1990 (C-213/89 Factortame), in *Foro Amm.*, 1991, 1885, con nota di CARANTA, sulla possibilità di una ordinanza direttamente attuativa della posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento comunitario, in base al principio di *primazia del diritto comunitario* rispetto alla legislazione nazionale: se da un lato l'ordinamento comunitario riconosce la sovranità degli Stati membri nella disciplina delle forme processuali di tutela delle posizioni soggettive riconosciute dal diritto comunitario, dall'altro detta autonomia incontra il duplice limite della non discriminazione della posizione soggettiva di derivazione comunitaria rispetto a quella nazionale e della necessità che la tutela apprestata dal singolo ordinamento non risulti impossibile o eccessivamente difficile, sì da impedire il cd. *effetto utile* della normativa comunitaria.

V. ancora, sentenza 21 febbraio 1991 (C-143/88 e C-92/89 Zuckerfabrik), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 125, con nota di G. TESAURO; Sentenza 9 novembre 1995 (C-465/93 Atlanta). La Corte ammette che il giudice nazionale possa non solo sospendere il provvedimento contrastante con il diritto comunitario, ma anche emettere misure di contenuto positivo o ingiuntivo. Sullo sfondo del ragionamento che conduce ad una tale innovativa soluzione vi è l'indifferenza del diritto comunitario per la dicotomia (tutta) italiana diritto soggettivo – interesse legittimo.

Per un'agile ed intelligente rassegna delle decisioni in esame, cfr. G. D'ALLURA, *La tutela cautelare amministrativa ed ordinaria*, p. 5 e ss., in atti del *Convegno di Taormina 1 marzo 2003 La tutela cautelare amministrativa ed ordinaria – Il pubblico impiego*, ed. Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napolitano", Sezioni di Catania e dell'Area dello Stretto, 2003.

(7) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, decr. Pres. 14 novembre 1997, n. 758, in *Foro Amm.*, 1998, 1158; T.A.R. Lombardia, Milano, III, decr. Pres. 28 gennaio 1998, n. 1, in *Urb. e app.*, 1998, 1334.

(8) A titolo esemplificativo, per l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. nelle nuove materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A. si ricordi T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. III, decr. Pres. 23 giugno 1998.

La predetta evoluzione, ordinata ad attuare il principio di effettività della tutela giurisdizionale della quale è complemento essenziale la tutela cautelare (9), ha inciso in modo rilevante sulla portata dell'istituto che, da strumento tipico di sospensione dell'attività amministrativa, ha assunto un ruolo sempre più determinante nella tutela, oltre che degli interessi oppositivi, anche degli interessi pretensivi, divenendo il baricentro del processo amministrativo. Basti pensare alle pronunce favorevoli (propulsive o addirittura sostitutive) nel vasto settore dei provvedimenti negativi, compresi gli atti di diniego o di rifiuto, e alle diverse tipologie di misure inibitorie che hanno contrassegnato la produzione giurisprudenziale degli ultimi decenni, per evidenziare il contributo rilevante del giudice cautelare nella ricerca delle soluzioni urgenti, ritenute più idonee a contemperare gli opposti interessi coinvolti.

Il pensiero va, ancora, alle misure cautelari adottate a fronte di provvedimenti di esclusione da gare d'appalto o da concorsi, o di diniego di rinnovo di concessioni (10). Si tratta di misure cautelari che comportano la produzione, seppure in via interinale, esattamente di quei risultati che il provvedimento impugnato intende impedire; e quindi consentono di *anticipare* gli effetti della sentenza di accoglimento (o, più precisamente, del *riesercizio* del potere amministrativo conformato dalla sentenza e, in caso di inerzia, del giudizio di ottemperanza).

La misura cautelare diviene non più soltanto strumento di conservazione provvisoria di una situazione a rischio di pregiudizio irreparabile, quanto piuttosto un mezzo che consente la momentanea modifica della situazione di fatto e di diritto dedotta in giudizio, fermi restando gli effetti destinati a scaturire dalla definizione del merito della controversia (11).

Per quanto concerne, invece, il comportamento inerte tenuto dall'Amministrazione, si può agevolmente rinviare alle elaborazioni giurisprudenziali sulla possibilità di sospendere il silenzio, anche se tale eventualità va oggi raccordata con la possibilità di ricorrere autonomamente avverso il silenzio utilizzando all'uopo il rito speciale di cui all'art. 21 *bis* legge n. 1034/71 (12) e alla conseguente possibilità di ottenere una deci-

(9) V. C.Cost. sent. n. 249 del 16 luglio 1996, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 33 "...la disponibilità delle misure cautelari è strumentale alla effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione...". V. anche C.Cost. n. 427 del 10 novembre 1999.

(10) Cfr. Ad. Plen. 8 ottobre 1982, n. 17, in *Foro It.*, 1983, III, 41 sulle cd. ammissioni con riserva: "l'ordinanza di sospensione opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e per conseguenza consente l'ammissione del candidato all'esame in via provvisoria"; V. anche Ad. Plen. 20 dicembre 1999 n. 2 sull'ammissione con riserva al concorso di uditore giudiziario di coloro che, in sede di prova preselettiva, avevano commesso un solo errore.

(11) F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 995.

(12) Per una pregevole disamina dell'istituto processuale, v., da ultimo, A. SCIRÈ, *Il rito contra silentium a tutela dei diritti soggettivi?*, nota a sentenza C.G.A.R.S. n. 726 del 4 novembre 2005 e a sentenza T.A.R. Catania n. 1983 del 3 novembre 2005, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2006, fasc. 3, p. 1018 e ss.

Prescindendo dagli argomenti tradizionali utilizzati per escludere l'utilizzo dello speciale rito del silenzio a tutela di diritti soggettivi attratti alla giurisdizione esclusiva del G.A.,

sione (entro certi limiti, anche sulla fondatezza della pretesa) (13) in tempi assai circoscritti.

il lavoro si segnala per l'individuazione di due interessanti ragioni, tese ad escludere l'estensione propugnata dalla sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e a confermare l'indirizzo giurisprudenziale largamente maggioritario:

“Se il processo amministrativo su diritti soggettivi ha natura di processo di accertamento o di condanna, deve pure ammettersi che in esso debbano trovare applicazione le regole proprie del processo civile, ivi comprese quelle relative al riparto dell'onere probatorio tra le parti.

Infatti, mentre l'interesse legittimo viene tutelato attraverso il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere, il diritto soggettivo è tutelato attraverso l'accertamento del fatto costitutivo della pretesa azionata, o dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi eventualmente opposti in via d'eccezione dal convenuto; ne consegue che chi vanta una posizione di diritto dovrà fornire la prova in ordine ai fatti costitutivi della propria pretesa, in applicazione della regola processualciviltistica desumibile dagli art. 2697, c.c., e 115, c.p.c., secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare specificamente i fatti posti a fondamento delle proprie pretese, restando a carico dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2697 comma 2, c.c., la prova dei fatti eventualmente impeditivi o estintivi del diritto.

Il ricorrente che vanti una posizione di diritto in giurisdizione esclusiva ha inoltre, di regola, piena disponibilità dei fatti costitutivi della propria pretesa; di conseguenza, non può trovare applicazione in suo favore quella particolare attenuazione dell'onere probatorio che è tipico del giudizio sugli interessi (che si esprime nel c.d. principio di prova). Egli sarà così gravato da un pieno onere della prova in ordine ai fatti dedotti.

Ove si ammettesse la procedura del silenzio a tutela di diritti soggettivi, viceversa, l'onere della prova in ordine ai fatti costitutivi della pretesa azionata verrebbe spostato dalla parte che ne è gravata (il ricorrente) all'amministrazione resistente. Quest'ultima sarebbe così tenuta a provare non soltanto l'inesistenza dell'obbligo di provvedere, ma anche l'infondatezza della pretesa del ricorrente, ammesso che ci fosse quell'obbligo.

In secondo luogo, può rilevarsi come il particolare rito del silenzio, previsto dall'art. 21 *bis*, lg. T.A.R., è stato concepito quale rimedio atto a sopperire all'inerzia dell'amministrazione in vista di un suo intervento esterno al processo; in tal senso, anche per il tradizionale orientamento giurisprudenziale che limitava l'oggetto del processo all'illegittimità del silenzio, il giudizio non poteva connotarsi in ogni caso come giudizio di puro accertamento, non limitandosi il ricorrente a chiedere che fosse dichiarata l'esistenza di un suo diritto, ma, piuttosto, che venisse accertato l'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

Viceversa, il ricorrente che agisca per la tutela di un diritto soggettivo pretende dal Giudice una tutela che è interna al processo, essendo data dal processo medesimo, rispetto al quale l'attività amministrativa successiva (o la successiva attività del commissario *ad acta*) si connota quale attività di mero adempimento.

In altri termini, l'indagine sul preteso inadempimento dell'amministrazione, nel particolare meccanismo descritto dall'art. 21 *bis*, lg. T.A.R., appare funzionale all'emanazione dell'ordine del giudice «*di provvedere*», laddove nel giudizio di accertamento del diritto il ricorrente «*non vanta alcun diritto subbietivo verso l'avversario se non lo stesso diritto di azione, coordinato a un interesse d'accertamento*». Dunque, non una prestazione che si pretende dal convenuto, ma l'accertamento della spettanza del bene cui inerisce la pretesa rimasta in evasa”.

(13) Cfr. art. 2, comma 5, legge 241/1990, già modificato dagli artt. 2 e 21, legge 11 febbraio 2005, n. 15, e così successivamente sostituito dall'art. 3, comma 6-*bis*, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (art. 1, L. 14 maggio 2005, n. 80).

Secondo l'orientamento maggioritario che va affermandosi sul punto, si tratterebbe delle sole ipotesi di attività vincolata. Cfr. T.A.R. Campania, sez. IV, 17 marzo 2006 n. 3099; T.A.R. Sicilia, Catania, 17 ottobre 2005 n. 1723; T.A.R. Veneto, sez. I, 2 agosto 2005 n. 3062; T.A.R. Calabria, 21 luglio 2005 n. 1356.

Con riguardo a quest'ultimo punto, invero, l'estrema celerità cui è ispirato il rito sul silenzio induce a ritenere sostanzialmente inutile l'utilizzo della misura cautelare e, segnatamente, delle cd. ordinanze propulsive che, obbligando l'Amministrazione a provvedere espressamente, costituiscono una duplicazione rispetto alla sentenza "succintamente motivata" prevista all'esito del processo accelerato. Pertanto, in tale ipotesi, rimarrebbe forse spazio solo per le misure cautelari provvisorie adottate con decreto presidenziale, al fine di scongiurare il pregiudizio che potrebbe verificarsi "durante il tempo necessario per giungere ad una decisione sul ricorso", ogni qual volta possa paventarsi un pregiudizio nel ristretto lasso di tempo occorrente per pervenire alla sentenza resa *ex art. 21 bis* (14).

A conclusione della premessa, va infine considerato che, attraverso l'introduzione delle misure atipiche, non più circoscritte alla mera sospensione degli effetti dell'atto, si è estesa l'area delle situazioni soggettive tutelabili, mediante la verifica della legittimità non solo degli atti ma anche dei comportamenti variamente riconducibili all'esercizio del pubblico potere e, quindi, rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A.

3. *L'attuale contesto normativo.*

Il nuovo art. 21 comma 8 consente al giudice amministrativo, in sede cautelare, di adottare le misure che risultino, relativamente alla singola fattispecie, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti sulla decisione del ricorso, ivi compresa l'ingiunzione a pagare una somma di denaro.

Nell'ottica del legislatore del 2000, il contenuto della misura cautelare si modella in rapporto al risultato da raggiungere, la tutela cautelare diventa additiva o positiva e si concreta in un provvedimento più incisivo di quanto non fosse la semplice sospensiva. In coerenza, la norma espressamente consente l'adozione di una misura cautelare, ricorrendone i presupposti, con riferimento sia ad un atto impugnato, sia ad un *comportamento* della P.A.

L'interprete si trova di fronte ad una formula normativa che riecheggia fortemente quella dell'art. 700 c.p.c., pur mancando nella misura adottabile dal G.A. quel carattere di residualità che invece connota la misura cautelare atipica del giudice civile, il quale deve prima valutare se non sia possibile adottare altra misura prevista espressamente dal codice (15). Nel processo amministrativo, infatti, la misura cautelare, ancorché atipica, si caratterizza

(14) Con specifico riferimento all'emissione di un decreto presidenziale, che ha accordato una misura cautelare monocratica nell'ambito di un giudizio avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione su un'istanza di rinnovo di un'autorizzazione, v. T.A.R. Lombardia, III, 28 dicembre 2000, n. 472, in www.lexitalia.it, con nota di D. CORTESI.

(15) E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 legge 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. St.*, 2001, 479. Cfr. G. LO PRESTI, *Strumentalità e tutela cautelare anticipatoria. Quali prospettive nell'ordinamento della giustizia amministrativa*, p. 14, in atti del *Convegno di Taormina 1 marzo 2003, La tutela cautelare amministrativa ed ordinaria – Il pubblico impiego*, cit.

quale misura unica, interamente assorbente la vasta gamma delle istanze cautelari astrattamente configurabili.

L'unico limite presente nella nuova disciplina sembra ancora collegato alla necessità che le misure adottabili siano comunque preordinate ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione finale. Sarebbe pertanto ribadito, anche nella nuova formulazione il fondamentale carattere della strumentalità della misura cautelare (16) attraverso la esplicita ed innovativa valorizzazione, sul piano dei requisiti, del momento dell'emergente fondatezza della domanda: *L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso* (17).

Ma l'assunto merita forse di essere rivisitato, già in sede di prima approssimazione, considerando quanto avvenuto con le recenti modifiche recate al rito cautelare civile dal D.L. 35/2005 (conv. in legge 80/2005), laddove la omessa instaurazione del giudizio di merito entro il termine fissato dal giudice o, in subordine, previsto dalla legge non comporta più la sopravvenuta inefficacia della misura cautelare concessa (18). Rilievo non indiffe-

(16) Pone la questione in via dubitativa G. LO PRESTI, *op. cit.* p. 15 e ss. Secondo l'A., occorre stabilire se il nuovo sistema rimanga ancora permeato dal principio di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito, ovvero se l'affermazione della tendenziale atipicità delle misure cautelari abbia segnato un sostanziale superamento del rigido collegamento di strumentalità tra fase parentetica e giudizio di merito, come avviene in buona misura nel processo civile e conformemente alle indicazioni desumibili dal diritto comunitario. *"In altri termini, si tratta di verificare se l'atipicità delle misure cautelari, introdotta a chiare lettere dalla nuova normativa, possa essere intesa in senso assoluto e massimizzante, ovvero se debba essere concretamente dimensionata tenendo conto della specificità del processo amministrativo in cui la tutela cautelare si colloca, cercando di evitare il rischio che, sulla via di una garanzia quanto più efficace possibile per il cittadino, si finisca con lo sfociare in una sostanziale confusione fra giurisdizione ed amministrazione"*.

(17) Rileva MORVIDUCCI, *Fumus boni juris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 705, 729, come l'originaria giurisprudenza del Consiglio di Stato considerasse trascurabile, in sede di deliberazione cautelare, l'elemento della presumibile fondatezza del ricorso, limitandosi ad escludere solo i casi di palese irricevibilità. L'elaborazione giurisprudenziale successiva, in linea con quanto tradizionalmente previsto nel processo civile e pur nel silenzio della legge (art. 21 legge T.A.R. vecchia formulazione), ha tuttavia autonomamente individuato l'ulteriore presupposto del *fumus boni juris* la cui assenza, nella prassi, è stata pacificamente ritenuta sufficiente a far respingere l'istanza cautelare.

(18) Cfr. art. 669 *octies*, commi 5, 6 e 7, c.p.c. La riforma del 2005 supera il vincolo della strumentalità, invero, una volta ottenuta *ante causam* la misura cautelare, l'attore non ha più l'onere di instaurare (nel termine perentorio fissato dal giudice o, in mancanza, in quello di 30 giorni previsto dal c.p.c.) il giudizio di merito (che sarà quindi onere della controparte attivarsi a proporre), a pena d'inefficacia della misura stessa. La misura cautelare, anzi, sopravvive pure all'eventuale estinzione del giudizio di merito, fatta salva la possibilità che il soggetto soccombente nella fase cautelare chieda la revoca o la modifica della misura, in presenza di sopravvenuti mutamenti nelle circostanze. Si verifica, quindi, un rovesciamento della disciplina finora tracciata dalle norme processuali, che, per quanto non auspicabile, il legislatore potrebbe decidere di adottare anche nel giudizio amministrativo.

rente dovrebbe poi assumere, sebbene nel contesto della materia delle procedure di affidamento di rilevanza comunitaria, la *direttiva ricorsi* (89/665/CEE) (19), laddove, facendo riferimento alla tutela cautelare, non pone alcun limite di strumentalità fra pronuncia interinale e sentenza che definisce il merito (20).

4. Il decreto presidenziale, la tutela cautelare provvisoria (intra litem).

Tanti sono i profili di innovazione processuali (21) e sostanziali (22) del nuovo art. 21 legge T.A.R., ma – ai fini che più interessano – la novità di maggiore impatto introdotta dall'art. 3 legge n. 205/00 nel sistema cautelare del processo amministrativo concerne la possibilità per il ricorrente di chiedere al Presidente del T.A.R., o della Sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure provvisorie volte a tutelare la posizione del ricorrente fino alla trattazione collegiale della istanza cautelare.

Precisamente, l'art. 21, comma 9, Legge T.A.R. prevede che “*prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile*”.

Nonostante la indubbia innovazione rispetto al precedente assetto normativo, la disciplina sul decreto monocratico non sembra avere soddisfatto appieno le sollecitazioni al potenziamento delle tecniche di intervento cautelare del G.A. provenienti da taluni Tribunali amministrativi regionali (23),

(19) Direttiva del Consiglio C.E. in *G.U.C.E.* 30 dicembre 1989, L 395/33.

(20) V. C. Giust. sentenza 19 novembre 1996 (C-236/95), in *Giust. Civ.* 1996, con nota di M. PROTTO; sentenza 15 maggio 2003 (C-214/00), in *Urb. App.* 8/2003, 885, con nota di R. CARANTA; Sentenza 29 aprile 2004 (C-202/03).

(21) Ci si riferisce, in particolare, alla codificazione della appellabilità della misura, con esplicita determinazione del *dies a quo* (notifica o *comunicazione* del deposito) e dell'innovativo termine cd. “lungo” di impugnazione (120 gg.); alla previsione di un procedimento di esecuzione coattiva modellato sui poteri del G.A. nel giudizio di ottemperanza; alla previsione del potere di revoca e modifica della misura per fronteggiare evenienze sopravvenute; al regime delle spese in caso di rigetto; alla priorità nella fissazione dell'udienza di discussione in caso di accoglimento; al possibile raccordo immediato tra fase cautelare e decisione di merito in forma semplificata; alla possibilità di condizionare il provvedimento alla prestazione di una cauzione.

(22) V. quanto affermato in ordine alla atipicità e alla strumentalità della misura, alla valorizzazione del requisito del *fumus boni iuris*. Si pensi ancora alla introduzione esplicita dell'obbligo di motivazione.

(23) Cfr. T.A.R. Lombardia sez. III, decr. Pres. 14 novembre 1997 e 3 aprile 1998 in *Urb. e app.*, 1998, 1334 e ss., con nota di G.M. SIGISMONDI.

propensi a riconoscere (nel silenzio della legge) l'esercizio di un potere cautelare non solo monocratico ed anticipato rispetto all'instaurazione piena del contraddittorio – come quello appena esaminato – ma *strictu sensu ante causam* sulla falsa riga di quello previsto dall'art. 669 *ter* c.p.c. (24).

È infatti evidente che il decreto monocratico di cui all'art. 21, comma 9, Legge T.A.R., potendo essere emanato solo quando il ricorso sia stato (quanto meno) depositato (25), non possa essere considerato un provvedimento cautelare anteriore all'instaurazione del giudizio ma solo una forma di tutela accelerata nell'ambito di un processo già pendente, ancorché a contraddittorio semipieno o imperfetto o temporaneamente assente. Il legislatore fa invero riferimento alla richiesta di misura cautelare proveniente dal "ricorrente", ossia da un soggetto che tale particolare qualifica abbia acquisito con la proposizione del ricorso. La legge prevede poi che l'istanza debba essere presentata al presidente del Tribunale o della sezione "cui il ricorso è stato assegnato", presupponendo che il giudizio sia già incardinato ed assegnato ad una delle eventuali sezioni interne.

Il riferimento all'eventuale "assenza del contraddittorio" va pertanto inteso quale possibilità di provvedere *inaudita altera parte*, il che ovviamente non esclude che il Presidente, prima di provvedere, decida di ascoltare ugualmente le argomentazioni difensive delle altre parti. Sarà l'organo monocratico a stabilire, caso per caso, se sia necessario convocare le parti davanti a sé in tempi ristrettissimi, per consentire difese orali o scritte, ovvero richiedere l'acquisizione di atti e documenti nei termini e nei modi ritenuti opportuni (e-mail, fax ecc.) (26).

Esiste, tuttavia, un originale ed innovativo orientamento del T.A.R. Catania (sez. II, decr. Pres. 6 dicembre 2001, n. 32) in base al quale la domanda preliminare di sospensione del provvedimento impugnato può essere esaminata ed accolta con decreto presidenziale ancor prima della notifica del ricorso introduttivo alla Amministrazione resistente ed agli eventuali controinteressati. Infatti, ancorché il primo comma dell'art. 3 della legge 205/00 nella prima parte sancisca che l'istanza di concessione di misure cautelari provvisorie deve essere *notificata* alle controparti, nella seconda parte dispone altresì che il Presidente provvede con decreto motivato *anche in assenza di contraddittorio*, non richiedendo quindi la notifica del ricorso

(24) È stato limpidamente sottolineato, F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 1030, che attraverso l'introduzione del decreto cautelare, *si sposa con chiarezza un'opzione mediana che, da un lato ammette il ricorso allo strumento monocratico così depotenziando il dogma della collegialità delle decisioni nel rito amministrativo; dall'altro non ammette una tutela ante causam, in quanto, in ciò marcando una differenza rispetto al rito civile, richiede che la misura presidenziale sia richiesta dal ricorrente, ossia da un soggetto che tale veste venga ad acquisire per effetto della notifica e del successivo deposito dell'atto introduttivo del giudizio.*

(25) V. T.A.R. Sicilia, sez. stacc. Catania, sez. II, decr. Pres. 6 dicembre 2001, n. 32, su cui subito nel testo.

(26) Cfr. F. CARINGELLA, *Corso... cit.*, 1073.

stesso. Alla luce di una non implausibile interpretazione del principio di cui all'art. 101 c.p.c., il decreto presidenziale potrebbe dunque essere adottato anche *inaudita altera parte*, al fine di sottoporre l'istanza cautelare all'esame immediato e preventivo del Presidente (27) (28).

5. *Prospettive di tutela cautelare ante causam.*

Orbene, la mancanza nel giudizio amministrativo, nonostante la riforma del 2000, di uno strumento di tutela *ante causam* è stata al centro di un acceso dibattito in giurisprudenza.

È stato notato che dovrebbero sussistere degli strumenti idonei a consentire al G.A. di intervenire in via immediata per la salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive in ipotesi di urgenza tali da non risultare compatibili con i tempi della instaurazione del giudizio.

In particolare, si è ritenuto che la mancanza nel giudizio amministrativo di uno strumento processuale tale da garantire una tutela *ante causam* costituisca una evidente violazione agli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione (che riconoscono implicitamente il rilievo primario della *res integra*) (29), non-

(27) “[...] Il cennato principio generale del contraddittorio non impedisce tuttavia, com’è fatto palese dalla proposizione (contenuta, come si è visto, nello stesso articolo 101 c.p.c.), che il fondamentale postulato dell’eguaglianza delle parti e della possibilità di difendersi possa restare sostanzialmente integro anche nelle ipotesi in cui il legislatore abbia previsto, che ciò possa realizzarsi anche dopo la pronunzia del provvedimento giurisdizionale. Il che, com’è noto, si verifica essenzialmente nelle ipotesi (costituenti in realtà eccezioni più apparenti che reali alla regola del contraddittorio immediato o anticipato, quale contemplato in via di paradigma o modello generale del ripetuto art. 101 c.p.c.) dei procedimenti di ingiunzione ex artt. 633 e ss. c.p.c., dei procedimenti cautelari immediati ex art. 669-sexies, comma 2, c.p.c., nonché (come nel caso in esame) dei procedimenti per la concessione di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 9, legge T.A.R., introdotto dall’art. 3, comma 1, legge n. 205/2000”.

V. anche T.A.R. Sicilia, sez. stacc. Catania, decr. Pres. 4 maggio 2002, n. 997.

Di segno opposto T.A.R. Toscana, decr. Pres. 1053/03 del 28 ottobre 2003. Al riguardo, si è ritenuto che, in difetto di valida notifica all’Avvocatura dello Stato, l’istanza di misura cautelare anticipata non possa essere esaminata, ancorché la stessa sia stata notificata direttamente all’Amministrazione. Occorre, tuttavia, rappresentare che anche la sezione staccata del Tribunale siciliano ha successivamente rivisitato il suo divergente orientamento, imponendo che il richiedente depositi il ricorso, contenente l’istanza cautelare provvisoria, munito dell’attestazione della avvenuta consegna all’Ufficiale giudiziario.

(28) È appena il caso di evidenziare che, sempre secondo T.A.R. Catania (II, decr. Pres. n. 94 del 17 gennaio 2004), il Presidente che ha concesso il decreto cautelare deve provvedere, in caso di inottemperanza, anche alla sua esecuzione nelle stesse forme, adottando le “disposizioni attuative” previste dall’art. 21, comma 14, della legge 1034/71.

(29) Si noti, peraltro, che un esplicito riconoscimento del rilievo costituzionale della tutela cautelare è contenuto nel disegno di legge costituzionale n. S 2010, d’iniziativa dei senatori Dentamaro, Folloni, Callegaro, Camo, Cimmino, Costa, FIRRARELLO, GUBERT, RONCONI e ZANOLETTI: *Modifica degli articoli 97, 99, 100, 103, 111 e 113 della Costituzione in materia di pubblica amministrazione, organi ausiliari, giustizia amministrativa*, presentato al Senato il 23 gennaio 1997: [...] art. 113 Cost. [...] “Contro gli atti e i comportamenti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale anche cautelare delle situazioni giuridiche soggettive.

ché degli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (i quali prevedono la necessità che gli stati firmatari adottino strumenti di intervento a tutela delle situazioni giuridiche soggettive di maggior rilievo nelle ipotesi di urgenza). Il riferimento normativo principale è poi stato individuato nell'art. 2 della *direttiva ricorsi* (n. 89/665 CEE) che impone, in tema di procedure di affidamento di lavori, forniture e servizi, efficaci forme di tutela provvisoria, tra cui la tempestiva sospensione dell'aggiudicazione (30).

Sul fronte del diritto interno, è stato anche tentato l'approccio al modello processual-civilistico (art. 669 *bis* e ss. c.p.c.), ritenuto dal T.A.R. Catania, in base alla previsione di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., disciplina generale applicabile agli "altri provvedimenti cautelari previsti da leggi speciali" (31).

In questo clima favorevole, il T.A.R. Lombardia, Sez. III, ord. Pres. 15 febbraio 2001, n. 1, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 Legge T.A.R. (nella nuova stesura derivante dalla legge di riforma n. 205/00) nella parte in cui, in contrasto con i principi costituzionali in tema di diritto alla difesa, non prevede la possibilità di adottare misure di tutela cautelare *ante causam* analoghe a quelle di cui agli artt. 669 *ter* c.p.c. (32).

La Corte Costituzionale, con ordinanza 10 maggio 2002, n. 179, ha tuttavia dichiarato infondata la questione, osservando che rientra nella discrezionalità del legislatore differenziare, in relazione alla specificità della materia, la tutela cautelare davanti al G.A. rispetto a quella davanti al G.O. (33).

La legge organica può disciplinare i giudizi contro la pubblica amministrazione in modo da rendere compatibile l'effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive con la stabilità di determinate categorie di decisioni, prevedendo il ricorso a strumenti di reintegrazione alternativi all'annullamento degli atti.

La legge disciplina il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, anche mediante l'istituzione di sezioni specializzate ai sensi del terzo comma dell'art. 102".

(30) Cfr. C. Giust. CE Sent. 19 settembre 1996 (C-236/95) *cit.*

(31) Sez. III, decr. Pres. 23 giugno 1998. Di segno opposto la posizione assunta sul tema dal Consiglio di Stato: cfr. sez. V. ord. 28 aprile 1998, n. 781, in *Urb e app.*, 1998, 1334 ss.; v. anche e Cons. Stato, sez. V. ord. 28 aprile 1998, n. 784, in *Foro Amm.*, 1999, 425: i provvedimenti cautelari presidenziali *ante causam* furono in quella sede definiti "abnormi", in quanto adottati da soggetti sforniti di potere giurisdizionale data la riserva di collegialità che caratterizza(va) la fase cautelare.

(32) In *Urb. e app.*, 2001, 770, con nota di F.F. TUCCARI.

(33) In *Urb. e app.*, 2002, 791 e ss., con nota di DE CAROLIS.

Giova evidenziare che la Corte Costituzionale ha evitato di prendere posizione sullo specifico profilo, evidenziato dal remittente, relativo, per un verso, alla compatibilità della mancata previsione di forme di tutela *ante causam* con la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici (la cd. *direttiva ricorsi*) e, per altro verso, alla conseguente possibilità di avvio di un procedimento di infrazione da parte della Commissione europea. Il Giudice delle leggi ha infatti considerato il richiamo alla direttiva in materia di ricorsi non pertinente all'ambito della controversia in cui era sorte la q.l.c. (sospensione di una casa di cura dall'esercizio di attività sanitaria).

Nella specie, parafrasando il ragionamento del Giudice delle leggi, la discrezionalità non risulta spesa in modo irragionevole o in contrasto con gli invocati parametri costituzionali, avendo il legislatore ideato e costruito un sistema cautelare unitario, a prescindere dal tipo di posizione soggettiva interessata (e anche a fronte di un'azione non provvedimento della P.A.), che consente di ottenere celere tutela attraverso l'utilizzo di sistemi più rapidi di notifica del ricorso rispetto a quelli tradizionali (strumenti elettronici, telefax ecc.), nonché attraverso il deposito del ricorso contenente l'istanza cautelare pur in mancanza di prova della rituale notifica a *tutte* le parti.

La questione sembrava dunque definitivamente risolta in senso negativo, allorché sono intervenute talune rilevanti pronunce della Corte di Giustizia.

In particolare, *con specifico riferimento alle procedure d'appalto*, il T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, con ordinanza presidenziale del 26 aprile 2003, n. 76, ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione relativa alla mancanza di strumenti di tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo (34).

Ripercorrere i tratti salienti della motivazione dell'ordinanza di rimessione consente di chiarire gli esatti termini in cui la questione fu posta: la irreparabilità del danno derivante dall'eventuale sottoscrizione del contratto tra Amministrazione ed impresa aggiudicataria discendeva, nel caso di specie, dalla conseguente impossibilità per la ricorrente di ottenere la reintegrazione in forma specifica a conclusione del giudizio impugnatorio sul provvedimento di aggiudicazione.

Nella specie, era accaduto, infatti, che l'aggiudicazione provvisoria non era stata impugnata per mancata conoscenza degli atti endoprocedimentali da parte della seconda classificata e, nelle more del termine di valutazione dell'istanza di accesso da questa presentata, sarebbe potuta intervenire l'aggiudicazione definitiva e l'immediata stipulazione del contratto con la impresa prima classificata, con conseguente impossibilità di ottenere – all'esito del ricorso – la reintegrazione in forma specifica e la stipula del contratto con la ricorrente vittoriosa. La impresa seconda classificata, pertanto, aveva chiesto al giudice amministrativo di inibire provvisoriamente – con una misura cautelare *ante causam* – la sottoscrizione del contratto tra amministrazione committente e aggiudicataria.

Il T.A.R. Brescia, disapplicato l'art. 21 legge T.A.R. e accolta con decreto presidenziale l'istanza cautelare *ante causam*, rimetteva la questione alla Corte di Giustizia, evidenziando al giudice europeo la dubbia compatibilità dell'art. 21 Legge T.A.R. con la Direttiva Ricorsi 21 dicembre 1989, 89/665/CEE.

In particolare, il giudice amministrativo lombardo chiedeva alla Corte di Giustizia se l'art. 21 Legge T.A.R., nella parte in cui non prevede una forma di tutela cautelare *ante causam*, fosse in contrasto con gli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1 lett. a), della Direttiva Ricorsi, che prevedono, rispettivamente, l'obbligo

(34) In *Urb. e app.*, 10/2003, 1219 e ss., con nota di DE CAROLIS.

in capo agli stati membri di introdurre nei propri ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili a quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito, nonché l'obbligo di adottare, con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o ad impedire che altri danni siano causati ad interessi comunitari.

Infine, il T.A.R. Brescia chiedeva alla Corte di Giustizia se il citato art. 21 Legge T.A.R. fosse contrastante con l'art. 6, paragrafo 2, del Trattato U.E., che obbliga l'Unione Europea al rispetto dei diritti fondamentali descritti nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. Più nel dettaglio, il T.A.R. Brescia sollevava il dubbio circa il contrasto della normativa italiana con il Trattato per violazione mediata degli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (così riproponendo nella sostanza le osservazioni del citato decreto presidenziale n. 1/01 con il quale il T.A.R. Milano, senza fortuna, aveva rimesso l'art. 21, co. 8, Legge T.A.R. al vaglio della Corte Costituzionale).

La Corte di Giustizia ha risposto alle suddette richieste con la ordinanza 19 aprile 2004 (C-202/03) (35).

Nella succitata decisione, il Giudice europeo afferma che l'art. 2, par. 1, lett. a) della c.d. Direttiva Ricorsi deve essere interpretato nel senso che gli *Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi giurisdizionali competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio*, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto.

Nel sostenere la necessità che gli Stati membri adottino strumenti processuali atti a garantire una tutela cautelare *ante causam*, il superiore assunto sembra contrastare con il principio della discrezionalità del Legislatore nella costruzione del sistema processuale ritenuto più idoneo, affermato precedentemente dalla Corte Costituzionale nella citata ordinanza n. 179/02.

Non si è mancato di far notare, tuttavia, che l'opzione interpretativa della Corte di Giustizia si basa su una disposizione specifica del diritto comunitario (l'art. 2, n. 1, lett. a, della *Direttiva Ricorsi*) e non anche su disposizioni più generali dell'ordinamento giuridico comunitario (ad es. l'art. 6, n. 2 del T.U.E., cui si riferiva il T.A.R. Brescia).

Da ciò, sembra possibile dedurre che il potenziamento dei poteri cautelari del G.A. compiuto ad opera della Corte di Giustizia debba considerarsi

(35) Va soggiunto che dopo poco meno di un mese dall'ordinanza di remissione del T.A.R. Brescia, la Corte di Giustizia, con sentenza 15 maggio 2003 (C-214/00) *cit.*, resa all'esito di una procedura di infrazione *ex art.* 226 del Trattato CE, è intervenuta con riferimento all'ordinamento nazionale spagnolo. La sentenza anticipa largamente gli esiti del giudizio di compatibilità comunitaria sollecitato dal T.A.R. Brescia rispetto all'ordinamento italiano. In particolare la Corte di Giustizia ha ritenuto che un sistema che imponga, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice non può essere considerato come un sistema di tutela giurisdizionale provvisoria adeguato.

limitato alle controversie in cui trova applicazione l'art. 2, n. 1, lett. a) della Direttiva Ricorsi, che coordina le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Questa lettura riduttiva, adombrata da autorevole dottrina (36) all'indomani della pronuncia della Corte di Lussemburgo, ha ben presto ottenuto l'avallo del T.A.R. Lazio, sez. III-ter, sent. 30 luglio 2004, n. 7550, che, aderendo all'orientamento restrittivo, ha escluso l'estendibilità della innovazione in riferimento al ricorso proposto dalla Società Napoli Sportiva s.p.a. avverso il provvedimento di non ammissione al campionato di calcio di serie B.

Per tali ragioni, la pronuncia 19 aprile 2004 della Corte di Giustizia ha avuto, finora, un impatto modesto nell'ambito dell'ordinamento nazionale, non essendo dalla giurisprudenza ritenuta applicabile, in assenza di uno specifico intervento legislativo, al di fuori della materia degli appalti, alle altre ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. .

Detta situazione potrebbe però risultare non facilmente coniugabile con il principio di uguaglianza e di difesa di cui rispettivamente agli artt. 3 e 24 Cost. (37). Anzi una riflessione è richiesta, ove si dovesse consolidare l'orientamento restrittivo fatto proprio dal T.A.R. Lazio, secondo cui l'indefettibilità della tutela cautelare *ante causa* è stata affermata dalla giurisprudenza comunitaria, e quindi si impone, soltanto contro gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e, per di più, nell'ambito degli appalti di rilievo comunitario: l'interprete si trova di fronte ad un'anomalia tutta italiana di una tutela cautelare *ante causam* introdotta solo per (alcuni de)gli appalti, con la conseguente duplicazione dell'unico modello processuale in un *processo degli appalti*, nel quale è prevista *anche* una tutela cautelare preventiva e in un *processo non degli appalti* in cui detto rimedio manca (38). Una lacuna evidentemente necessitante di un intervento legislativo in chiave di omogeneizzazione e di generalizzazione di un rimedio imposto nei principi (se non anche nella giurisprudenza) comunitari per tutto il processo amministrativo.

A favore di tale soluzione militano alcune considerazioni, tutte in definitiva ancorate ai suddetti parametri costituzionali e agli stessi principi di derivazione comunitaria di "primazia" e di "divieto di discriminazione".

La limitazione della tutela cautelare anteriore al giudizio di merito legittima, infatti, un inammissibile trattamento differenziato, se non altro, tra posizioni soggettive diverse ma tutte di matrice comunitaria; in ogni caso, tra

(36) V. M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema in Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva* (Incontro di studio organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 20 ottobre 2004), pubbl. in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2004, suppl. fasc. 12, p. 7.

(37) In tal senso, v. Cfr. R. CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, 885-891, *Sosp.*, 2003.

(38) In base a queste coordinate sembra essersi orientato il legislatore con il D.Lgs. 163/2006, su cui oltre.

posizioni soggettive analoghe, alcune delle quali di rilievo nazionale ed altre di rilievo comunitario (39).

Vi è poi la considerazione che talune volte l'esistenza di una regola processuale o sostanziale creata nell'ordinamento europeo ovvero elaborata dalla Corte di Giustizia trascende l'esigenza di tutela per la quale si è imposta per estendersi a situazioni corrispondenti di diritto interno (40). Si verifica in tal modo l'applicazione del principio di divieto di discriminazione, ma in senso inverso.

In via surrettizia, sarebbe auspicabile quanto meno che i giudici amministrativi sottoponessero in tempi brevi la questione alla Consulta che, a differenza di quanto avvenuto nel 2002 (quando, con ordinanza 179 del 10 maggio dichiarò infondata la q.l.c. del sistema che non prevedeva per gli interessi legittimi garanzie di tutela cautelare analoghe a quelle operanti per i diritti soggettivi), si troverebbe, questa volta, di fronte ad una tutela difforme di situazioni soggettive identiche (diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva del G.A.) e dunque, analogamente a quanto deciso con la sentenza 28 giugno 1985 n. 190, ne dichiarerebbe presumibilmente la fondatezza.

Ancora più impervia è la strada di un intervento pretorio dai Tribunali, attraverso la sistematica disapplicazione della normativa interna (art. 21 legge T.A.R.) in quanto contrastante con i principi desumibili dalle pronunzie della Corte di Lussemburgo. Ma la soluzione sarebbe comunque inappagante poiché troverebbe sostegno solo per le posizioni soggettive di derivazione comunitaria, con ovvie implicazioni di ordine costituzionale correlate alla violazione del principio di uguaglianza rispetto al trattamento (a quel punto) deteriore delle posizioni soggettive riconosciute dal diritto interno.

6. La tutela cautelare ante causam nel D.Lgs. n. 163/2006.

La tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo è stata di recente codificata in materia di pubblici appalti nell'art. 245 del D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (41).

(39) Come rilevato da CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1225, benché il canone della "tutela effettiva", ricomprendente la tutela cautelare e risarcitoria, sia stato sancito dalla Corte di Giustizia con riguardo al solo diritto comunitario, esso finisce per espandersi in settori del diritto nazionale non regolati dal diritto comunitario in virtù di un principio ovvio di omogeneità e per evitare discriminazioni in senso inverso.

(40) È, in particolare, quanto avvenuto in materia di riconoscimento di forme di tutela cautelare atipiche e propulsive ad opera della A.P. C.d.S. n. 1/2000, anticipatrice della riforma recata dalla legge n. 205/00 (in *Urb. e app.*, 2000, 617).

(41) Secondo F. CARINGELLA, *Codice degli appalti e giustizia amministrativa*, 2006, Relazione al Convegno Ventennale T.R.G.A. di Arco, l'entrata in vigore di questo codice è opportuna per cercare di interrogarsi su quali conseguenze ed effetti si produrranno nel mondo della giustizia amministrativa e quindi per tracciare la mappa delle relazioni pericolose tra Giudice Amministrativo e contratti nella Pubblica Amministrazione alla luce del codice.

"Relazione pericolose perché sembra esserci, in parte, una sorta di antinomia, di contraddizione in termini quando si parla di Giudice Amministrativo, quindi Giudice dell'intere-

Il particolare momento di introduzione della nuova disciplina risulta assai significativo se si pone in correlazione con la quasi contestuale pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale 191 del 2006, la quale ha chiarito, portando a conclusione il procedimento avviato con la precedente sentenza 204/2004, che la giurisdizione amministrativa può esercitarsi anche sui comportamenti della Pubblica Amministrazione purché non si tratti di comportamenti meramente materiali. La precisazione della Corte è importante poiché l'incrocio tra giurisdizione amministrativa e contratti della Pubblica Amministrazione è indubbiamente un incrocio particolarmente fertile proprio alla stregua della precisazione che la stessa Corte pone sul Giudice Amministrativo come Giudice non dei soli provvedimenti ma anche dei *non provvedimenti* che siano esplicativi di potere e di funzione amministrativa. Ciò vuol dire che il giudice amministrativo permane come Giudice naturale dei comportamenti che siano espressione di potere pubblico.

La disciplina cautelare *ante causam* per gli appalti, imposta all'Italia solo per gli appalti sopra soglia dalla ricordata pronuncia della Corte di Giustizia CE, trova pertanto, in forza del T.U., applicazione anche alle controversie relative agli appalti sotto soglia; l'opzione legislativa, sicuramente da condividere sotto il profilo dell'uniformità di disciplina processuale assicurata alla materia dei pubblici appalti a prescindere dal loro importo, pur sollevando, come in precedenza accennato, seri dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.), può costituire un valido modello di riferimento al fine di un futuro (auspicabile) riconoscimento generalizzato della tutela preventiva nel processo amministrativo, al pari di quanto avviene nel processo civile.

A tal fine, è preliminare individuare alcune linee generali relative al procedimento.

Il principale parametro normativo di riferimento è rappresentato dalla disciplina desumibile dagli artt. 669 *bis* e ss. e 700 c.p.c. (42), che sul piano sostanziale richiedono in ogni caso di rappresentare il *fumus boni juris* del ricorso, fornendo fin da quella sede precisa indicazione della causa di merito che si intende svolgere.

Quanto al contenuto-forma del ricorso, potrà ritenersi che esso potrà essere meno completo del ricorso di merito e dunque più agile.

resse pubblico, e di contratti, ossia di atti di autonomia privata. Antinomia che è, evidentemente, soltanto apparente, se consideriamo che alla luce di una giurisprudenza ormai granitica i contratti della Pubblica Amministrazione non appartengono al mondo della mera autonomia privata ma sono anch'essi atti funzionali ed esplicativi nella funzione pubblica, come tali destinati funzionalmente al perseguimento dell'interesse pubblico."

(42) La stessa relazione che accompagna il nuovo codice dei pubblici appalti, elencando le disposizioni mutate dal processo civile, parla espressamente di profili disciplinatori tratti dal processo civile (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies*) da adattare al processo amministrativo.

Ma la nuova disciplina – contenuta nei commi da 3 a 8 dell'art. 245 –, se per taluni aspetti appare modellata sulle corrispondenti norme dettate dal codice di procedura civile, per altri se ne differenzia notevolmente in ragione delle peculiarità del processo amministrativo.

È il caso, ad esempio, del procedimento *ante causam inaudita altera parte*, che il comma 4 dell'art. 245 implicitamente esclude allorché descrive una tutela necessariamente legata alla previa notifica del ricorso. La disposizione, infatti, richiede espressamente che l'istanza debba essere “*previamente notificata ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*” (ossia, *tanto all'organo che ha emesso l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi*) (43).

Va comunque rilevato che il concetto di *inaudita altera parte*, nella tutela cautelare preventiva innanzi al G.A. (al pari, tuttavia, di quanto già accade per le misure provvisorie di cui al comma 9 dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971), non viene inteso, come nel processo civile, quale effettiva assenza della controparte alla quale non viene neppure notificato il ricorso (art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.) bensì quale possibilità del giudice della cautela di provvedere anche senza sentire il contraddittore, a cui, comunque, l'istanza è stata previamente notificata (e quindi è al corrente che è stato incardinato un procedimento cautelare che lo riguarda).

La scelta di diversificazione dei riti impone di vagliarne le ragioni sottese.

Un utile spunto lo si trae dalla relazione di accompagnamento al nuovo codice dalla quale emerge che non si è ritenuto necessario omettere la fase della notifica perché l'adempimento non richiede tempi incompatibili con la tutela *ante causam*.

Vi è poi, probabilmente, l'inconscio obiettivo di differenziare e valorizzare la posizione dell'Amministrazione, resistente istituzionale nel processo amministrativo, rispetto a quella di ogni altro contraddittore privato nel processo civile, laddove la tutela ante causa senza contraddittorio immediato è prevista (44).

È probabile, infine, che nell'intenzione del legislatore delegato la scelta di escludere la tutela cautelare *ante causam inaudita altera parte* sia stata indotta dalla volontà di neutralizzare il rischio di un'ipertrofia di tutela, piuttosto che per un'astratta incompatibilità con il sistema di giustizia amministrativa nel suo complesso. Ma la soluzione negativa, ad avviso di chi scrive, si impone anche se si considera che una tale prospettiva concorrerebbe in

(43) E la precisazione è di non poco momento, ove si consideri che, mentre l'art. 245 effettua un esplicito richiamo al comma 1 dell'art. 21 legge T.A.R. quanto al contenuto dell'onere di previa notifica, il comma 9 dell'art. 21, per l'ipotesi di misura presidenziale anticipata *intra litem*, si accontenta della formula normativa, assai più generica, di un'istanza *notificata alle controparti*.

(44) In termini analoghi, cfr. M.A. SANDULLI, *op. loc. cit.*

modo non sempre chiaro con l'analogia misura del decreto presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, legge T.A.R. (45).

Analogamente, non appare rinunciabile la condizione, peraltro non più propria del processo civile come si è avuto modo di accennare, della necessaria instaurazione del giudizio di merito entro un termine ragionevolmente breve a pena di sopravvenuta inefficacia della misura.

La diversa soluzione rispetto al rito civile e alle innovazioni ivi recate dal Decreto legge n. 35/05 (conv. in legge n. 80/2005), si giustifica in base alla considerazione che – anche nelle materie di giurisdizione esclusiva devolute al G.A. – permane, pur nella compresenza di situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, l'aspetto ineliminabile del possibile consolidamento degli effetti del provvedimento amministrativo non impugnato (o impugnato in un giudizio del quale non si è poi curato il naturale sviluppo), consolidamento ontologicamente incompatibile con un'ipotizzata ultrattività degli effetti della misura cautelare.

La stessa relazione mette in guardia, peraltro, sulla necessità che siffatto strumento sia adeguato alla peculiarità del processo amministrativo e all'organizzazione della giustizia amministrativa, evidenziando come la disciplina proposta, oltre che costituire un agile strumento a tutela dei concorrenti pre-

(45) Tale spiegazione, tuttavia, non convince pienamente V. DE GIOIA, *La Tutela cautelare ante causam nel nuovo codice dei pubblici appalti: il procedimento inaudita altera parte e l'istruzione probatoria*, in www.neldiritto.it: "l'obbligo della previa notifica dell'istanza riduce il valore della tutela *ante causam*, come detto, connotata da esigenze di "eccezionale gravità ed urgenza" che suggerivano l'opzione, anche nel processo amministrativo, per il mero deposito dell'istanza così da consentire al Presidente di provvedere, laddove ne avesse ravvisato la necessità, anche a contraddittorio non instaurato, al pari di quanto previsto nel procedimento cautelare *ante causam* civile.

Questa soluzione, tra l'altro, avrebbe dato un senso all'obbligo, presente anche nel procedimento civile *inaudita altera parte*, posto in capo al richiedente, di notificare, alle altre parti e in termini stringenti, l'eventuale provvedimento di accoglimento (che nel processo civile opera solo per il decreto ed ha la funzione di integrare quel contraddittorio eliso in prima battuta per conferire reale celerità ed efficienza al procedimento)". Prosegue l'A. "È necessario, tuttavia, rimarcare come nel processo civile, quando il provvedimento cautelare viene emesso con decreto, il contraddittorio non è eliso, ma semplicemente differito all'udienza contestualmente fissata dal giudice, nella quale il resistente potrà adeguatamente difendersi, facendo valere le sue eccezioni di rito e/o di merito e, all'esito, eventualmente ottenere, qualora ne ricorrano i necessari presupposti, la modifica o la revoca del provvedimento cautelare adottato dal giudice adito antecedentemente alla sua audizione.

Sempre nel processo civile, inoltre, il presupposto per l'emissione del decreto, costituisce espressione non già della generica preoccupazione di non ostacolare l'attuazione del provvedimento, bensì della volontà di imporre al giudice della cautela la verifica di concreti elementi da cui si desuma un pericolo specifico che vanno individuati, di volta in volta, in tutte quelle situazioni o circostanze di fatto, che il ricorrente deve necessariamente prospettare, che siano in grado di frustrare l'effettivo conseguimento della tutela cautelare; all'onere della parte di specificare nel ricorso le ragioni su cui si fonda la richiesta di decreto, corrisponde l'obbligo del giudice di motivare adeguatamente il decreto, evidenziando, in parte motiva, i concreti elementi di pericolo che ne giustificano l'emissione."

termessi dalla gara, assume anche una funzione latamente deflattiva del contenzioso, istituendo una sorta di primo filtro, utile a scoraggiare ricorsi alla giustizia con finalità meramente dilatoria.

A tale stregua, il modello delineato si discosta da quello organizzato nel codice di procedura anche per il divieto di presentare nuovamente la istanza cautelare che sia stata respinta ancorché – come invece previsto nell'art. 669 *septies* c.p.c. – “si verificchino mutamenti delle circostanze” o “vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto”, oppure, volendo mutuare la formula utilizzata dall'art. 21, comma 13, legge T.A.R., la nuova istanza sia motivata “con riferimento a fatti sopravvenuti”. In base al comma 5, l'istanza rigettata potrà essere riproposta solo dopo l'inizio del giudizio di merito, sia nella forma classica e che nella forma della richiesta di tutela presidenziale anticipata.

Non pone, invece, problemi di compatibilità l'art. 669 *septies*, in tema di statuizione sulle spese in caso di rigetto dell'istanza, previsione peraltro già introdotta dalla legge 205/00 per la tutela cautelare *intra litem* (art. 21, comma 11, legge T.A.R.) cui si richiama il comma 7 dell'art. 245.

La nuova figura si discosta, poi, quanto alla esplicita non reclamabilità del provvedimento negativo, così come disposto dal comma 5 dell'art. 245 (46).

Ma la reclamabilità (*rectius*, l'*appellabilità*, come si esprime il legislatore) è esclusa anche per il provvedimento di accoglimento, in base a quanto previsto dal comma 6 ultima parte, laddove si precisa altresì che il provvedimento di accoglimento, *fino a quando conserva efficacia, è sempre revocabile o modificabile senza formalità del presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal collegio dopo l'inizio del giudizio di merito*. L'utilizzo del termine “reclamo” infatti – a fronte di un provvedimento chiaramente definito “non appellabile” – lungi dal consentire un secondo grado di giudizio, è probabilmente un ‘infelice’ sinonimo del termine “istanza”; al più, un modo di differenziare la richiesta dell'originario ricorrente (istanza) da quella di ogni altro interessato, Amministrazione resistente ed eventuali controinteressati (reclamo). Secondo un'altra opzione interpretativa, con il termine reclamo si è invece voluto ideare un rimedio impugnatorio improprio – strutturalmente diverso dall'appello – da proporre dinanzi allo stesso organo che ha emesso il provvedimento, a differenza di quanto accade nel procedimento cautelare civile che, con il termine *reclamo* indica un procedimento di secondo grado articolato dinanzi ad un organo collegia-

(46) È utile ricordare che prima dell'entrata in vigore della riforma introdotta dal D.L. n. 35/05, l'art. 669 *terdecies* non prevedeva la reclamabilità del provvedimento negativo, limitandosi a prevedere quella del provvedimento positivo. La ingiustificata disparità di trattamento fu comunque rimessa alla Corte Costituzionale che, con sentenza *additiva* 23 giugno 1994 n. 253, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo “nella parte in cui non ammette il reclamo ivi previsto, anche avverso l'ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare”.

le di cui non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare oggetto di gravame (47).

Il provvedimento non è mai collegiale ma sempre monocratico, anche quando non sia il presidente ad adottarlo, essendo fatta salva la facoltà di delegarne l'adozione ad un altro magistrato (deve ritenersi della medesima sezione, allorché siano istituite più sezioni all'interno del Tribunale).

A differenza poi che nella misura presidenziale anticipatoria di cui all'art. 21, comma 9, legge T.A.R., per il procedimento cautelare *ante causam* l'art. 245 non stabilisce che il provvedimento sia adottato necessariamente nella forma del decreto presidenziale. A meno di non voler ritenere che il legislatore del 2006 sia incorso in una dimenticanza ovvero abbia voluto fare implicito riferimento al precedente modello processuale (ove la forma del provvedimento è sempre quella del decreto pur nell'eventualità di una rapida istruttoria previamente avviata sulla misura da concedere), sembra doversi desumere che la scelta di quale tipologia di provvedimento adottare, decreto o ordinanza, discenda dall'opzione presidenziale di esercitare o meno il potere di *sentire* le parti. È noto infatti, che, secondo i principi generali, l'*ordinanza* presuppone il previo 'contraddittorio' tra le parti mentre il *decreto* generalmente ne prescinde (48). In ogni caso, si tratterà di un provvedimento motivato non solo in ordine al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, ma anche alle ragioni che hanno indotto a provvedere, in ipotesi, in assenza di istruttoria.

L'obbligo di motivazione, tra l'altro, è funzionale all'attivazione dei rimedi, *latu sensu* impugnatori (revoca e modifica) messi a disposizione, sempre nella fase *ante causam*, per demolire o modificare, qualitativamente o quantitativamente, il provvedimento presidenziale.

In ogni caso la motivazione dovrà dar sufficientemente conto della *eccezionale gravità e urgenza*, requisito indefettibile in base al quale (secondo l'inciso iniziale del terzo comma dell'art. 245) è possibile accordare la tutela cautelare *ante causam*.

Ebbene, questa terminologia si differenzia rispetto a quella dell'articolo 21, comma 9, della Legge T.A.R. in tema di tutela monocratica *intra litem*, laddove si fa riferimento al caso di *estrema gravità ed urgenza*.

Non può – già a livello sistematico – trattarsi di concetti sovrapponibili. Peraltro, dalla relazione preparatoria si è ricava che il legislatore delegato considera la tutela cautelare *ante causam* figura assolutamente residuale, con la conseguenza che essa è sottoposta ad un regime derogatorio ancora più eccezionale del già eccezionale carattere derogatorio della tutela monocratica *intra litem*. L'eventualità va dunque considerata una vera e propria *extre-*

(47) Ma questa soluzione sembra in contrasto con i lavori preparatori, così come indicato implicitamente da F. CARINGELLA, *Codice degli appalti... cit.*

(48) Cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, XI ed. Giappichelli TO, 1997, p. 406-407.

ma ratio e la accentuata residualità della figura si ricava dall'*incipit* del comma 3 dell'art. 245, ove si descrive un concetto di eccezionalità "*tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso [di merito n.d.r.] e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*".

A conferma di quanto appena sostenuto, va altresì rilevato che la tutela cautelare in esame si connota per essere interinale e provvisoria non solo rispetto al ricorso di merito ma, addirittura, rispetto alla domanda cautelare tradizionale di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 21 legge T.A.R.. In tal senso va letto il periodo finale del terzo comma dell'art. 245.

D'altronde la finalità della tutela *ante causam* è quella di evitare che l'attesa per l'avvio del giudizio principale determini quel ritardo nell'adozione del provvedimento cautelare che rischierebbe, attese le qualificate ragioni di urgenza, di rendere inutile il provvedimento richiesto.

La straordinarietà della nuova misura si coglie anche sotto un altro connesso aspetto, inserito nel periodo conclusivo del quarto comma: quello della rilevabilità *ex officio* della incompetenza territoriale del Tribunale adito dal ricorrente: il Giudice non è abilitato a somministrare la tutela anticipata, se non previa autonoma verifica della propria competenza. La innovazione si colloca nel solco di quella tendenza sempre più incline a riconoscere nuove ipotesi normative di competenza territoriale funzionale ed inderogabile (es. giustizia sportiva) (49).

Prosegue il sesto comma – con disposizione non nuova – che l'efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti ed ai terzi (50).

In ogni caso il richiedente ha l'onere di notificare il provvedimento di accoglimento alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice, comunque, non superiore a cinque giorni.

In assenza di esplicita indicazione, non è chiaro quale sia l'eventuale sanzione per l'inadempimento di tale imposizione. Potrebbe forse ragionarsi sull'esistenza di un'ipotesi tacita di sopravvenuta inefficacia della misura concessa, attesa la natura espressamente perentoria del termine, ma, pur prescindendo dalla considerazione che una siffatta sanzione processuale avreb-

(49) V. ad es. art. 3, comma 2, D.L. 19 agosto 2003, n. 220 (come modificato in sede di conversione dalla relativa legge 17 ottobre 2003, n. 280 "La competenza di primo grado spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede in Roma. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio").

(50) Si osservi che l'analoga disposizione contenuta nell'art. 21, comma 8, legge T.A.R. consente di condizionare a cauzione non solo il provvedimento di accoglimento ma anche il provvedimento di *diniego* emesso sull'istanza cautelare *intra litem*. Il precedente di entrambe le disposizioni si rinviene chiaramente nell'art. 669 *undecies* c.p.c.. Per un interessante raffronto, v. l'art. 47 D.Lgs. n. 546/1992, sulla sospensione dell'efficacia del provvedimento impositivo impugnato innanzi alle Commissioni Tributarie.

be meritato un'esplicita previsione, rimane da valutare che non chiara è la funzione di tale onere notificatorio, atteso che esso investe quali destinatari le stesse parti già edotte del ricorso cautelare in base alla precedente notifica dell'istanza (comma 4).

Peraltro, l'analogia previsione contenuta nell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c. (51) si giustifica in base alla evidente difformità di struttura del processo cautelare civile, laddove l'onere della notifica del decreto cautelare, contenente pure la data di comparizione delle parti, si spiega agevolmente nell'ottica del perfezionamento di un contraddittorio che non è ancora costituito.

L'efficacia del provvedimento cautelare monocratico è comunque delimitata in sessanta giorni dalla sua *prima* emissione, con ciò volendosi intendere che eventuali manovre elusive, consistenti nella reiterata presentazione di nuove istanze *ante causam*, non potrebbero in ogni caso sortire l'effetto di estendere l'efficacia della prima misura eventualmente concessa oltre il termine di legge.

Il termine legale di efficacia del provvedimento cautelare, oltre il quale quest'ultimo *perde effetto* salva conferma da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sul ricorso principale (52), è significativamente correlato a quello di decadenza per l'impugnazione dell'atto. Non può omettersi di evidenziare al riguardo che, *de iure condendo* ed analogamente al rito civile, dovrebbe essere consentito al giudice della cautela *ante causam* di fissare un termine più breve, allorché, tenuto conto delle concrete circostanze, il lasso temporale tra l'adozione della misura cautelare e la relativa scadenza massima legislativamente prevista (60 gg.) risulti eccessivamente ampio. Tale riduzione potrebbe peraltro avere un effetto utilmente dissuasivo nei confronti di domande cautelari prive di reale necessità (53).

(51) Ove il termine, peraltro, è "non superiore ad otto giorni".

(52) Il comma 6 dell'art. 245, con riferimento al mantenimento dell'efficacia delle misure cautelari, utilizza l'endiade "*confermate o concesse* ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034". Volendo riconoscere un significato al dettato normativo, altrimenti oscuro, dovrà ritenersi che il mantenimento dell'efficacia riguardi esclusivamente l'ipotesi di misure cautelari concesse *ante causam* e *confermate* nel giudizio di merito, mentre l'ipotesi delle misure *concesse* ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, costituisca una previsione sostanzialmente inutile, riferendosi la norma a misure che sono state concesse per la prima volta nel corso del giudizio di merito.

(53) Osserva F. CARINGELLA, *Codice degli appalti... cit.* che quella in esame "è una soluzione discutibile perché attribuisce ad un organo monocratico, in deroga alla normale collegialità del processo amministrativo, il potere di dettare una misura che duri 60 giorni, senza alcun riesame. Un potere forse eccessivo, perché vista l'obsolescenza di alcune situazioni soggettive e considerata la durata non superiore a 60 giorni che conoscono molte questioni cautelari, questo potere può risolversi in una decisione definitiva adottata attraverso un incidente cautelare, quante volte le ragioni della cautela si concludano nell'arco di pochi giorni o di poche settimane. Si pensi al caso del T.A.R. di Milano di qualche anno fa nel quale un provvedimento cautelare *ante causam* fu somministrato per la chiusura dell'esercizio nel periodo natalizio, ove è chiaro che rinviare a 60 giorni significa rendere definitiva, con mortificazione del contraddittorio e della collegialità, una misura che la stessa legge considera addirittura eccezionale...".

Per l'attuazione della misura cautelare adottata *ante causam* risulta inapplicabile la disciplina codicistica di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c.. Il comma 7 dell'art. 245 (già menzionato con riguardo alla disciplina delle spese) fa infatti riferimento alla speciale e prevalente regolamentazione dell'art. 21 legge T.A.R., comma 14, così come modificato dalla legge n. 205/00 per la tutela *intra litem*; disposizione che effettua un richiamo ai poteri del giudice dell'ottemperanza.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 245, prevenendo possibili problemi interpretativi scaturenti dal raffronto con il comma 15 dell'art. 21 legge T.A.R., esclude che le norme sul procedimento cautelare *ante causam* trovino applicazione per i giudizi in grado d'appello, *per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli artt. 21 e 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*.

6.1. *L'istruzione probatoria.*

Il comma 4 dell'art. 245 prevede che “*Il Presidente, o il giudice da lui delegato, provvede sull'istanza, sentite, ove possibile, le parti, e omessa ogni altra formalità*”.

La norma appare modellata sulla falsariga dell'art. 669 *sexies* cod. proc. civ., a mente del quale “*Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto...*”; vanno sottolineate solo alcune differenze, peraltro marginali e frutto dell'intenzione di rendere compatibile il nuovo rito con il processo amministrativo, in ordine alla audizione delle parti (disposta solo ove possibile) e all'assenza di un espresso riferimento al compimento di atti di istruzione.

Ciononostante, si reputa che un margine di istruzione probatoria caratterizzi anche il procedimento amministrativo *ante causam*: la stessa relazione di accompagnamento al codice, infatti, prevede che sull'istanza *ante causam* provvede il giudice monocratico, con un procedimento informale in cui viene compiuta l'istruttoria indispensabile ad acclarare la sussistenza e la fondatezza del diritto da cautelare (*fumus boni iuris*) ovvero per riscontrare il *periculum in mora* (atti, documenti, informazioni) e, solo se possibile, sono sentite le parti.

La libertà di forme nella trattazione del giudizio, rimessa sostanzialmente al potere discrezionale del giudice, connota il procedimento cautelare nella logica della cognizione sommaria.

Il ricorrente, dal canto suo, deve fornire un idoneo principio di prova per consentire al Presidente di esercitare i propri poteri istruttori officiosi. Infatti, in virtù della peculiarità del giudizio amministrativo che si caratterizza per il sistema dispositivo con metodo acquisitivo, il Presidente non può sostituirsi completamente alla parte nella ricerca degli elementi istruttori (e dei temi di prova) da introdurre in giudizio.

L'attività che conduce alla pronuncia del provvedimento cautelare presenta i caratteri della cognizione sommaria che si manifesta in primo luogo

nel fatto che per la prova dei presupposti appena indicati il giudice può fondarsi anche soltanto sui documenti esibiti dalla parte istante, o sugli elementi desumibili da sommarie e rapide informazioni senza alcuna particolare formalità, con esclusione delle mere asserzioni della parte istante.

In adesione ai principi generali deve infine ritenersi che il presidente possa, dalle dichiarazioni rese dalle parti (spontaneamente o su domanda), dedurre elementi sussidiari di convincimento, quali presunzioni semplici o argomenti di prova per corroborare o disattendere gli elementi di prova già acquisiti al processo.