

## La tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo

*In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66  
e del nuovo Codice del processo amministrativo*

Alfonso Mezzotero\*

*PREMESSA GENERALE* - L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici ha introdotto (nei commi da 3 a 8) la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, indipendente dalla previa introduzione del giudizio di merito (in tal senso, appunto, *ante causam*, ossia "preventiva" o "pura", che non accede al ricorso introduttivo, né è formulata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato esclusivamente sulla valutazione della sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura richiesta).

Nel lavoro che segue vengono illustrate le ragioni della introduzione del nuovo strumento processuale nel nostro ordinamento processuale amministrativo, decisamente determinata (*rectius*: imposta) dall'influenza della giurisprudenza comunitaria nella definizione di un sistema cautelare capace di tutelare adeguatamente le posizioni soggettive di derivazione comunitaria anche innanzi ai giudici nazionali, che, peraltro, si erano già mostrati sensibili a quest'opera di tendenziale ampliamento delle cautele giurisdizionali apprestate al ricorrente privato nei confronti dell'agire (e del non agire) amministrativo.

La disciplina del nuovo rimedio di tutela preventiva 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 *inaudita altera parte*, della non impugnabilità del provvedimento negativo e dei rimedi, azionabili anche d'ufficio, avverso il provvedimento di interinale e provvisorio di accoglimento). Il che suggerisce di esaminare i profili comuni e differenziali tra i due procedimenti, quale necessaria premessa della successiva analisi della

---

(\*) Avvocato dello Stato.

Il presente scritto, presentato al Convegno "*Le novità del processo amministrativo*", tenutosi a Castrovillari il 31 gennaio 2009, costituisce una rielaborazione ed aggiornamento del saggio redatto dall'A. dal titolo *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela nel codice degli appalti*, cap. XXXIX del volume *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico* (a cura di F. SAITTA), Cedam, 2008.

In un successivo scritto, di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*, l'A. tratterà il tema della tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo ed alla luce delle disposizioni della bozza di Codice del processo amministrativo.

disciplina codicistica, della quale vengono evidenziati i diversi nodi problematici, che la prassi applicativa sarà chiamata a sciogliere, proprio al fine di rendere coerente il nuovo strumento a quelle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale che ne hanno imposto l'introduzione nel nostro ordinamento processuale amministrativo. L'accento cade sulla immediatezza e rapidità della tutela, che comporta *in primis* la garanzia di una tutela cautelare immediata, con l'attribuzione al giudice della cautela del potere di adottare ogni misura necessaria ad impedire che il giudizio di merito sia *inutiliter datum*. Principio che deve, in ogni caso, necessariamente armonizzarsi con quello di garanzia del contraddittorio e di ontologica specialità del processo amministrativo, il quale verte pur sempre sulla tutela del primario interesse pubblico, che impone di evitare che il giudice amministrativo possa adottare una qualsiasi misura (anche provvisoria ed interinale) sulla base di un accertamento sommario e senza che almeno un contraddittore (P.A. o controinteressato) sia stato avvisato o messo in condizione di costituirsi. In altri termini, le ragioni del ricorrente abbisognevole di tutela cautelare non possono comportare l'azzeramento del diritto di difesa in nome dell'esigenza del principio di immediatezza della risposta giudiziale alle istanze giurisdizionali.

In questa direzione si analizzano gli esiti del dibattito sulla tutela cautelare nel processo amministrativo e sulla sua (irrinunciabile) interinalità e strumentalità rispetto all'azione di merito, opportunamente confermata dal legislatore delegato, a fronte di tendenze legislative (si vedano le recenti riforme del processo cautelare civile e del processo societario) che sembrano configurare una tutela cautelare non proprio rigorosamente interinale.

Particolare attenzione, in questo contesto, verrà dedicata all'esame dei limiti sistematici del processo in atto di "civilizzazione" del giudizio amministrativo e delle difficoltà di una sua armonizzazione con le norme del codice di procedura civile, spesso chiamate in soccorso, ma che rispondono a logiche del tutto diverse, il che è fonte di ulteriori incertezze che investono il ruolo stesso del giudice amministrativo. Del resto, il processo amministrativo, diversamente dal processo civile, diretto solo a dirimere una controversia, deve essenzialmente mirare ad assicurare che, anche nella sua azione futura, l'Amministrazione conformi il proprio operato alle regole di diritto e di buona amministrazione enunciate dalla sentenza. Detto altrimenti, il giudice amministrativo non è chiamato solo alla definizione del rapporto controverso, ma ad assicurare la "*giustizia nell'amministrazione*", in specie attraverso la tutela caducatoria e l'indicazione alla P.A. delle regole per il futuro *modus agendi*: si tratta dei noti compiti conformativi dell'azione amministrativa affidati al giudice amministrativo e che non possono essere demandati alla pronuncia cautelare, la quale deve mantenere la sua non autosufficienza rispetto al giudizio di merito, nonostante le recenti novità

intervenute prima nel diritto societario (d.lgs. n. 5/2003) e poi, in generale, nella disciplina processualciviltistica (l. n. 80/2005).

All'esito di tale indagine non poche perplessità emergono sull'effettività utilità del nuovo strumento, non foss'altro per la sua sostanziale sovrapposizione agli altri strumenti cautelari ordinari (ossia *intra litem*), che continuano ad essere privilegiati dai ricorrenti (ad oggi, le richieste di concessione di misure cautelari *ante causam* risultano davvero piuttosto limitate). In particolare, il rimedio introdotto dal Codice non sembra divergere effettivamente dall'istituto della tutela presidenziale delineata dall'art. 21, comma 9, l. TAR, che presenta caratteristiche affini a quelle della tutela cautelare *ante causam* e che meglio si cala nei meccanismi tipici del processo amministrativo.

In chiave critica, viene posta in discussione l'opinione di chi ritiene che la nuova tutela cautelare, segnata da un alto tasso di celerità, informalità e snellezza, sia destinata ad accrescere il livello di effettività della tutela, rappresentando la delibazione dell'istanza *ante causam* un momento di filtro del contenzioso amministrativo utile a deflazionare i ricorsi alla giustizia amministrativa, perché l'adozione di un provvedimento di diniego adeguatamente motivato dissuaderebbe i privati dalla proposizione di ricorsi meramente dilatori e defatiganti. Se ciò in linea teorica può avere un fondamento, tuttavia, in senso contrario occorre considerare l'onere, che grava sull'istante, di rappresentazione, sia pur sintetica, delle ragioni poste a fondamento della richiesta; sicchè, con ogni probabilità, il giudice, che dovrà giudicare *iuxta probata et alligata*, non sarà in grado, data anche la ristrettezza dei tempi, di offrire una motivazione particolarmente ampia, specie sul *fumus* (ove lo si ritenga costituire presupposto per la concessione della misura, ad onta della formulazione normativa di cui al comma 3 dell'art. 245). Dal che consegue, per un verso, che quella particolare funzione di indirizzo dell'attività amministrativa - propria della tutela cautelare "ordinaria" - può, dirsi, riguardo alla tutela cautelare *ante causam*, decisamente abbandonata; per altro verso che l'istituto non svolgerà nella pratica alcuna effettiva funzione deflattiva e di filtro; è ovvio intendere che una misura negativa non adeguatamente motivata, non dissuaderà il ricorrente dal riproporre l'istanza cautelare nelle forme ordinarie.

Quale considerazione conclusiva si rileva che l'istituto, più che rispondere ad un'effettiva esigenza di giustizia, è il portato di un obbligo di adeguamento dello Stato ai rilievi formulati in sede comunitaria e, alla prova dei fatti, potrebbe risultare di scarso impatto pratico, poiché le forme di tutela anticipata - seppur non *ante causam* - appaiono costituire sufficiente garanzia. Rispetto alla tutela cautelare monocratica di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, il nuovo rimedio nulla effettivamente aggiunge, limitandosi il legislatore ad esasperare i presupposti per la concessione della misura, fissando

dei requisiti di accesso alla tutela difficilmente riscontrabili in concreto. Sarà, quindi, compito dell'elaborazione giurisprudenziale disegnare i confini tra l'estrema gravità ed urgenza e l'eccezionale gravità ed urgenza, facendo oscillare il pendolo della tutela cautelare sull'uno o sull'altro polo, ma, considerato il ristretto spazio concettuale tra l'estremo e l'eccezionale, si può fondatamente prevedere la schiacciante prevalenza di uno dei due strumenti a discapito dell'altro.

Per di più, sull'utilità del nuovo strumento cautelare sembra destinata profondamente ad incidere la nuova Direttiva ricorsi 11 dicembre 2007, n. 66, che avrebbe dovuto essere attuata entro il 20 dicembre 2009, termine prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema di decreto legislativo attuativo al parere delle Commissioni parlamentari, ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. 7 luglio 2009, n. 88; infatti, la previsione dello *standstill period* per portare ad esecuzione il provvedimento di aggiudicazione e, soprattutto, l'effetto sospensivo automatico del ricorso, contemplati dalla nuova direttiva, renderanno pressochè superfluo l'intervento cautelare monocratico *ante causam* e *inaudita altera parte*, il cui abbandono non dovrebbe essere rimpianto da nessuno.

In attesa che il decreto di recepimento della direttiva 2007/66 e, più in generale, il nuovo codice del processo amministrativo chiariscano il ruolo dello strumento cautelare *ante causam*, l'auspicio è che, in sede di revisione dell'art. 245 - necessaria anche in attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge comunitaria n. 88/2009 - l'istituto possa assolvere alla medesima funzione di effettiva strumentalità ed interinalità tipica ed irrinunciabile nel nostro sistema processuale amministrativo. Ma la questione, considerata la mancata indicazione nella legge delega dei principi e criteri direttivi in ordine ai presupposti di proponibilità dell'istanza cautelare *ante causam*, non mancherà di suscitare ulteriori dibattiti, fermo restando il prevedibile non utilizzo del rimedio, neppure a fronte della sua generalizzazione con la prossima entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo.

\*\* \*\*\* \*\*

*SOMMARIO: 1. Introduzione ed ambito dell'indagine. 2. Il quadro normativo di riferimento e le ragioni del superamento della sospensiva. 3. Il principio di effettività della tutela e della necessaria pienezza dell'intervento cautelare nella giurisprudenza evolutiva della Corte costituzionale. 4. Lo standard minimo di tutela cautelare nel processo amministrativo degli Stati membri imposto dalla Corte di Giustizia. 5. La legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo positivizza la tutela cautelare atipica e propulsiva. Le tecniche del remand e le misure positive-sostitutive ed il loro vincolo conformativo sulla successiva azione amministrativa. 6. Il decreto presidenziale: la tutela cautelare provvisoria (intra litem). 7. Il decreto monocratico non costituisce uno strumento di tutela cautelare ante causam. 8. La nuova frontiera del giudizio cautelare: la tutela ante causam. Analisi dell'evoluzione giuri-*

*sprudenziiale interna. 9. Il modello di tutela cautelare comunitaria imposto dalla Corte di Giustizia: l'obbligo di introdurre lo strumento della tutela cautelare ante causam da assicurare anche nel processo amministrativo e le critiche della dottrina. 10. L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, introduce la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. 11. La strumentalità della tutela cautelare quale postulato inabdicabile e non sacrificabile in nome della rapidità della risposta giurisdizionale. 12. I profili comuni e differenziali della tutela cautelare ante causam disciplinata dall'art. 245 del Codice rispetto alla tutela cautelare ante causam civile. 13. Analisi della disciplina codicistica della tutela cautelare ante causam: i presupposti dell'istanza. 14. La rilevanza d'ufficio dell'incompetenza territoriale: dalla migrazione cautelare alla tutela cautelare errante? 15. Il regime delle impugnazioni. L'efficacia ad tempus del provvedimento cautelare di accoglimento. 16. Il potere di revisione della misura cautelare. Profili problematici. 17. Contributo unificato e tutela cautelare ante causam. 18. Riflessioni conclusive sulla tutela cautelare ante causam in attesa del nuovo codice del processo amministrativo anche alla luce delle novità introdotte dalla recente direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE.*

### *1. Introduzione ed ambito dell'indagine*

Le riforme che nell'ultimo decennio (l. n. 205 del 2000 e l. n. 80 del 2005) hanno investito il processo amministrativo, non solo hanno contribuito ad alterarne profondamente l'originaria struttura, ma hanno operato, altresì, una incisiva trasformazione della funzione assunta dal giudice nelle liti tra privato e pubblica amministrazione. In questo rinnovato contesto il giudice amministrativo ha assunto una centralità sempre più marcata nell'assetto istituzionale se solo si considerano i nuovi delicatissimi settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva (dalla materia dei contratti pubblici ai giudizi contro gli atti delle Autorità indipendenti), che gli hanno valso l'appellativo di "*giudice naturale dell'economia*"<sup>(1)</sup>: si tratta, ormai, di un giudice deputato non più alla sola valutazione di interessi che trascendono quelli specifici dell'amministrazione, ma anche a garantire, nell'interesse generale della società, il rispetto delle regole del mercato. Un giudice che, conseguentemente, deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo così a garantire anche la competitività del Paese.

A partire dalla fine degli anni novanta, infatti, il legislatore ha introdotto significative novità che, superando le tradizionali restrizioni di un sistema di tutela in origine costruito come giudizio di pura demolizione giuridica, hanno determinato un clamoroso cambiamento di prospettiva, spostando il baricentro

---

(1) In questi termini, da ultimo, M.A. SANDULLI, *Fonti e principi*. Relazione al Convegno su "*La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio*" - Roma, 20 maggio 2008. Palazzo Spada, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

del momento processuale dall'atto al rapporto.

Proprio per tale ragione si pone oggi, ancor più che in passato, il problema di definire quale sia l'oggetto del giudizio amministrativo, la cui soluzione appare particolarmente rilevante, in quanto, a seconda della tesi che si preferisca adottare, differenti conseguenze discendono, sia in ordine al rapporto che intercorre tra procedimento e processo, sia in merito al ruolo assunto dal giudice in quest'ultima sede, variando profondamente, non solo i relativi poteri di cognizione e di decisione, ma anche i vincoli imposti sulla successiva attività esercitata dalla pubblica amministrazione. Com'è noto, i termini della questione sono tradizionalmente riassunti dalle formule "giudizio sull'atto" - "giudizio sul rapporto", espressioni alla base di una "*avventurosa partita giocata con la storia sul terreno dei massimi principi*"<sup>(2)</sup> tra gli assertori della concezione c.d. oggettiva della giurisdizione amministrativa ed i sostenitori di quella c.d. soggettiva: gli uni, difensori della tradizionale visione impugnatoria del momento processuale; gli altri, sostenitori della più evoluta concezione che identifica nel processo il luogo in cui deve essere operato un più ampio sindacato sul potere esercitato dalla pubblica amministrazione, al fine di risolvere il conflitto di interessi generato in tale sede dalla crisi di cooperazione nei rapporti tra quest'ultima ed il privato. Più precisamente, mentre per i teorici del giudizio sull'atto il processo decisionale amministrativo (ossia, il procedimento) assume un ruolo irrilevante per il diritto, il termine di attacco giudiziale è individuato nel solo atto amministrativo (unico parametro di riferimento per l'esame dei processi decisionali) ed il giudice assume il ruolo di "*mero controllore*" della legalità formale (c.d. legittimità-legalità) dell'azione amministrativa, non potendo fare altro che limitarsi a pronunciare una sentenza costitutiva di annullamento del provvedimento impugnato, per quella parte della dottrina che adotta la differente soluzione del giudizio sul rapporto, posto che procedimento e processo non vivono come mondi separati, ma coesistono ed assicurano entrambi una piena soddisfazione degli interessi vantati dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, il momento procedimentale non solo configura lo schema organizzativo su cui si costruisce il rapporto tra il privato e l'amministrazione (sempre meno) domina del procedimento, ma finisce altresì per servire il processo, in quanto, rendendo trasparenti e conoscibili tutte le operazioni che precedono la formazione della decisione amministrativa finale (*id est*, il provvedimento), assicura al contempo la possibilità di operare un controllo sostanziale delle scelte che dalla pubblica amministrazione sono adottate. Ne consegue, secondo tale impostazione, che: il termine di attacco giudiziale è identificato nell'azione amministrativa (globalmente intesa) che si svolge nel procedimento; il giudice amministrativo estende la propria cognizione sull'intera attività decisionale (ossia su tutti i momenti che precedono l'emanazione del-

---

(2) GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 251.

l'atto finale); la sentenza, dovendo garantire la formazione di un giusto assetto degli interessi coinvolti, non può limitarsi a disporre l'annullamento dell'atto, ma deve, nei limiti della domanda fatta valere in giudizio, accertare, altresì, l'obbligo che incombe sulla pubblica amministrazione di comportarsi in un determinato senso, vuoi con una statuizione contenente un c.d. accertamento costitutivo, vuoi con una pronunzia di condanna ad un *facere* specifico (3).

Come detto, l'evoluzione legislativa (4), non solo nazionale (come si dirà), che canonizza l'evoluzione di una quasi trentennale giurisprudenza amministrativa, sembrano decisamente traguardare verso la configurazione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto (di spettanza): l'atto amministrativo non identifica più l'esclusivo termine di attacco giudiziale ed il processo non è più finalizzato alla sola emanazione di una sentenza costitutiva di annullamento, dovendo invece aprirsi (5) alla verifica "*di ciò che nella vicenda sarebbe comunque successo se pure le dedotte illegittimità non si fossero verificate*"(6).

Le direttrici principali su cui è stata incentrata questa trasformazione sono duplici: tale evoluzione, in primo luogo è stata condotta al fine di incrementare il livello di pienezza (7) ed effettività (8) della tutela giurisdizionale assicurato

(3) Per una panoramica sulla teoria generale dell'oggetto del giudizio amministrativo, cfr. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, II, 2001, 773 ss.; *id.*, Annullabilità e annullamento (voce), in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 49 ss.

(4) Per una chiara rassegna delle novità normative che negli ultimi anni hanno contribuito alla trasformazione del processo amministrativo, allo scopo di assicurare effettività, pienezza ed immediatezza della tutela giurisdizionale, si rinvia a GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); sulla pluralità delle tecniche rimediali (caducatoria, risarcitoria, di accertamento, di nullità) e sull'ammissibilità di azioni atipiche di accertamento innanzi al G.A. il rinvio è d'obbligo a CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557.

(5) Sul rapporto tra procedimento e processo si veda, per tutti, NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema generale di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss. In proposito, si veda, inoltre, CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 241 ss.; SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, *ivi*, 2006, 572 ss.

(6) In questi termini, GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, cit.; in senso conforme, POLICE, *Amministrazione di risultati e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, secondo cui "*il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità, non si limita (o non si dovrebbe più limitare) al sindacato di un singolo atto, ma dovrebbe investire l'attività complessiva dell'Amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi*".

(7) In proposito, DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme, Relazione al Convegno "Il ruolo del giudice: le Magistrature supreme"*, Università degli Studi Roma Tre, 18 e 19 maggio 2007, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui effettività e pienezza di tutela costituiscono due valori distinti: mentre l'effettività è sinonimo di satisfattività, la pienezza si identifica con la completezza dei rimedi a protezione del cittadino.

(8) Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nella teoria del processo amministrativo, si veda FIGORILLI, *La giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002; ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss.

dinnanzi al giudice amministrativo; in secondo luogo, è stata ispirata dall'esigenza di garantire una maggiore immediatezza/concentrazione/rapidità di tutela, onde consentire un giudizio più veloce ed idoneo a definire la lite tra il privato e la pubblica amministrazione entro un termine ragionevole (9).

Più precisamente, in primo luogo, l'intervento di riforma è stato operato incrementando gli originari poteri di cognizione e di decisione del giudice, con il definitivo riconoscimento in capo a quest'ultimo della possibilità di verificare la validità sostanziale dell'azione amministrativa (*id est*, la correttezza dell'assetto di interessi coinvolti nel rapporto amministrativo) e di tutelare l'interesse legittimo condannando la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998. Ferma restando la consapevolezza della necessità di evitare una ingerenza del giudice nella sfera esclusiva dell'amministrazione (quella afferente al merito amministrativo ed alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti, nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico), nei diversi casi in cui l'esercizio del potere sia correlato ad attività vincolata o sia tutto al più connotato di discrezionalità tecnica, se da un lato, il giudice amministrativo, al fine di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) esercitare i suoi poteri cognitori operando un sindacato "diretto, pieno e sostitutivo" sugli accertamenti e sulle valutazioni preventivamente operate dalla amministrazione resistente, dall'altro, nel decidere sul ricorso questo potrebbe (*rectius*, dovrebbe) assicurare al ricorrente tutto quello e proprio tutto quello ch'egli ha diritto di conseguire condannando l'amministrazione ad un *facere specifico*. In questa direzione, il legislatore ha assicurato le condizioni per una precisa coincidenza tra oggetto dell'accertamento giudiziale pieno, specifica missione del giudice amministrativo, effettiva integrazione del momento procedimentale e di quello processuale, facendo perdere al potere di

---

(9) Nell'ottica dell'accelerazione dei tempi del processo amministrativo si muove anche il recente intervento legislativo di cui all'art. 54, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (in G.U. n. 147 del 25 giugno 2008 - Suppl. Ord. n. 152 - in vigore dal 25 giugno 2008), recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133 (in G.U. n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ord. n. 196 - in vigore dal 22 agosto 2008), che all'art. 54 ha, tra l'altro, ridotto da dieci a cinque anni il lasso di tempo necessario per la perenzione straordinaria dei ricorsi amministrativi. La disposizione è stata accolta in modo molto critico dalla dottrina: si veda, D'ALESSANDRO, *Una norma barbara 2*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); *id.*, *L'efficienza del processo amministrativo tra soluzioni attuali e prospettive di riforme*, *ivi*; ILACQUA, *Brevi note sul d.l. n. 112 del 25 giugno 2008*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); PAOLANTONIO, *Accelerazione del processo amministrativo?*, *ivi*. Da ultimo, nella stessa direzione, si muove l'art. 20, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (in G.U. n. 280 del 29 novembre 2008 - Suppl. Ord. n. 263), recante *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* (su cui si veda il relativo Osservatorio in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), che, all'art. 20, introduce un rito speciale per l'impugnazione dei provvedimenti previsti dallo stesso articolo, relativi a progetti facenti parte del quadro strategico nazionale.



annullamento la sua originaria ed inadeguata connotazione di rimedio esclusivo a disposizione del privato. Atteso che l'atto amministrativo identifica il momento conclusivo dell'esercizio di un potere che dopo l'annullamento giurisdizionale potrebbe (e/o dovrebbe) essere nuovamente esercitato, è allora evidente che *“la misura dell'annullamento - per quanto efficace possa apparire - non è in alcun caso sufficiente a garantire la soddisfazione dell'esigenza di tutela fatta valere con l'azione”*(10), in quanto, da un lato, qualora siano azionati interessi legittimi “pretensivi”, l'annullamento pronunciato dal giudice costituisce solo il punto di partenza che pone le premesse per la successiva riedizione del potere, unico mezzo da cui il privato potrebbe “sperare” di conseguire la piena soddisfazione della propria pretesa sostanziale; dall'altro, nel caso in cui si facciano valere interessi legittimi “oppositivi”, nulla esclude che la pubblica amministrazione dopo l'eliminazione dell'atto possa emanare un successivo provvedimento che incida per una seconda volta in senso negativo sulla posizione di vantaggio dedotta in giudizio dal ricorrente.

Secondariamente, tale evoluzione è stata realizzata introducendo e potenziando gli strumenti preordinati ad evitare i danni che potrebbero conseguire dal tempo necessario per definire l'ordinario giudizio a cognizione piena, sia mediante l'introduzione di tecniche di tutela differenziate e semplificate (artt. 23 *bis*, 26, l. TAR), sia valorizzando il sistema di tutela cautelare (art. 3, l. n. 205 del 2000), che, sebbene in origine fosse stato concepito quale *“rimedio asfittico”*(11), invocabile ad esclusiva protezione degli interessi legittimi oppositivi, è stato nel tempo modellato sui principi di atipicità e tempestività di tutela, consentendo di ottenere provvedimenti provvisori a contenuto positivo e/o propulsivo anche nei confronti degli atti cc.dd. negativi e dei comportamenti inerti della pubblica amministrazione. Ipotesi, quest'ultima, nella quale non si chiede al giudice della cautela di neutralizzare il provvedimento impugnato e di assicurare, quindi, la conservazione, in attesa della definizione del giudizio, della situazione in atto, quanto, al contrario, di intervenire con pronunce interinali a contenuto c.d. positivo o quanto meno propulsivo. L'adesione legislativa, a far data dall'entrata in vigore dell'art. 3, l. n. 205/2000, ad una concezione atipica delle tecniche di intervento cautelare, non costituisce il frutto del caso, ma rappresenta il prodotto di un graduale processo evolutivo che è partito da lontano ed è stato generato da una pluralità di causali. Se già prima che intervenissero le recenti riforme legislative la giurisprudenza nazionale, in conformità degli auspici provenienti dalla prevalente dottrina interna, aveva potenziato in via pretoria (per come appresso si illustrerà) le forme della tutela cautelare del privato nei confronti del potere amministrativo, esten-

---

(10) GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), cit., 254-255.

(11) In questi termini, ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 ss.

dendo l'ambito di applicazione del riduttivo quadro normativo previgente a fattispecie che da questo in origine non erano contemplate, dall'altro una spinta decisiva in favore della codificazione di più incisive forme di tutela anticipatoria è, inoltre, dipesa dall'influenza prodotta ad opera della normativa e della giurisprudenza comunitaria, le quali non soltanto hanno determinato una progressiva uniformazione del diritto sostanziale, ma hanno, altresì, operato quali principali fattori di una sempre più evidente armonizzazione delle regole processuali interne.

La valorizzazione della tutela cautelare ha assunto un ruolo determinante per la trasformazione dell'oggetto del giudizio amministrativo (12): mentre l'assenza di forme di tutela sommaria e/o urgente avrebbe in passato potuto avvalorare la tradizionale concezione che qualificava il processo amministrativo come "giudizio sull'atto", dal momento che il nostro ordinamento conosceva solamente meccanismi di protezione volti ad eliminare il provvedimento illegittimo (o, quanto meno a paralizzarne temporaneamente l'operatività), a seguito delle innovazioni apportate, dapprima dalla l. n. 205/2000 e, successivamente, dal d.lgs. n. 163/2006, si potrebbe sostenere che il legislatore, dilatando (*rectius*, anticipando) le forme di protezione degli interessi legittimi, abbia contribuito ad accorciare le distanze tra amministrazione e giudice (13), aprendo così le porte ad un sempre più evidente passaggio verso un sindacato incentrato sul rapporto. Nella fase cautelare, infatti, il giudice non si limita ad un sommario sindacato della mera legittimità "estrinseca" dell'atto impugnato, ma "*entra [integrandosi]...nell'amministrazione attiva*"(14), operando una piena valutazione degli interessi sostanziali in conflitto al fine di assicurarne una provvisoria definizione, il tutto in un momento anteriore rispetto a quello in cui verrà successivamente definita la controversia nel merito.

Ciò premesso, è ora possibile circoscrivere l'ambito di questa indagine.

Nelle pagine che seguono, dopo aver analizzato l'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo, si esamineranno le ricadute prodotte

---

(12) Le recenti statistiche presentate in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008 hanno rilevato che le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nel corso dell'anno 2007, hanno emesso circa 8.000 provvedimenti cautelari; i Tribunali amministrativi regionali oltre 34.000.

(13) Così, SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 324; in senso conforme, ROMEO, *Effettività della giustizia amministrativa: mito o realtà?*, cit., secondo cui con l'emanazione della legge n. 205/2000 il Legislatore ha operato "*una saldatura tra amministrazione e giustizia amministrativa*". Del resto, il Presidente del Consiglio di Stato, Paolo Salvatore, nel discorso tenuto per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, ha riconosciuto che "*il giudice amministrativo, intendendo la sua missione come quella di dare giustizia definitiva alle istanze del cittadino anche al fine di conformare l'azione amministrativa, soffre nel provvedere alla tutela cautelare, ma è, tuttavia, ben consapevole che si tratta dell'unico strumento che l'ordinamento mette a disposizione per assicurare pronta ed efficace risposta agli interessi lesi*".

(14) SATTA, *op. cit.*, 324.

dall'ordinamento comunitario sul sistema di tutela cautelare nel processo amministrativo interno; successivamente, si tenterà di appurare se il livello di protezione garantito dal giudice amministrativo sia conforme allo standard minimo di tutela imposto dalla Corte di Giustizia. Questa operazione ci consentirà di verificare se l'istituto della tutela cautelare *ante causam*, introdotto dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, della quale s'illustrerà la relativa disciplina, costituisca effettivamente uno strumento di tutela indispensabile ed utile per gli operatori economici, del quale il nostro sistema di giustizia amministrativa non poteva fare a meno.

## 2. Il quadro normativo di riferimento e le ragioni del superamento della sospensiva

Il fine cui è preordinato lo strumento cautelare in seno al processo amministrativo è quello di porre impedimento a possibili danni non riparabili, derivanti dal tempo occorrente per la definizione del giudizio, di fronte all'immediata produzione di effetti del provvedimento o del comportamento dell'Amministrazione (15). Atteso che l'impugnazione di un provvedimento amministrativo non ne sospende automaticamente l'esecutività, è fortemente sentita l'esigenza di garantire che il privato ricorrente, il quale possa vantare una pretesa fondata, quantomeno in termini probabilistici, non abbia a soffrire del tempo necessario per addivenire ad una pronuncia soddisfacente, in omaggio al principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale *ex artt. 24 e 113 Cost.*, nonché al principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., mutuato dall'ordinamento comunitario, in base al quale, tra l'altro, occorre assicurare ai cittadini una durata ragionevole dei giudizi (16). Ne consegue una particolare rilevanza del processo cautelare che diviene il momento centrale della causa, perché in tale sede si riesce ad avere quell'*anticipo di giustizia* che poi diventerà definitiva quando vi sarà la sentenza sul merito.

Per delineare un quadro delle più importanti tappe evolutive della tutela cautelare nel processo amministrativo occorre compiere un breve *excursus* storico che consentirà di comprendere le ragioni della radicale trasformazione

---

(15) In tal senso, *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6301, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2608.

(16) Sull'applicazione al processo amministrativo del principio di ragionevole durata, si veda AU-LETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 959; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. Tar, Osservatorio di giustizia amministrativa*, 7-8, 2009 e in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). In giurisprudenza, si segnala: Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1, 35 ss., con nota di MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*.

di tale strumento dalla sua originaria configurazione sino alle più recenti novità disciplinatorie (l. n. 205/2000 e d.lgs. n. 163/2006) (17).

Originariamente, la tutela cautelare era disciplinata dall'art. 12 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5992), ove si prevedeva che la proposizione del ricorso avverso l'atto amministrativo lesivo non spiegasse effetto sospensivo, salva la ricorrenza di "gravi ragioni".

La sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo, all'epoca unico strumento di tutela di tipo cautelare avverso gli atti della pubblica amministrazione, nelle more della pronuncia definitiva di merito, era considerata una eccezione al principio della imperatività del provvedimento amministrativo.

Tale impianto rimase fermo con il varo del T.U. sul Consiglio di Stato (t.u. 26 giugno 1924, n. 1054), il cui art. 39 ribadiva l'esclusione dell'effetto automaticamente sospensione del ricorso e circoscriveva le ipotesi di sospensione alla sola ricorrenza di gravi ragioni.

Meramente confermativo della impostazione tradizionale risultò, poi, l'assetto normativo diviso dalla legge TAR (art. 21, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 - *Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*), il quale si limitava a sostituire le gravi ragioni richieste dall'art. 39, t.u. n. 1054/1924 ai fini della sospensione del provvedimento, con l'espressione "danni gravi e irreparabili", prevedendo, inoltre, l'obbligo di motivare l'ordinanza di sospensiva.

Com'è evidente, tale previsione normativa costituiva espressione di una

---

(17) Per una compiuta disamina di tale evoluzione storica si rinvia a RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 1 ss.; in argomento, sempre in chiave ricostruttiva, DE NICOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nicolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 55 ss., 111 ss.; ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 2<sup>a</sup> edizione, Milano, 2003, V, 4520; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) e in corso di pubblicazione in *Foro amm. - TAR*, Osservatorio di giustizia amministrativa.

In materia di tutela cautelare nel processo amministrativo, quali opere di carattere generale, si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, AMMANATI, *Esperienze e prospettive del giudizio cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 865 ss.; CACCIAVILLANI, *La sospensione dell'atto amministrativo impugnato in sede giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1974, 719 ss.; CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, app., vol. VII, Torino, 1987, 459 ss.; FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, 1989, 646 ss.; NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 2 ss.; PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 241 ss.; RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 276 ss.; ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 ss.; SATTA, *I presupposti della tutela cautelare. Il danno grave ed irreparabile ed il fumus boni iuris*, in *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 369 ss.; TRAVI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, 363 ss.; *id.*, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 329 ss.. Per una aggiornata rassegna giurisprudenziale in materia ci si permette di rinviare a MEZZOTERO, *Tutela cautelare: questioni controverse*, in CHIEPPA - LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa 2009*, Milano, 719 ss.

concezione squisitamente ed esclusivamente conservativa della tutela cautelare, allora coerente con il modello solo demolitorio del processo amministrativo: non vi è dubbio, infatti, che in un modello processuale nel quale la tutela invocata consiste nella mera caducazione di un atto amministrativo lesivo di preesistenti situazioni di vantaggio di cui il ricorrente è già titolare, la finalità tradizionalmente ed ontologicamente propria dello strumento cautelare - per sua natura volto ad impedire, secondo l'insegnamento chiovendiano, che la durata del processo possa risolversi in danno di chi ha ragione (18) mediante l'anticipazione provvisoria dei possibili effetti di un'eventuale decisione definitiva favorevole per il ricorrente - si realizza con la temporanea neutralizzazione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, destinata a stabilizzarsi per effetto della possibile sentenza di annullamento.

Può, quindi, affermarsi che l'ordinanza di sospensiva, come tradizionalmente intesa, cioè finalizzata a paralizzare gli effetti dell'atto amministrativo, è riconducibile al principio romanistico del *mittite ambo rem*: aspettiamo la sentenza di merito e, nel frattempo, congediamo (e congeliamo) la controversia.

L'evidente inadeguatezza di tale sistema chiuso (monistico) di tutela cautelare, originariamente concepita per la protezione delle situazioni soggettive che si traducono nell'opposizione alla disposta modificazione dell'assetto degli interessi (interessi oppositivi o statici)(19), ha imposto una profonda rivisitazione del strumento cautelare nel processo amministrativo, che si è nel tempo manifestata in conseguenza delle profonde e radicali trasformazioni che hanno attraversato la giustizia amministrativa in senso lato. L'opera di metamorfosi della classica sospensiva è stata ispirata dall'intento di renderla almeno in parte idonea ad assicurare la salvaguardia interinale di quella vasta gamma di posizioni protese alla modificazione della sfera giuridica o di azione esistente (interessi pretensivi o dinamici), suscettibili di essere vulnerate, quindi, da provvedimenti amministrativi che negano al soggetto l'innovazione a lui favorevole (*provvedimenti negativi*).

Due fundamentalmente i grandi pilastri di questo poderoso percorso evolutivo dell'intero sistema di giustizia amministrativa e, quindi, anche, quale

---

(18) CHIOVENDA, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362. Il passo è citato da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20.

(19) Si pensi al classico esempio della espropriazione di un fondo per ragioni di pubblica utilità. Riguardo agli interessi legittimi oppositivi, il cui contenuto consiste nel trovare tutela nel mantenimento dello *status quo* antecedente all'emanazione del provvedimento amministrativo che su di esso incide, la giurisprudenza ha da sempre affermato il principio per cui l'accoglimento della domanda di sospensione cautelare da parte del giudice amministrativo, relativamente alla tutela di interessi legittimi di natura oppositiva (nella specie, a seguito dell'impugnazione di una sospensione cautelare dell'impiegato dal servizio), implica, con decorrenza di regola dalla pubblicazione della relativa ordinanza, l'automatico venir meno dell'efficacia dell'atto impugnato senza necessità dell'ulteriore attività della p.a. soccombente (Cons. St., sez. V, 14 novembre 1996, n. 1367, in *Foro amm.*, 1996, 3270).

immane corollario, della fase propriamente cautelare del processo.

Su un primo versante, il notevole incremento delle occasioni di interferenza della pubblica amministrazione nei rapporti economici, nella regolazione delle tipiche attività del c.d. “*stato del benessere*” ha contribuito mutare radicalmente la prospettiva tradizionale. I provvedimenti impugnati innanzi al giudice amministrativo sono non più esclusivamente quelli incidenti in senso sacrificativo su preesistenti situazioni di vantaggio dei privati, ma anche, e sempre più frequentemente, quelli lesivi di situazioni di aspettativa vantate dal privato a fronte della potestà amministrativa di adottare atti potenzialmente favorevoli, quali autorizzazioni, concessioni, ammissioni, approvazioni: muta, quindi, la consistenza della posizione soggettiva di cui si invoca la tutela innanzi al giudice amministrativo, destinata sempre più spesso ad atteggiarsi, non più come interesse legittimo oppositivo, volto cioè alla conservazione di una preesistente posizione sostanziale dalle aggressioni provvedimenti dell’amministrazione, ma di tipo pretensivo, in quanto diretto a conseguire quell’ampliamento della sfera giuridica o di azione in prima battuta precluso per effetto dell’atto negativo adottato dall’amministrazione (20). E’ agevole comprendere, peraltro, che in relazione ad un atto negativo la mera tutela demolitoria appare priva di un’effettiva capacità soddisfattoria dell’interesse pretensivo (21), in assenza di ulteriori prescrizioni che, destinate a connotare la decisione giurisdizionale, siano utili a sortire un effetto conformativo rispetto alla successiva riedizione del potere amministrativo (22). A fronte di siffatto potenziamento del contenuto e degli effetti della decisione di merito si rendeva necessario un corrispondente adeguamento delle tipologie e dello stesso tasso di incisività delle misure cautelari, pena la perdita di effettività della stessa tutela interinale delle posizioni soggettive a caratterizzazione pretensiva.

Il secondo fattore che ha decisamente contribuito alla radicale trasformazione del volto della giustizia amministrativa è rappresentato dalla crescente importanza assunta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

---

(20) ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, op. cit., 2493. Sul punto si veda ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 22 ss.

(21) Un classico esempio di questa categoria di interessi legittimi è costituito dal provvedimento di esclusione di un candidato dalla partecipazione ad una procedura concorsuale: ciò che soddisfa l’interesse dell’istante è solo un provvedimento positivo che gli permetta di partecipare al concorso, a nulla servendo la mera sospensione del provvedimento negativo di esclusione. Per la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi, destinata a sostituire quella tra interessi statici e dinamici, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 146 ss.

(22) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127; CLARICH, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 1<sup>a</sup> edizione, Milano, 2000, 1773, il quale pone in luce la crisi della visione tradizionale del processo amministrativo nel quale campeggia in primo piano l’atto amministrativo e l’affermarsi, quindi, di una nuova concezione del processo volto alla conformazione del modo di esercizio del potere ed alla disciplina dell’assetto degli interessi e del rapporto giuridico tra cittadino e pubblica amministrazione.

E' evidente, infatti, che in un giudizio relativo ad atti paritetici dell'amministrazione, incidenti su rapporti connotati dalla contrapposizione tra diritti ed obblighi, la protezione interinale dei diritti non poneva più un problema di paralisi del potere della p.a. e di congelamento, quindi, di un provvedimento lesivo che non esiste o non è necessario nelle controversie di tal genere, presupponendo, invece, l'adozione di misure cautelari assimilabili a quelle di cui dispone il giudice civile e capaci, quindi, di esplicitare una funzione di volta in volta anticipatoria o conservativa delle successive ed eventuali decisioni di condanna e di accertamento mero (23).

E' maturata, allora, la piena consapevolezza della necessità di arricchire uno strumentario cautelare che, nel processo amministrativo, si presentava, per effetto dell'ultracentenario immobilismo legislativo, "molto limitato e fortemente tipizzato"(24). A ciò ha provveduto una giurisprudenza sempre più attenta a garantire, già nella fase cautelare, una tutela improntata a quel principio di effettività della protezione giurisdizionale che, desumibile da chiare indicazioni costituzionali, postula la piena salvaguardia di tutte le posizioni soggettive dedotte in giudizio, senza irragionevoli ed intollerabili discriminazioni. Sullo sfondo l'assunto della non abdicabilità della tutela interinale nella prospettiva di un'effettiva e piena salvaguardia giurisdizionale e di valorizzazione della funzione conformativa dell'attività amministrativa della decisione giurisdizionale, anche di quella cautelare (25).

Già prima del varo della l. n. 205 del 2000 erano state coniate alcune fattispecie di intervento cautelare del giudice amministrativo su provvedimenti di diniego ormai tipizzate per effetto di un reiterata, ancorché non sempre consolidata e condivisa, applicazione giurisprudenziale (26).

---

(23) Occorre, peraltro, al riguardo, tener conto del ridimensionamento degli spazi affidati alla giurisdizione esclusiva del G.A. conseguente alla importante sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, sulla quale si vedano il commento di M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, 4, 1230; TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 80/98 dopo la sentenza della Corte cost. 204/2004*, in *Foro it.*, 2004, 10, IV, 2594 ss.

(24) NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 288.

(25) Da ultimo, in proposito, T.A.R. Lazio, sez. I, 22 settembre 2009, n. 9171, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), relativa all'idoneità delle decisioni del g.a. ad indirizzare il riesame del rapporto controverso (fattispecie concernente l'abuso di posizione dominante da parte dei gestori aeroportuali).

(26) Sul tema, GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per un'ampia rassegna giurisprudenziale, si veda F. SAITTA, *La tipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà, loc. ult. cit.*, nonché MEZZOTERO, *Tutela cautelare: questioni controverse*, cit. 719 ss; SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1981. In ordine all'evoluzione giurisprudenziale sull'ambito applicativo della c.d. sospensiva, si veda ANDREIS, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb.e app.*, 2009, 5, 629 ss; BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3527 ss.; BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei*

Quanto all'ambito applicativo della tutela cautelare in relazione ai provvedimenti negativi la dottrina (27) distingue tra atti negativi in senso improprio o, meglio, negativi ma ad effetti innovativi, ed atti negativi in senso stretto, come tali del tutto incapaci di sortire un effetto di modificazione della realtà.

Quanto alle prime, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la misura allora tipica della sospensiva con riguardo ai provvedimenti amministrativi che, negando l'invocata conferma di situazioni di vantaggio già attribuite al ricorrente da precedenti atti amministrativi, indirettamente producono l'effetto positivo della cessazione di quella stessa situazione: si pensi, in particolare, ai *provvedimenti di diniego di rinnovo di concessione di beni*. La giurisprudenza, già dagli anni trenta, riconoscendo al diniego di rinnovo un effetto positivo passibile di sospensione e consistente, per l'appunto, nella restituzione del bene, ha ammesso la possibilità di utilizzare il provvedimento inibitorio, così paralizzando l'attività esecutiva dell'amministrazione decisa ad imporre lo sgombero del bene (28). Tale tesi, tuttavia, non si discostava dal tradizionale orientamento inteso a concepire la sospensiva come misura volta ad incidere con effetto di temporaneo congelamento sugli effetti materiali ricollegabili all'atto impugnato: al diniego di conferma del provvedimento ampliativo, infatti, si finiva per ascrivere un effetto innovativo della realtà, consistente, come rilevato, nella doverosa restituzione del bene già in possesso del ricorrente.

La seconda fattispecie riconducibile alla categoria dei provvedimenti negativi ad effetti almeno indirettamente innovativi è quella del *diniego di esonero dal servizio militare*, in specie del provvedimento di rigetto dell'istanza

---

*confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1208 ss.; CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 91 ss.; CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei Tar*, in *Giur. amm. siciliana*, 1994, III, 1, 470 ss.; DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 79 ss.; *id.*, *Effettività della tutela cautelare degli interessi pretensivi e poteri del giudice amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; *id.*, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.; FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, 308 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sulla sospensibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 413 ss. TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.; TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss.; *id.*, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 ss.; VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 731 ss.

(27) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

(28) Cons. St., sez. IV, 3 marzo 1934, n. 62, ove si afferma che "può ordinarsi la sospensione di un provvedimento di concessione per coltivazione di tabacchi, poiché la revoca potrebbe produrre danni gravi ed irreparabili troncando un'impresa già avviata e facendo cadere i contratti stipulati dai ricorrenti con i coltivatori".



di dispensa. Anche in questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'utilizzabilità del meccanismo meramente inibitorio della sospensione dell'esecuzione facendo leva sulla ritenuta idoneità del provvedimento di diniego di esonero a produrre effetti innovativi della realtà, quale, in particolare, l'obbligo di prestare il servizio materiale con relativo espletamento da parte dell'amministrazione dell'attività necessaria ad assicurare l'adeguamento della realtà al contenuto del provvedimento: nel dettaglio, la misura inibitoria paralizzerebbe la successiva attività procedimentale altrimenti svolta dall'amministrazione, consistente, come noto, nella successiva adozione del provvedimento positivo di chiamata alle armi (29).

Un deciso cambio di prospettiva inizia a maturare nella giurisprudenza amministrativa per effetto dell'indirizzo volto ad ammettere l'utilizzabilità del meccanismo della sospensiva con riguardo ai *provvedimenti di diniego di ammissione a procedure concorsuali per l'accesso all'impiego pubblico*. E' evidente, infatti, che in tal caso l'atto di diniego non produce neanche indirettamente effetti propriamente innovativi esaurendosi il contenuto della determinazione amministrativa impugnata nella decisione dell'amministrazione di non acconsentire alla produzione degli effetti invocati dal candidato e consistenti nella sua partecipazione alla procedura selettiva. L'utilizzazione della sospensiva con riferimento a siffatta tipologia di atti postula, quindi, in primo luogo, un mutamento di prospettiva, in specie il ripudio dell'assunto inteso a far coincidere la nozione di "esecuzione" di cui al precedente art. 21, l. TAR con gli effetti materiali dell'atto e l'adesione ad una differente concezione della stessa sospensiva come misura incidente sugli effetti giuridici in senso stretto (30) prodotti dall'atto: intervenendo, infatti, sull'effetto preclusivo innescato dal diniego di ammissione alla procedura concorsuale, la sospensione finisce per produrre, attraverso la c.d. ammissione con riserva, la produzione provvisoria degli stessi effetti non voluti dall'atto impugnato.

In tal modo, tuttavia, la misura cautelare perde la sua tipica fisionomia, oltre che l'originaria destinazione funzionale: non appare più diretta a conservare *adhuc integra* la *res in iudicio deducta* in attesa delle decisione di merito, ma, al contrario, finisce per divenire strumento di temporanea trasformazione della situazione esistente, così atteggiandosi a mezzo di propulsione, anziché di mera conservazione. Ed invero, la sospensione produce l'effetto dell'ammissione con riserva alla procedura operando "*sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione*"(31): sortisce così l'effetto di consentire al

---

(29) Sulla sospensione del diniego di esonero dalla prestazione del servizio militare: Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 1973, n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333; Cons. St., sez. IV, ord., 23 aprile 1996, n. 575 e ord., 2 aprile 1996, n. 456, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(30) FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, op. cit., 661.

(31) Cons. St., ad. pl., 8 ottobre 1982, n. 17, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1197 ss., sulla quale si legga il commento di POLIZZI, *La sospensiva sul diniego di ammissione all'esame di maturità*, in *Rass. avv.*

ricorrente la partecipazione alle prove, non anche tuttavia il conseguimento dei benefici derivanti dal superamento delle stesse, quale l'assunzione in esito al concorso, ovvero, allorché si tratti di non ammissione agli esami, il conseguimento del titolo di studio (32). I suddetti risultati, destinati ad assicurare la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, sono infatti subordinati, oltre che all'esito positivo delle prove, anche all'accoglimento del ricorso: l'ammissione con riserva ad un concorso, disposta con l'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, se consente certo la partecipazione al procedimento, così evitando i pregiudizi irrimediabili altrimenti derivanti dalla preclusione opposta dall'amministrazione, "*non comporta tuttavia anche la successiva nomina con riserva, laddove il candidato risulti vincitore*".

Intrapresa, così, la strada dell'ampliamento della sfera applicativa del meccanismo sospensivo agli atti negativi, la giurisprudenza ha progressivamente arricchito la gamma dei provvedimenti di diniego sospendibili, ricomprendendovi *gli atti negativi di controllo, i provvedimenti di esclusione dalla partecipazione a procedure concorsuali per l'affidamento di appalti, i dinieghi di iscrizione in albi professionali (33), oltre che di provvedimenti ampliativi (autorizzazioni, concessioni)*.

E' evidente che, in tal modo, si è attuata, in via pretoria, una vera e propria trasformazione della portata e della funzione della tutela cautelare amministrativa, non più volta, come nell'originaria idea del legislatore, a svolgere un ruolo di mera conservazione dello stato esistente prima dell'emanazione del provvedimento impugnato, bensì anche ad assicurare le misure di volta in volta

---

*Stato*, 1983, I, 359 ss.; tale decisione ha dato occasione alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di pronunciarsi sulla questione della sospensibilità dei provvedimenti negativi: Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1983, n. 5063, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 413 ss.

(32) Cons. St., ad. pl., 8 ottobre 1982, n. 17, cit.; in precedenza, T.A.R. Lombardia, Milano, 4 luglio 1978, n. 603, in TAR, 1981, 177 ss., con nota di SELLERI, *La sospensione da parte del Tar del diniego di ammissione agli esami si maturità. Sull'ammissione con riserva alla sessione di esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio di professioni*.

Sulla speciale disciplina recata dalla l. 17 agosto 2005, n. 168, che converte il d.l. 30 giugno 2005, n. 115, il cui art. 4, comma 2-bis, dispone che "*conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*", si veda RUSCICA, *op. cit.*, 258 ss., ove ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali, nonché DE SANTIS, *Abilitazione forense, sufficienza della valutazione numerica, ordinanze propulsive e vizi di legittimità*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 3142 ss.. La questione di legittimità costituzionale di tale norma, sollevata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana (ord. 5 giugno 2008, n. 508), in relazione agli artt. 3, 24, 25, 103, 111, comma 2, 113 e 125, comma 2, Cost., è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Corte costituzionale con sent. 9 aprile 2009, n. 108, successivamente confermata dall'ord. 19 maggio 2009, n. 158 (entrambe in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

(33) Sulla sospensione del diniego di iscrizione ad albi professionali: T.A.R. Umbria, 30 settembre 1980, n. 98, in *Foro amm.*, 1981, I, 639 ss., con nota di FOLLIERI, *La sospensione degli atti amministrativi*; Cons. St., sez. VI, ord. 8 marzo 1996, n. 274, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

idonee a far fronte a ritardi che potrebbero rivelarsi irrimediabili, in specie anticipando i contenuti non solo della decisione definitiva, ma anche della successiva attività rinnovatoria della pubblica amministrazione ovvero quelli dell'eventuale giudizio di ottemperanza.

La cautelabilità degli interessi legittimi pretensivi è stata affermata anche precisandosi che la strumentalità della misura cautelare vada intesa in senso ampio (34), cioè con riferimento agli effetti derivanti dalle determinazioni della P.A. recettive della sentenza di merito, anche laddove si rendesse necessaria l'ottemperanza. La decisione finale del processo amministrativo, infatti, non produce soltanto l'eliminazione dell'atto impugnato, ma anche un effetto di ripristinazione ed un effetto conformativo, che vincola la successiva attività dell'amministrazione nell'esercizio del potere. È stata evidenziato, inoltre, che la funzione anticipatoria della sospensiva andasse riferita all'utilità finale del provvedimento conclusivo del procedimento e non a quella meramente strumentale derivante della sentenza caducatoria di merito.

### *3. Il principio di effettività della tutela e della necessaria pienezza dell'intervento cautelare nella giurisprudenza evolutiva della Corte costituzionale*

A dare impulso all'esigenza di ampliare l'area del giudizio cautelare ha senza dubbio concorso, sul versante interno, la Corte costituzionale, la quale in più occasioni ha affermato l'essenzialità della tutela cautelare ai fini della effettività della tutela giurisdizionale.

Nel descrivere l'iter evolutivo della giurisprudenza del giudice delle leggi in materia è opportuno muovere dalla sentenza 27 dicembre 1974, n. 284 (35), con la quale la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dell'art. 13, comma 4, l. 22 ottobre 1971, n. 865, che, in tema di edilizia residenziale pubblica, prevedeva la possibilità di sospendere i provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione solo quando vi fosse “*errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari*”.

Alla dichiarazione di incostituzionalità la Corte perviene sulla scorta di un percorso argomentativo inteso a rimarcare la stretta inerenza del potere cautelare di sospensione rispetto a quello, proprio della fase di merito, di annullamento dell'atto impugnato. Se è vero, infatti - sostiene il Giudice costituzionale - che l'art. 113 della Carta fondamentale rimette al legislatore ordinario

(34) Si parla, in proposito, di “strumentalità allargata”, secondo la definizione di TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2488 ss., spec. 2526 ss.

(35) In Cons. Stato, 1974, 1329, nonché in *Giur. Cost.*, 1974, 3338 e 3349, con note di PROTO PISANI e PACE.

l'individuazione dei casi in cui gli atti amministrativi possono essere annullati dal giudice, non è altrettanto vero, tuttavia, che lo stesso legislatore possa ad libitum limitare o addirittura eliminare il potere strumentale di sospensione: quest'ultimo, infatti, si atteggia ad elemento connaturale e proprio di un sistema di giustizia amministrativa nel quale è accordato al giudice il potere di annullamento dell'atto impugnato.

Con tale pronuncia, quindi, la Corte, senza giungere all'affermazione della rilevanza ed essenzialità costituzionale dell'intervento cautelare nell'ottica del pieno dispiegarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale, si limita ad enunciare il principio di normale inerenza del potere di protezione interinale rispetto alla giurisdizione amministrativa di annullamento, giungendo a dichiarare illegittima la limitazione contemplata dall'art. 13, comma 4, l. 22 ottobre 1971, n. 865, in quanto irragionevolmente discriminatoria rispetto alla regola generale volta a consentire il pieno esercizio del potere interinale.

Ulteriore passaggio del percorso giurisprudenziale che si esamina è costituito dalla sentenza *1 febbraio 1982, n. 8* (36), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, ultimo comma, l. 3 gennaio 1978, n. 1, nella parte in cui escludeva l'appellabilità delle ordinanze cautelari adottate dai Tribunali amministrativi regionali nei giudizi concernenti opere pubbliche e impianti industriali.

Anche in questa decisione, tuttavia, il Giudice costituzionale, pur ribadendo l'assunto della naturale compenetrazione nell'ambito della giustizia amministrativa del procedimento cautelare con il processo di merito, non perviene ancora all'affermazione del rilievo e dell'indefettibilità costituzionale della tutela interinale: alla declaratoria di illegittimità costituzionale, infatti, la Corte giunge sulla scorta della riconosciuta rilevanza costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione desunto, con specifico riguardo al processo amministrativo, dall'art. 125 Cost., e della ritenuta applicabilità del principio stesso alla fase cautelare di quel processo.

Non si rinviene ancora, quindi, in questa fase del cammino interpretativo seguito dal Giudice delle leggi, l'affermazione del fondamento costituzionale della tutela cautelare.

L'assunto inizia a fare breccia nella giurisprudenza della Corte, ancorché in modo non ancora netto, con la sentenza *28 giugno 1985, n. 190* (37). Nell'occasione, la Corte si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Lazio con ordinanza del 10 marzo 1980 relativa all'asserito contrasto con gli artt. 113 e 3, Cost. dell'art. 21, ultimo comma, l.

---

(36) In *Foro it.*, 1982, I, 329, con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*.

(37) Tra le altre, in *Foro amm.*, 1986, 1675. Sul tema della tutela cautelare dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego prima della riforma di cui al d.lgs. n. 80/1998, si rinvia, per tutti, a DI BENEDETTO, *La tutela cautelare nel pubblico impiego nel giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1989, 1625 ss.

TAR nella parte in cui, limitando l'intervento di urgenza del giudice amministrativo alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consentiva a quel giudice di intervenire in via di urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego: in specie, il Giudice remittente aveva sottolineato la condizione di inferiorità nella quale, per effetto di siffatta lacuna processuale, venivano a trovarsi i pubblici dipendenti rispetto agli altri lavoratori subordinati per i quali l'art. 423 c.p.c. riconosceva, invece, la possibilità di ottenere, in corso di causa, ordinanza di pagamento per le somme che risultassero dovute.

Nel pervenire alla declaratoria di illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 113 Cost., dell'art. 21, ultimo comma, l. TAR il Giudice delle leggi prende le mosse dalla valorizzazione del principio chiovendiano secondo cui la durata del processo di merito non deve andare in danno dell'attore che ha ragione: principio che, destinato a rappresentare il fondamento stesso del sistema di tutela cautelare ed a provocare l'inserzione nel codice di rito civile del procedimento cautelare di urgenza di cui all'art. 700, come noto volto ad attribuire un potere cautelare residuale, ma atipico e generale, costituisce, nella ricostruzione della Corte, "*espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma 1, e, in subiecta materia, dall'art. 113 Cost.*". In termini ancora più espliciti, la Corte enuncia il principio secondo cui "*le quante volte il diritto assistito dal fumus boni iuris è minacciato da pregiudizio grave e irreparabile provato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti di urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*": in tal modo il Giudice costituzionale finisce per innestare nel giudizio amministrativo, sia pure limitatamente alle controversie in relazione alle quali la questione di costituzionalità è sorta, una tutela cautelare atipica e in-nominata della stessa ampiezza di quella riconosciuta al giudice ordinario dall'art. 700 c.p.c.

L'enunciazione del principio di essenzialità della tutela cautelare nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale si rinviene, tuttavia, per la prima volta in termini inequivoci e chiari, nella sentenza interpretativa di rigetto *16 luglio 1996, n. 249* (38), con la quale la Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31 *bis*, comma. 3, l. 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 9, d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito con la l. 2 giugno

---

(38) In *Giust. civ.*, 1997, I, 33 ss., con nota di CARANTA, *La nuova disciplina dei ricorsi giurisdizionali in materia di appalti di lavori pubblici al vaglio della Corte costituzionale*; in *Riv. trim. app.*, 1996, 285 ss., con nota di NICODEMO, *Effettività della tutela giurisdizionale nelle gare per l'affidamento delle opere pubbliche*; in *Gior. dir. amm.*, 1997, 255 ss., con nota di COSTANTINI; in *Urb. e app.*, 1997, 51 ss., con nota di DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi ad opere pubbliche*; in *Corr. giur.*, 1997, 29 ss., con nota di BOSCOLO, *Tutela cautelare e opere pubbliche: un nuovo intervento della Corte Costituzionale*.

1995, n. 216, a tenore del quale nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici, in relazione ai quali sia stata presentata domanda di sospensione degli atti amministrativi, l'amministrazione resistente o i controinteressati possono chiedere che la questione venga decisa nel merito: orbene la Corte, cui era stata prospettata la questione di illegittimità, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., della disposizione illustrata se interpretata in modo da reputare preclusa la possibilità di accordare tutela cautelare in presenza della domanda di trattazione del merito, ha accolto una differente opzione ermeneutica: ha sostenuto, infatti, che l'istanza dell'amministrazione resistente o dei controinteressati di sollecita decisione nel merito dei giudizi amministrativi in materia di lavori pubblici, nei quali sia stata invocata la sospensione della esecuzione dei provvedimenti impugnati, non elimina il potere cautelare del giudice il quale, in presenza delle condizioni di legge, può pur sempre disporre la domandata sospensione. A sostegno di tale conclusione il Giudice costituzionale, lungi dal limitarsi a qualificare la tutela cautelare come elemento connaturale e proprio di un sistema di giustizia amministrativa o a richiamare il principio chiovendiano inteso come espressione di una direttiva di razionalità giuridica da collegare agli artt. 3, comma 1, e 113 Cost., sostiene espressamente che *“la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'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, in attuazione dell'art. 24 Cost.”*.

#### *4. Lo standard minimo di tutela cautelare nel processo amministrativo degli Stati membri imposto dalla Corte di Giustizia*

Prima di procedere alla disamina del processo giurisprudenziale di superamento dei limiti frapposti dalla previgente formulazione dell'art. 21, l. TAR al pieno dispiegarsi di un'effettiva tutela cautelare e delle successive risposte fornite al riguardo dal legislatore del 2000, giova tener conto del ruolo, senz'altro decisivo, giocato al riguardo dal diritto comunitario.

Notevoli sono, infatti, gli influssi che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sortito sul dibattito nazionale in tema di tutela cautelare e sulla relativa evoluzione normativa, poi sfociata, come si dirà in prosieguo, nell'introduzione della tutela cautelare ante causam nel settore gli appalti pubblici ad adoperare dell'art. 245 del Codice (39). Sotto tale profilo, le pronunce della Corte di Giustizia hanno contribuito nel corso degli anni a favorire la nascita di un vero e proprio *“diritto comunitario all'effettività dei diritti”*, delineando un modello di tutela giurisdizionale ispirato ai principi di effettività nella protezione delle si-

---

(39) In proposito, si rinvia all'ampia disamina svolta da PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 69 ss.

tuazioni giuridiche soggettive fondate sul diritto comunitario e destinato progressivamente ad imporsi nei vari Stati membri, con l'effetto, tra l'altro, di armonizzare i sistemi di garanzie previsti dai singoli ordinamenti (40). L'armonizzazione dei sistemi di tutela dei vari Stati membri rappresenta, infatti, la condizione per garantire l'applicazione uniforme e la piena tutela delle posizioni soggettive a base comunitaria. La giurisprudenza comunitaria sembra, infatti, marciare decisamente in questa direzione, affermando il principio di uniformazione delle regole di tutela, destinato a confluire nella creazione di uno *jus commune* nel campo della giustizia amministrativa.

Con specifico riferimento al giudizio amministrativo, l'influenza della giurisprudenza comunitaria si riscontra sullo stesso oggetto del processo, che, anche in relazione alle nuove forme di tutela imposte dal diritto comunitario, si va progressivamente trasformando ed allargando, e, di conseguenza, sul ruolo del giudice amministrativo, che è chiamato ad assicurarne l'attuazione in riferimento alle situazioni soggettive sottoposte al suo vaglio. Come esposto nel paragrafo introduttivo, al giudice amministrativo è ormai sempre più marcatamente affidato il ruolo di giudice dell'economia, le cui regole sono imprescindibilmente legate al diritto europeo, con la conseguenza che il giudice amministrativo deve necessariamente guardare con sempre maggiore attenzione e priorità a tale diritto, nell'ottica di un coerente adeguamento della tutela allo *jus commune* europeo.

Merita, in proposito, sin da ora segnalare l'attenzione dei giudici comunitari per la "certezza" che deve accompagnare il godimento di una tutela effettiva, che non può essere quindi rimessa alla valutazione discrezionale del singolo giudice, ma deve essere garantita da chiare e specifiche disposizioni di legge (41). La peculiarità del nostro sistema di giustizia amministrativa, fondato su una diversa tutela dell'interesse contrapposto all'esercizio del potere pubblico (c.d.

---

(40) A questo proposito, CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 503 ss., individua due momenti dell'influenza comunitaria sui sistemi di tutela giurisdizionale degli Stati membri. In una prima fase, l'apporto della Corte di giustizia è più sfumato e rimette ai singoli legislatori l'individuazione delle forme di tutela, seppur nel rispetto del principio di efficacia nella protezione delle posizioni che derivano dal diritto comunitario e di non discriminazione nella definizione delle relative regole procedurali. In una seconda fase, l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia appare più decisa, con l'affermazione del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale e l'elaborazione di una specifica "politica processuale" da parte della Comunità.

(41) Si veda il punto 13 della sentenza 19 ottobre 1996 in C-236/95 contro la Grecia in tema di tutela *ante causam* e le sentenze ivi richiamate; nonché, tra le altre, 12 dicembre 2002, in C-470/99, *Universale-Bau*; 27 febbraio 2003, in C-327/00, *Santex*; 14 ottobre 2004, in C-275/03, p. 33, ove la Corte ha significativamente sottolineato che: "è importante al fine di soddisfare l'esigenza di certezza giuridica, che i singoli beneficino di una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali"; e ancora, da ultimo, le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston il 7 giugno 2007, in C-241/06, contro la *Libera città anseatica di Brema*.

interesse legittimo) rispetto a quella ordinaria dei diritti vantati nei confronti dei soggetti - pubblici o privati - in situazione di equiordinazione, crea invero non facili problemi di coordinamento con un ordinamento, come quello europeo, che non conosce tale distinzione e, soprattutto, è più attento al profilo sostanziale che a quello formale dei soggetti che vi operano e dei rapporti che tra essi intercorrono, guardando piuttosto all'incidenza che essi, a prescindere dalla forma e dalla natura, sono suscettibili di esplicare sul mercato.

Il primo fondamentale elemento di incidenza del diritto comunitario sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti per il nostro diritto interno è, dunque, legato a tali fattori e, *in primis*, all'inesistenza, in ambito comunitario, della categoria dell'interesse legittimo, con conseguente inammissibilità, alla stregua dei relativi principi, di una "*tutela minore*" per le situazioni che in Italia sono ricondotte a quest'ultima categoria. La Corte di Giustizia segue un approccio sostanziale, in quanto l'ordinamento europeo non si preoccupa del relativo problema qualificatorio (di ordine interno), occupandosi, invece, dei rimedi e dei livelli di tutela da accordare alla medesima. Quest'ottica sostanziale, inevitabilmente, comporta una standardizzazione ed unificazione dei contenuti e delle forme di tutela giurisdizionale (42).

La necessità che anche gli interessi legittimi ricevano, nell'ambito del processo amministrativo, una tutela "*piena*" ed "*effettiva*" - condizione che, come vedremo, passa, tra l'altro, per la garanzia di una valida tutela cautelare - è stata, del resto, affermata anche dalla nostra Corte costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 2004, che ha ricostruito i fondamenti e l'essenza del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, per consolidato indirizzo giurisprudenziale concernente tutte le norme comunitarie *self executing*, implica il diritto dei singoli, non solo di chiedere l'applicazione della normativa comunitaria innanzi alle autorità nazionali, sulle quali incombe conseguentemente l'obbligo di disapplicare la norma di diritto interno con quella incompatibile, ma anche di azionare e far valere in giudizio (sia pure nei soli confronti delle autorità pubbliche, stante il mancato riconoscimento dell'efficacia "orizzontale" delle direttive) le situazioni giuridiche soggettive fondate su norme comunitarie del tipo sopra indicato. Prendendo le mosse da tale logica implicazione dell'ormai consolidata *primauté* del diritto comunitario e appellandosi al principio dell'effetto utile dello stesso, la Corte di Giustizia si è preoccupata di garantire alle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria una effettività di tutela, inevitabilmente interferendo, con le sue pronunce e i suoi indirizzi, sulla stessa conformazione dei mezzi di protezione predisposti dagli ordinamenti interni.

---

(42) BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, 235 e s.



In particolare, la Corte di giustizia, pur continuando a rimettere agli ordinamenti nazionali la concreta individuazione delle modalità e forme di tutela, in forza del principio di autonomia procedurale dei Paesi membri contemplato dall'art. 10 (ex art. 5) del Trattato CE, ha costantemente precisato che *gli stessi ordinamenti devono garantire condizioni, non solo non inferiori rispetto a quelle previste per le posizioni fondate sul diritto nazionale* (c.d. principio di non discriminazione)(43) e, comunque, tali da non renderne impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio, ma *anche e soprattutto tali da rendere completa ed adeguata la protezione delle situazioni soggettive di origine comunitaria* (cc.dd. principi dell'effetto utile e della leale cooperazione)(44): emblematici di tale evoluzione della giurisprudenza comunitaria nel garantire la conformazione (o standardizzazione) delle tecniche di tutela previste dagli ordinamenti dei singoli Stati membri a parametri di adeguatezza ed effettività, e nella individuazione, pertanto, di uno "*standard europeo di tutela giudiziaria*"(45) delle situazioni soggettive comunitarie, sono per l'appunto gli indirizzi formati in tema di tutela cautelare.

La materia dei poteri cautelari e d'urgenza è, senza dubbio, tra quelle su cui maggiormente si è avvertito il condizionamento della giurisprudenza del giudice comunitario, volta a rafforzare le concrete possibilità di intervento del giudice nazionale, sì da offrire alle situazioni soggettive fondate sul diritto europeo una più ampia tutela interinale, quasi sempre indispensabile per garantire la pienezza e l'effettività della protezione giudiziaria (46). Tra gli aspetti che

---

(43) La valenza del principio in questione viene enunciata in termini particolarmente evidenti nella sentenza della Corte giust. CE 16 maggio 2000, in causa C-78/98 (*Preston*).

(44) In argomento, *ex pluribus*, Corte giust. CE 14 dicembre 1995, in causa C-321/93 (*Peterbroeck*); id., 17 settembre 1997, in causa C-54/96 (*Dorsch*).

(45) Tra i tanti contributi, in proposito, a titolo esemplificativo si segnalano: ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive nazionali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Ue.*, 2001, 41 ss.; ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; id., *Nuove questioni sul diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1993, 657; DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Ue.*, 2001, 61 ss.; GNES, *Verso la comunitarizzazione del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 524 ss.; GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1997, 797 ss.; MORETTINI, *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 723 ss.; PROTTO, *Il risarcimento in forma specifica delle situazioni giuridiche di matrice comunitaria*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, ZITO - DE CAROLIS (a cura di), Milano, 2003, 39 ss.; TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 ss., in part. 24.

(46) Con particolare riferimento al tema dei rapporti fra tutela cautelare nel diritto interno ed influssi del diritto comunitario, si veda: CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in CHITI E GRECO (diretto da), coordinato da CARTEI e GALETTA, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale; CONSOLO, *Fondamento 'comunitario' della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, col. 1123 e ss.; CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo amministrativo comunitario*, Padova, 2004; MOSCARDINI, *Potere cau-*

sono propri dello standard minimo di tutela cautelare definito dalla Corte di Giustizia, particolare rilevanza assume poi il carattere dell'atipicità, profilo che costituisce l'espressione della sempre maggiore attenzione rivolta dai giudici comunitari all'esigenza di assicurare, non solo la *primauté* del diritto comunitario, ma anche - e soprattutto - l'effettività di tutela delle situazioni giuridiche soggettive di matrice sopranazionale.

Il cammino percorso dalla giurisprudenza comunitaria nel settore dei poteri cautelari d'urgenza è scandito da importanti pronunce.

Storica, al riguardo, la decisione del caso *Factortame*, con cui è stato affermato il dovere dei giudici nazionali di *disapplicare la norma di diritto interno* che osti alla concessione di quei provvedimenti cautelari necessari per assicurare la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale avente ad oggetto l'esistenza di posizioni giuridiche invocate in forza del diritto comunitario (47).

Parimenti rilevanti i principi enucleati nella sentenza resa nel caso *Zuckerfabrik*, nella quale la Corte di giustizia si preoccupa di assicurare il medesimo *standard* di giustizia per il caso in cui il vizio dell'atto amministrativo nazionale impugnato sia da collegare all'atto comunitario (es: un regolamento o una decisione): con tale arresto, infatti, il Giudice comunitario ha riconosciuto al giudice nazionale il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione, osservando che *"la tutela cautelare .. garantita dal diritto comunitario ai privati davanti ai giudici nazionali non può variare a seconda che sia in contestazione la compatibilità di norme di diritto nazionale con il diritto comunitario o la validità di atti comunitari di diritto derivato, dal momento che, in entrambi i casi, la contestazione si basa sul diritto comunitario"*(48).

---

*telare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1057 ss.; ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, cit., 4499 ss.; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, 37; SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2488 ss.; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. di diritto pubbl. com.*, 1992, 131 ss.; VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, in *Dir. comunit. degli scambi internaz.*, 1993, 501 ss.

(47) Corte giust. com. eu. 19 giugno 1990 (in causa C-213/89), *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, in *Racc.*, 1990, I-2433 ss.; e in *Foro amm.*, 1991, 1885, con nota di CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*.

(48) Corte giust. com. eu. 21 febbraio 1991 (in cause riunite C-143/88 e C-92/89), *Zuckerfabrick Süderdithmarschen AG - Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrick Soest GmbH*, in *Racc.* 1991, I-415 ss.; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 125 ss., con nota di TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*; in *Foro it.*, 1992, IV, 1 ss., con nota di BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*.

Il punto più alto del percorso seguito dalla giurisprudenza comunitaria nel tentativo di conformare i sistemi nazionali di tutela cautelare è probabilmente raggiunto con la sentenza pronunciata nel caso *Atlanta*: alla Corte era stato sostanzialmente chiesto se, sulla scorta del diritto comunitario, al giudice nazionale fosse consentito cautelare il singolo nei confronti di provvedimenti nazionali di diniego fondati su un atto comunitario della cui validità si dubiti, adottando, quando necessario, *misure cautelari a contenuto positivo o ingiuntivo nei confronti dell'amministrazione nazionale*.

Il Giudice comunitario, ribadito, in linea con i citati precedenti, che la tutela non può essere diversa a seconda che sia in contestazione la validità di disposizioni di fonte europea ovvero proprie del diritto interno e osservato che gli artt. 185 e 186 del Trattato CE riconoscono, in uno al potere di ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, quello di porre in essere tutti i provvedimenti necessari, afferma che *“la tutela cautelare che i giudici debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi”*(49).

La decisione assume un'importanza di primo piano per due ragioni, tra loro peraltro intimamente connesse.

Da un lato, la sentenza *Atlanta* si segnala per la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale destinato, tuttavia, ad assumere consistenza autonoma, così cessando di essere mero corollario e precipitato sul versante processuale del principio di effettività del diritto comunitario: all'affermazione della regola che impone la pienezza della tutela cautelare si perviene, infatti, a prescindere dal fatto che la stessa sia strumentale alla salvaguardia dell'effetto utile del diritto europeo.

Su altro versante, la pronuncia in questione, in sintonia con l'indicata valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui costituisce corollario il riconoscimento di un pieno e generale potere cautelare, finisce per comportare l'estensione dello spettro delle misure cautelari adottabili a protezione delle posizioni soggettive di fonte comunitaria: queste, infatti, lungi dall'esaurirsi nella mera sospensiva dell'esecuzione dell'atto

---

(49) Corte giust. com. eu. 9 novembre 1995 (in causa C-465/93), *Atlanta Fruchthandellgesellschaft mbH c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I, 3799 ss.; in *Foro amm.*, 1996, I, 1783 ss., con oss. di IANNOTTA *ivi*, 1996, 2554, con nota di CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva “comunitarizzazione” delle regole processuali nazionali*; in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333 ss., con nota di CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 991 ss., con nota di LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi*.

impugnato, possono assumere anche le sembianze del provvedimento positivo. In altri termini, la Corte innalza lo standard minimo di tutela cautelare, imponendo agli ordinamenti nazionali la necessità di consentire ai giudici competenti l'emanazione di tutti i provvedimenti provvisori di volta in volta necessari; per questa via, la Corte apre definitivamente le porte al distinto principio di atipicità, legittimando così l'emanazione di misure che potrebbero eventualmente risultare idonee a modificare e/o a disciplinare le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi, senza attribuire, peraltro, rilevanza alcuna ai noti problemi connessi al potere discrezionale della pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale.

In tal modo la Corte di Giustizia, se per un verso enuncia un principio in realtà già affermato dal nostro Giudice costituzionale con la citata sentenza n. 190 del 1985 (50), per altro finisce per riconoscergli un ambito applicativo estremamente più ampio, estendendo la tutela cautelare positiva, e quindi anche ingiuntiva, a tutte le situazioni giuridiche comunitarie indipendentemente dalla consistenza dalle stesse assunte una volta trasposte in ambito nazionale: in altri termini, può dirsi che *l'intervento interinale a connotazione positiva, anziché solo sospensiva, è ammesso non più per i soli diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, ma anche per gli interessi legittimi a connotazione pretensiva* (51). Se si considera che, come detto, l'ordinamento comunitario non conosce la distinzione, tipica del nostro sistema giuridico, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, se ne inferisce che, nel garantire una tutela cautelare generalizzata ed anche positiva alle posizioni soggettive create in ambito comunitario, la Corte di Giustizia fa riferimento a tutte le situazioni giuridiche soggettive che abbiano la loro fonte nella normativa di livello comunitario, quale che sia la qualificazione ad esse in concreto riconosciuta nel momento del trasferimento nell'ordinamento nazionale ed alla stregua dei criteri di classificazione propri di quest'ultimo.

In ciò, peraltro, la giurisprudenza comunitaria si allinea alle indicazioni fornite, sia pure limitatamente allo specifico settore degli appalti pubblici di

---

(50) In questo senso può ritenersi che, in ordine al principio di atipicità della tutela cautelare, l'influenza dei giudici del Lussemburgo c'è stata, ma piuttosto che operare in una direzione innovativa, ha prodotto, come immediata conseguenza, quella di cristallizzare i principi già affermati da una pluridecennale giurisprudenza nazionale, la quale, come esposto in precedenza nel testo, aveva fornito una lettura evolutiva del termine "sospensiva", allo scopo di assicurare una più effettiva protezione interinale degli interessi legittimi, mediante il riconoscimento della possibilità di emanare tutte le misure cautelari idonee ad evitare che la durata del processo andasse a danno del ricorrente (si pensi alle misure ordinarie emanate *sub specie* di ordinanze di ammissione con riserva a gare e/o a concorsi; alle sospensive di merito emesse con esercizio del potere di *remand*; alle misure cautelari c.d. sostitutive dei provvedimenti invocati dal ricorrente e negati dall'amministrazione).

(51) Sull'intensità ed elasticità delle misure cautelari nel modello delineato dal giudice comunitario si veda, in particolare, Corte giust., ord. pres. 24 luglio 2003, in *Foro amm. CdS*, 9, 2003, 212, ove si rimarca la discrezionalità nella valutazione del caso concreto da parte del giudice nazionale competente, senza schemi predeterminati imposti dalla normativa comunitaria.

lavori e forniture, dal legislatore europeo.

Si ha riguardo alle direttive del Consiglio CEE 21 dicembre 1989, n. 665 e 25 febbraio 1992, n. 13, che, all'art. 2, sanciscono l'obbligo a carico degli Stati membri di garantire che le autorità nazionali responsabili delle procedure di ricorso possano adottare *“con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore”*: come è stato osservato, infatti, la riportata disposizione, indicando solo in via esemplificativa il potere di sospensiva degli atti di gara, depone per il riconoscimento in capo alle autorità competenti in materia di un ben più ampio potere cautelare (52).

Le considerazioni svolte ci permettono a questo punto di verificare in che modo ed in quali termini il nostro sistema di tutela cautelare è riuscito, prima, per effetto della *l. n. 205 del 2000*, poi, in forza della introduzione da parte dell'*art. 245, d.lgs. n. 163/2006* dello strumento della tutela cautelare ante causam, ad adeguarsi ai principi di pienezza ed effettività ripetutamente enucleati ed affermati dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria.

*5. La legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo positivizza la tutela cautelare atipica e propulsiva. Le tecniche del remand e le misure positive-sostitutive ed il loro vincolo conformativo sulla successiva azione amministrativa*

L'esigenza di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione sembra essere uno dei profili che maggiormente qualificano il giudizio cautelare, all'indomani della riforma del processo amministrativo, attuata con la *l. 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa)*(53).

---

(52) CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva “comunitarizzazione” delle regole processuali nazionali*, cit., 2561.

(53) In generale, sul nuovo processo cautelare nella *l. n. 205 del 2000*, si segnalano, tra i molteplici contributi, CINTOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 3, 237 ss.; DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività di tutela*, in CARINGELLA - PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 218 ss.; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 55 ss., 111 ss.; DI LIETO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Roma, 2001; FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 482 ss.; FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo. La tutela nei confronti della p.a. nel mutato quadro normativo e giurisprudenziale*, vol. II, Ipsoa, 2008, 447 ss.; GALLO, *Presidente e collegio nella tutela cautelare. Novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000. Relazione al convegno di studi “La nuova tutela*

L'ampliamento delle prospettive di tutela realizzatosi in tale ambito impone di riconsiderare i tradizionali confini del giudizio cautelare, tanto sotto il profilo dei possibili contenuti dei provvedimenti cautelari, quanto per quel che attiene alle modalità di accesso del ricorrente alla relativa tutela. L'intervento del legislatore sul testo dell'art. 21, l. TAR ha, infatti, profondamente inciso sull'assetto complessivo del rimedio cautelare, colmando le lacune evidenziate da giurisprudenza e dottrina in anni di applicazione della precedente normativa e recependo le sollecitazioni provenienti a livello comunitario.

In particolare, l'art. 3, l. n. 205/2000, che ha riscritto l'originario comma 7 dell'art. 21, l. TAR, dispone che il giudice amministrativo possa adottare, sempre che ricorrano i presupposti richiesti, "*le misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*".

Come osservato dalla dottrina (54), sebbene la formula usata dal legislatore all'art. 3, comma 1, l. n. 205 del 2000 ricalchi sostanzialmente quella impiegata all'art. 700 c.p.c., la misura cautelare prevista dalla l. n. 205 del 2000, si differenzia dal provvedimento d'urgenza delineato dal codice di rito. Infatti, mentre il provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. è atipico e residuale rispetto alle misure cautelari tipiche adottabili dal giudice civile, non potendo essere richiesto quando possono essere adottati i rimedi tipici previsti dal codice di

---

*cautelare nel processo amministrativo*", Roma, Palazzo Spada, 18 maggio 2001, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare*, in CARINGELA - GAROFOLI - POLI, *Trattato di giustizia amministrativa*, III, Milano, 2006; GAROFOLI- PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo. Provvedimenti di urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex artt. 186-bis e 186-ter c.p.c.*, Milano, 2002; GIOVANNINI, *Note di commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1219; NOTARPASQUALE, *La tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della legge 205/2000 (nota a Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87)*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1270; PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo* (a cura di Sassani - Villata), Torino, 2001, 19 ss.; POLICE, *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive (Atti della tavola rotonda in memoria di L. Migliorini - Perugia, 7 dicembre 2001)*, Torino, 2003, 231 ss.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 284 ss.; ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1090 ss.; *id.*, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 2<sup>a</sup> edizione, Milano, 2003, V, 4520; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 41 ss.; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 117 ss.; SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerulli Irelli), Torino, 2000, 249 ss.; TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 7<sup>a</sup> edizione, Torino, 2006, 276 ss.; VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 723 ss.

(54) FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 346; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

procedura civile, la misura cautelare di cui alla l. n. 205 del 2000 è sì atipica, in quanto non predeterminata, ma non è residuale, poichè è l'unica misura stabilita nel giudizio amministrativo.

Il legislatore della riforma canonizza il principio di atipicità ed elasticità della cautela (55), abbandonando, in tal modo, definitivamente l'originaria identificazione della misura cautelare invocabile nel processo amministrativo con la sola sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato, in quanto tale diretta - prima della metamorfosi dalla stessa subita per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale - ad assicurare lo *status quo* attraverso l'inibizione dell'attuazione degli effetti sostanziali ed innovativi dell'atto impugnato, così sortendo un mero effetto conservativo e anticipatorio rispetto alla sentenza di accoglimento del ricorso (56).

Il passaggio da un sistema chiuso e monistico delle tecniche di intervento cautelare ammissibili nel processo amministrativo ad un "*modello aperto, generale ed atipico*" (57) non è di per sé idoneo a chiarire l'ambito effettivo della protezione interinale accordabile alla pretesa dinamica intesa al conseguimento del bene della vita negato in prima battuta dall'amministrazione. Resta affidata all'interprete l'individuazione dei limiti interni frapposti al contenuto ed al grado di possibile incisività della misura cautelare: limiti tradizionalmente individuati, da un lato, nel carattere di strumentalità, interinalità, continenza e non autosufficienza dello stesso provvedimento cautelare rispetto alla decisione definitiva (58), di modo che il primo non può produrre conseguenze di-

---

(55) Una chiara definizione dei nuovi poteri cautelari del giudice amministrativo a seguito della novella del 2000 si rinviene in Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 6, 1797, ove il Collegio afferma: "*Con l'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame alla luce dei motivi di ricorso il giudice non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma ordina all'amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, realizzandosi così un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile - anche se non scontata - soddisfazione; si ha, cioè, una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale, pur restando impregiudicata la potestà finale dell'amministrazione sul contenuto della decisione*".

(56) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(57) ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1090.

(58) Sulla strumentalità della tutela cautelare, tra i tanti, CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 621 e, da ultimo, GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di tipo propulsivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 856; PALEOLOGO, *Sospensione dell'esecuzione: II Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, 2; in proposito, TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174, in maniera eloquente evidenzia che "*lo scopo della tutela cautelare è quello di determinare un assetto interinale, tale da evitare che l'interesse di una parte possa essere gravemente o irreparabilmente compromesso dalla durata del giudizio. L'interinalità di questo assetto comporta la necessità che esso*

verse rispetto alla sentenza di merito, né assorbirla del tutto, precludendone la sua futura funzione; dall'altro, nell'esigenza di evitare che il giudice della cautela sconfini in ambiti normalmente ritenuti di esclusiva pertinenza della pubblica amministrazione cui compete la riedizione del potere all'indomani del congelamento del provvedimento negativo impugnato (59).

L'esatta definizione dei confini di entrambi questi due limiti del potere cautelare continua a suscitare delle dispute, che investono, a ben vedere, la stessa funzione del processo amministrativo ed il ruolo che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare.

Sul primo versante, come si osserverà in sede di osservazioni conclusive a proposito della sostanziale inutilità della tutela cautelare *ante causam* introdotta dal Codice dei contratti pubblici, è assolutamente indiscutibile (e la riforma del 2000 ne fornisce testuale conferma) che nel processo amministrativo la tutela cautelare non possa avere vita autonoma, essendo il provvedimento cautelare destinato ad essere inglobato nella decisione definitiva, poiché esso non può accordare al ricorrente qualcosa di più e di diverso di quello che potrebbe essere ottenuto con la decisione nel merito sulla domanda (*c.d. rapporto di continenza*)(60). Lo strumento cautelare, in particolar modo nel processo amministrativo, rinviene la propria giustificazione genetica nell'esigenza di assicurare l'efficacia della successiva decisione nel merito, non potendo espandersi fino a consentire la definizione della *res litigiosa*, senza che sia necessario instaurare e/o attendere l'ordinario giudizio a cognizione piena. Mancando la decisione di merito, la misura cautelare si estinguerà comunque, non potendo aspirare ad alcuna sopravvenuta stabilità, essendo la interinalità-provvisoria non meramente eventuale, ma irrinunciabile, in quanto conseguente alla natura

---

*sia provvisorio e reversibile: esorbita da qualsiasi logica di una tutela cautelare la produzione di effetti giuridici definitivi, perché altrimenti verrebbe superata la necessità del giudizio di merito. L'ordinanza cautelare che comporti effetti giuridici definitivi usurpa uno spazio riservato alla sentenza; assume, per lo meno, i caratteri del provvedimento sommario (ma la tutela sommaria è ben altra cosa rispetto alla tutela cautelare)".* In giurisprudenza, sulla provvisoria dell'assetto di interessi costituito dalla pronuncia cautelare, comunque non autosufficiente e strumentale alla sentenza di merito, si veda, *ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2002, ivi, 2002, 145 e in *Riv. amm. R. It.*, 2002, 135, con nota di ANDREANGELI; di recente, Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007, n. 4026, in *Foro amm. CdS*, 2007, 7-8, 2224, secondo cui le considerazioni, anche in diritto, poste a fondamento della decisione dell'istanza di sospensione non vincolano il giudice in occasione della pronuncia definitiva di merito, e ciò in quanto la delibazione della causa in sede cautelare ha luogo solo in via provvisoria e sommaria, senza una piena cognizione degli atti di causa.

(59) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 284 s.; VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(60) In giurisprudenza il principio di continenza della misura cautelare rispetto alla decisione di merito è ben definito da Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1128 ss.



servente e strumentale della cautela rispetto alla decisione di merito (61). Proprio per queste caratteristiche la tutela cautelare si distingue dalla tutela sommaria non cautelare, la quale può concludersi con atti strutturalmente e funzionalmente autonomi e definitivi.

Sul secondo versante, la possibilità di disporre di ogni misura idonea a garantire interinalmente gli effetti della decisione di merito, ai sensi dell'art. 3, l. n. 205/2000, consente, come detto, allo strumento cautelare di travalicare l'ambito della mera tutela conservativa, costituita dalla sospensione del provvedimento impugnato. Tuttavia, le tecniche di tutela cautelare sganciate dal modello squisitamente inibitorio della sospensione pongono la questione della eventuale invasione del limite invalicabile costituito dalla c.d. discrezionalità pura dell'Amministrazione ed a monte della loro compatibilità con gli effetti interinali tipici della misura, di cui la dottrina dubita (62).

L'acquisita connotazione anticipatoria, consacrata nella l. n. 205/2000, ha determinato il progressivo utilizzo di due tecniche cautelari, differenti da quella classica (la sospensiva): il *remand* (noto anche con il nome di *ordinanza propulsiva*) e la misura positiva.

Si tratta di tecniche cautelari elaborate dalla giurisprudenza amministrativa allorché la disciplina positiva contemplava esclusivamente la misura cautelare inibitoria.

Nella prima, particolarmente utilizzata dai giudici amministrativi di primo grado, rientrano le ordinanze - in gergo note come propulsive, ordinatorie, sospensive di merito o *remand* - mediante le quali il giudice amministrativo, riscontrata la sussistenza dei consueti presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma sollecita l'amministrazione perché faccia luogo alla rinnovazione del procedimento ed

---

(61) L'applicazione in termini rigorosi del principio di strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo è affermata anche dalla Suprema Corte: cfr., in particolare, Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2006, n. 2053, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 28 ss., ove si precisa che "Le misure cautelari adottate nel processo amministrativo" presenterebbero "in forma accentuata il carattere della strumentalità".

(62) TRAVI, *Sub art. 21 l. T.A.R.*, in ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2001, 655 e 672, il quale decisamente nega che la misura cautelare possa comportare effetti rinnovatori rispetto al procedimento amministrativo, non potendo imporre all'autorità amministrativa di provvedere (o di provvedere nuovamente) sull'affare oggetto del giudizio; in senso adesivo, VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 723 ss., spec. 727; ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 282 ss., secondo cui la misura cautelare in esame, perdendo il carattere della strumentalità, sarebbe utilizzata come "strumento di tutela d'urgenza non cautelare", facendo venire meno l'elemento discriminante della tutela sommaria rispetto a quella cautelare che, com'è noto, "è identificato nell'autonomia funzionale intesa come idoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso"; dello stesso avviso è GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, cit., 872 e TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforme*, in *Foro amm.*, 2000, 6, 2488.

al riesame del provvedimento impugnato tenendo presente i motivi di ricorso, completando l'istruttoria o valutando taluni profili, anche sostanziali, inizialmente trascurati (63). L'amministrazione viene, così, nuovamente investita della questione già portata al vaglio del giudice amministrativo attraverso l'impugnazione del (primo) provvedimento amministrativo adottato, perché la stessa faccia luogo ad una riedizione del potere ovviamente immune dai profili di illegittimità di tipo istruttorio, procedimentale o anche sostanziale *prima facie* riscontrati nella sede della cognizione cautelare ed alla luce delle censure esposte in ricorso, così come fatte proprie ed esternate dal giudice della cautela nelle espresse indicazioni contenute nella parte motiva dell'ordinanza cautelare.

Nella seconda tecnica di tutela cautelare sono ricomprese le ordinanze, propriamente positive e sostitutive, attraverso le quali il giudice adotta (nel dispositivo dell'ordinanza cautelare) direttamente le determinazioni necessarie ad evitare che il tempo occorrente per la definizione del giudizio frustri irrimediabilmente l'interesse dedotto dal ricorrente, così sortendo un effetto di temporanea ed anticipata produzione degli effetti propri del provvedimento dallo stesso invocato e negato dall'amministrazione (64). In tal caso, in modo significativamente più incisivo rispetto al *remand*, l'intervento cautelare di

---

(63 ) In giurisprudenza, sul *remand*, da ultimo, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ove si precisa che “*a seguito della sospensiva (in sede giurisdizionale) di un atto amministrativo negativo, sorge il dovere della Pubblica Amministrazione di riesaminare (c.d. remand) la situazione controversa regolandola nuovamente (sia pure a titolo provvisorio) tenendo conto del dictum del Giudice Amministrativo: ossia, concedendo al ricorrente il richiesto provvedimento ampliativo o anche negandolo qualora sussistano altre legittime ragioni ostative non evidenziate in precedenza*”; in precedenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, n. 12554, in *Foro amm. Tar*, 2007, 12, 3776, ove si afferma: “*essendo il remand una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'Amministrazione l'intero potere discrezionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente, oppure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo*”; ed ancora, Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si legge che con l'esercizio del potere di *remand* “*si realizza un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile - anche se non scontata - soddisfazione. Si realizza cioè una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale*”.

(64) DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 79 ss. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, 308 ss.; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.

tipo sostitutivo comporta che la pronuncia giudiziale tiene luogo del provvedimento invocato dal ricorrente e negato dall'amministrazione.

Per ambedue le descritte tecniche processuali si è posto il problema della loro compatibilità con il principio che vuole le misure cautelari avvinte da un nesso di strumentalità rispetto alla pronuncia destinata a definire il merito della controversia, nonché con quello inteso ad evitare lo sconfinamento del giudice in area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione (65).

Come detto, lo strumento cautelare ha natura servente rispetto alla decisione di merito di cui deve garantire la fruttuosità pratica, di volta in volta anticipandone provvisoriamente gli effetti, assicurando che la situazione non venga modificata in attesa della disciplina degli effetti che sarà dettata dalla sentenza stessa ovvero, ancora, determinando il prodursi di effetti quantitativamente minori rispetto a quelli potenzialmente realizzabili a conclusione del processo. Nel processo amministrativo, il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo (66). Strettamente connesso con il principio di strumentalità è quello di necessaria interinalità della misura cautelare implicante la naturale provvisorietà degli effetti che essa può produrre e la conseguente inidoneità della stessa a sortire un effetto di sostanziale assorbimento della funzione propria della successiva decisione di merito, non potendo dettare una soluzione definitiva per la controversia, ragion per cui non può produrre effetti irreversibili (67). Principi, questi, non certo elisi per effetto dell'entrata in vigore della l. n. 205 del 2000 che, se certo amplia la gamma delle misure di cautela invocabili innanzi al giudice amministrativo, non modifica, invece, i connotati strutturali dell'intervento cautelare; la formulazione del nuovo art. 21, l. TAR ribadisce il carattere della necessaria coerenza effettuale del provvedimento cautelare rispetto alla decisione che definisce il merito del giudizio e quello, intimamente connesso, dell'interinalità dell'assetto di interessi determinato dall'intervento anticipato del giudice ammini-

---

(65) Il dibattito è illustrato da GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

(66) E' quanto costantemente sostenuto dal Consiglio di Stato, secondo cui "nel processo amministrativo il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo": il giudizio cautelare, quindi, è autonomo dal giudizio di merito "solo sotto l'aspetto processuale e non anche sotto il profilo sostanziale", non potendo produrre "utilità finali diverse e comunque disomogenee da quelle che la decisione di merito può procurare alla parte" (Cons. St., ad. pl., 5 settembre 1984, n. 17, in Cons. Stato, 1984, I, 971).

(67) In giurisprudenza, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1000, in *Foro amm. CdS*, 2005, 871; Sez. VI, 7 marzo 2005, n. 902, ivi, 733; Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 1995, n. 2149, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, 950.

strativo (68).

Secondo un indirizzo restrittivo delineatosi in dottrina (69) e fatto proprio, talora, dal Consiglio di Stato (70), le cc.dd. ordinanze propulsive, intese ad imporre all'amministrazione la riedizione del potere esercitato, sarebbero irrimediabilmente incompatibili con le peculiarità proprie della struttura tipica della misura cautelare. Si è sostenuto, infatti, che nel caso di impugnazione di un provvedimento negativo il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato e di adottare così un nuovo atto con diversa motivazione, ma può solo adottare autonomamente misure d'urgenza di contenuto positivo, intese ad anticipare, in via meramente interinale, la produzione degli effetti del provvedimento richiesto dall'interessato e negato dall'amministrazione: si sconfessa, così, la prassi delle ordinanze cc.dd. propulsive, per legittimare, invece, quella delle ordinanze a contenuto autonomamente positive dirette ad anticipare, in attesa della definizione nel merito del giudizio, gli effetti dell'atto in prima battuta negato dall'amministrazione. In questa direzione si sostiene che il contenuto della misura cautelare supererebbe quello della sentenza di merito, intesa alla mera caducazione del provvedimento di diniego; dall'altro, la stessa, con il provocare l'adozione di una nuova e distinta determinazione amministrativa, sortirebbe un effetto assorbente e definitivo, così usurpando uno spazio proprio della decisione di merito.

A tale indirizzo si contrappone un orientamento, attualmente pressoché unanime, oltre che consolidato, della giurisprudenza amministrativa, avallato dalla dottrina maggioritaria (71), secondo cui la tecnica del *remand* non sol-

---

(68) In proposito, F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà*, cit.

(69) Per tutti, TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 ss., il quale osserva che “il principio di strumentalità impone di escludere che attraverso l'ordinanza cautelare possano attribuirsi utilità maggiori di quelle ipotizzabili in caso di esito vittorioso del ricorso, altrimenti il giudizio cautelare diventa una cellula impazzita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice rispetto al ricorso”.

(70) Cons. St., sez. V, ord. 30 maggio 2000, n. 2586, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1570; *id.*, ord. 21 giugno 1996, n. 1210, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 167, con nota di TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*; Cons. St., sez. V, ord. 21 giugno 1996, n. 1210, cit., ove il Collegio, disattendendo la tendenza dei giudici amministrativi periferici a fare un uso sempre più ampio e penetrante della tecnica del *remand*, ha osservato che nell'esame di istanze cautelari contro diniego di autorizzazione, non è consentito “ordinare all'amministrazione resistente di concedere le autorizzazioni da queste negate; l'annullamento del diniego può essere fatto solo con sentenza e non ordinato all'amministrazione; se i Tar ritengono di concedere l'autorizzazione provvisoria, e salvo vanificazione in caso di esito non favorevole al ricorrente del grado di giudizio cognitorio, devono farlo essi stessi”.

(71) ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 218 ss. GIALLOMBARDO, *Realtà e prospettive del processo cautelare dinanzi ai Tribunali amministrativi*, in *Miscellanea giuridica (Studi in onore di I. Scotto)*, Roma, 1992, 92 ss.; NOTARPASQUALE, *La tutela*

tanto non è in contrasto con i principi propri del sistema di tutela cautelare, ma coniuga due fondamentali esigenze: da un lato, quella di garantire, indipendentemente dalla tipologia e dalla struttura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, un'effettività di tutela giurisdizionale rispetto alla quale l'approntamento di un adeguato sistema di intervento cautelare costituisce un inabdicabile corollario, se non un vero e proprio tratto costitutivo; dall'altro, quella che impone, per quanto possibile, il rispetto dei distinti ruoli anche costituzionalmente assegnati al giudice e all'amministrazione, alla quale è pur sempre rimessa, per effetto del contenuto propulsivo del remand, la parola ultima, salva la necessità di un nuovo intervento del giudice dell'esecuzione in caso di inerzia ed inottemperanza (72).

Peraltro, a sostegno dell'ammissibilità della tecnica del *remand* è richiamabile la nuova disciplina dei motivi aggiunti, introdotta dall'art. 1, l. n. 205 del 2000, che, modificando l'art. 21, l. n. 1034 del 1971, ha previsto in termini generali che *“Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti”*. Come è stato osservato in giurisprudenza, l'innovazione, che permette di far confluire all'interno del giudizio tutti gli atti connessi al suo “oggetto”, non va vista soltanto come uno strumento di economia processuale (73), imponendo la stessa, viceversa, di rivedere la tradizionale identificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo con il singolo provvedimento impugnato. *“Il presupposto logico, infatti, che ha reso possibile l'estensione dell'impugnativa ai provvedimenti sopravvenuti mediante semplici motivi aggiunti all'interno del giudizio già pendente risiede in ciò, che il legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente”*; la disposizione, invero, *“comporta che l'adozione di un ulteriore provvedimento, inteso ad emendare un vizio dell'atto formante oggetto di un gravame, non pone più, oggi, automaticamente fine al relativo giudizio (strutturato, innovativamente,*

---

*cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della legge 205/2000, nota a Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87, in Dir. proc. amm., 2003, 1270); SAPORITO, Le sospensive “propulsive”, in Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza (a cura di Allegretti, Orsi Battaglini, Sorace), Rimini, 1987, I, 355.*

(72) BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1222 ss.; GAROFOLI, *op. ult. cit.*

(73) Tuttavia, secondo una parte della giurisprudenza, l'istituto dei motivi aggiunti, in corso di causa, avverso atti diversi da quelli impugnati con il ricorso principale, purchè a quelli direttamente collegati, introdotto dalla l. n. 205/2000, risponde ad esigenze di economia processuale ed è, comunque, alternativo alla riunione dei due distinti ricorsi, eventualmente proposti separatamente (per conseguire evidenti finalità di speditezza, di concertazione giudiziale e di eliminare sprechi di tempo e di danaro), ferma restando l'autonomia delle impugnative: in questi termini, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 8 gennaio 2009, n. 15, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6170, in *Foro amm. CdS*, 2006, 10, 2776.

come giudizio sul rapporto), ma abilita semplicemente l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa mediante motivi aggiunti" (74). Per effetto della novella è, quindi, consentito al giudice di estendere in modo progressivo ed onnicomprensivo l'accertamento giurisdizionale alle successive determinazioni amministrative.

Orbene, l'indicata novità legislativa sembra fornire un'ulteriore conferma della correttezza della tecnica del *remand* e della sua coerenza con i connotati strutturali del sistema processuale amministrativo nel quale è destinata ad operare. Con l'ordinanza propulsiva, infatti, il giudice amministrativo, tenendo conto dei profili di illegittimità *prima facie* riscontrati nella pregressa attività amministrativa e nel provvedimento di diniego impugnato, sollecita la manifestazione di una nuova volontà amministrativa, destinata, allorché ancora negativa e sempre che non elusiva dell'obbligo di esecuzione, ad essere sottoposta in uno alla prima, al vaglio dello stesso giudice, così in grado di portare il proprio scrutinio e la conseguente decisione sul complesso ed esauritivo insieme dei profili adottati dall'amministrazione a sostegno della determinazione ostile al soddisfacimento dell'interesse pretensivo del ricorrente. In tal modo, oltre ad essere assicurata la continuità e la completezza dell'accertamento giudiziale, ormai tendenzialmente esteso alla verifica della fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente nei confronti dell'amministrazione, risultano inalterati e rispettati i connotati della strumentalità e provvisorietà della misura rispetto alla decisione di merito. Ed invero, pur in presenza di più atti amministrativi, impugnati in tempi diversi dal ricorrente e conosciuti in sede cautelare in momenti separati, la sentenza definitiva sarà unica, sicché non potrà sostenersi che l'originaria misura cautelare abbia sortito effetti eccedenti la cognizione di merito o che abbia definitivamente esaurito il rapporto processuale.

L'ammissibilità del *remand* e la sua coniugabilità con i caratteri ontologici propri della misura cautelare hanno trovato, di recente, piena conferma nella giurisprudenza amministrativa; infatti, la quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 19 febbraio 2007, n. 833 (75), nel riconoscere l'ammissibilità del *remand*, pare superare gli esposti contrasti interpretativi emersi in merito all'utilizzabilità, nel processo amministrativo, di siffatta tecnica di intervento

---

(74) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. Tar*, 2002, 115, 511, con nota di GALLETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*. Sulla nuova disciplina dei motivi aggiunti, intesa come indice della volontà del legislatore di trasformare il giudizio amministrativo in un giudizio sul rapporto, MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in CARINGELLA - PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 3 ss.; in argomento, si veda, inoltre, N. SAITTA, *Sette note sui motivi aggiunti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); per talune osservazioni sull'evoluzione che l'istituto del ricorso per motivi aggiunti ha subito per via giurisprudenziale G. VIRGA, *L'evoluzione dell'istituto del ricorso per motivi aggiunti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

(75) In [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) e con annotazione in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

cautelare. Osservano i giudici di Palazzo Spada che devono ritenersi ammesse, stante il vigente principio dell'atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3, l. n. 205 del 2000, le misure cautelari propulsive consistenti nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Invero, il c.d. *remand* instaura un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima. In questo senso è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari del tipo appena descritto imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale: di qui la sicura illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad un impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale.

La compatibilità o meno con il carattere di strumentalità della tutela cautelare si è posta anche per le ordinanze di tipo "sostitutivo", consistenti, come detto, in misure positive con le quali il giudice adotta direttamente le prescrizioni necessarie producendo in via anticipata gli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione. Per queste ultime si è evidenziato che anche l'attuale formulazione dell'art. 21, l. 1034/1971, estromette dalle misure cautelari adottabili proprio quelle di tipo sostitutivo, che "*assicurano*" non già "*gli effetti della decisione sul ricorso*", come impone la norma processuale, bensì gli effetti ottenibili mediante il giudizio di ottemperanza (76). Non di meno, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che almeno sino alla riforma introdotta dall'art. 3, l. 205/2000, aveva avvertito le misure cautelari sostitutive, in più occasioni non ha ravvisato ostacolo ad ordinare, in via cautelare, l'adozione del provvedimento richiesto dal ricorrente ed illegittimamente negato dall'amministrazione. Emblematica in tal senso è la pronuncia con cui, chiamato a pronunciarsi sul provvedimento di rigetto di opposizione contro l'ammissione di un contrassegno alle elezioni per il Parlamento europeo, il massimo Organo di giustizia amministrativa, ritenuta, *prima facie*, fondata la pretesa del ricorrente di non vedere ammesso un contrassegno suscettibile di generare confusione con il proprio, ha ordinato, in sede cautelare, l'introduzione di modifiche grafiche nel contrassegno contestato (77). Altrettanto significativa è altra pronuncia con cui, di fronte ad un diniego di concessione

---

(76) CINTIOLI, *op. cit.*; RICCI, *op. cit.*; F. SAIITA, *op. cit.*

(77) Cons. St., sez. V, ord. 18 maggio 2004, n. 2227, in *Cons. Stato*, 2004, I, 1356; *contra*, nella vigenza dell'art. 21, l. n. 1034/1971, nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dall'art. 3, l. 205/2000, Cons. St., sez. V, ord. 30 maggio 2000, n. 2586, *ivi*, 2000, I, 1570, ancora affermava che, nel caso di impugnazione di un diniego di autorizzazione, il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di concedere l'autorizzazione da questa negata, potendo il diniego essere annullato soltanto con sentenza.

edilizia, dopo aver accolto l'istanza cautelare, in sede di esecuzione della relativa ordinanza, il Consiglio di Stato ha ordinato all'amministrazione di rilasciare, in via provvisoria, al ricorrente la concessione negatagli, riservandosi di nominare un commissario ad acta in caso di inadempimento (78). Nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali, il potere del giudice cautelare di adottare la misura positiva o sostitutiva integra principio ormai da tempo acquisito. La sospensione dell'atto di diniego impugnato, con contestuale riconoscimento in via interinale della pretesa disattesa dall'amministrazione è cautela riconosciuta di normale praticabilità (79).

Ad avviso di chi scrive, l'adozione di tali misure positive, pur non dovendosi escludere *a priori*, incontra quale limite insuperabile quello costituito dal necessario rispetto della sfera riservata alla discrezionalità valutativa dell'amministrazione, che preclude l'intervento cautelare sostitutivo del giudice. Pare, quindi, preferibile l'orientamento mediano, che distingue a seconda della natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa sulla quale incide la pronuncia cautelare del giudice amministrativo; ne consegue che, mentre per le attività vincolate il giudice può spingersi fino ad ordinare all'amministrazione di adottare un atto con un certo contenuto; qualora, invece, residui uno spazio di discrezionalità in capo all'amministrazione è da ritenere che l'ordine del giudice possa avere contenuto esclusivamente procedimentale, destinato ad imporre all'amministrazione la riattivazione del procedimento, senza, tuttavia, alcuna previsione sull'esito finale, che è dipendente dal concreto esercizio che l'amministrazione riterrà di fare del proprio potere discrezionale (80).

Strettamente collegata alla tematica concernente l'adottabilità da parte del giudice amministrativo di misure cautelari ordinatorie di tipo propulsivo è quella attinente al vincolo conformativo scaturente dalla pronuncia cautelare.

Pur non trattandosi di un giudicato in senso tecnico, la pronuncia cautelare adottata dal giudice amministrativo è dotata di una sua singolare *vis inibitoria*

---

(78) Cons. St., sez. VI, ord. 27 settembre 2005, n. 4354, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1662 e in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

(79) Si veda, di recente, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, ord. 16 luglio 2008, n. 616, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha sospeso l'efficacia del diniego di rinnovo all'installazione di un gazebo a carattere stagionale, disponendo che la ricorrente potesse procedere all'installazione del manufatto nei modi assentiti precedentemente dal comune; Cons. St., sez. V, ord. 28 agosto 2007, n. 4297, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 856, con nota di ANDREIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo*, ove il Collegio ha ritenuto ammissibile un'ordinanza cautelare propulsiva su un provvedimento che negava l'immissione in commercio di un farmaco.

(80) In giurisprudenza, in tal senso, si veda Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 6, 1797, ove si osserva che il potere cautelare atipico conferito al giudice amministrativo "può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'Amministrazione nelle fattispecie nelle quali lo si ritenga, per esempio in caso di attività vincolata o a bassa discrezionalità"; in dottrina accoglie questa soluzione M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.



e a volte propulsiva o sostitutiva, alla quale soggiace la capacità di autodeterminazione e l'autonomia della pubblica amministrazione i cui provvedimenti siano stati sospesi. Anzi i suoi organi sono tenuti a dare esecuzione alle ordinanze cautelari del giudice amministrativo, e ciò risponde alla logica del sistema, tanto che nei casi di mancata esecuzione o conformazione a dette ordinanze, il ricorrente può rivolgersi ancora al giudice in sede cautelare esecutiva, ottenendone anche, se del caso, la nomina di un commissario *ad acta* per l'esecuzione (81).

Il *decisum* cautelare, sebbene caratterizzato dalla provvisorietà, determina un effetto conformativo analogo a quella della sentenza e, quindi, comporta un vincolo assoluto per l'amministrazione di attenersi, nella sua successiva attività, alla statuizione del giudice (82). L'amministrazione, pertanto, è tenuta a dare esecuzione alle ordinanze cautelari, imperative al pari delle sentenze, con la differenza che hanno minore stabilità, cessando i loro effetti con la decisione di merito; ma finché l'ordinanza cautelare non sia revocata, modificata o sostituita da una pronuncia di merito, deve essere eseguita. Anche il contenuto minimo della misura cautelare impone all'amministrazione, nel tempo in cui la stessa è efficace, di non pregiudicare in modo definitivo la posizione del ricorrente; ritenere il contrario tradirebbe la stessa natura strumentale della cautela giurisdizionale, impedendo, di fatto, che essa possa davvero assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 21, comma 8, l. TAR), e che, quindi, possa essere assicurata l'effettività della tutela giudiziale, dalla quale finirebbe per scaturire una eventuale sentenza d'accoglimento *inutiliter data* (83). Il che vale per tutte le misure cautelari, incluse quelle di tipo propulsivo e sostitutivo, ormai generalmente ammesse stante il vigente principio di atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3, l. n. 205/2000.

Quanto alle prime, si è detto, consistono nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Il c.d. *remand* instaura un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, diretto ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima. In questo senso è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari propulsive imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale: di qui la si-

---

(81) Cons. St., sez. VI, ord. 29 luglio 2004, n. 5356; T.A.R. Veneto, sez. I, ord. 22 giugno 2000, n. 1212, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(82) Per approfondimenti, CARINGELLA, *Il giudizio di esecuzione*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 596 ss.; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, ivi, tomo, II, 111.

(83) DE GIOIA, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2003, 691; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 2 agosto 2007, n. 1905, in *Foro amm. Tar*, 2007, 7-8, 2669.

cura illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale (84). A seguito della sospensiva (in sede giurisdizionale) di un atto amministrativo negativo, l'Amministrazione, nell'esercizio del dovere di riesame della situazione controversa alla luce del *dictum* cautelare, potrà ovviamente concedere il richiesto provvedimento ampliativo oppure negarlo, qualora sussistano altre legittime ragioni ostative non evidenziate in precedenza (85).

Quanto alle ordinanze sostitutive, si è detto, si risolvono nell'adozione in sede cautelare di misure positive che si sovrappongono alla determinazione amministrativa *sub iudice*, attribuendo direttamente (ed interinalmente) al ricorrente l'utilità sostanziale sconosciuta dall'amministrazione, sicché a tali misure non può non riconoscersi efficacia vincolante per l'amministrazione.

Tuttavia, il vincolo conformativo scaturente dalle ordinanze cautelari dell'una e dell'altra tipologia assume una diversa intensità. Nel caso di misure cautelari di tipo positivo o sostitutivo, il loro ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa del giudicato cautelare. Nelle ordinanze emesse "*ai fini del riesame*", invece, l'obbligo di attuazione della pronuncia interinale non comporta esclusivamente un'attività di esecuzione in senso stretto, caratterizzandosi il *dictum* cautelare per una relativa povertà di contenuto ordinatorio, richiedendo una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata ad eliminare i vizi (sostanziali e formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati. Nello svolgimento di tale attività l'amministrazione gode, nell'ambito dei profili sostanziali non coperti dal giudicato cautelare, della medesima libertà di determinare il contenuto dell'atto spettantegli nel decidere in prima battuta, essendo il *remand* una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza

---

(84) LABRIOLA, *Esecuzione delle statuizioni delle sospensive cautelari rimaste senza esito e possibile soluzione delle sospensive "propulsive"*, in *Nuova rass.*, 2003, 969. In giurisprudenza, si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 629, con nota di ANDREIS, cit.; Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833, cit.; *id.*, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, in *Foro it.*, 2003, III, 361; *id.*, sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 253, in *Giur. it.*, 2001, 1273, ove significativamente si precisa che "*ai sensi dell'art. 21, comma 14 e 15, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come novellato dall'art. 3, comma 1, l. 21 luglio 2000, n. 205, deve ritenersi che l'effetto conformativo che consegue al c.d. giudicato cautelare sia assolutamente vincolante per l'amministrazione fino ad un'eventuale difforme decisione conclusiva del giudizio di merito; infatti, il richiamo al c.d. *fumus boni iuris* e la connessa ipoteticità sintattica che sono usualmente presenti nella motivazione delle ordinanze cautelari si correlano esclusivamente alla fisiologica eventualità di un difforme esito del giudizio di merito (a cognizione piena) e non certo alla (ovviamente inconfigurabile) potestà dell'amministrazione di ribadire i propri assunti che siano difformi dal *decisum* giurisdizionale. Conseguentemente, l'Amministrazione nei cui confronti venga emessa una ordinanza cautelare che abbia definito come corrette alcune risposte date ad un questionario per l'ammissione ad un corso concorso, non può, dopo il provvedimento cautelare, sovrapporre la propria opinione a quella del giudice"; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 17 marzo 2008, n. 2421, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).*

(85) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, cit.

proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale; risultando il nuovo atto espressione di una funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale (86).

Nel caso in cui all'esito dell'esercizio del potere di riesame l'amministrazione dovesse rivedere il proprio precedente operato in modo pienamente soddisfattivo per il ricorrente (ponendo in essere delle attività e/o adottando gli atti in precedenza negati) e lo abbia fatto nel pieno e consapevole esercizio del proprio potere discrezionale, il ricorso potrebbe senza dubbio essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta cessazione della materia del contendere; in particolare, il successivo provvedimento pienamente favorevole per il ricorrente, adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare, determinerà:

a) l'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere, qualora nel giudizio di merito non sia stata presentata alcuna domanda di risarcimento danni (87);

b) la cessazione della materia del contendere relativamente al capo della domanda afferente all'annullamento dell'atto impugnato, qualora dovesse permanere l'interesse del ricorso per la parte afferente alla domanda di risarcimento (88). In questa ipotesi, a nulla varrebbe opporre all'ammissibilità dell'istanza risarcitoria il tradizionale limite costituito dalla c.d. pregiudizialità amministrativa, in quanto, come peraltro è stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa, la possibilità di ottenere un risarcimento del danno discenderebbe in via diretta dall'annullamento in via di autotutela dell'atto amministrativo (nel caso di specie, operato a seguito dell'esecuzione dell'ordinanza di *remand*).

In tal caso, l'amministrazione sostanzialmente sostituisce l'atto originariamente impugnato con un altro atto, a seguito di rinnovata ed aggiornata at-

---

(86) In tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 2 luglio 2007, n. 5893, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ove si precisa che solo con riferimento agli atti adottati in attuazione di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorie, il principio secondo cui l'esecuzione della ordinanza di sospensione di un provvedimento di diniego non costituisce attività di autotutela e, quindi, non comporta l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere, non può applicarsi nel caso di esecuzione da parte della P.A. delle ordinanze emesse "ai fini del riesame", atteso in tale ipotesi l'obbligo di attuazione della pronuncia interinale non comporta esclusivamente un'attività di esecuzione in senso stretto, caratterizzandosi il *dictum* cautelare per una relativa povertà di contenuto ordinatorio, ma richiede una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata ad eliminare i vizi (sostanziali o formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati; nello stesso senso, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 aprile 2006, n. 355, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, 1436 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 2 ottobre 2007, n. 9660, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(87) In tal senso, Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1089, in *Foro amm. Cds*, 2005, 3, 875; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 25 gennaio 2007, n. 521, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

(88) In tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 2 aprile 2008, n. 583, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

tività istruttoria, autonomamente rispetto all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale; il che determina acquiescenza al provvedimento giurisdizionale medesimo e cessazione della materia del contendere (89).

Diversamente, la mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, in quanto attività doverosa, non dà luogo ad acquiescenza, né costituisce attività di autotutela e non determina l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse o la cessazione della materia del contendere, a meno che, come appena detto, la nuova valutazione dell'amministrazione non ecceda i limiti dell'esecuzione dell'ordinanza impugnata (90). Infatti, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, nel caso in cui il giudice amministrativo abbia sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'amministrazione si sia adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere - a seconda se il successivo atto sia sfavorevole o favorevole al ricorrente -, atteso che l'adozione non spontanea dell'atto consequenziale con cui l'amministrazione dà esecuzione all'ordinanza di sospensione degli effetti di un provvedimento non comporta la revoca del precedente provvedimento sospeso ed ha una rilevanza provvisoria, in attesa che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo, salvo il caso in cui il contenuto della (motivata) ordinanza cautelare sia tanto condiviso dall'amministrazione da indurre questa a ritirare il precedente provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento. Diversamente opinando, la dovuta ottemperanza all'ordinanza cautelare si trasformerebbe per l'amministrazione in una rinuncia coatta al proprio diritto di difesa in giudizio (91) e finirebbe per com-

---

(89) Cons. St., ad. pl., 27 febbraio 2003, n. 3, in DIR. PROC. AMM., 2003, 4, 1201, con nota di ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*; *id.*, sez. IV, 6 maggio 2004, n. 2797, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1356; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2004, n. 2277, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ove ulteriori riferimenti; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165, in *Giur. it.* 2005, 184; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 2 luglio 2007, n. 5893, *cit.*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 aprile 2006, n. 355, *cit.*

(90) Cons. St., sez. IV, ord. 18 novembre 2003, n. 5108, annotata da LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1219; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1 marzo 2004, n. 1912, annotata da CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 1054.; da ultimo, in tal senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), con annotazione di FIORI.

(91) Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3129; *c.*, 12 dicembre 2005, n. 7039, *ivi*, 2005, 12, 3589; *id.*, 5 dicembre 2006, n. 7119, *ivi*, 2006, 12, 3295; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 settembre 2006, n. 8092, in *Corriere del merito*, 2006, 11, 1330 e in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), con nota di D'ANGELO, *Il provvedimento amministrativo posteriore al dictum giurisdizionale cautelare*, cui si rinvia per l'illustrazione dei due opposti orientamenti in ordine alla natura, secondo una prima tesi, meramente adempitiva e provvisoria del nuovo provvedimento ovvero, secondo un'opposta tesi, sempre provvedimentale e definitiva; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14 marzo 2007, n. 321, in *Foro amm. Tar*, 2007, 3, 1039; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 30 luglio 2008, n. 843, *ivi*, 2008, 7/8, 1958; Cons. giust. amm., 25 maggio 2009, nn. 478 e 479, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

portare uno snaturamento della struttura e della funzione della tutela cautelare che, da provvisoria e strumentale, si attergerebbe a tutela definitiva (cristallizzata al pari di un giudicato di merito), e tutto ciò in ammissibilmente a fronte di una intervenuta cognizione solo sommaria (92).

Né appaiono convincenti quelle interpretazioni che, pur partendo dal condiviso assunto di dover verificare la mera esecutività del precetto cautelare ovvero la natura autonoma del nuovo provvedimento adottato in seguito al comando giurisdizionale interinale, in concreto finiscono con l'ipotizzare la sussistenza del nesso cautelare tra il secondo ed il primo nelle sole limitate ipotesi in cui l'Amministrazione abbia rieditato un provvedimento *in toto* vincolato di forza di stringenti e puntuali direttive contenute nell'ordinanza cautelare (93). Accedendo a tali interpretazioni, l'Amministrazione si troverebbe a dovere "subire" gli effetti di un comando giurisdizionale provvisorio, anomalamente sommario ed irretrattabile, così vedendosi preclusa la possibilità di fare accertare in via giurisdizionale l'eventuale legittimità del proprio operato, con evidente palese violazione del diritto di difesa di una delle parti del giudizio; specularmente, la parte ricorrente potrebbe, in ipotesi di secondo provvedimento favorevole, conseguire un vantaggio che l'ordinamento non gli attribuisce, ma la cui spettanza non è se si è potuta accertare nella naturale sede giurisdizionale a cognizione piena.

Si aggiunga, peraltro, che, in considerazione della particolare portata confermativa delle statuizioni giurisdizionali amministrative, l'interesse dell'Amministrazione va ben al di là della definizione del caso specifico portato al vaglio giurisdizionale, dovendo essa accertare la legittimità dei suoi provvedimenti anche per i futuri comportamenti, verificando se la fondatezza e infondatezza delle censure mosse al suo operato la obblighino o meno a modificare le regole del suo comportamento (94).

#### 6. *Il decreto presidenziale: la tutela cautelare provvisoria (intra litem)*

Uno sguardo d'insieme sulle novità introdotte dall'art. 3, l. n. 205 del 2000 rivela come l'intento del legislatore di assicurare una maggiore efficacia all'intervento cautelare risulti coordinato all'obiettivo di delineare un sistema di tutela attento alle esigenze di celerità e urgenza espresse dalla parte ricorrente. In tale ottica, se l'introduzione della tutela cautelare atipica - attraverso la previsione del potere del giudice amministrativo di adottare le misure che

(92) In questi termini T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583, cit.

(93) Si veda T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 25 settembre 2009, n. 1534 e T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 1 marzo 2004, n. 1912, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(94) Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165, in *Foro amm.* CdS, 2005, 7/8, 2164 e in *Giur. it.*, 2005, 184.

appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso - ha rappresentato un ampliamento della tutela in relazione alle misure adottabili dal giudice amministrativo, sono state parimenti assecondate le istanze di riduzione dei tempi per accedere a quel tipo di rimedio.

Al riguardo, rilievo decisivo ha assunto la previsione della possibilità di adottare misure cautelari con decreto presidenziale (95).

In aggiunta alla tutela cautelare collegiale di stampo tradizionale, erogata in adunanza camerale (comma 8 dell'art. 21, l. TAR), il legislatore della riforma ha introdotto la tutela cautelare monocratica, o presidenziale (comma 9 dell'art. 21, l. TAR).

Il comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 3, comma 1, l. n. 205 del 2000, dispone che *“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 ammi-*

---

(95) Per approfondimenti, CHIEPPA- POLI, *Sui poteri del presidente del Cons. Stato e dei presidenti di sezione in ordine all'adozione di provvedimenti cautelari monocratici e sull'inammissibilità della delega di tali poteri*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, IV, 311 ss.; CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, cit.; COLOMBO ASSINI, *Il giudizio cautelare nella legge di riforma del processo amministrativo (L. 21 luglio 2000 n. 205) ed i primi orientamenti giurisprudenziali in materia di urbanistica ed appalti*, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, II, 57; DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza* (a cura di Caringella, Protto), Milano, 2002, 271; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare in corso di causa mediante decreto presidenziale inaudita altera parte*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 120 ss.; FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 479; GALLO, *Presidente e collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); GAROFOLI - PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 199 ss.; GUIDARELLI, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 727; IARIA, *Provvedimenti cautelari “ante causam”*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di Rossi Sanchini), Milano, 2006, 143 ss.; LOSA, *Commento all'art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, Commentario* (a cura di Travi), in *Nuove leggi civ.*, 2001, 589; MARIUZZO, *La tutela cautelare nella l. n. 205 del 2000, I*, in *Amministrare*, 2001, 235; MASSARO, *Commento all'art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205, II*, in *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, Commentario* (a cura di Travi), in *Nuove leggi civ.*, 2001, 608; NAZZARO, *Il decreto presidenziale ante causam nel processo amministrativo: un ircervo?*, in *P.Q.M.*, 2005, fasc. 1, 187; PANZAROLA, *Il processo cautelare, in Il processo davanti al giudice amministrativo* (a cura di Sassani, Villata), Torino, 2001, 54 ss.; QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 173; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 121 ss.; SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di Cassese), 2<sup>a</sup> edizione, Milano, 2003, IV, 4529; SANINO, *Il processo cautelare, in Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerulli Irelli), Torino, 2000, 272 ss.; SIGISMONDI, *Nota a Cons. St., sez. V, decr. 24 aprile 2004, n. 1887*, in *Foro it.*, 2004, III, 373; TARULLO - LEONARDO, *Luci ed ombre in tema di tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2005, 255.

*nistrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie*". Il presidente provvede con decreto motivato che può essere adottato "*anche in assenza di contraddittorio*" ed è efficace sino alla camera di consiglio fissata per la trattazione della istanza cautelare.

E' del tutto evidente la funzione acceleratoria della disposizione, atteso che convocare il collegio comporta dei tempi di definizione della domanda cautelare più lunghi rispetto a quelli che si hanno con la decisione da parte di un organo monocratico.

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, 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 introdotto dall'art. 21, comma 9, l. n. 1034/1971 - ma *strictu sensu ante causam* sulla falsa riga di quello previsto dall'art. 669 *ter* c.p.c.

Prima di esaminare tale questione, è utile ricostruire la disciplina cui soggiace il funzionamento del meccanismo di tutela cautelare monocratico.

In termini generali, il presupposto per l'esercizio dei poteri presidenziali (96) è costituito dall'esistenza di un pregiudizio di "*estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*". Si ritiene che la valutazione del requisito del periculum in mora sia implicita nell'apprezzamento dell'"*estrema gravità ed urgenza*", sebbene si tratti di affermazione, come si vedrà, non pacificamente condivisa. Il decreto presidenziale ha efficacia sino all'emanazione della pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Tale misura può essere richiesta contestualmente alla domanda cautelare ovvero con autonoma istanza notificata alle controparti. Il Presidente ha la possibilità di decidere sull'istanza *inaudita altera parte* ("*anche in assenza di contraddittorio*"), purché il ricorso sia stato comunque notificato alle controparti e sempre che il giudice non ritenga, e la fattispecie lo consenta, di dover convocare le parti davanti a sé. È fatta, in ogni caso, salva la facoltà per le parti di presentare eventuali memorie scritte o chiedere di essere ascoltate.

La sussistenza di una forma di controllo da parte del Collegio nella prima camera di consiglio utile esclude l'ammissibilità dell'appello al Consiglio di

---

(96) La competenza in ordine al decreto che provvede sull'istanza di misure cautelari provvisorie è attribuita al Presidente e non è prevista la delegabilità della funzione. Il decreto cautelare, pertanto, è adottato sempre dal presidente, fatte le salve le situazioni di legittima assenza o impedimento di quest'ultimo, nel qual caso il decreto è reso dal magistrato che svolge le funzioni vicarie di presidente (CHIEPPA - POLI, *op. cit.*).

Stato avverso il decreto (97). Sarà invece appellabile, ovviamente, l'ordinanza del Collegio.

Dibattuta è la questione concernente la necessità o meno di valutare, anche in sede cautelare monocratica, il requisito del *fumus boni juris*.

L'art. 21, comma 9, richiede il requisito dell'*estrema gravità ed urgenza*, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio (98), configurando l'intervento presidenziale quale *extrema ratio* (99) cui ricorrere a fronte di situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili che giustificano la deroga al principio della collegialità delle decisioni nel processo amministrativo. Il termine "*estrema gravità*" implica l'impossibilità di aspettare la dilazione fino alla data della camera di consiglio, e dunque, l'irreversibilità della situazione (100), la quale, in ogni caso, deve dipendere dalla natura o dall'oggetto del provvedimento e non già divenire tale per ritardi o inerzia del ricorrente (101).

Nulla il legislatore prevede, invece, in merito al *fumus boni juris*.

Per un primo orientamento la concessione della tutela cautelare monocratica non presuppone la previa valutazione dell'esistenza del *fumus* (102). Oltre a valorizzarsi il silenzio legislativo sul punto, si osserva a sostegno dell'assunto che la delibazione monocratica, seppure estremamente sommaria, della fondatezza della pretesa, realizzata attraverso la pronuncia sul *fumus*, potrebbe influenzare il collegio, chiamato successivamente a valutare il decreto presidenziale.

Secondo un diverso (e condivisibile) indirizzo (103) occorre, di contro, valutare l'esistenza del *fumus*, osservandosi che l'esclusivo riferimento legi-

(97) Sul punto si veda Cons. St., sez. IV, ord., 7 novembre 2000, n. 5602, in *Giur. it.*, 2001, 615.

(98) Si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, decr. pres. 8 maggio 2002, n. 313, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), che ordina alla stazione appaltante, sulla base della ritenuta ricorrenza di *fumus* e *periculum*, di non dare luogo alla stipula del contratto con l'impresa aggiudicataria.

(99) CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1077.

(100) Talora accade, invece, che si sospenda sulla base del "danno grave e irreparabile" e non della estrema gravità e urgenza, cfr. il decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana, 19 luglio 2003, n. 769 e il decreto Pres. f.f. T.A.R. Piemonte, 8 novembre 2003, entrambi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, decr. 26 settembre 2008, n. 4616, loc. ult. cit., ha ritenuto che ricorrono i presupposti dell'estrema gravità ed urgenza nel caso in cui il calendario delle udienze della sezione non consenta il tempestivo esame in sede collegiale della domanda cautelare contenuta nel ricorso.

(101) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, decr. pres., 18 settembre 2000, n. 16, in *TAR* 2000, I, 2962.

(102) T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, decr. 31 agosto 2000, n. 3; *id.*, sez. I, decr. 19 agosto 2000, n. 1, entrambi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(103) In proposito, si rinvia alla puntuale ricostruzione di LUMETTI, *Il decreto inaudita altera parte e il diritto di difesa dall'amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); in argomento, DE CAROLIS, *op. cit.*; FOLLIERI, *op. cit.*; SANCHINI, *op. cit.*, SIGISMONDI, *op. cit.*, pone in risalto la tendenza a motivare i provvedimenti presidenziali esclusivamente sulla base dell'estrema gravità ed urgenza della situazione che fonda la richiesta cautelare; in giurisprudenza: T.A.R. Toscana, sez. I, decr. 7 maggio 2005, n. 384; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, decr. 26 settembre 2000, n. 1167, entrambi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



slativo al solo *periculum* non può essere da sé solo addotto per sostenere che il giudice adito possa esimersi da una ricognizione, pur estremamente sommaria, circa il *fumus* di fondatezza del ricorso (104). Vanno, quindi, osservati i principi generali del processo cautelare.

Si è così sostenuto che, oltre al verosimile meritevolezza della pretesa, anche i presupposti di rito, quali la regolare instaurazione del contraddittorio, mediante notifica del ricorso, oltre che all'amministrazione resistente, ad almeno un controinteressato, la sussistenza della giurisdizione, la ricevibilità e ammissibilità del ricorso, l'assenza di causa di improcedibilità del ricorso (sovravvenuto difetto di interesse, cessazione della materia del contendere, rinuncia al ricorso), vanno verificati dal Presidente, la loro sussistenza concorrendo ad integrare la nozione ampia di *fumus boni juris*.

Dubbi sono pure emersi in relazione all'esatta identificazione del *dies ad quem* dell'efficacia della misura cautelare monocratica e, più in generale, in merito al rapporto tra il provvedimento cautelare monocratico e quello collegiale.

L'art. 21, comma 9, l. TAR, al riguardo dispone: “*Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile*”.

Per una prima tesi, il decreto presidenziale cautelare conserva la sua efficacia fino alla prima camera di consiglio successiva alla sua emanazione, in tal senso dovendosi intendere il concetto di “*camera di consiglio utile*”. Anche il concetto di “*pronuncia del collegio*” andrebbe inteso in senso lato, riconducendovi qualsiasi pronuncia adottata dal Collegio dal momento in cui si radica presso lo stesso la questione, compresa quindi l'ordinanza che fissa un'altra udienza per esigenze istruttorie ovvero per integrare il contraddittorio.

Un differente orientamento è stato espresso dai giudici di primo grado (105), secondo i quali il termine della “*prima camera di consiglio utile*” del citato art. 21, comma 9, non ha natura perentoria, ai sensi dell'art. 152, comma 2, c.p.c., in quanto non espressamente qualificato come tale dalla legge, riguardando la *fissazione* della trattazione dell'istanza cautelare, ma non necessariamente la sua *decisione*, tanto che la pronuncia collegiale di conferma/revoca/modifica del decreto cautelare monocratico può anche essere differita in presenza di necessità istruttorie. Secondo tale orientamento, per “*camera di consiglio*” ex art. 21, comma 9, l. n. 1034 del 1971 deve intendersi non già quella immediatamente successiva, sotto il profilo temporale, all'emanazione del decreto cautelare presidenziale, ma la prima camera di consiglio ove la domanda cautelare possa essere decisa ovvero quando ricorrano tutti i

(104) Cons. St., sez. V, decr. 20 settembre 2000, n. 1, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(105) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, ord., 22 aprile 2004, n. 1079; *id.*, sez. I, 28 novembre 2006, n. 2380, entrambi in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

presupposti processuali necessari perché la stessa possa essere esaminata. Fino a tale momento l'effetto cautelare è assicurato dal decreto presidenziale, sicché il termine della prima camera di consiglio utile, in quanto ontologicamente mobile e non fisso, non potrebbe avere natura perentoria ma soltanto ordinatoria.

L'oggetto della cognizione del Collegio è la domanda cautelare e non il decreto. Ne consegue che la misura cautelare, in ipotesi disposta dal Collegio in accoglimento della domanda, prescinde da quanto già disposto dal Presidente del Tribunale, non essendo chiamato il Collegio ad esprimere una valutazione del provvedimento monocratico, come se si trattasse di una sorta di doppio grado cautelare, secondo il meccanismo tipico della cautela civile. In altri termini, il collegio non è vincolato dalla decisione monocratica, la quale è destinata ad essere sostituita dalla decisione assunta in sede collegiale: il legislatore non ha previsto alcuna forma di raccordo tra le due pronunce e, in particolare, non prescrive che l'ordinanza collegiale confermi, revochi o modifichi il decreto presidenziale. La decisione collegiale è destinata a sostituire integralmente quella presidenziale (106).

#### *7. Il decreto monocratico non costituisce uno strumento di tutela cautelare ante causam*

Come osservato, la l. n. 205 del 2000, pure innovando con l'introduzione della tutela cautelare monocratica, ha lasciato irrisolto il tema relativo alla invocabilità, nel processo amministrativo, di un intervento cautelare non solo monocratico ed anticipato, quindi, rispetto alla valutazione collegiale, ma anche *ante causam*, destinato a manifestarsi, pertanto, prima ancora ed indipendentemente dall'instaurazione dello stesso rapporto processuale.

E', infatti, evidente che il decreto monocratico di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, potendo essere emanato solo quando il ricorso sia stato previamente notificato e depositato, 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, che consente al ricorrente di ottenere una tutela *ad horas*, anche nelle fasi intermedie delle camere di consiglio fissate per la trattazione delle istanze cautelari.

Il rito cautelare monocratico, pertanto, non dà luogo ad una tutela cautelare *ante causam*, perché presuppone la notifica del ricorso di merito e della domanda cautelare, consentendo soltanto una pronuncia monocratica senza

---

(106) DE NICTOLIS, *op. cit.*, 127; in giurisprudenza, la provvisorieta delle misure cautelari presidenziali, destinate ad essere assorbite dalla provvedimento collegiale, è chiaramente affermata da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 novembre 2005, n. 3970, in *Foro amm. Tar*, 2005, 11, 3387.

contraddittorio.

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 (107). 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.).

Non appare, dunque, condivisibile la tesi (108) secondo la quale la locuzione “*separata istanza*”, impiegata dall’art. 21, comma 9, l. TAR, potrebbe autorizzare l’accesso al giudice monocratico *prima* dell’instaurazione del giu-

---

(107) CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, cit., 1030, ha evidenziato 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*”; la dottrina maggioritaria è assolutamente concorde sulla natura non *ante causam* della tutela cautelare monocratica di cui all’art. 21, comma 9, l. TAR: CAINIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 736; FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 352 ss.; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 174 ss.; GUIDARELLI, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 727; PANZARELLA, *Il processo cautelare*, cit., 61; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 261.

(108) DE PIERO, *Commento all’art. 3 (Disposizioni generali sul processo cautelare)*, in ITALIA (a cura di), *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 69 ss.; SASSANI, *Intervento all’incontro di studio sulla nuova tutela cautelare nel processo amministrativo*, Roma, 18 maggio 2001, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); in giurisprudenza, questa soluzione è stata accolta dal T.A.R. Sicilia, Catania (sez. II, decr. pres., 6 dicembre 2001, n. 32; id., decr. pres., 4 maggio 2002, n. 997), secondo il 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. Si sostiene, al riguardo, che, sebbene il comma 1 dell’art. 3, l. n. 205/2000 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; se ne deduce che 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. Tale posizione è stata, tuttavia, rivisitata successivamente dalla sezione staccata del Tribunale amministrativo siciliano, imponendo che il richiedente depositi il ricorso, contenente l’istanza cautelare provvisoria, munito dell’attestazione della avvenuta consegna all’Ufficiale giudiziario.

dizio di merito, venendo quindi a configurare un rimedio *ante causam*. In effetti, siffatta ricostruzione si dimostra poco solida non solo e non tanto perché confligge con il dato storico ed oggettivo offerto dalla relazione all'originario disegno di legge (109), ma soprattutto perché si fonda integralmente su una lettura isolata dell'inciso "con separata istanza"; inciso che, se riguardato nel contesto normativo in cui il legislatore lo ha calato, perde la sua (solo apparente) carica di ambiguità. Basti osservare che, esauritesi le cure presidenziali, tale "separata istanza" è comunque sottoposta al Collegio "nella prima camera di consiglio utile". La fissazione della camera di consiglio presuppone, com'è noto, che penda giudizio nel merito. Dunque, anche la domanda cautelare proposta con atto separato dal ricorso introduttivo mantiene la sua natura di domanda incidentale (*intra litem*), essendo pur sempre necessaria la notificazione ed il successivo deposito del ricorso principale.

La tutela cautelare *inaudita altera parte*, essendo *intra litem*, non va, quindi, confusa con la tutela cautelare *ante causam*, la quale, come si dirà, viene richiesta in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito e non accede al ricorso introduttivo del giudizio, né è avanzata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato sulla sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura invocata.

#### 8. La nuova frontiera del giudizio cautelare: la tutela ante causam. Analisi dell'evoluzione giurisprudenziale interna.

La mancanza nel giudizio amministrativo, sia prima che dopo la riforma del 2000, di uno strumento di tutela *ante causam* è stata al centro di un acceso dibattito in giurisprudenza, alimentato da una serie di interventi particolarmente incisivi provenienti sia da organi della giustizia amministrativa sia dalla Corte costituzionale, sul quale ha inciso in modo dirompente la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ancor prima della riforma del 2000, sul fronte del diritto interno, si è cercato di introdurre in via pretoria nel processo amministrativo una forma di tutela cautelare *ante causam*, gestita in via monocratica dal presidente del T.A.R.

In particolare, già a partire dal 1997, la sez. III del T.A.R. Lombardia (110)

---

(109) In tal senso, DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 126, nota 49.

(110) T.A.R. Lombardia, sez. III, decr. 14 novembre 1997, n. 758 e ord. 19 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, III, 173, con nota di TRAVI; i citati decreti sono riportati in *Foro amm. Tar*, 1998, 1158, con nota di SPADEA, La terza sezione del TAR Lombardia apre ad una giustizia cautelare più effettiva ed europea; T.A.R. Lombardia, decr. 3 aprile 1998, in *Urb. e app.*, 1998, 1334, con nota di SIGISMONDI, *Processo amministrativo: tutela cautelare e rito monitorio*; nella stessa direzione T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, decr. pres. 23 giugno 1998, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

si è resa protagonista di un indirizzo alquanto innovativo, fondato sul riconoscimento della generale potestà del giudice amministrativo di ricorrere all'art. 700 c.p.c. nell'ambito della sua giurisdizione e di concedere il provvedimento cautelare, in via di urgenza, con decreto presidenziale e senza preventiva costituzione del contraddittorio: la misura presidenziale avrebbe, tuttavia, perso efficacia se il decreto non fosse stato notificato alla controparte, con contestuale fissazione della udienza avanti il collegio, secondo le prescrizione dell'art. 669 *octies* c.p.c.

Più nel dettaglio, si sosteneva che anche il giudice amministrativo potesse sempre emettere provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*, sì da assicurare, in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, la possibilità di ottenere anche nel processo amministrativo un intervento interinale anteriore alla pronuncia da parte del collegio sulla richiesta sospensiva.

Volendo, quindi, ripercorrere i fondamentali passaggi logico-motivazionali volti a sorreggere il pionieristico tentativo giurisprudenziale di introdurre, a legislazione invariata e silente, un meccanismo di intervento cautelare monocratico e preventivo, possono citarsi i seguenti snodi argomentativi: 1) possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*; 2) adozione del provvedimento con decreto presidenziale *inaudita altera parte*; 3) sospensione risolutivamente condizionata *ex art. 669 octies* c.p.c. alla notifica del ricorso in sede giurisdizionale, nel termine di decadenza di cui agli artt. 19, comma 1, l. TAR e 36, comma 1, t.u. n. 1054 del 1924; 4) efficacia del provvedimento cautelare temporalmente limitata *ex art. 669 sexies* c.p.c., sino alla data della camera di consiglio collegiale.

Per vero, i Presidenti dei tribunali amministrativi impegnati in quest'opera di aggiornamento ed arricchimento dell'armamentario cautelare del giudice amministrativo avevano seguito percorsi non del tutto identici in sede di individuazione e ricostruzione della base normativa e del fondamento giuridico dell'auspicato ed esercitato potere cautelare monocratico *ante causam*.

Su un primo versante si poneva chi, nel tentativo di rimodellare le tecniche di tutela giurisdizionale superando i limiti spesso tracciati dalle previsioni o dalle lacune di disciplina proprie dell'ordinamento giuridico interno, volgeva lo sguardo alle indicazioni di fonte comunitaria. In tale direzione si muoveva il T.A.R. Lombardia che, impegnato nel tentativo di individuare il fondamento normativo del potere presidenziale preventivo, utilizzava, quale primo punto di riferimento, la previsione di cui all'art. 2 della direttiva comunitaria ricorsi del Consiglio della Ce del 21 dicembre 1989, n. 665/89, che pone a carico degli Stati membri l'obbligo di garantire che le autorità nazionali responsabili delle procedure di ricorso possano adottare "*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura*

*di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore*": previsione, questa, che, come rimarcato in un importante arresto della Corte di Giustizia (111), se da un lato riconosce all'autorità nazionale investita delle procedure di ricorso un potere di cautela generale e atipico, obbligando lo Stato membro a far sì che il giudice nazionale o l'altra autorità responsabile possa adottare "qualsiasi provvedimento provvisorio", dall'altro, secondo una certa tesi (non unanimemente condivisa) consente all'operatore economico di esperire l'azione cautelare anche *ante causam*, "indipendentemente da ogni azione previa" diretta all'annullamento dell'atto, gettando un'ombra di difficile armonizzabilità comunitaria su quei sistemi giuridici nazionali nei quali, invece, la proposizione dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato presuppone, in virtù del vincolo di subordinazione funzionale del giudizio di sospensione rispetto al giudizio principale, la previa pendenza di un giudizio volto all'annullamento dell'atto di cui si chiede la sospensione.

Lo stesso T.A.R. Lombardia richiamava, ad ulteriore sostegno della sussistenza di un fondamento normativo per tali provvedimenti d'urgenza monocratici, i principi di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali espressi dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848, ove in primo piano è posta la tutela del diritto ad un giusto processo, ora espressamente costituzionalizzato (112): diritto asseritamente compromesso allorché, in presenza di situazione di estrema gravità ed urgenza incompatibili con una pur minima dilazione della trattazione dell'istanza cautelare, non sia contemplata la possibilità di un intervento monocratico *ante causam*, ad efficacia temporalmente circoscritta.

Su altro versante si collocava, invece, chi ricercava la giustificazione giuridica del potere cautelare monocratico e preventivo nelle pieghe dell'ordinamento interno.

Nel decreto 23 giugno 1998 del Presidente della terza sezione del T.A.R.

---

(111) Corte giust. comm. eu. 19 settembre 1996, C-236/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Urb. app.*, 1998, 212, con nota di PROTTO, *Sui mezzi di tutela cautelare negli appalti di rilevanza comunitaria*; *Foro amm.*, 1997, 381, con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*. Si vedano anche le notazioni di MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela cautelare europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1155, nonché quelle di CHITI, *Giudizio cautelare ed innovazioni comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1085. Tale sentenza, come si dirà nel prosieguo della trattazione, giudicava negativamente il sistema di giustizia amministrativa greco che non prevedeva misure cautelari *ante causam*, soprattutto perché in violazione del principio di certezza del diritto, poggiandosi su interpretazioni giurisprudenziali, anziché su chiare disposizioni normative.

(112) Il riferimento è all'art. 111 Cost., come riscritto dall'art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Si veda, GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.; PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1661 ss.

Sicilia, Catania, si affermava, infatti, la generale applicabilità al processo cautelare amministrativo del modello di cui agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c., anche alla luce del dettato dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., a norma del quale le disposizioni del codice di procedura civile sono applicabili nel processo amministrativo non solo quando richiamate dalle disposizioni regolatrici di quest'ultimo ma anche per analogia, posto che il diritto amministrativo costituisce un diritto speciale, e non eccezionale; si puntualizzava, inoltre, che il codice di procedura civile costituisce perlopiù una legge generale recante i principi fondamentali di ogni processo (c.d. *diritto processuale comune*).

Entrambe le riportate opzioni ricostruttive valorizzavano, peraltro, gli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale che, fornendo copertura costituzionale alla riconosciuta tutela cautelare monocratica, garantiscono, appunto, il diritto alla difesa, asseritamente vulnerato qualora il sistema del processo amministrativo non consentisse alcuna possibilità di tutela cautelare in sede giurisdizionale amministrativa anteriormente alla pronunzia del Collegio sulla richiesta sospensiva.

Il tentativo di introdurre in via pretoria la possibilità di un intervento interinale preventivo e monocratico è stato categoricamente stroncato dal Consiglio di Stato (113), che, sulla scorta di argomentazioni di diversa natura, ruotanti anche attorno all'esigenza di non intaccare i connotati tradizionalmente propri delle decisioni del giudice amministrativo, ha decretato la nullità assoluta del decreto di sospensione emesso dal solo Presidente, anziché dal Collegio, qualificandolo come provvedimento abnorme.

A sostegno di tale deciso atteggiamento di segno negativo, il Consiglio di Stato adduceva ragioni non solo di tipo testuale, ma anche sistematiche.

Sul primo fronte, si rimarcava l'assenza di una previsione normativa volta a riconoscere un potere cautelare, ancorché temporalmente circoscritto, in capo al Presidente del Tribunale, da considerare, quindi, del tutto sfornito, nella sua veste monocratica, di potere giurisdizionale: la diversa opzione, favorevole all'esercizio monocratico del potere cautelare, avrebbe comportato, quindi, la violazione del principio di necessaria collegialità delle decisioni del giudice

---

(113) Cons. St., sez. V, ord. 28 aprile 1998, n. 781, in *Foro it.*, 1998, III, 301; *Urb. e app.*, 1998, 1334; nello stesso senso, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, decr. pres. n. 2 del 1999, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), con nota di DE CAROLIS, *L'art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo tra tendenze giurisprudenziali, norme positive e progetti di riforma*, che esclude l'esperibilità dell'azione cautelare ex art. 700 c.p.c. innanzi agli organi di giustizia amministrativa, poiché il giudice amministrativo emana provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 21, l. TAR. Tale posizione trovò conferma nella nota ordinanza n. 1/2000 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (tra le altre, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1292, 2163, con nota di SASSANI, *Le alte Corti all'impatto delle questioni di giurisdizione dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998: prime impressioni di lettura*, e di ANTONIOLI *Brevi osservazioni sulla tutela cautelare del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi*), che ha negato l'esercizio del potere cautelare monocratico presidenziale, impedendo conseguenzialmente l'esercizio della tutela cautelare *ante causam*, ovvero di quella forma di tutela cautelare anticipata prospettata dal T.A.R. Lombardia sulla base delle fonti comunitarie.

amministrativo.

Al contempo, si sottolineavano i rischi di compromissione del diritto di difesa e del principio di contraddittorio il cui pieno dispiegarsi è, invece, riconosciuto nel procedimento cautelare tipico del giudizio amministrativo di tipo collegiale.

Infine, si evidenziava la non diretta applicabilità della direttiva n. 665/89, la quale, pur richiedendo una tutela cautelare rapida ed efficace, demanda ai legislatori nazionali la determinazione delle modalità per l'accesso alla tutela giurisdizionale e non impone affatto che in nome della rapidità ed efficacia delle misure cautelari debbano essere sacrificate le esigenze del contraddittorio (114).

Pertanto, doveva ritenersi inammissibile l'adozione di un rito cautelare *inaudita altera parte*, come quello applicato dal T.A.R. milanese.

La novella del 2000 non ha modificato tale quadro.

Infatti, la nuova formulazione dell'art. 21, l. TAR, come novellato dall'art. 3, l. n. 205/2000, continua a non contemplare una tutela *ante causam*: l'amministrazione resistente ed il controinteressato, anche se in ipotesi non sentiti dal giudice monocratico, sono comunque destinatari della notifica del ricorso prima dell'avvio della "fase presidenziale" del "processo cautelare". La lettera della norma (art. 21, comma 9, l. TAR) non consente, quindi, di rivolgersi al giudice senza prima aver notificato ai contraddittori necessari il ricorso cui accede l'istanza cautelare ovvero la sola istanza cautelare (successiva al ricorso).

Deluse, pertanto, le aspettative di un mutamento sul piano legislativo che mettesse fine alla questione dell'ammissibilità della tutela cautelare preventiva nel processo amministrativo, il T.A.R. Lombardia, con l'ordinanza 15 febbraio 2001, n. 1 (115), tornava a sollevare dubbi di costituzionalità in ordine a due disposizioni: a) l'art. 21, l. n. 1034/1971, così come novellato dall'art. 3, l. n. 205/2000, nella parte in cui esclude la tutela *ante causam* e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 e ss. c.p.c. avanti al giudice amministrativo; b) l'art. 700 c.p.c., là dove espressamente prevede che la tutela cautelare *ante causam* sia accordabile, nel concorso dei presupposti di legge, per i soli diritti soggettivi e non anche per gli interessi legittimi.

La prima disposizione è stata censurata per contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, avuto anche riguardo agli artt. 6 e 13 della Conven-

---

(114) In dottrina, prima della riforma del 2000, rimarcavano tale principio, PALMIERI SANDULLI, *Il giudizio cautelare amministrativo*, sunto della relazione tenuta in occasione del convegno Il giudizio cautelare amministrativo (le ordinanze propulsive), svoltosi il 14 aprile 1999 a Palazzo Spada, in *Sospensive*, 1999, 99, 15190; SANINO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, sunto della relazione tenuta in occasione del convegno Il giudizio cautelare amministrativo (le ordinanze propulsive), svoltosi il 14 aprile 1999 a Palazzo Spada, in *Sospensive*, 1999, 99, 15181.

(115) In *Urb. e app.*, 2001, 770.



zione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; la seconda per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione.

Secondo il presidente del Tribunale amministrativo regionale milanese l'estensione dello strumento cautelare *ante causam* al processo amministrativo sarebbe sorretta da molteplici precetti; tra di essi viene puntualmente richiamato l'art. 2 della direttiva ricorsi 665/89, il quale esigerebbe che ciascuno Stato nazionale adotti forme di tutela il più rapide ed efficaci possibili, ivi incluse tecniche di tutela *ante causam*. Nel dettaglio, il Giudice milanese, pur prendendo atto delle importanti novità introdotte dall'art. 3, l. 205 del 2000, ha osservato che *“la rilevata modifica delle norme anteriormente vigenti presuppone peraltro la previa redazione, notificazione, nonché l'avvenuto deposito del ricorso in sede giurisdizionale affinché la richiesta di una misura cautelare provvisoria possa essere reputata ammissibile ...”*; infatti *“pur davanti ad un obiettivo irrobustimento sul piano temporale e qualitativo delle nuove misure cautelari introdotte, la tutela siffattamente disciplinata, presupponendo la notifica ed il deposito del ricorso in sede giurisdizionale, resta pur sempre qualificabile come un intervento post causam e non già ante causam”*.

Ciò posto, il Presidente della terza Sezione del Tribunale Lombardo ha rimarcato il carattere privilegiato della posizione processuale della pubblica amministrazione davanti al Giudice amministrativo, *“tuttora ineguale ... di fronte al proprio contraddittore nel processo, non potendo essere avanzata alcuna richiesta di misure cautelari urgenti che, previa sommaria indicazione delle ragioni in diritto vantate, miri a conseguire un intervento immediato in ogni caso in cui ogni pur minima dilazione, necessariamente connessa con i tempi occorrenti per la redazione del ricorso in sede giurisdizionale e per ogni successiva formalità, possa divenire fonte di un pregiudizio grave e non altrimenti riparabile”*.

Diversamente ha opinato la Corte costituzionale che, con l'ordinanza 10 maggio 2002 n. 179 (116), ha dichiarato manifestamente infondata la questione poc'anzi riassunta. In particolare, la Consulta ha, in primo luogo, richiamato il proprio tradizionale orientamento in virtù del quale *“il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali”*, aggiungendo che nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sarebbero oggi assicurate dal complesso delle disposizioni vigenti (che contemplano la possibilità di ottenere l'abbreviazione dei termini per instaurare il giudizio, di effettuare la notifica dell'atto introduttivo per via telematica o per

---

(116) In *Giur. cost.*, 2002, 1442.

telefax, di conseguire misure cautelari atipiche, di richiedere in camera di consiglio la definizione del giudizio nel merito con decisione in forma semplificata, di far dichiarare i ricorsi urgenti tramite la c.d. istanza di prelazione, etc.) e segnatamente dall'adottabilità, in caso di estrema gravità ed urgenza, di una misura monocratica. Secondo il Giudice delle leggi, *“l'anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza (rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile”*.

Volendo schematizzare, ad avviso della Corte, la questione è manifestamente infondata in quanto:

a) il legislatore può delineare distinti sistemi di tutela cautelare, senza che quello processual-civilistico assurga ad archetipo di valore assoluto;

b) le differenti modalità di estrinsecazione della tutela cautelare nel processo amministrativo sono comunque idonee ad assicurare l'effettività e la tempestività della tutela cautelare, attesa:

- la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso lo strumento dei motivi aggiunti (art. 21, l. TAR);

- la possibilità di avvalersi dell'abbreviazione dei termini, ove sussistano ragioni di particolare urgenza, anche ai fini dell'instaurazione del contraddittorio (art. 19 l. TAR; artt. 20 e 36, Reg. proc. Cons. Stato);

- la non tassatività dei mezzi per l'effettuazione della notifica dell'atto introduttivo, possibile anche mediante strumenti telematici e fax (art. 12, l. n. 205 del 2000);

- l'atipicità delle misure cautelari, idonea a meglio assicurare l'anticipazione interinale degli effetti della sentenza (art. 21, comma 8, l. TAR);

- la riconosciuta possibilità di invocare la misura interinale monocratica, destinata a coprire il tempo che separa il deposito del ricorso e la trattazione collegiale della domanda cautelare (art. 21, comma 9, l. TAR);

- la possibilità di procedere a definire il merito in occasione dell'esame dell'istanza cautelare con la pronuncia della sentenza in forma semplificata (art. 21, comma 10, l. TAR).

*9. Il modello di tutela cautelare comunitaria imposto dalla Corte di Giustizia: l'obbligo di introdurre lo strumento della tutela cautelare ante causam da assicurare anche nel processo amministrativo e le critiche della dottrina*

Sciolti i dubbi in punto di legittimità costituzionale della nuova disciplina, rimanevano le perplessità in merito alla sua conformità alla normativa comu-

nitaria.

A tal proposito occorre meglio analizzare le direttive del Consiglio C.E. n. 665/89 del 21 dicembre 1989, n. 13/92 del 25 febbraio 1992 e n. 50/92 del 18 giugno 1992, che hanno introdotto una disciplina uniforme di tutela degli operatori privati nel settore degli appalti di rilevanza comunitaria. Le citate direttive richiedono esplicitamente agli Stati membri di garantire che l'autorità nazionale investita del ricorso possa adottare “*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti*”, e tra di essi quelli “*intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione*” assunta dall'ente aggiudicatore (cfr. i rispettivi articoli 2, parr. 1, lett. a) delle direttive 665/89 e 13/92). Non è difficile riconoscere che tale ultima disposizione dà vita a standards di tutela cautelare abbastanza rigidi e puntuali, limitando in modo sensibile - pur senza elidere completamente - l'autonomia dei partners nel predisporre gli opportuni rimedi interinali a tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in ambito comunitario.

Secondo la lettura prospettata dalla Corte di Giustizia, le ricordate disposizioni comunitarie impongono una tutela cautelare *ante causam*, fondata cioè su un'azione cautelare “*preventiva*” o “*pura*”, scissa dal giudizio di merito. Questa impostazione si rinviene in particolare nelle note sentenze *Commissione contro Repubblica Ellenica* del 1996 (Corte di Giust. C.E., 19 settembre 1996, in causa C-236/95) e *Commissione contro Regno di Spagna* del 2003 (Corte di Giust. C.E., 15 maggio 2003, in causa C-214/00) (117).

Nell'ambito del primo procedimento, promosso dalla *Commissione nei confronti della Grecia* per mancata attuazione della citata direttiva n. 665/89, il Governo dello Stato convenuto si era difeso facendo leva sulla superfluità di qualsivoglia misura interna di attuazione; tuttavia, la constatazione della sussistenza, nello Stato greco, di una tutela cautelare normativamente confinata alla sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato aveva indotto il Giudice europeo a sancire la violazione della direttiva n. 665/89, che prevede l'obbligo per lo Stato membro di predisporre una disciplina che consenta al giudice nazionale o comunque all'autorità investita della procedura di ricorso di adottare “*qualsiasi provvedimento provvisorio*”. La Corte ha ulteriormente rilevato che mentre la direttiva contempla la proposizione di un'azione puramente cautelare (cioè slegata dall'azione costitutiva) così configurando una cautela preventiva o “*pura*” (*ante causam*), nel diritto greco la formulazione

---

(117) In *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897, con nota critica di CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*; *Urb. e app.*, 2003, 885, con nota di CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, 885-891; *Sospensive*, 2003, 34600.

dell'istanza di sospensione del provvedimento si inserisce nel (e non è scindibile dal) giudizio di annullamento dell'atto.

Questo orientamento è poi stato ribadito nella citata sentenza *Commissione contro Regno di Spagna* del 15 maggio 2003, nella quale il Collegio lussemburghese ha ritenuto che il Regno di Spagna fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della ridetta direttiva 665/89 per il fatto di subordinare, *“in generale, la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice”*; tale conclusione non sarebbe secondo la Corte smentita dalla circostanza che *“che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665, come precisati nella già citata sentenza Commissione/Grecia”*.

Con l'*ordinanza 29 aprile 2004* (118), resa nella causa C-202/03, la Corte ha nuovamente ribadito questo indirizzo, stavolta appuntando direttamente la sua attenzione sulla normativa processuale italiana.

Il pronunciamento trae origine dai rilievi espressi dal presidente del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sezione di Brescia, dapprima in occasione dell'adozione di un decreto cautelare monocratico (decr. pres. 10 marzo 2003 n. 189) (119) e, successivamente, nella vera e propria ordinanza (sempre monocratica) di rimessione alla Corte di Giustizia pronunciata ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E. (ord. pres. 26 aprile 2003 n. 76)(120).

In quest'ultimo provvedimento il Presidente del Tribunale amministrativo regionale di Brescia ha desunto dall'art. 2, comma 1, lett. a) della direttiva ricorsi n. 665/89 l'intento (confermato dal secondo, quarto e quinto considerando della stessa direttiva) di *“privilegiare ogni possibile, immediato intervento da parte del giudice volto ad ovviare ad ogni violazione che sia stata commessa in sede di gara, sì che l'aggiudicazione definitiva possa intervenire a favore dell'impresa, la cui offerta debba essere prescelta in base alla legittima applicazione delle norme che disciplinano lo svolgimento della procedura di gara”*.

Inoltre, nell'invocare i principi comunitari di non discriminazione e di ef-

---

(118) In *Foro amm.*, CdS, 2004, 1000; in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), con il commento di TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*.

(119) In *Foro amm. Tar*, 2003.

(120) In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 913 ss.

fettività della tutela giurisdizionale, il giudice bresciano ha sottolineato (nuovamente) il rischio di un trattamento discriminatorio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, osservando che “*mentre nelle controversie fra soggetti privati ovvero in quelle proposte da questi ultimi contro la pubblica Amministrazione, che siano affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, è possibile conseguire una tutela urgente prima della proposizione della causa di merito, l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di controversie concernenti gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture impedisce che la tutela cautelare possa intervenire prima dell’introduzione dell’impugnazione di un provvedimento posto in essere nel corso della relativa procedura di gara*”. Tale rischio viene dal rimettente ritenuto suscettibile di tradursi nella violazione dell’art. 10 del Trattato, “*trovando una pretesa assistita dal diritto comunitario una tutela cautelare meno efficace e ridotta rispetto ad altre forme della stessa, così come prevista dall’ordinamento nazionale*”.

Alla luce di tali premesse, nella ordinanza in parola si è chiesto alla Corte di Giustizia di accertare:

1) se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d’appalto rispetto a quella prevista nell’ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l’Amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell’ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall’art. 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l’identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con carattere di generalità agli altri diritti nazionali;

2) se, inoltre, l’art. 21, l. n. 1034/1971, così come novellato dall’art. 3, l. n. 205/2000, nella parte in cui non prevede fra i possibili mezzi di ricorso urgente quello *ante causam*, come tale diretto ad impedire in via immediata che l’Amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione d’impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresenti o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all’art. 1, n. 3, della direttiva 21 dicembre 1989, n. 665/CEE, che fa obbligo a tutti gli Stati membri d’introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara per il conseguimento di un appalto pubblico;

3) se la tutela cautelare accordabile dal giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell’art. 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa ob-

bligato di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

4) se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno concorrentemente l'art. 6, comma 2, del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Con l'ordinanza del 29 aprile 2004 la Corte di Giustizia, richiamando i propri precedenti, ha stabilito che *“l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi 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 in esame”* (punto 22). Considerando che *“tale risposta deriva da una disposizione specifica del diritto comunitario ossia l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva”*, la Corte ha reputato non doversi *“fare riferimento a disposizioni più generali dell'ordinamento giuridico comunitario, quali, in particolare, gli artt. 10 CE o 6, n. 2, UE”*, norme evocate dal Giudice rimettente nella prima e nella quarta questione; di qui l'ovvia conclusione che *“non si deve (...) rispondere a tali due questioni”* (punto 23 dell'ordinanza).

La Corte di Giustizia ha, quindi, ritenuto non conforme al quadro comunitario la normativa nazionale italiana che non assicurava al ricorrente la possibilità di agire in giudizio *indipendentemente da ogni azione previa*, chiedendo l'emanazione di un *qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto*. La prescrizione scaturente dal dictum della Corte di Giustizia era inequivocabilmente diretta all'inserimento della tutela cautelare ante causam nell'ordinamento processuale amministrativo italiano, che era stato ritenuto carente sotto il profilo della accessibilità ad una tutela piena ed effettiva, avendo omesso lo Stato italiano di attuare l'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665. Secondo i giudici comunitari, la sollecita definizione dei ricorsi cautelari non era sufficientemente garantita dal procedimento incidentale previsto dall'art. 21, l. TAR, perché successivo o al massimo contestuale alla proposizione dell'impugnazione principale.

Ancora una volta, con le surriportate statuizioni il Collegio di Lussem-

burgo dimostra di non voler accettare compromessi o mediazioni con le dissonanti soluzioni processuali accolte negli Stati membri, ancorché avallate - come nel caso del nostro regime di tutela cautelare - dalle rispettive Corti costituzionali.

La soluzione fornita dalla Corte di Giustizia, da cui è poi conseguita l'obbligatoria introduzione nel nostro ordinamento processuale amministrativo della tutela cautelare *ante causam* (limitatamente al settore degli appalti pubblici) non è andata esente da critiche in dottrina (121), che ha tacciato l'indirizzo dei giudici comunitari come foriero di una eccessiva "comunitarizzazione" del processo amministrativo (122) e frutto di un formalismo del tutto inappropriato, specie quando la medesima questione è stata già esaminata dalla Corte costituzionale e dalle giurisdizioni superiori dello Stato membro coinvolto.

La pronuncia in parola (come si avrà modo di sottolineare nelle conclusioni della presente relazione) suggerisce una serie di interrogativi sul carattere effettivamente additivo del dibattito svolto in sede comunitaria sul tema della tutela cautelare rispetto all'analogo dibattito agitato in sede nazionale e se il primo conduca effettivamente ad acquisizioni ulteriori rispetto a quelle autonomamente conseguite nell'ambito del secondo.

In effetti, nell'imporre ai legislatori nazionali di prevedere nei rispettivi sistemi di giustizia amministrativa lo strumento della tutela cautelare *ante causam* la Corte di Giustizia sembra in contraddizione con la propria giurisprudenza sul principio di effettività della tutela, che non implica una visione letterale della normativa considerata, ma la valutazione, in termini esclusivamente effettuali, della sua capacità reale ("l'effettività", appunto) di soddisfare le esigenze di tutela degli interessati. Da questo punto vista, è consentito rite-

---

(121) In tal senso, si veda, da ultimo, CONTESSA, *op. cit.*, il quale definisce come "ancipite" l'approccio comunitario al tema della tutela cautelare, imponendo la Corte di Giustizia ai legislatori nazionali l'adozione dello strumento cautelare *ante causam* che risulta in sostanziale distonia con l'assetto positivo dello stesso ordinamento processuale comunitario, che non prevede un siffatto tipo di tutela contro gli atti delle Istituzioni comunitarie. Particolarmente puntuali sono i rilievi svolti, in proposito, da ROTIGLIANO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: molto rumore per nulla*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 10, 3400 e da VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 848 ss.

(122) L'osservazione è di CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, a cura di M.A. SANDULLI, suppl. al n. 12/2004 del *Foro amm. Tar*, 61; tale osservazione è riportata, adesivamente, da CORAGGIO, *La disciplina del contenzioso nel codice degli appalti (Relazione al Convegno tenuto a Napoli il 16 febbraio 2007 a cura della Seconda Università di Napoli)*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 3, 1210, il quale denuncia una "certa invasività dell'ordinamento comunitario nei confronti degli Stati membri" e da PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, *Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331.

nere che la tutela cautelare provvisoria monocratica, già prevista nel nostro ordinamento dall'art. 21, comma 9, l. TAR, risponde in modo completo alle istanze di effettività della tutela giurisdizionale. È un mezzo rapido e privo di formalità defatiganti. Si propone infatti con separata istanza notificata alle controparti (anche con utilizzazione dei nuovi mezzi di notifica in tempo reale), presupponendosi solo l'esistenza di un ricorso giurisdizionale anche contestuale (integrabile successivamente attraverso motivi aggiunti), comunque depositato, ed anche se non sia completato con la prova di tutte le notifiche, come è confermato indirettamente dall'espressa previsione della pronuncia di un decreto motivato da parte dell'organo monocratico investito dell'istanza, anche con contraddittorio non completo. Tale procedura cautelare sembra potersi qualificare come "sollecita" ed "urgente", poiché la misura provvisoria potrà sempre essere conseguita in un ridottissimo arco temporale, senza attendere l'assegnazione della causa ad una delle camere di consiglio programmate (e senza neppure dover dare prova, come detto, del completamento delle operazioni di notificazione).

Né l'esigenza di celerità nell'erogazione della tutela cautelare potrebbe essere frustrata nei casi di assenza od impedimento del presidente (del Tribunale amministrativo regionale o di una sua Sezione) al momento del deposito del ricorso o della separata (e successiva) istanza, atteso che il silenzio della norma sembra autorizzare una possibile sostituzione del presidente con altro magistrato (ad esempio, il più anziano) presente nell'ufficio, senza che occorra all'uopo una specifica delega.

Ai rilievi esposti si aggiunga che, come evidenziato in dottrina, il fondamento della tesi sostenuta della Corte di Giustizia non si rinviene nelle direttive del 2004, le quali si limitano a richiamare la direttiva ricorsi n. 665/89. "Conformemente" ad essa "gli Stati membri assicurano l'applicazione delle presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti" (artt. 81, direttiva 2004/18 e 72, direttiva 2004/17). Dunque, l'espressa previsione della tutela cautelare *ante causam* è frutto di una vera e propria opera interpretativa della giurisprudenza comunitaria citata (come le misure cautelari provvisorie introdotte nel 2000 sono il prodotto della giurisprudenza del T.A.R. Lombardia). Lo strumento della tutela cautelare *ante causam* non è direttamente contemplato nella direttiva ricorsi, che come già più volte ribadito non la richiede espressamente, né nelle nuove direttive del 2004, che a quella si limitano a rinviare; in quelle direttive "è solo previsto che la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici richiede un trattamento urgente delle violazioni delle norme comunitarie o nazionali di recepimento, senza alcuna specificazione degli strumenti confacenti" (123). Dal punto di vista stretta-

---

(123) CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, cit., 901; nello stesso senso, BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela ante causam*, cit., il quale evi-



mente letterale, le direttive ricorsi, lungi dall'esplicitare l'adesione al modello della tutela ante causam, prevedono semplicemente una tutela cautelare basata sulla "procedura d'urgenza" e sul canone di "massima sollecitudine" (artt. 2, par. 1, lett. a, delle direttive 665/89 e 13/92).

La direttiva ricorsi, cui la Corte di giustizia fa riferimento, è al riguardo quanto mai generica ed anzi la disposizione che si occupa dell'argomento potrebbe agevolmente indurre alla conclusione opposta poiché impone il riconoscimento di un potere "di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza le misure necessarie intese a riparare la violazione o ad impedire il prodursi di danni", rendendo così evidente la completa parificazione fra l'impedimento del danno (tramite lo strumento cautelare) e l'eliminazione di un danno già verificatosi (che presuppone una sentenza di merito).

Nella visione sostanzialistica della direttiva, dunque, non rileva il momento dell'intervento cautelare bensì l'ampiezza del relativo potere e la sua concreta efficacia. E a questi parametri è perfettamente rispondente il nostro processo cautelare dopo la riforma del 2000 (per tacere della giurisprudenza precedente), circostanza che la Corte di giustizia non ha verificato e che pure era stata ripetutamente evidenziata sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 179 del 2002) quando avevano entrambi ritenuto su questa base che non fosse necessario prevedere un tal genere di tutela ed il cui precoce e generalizzato inutilizzo nella pratica processuale ne palesa in modo evidente l'inessenzialità al fine di garantire pienezza ed effettiva di tutela giurisdizionale.

Non si è mancato, inoltre, di rilevare come il nuovo tipo di tutela costituisce una lesione ulteriore - dopo la cautela presidenziale introdotta dalla l. n. 205/2000 - alla tradizionale collegialità della giustizia amministrativa e rischia di squilibrare il delicato rapporto esistente tra il presidente e il collegio (124).

Peraltro, lo strumento della tutela cautelare *ante causam* perentoriamente imposto agli Stati membri dalla Corte di Giustizia non si rinviene in sede comunitaria, ove non vi è una tutela del genere. E' sufficiente richiamare, al riguardo, l'art. 83, paragrafo 1 del Regolamento di procedura innanzi alla Corte di Giustizia, il quale ammette la proponibilità di un'istanza cautelare innanzi

---

denzia che nessuna direttiva comunitaria afferma espressamente che la tutela cautelare debba essere assicurata indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito; CONTESSA, *op. cit.*; CORAGGIO, *op. cit.*; LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1169, il quale ritiene che la Corte di giustizia sembra avere in mente un tipo di tutela urgenza più simile a quella sommaria non cautelare che a quella preventiva; PAOLANTONIO, *op. cit.*, 332; ROTIGLAINO, *op. cit.*; VILLATA, *op. cit.*, 855, rileva che "l'affermazione secondo cui la direttiva in questione prevederebbe la facoltà di chiedere la misura interinale senza necessità della previa azione di merito è un'invenzione della Corte. Non ve n'è traccia nella direttiva".

(124) CORAGGIO, *op. cit.*

ai Giudici comunitari solo previa proposizione di un ricorso di merito (in tal modo evidentemente postulando l'inammissibilità di forme di tutela cautelare ante causam avverso gli atti delle Istituzioni e degli Organismi dell'Unione) (125). In sede comunitaria, dunque, l'esercizio dei poteri cautelari della Corte di Giustizia è espressamente subordinato alla instaurazione del ricorso nel merito (come si evince, tra l'altro, dal primo inciso dell'art. 242), essendo accolta in pieno la tecnica processuale che informa il nostro processo amministrativo. Se, quindi, a tali disposizioni si volesse attribuire una qualche valenza paradigmatica (si noti che la complessiva visione organizzativa perseguita dalla Corte di Giustizia guarda ai giudici dei singoli Stati come ad una sorta di "articolazione territoriale" della Corte medesima), non v'è dubbio che essa andrebbe ad indebolire, piuttosto che a rafforzare, le tesi invalse in seno alla giurisprudenza comunitaria.

Come esattamente osservato in dottrina, il terreno della tutela cautelare manifesta in modo evidente un approccio comunitario al tema delle tecniche processuali definito "a geometria variabile" (126), in base al quale il livello sia qualitativo che quantitativo degli strumenti di tutela cautelare che i Giudici comunitari impongono agli ordinamenti nazionali risulta ben diverso (ed assai più stringente) rispetto al livello di incisività che essi stessi realizzano quando vestono i panni di Giudici degli atti amministrativi delle Istituzioni comunitarie.

Comunque sia, occorre prendere consapevolezza del fatto che la giurisprudenza della Corte lussemburghese pone veri e propri principi del diritto comunitario, vincolanti per gli Stati membri: oramai la indefettibilità di una tutela cautelare ante causam è uno di questi, quantomeno nell'ambito degli appalti pubblici comunitari. Conseguentemente, per quanto possa sembrare che la soluzione italiana successiva alla novella del 2000 si facesse ampiamente carico delle esigenze di effettività/tempestività della tutela cautelare espresse dalle fonti sovranazionali, e che per tale motivo essa soddisfi in modo complessivamente appagante (come in fondo ha rimarcato la Consulta nel 2002) l'elevata domanda di "giustizia cautelare", la pronuncia della Corte di giustizia ha creato un vuoto legislativo, colmato dal Codice dei contratti pub-

---

(125) La disposizione in questione (inserita nell'ambito del capo rubricato "Della sospensione dell'esecuzione e degli altri provvedimenti urgenti mediante procedimento sommario") così recita: "La domanda, ai sensi degli articoli 242 CE e 157 del Trattato CEEA, per la sospensione dell'esecuzione di un atto di un'istituzione è ricevibile solo se il richiedente ha impugnato tale atto in un ricorso dinanzi alla Corte". In proposito, VILLATA, *op. cit.*, 854, osserva che "innanzi alla Corte di giustizia non è possibile chiedere una misura cautelare se non si sia instaurato il giudizio di merito, ed anzi la strumentalità, l'accessorietà e la provvisorietà della misura cautelare in funzione della pronuncia di merito conclusiva di un giudizio già pendente è motivo conduttore di tutta la giurisprudenza comunitaria sul tema".

(126) MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 46.

blici, con l'introduzione nel settore degli appalti pubblici dello strumento imposto dai Giudici comunitari.

10. *L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, introduce la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo.*

Tra le novità più significative introdotte dal Codice un ruolo di primo piano dev'essere assegnato alle disposizioni della IV parte, dettate in tema di tutela giurisdizionale. Ci si riferisce agli artt. 244-246, nei quali il Codice affronta il nodo gordiano del riparto di giurisdizione, disciplina gli strumenti di tutela giurisdizionale (o equiparati), che, in forza dei recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria, devono essere garantiti ai potenziali contraenti e, da ultimo, riscrive il regime processuale delle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi.

Le direttive 2004/17 e 2004/18 impongono agli Stati membri di garantire l'efficace tutela dei soggetti partecipanti a pubblici appalti, mediante il richiamo delle cc.dd. direttive ricorsi (89/665 e 92/13). Pertanto, il Codice, nel tentativo di ricercare una equilibrata composizione tra tutela degli interessi sostanziali che si pongono alla base della contrattazione pubblicistica ed esigenze di celerità nella definizione delle relative controversie, opera una sintesi ricognitiva dei vigenti strumenti di tutela contenziosi, precisando i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed introducendo, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria, la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo relativo agli appalti pubblici. In considerazione della estrema rilevanza degli interessi coinvolti, la codificazione della materia costituiva una ineludibile necessità, che il legislatore ha soddisfatto dettando un *corpus* normativo tutto sommato omogeneo, coerente con l'intento di fondo di fare degli appalti pubblici una materia davvero speciale, sebbene, com'è prevedibile, suscettibile di recare non pochi problemi applicativi sul versante della tutela cautelare *ante causam* (127).

---

(127) Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione del potere cautelare preventivo del giudice amministrativo prima della introduzione della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, si rinvia a GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in CARINGELLA - GAROFOLI - MONTEODORO, *Trattato di giustizia amministrativa, vol. II, Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 757 e ss.; in argomento, sempre prima dell'entrata in vigore del Codice, CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici, in Urb. e app.*, 2003, 885 ss.; CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineludibile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897; *id.*, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva* (a cura di Sandulli M.A.), Milano, 2005, 57; F. SAIITA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); GUIDARELLI, *I provvedimenti cau-*

A completamento delle disposizioni in tema di giurisdizione, il Codice, nell'art. 245, individua gli strumenti di tutela, sia ordinari che cautelari, introducendo (nei commi da 3 a 8) la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, indipendente dalla previa introduzione del giudizio di merito (in tal senso, appunto, *ante causam*) (128).

---

*telari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 727; LEONARDI, *La Corte di Giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 5, 1226; MARTINELLI, *Notazioni in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 3739; MINGATI, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo italiano ed ordinamento comunitario: problemi di effettività della tutela giurisdizionale avverso le procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 185; MORFINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e comunitario*, in *Trib. amm. reg.*, 2005, II, 213; PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000* (a cura di Sassani, Villata), Torino, 2001, 83 ss.; PICOZZA, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare dopo la legge n. 205/2000*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario* (a cura di Picozza), Padova, 2003; QUERZOLA, *Colpo d'ariete della corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 353; *id.*, *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)* (Nota a Corte di giustizia CE, sez. VI, 15 maggio 2003), in *Dir. proc. amm.*, 2004, 266 ss.; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004.

(128) Sull'argomento, i contributi editi successivamente all'entrata del Codice dei contratti pubblici sono già diversi: per una trattazione organica della disciplina di cui all'art. 245 del Codice, BUONVINO, *I nuovi mezzi di tutela cautelare. Relazione svolta al convegno "Il codice dei contratti un anno dopo", organizzato per il decennale della rivista Urbanistica e appalti*, Roma, 19 ottobre 2007, in [www.ildirittoepericoncorsi.it](http://www.ildirittoepericoncorsi.it); CORRADINO, *Il giudizio sui "settori sensibili" (art. 23 bis c.d. legge T.A.R. e disposizioni processuali inserite nel recente "Codice dei contratti")*, in *I riti speciali nel giudizio amministrativo* (a cura di Corradino, Dato), Torino, 2008, 332 ss.; DE CAROLIS, *La tutela giurisdizionale nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 1130 ss.; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, 500 ss.; *id.*, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 129 ss.; GAROFOLI, *Il contenzioso. La tutela cautelare ante causam*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI, VI, 2008, Milano, 3999 ss.; MADDALENA, *Giurisdizione e norme processuali (artt. 244-246)*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di Sanino), Torino, 2006, 681 ss.; MEZZOTERO, *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela nel codice degli appalti*, in *Commentario al Codice degli appalti* (a cura di Saitta), Padova, 2008, 1249 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, IV, Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 185 ss.; TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del codice degli appalti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

In argomento, tra gli ulteriori contributi si segnalano: ARDIZZI, *La tutela cautelare ante causam alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, 1, parte IV, 39 ss.; CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità. Relazione svolta al convegno "Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici"*, organizzato dall'Ordine degli avvocati di Messina, 19 aprile 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); DE GIOIA, *La tutela cautelare ante causam nel nuovo codice dei pubblici appalti: il procedimento inaudita altera parte e l'istruzione probatoria*, in [www.nel-diritto.it](http://www.nel-diritto.it); FRENI, *Sulla tutela cautelare ante causam. Brevi note a margine dell'art. 245 del Codice degli appalti*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 2087; C.E. GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); GAVERINI, *La giurisdizione del giudice*

Si tratta, è bene evidenziarlo fin da subito, di uno strumento di tutela ulteriore e settoriale (129), che si aggiunge a quelli già contemplati dal sistema processuale generale, in vista della piena attuazione dei principi del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale. L'imposizione da parte della Corte di Giustizia di una forma di tutela cautelare *ante causam*, ossia "preventiva" o "pura" (che non accede al ricorso introduttivo, né è formulata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato esclusivamente sulla valutazione della sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura richiesta) viene ad incidere su di un tessuto normativo già apertosi all'atipicità in materia cautelare, grazie all'intervento della legge n. 205/2000, ma in ogni caso ancorato alla necessità della previa instaurazione del giudizio di merito, attraverso la notifica ed il deposito del ricorso (art. 21, comma 8 e 9, l. n. 1034/1971).

Il carattere aggiuntivo dello strumento introdotto dal Codice trova conferma nel rilievo che, nell'ambito delle controversie indicate dall'art. 245, comma 1, d.lgs. 163/2006, sono attivabili anche i congegni cautelari *post causam* già previsti dalla vigente disciplina processuale. L'art. 245, comma 2, d.lgs. 163/2006, infatti, prevede espressamente l'applicabilità della tutela cautelare collegiale, di quella monocratica e delle misure cautelari provvisorie proprie del rito accelerato di cui all'art. 23 bis, l. n. 1034/1971. Opera, altresì, il rimedio della sospensione della sentenza su istanza di parte in grado di appello *ex art.* 33, comma 3, l. n. 1034/1971, nonché quello della c.d. ottemperanza cautelare previsto dall'art. 21, comma 14, l. n. 1034/1971. La misura cautelare *ante causam*, pertanto, è soltanto uno dei possibili rimedi invocabili dal soggetto legittimato al ricorso; ne segue il suo carattere facoltativo, trattandosi di uno strumento (settoriale) che si aggiunge a quelli che già fanno

---

*amministrativo in materia di appalti e le forme di tutela, anche cautelare, nel codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006): spunti di riflessione*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 11, 3554; MAIMONE, *La tutela cautelare ante causam nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Rass. avv. St.*, 2006, IV, 334 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, IV, Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331; ROTIGLIANO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: molto rumore per nulla*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 10, 3400; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit; F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*. Relazione alla Giornata di studio su: "Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni" - Lamezia Terme, 18 maggio 2006, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice De Lise)*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3375, e in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

(129) La relazione che accompagna il Codice evidenzia, al riguardo, la sussistenza della delega legislativa ad introdurre la tutela cautelare *ante causam* nel processo relativo ai pubblici appalti, in quanto la legge delega prevede il recepimento delle direttive 2004/18 e 2004/17; sia la direttiva 2004/17 che la direttiva 2004/18, rispettivamente agli artt. 72 e 81, impongono agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle direttive medesime con meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, in conformità alle cc.dd. direttive ricorsi (direttiva 1989/665 per lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, direttiva 1992/13 per lavori, servizi e forniture nei settori speciali).

parte del sistema processuale (generale).

La disciplina della tutela *ante causam* per gli appalti, imposta all'Italia solo per gli appalti sopra soglia, è stata estesa dal Codice anche alle controversie relative agli appalti sotto soglia; tale scelta, sicuramente da condividere, sotto il profilo dell'uniformità di disciplina processuale assicurata alla materia dei pubblici appalti, a prescindere dal loro importo, pur sollevando alcuni dubbi di legittimità costituzionale - sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3, 24 e 113 Cost.), stante l'assenza di un'analogia disciplina per tutte le altre controversie devolute ai giudici amministrativi (130) - può costituire un valido banco di prova al fine di un futuro riconoscimento generalizzato della tutela preventiva nel processo amministrativo, al pari di quanto avviene nel processo civile. Si parla, in proposito, di c.d. effetto *spill over* (131), il quale si realizza quando la regola processuale imposta dalla Corte di Giustizia trascende l'originario ambito oggettivo di applicazione ed è estesa alle situazioni giuridiche di rilievo interno da questa non contemplate (132).

Se è vero che la disparità dei rimedi processuali non può essere giustificata in ragione del rilievo comunitario di alcune di tali controversie (133), a

---

(130) Il rilievo è stato da subito formulato dalla dottrina: F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., il quale in proposito auspica che “*il problema, se l'innovazione produrrà (...) una sorta di effetto volano, potrebbe essere risolto attraverso un ulteriore intervento legislativo inteso a generalizzare il nuovo strumento di tutela*”. Occorre ricordare che la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato nel parere del 6 febbraio 2006, n. 355/2006, reso sullo di d.lgs., ha invitato l'Amministrazione a valutare l'opportunità di assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere l'estensione della tutela cautelare *ante causam* alla generalità dei casi di giurisdizione amministrativa; tale iniziativa, però, almeno allo stato, non ha avuto seguito.

(131) La lett. f) del comma 2 dell'art. 44, l. n. 69/2009, contenente la delega per la riforma del processo amministrativo, prevede la possibilità di generalizzare la tutela cautelare *ante causam*. La prevista generalizzazione dell'istituto, al di là delle materie già contemplate dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, è stata poi attuata con l'art. 73 della bozza provvisoria del Codice del processo amministrativo (in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 2/2010, con annotazioni di LIBERATI), su cui si rinvia al lavoro di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*.

(132) Sul punto, BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., 128; CARANTA, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1996, 451; DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in europa fra integrazione e diversità*, cit. 28; PROTTO, *L'effettività di tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, 1997, 5; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 30; *id.*, *Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1113.

(133) In tal senso M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici*, cit., la quale precisa che “*una tale disparità di trattamento rispetto alla disciplina processuale applicabile a fattispecie prive di rilievo comunitario contrasta con i principi costituzionali in tema di uguaglianza e di diritto di difesa. È pertanto auspicabile che il legislatore intervenga sollecitamente a disciplinare il rimedio ante causam in generale o che, quanto meno, i giudici amministrativi sottopongano in tempi brevi la questione alla Consulta*”. Della stessa opinione è TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., che richiama il parere reso dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato nell'adunanza del 6

superare il sospetto di incostituzionalità può valere il rilievo che non si tratta di una normativa che reca una *deminutio* di tutela, ma che l'accresce (sia pure in via solo teorica), in vista della successiva estensione del rimedio ad altri settori dell'ordinamento.

Al riguardo, sebbene parte della dottrina abbia prospettato la necessità di introdurre la tutela cautelare *ante causam* anche nel contenzioso che esula dalla materia degli appalti pubblici (134), sembra preferibile aderire alla soluzione restrittiva sostenuta da coloro i quali ritengono che tale forma di protezione debba restare circoscritta all'ambito oggettivo di applicazione imposto dalla Corte del Lussemburgo (135).

In senso contrario alla generalizzazione della tutela cautelare *ante causam*, si svolgono, in dottrina, le seguenti argomentazioni:

- il legislatore non è obbligato ad assicurare in favore di tutte le situazioni giuridiche soggettive le medesime forme di tutela giurisdizionale, in quanto, nella regolamentazione degli istituti processuali e nella previsione di forme di tutela differenziate questo gode di una ampia discrezionalità, da esercitare nei limiti della ragionevolezza, con riguardo alla particolarità del rapporto dedotto in giudizio (in tal senso, peraltro, si era espressa la Corte costituzionale con la citata ord. 10 maggio 2002, n. 179);

- la tempestività e la effettività della tutela cautelare sono egualmente garantite dal complesso delle disposizioni processuali di matrice interna, così come riformate a seguito della l. n. 205/2000 (Corte cost., ord. 10 maggio 2002, n. 179);

- per principio generale dell'ordinamento, ogni azione cautelare, anche *ante causam*, presuppone sempre l'accertamento del *fumus boni iuris*, non potendosi fondare su mere esigenze di celerità funzionale;

- ammettendo che la tutela cautelare *ante causam* si fondi su mere esigenze di celerità funzionale, allora il decreto cautelare *ex art.* 245, d.lgs. n. 163/2006 costituirebbe uno strumento del tutto assimilabile al decreto presi-

---

febbraio 2006, che invitava ad *assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa.*

(134) In tal senso, CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 453; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit.; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit.; *id.*, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, cit.

(135) BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela ante causam*, cit.; CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897 ss.; *id.*, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva uniformazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo, tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 57 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, cit., 331 ss.; VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit.

denziale *inaudita altera parte* previsto in linea generale dalla legge TAR, considerato che, proprio come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 21, comma 9, da un lato, occorre un atto che comunque sia notificato e depositato; dall'altro, sull'istanza del privato provvede sempre il Presidente o un altro giudice monocratico da questo designato.

Già all'indomani della pronuncia della Corte di giustizia del 2004 concernente l'ordinamento italiano, la giurisprudenza circoscriveva il vincolo scaturente dalla giurisprudenza comunitaria alla sola materia degli appalti sottoposta alla disciplina comunitaria o, al più, alle situazioni giuridiche soggettive comunitarie (136). Allo stato attuale della legislazione, dunque, in mancanza di un intervento legislativo estensivo (auspicabile o meno che sia), al di fuori dell'ambito degli appalti pubblici comunitari o, al più, delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria, un ricorso volto ad ottenere una tutela cautelare "preventiva" o "pura", vale a dire scissa dal giudizio di merito, è inammissibile, in quanto rappresenta un rimedio non previsto in via generale nell'ordinamento processuale amministrativo. Si consideri, peraltro, che risponde ad un principio generale costantemente confermato che l'estensione al processo amministrativo di istituti di diritto processuale civile è ammissibile solo in presenza di una espressa previsione legislativa, che manca per il procedimento cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. (137).

Quanto all'ambito applicativo della tutela cautelare *ante causam* prevista dall'art. 245, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, si discute se il nuovo strumento di tutela si riferisca alle *materie elencate nello stesso art. 245, comma 1, o alla materia delle procedure di affidamento come contemplata dall'art. 23 bis, l. n. 1034/1971*, il cui rito è espressamente richiamato.

L'art. 245, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, si riferisce agli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal codice degli appalti, nonché ai provvedimenti dell'Autorità. Tuttavia, l'art. 23 bis, l. n. 1034/1971, nel contemplare il rito speciale per le procedure di affidamento, lo estende anche agli atti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle opere pubbliche e di pubblica utilità cui si riferiscono le procedure di affidamento. Se si riferisce la tutela *ante causam* alla materia "*procedure di affidamento*" in senso stretto, come prevista dall'art. 245, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, la stessa non può essere invocata in relazione alle strumentali procedure espropriative. Se si riferisce, invece, la tutela *ante causam* alla ma-

---

(136) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 luglio 2004, n. 7550, in *Foro amm. Tar*, 2004, 2232, con nota di MARTINELLI, *Notazioni in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, che ha ritenuto inammissibile una domanda cautelare *ante causam* proposta dalla Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. per l'iscrizione al torneo di calcio professionistico di serie B per l'anno 2004/2005.

(137) Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374, in *Foro amm. CdS*, 2006, 4, 1201; *id.*, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2242.



teria “*procedure di affidamento*”, come contemplata dall’art. 23 *bis*, l. n. 1034/1971, con estensione alle strumentali procedure espropriative, allora anche per queste ultime sarebbe ammissibile la tutela *ante causam* (138).

Al riguardo, pare preferibile la tesi secondo cui la tutela cautelare *ante causam* è da riferirsi esclusivamente alle materie di cui all’art. 245, comma 1, del Codice, poiché il richiamo all’art. 23 *bis*, l. TAR vale soltanto ad indicare il rito applicabile alle controversie in tema di appalti e non anche ad individuare ulteriori materie nelle quali si possa proporre istanza per l’adozione di misure interinali e provvisorie *ante causam*; ulteriore conferma in tal senso sembrerebbe potersi trarre dal fatto che il comma 3 - introduttivo della tutela cautelare *ante causam* - non fa riferimento alcuno (come pure i commi successivi) all’art. 23 *bis*, ma solo all’art. 21, commi 8 e 9, l. TAR (139).

### *11. La strumentalità della tutela cautelare quale postulato inabdicabile e non sacrificabile in nome della rapidità della risposta giurisdizionale*

Prima di valutare quale possa essere l’impatto pratico della nuova forma di tutela cautelare introdotta dall’art. 245 del Codice e se effettivamente - come pare doversi escludere - contribuisca ad un reale accrescimento di tutela, occorre premettere che la tutela cautelare (nel suo complesso considerata), solo in via prima approssimazione può costituire una forma rapida di soddisfazione delle esigenze di giustizia del cittadino: altro è la celere definizione dei giudizi nel rispetto del principio comunitario (ora costituzionalizzato all’art. 111) della ragionevole durata dei processi, altro è la concessione di una misura provvisoria e interinale, ad efficacia temporalmente limitata (*arg. ex art. 245, comma 6*), inidonea a definire l’assetto di interessi sotteso alla domanda giudiziale.

Non appare condivisibile l’opinione secondo cui l’effettività della giustizia amministrativa è garantita dalla tempestività (alla stregua del principio “*si faccia presto, indipendentemente se bene o male*”), dovendosi, per tale ragione, potenziare gli strumenti di tutela cautelare che incidono sul fattore tempo (140).

Né è condivisibile la tesi che, muovendosi nell’ottica del giudizio sul rapporto, ritiene che il modello di tutela cautelare imposto dalla Corte di Giustizia potrebbe identificare lo strumento atto a consentire la definitiva risoluzione della *res litigiosa*, senza che sia necessario instaurare e/o attendere l’ordinario giudizio a cognizione piena, ma stimolando l’esercizio del potere di autotutela

(138) Sul punto, DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 142.

(139) In tal senso, BUONVINO, *op. cit.*; CAPOGNA, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice degli appalti*, Ipsa, 2007, 1759.

(140) DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, nel nuovo assetto della tutela dettato dall’art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, 24.

della pubblica amministrazione resistente (141).

Né, ancora, convince il tentativo, compiuto in dottrina, di espandere *sic et simpliciter* al processo amministrativo l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare avvenuta nel processo civile (art. 669 *octies*, comma 6, 7 e 8; art. 669 *nonies*) e societario (art. 23, commi 1-4; art. 24, comma 3, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) a seguito delle recenti riforme, sostenendo che al processo amministrativo possa analogicamente trovare applicazione la regola della facoltatività della introduzione del giudizio di merito, che potrebbe essere sostituito dalla definizione in sede cautelare del rapporto controverso (142).

Orbene, non v'è dubbio che l'estensione del modello processual-civile di c.d. strumentalità attenuata al processo amministrativo finirebbe per far trasformare sostanzialmente la tutela cautelare d'urgenza in una forma di tutela sommaria, in quanto tale anche autonoma rispetto alla decisione di merito (143). Com'è noto, la tutela sommaria non cautelare consente al giudice di giungere velocemente alla definizione della lite sulla base di una cognizione celere ed, eventualmente, incompleta; inoltre, il rito speciale (sommario) ha l'attitudine a definire il giudizio eventualmente attraverso una decisione anticipata (riduzione dei termini, ecc.) oppure assunta allo stato degli atti (144). Dalla tutela sommaria quella cautelare si distingue: sul piano funzionale, per essere al servizio della tutela principale;

---

(141) La tesi è sostenuta da VERCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(142) Al riguardo, VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale ipotizza la possibilità di una sostanziale estensione giurisprudenziale (in mancanza di specifici interventi del legislatore) del principio di strumentalità attenuata del nuovo processo civile alla multiforme tipologia di processi che caratterizzano il nostro ordinamento ed in particolare, al processo amministrativo che costituisce certamente il campo di intervento più "vicino" al diritto processuale civile e interessante in una prospettiva di uniformazione dei diversi riti processuali; di analogo avviso, sia pur in modo dubitativo, è GOISIS, *op. cit.*; nonché ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 78 secondo cui la perdita del carattere strumentale della tutela cautelare nel processo amministrativo costituisce una evoluzione insita nel nostro sistema di giustizia amministrativa.

(143) GAVERINI, *op. cit.*, esprime un giudizio favorevole alla trasformazione della tutela cautelare *ante causam* in una forma di tutela sommaria, dovendosi consentire la progressiva emancipazione della fase cautelare *ante causam* rispetto al vero e proprio giudizio di merito, così come è già avvenuto per i provvedimenti positivi di cui all'art. 669 *octies*, c.p.c., rimettendo alle parti interessate la possibilità di instaurare un vero e proprio giudizio di merito qualora abbiano ragione di sostenere l'esistenza di valide motivazioni a supporto della loro posizione giuridica. Ciò che, ammette lealmente l'A., imporrebbe di interpretare il requisito del *fumus boni iuris* in modo più rigoroso, poichè "necessariamente l'accertamento della presumibile fondatezza dell'istanza dovrebbe essere effettuato con maggior rigore e più specifica attenzione".

(144) Sulla distinzione tra tutela cautelare e tutela sommaria (non cautelare), MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 593; sul punto, si veda, MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 952.

su quello giuridico-formale, per non avere l'attitudine a comporre definitivamente il conflitto di interessi; ed infine, per avere come presupposto una situazione di *periculum in mora*, invece non richiesta per la tutela sommaria, che procede celermente a prescindere da una concreta situazione di pericolo, grave e irreparabile.

Se sul piano della finalità perseguita tutela cautelare e tutela sommaria sembrano avvicinarsi notevolmente, atteso che proprio la speditezza del rimedio accomuna queste forme di tutela differenziata generalmente unificate nella categoria della "tutela d'urgenza", tuttavia, è evidente nella tutela sommaria la finalità è solo quella di consentire al giudice di pervenire il più rapidamente possibile alla definizione della controversia, mentre nella tutela cautelare la celerità rimane strumentale ad un accertamento definitivo a cognizione piena.

Poste queste premesse, non pare ragionevole assumere che, in nome di esigenze di immediatezza e rapidità della tutela giurisdizionale, ci si possa accontentare di una cognizione superficiale (quale quella propria della tutela cautelare), destinata tendenzialmente (*rectius*: facoltativamente) a sostituire la decisione di merito nella logica della strumentalità attenuata del processo civile, che si vorrebbe trapiantare nel processo amministrativo a vantaggio della prontezza della decisione. Una tale soluzione, per il processo amministrativo, non sarebbe rispondente al principio di effettività della tutela giurisdizionale e di tutela del contraddittorio, non potendosi abdicare la regola che impone di considerare il provvedimento cautelare accessorio e strumentale rispetto alla successiva tutela impugnatoria, che deve essere tempestivamente richiesta. Come si esaminerà in prosieguo, il Codice dei contratti si muove in quest'ottica, discostandosi dalle suindicate tendenze del processo civile (art. 669 *octies* c.p.c.), ove si è riconosciuta la possibilità per la tutela cautelare anticipatoria di mantenere la propria efficacia, ancorché non di giudicato, anche nel caso in cui il giudizio di merito non venga proposto.

Il mantenimento della regola della necessaria strumentalità e non autosufficienza della misura cautelare, che si connota nelle intenzioni del legislatore come una misura *ad tempus* e non in grado di produrre effetti irreversibili sulla vicenda controversa, è senz'altro da condividere, ove si tenga conto che nel sistema sostanziale e processuale amministrativo non è consentito che un provvedimento della pubblica amministrazione rimanga, *sine die*, in condizione di sospensione, anche quando questo permanere sia conseguenza di una scelta della parte pubblica. Non si potrebbe ammettere, perciò, che un provvedimento cautelare (in quanto tale a cognizione superficiale, emesso sulla base di un giudizio di probabilità e verosimiglianza e per di più reso *inaudita altera parte*) del giudice amministrativo possa permanere senza limiti di tempo, in quanto non connesso ad un giu-

dizio di merito che, prima o poi, dovrà comunque essere concluso (145). La situazione di incertezza, allorché si sia in presenza dell'esercizio della funzione amministrativa, è comunque apprezzata dal legislatore in modo negativo, tanto se si fa valere un interesse legittimo oppositivo quanto se si fa valere un interesse legittimo pretensivo. In ciò consiste la specificità del processo amministrativo, che impedisce la meccanica trasposizione della regola processualcivile di c.d. strumentalità attenuata, che trova una sua logica (anche deflattiva) nelle controversie tra privati.

La conclusione raggiunta nel Codice dei contratti, del resto, è corretta anche perché, in materia, non sarebbe possibile opporre al provvedimento cautelare senza termine il rimedio che viceversa è consentito nel processo civile. Nel processo civile, com'è noto, infatti, il soggetto destinatario di un provvedimento cautelare anticipatorio, nel caso in cui il giudizio di merito non sia stato tempestivamente avviato, ha comunque la possibilità, che gli è riconosciuta in giurisprudenza, di proporre un giudizio di accertamento negativo, al fine di far accertare che la controparte non è titolare del diritto in relazione al quale ha chiesto la cautela.

Nel processo amministrativo, un meccanismo del genere non sarebbe attivabile in tutti i casi in cui la tutela cautelare è rivolta nei confronti di un provvedimento, perché, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, non si ritiene ammissibile il giudizio di accertamento a tutela di interessi legittimi. Il che significa che, in questa situazione, il provvedimento del giudice avrebbe un effetto a tempo indeterminato, non essendo consentito all'amministrazione di intervenire in proposito se non adeguandosi espressamente (e perciò con degli effetti che sono, dal punto di vista generale, ancora più criticabili rispetto a quelli introdotti dalla legge n. 168 del 2005 nel caso di provvedimenti cautelari nei procedimenti di abilitazione professionale).

Soltanto parziale sarebbe la possibilità di un rimedio costituito dal ricorso in sede giurisdizionale nei confronti del provvedimento che l'amministrazione abbia adottato in attuazione della tutela cautelare nell'ipotesi in cui questa tutela imponga un riesame, posto che, da un lato, in questo caso la possibilità di

---

(145) In questi termini, GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, cit.; nello stesso senso, M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit., la quale esprime favore per la scelta del Codice di confermare la non autosufficienza della misura cautelare, in considerazione della "rilevata peculiarità del processo amministrativo ed evidentemente degli interessi ivi coinvolti"; tali considerazioni sono riprese dall'A. nel successivo scritto *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.; della stessa opinione è PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui "l'istanza cautelare ante causam di cui al Codice dei contratti pubblici non ripete nulla dei principi affermati dalla dottrina processualcivile in materia di tutela cautelare c.d. uniforme: l'istituto del Codice sui contratti pubblici non presenta, in alcuna delle accezioni che la dottrina ha elaborato nei decenni, da Calamandrei in avanti, alcuno dei profili di autonomia e strumentalità che essa tutela deve presentare".

ricorso non potrebbe essere riconosciuta all'amministrazione e, dall'altro, che il provvedimento amministrativo conforme all'ordinanza cautelare non potrebbe che essere considerato, in sé, legittimo.

L'accessorietà della tutela cautelare amministrativa rispetto al merito del giudizio è perciò da considerare non rinunciabile in nome di esigenze di celerità della risposta giurisdizionale. Del resto, in una materia, quale quella dei contratti pubblici, il reale bisogno di giustizia del cittadino si appunta non già sulla tutela cautelare, ma nella pronta definizione del merito, cui consegue la conformazione della successiva azione della stazione appaltante, che il rito accelerato disciplinato dall'art. 23 *bis*, l. n. 1034/1971 aveva inteso garantire. Invero, l'obiettivo della celere definizione dei giudizi, che assicuri al contempo una piena e soddisfacente tutela delle situazioni giuridiche dedotte in causa, è meglio perseguibile, ove possibile, attraverso una razionale riduzione dei tempi processuali, anziché attraverso l'ampliamento delle tecniche di tutela interinale. In sostanza, come acutamente sottolineato dai primi commentatori del nuovo sistema di tutela cautelare preventiva (146), *“la ragionevolezza (n.d.r.: dei tempi processuali) è forse più figlia della semplicità (del rito), che della (sua) velocità”*.

Le esigenze di speditezza vanno sempre temperate con la necessità di garantire una risposta giudiziaria qualitativamente adeguata, frutto di una ponderazione dei diversi interessi, rispettosa del principio del contraddittorio (che va maggiormente garantito quando sono in gioco interessi pubblici) e non limitata nel proprio svolgersi dall'impellente obbligo di dar luogo ad una pronuncia celere e molte volte, proprio perché tale, affrettata.

L'incompatibilità tra la riduzione dei tempi processuali e la concessione di rimedi cautelari è ben dimostrata dalla tendenza normativa a rendere più rigorosi i presupposti per la concessione delle misure cautelari in proporzione alla riduzione dei tempi previsti per la definizione del giudizio nel merito. Esempio è, in proposito, l'art. 14, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (ora refluato nell'art. 246, comma 3, del Codice), che impone al giudice della cautela di valutare non solo l'irreparabilità e l'imminenza del pregiudizio del ricorrente, ma anche il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera strategica, introducendo così una formula che sostanzialmente inibisce l'emissione di una qualsiasi misura cautelare, in quanto sconta in radice un giudizio di valore tutto sbilanciato in favore dell'interesse pubblico, non casualmente definito “preminente”; sicché, in tal caso, è consentito ritenere che una misura cautelare potrebbe essere concessa solo in ipotesi di contrapposizione con diritti individuali costituzionalmente protetti e afferenti, ad esempio, alla salute del ricorrente.

---

(146) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

*12. I profili comuni e differenziali della tutela cautelare ante causam disciplinata dall'art. 245 del Codice rispetto alla tutela cautelare ante causam civile*

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 *inaudita altera parte*, della non impugnabilità del provvedimento negativo e dei rimedi, azionabili anche d'ufficio, avverso il provvedimento di interinale e provvisorio di accoglimento)(147).

Del resto, la stessa relazione che accompagna il Codice, dopo aver premesso che per tutela cautelare *ante causam* s'intende l'ipotesi in cui una parte chiede la tutela cautelare prima di proporre il ricorso di merito, aveva rilevato la necessità che siffatto meccanismo venisse adeguato alle 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 pretermessi dalla gara, avesse anche una funzione latamente deflattiva del contenzioso, istituendo una sorta di primo filtro, utile a scoraggiare appelli alla giustizia con finalità meramente dilatoria. Tuttavia, come si dirà in sede conclusiva, dell'effettiva idoneità del rimedio congegnato dal Codice a garantire il conseguimento di siffatti obiettivi v'è da dubitare.

La disciplina del rimedio dettata dal Codice è, dunque, solo in parte mutuata da quella processualciviltistica (148).

Quanto ai profili comuni al corrispondente rimedio civilistico, si osserva, schematicamente, che:

- la domanda cautelare dev'essere esaminata da un giudice monocratico (presidente o suo delegato)(149);

---

(147) La disciplina del rito cautelare nel processo civile prevede, infatti, una prima ipotesi - che può dirsi ordinaria - in cui l'istanza cautelare è decisa dal giudice con ordinanza, in seguito all'instaurazione del contraddittorio mediante la convocazione delle parti in un'apposita udienza. La seconda ipotesi è, invece, quella della misura cautelare resa prima dell'instaurazione del contraddittorio, nel caso in cui la preventiva convocazione della controparte possa "*pregiudicare l'attuazione del provvedimento*" (*inaudita altera parte*). In tale evenienza, il giudice concede, se del caso, la misura cautelare richiesta con decreto motivato, fissando contestualmente, entro un termine non superiore a 15 giorni, l'udienza di comparizione delle parti ed assegnando all'istante un termine perentorio (non superiore a 8 giorni) per la notificazione della domanda cautelare e del decreto. A tale udienza, il giudice, nel contraddittorio tra le parti, provvede con ordinanza confermando, modificando o revocando le misure in precedenza adottate. Come si vede, il contraddittorio è soltanto posticipato. Si veda l'art. 669 *sexies*, commi 1 e 2, c.p.c.

(148) Sul punto, cfr., PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo*, cit.

(149) La relazione di accompagnamento al Codice, elencando le disposizioni mutate dal processo civile, parla espressamente di profili disciplinatori (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies* c.p.c.) da adattare

- l'istanza cautelare *ante causam* va proposta al giudice competente per il merito (art. 669 *ter*), onde evitare che il richiedente possa scegliersi il giudice della cautela;

- il giudice monocratico provvede o in forma decretale (*inaudita altera partem*) oppure con ordinanza (nel contraddittorio tra le parti), se l'urgenza lo permette (art. 669 *sexies*);

- il giudice monocratico provvede senza formalità, potendo comunque compiere gli atti di istruzione indispensabili (art. 669 *sexies*);

- con il provvedimento cautelare il giudice fissa un termine per la notifica alle altre parti del medesimo provvedimento (art. 669 *sexies*);

- il provvedimento cautelare è revocabile e modificabile dal giudice che lo ha emesso (art. 669 *decies*).

La specificità del processo amministrativo, diversamente da quanto previsto per la domanda cautelare *ante causam* nel processo civile (art. 669 *sexies*, comma 1 e 2), ha consigliato ai codificatori di introdurre un modello di tutela cautelare esclusivamente *ante causam*, ma non anche *inaudita altera parte*, nel senso processual-civilistico del termine, fondato cioè sull'accesso immediato al giudice, salva successiva notifica alle altre parti del ricorso introdotto, con il calce il decreto di fissazione dell'udienza o, direttamente, il decreto contenente la misura cautelare nei casi di maggiore ed indilazionabile gravità.

Il comma 4 dell'art. 245, 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).

Il concetto di *inaudita altera parte*, nella tutela cautelare preventiva amministrativa (al pari, tuttavia, di quanto già accade per le misure provvisorie di cui al comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, ai sensi del quale, 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*"), 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 (solo questa e non anche, ovviamente, l'intero ricorso) è stata previamente notificata (che, quindi, è al corrente, quantomeno in astratto, che

---

al processo amministrativo.

Sui poteri monocratici del giudice di primo grado si veda BURICELLI, *Il giudice amministrativo monocratico di primo grado: riflessioni su ipotesi di riforma*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

è stato incardinato un procedimento cautelare che lo riguarda). In tal modo, i contraddittori avranno la possibilità, se lo ritengano e compatibilmente con la ristrettezza dei tempi imposta dall'urgenza di provvedere, di contraddire prima dell'adozione del provvedimento cautelare.

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 (150).

Tali argomentazioni non convincono una parte della dottrina (151), la quale non ha mancato di rimarcare che l'obbligo della previa notifica dell'istanza riduce il valore della tutela *ante causam*, 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*. In questo senso si rimarca come l'esigenza di eccezionale necessità ed urgenza non può non consistere nella difficoltà di notifica dell'istanza ante causam, sicché averla imposta vanificherebbe le esigenze di celerità ed immediatezza della tutela sottese alla introduzione del rimedio (152).

Questa soluzione, tra l'altro, avrebbe dato un senso all'obbligo, contemplato dal comma 6 dell'art. 245 e 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). Per di più, si sottolinea che l'imposizione dell'onere della pre-

---

(150) In tal senso M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice de Lise)*, cit.

(151) DE GIOIA, *op. cit.*; FRENI, *op. cit.*; PAOLANTONIO, *op. cit.*; PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008.

(152) PAOLANTONIO, *op. cit.*; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 157, evidenzia che "la strana prescrizione di un obbligo di previa notifica dell'istanza cautelare non pare in linea con quanto ipotizzato nel terzo comma, dato che l'interessato alla misura cautelare ante causam, mentre in un certo senso è sollevato dall'onere della previa notifica del ricorso, deve trovare, comunque, il tempo per previamente notificare l'istanza cautelare medesima".



via notificazione dell'istanza finisce per assimilare, dal punto di vista pratico, l'istanza di tutela cautelare *ante causam* al decreto presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, sicchè ci si chiede quale sia, in concreto, la novità introdotta dall'art. 245 del Codice, che continua a prevedere la notifica dell'istanza alle parti necessarie.

In ogni caso, al di là delle ragioni di fondo e pur consapevoli della pertinenza delle suesposte obiezioni, la scelta del legislatore di mantenere fermo l'obbligo della notifica dell'istanza all'amministrazione ed al controinteressato (153) appare, ad avviso di chi scrive, pienamente coerente con la necessità di garantire, comunque, nel processo amministrativo la regola generale e fondamentale del contraddittorio, non potendosi l'amministrazione considerare una parte eguale alle altre, che dev'essere posta in grado (se lo riterrà) di rappresentare i propri interessi, anche con funzione di ausilio al giudice, chiamato ad intervenire in tempi ristrettissimi (154). Non è, del resto, da porre in discussione che - come rilevato dalla relazione di accompagnamento al Codice - la fase della notifica non richiede tempi incompatibili con la tutela *ante causam*.

Infine, a sostegno della correttezza della soluzione scelta dal Codice, non va trascurato che, diversamente dal processo amministrativo, l'esigenza di fondo che il processo civile (art. 669 *sexies*, comma 2) intende soddisfare legittimando l'adozione del provvedimento *inaudita altera parte* è quella di garantire l'effettività della misura cautelare in tutti quei casi in cui l'attuazione del contraddittorio, anticipatamente rispetto all'adozione del provvedimento, potrebbe mettere la controparte in condizione di compiere atti di disposizione (anche materiale) di beni su cui il provvedimento medesimo è destinato ad incidere. E' ovvio intendere che una tale esigenza nemmeno teoricamente potrebbe prospettarsi nel settore dei pubblici appalti.

Tenute ferme le ragioni d'ordine sistematico che impongono anche in tale fase di garantire il contraddittorio formale, dal punto di vista pratico, sorge il problema se, a tal fine, si renda necessario fornire al giudice prova del perfezionamento (per entrambe le parti) del procedimento di notificazione ovvero sia sufficiente la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, eventualmente anche procedendo alla notificazione ai sensi della l. 21 gennaio 1994, n. 53, che autorizza la notifica a mezzo posta al difensore munito di procura (155).

---

(153) E' da ritenere, al riguardo, che valga la regola dell'art. 21, comma 1, legge T.A.R., sicchè è sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, la notifica ad almeno uno dei controinteressati, fatto salvo il potere del giudice di ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati, ove tale incombente risulti compatibile con la situazione di urgenza dedotta dal richiedente la misura.

(154) Su questi profili, con riferimento all'analogia misura cautelare presidenziale *ex art. 21*, comma 9, l. TAR si vedano le condivisibili osservazioni di LUMETTI, *op. cit.*

(155) L'applicabilità delle disposizioni di cui alla l. n. 53 del 1994 per le notifiche da eseguire

In questo secondo caso è ovvio che il contraddittorio non sarebbe integro e la funzione garantista della norma andrebbe sostanzialmente vanificata; sicchè appare preferibile il diverso orientamento che impone di provare l'avvenuta notifica (156). Tale impostazione trova, del resto, conforto nell'art. 12, l. n. 205 del 2000, che faculta il Presidente del T.A.R. a disporre la notifica con qualsiasi mezzo idoneo, anche per fax o per via telematica. Inoltre, anche la Corte costituzionale (157) ritiene che in ipotesi di contraddittorio non integro il giudice ben possa ordinare la notifica con i nuovi e rapidissimi mezzi di comunicazione fissando una nuova udienza (peraltro, nel caso della tutela cautelare preventiva, neppure necessaria, considerato che la convocazione delle parti è solo eventuale) a brevissimo.

In ragione della delicatezza degli interessi coinvolti e delle questioni giuridiche normalmente sottese al contenzioso in materia di appalti pubblici, non appaiono convincenti le argomentazioni svolte da quella dottrina (158), che auspica che *“in sede di adattamento del modello cautelare civile al processo amministrativo (degli appalti) non sarebbe stato fuori luogo consentire all'amministrazione di farsi rappresentare, nel giudizio ante causam, da un proprio dipendente avente la qualifica di dirigente, a simiglianza di questo già previsto per il rito dell'accesso ai documenti amministrativi”*.

Le ragioni logistiche ed organizzative, relative alla mancata conoscenza dei fatti da parte del difensore tecnico, non paiono, comunque, sufficienti a far ritenere praticabile una tale soluzione, che condurrebbe ad una possibile dissociazione tra la linea difensiva seguita dall'amministrazione (ove rappresentata da un proprio dirigente) nella fase cautelare rispetto alle difese della successiva fase di merito (in cui è la rappresentanza non potrebbe che essere affidata ad un difensore tecnico, di fiducia, quando l'amministrazione resistente non fruisca dell'obbligatorio patrocinio della difesa erariale, e appunto

---

alle amministrazioni dello Stato presso la sede della competente Avvocatura dello Stato, prima esclusa (considerato che l'art. 4, comma 1, l. cit. prevede, ai fini della notifica per così dire “personale”, che sia l'avvocato notificante sia l'avvocato destinatario della notificazione siano iscritti al medesimo Albo professionale) è stata, ora, espressamente prevista dall'art. 55, l. 18 giugno 2009, n. 69, su cui si v. la Circolare dell'Avvocato Generale n. 6/2010, in [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it).

(156) In questo senso, CORAGGIO, *op. cit.*, il quale, a sostegno, rimarca che *“nella logica della sentenza della Corte costituzionale la tutela del notificante non deve andare a scapito del destinatario, nel caso in cui dalla notifica nasca per costui un diritto, un potere o un onere”*. L'art. 73, comma 2, ultimo periodo, della bozza provvisoria di Codice del processo amministrativo, in ragione dei diversi orientamenti da parte dei Presidenti circa l'obbligo della prova della notifica, prevede che *“Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere”*.

(157) Ord. 10 maggio 2002, n. 179, cit.

(158) TARULLO, *La nuova tutela cautelare*, cit. In generale, per la ricostruzione delle diverse tipologie di delega delle funzioni difensive dell'Avvocatura dello Stato a dipendenti dell'amministrazione, si rinvia a MEZZOTERO - ZUCCARO, *La notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione costituita personalmente ex art. 417 bis c.p.c.: la Cassazione non persuade* (Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2008, n. 4690), in *Rass. avv. St.*, 2008, I, 208 ss.

*ope legis* (159) all'Avvocatura dello Stato, ove si tratti amministrazione statale). A ciò aggiungasi che, quando l'amministrazione procedente sia un'amministrazione statale, la previa notifica dell'istanza va effettuata presso gli uffici della competente Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege*, sicché quelle esigenze di celerità tanto valorizzate dalla dottrina qui avversata verrebbero ad essere frustrate, ove la difesa erariale dovesse trasmettere il ricorso all'amministrazione (che in molti casi non ha uffici nella città sede del T.A.R.) per consentirne la diretta difesa a mezzo di dirigente.

Alla discrezionalità del Presidente (o del suo delegato) è rimesso il potere di *sentire le parti*, diversamente da quanto previsto per il procedimento cautelare civile, laddove, quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, s'impone al giudice della cautela di differire l'integrazione del contraddittorio, esonerando il ricorrente dalla notifica del ricorso alla controparte.

Nel processo amministrativo, dunque, la parte, pur astrattamente edotta sia della pendenza del procedimento cautelare *ante causam* che delle pretese dell'istante, laddove non sia possibile sentirla, non può che "*rimanere alla finestra*", in attesa di conoscere l'esito del procedimento (in caso di accoglimento dell'istanza, il richiedente ha l'obbligo di notificarglielo entro un termine perentorio, fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni); in caso di soccombenza, quindi, può far valere per la prima volta le proprie ragioni avanzando istanza di revoca o di modifica o proponendo reclamo (quest'ultimo, secondo la tesi prevalente, da esperire dinanzi allo stesso organo che ha emesso il provvedimento, a differenza di quanto accade nel procedimento cautelare civile, laddove, con il termine "reclamo", disciplinato dall'art. 669 *terdecies*, s'indica un procedimento articolato dinanzi ad un organo collegiale di cui non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare oggetto di gravame).

### *13. Analisi della disciplina codicistica della tutela cautelare ante causam: i presupposti dell'istanza*

L'esame della disciplina dettata dal Codice relativamente al nuovo meccanismo di tutela preventiva deve muovere dai presupposti per l'adozione della misura cautelare *ante causam*.

Al riguardo, la formulazione del comma 3 dell'art. 245 induce a ritenere che sia richiesto un *periculum in mora* particolarmente qualificato, richiedendosi una situazione di "*eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie*" (misure monocratiche *post causam*) di cui all'articolo 21, comma 9,

---

(159) Art. 1 T.U. 30 ottobre 1933, n. 1611.

l. TAR. La norma si riferisce a casi di gravità ed urgenza che si prospettano come eccezionali, ossia a situazioni del tutto straordinarie tali da richiedere un provvedimento giurisdizionale assolutamente indilazionabile. E' il caso, cioè, di ipotesi connotate da un *periculum in mora* di particolare intensità e di maggiore ridondanza rispetto al presupposto previsto sia per le misure cautelari collegiali di stampo tradizionale (che implicano l'allegazione di un "*pregiudizio grave e irreparabile*") sia per quelle monocratiche post causam (adottabili "*in caso di estrema gravità ed urgenza*").

Si tratta di una variazione per così dire "quantitativa" rispetto alla formula impiegata nel comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034/1971: infatti, nella disposizione del Codice la gravità ed urgenza è connotata da una particolare intensità, dovendosi trattare di un caso "eccezionale", mentre ai fini della tutela monocratica *post causam* la gravità e l'urgenza devono essere soltanto "estreme" (160).

La distinzione tra le due forme di tutela non è, quindi, di tipo meramente cronologico (correlata alla circostanza che la prima è richiesta *ante causam*, mentre la seconda in corso di causa), ma riveste portata sostanziale, essendo stata rimarcata nel Codice l'eccezionalità della situazione che giustifica l'accesso al giudice prima della introduzione del giudizio (161).

Possono, così, prefigurarsi distinti presupposti di intensità progressivamente decrescente per richiedere l'intervento cautelare del giudice amministrativo:

a) una fortissima imminenza del pericolo che porti appunto alla possibilità di esperire la tutela *ante causam*;

b) un pericolo assai grave ed urgente, tale da non consentire neppure l'attesa della prima camera di consiglio disponibile che conduce alla misura cautelare provvisoria;

c) un *periculum in mora* "normale" che faccia configurare la tutela cautelare in corso di causa erogabile da parte del Collegio.

Il danno prospettato dall'istante *ante causam* deve, quindi, connotarsi in termini di straordinarietà ed irreparabilità, tale da imporre un provvedimento assolutamente indilazionabile da parte del magistrato, onde evitare che l'esecuzione materiale del provvedimento (in ipotesi, il progredire del procedimento di gara), possa determinare una situazione di fatto non più modificabile,

---

(160) Sul particolare rigore nel riscontrare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 245 del Codice e sulla distinzione rispetto alla tutela cautelare presidenziale *intra litem*, cfr., le osservazioni di M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

(161) In questo senso, BUONVINO, *op. cit.*; *contra*, GAVERINI, *op. cit.*, il quale sostiene che "*la norma dell'art. 245 comma 3, consente nel suo complesso di ritenere che il rimedio ante causam potrà essere concesso non nei medesimi casi in cui sarebbe assentibile la normale cautela presidenziale, ma solamente qualora i tempi tecnici per la redazione di un ricorso e la notificazione dello stesso potessero compromettere definitivamente il diritto o l'interesse del soggetto richiedente; valutazione che, come è ovvio, spetterà al prudente apprezzamento del giudice amministrativo*".

neppure in forza di successive misure cautelari (162).

Sul punto, tuttavia, è da segnalare che il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del Codice, aveva raccomandato al Governo di rendere identici i presupposti per la proponibilità dell'istanza di misure cautelari *ante causam* a quelli per la proponibilità dell'istanza di misure cautelari provvisorie (*post causam*); tanto al fine di evitare difficoltà interpretative e di assimilare, sostanzialmente, i due rimedi, quanto ai presupposti per l'accesso alla tutela giurisdizionale (163). Non accogliendo tale suggerimento, il Governo ha, di contro, dato luogo ad una "graduazione" delle misure provvisorie ed interinali, concedendo quella *ante causam* solamente quando la gravità e l'urgenza della situazione presentino caratteri di straordinarietà tali da non poter attendere neppure la previa notifica del ricorso.

Sul versante del requisito del *fumus boni iuris*, sebbene il comma 3 dell'art. 245 non contenga alcun riferimento a tale presupposto, deve concludersi che una valutazione di tal genere non possa mai essere omessa dal giudice della cautela, sia pure nel quadro della estrema sommarietà che caratterizza il procedimento.

Per quanto sia ovvio che in questa fase l'*editio actionis* non debba (né possa, data l'estrema urgenza) essere compiutamente dispiegata dall'istante, pare evidente, ad ogni modo, che "*l'istanza dovrà comunque contenere in estrema sintesi i motivi di gravame*" (164). La rappresentazione del *fumus*, ovvero sia dei profili che costituiranno il successivo ricorso di merito, resta ineludibile. Del resto, nelle controversie di cui all'art. 245, comma 1, del Codice, nelle quali è esperibile la tutela cautelare *ante causam*, trova applicazione il rito di cui all'art. 23 *bis*, l. TAR, ai sensi del quale la domanda cautelare deve evidenziare l'illegittimità dell'atto impugnato.

---

(162) TARULLO, *La nuova tutelare cautelare*, cit., cita, in proposito, il caso in cui l'impresa esclusa dalla gara (o alla stessa non invitata) debba rivolgersi al giudice nell'imminenza della seduta fissata dalla commissione di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte.

(163) Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006 n. 355/06, cit.: "*Appare evidente, al riguardo, che occorre uniformare da un punto di vista lessicale le due previsioni, al fine di evitare difficoltà interpretative ed applicative, e pertanto rendere identici i presupposti di fatto per l'esercizio del potere cautelare ante causam e in corso di causa. Né la diversa sfumatura delle due aggettivazioni - pur esistente - appare giustificata dalla diversità della tipologia di intervento cautelare*".

(164) Così, condivisibilmente, CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici*, cit. Dello stesso avviso, GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici*, cit.; M.A. SANDULLI, Introduzione al tema, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 8. Particolarmente calzanti appaiono le osservazioni svolte sul punto da PAOLANTONIO, *op. cit.*, 337, il quale rileva: "*che si tratti di tratteggiare, alleggerire o semplificare, credo che l'istanza di cui parla l'art. 245 del codice debba senza dubbio contenere l'illustrazione, più o meno articolata, di tutti i motivi di legittimità rivolti nei confronti dell'atto o del provvedimento (quando si tratti di azione impugnatoria) nella disponibilità, ossia a conoscenza, dell'istante, nessuno escluso*". Da tale rilievo l'A. trae la conclusione che l'istanza ex art. 245 del Codice sia sostanzialmente riproduttiva dell'istanza di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 9, l. n. 1034/1971 e, come tale, insuscettibile di trovare diffusa applicazione nel processo amministrativo.

Se la tutela cautelare *ante causam* è proposta in relazione ad una controversia civilistica, i fatti possono essere, di regola, agevolmente comprovati, sia pure in via solo indiziaria: la stessa esposizione dei fatti al giudice, l'audizione della parte o di un testimone, possono contribuire a rendere chiara ed evidente l'esigenza urgente di una cautela *ante causam*. Diversamente, in una controversia impugnatoria sulle procedure di affidamento, vengono in considerazione complesse questioni giuridiche, sicchè l'assenza di una rappresentazione delle censure rivolte avverso il provvedimento rende difficilmente percepibile la sussistenza del *fumus boni juris* (165).

Non può, quindi, ritenersi ammissibile una istanza di tutela cautelare *ante causam* con cui il richiedente si limiti a formulare la richiesta di misure urgenti, allegando semplicemente la sussistenza di esigenze di celerità funzionali ad evitare che la situazione divenga irreversibile (*periculum*), senza contenere alcuna deduzione (sia pur sintetica) a corredo della illegittimità del provvedimento dell'amministrazione procedente.

Una domanda cautelare disgiunta dall'allegazione e sintetica illustrazione dei profili di illegittimità del provvedimento (poiché di questo si tratta in una procedura di evidenza pubblica) non potrà consentire al giudice di apprezzare la meritevolezza della pretesa. Tale conclusione è imposta dal principio della domanda di parte che permea il processo amministrativo (in tutte le sue fasi), non potendo il giudice integrare d'ufficio il *thema decidendum*, rimesso all'esclusivo dominio della parte istante (166). I fondamentali principi del nostro ordinamento processuale amministrativo impediscono di ritenere ammissibile la proponibilità di un'istanza cautelare "al buio" o meramente "esplorativa" (motivata in forza del solo *periculum*). Tanto nel processo civile che nel processo amministrativo incombe sulla parte l'onere di allegare i fatti giuridici sui quali poggia la propria pretesa. Il principio dispositivo costituisce, al contempo, garanzia per l'amministrato - perché lo ammette alla tutela giurisdizionale sol che prospetti una lesione alla propria posizione giuridica, a prescindere da ogni accertamento previo - ma anche un limite - perché per avere accesso alla giustizia occorre muovere censure giuridiche all'altrui condotta: del debitore convenuto che non paga come dell'amministrazione che illegittimamente esclude un'impresa dalla gara. In altri termini, non è sufficiente subire un pregiudizio per *chiedere* giustizia: per ottenerla, occorre che il giudice accerti la fondatezza della pretesa, prospettando l'ingiustizia dell'altrui condotta. "Più in generale, a fronte dell'amministrazione pubblica pare poco razionale, anzi inaccettabile, che si possa avere una mera tutela cautelare scissa dalla completa espressione dei motivi di asserita illegittimità dell'ope-

(165) In questi termini, condivisibilmente, DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 129 ss.

(166) L'assunto è ben sviluppato da ROTIGLIANO, *op. cit.*

*rato amministrativo: come è tradizione del processo amministrativo e dello stesso diritto comunitario*"(167).

Del resto, la sintetica rappresentazione dei profili di illegittimità del provvedimento, al di là delle ragioni di principio che la impongono, appare funzionale all'attuazione di un più compiuto contraddittorio tra le parti, al quale il legislatore non ha inteso rinunciare neppure in questa fase, prescrivendo l'obbligo della previa notifica dell'istanza di tutela cautelare *ante causam*.

Da ultimo, a sostegno della tesi esposta, soccorre il rilievo che la misura cautelare *ante causam* accordata ai sensi dell'art. 245 del Codice è accessoria e strumentale rispetto alla successiva tutela impugnatoria, che deve essere tempestivamente richiesta (168). Tanto, diversamente dalla scelta compiuta dal legislatore del 2005, che, come detto, nel riformare la tutela cautelare nel processo civile, ha previsto l'eventualità che la misura cautelare mantenga la propria efficacia (sebbene non quella propria del giudicato) anche qualora il giudizio di merito non venga introdotto. Tuttavia, è da ritenere che il venir meno dell'obbligo di incardinare il giudizio di merito nei casi espressamente previsti dalla legge di riforma (n. 80 del 2005) non esoneri, neppure nel processo civile, l'istante dall'obbligo di indicare l'azione di merito (169): tale conclusione, oltrechè imposta dall'impianto complessivo della riforma del procedimento cautelare, trova il conforto di un recente indirizzo giurisprudenziale, formatosi in tema di processo societario, secondo cui anche per i provvedimenti anticipatori (oltrechè, ovviamente, per quelli conservativi), nei quali l'interesse delle parti può esaurirsi nell'ottenimento della cautela senza neces-

---

(167) CHITI, *op. cit.*, 65.

(168) Di diverso avviso è TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., il quale evidenzia che la misura cautelare anticipata si pone in rapporto di strumentalità non con il giudizio di merito, ma con il giudizio cautelare ordinario. Secondo l'A., nella lettera della norma è costante il riferimento al ricorso cautelare *ex art. 21 legge TAR*, con il che si giustificano tutte le interpretazioni volte a qualificare la misura cautelare in parola alla stregua di un rimedio "*precautelare*". Ciò non tanto perché accordato in precedenza di una misura cautelare ordinaria, ma soprattutto perché adottato in funzione di una sua futura cristallizzazione nella emananda tutela cautelare ordinaria. In proposito, secondo l'A., un ruolo decisivo gioca l'espressione "*misure indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21*". L'uso della congiuntiva, conclude l'A., lascia intendere la necessità della proposizione della domanda cautelare ordinaria, che è tra l'altro confermata dal successivo comma sesto, ove si stabilisce che la misura cautelare perde efficacia con il decorso di 60 giorni o comunque con la pronuncia cautelare ai sensi dell'art. 21.

(169) Sull'attenuazione del nesso di strumentalità necessaria tra fase cautelare e merito nel processo civile, a seguito della riforma di cui alla legge n. 80 del 2005, si veda CAPPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2007, V, 69 ss.; DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); DE GIOIA, *Quel nesso tra fase cautelare e merito. Si rallenta la strumentalità necessaria. Il nuovo art. 669-octies c.p.c.: il modello è il r f r  francese*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, n. 32, 37 e ss.; PACILLI, *Il vincolo di strumentalit  a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1365 ss.; SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, appendice di aggiornamento a Il nuovo processo cautelare* (a cura di Tarzia), Padova, 2006.

sità di iniziare la causa di merito *ex art. 669 octies* c.p.c., permane la necessità di allegare fin dalla proposizione del ricorso introduttivo cautelare la domanda invocabile nel merito (170).

L'azione cautelare, anche nel processo civile, non è esperibile in sé e per sé, indipendentemente da ogni collegamento, sia pure eventuale, con un'azione di merito, essendo, appunto, coesistente all'istanza cautelare l'enunciazione nel ricorso del tipo di tutela da invocare in via ordinaria, alla cui salvaguardia, in via sommaria ed urgente, si ricorre. Tant'è vero che, in via generale, la tutela *ante causam* dev'essere richiesta al giudice competente a conoscere del merito (art. 669 *ter* c.p.c.), mentre quella in corso di causa va rivolta al giudice della stessa (art. 669 *quater* c.p.c.); regole, queste ultime, lasciate immutate dalla legge n. 80 del 2005, che ha attenuato quel nesso di assoluta e rigida strumentalità tra giudizio cautelare e giudizio di merito. Inoltre, l'allegazione della domanda di merito è funzionale alla verifica del *fumus boni juris*, che va parametrato alla situazione giuridica soggettiva che il ricorrente si attribuisce ed alle modalità, tra le diverse ipotizzabili, nelle quali vuole tutelarla (171), nonché, ancora, alla tutela del diritto di difesa della parte intimata.

E' ovvio intendere che tali considerazioni, valide per il giudizio cautelare civile riformato a c.d. "strumentalità attenuata", debbano a *fortiori* estendersi alla tutela cautelare *ante causam ex art. 245* del Codice, caratterizzata, per espressa volontà del legislatore, da un vincolo di accessorialità e strumentalità rispetto alla successiva tutela impugnatoria.

Del pari, pur avendo il legislatore disegnato un procedimento cautelare fortemente anomalo, non pare eludibile l'obbligo per il giudice di operare un raffronto degli interessi in gioco, potendo la misura accordarsi solo quando gli effetti pregiudizievoli derivanti dal provvedimento impugnato in capo al richiedente si profilino più gravi del danno che l'eventuale accoglimento dell'istanza cautelare potrebbe arrecare all'interesse pubblico del quale è titolare l'amministrazione ovvero, come nel caso dell'art. 246, comma 3, al "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera".

Da tale rilievo consegue che, pur non rinvenendosi alcuna prescrizione

---

(170) Trib. Latina, ord. 1 ottobre 2004, n. 7503/2004, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), che ha dichiarato inammissibile un ricorso cautelare atipico *ex art. 700* c.p.c., per non avere il ricorrente indicato in maniera chiara e univoca il *petitum* e la *causa petendi* dell'azione che intendeva far valere in sede di cognizione ordinaria; nello stesso senso, Trib. Foggia, 5 febbraio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 914, che ritiene necessaria l'indicazione nel ricorso cautelare dell'azione sostanziale che s'intende tutelare, la quale deve comunque potersi desumere da elementi plurimi ed inequivoci, che siano agevolmente ricavabili dal testo del ricorso. Sostiene questa tesi, con riferimento alla tutela cautelare *ante causam* introdotta dal Codice, F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., che richiama a sostegno della necessaria indicazione dell'azione di merito il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

(171) In tal senso, in dottrina, MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 2148.



al riguardo nell'art. 245, il provvedimento (decreto o ordinanza che sia), di rigetto o di accoglimento della domanda, deve contenere “*un minimo di motivazione*”(172) (da ritenersi, ovviamente, un *quid minus* rispetto alla succinta motivazione di cui all'art. 26 l. TAR) sul *fumus* e sul *periculum* qualificato, oltrechè sull'incidenza del tempo in relazione alla situazione dedotta dal ricorrente, mediante l'indicazione delle ragioni che hanno determinato il giudice ad accordare la misura cautelare *ante causam*, in ossequio al principio precettivo di cui all'art. 111 Cost. e in vista della conformazione della successiva azione amministrativa.

Con particolare riferimento al provvedimento di rigetto, la motivazione risulta oltre modo necessaria, considerato che la reiezione della domanda ne impedisce la rinnovazione (fatta salva la successiva proposizione di un autonomo ricorso), definendo, quindi, l'assetto di interessi sotteso alla proposizione della domanda cautelare. Dalla motivazione addotta nel decreto, l'istante è posto in grado di conoscere le ragioni del rigetto, potendo la motivazione resa soddisfare l'interessato e indurlo a recedere dall'intento di proporre ricorso; ovvero chiarire all'amministrazione se, indipendentemente dall'intervenuto rigetto (che può correlarsi anche al difetto dei prescritti, eccezionali motivi d'urgenza), non sussistano, comunque, aspetti critici della vicenda tali da poterla indurre a recedere dalle scelte amministrative oggetto di contestazione (173).

Riguardo all'eventuale attuazione del contraddittorio (sostanziale) a seguito della proposizione dell'istanza cautelare *ante causam*, la formulazione dell'art. 245, comma 4, si differenzia da quella dell'art. 21, comma 9, l. TAR, là dove si consente al presidente di provvedere “*con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio*”.

Essendosi in presenza di un'urgenza qualificata, tale da rendere il provvedimento assolutamente indifferibile, la garanzia del contraddittorio appare recessiva rispetto alla piena attuazione del principio di tempestività (*rectius*: immediatezza) della tutela. Tuttavia, la convocazione delle parti da parte del Presidente non è dalla norma completamente esclusa, per come emerge dall'inciso “*sentite le parti, ove possibile*”, potendo risultare utile allo stesso giudice sollecitare il contraddittorio tra le parti per acquisire ulteriori elementi di valutazione. Il contraddittorio con le parti cui l'istanza è stata notificata (ovvero con le altre nei cui confronti il giudice ritenga debba essere esteso) è rimesso dalla norma alla discrezionalità del giudice, fermo restando che, pur

---

(172) Usa questa espressione, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.; la necessità della motivazione del provvedimento *ante causam*, “*soprattutto sulla effettiva improcrastinabilità e sulla non manifesta inammissibilità ed infondatezza*”, è rimarcata da M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

(173) In tal senso, condivisilmente, BUONVINO, *op. cit.*

in mancanza di convocazione, l'amministrazione ed i controinteressati potranno depositare in Segreteria memorie e documenti, per contrastare le ragioni di eccezionale gravità ed urgenza allegate dall'istante a sostegno della domanda cautelare *ante causam* (174). A tale conclusione, peraltro, conduce il rilievo che ben potrebbe il giudice, pur ritenendo non possibile l'audizione delle parti, disporre l'acquisizione di atti e documenti, secondo un principio di informalità dell'istruttoria che regge in generale ogni procedimento cautelare; sicchè, non si vede perché non dovrebbe essere consentito alle stesse controparti, in mancanza di audizione, di produrre documenti e memorie (semprechè l'estrema ristrettezza dei tempi lo consenta)(175).

L'art. 245, comma 3, del Codice non indica i possibili contenuti della misura cautelare *ante causam*, lasciando intendere che essa partecipi del carattere di atipicità che ormai connota il regime ordinario della cautela *post causam*. La prefigurazione di un ventaglio aperto di provvedimenti cautelari plasmabili in base alla specifica richiesta del ricorrente ed al calibro dei contrapposti interessi presenti nella vicenda amministrativa, se appare consonante con il principio di effettività ed adeguatezza della tutela giurisdizionale (176), per altro verso dà corpo all'idea che nel giudizio cautelare *ante causam* trovino esplicazione i poteri propri della giurisdizione di merito. Le misure pronunciabili sono qualificate dall'art. 245, comma 3, d.lgs. 163/2006, come interinali e provvisorie. Tale aggettivazione non può non avere riflessi sulla struttura del provvedimento cautelare, il quale non solo non dovrà pregiudicare il futuro esito della causa ma, neppure, il futuro esito di una successiva misura cautelare *post causam*, quale che ne sia il contenuto. Al riguardo si è prospettato che l'unica tipologia di misura compatibile con le esigenze di massima interinalità sottese all'istituto sia quella della sospensione della procedura. Un siffatto rimedio consente di apprestare una forma di tutela adeguata in attesa della successiva valutazione cautelare *post causam*; evitando che la procedura avanzi, si congela lo *status quo* in attesa che un vaglio più ponderato possa compiersi una volta instaurato il giudizio di merito (177).

---

(174) In questo conclude N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 152, con riferimento alle misure cautelari presidenziali provvisorie di cui all'art. 21, comma 8, legge TAR, riferendo l'ipotesi al caso in cui il Presidente non sia rapidissimo a pronunciarsi. Sembra, tuttavia, che la facoltà del deposito di memorie e documenti da parte dell'amministrazione e dei controinteressati, con riferimento alla tutela cautelare *ante causam* disciplinata dall'art. 245 del Codice, debba ammettersi in ogni caso, a prescindere dalla eventuale lentezza del giudice nel provvedere sull'istanza e pure quando non abbia ritenuto di convocare le parti per sentirle.

(175) A tale conclusione pare aderire, implicitamente, DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, cit., 515-516; l'equipollenza tra audizione della parti e deposito delle memorie è sostenuta da ROTIGLIANO, *op. cit.*

(176) TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 575 ss.

(177) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

Unitamente alla sospensione della procedura, il giudice amministrativo ben può dettare all'amministrazione ulteriori regole di condotta che, senza incidere direttamente sugli interessi in gioco, siano volte a cautelare la posizione delle imprese concorrenti, quali, ad esempio, obblighi di comunicazione ed informazione ai partecipanti o all'Autorità di vigilanza, ordini di restituzione di cauzioni incamerate, richieste di pareri tecnici o accertamenti il cui esito sarà poi lo stesso giudice a valutare, nel momento in cui sarà richiesto di adottare una misura cautelare *intra litem*. Il limite è, però, sempre rappresentato dal carattere interinale di ogni precetto, la cui attuazione non deve alterare gli interessi in controversia, quali si presentano al momento dell'accesso al giudice della cautela.

#### *14. La rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale: dalla migrazione cautelare alla tutela cautelare errante?*

Con disposizione eversiva rispetto al noto principio generale di derogabilità della competenza territoriale nel processo amministrativo, il comma 4 dell'art. 245 del Codice prevede la rilevabilità d'ufficio delle questioni di competenza.

Il Codice pone, dunque, la regola della inderogabilità della competenza per la fase cautelare *ante causam* del giudice competente per il merito, per porre freno al dilagante fenomeno del *forum shopping* o migrazione cautelare tipico del processo amministrativo, ossia la scelta del giudice della cautela in ragione dei diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi sulla questione oggetto di lite, che costituisce una forma di abuso del processo indubbiamente odiosa *a latere partis* (178).

---

(178) Sulla questione, si veda Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., ord. 28 luglio 2004, n. 661 (in *Foro it.*, 2005, III, 138; *Foro amm. CdS*, 2004, 2303, con nota di CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*; [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), con nota di RAIMONDI, *Un freno al turismo cautelare*), che, in una controversia soggetta al rito di cui all'art. 23 bis, l. TAR, ha affermato che, ove sia stata proposta istanza di regolamento di competenza prima dell'esame della domanda cautelare, il giudice amministrativo deve necessariamente procedere alla sua preventiva delibazione e, nel caso in cui non rilevi la sua manifesta infondatezza, deve astenersi, almeno nei casi in cui risulti applicabile l'art. 23 bis, l. TAR, dal provvedere sulla domanda cautelare, che dovrà essere decisa dal giudice ritenuto competente dal Consiglio di Stato. *Contra*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, ord. 24 settembre 2004, n. 1475, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 10/2004, con nota di GIURDANNELLA e MATTIA, *Può decidere sul cautelare anche il Tribunale la cui competenza territoriale sia stata contestata*. Con tale decisione, il Tribunale siciliano, pur ammettendo che l'indirizzo patrocinato dal C.G.A. “*appare ispirato al pregevole e condiviso intento di evitare fluttuanti trattazioni dei ricorsi da parte di Tribunali territorialmente diversi e di stigmatizzare gli ormai diffusi fenomeni di c.d. migrazione cautelare*”, lo ha comunque ritenuto in contrasto con l'art. 30, l. TAR, da cui è desumibile “*un principio generale che il legislatore ha voluto solo precisare (nella norma in esame) con riferimento ad una ipotesi che avrebbe potuto suscitare dubbi; sicchè, non si può dubitare della persistenza del potere cautelare nelle ipotesi (non espressamente disciplinate dal legislatore) in cui si discuta solo del difetto di competenza territoriale*”, anche in ragione della circostanza che la contraria soluzione avrebbe “*come effetto primario quello di creare inammissibili*

Secondo l'orientamento tradizionale, l'eventuale difetto di competenza territoriale non impedisce al giudice adito di esaminare la domanda cautelare pur in presenza di un regolamento di competenza, potendo il giudice, in forza dell'art. 48, comma 2, c.p.c., ritenuto applicabile al processo amministrativo, compiere gli atti che ritiene urgenti (ivi compresa l'adozione delle misure cautelari, ove richieste)(179).

La disposizione di cui al comma 4 dell'art. 245, proprio al fine di evitare quel fenomeno descritto in termini di “*migrazione cautelare*”(180), collocandosi nel solco di quella tendenza legislativa sempre più incline a riconoscere nuove ipotesi di competenza territoriale-funzionale ed inderogabile (ad esempio, in materia di giustizia sportiva o di provvedimenti emessi da commissari delegati *ex lege* n. 225/1992)(181), ha attribuito al giudice il potere di rilevare d'ufficio la questione di competenza, nell'apprezzabile scopo di eludere l'intento dell'istante di aggirare le norme sulla competenza territoriale dei giudici amministrativi di primo grado. Come evidenziato in dottrina, “*la norma dimostra l'attenzione del legislatore per il rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge, ossia legato, secondo modalità oggettive e normativamente tipizzate e non già per la mera opzione di una parte, alla con-*

*lacune nella continuità della tutela giurisdizionale di natura cautelare, la cui tempestiva erogazione è stata invece ritenuta necessaria della Corte costituzionale (ord. n. 241/2000)”*. Sui rapporti tra il regolamento di competenza e la tutela cautelare in chiave critica rispetto all'orientamento tradizionale, si veda BERTUZZI, *Eccezione di incompetenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it); per una compiuta ricostruzione dei diversi orientamenti giurisprudenziali in materia, si veda CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2302 ss.; PIZZA, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 875 ss.; RUSCICA, *op. cit.*, 83 ss., ove ulteriori riferimenti.

(179) Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 1997, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 169. Allo stato attuale, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che la proposizione del regolamento di competenza non preclude l'esame dell'istanza cautelare, riferendosi la preclusione prevista dall'art. 31, comma 2, l. n. 1034/1971 al passaggio in decisione del merito della controversia e non già della semplice istanza cautelare, venendo in rilievo in tal caso una semplice facoltà e non un obbligo: Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006, n. 6065, in *Foro amm. CdS*, 2006, 11, 3165; *id.*, sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6522, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 874-875.

(180) L'espressione è di F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit. Il fenomeno è, altresì, indicato anche in termini di “*turismo cautelare*” o “*forum shopping*”: si veda, RUSCICA, *op. cit.*, 83.

(181) Quanto alla giustizia sportiva, si veda l'art. 3, comma 2, d.l. 19 agosto 2003, n. 220 (come modificato in sede di conversione dalla relativa l. 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*”; quanto ai provvedimenti commissariali, si veda l'art. 3, comma 2 *bis*, d.l. 30 novembre 2005, n. 245, convertito in l. 27 gennaio 2006, n. 21, il quale dispone che “*in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 225/1992, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti amministrativi spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione delle misure cautelari, al T.A.R. del Lazio - sede di Roma*”; ai sensi del successivo comma 2 *ter* dell'art. 3 cit. “*le questioni di cui al comma 2 bis sono rilevate di ufficio*”.

*troversia che è chiamato a decidere (anche alla luce dell'essenzialità della tutela cautelare in un sistema processuale che aspiri ad essere realmente efficace)"*(182).

Tale previsione crea, tuttavia, una pluralità di problemi interpretativi.

Il legislatore ha inteso sovvertire le ordinarie regole processuali disponendo la rilevabilità d'ufficio di una questione solo in una limitata fase processuale, che si pone tra l'atro *in limine litis e ante iudicium*, lasciando fuori dall'ambito di operatività del rilievo ufficioso tutto l'ulteriore svolgimento dell'*iter* processuale, con l'aggravante di non aver coordinato la vecchia con la nuova normativa.

Procediamo con ordine.

E' possibile che, in ordine ad un'istanza cautelare rivolta al presidente di un T.A.R. territorialmente incompetente, il giudice rilevi d'ufficio la propria incompetenza, conformemente al disposto di cui all'art. 245, comma 4, del Codice, ovvero, al contrario, non formuli tale rilievo.

Nella prima ipotesi, è chiaro che il giudice non potrà pronunciarsi nel merito; ma - dopo aver dichiarato la propria incompetenza (183) - *dovrà fermarsi, lasciando all'istante ogni ulteriore iniziativa, o dovrà ordinare la trasmissione del fascicolo al T.A.R. che ritenga competente?*

Per risolvere la questione potrebbe forse trarsi spunto dall'art. 31, comma 5, l. TAR, il quale prevede, nel caso di rilievo del vizio di incompetenza (ovviamente, formulato con l'apposito strumento del regolamento di competenza nell'ipotesi di competenza territoriale derogabile, secondo la regola generale fissata dal comma 1 dell'art. 31, l. TAR, derogata dal Codice nel procedimento cautelare *ante causam*), che il giudice adito disponga la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato affinché decida sulla competenza.

In ogni caso, il giudice incompetente (per il merito) non può accordare la misura cautelare, qualora ritenga sussistente il presupposto dell'eccezionale gravità ed urgenza. Tale soluzione risulta aderente allo spirito della norma, che ipotizza un rapporto di pregiudizialità tra competenza per il merito (intesa come potere di provvedere sulla domanda) e competenza cautelare (intesa come potere di emettere la misura cautelare), sicché il giudice in tanto può emettere un provvedimento cautelare in quanto si riconosca come giudice competente a decidere il merito della controversia. L'opposta soluzione, per così dire sostanzialistica, vanificherebbe di fatto l'intento sotteso all'introduzione del meccanismo della rilevabilità d'ufficio della incompetenza e con-

---

(182) M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e diritto amministrativo*, cit.; sottolinea l'opportunità di una estensione del principio di rilevabilità d'ufficio della incompetenza territoriale oltre i confini delle "più opulente controversie in materia di appalti pubblici, PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega...*, cit.

(183) All'esito di un'apposita camera di consiglio, da fissarsi ai sensi dell'art. 31, comma 5, l. TAR, analogicamente applicabile.

sentirebbe, ancora una volta, al ricorrente di scegliersi il giudice della cautela.

Dovendosi ritenere che il meccanismo del rilievo officioso dell'incompetenza sia tale da comportare una definizione in rito del giudizio, con una pronuncia d'incompetenza, sembra allora che *la via da percorrere sia quella che conduce alla trasmissione del fascicolo al T.A.R. individuato come competente nel provvedimento declinatorio della competenza emesso dal giudice adito.*

Tuttavia, tale soluzione non risolve tutti i problemi.

Il T.A.R. *ad quem* potrà dichiararsi, a sua volta, incompetente o sarà tenuto ad adottare il provvedimento cautelare pur ritenendosi incompetente?

La prima via sembra la meno praticabile, perché altrimenti si correrebbe il rischio di non avere più ricorsi cautelari migranti, ma ricorrenti erranti (da un T.A.R. all'altro). Esigenze di celerità, ispirate al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e della ragionevole durata dei giudizi, sembrano far propendere per la seconda soluzione, dovendosi ritenere preferibile che il T.A.R. *ad quem* accondiscenda alla decisione del primo giudice e si pronunci sulla cautela.

Resta, comunque, il dubbio, da alcuni prospettato, della "forte asistematicità" (184) di tale soluzione, considerato che la diretta trasmissione del fascicolo al T.A.R. ritenuto competente dal primo giudice è consentita solo nel caso dell'accordo traslativo, ossia unicamente quando le parti convengano sull'individuazione del giudice competente, per come disposto dall'art. 31, comma 4, l. TAR. Tuttavia, tale dubbio potrebbe essere superato, escludendo che tale ultima norma trovi applicazione nei procedimenti cautelari *ante causam*, nei quali l'accordo traslativo tra le parti è sostanzialmente reso superfluo dalla rilevabilità d'ufficio della questione di competenza; sicché, ben potrebbe il giudice, che si ritenga incompetente, rilevarlo, trasmettendo (non importa se in forma decretale o con ordinanza) il fascicolo al giudice ritenuto competente, senza che a tal fine occorra un previo accordo tra le parti (peraltro, in pratica, difficilmente ipotizzabile ove le parti destinatarie della notifica dell'istanza, per l'estrema ristrettezza dei tempi, siano rimaste totalmente inerti).

La soluzione proposta pare, del resto, in linea con il principio - affermato in dottrina (185) - secondo cui l'istituto della remissione del ricorso ad altro tribunale su accordo delle parti costituisce una specie di appendice della regola generale della derogabilità della competenza territoriale, che evita le lungaggini dell'esperimento del regolamento di competenza. Ne consegue che, ove - come nel procedimento cautelare *ante causam* - il giudice possa rilevare *ex*

---

(184) L'espressione è di TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(185) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 457; GIOVAGNOLI, *Il processo di primo grado*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, diretto da Caringella - Garofoli, Milano, 2006, 179.

*officio* la questione di competenza, senza che occorra la proposizione del regolamento di competenza per contestare la competenza del giudice adito, il meccanismo dell'accordo traslativo di cui all'art. 31, comma 4, l. TAR non rileva per lo spostamento della competenza. In definitiva, la rilevanza d'ufficio della questione di competenza elimina la necessità della proposizione del regolamento di competenza, rendendo non indispensabili i rimedi congegnati dalla legge (l'accordo traslativo, appunto) allo scopo di rendere superflua la pronuncia del Consiglio di Stato sulla questione di competenza. Tra l'altro, il regolamento di competenza appare *ictu oculi* inconciliabile con la natura di rimedio preventivo, ossia *ante causam*, della tutela apprestata dall'art. 245 del Codice, come del resto sostiene proprio la dottrina qui avversata (186).

Ove si tenga ferma tale soluzione, resta il problema delle forme e dei termini per la riassunzione del giudizio innanzi al T.A.R. ritenuto competente dal primo giudice, non potendo trovare applicazione la disposizione, dettata dall'ultimo comma dell'art. 31, l. TAR, specificamente riferita alla prosecuzione del giudizio in caso di accoglimento dell'istanza di regolamento di competenza.

In proposito, pur considerando il carattere d'urgenza che riveste il procedimento, non è consentito ipotizzare che, all'esito della declinatoria della competenza da parte del primo giudice, il giudizio prosegua innanzi al T.A.R. *ad quem* senza necessità di ulteriori atti d'impulso da parte dell'istante, potendo, comunque, risultare sufficiente una semplice istanza al presidente. Quanto al termine per la prosecuzione del giudizio, in mancanza di alcuna indicazione normativa che a ciò osti, non è da escludere che a fissarlo possa essere lo stesso provvedimento declinatorio della competenza emesso dal primo giudice cautelare.

Un'ulteriore questione posta dall'art. 245 in tema di competenza, che la giurisprudenza sarà chiamata a risolvere, attiene all'ambito processuale della rilevanza d'ufficio del comma 4. In altri termini, l'inderogabilità della competenza riguarda unicamente la fase della cautela *ante causam* ovvero, in forza del principio di simmetria/corrispondenza tra il giudice della cautela preventiva e quello competente per il merito, fissato dal comma 4, prima parte, dell'art. 245, si estende a tutte le fasi del giudizio?

La questione si pone, in particolare, nel caso in cui il ricorrente, non vincolato dalla pronuncia di incompetenza pronunciata d'ufficio dal giudice della cautela *ante causam*, introduca una domanda cautelare ordinaria innanzi allo stesso T.A.R. dichiaratosi in precedenza incompetente.

Ove si ipotizzasse l'ultrattività del principio della rilevanza d'ufficio della incompetenza, *nulla quaestio*.

---

(186) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

In caso contrario, ossia ritenendo che si riespanda la regola generale della non rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale (art. 31, comma 1, l. TAR), in difetto di regolamento di competenza territoriale da parte dell'amministrazione o dei controinteressati, non resterà al T.A.R. adito che pronunciarsi nel merito del ricorso, pur essendosi in precedenza dichiarato incompetente.

Può, inoltre, accadere che il ricorrente, dopo essere stato costretto a rivolgersi ad altro T.A.R. a seguito della declinatoria d'incompetenza pronunciata dal giudice della cautela preventiva inizialmente adito, decida, comunque, di introdurre il giudizio di merito dinanzi al giudice dichiaratosi incompetente, il quale - a questo punto -, similmente all'ipotesi precedente, in mancanza di proposizione di regolamento di competenza, non avrebbe strumenti per richiamare la propria precedente decisione, che finirebbe per essere *tamquam non esset*.

Venendo alla seconda ipotesi in partenza ipotizzata, ossia quella in cui il giudice della tutela cautelare preventiva non rilevi la propria incompetenza territoriale, se si accoglie la tesi restrittiva, che limita l'ambito della rilevabilità d'ufficio alla sola fase della tutela cautelare *ante causam*, dovrà concludersi che il T.A.R. abbia perso definitivamente la possibilità di esprimere il proprio avviso in ordine alla questione, essendogli impedito nelle fasi successive di sollevare d'ufficio l'incompetenza territoriale, dovendosi lasciare spazio (anche su tale questione) al principio dispositivo (187).

Se si aderisce alla tesi della ultrattività del potere di rilievo d'ufficio, ben potrà il T.A.R., nelle successive fasi (cautelare ordinaria o di merito), rilevare la propria incompetenza con quel che ne consegue in termini di *translatio iudicii*.

### *15. Il regime delle impugnazioni. L'efficacia ad tempus del provvedimento cautelare di accoglimento*

Il provvedimento emesso dal giudice della cautela preventiva, di accoglimento o di rigetto, in nessun caso potrà essere appellabile o impugnabile, né reclamabile (188), ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. innanzi ad un giu-

---

(187) Al riguardo, dubbiosamente, CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità*, cit., sostiene: "sarei, quindi, ad un primo esame più propensa a ritenere che, essendo la fase cautelare rimasta strumentale ed accessoria rispetto a quella di merito, il difetto di competenza territoriale sia rilevabile d'ufficio in ogni stato del processo, e non solo dal Presidente nella fase ante causam [...] pur nella consapevolezza che la questione di competenza territoriale non possa mai costituire motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale (art. 31, co. 9, l. tar). E poiché, peraltro, neppure le disposizioni dell'art. 245 - come precisa il co. 8 - si applicano al giudizio in grado d'appello, la decisione di primo grado, che in fase cautelare o di merito, non abbia tenuto conto dell'incompetenza territoriale del giudice adito, non sarà mai per ciò stesso annullabile".

(188) Critico sulla mancata previsione della reclamabilità del provvedimento (da proporre - se-



dice diverso da quello che adottato la misura cautelare, non essendo tale rimedio compatibile con la specifica struttura del processo amministrativo, nel quale il provvedimento cautelare *ante causam*.

Al riguardo, mentre il comma 5 dell'art. 245, con riferimento al provvedimento di rigetto afferma che esso *non è impugnabile*, il successivo comma 6, ultima alinea, con riferimento al provvedimento di accoglimento dispone che esso *non appellabile*. Se ne desume che la non impugnabilità comporta che non è praticabile alcun rimedio, né appellatorio davanti al giudice di secondo grado, né sotto forma di istanza di revocazione o revoca davanti al medesimo giudice. A seguito del rigetto, è sempre proponibile la domanda cautelare ordinaria, unitamente al ricorso di merito. Il provvedimento di accoglimento, invece, non è appellabile. Pertanto, mentre è esclusa qualsiasi forma di giustiziabilità del provvedimento di diniego, per quello di accoglimento è escluso soltanto l'appello, ma non sono esclusi anche gli altri rimedi davanti al medesimo giudice quali, ad esempio, la revocazione e l'opposizione di terzo; come si dirà in prosieguo, il provvedimento di accoglimento è, inoltre, modificabile o revocabile, d'ufficio, ovvero su istanza o reclamo di ogni interessato.

A dire il vero, la differente formulazione dei commi 5 (non impugnabilità del provvedimento negativo) e 6 (non appellabilità del provvedimento di accoglimento) non sembra essere indicativa di una diversità di rimedi impugnatori, comunque da escludere.

Il provvedimento di accoglimento perde, comunque, effetto decorsi sessanta giorni, dovendo, inoltre, essere confermato dopo l'inizio del giudizio, che dev'essere introdotto entro strettissimi termini, in considerazione del generale termine di decadenza previsto.

Inoltre, è escluso dal comma 8 dell'art. 245 del Codice che possa essere proposta in sede di appello una nuova istanza cautelare anticipata, in ragione del fatto che ormai l'assetto di interessi è stato cristallizzato dalla decisione di primo grado, sicché è avverso quest'ultima che dovrà insorgersi. In appello le istanze cautelari restano disciplinate dall'art. 21, l. TAR ed, in particolare, dall'art. 23 *bis*, comma 7, l. TAR, che consente l'appello immediato, con riserva di motivi, avverso il dispositivo della sentenza. Del resto, è ovvio intendere che la limitazione al solo primo grado del potere di proporre domande di tutela cautelare preventiva è connaturata al tipo di rimedio in questione, che è preventivo rispetto ad un giudizio di merito ancora da instaurare

---

condo l'A. - innanzi al Collegio) è F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., il quale invoca a sostegno il principio di parità delle parti nel processo cautelare, che aveva indotto la Corte costituzionale, con sentenza 23 giugno 1994, n. 253 (in *Cons. Stato*, 1994, II, 884), a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., nella formulazione all'epoca vigente, ora sostituita dalla legge n. 80/2005, nella parte in cui contemplava il rimedio del reclamo per il solo provvedimento di accoglimento e non anche per quello di rigetto.

(189). Si consideri, inoltre, che l'esclusione del rimedio di tutela preventiva in appello risulta coerente con il principio secondo cui il giudizio d'appello, anche per il suo carattere devolutivo, costituisce la prosecuzione del processo radicato con l'originario ricorso di merito; con la logica conseguenza che la richiesta di tutela cautelare *ante causam* non può essere avanzata per la prima volta o rinnovata in occasione della pubblicazione della sentenza che ha definito il primo grado di giudizio.

Gli strumenti di tutela al riguardo assicurati dall'ordinamento (possibilità di impugnare il dispositivo della sentenza e ottenerne la sospensione dell'efficacia; possibilità di ottenere la misura cautelare monocratica ai sensi dell'art. 21, comma 9, l. TAR), soddisfano pienamente le esigenze di una rapida definizione della controversia sul piano cautelare; tanto più ove si consideri che la vicenda processuale è, a questo punto, portata all'esame del giudice nella sua pienezza e nella completezza del contraddittorio, mediante l'impugnazione della decisione di merito di primo grado, con la conseguenza che non avrebbe logicamente ragion d'essere la reiterazione di un giudizio cautelare *ante causam*.

Il regime di non appellabilità del provvedimento cautelare *ante causam* appare costituzionalmente legittimo, considerata la proponibilità della domanda cautelare ordinaria unitamente al ricorso di merito successivamente al rigetto dell'istanza cautelare preventiva e l'esclusione della tutela cautelare *ante causam* nel giudizio d'appello. Peraltro, essendo il provvedimento di accoglimento destinato comunque a perdere efficacia entro sessanta giorni, l'appello appare superfluo, in considerazione del breve lasso temporale di efficacia della misura. Né la mancata previsione di rimedi impugnatori avverso il provvedimento cautelare può ritenersi costituzionalmente illegittima perché in ipotesi violativa del principio di parità delle parti, consacrato nell'art. 111, comma 2, Cost., ove si consideri che l'esclusione dell'appellabilità e reclamabilità riguarda tanto il provvedimento di accoglimento che quello di rigetto.

Il Codice ha inteso chiaramente connotare il provvedimento cautelare preventivo quale rimedio rigorosamente interinale, non autosufficiente, provvisorio e, soprattutto, *ad tempus* (i suoi effetti si esauriscono con il decorso dei 60 giorni), tale da non pregiudicare gli interessi (specie, quelli dell'amministrazione nei cui confronti è emesso il provvedimento di accoglimento) sottesi alla controversia, fino all'adozione della successiva pronuncia cautelare *post causam*, avverso la quale potrà proporsi impugnativa ai sensi dell'art. 28, comma 3, l. TAR.

---

(189) A sostegno di tale conclusione F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., richiama l'orientamento della dottrina processualcivistica, che, sulla base delle medesime argomentazioni, afferma l'inammissibilità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. per sospendere o modificare l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali; nello stesso senso, GAVERINI, *op. cit.*, 3562; TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

Sul versante effettuale, pare cogliere nel segno il rilievo di quanti (190) sottolineano che la disciplina positiva della cautela preventiva risulta conformata in modo profondamente differente da quella relativa alla misura cautelare collegiale, che appare dotata di una maggiore (ancorché solo tendenziale) stabilità, in quanto destinata a spiegare effetti fino alla sentenza di merito, ossia per un periodo di tempo non preventivabile. Tanto, condivisibilmente, si ritiene sufficiente a giustificare il diverso regime (di esclusione) delle impugnazioni del provvedimento *ante causam*.

Ad ogni modo, l'istante che si sia visto rigettare la domanda potrà sempre riproporla dopo l'instaurazione del giudizio di merito e, dunque, nelle forme ordinarie, ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, 1. TAR, come richiesta di tutela monocratica o collegiale, sussistendo i rispettivi presupposti.

L'emanazione di un provvedimento favorevole determina, invece, in forza della previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 245, l'onere per l'istante di notificarlo (191) alle altre parti entro un termine variabilmente stabilito dal giudice, ma, comunque, mai superiore a cinque giorni (che costituisce, dunque, un termine legale massimo), pur quando il giudice abbia per ipotesi fissato un termine superiore. Tale termine deve ritenersi decorrere dalla data della pubblicazione del provvedimento.

L'art. 245 tace in ordine alle conseguenze della mancata e/o tardiva notificazione del provvedimento di accoglimento.

Al riguardo, considerata la perentorietà del termine per la notifica, deve concludersi che la misura perda ogni effetto, anche prima del decorso del termine di 60 giorni previsto per introdurre il giudizio di merito.

Entro tale termine perentorio l'atto va consegnato all'ufficiale giudiziario. Per il notificante, infatti, la notifica si perfeziona con la sola consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. A partire da tale momento, il beneficiario è legittimato a pretendere l'esecuzione del provvedimento. Per i destinatari, tuttavia, la notifica si perfeziona con il ricevimento dell'atto. Ne consegue che la pubblica amministrazione resistente è tenuta ad osservare il provvedimento cautelare dal momento in cui ne riceve la notificazione (192).

Così come previsto dall'art. 669 *undecies* c.p.c. per l'analoga misura civilistica, il comma 6 dell'art. 245 del Codice dispone che l'efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di un'adeguata cauzione *per i danni alle parti* (amministrazione resistente e con-

---

(190) Diffusamente, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.; nello stesso senso, DE CAROLIS, *La tutela giurisdizionale*, cit., 1137; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, cit., 516.

(191) Notifica della cui utilità dubita la dottrina: PAOLANTONIO, *op. cit.*, N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., considerato che della pendenza del procedimento le parti necessarie hanno già contezza per effetto della notifica dell'istanza di concessione della misura cautelare *ante causam*.

(192) DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 138.

trointeressati) e ai terzi.

La prestazione della cauzione (il cui mancato versamento nel termine giuridicamente fissato si atteggia come condizione risolutiva dell'efficacia della misura cautelare concessa), diversamente da quanto disposto dall'art. 21, comma 8, l. TAR, riguarda unicamente il provvedimento di accoglimento, dal quale la norma del Codice si distingue anche in ragione del fatto la prestazione della cauzione si ricollega alla possibile produzione di danni alle parti e ai terzi, mentre il comma 8 dell'art. 21 prevede che la cauzione debba essere prestata solo nell'ipotesi in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare possano derivare effetti irreversibili.

Non persuade, al riguardo, la tesi che ritiene di poter estendere per analogia la prestazione della cauzione anche all'ipotesi di provvedimento di diniego della misura, potendosi, secondo tale impostazione, commisurare la cauzione all'eventuale pregiudizio che si produrrebbe a carico del richiedente qualora illegittimamente risultasse non aggiudicatario, con la conseguenza che anche il controinteressato potrebbe subire l'imposizione della cauzione (193). Invero, richiamando le osservazioni formulate dalla dottrina con riferimento alla disposizione di cui all'art. 21, comma 8, l. TAR (194), l'istituto della cauzione presenta diverse finalità a seconda che acceda ad un provvedimento di concessione ovvero di diniego della misura cautelare: solo nel primo caso la cauzione può dirsi avere funzione effettivamente cautelare, a garanzia degli interessi dell'amministrazione resistente ovvero dei controinteressati; diversamente, nel caso di provvedimento di diniego, l'imposizione della cauzione risponde a logiche diverse, non costituendo elemento condizionale dell'efficacia della misura cautelare, ma solo "*una soluzione offerta dal giudice al ricorrente in luogo della misura cautelare rifiutata*" (195). La diversità di ratio dell'istituto della cauzione nel caso di provvedimento di rigetto la rende inestensibile all'ipotesi di provvedimento di accoglimento, l'unico al quale il comma 6 dell'art. 245 del Codice ha riferito l'imposizione della cauzione.

Diversamente da quanto previsto nell'art. 21, comma 8, l'imposizione della cauzione può essere disposta per il possibile prodursi di "*danni alle parti e ai terzi*", mentre non è ripetuto il divieto, previsto in quella norma, di subordinare a cauzione la concessione o il diniego della misura cautelare "*quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale*". Tale disposizione, ponendosi a protezione di valori di primaria rilevanza, ben può essere analogicamente estesa alla prestazione della

---

(193) Così TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(194) N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 122-123, che parla di "*cauzione a doppio uso*", rimarcando la diversità della funzione dell'imposizione della cauzione nei due casi.

(195) N. SAIITA, *op. ult. cit.*, 123.

cauzione in caso di concessione di una misura cautelare preventiva.

In via generale, se la causa di merito non è promossa entro il termine perentorio per essa previsto, il provvedimento cautelare perde efficacia, così come perde efficacia nel caso di omessa e/o tardiva notificazione del provvedimento di accoglimento o di mancato versamento della cauzione.

Secondo una parte della dottrina, se entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, comunicazione o piena conoscenza del provvedimento in relazione al quale è stata chiesta la misura cautelare, non è stata promossa la causa di merito, la p.a. e i controinteressati possono rivolgersi al giudice che ha adottato la misura cautelare per far accertare la sua perdita di efficacia. In particolare, si sostiene che la declaratoria di inefficacia della misura cautelare, sebbene non espressamente previsto dall'art. 245, potrà essere richiesta dalla parte interessata sia nel caso in cui non sia rispettato il termine di sessanta giorni (comma 2), quanto nel caso in cui non sia stato introdotto il giudizio di merito nel termine di sessanta giorni, sia quando l'istante non abbia provveduto alla notifica del provvedimento nel termine massimo di 5 giorni, sia, ancora, quando non sia stata versata la cauzione prevista dal comma 3. Questa regola, diversamente dal processo civile (art. 669 *nonies* c.p.c.), non è espressamente codificata, ma discende dal sistema, non potendosi concepire che conservi efficacia una misura cautelare che è disancorata da un giudizio di merito che non è stato proposto (196).

Secondo altra tesi, che si condivide, la previsione di un apposito procedimento per la declaratoria di inefficacia della misura cautelare appare inutile, in considerazione di come è articolata la norma di cui al comma 6 dell'art. 245; ciò in quanto la misura cautelare *ante causam* di accoglimento è caratterizzata *ex lege* da un'efficacia esattamente delimitata nel tempo, sicché sarebbe incongrua e sostanzialmente inutile, oltre che contraria a normali principi di economia processuale, la previsione di una fase procedimentale siffatta, che si riconnette - nel codice di procedura civile - alla mancata proposizione del ricorso di merito nei termini di cui all'art. 669 *octies* c.p.c. (nel caso dell'art. 245, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, la data di inizio di efficacia del provvedimento è costituita dalla sua "*prima emissione*", mentre quella finale è direttamente individuata dal legislatore, senza che il giudice possa, quindi, svolgere altra attività, anche solo notarile, in qualche misura utile a dare conto dell'intervenuta inefficacia della misura concessa) (197).

A chiusura del sistema, con disposizione che accentua la strumentalità ed interinalità della tutela cautelare *ante causam*, il comma 6 connota la misura preventiva di accoglimento quale provvedimento rigorosamente *ad tempus*, la cui efficacia si esaurisce con il decorso del sessantesimo giorno dalla sua

---

(196) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*

(197) BUONVINO, *op. cit.*

prima emanazione (ossia, dalla data della sua pubblicazione).

Come accennato, entro tale termine il ricorrente dovrà introdurre il giudizio di merito, chiedere la misura cautelare ordinaria, che potrà modificare, confermare o revocare quella già concessa in sede preventiva. Resteranno, così, efficaci le sole misure cautelari confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, l. TAR.

Il termine di sessanta giorni (entro il quale la parte dovrà notificare il ricorso di merito, depositarlo, chiedere ed ottenere una misura cautelare ordinaria, ossia *post causam*) è stato ritenuto dalla relazione di accompagnamento al Codice adeguato al tempestivo espletamento degli incombeni cui è onerato il ricorrente.

Il Codice ha, così, disatteso il parere del Consiglio di Stato, che aveva suggerito di prevedere che il provvedimento di accoglimento diventasse inefficace “comunque non oltre la pronuncia del collegio cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile a seguito della proposizione del ricorso”. Come rilevato in dottrina (198), “*se la disposizione fosse stata così formulata, l'efficacia del provvedimento di accoglimento avrebbe potuto venir meno anche prima di sessanta giorni qualora il ricorrente avesse ritenuto opportuno instaurare più rapidamente il giudizio di merito e sottoporre, quindi, al collegio l'istanza cautelare prim'ancora del decorso di tale periodo*”.

In ogni caso, l'aver ancorato la perdita di efficacia del provvedimento ad un atto di competenza del giudice, considerato che nel termine di sessanta giorni dovrà pure provvedersi alla pubblicazione della pronuncia incidentale cautelare richiesta dal ricorrente con l'introduzione del giudizio di merito, appare piuttosto discutibile (199). Avrebbe, forse, potuto prevedersi la cessazione dell'efficacia della misura con espressa salvezza del tempo necessario alla pubblicazione del provvedimento cautelare.

Non pare, da ultimo, condivisibile la tesi (200), secondo cui il provvedimento di accoglimento dell'istanza potrebbe ridurre il termine di efficacia di sessanta giorni: un potere riduttivo del genere vanificherebbe completamente la *ratio* che ha ispirato il legislatore ad introdurre la tutela cautelare *ante causam* nel nostro ordinamento processuale amministrativo, considerato, tra l'altro, che nel termine di sessanta giorni il ricorrente deve notificare e depositare il ricorso di merito ed entro lo stesso termine dovrà essere pubblicata la decisione cautelare (*post causam*). Un'ulteriore riduzione dei tempi trasformerebbe la misura in un provvedimento *ad horas*.

---

(198) F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit.

(199) In tal senso, condivisibilmente, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(200) PIACENTINI, *Introduzione al dibattito presso il T.A.R. Lombardia del 12 ottobre 2006*, richiamato in M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici*, cit.

### 16. Il potere di revisione della misura cautelare. Profili problematici

A compensare la regola dell'inimpugnabilità (*rectius*: l'inappellabilità) del provvedimento cautelare di accoglimento il legislatore ha esteso le ipotesi di revoca e modifica del provvedimento stesso rispetto a quelle previste dalla l. n. 205/2000 relativamente alle misure cautelari *post causam*.

Dispone, in merito, il comma 6 dell'art. 245 del Codice che “*il provvedimento di accoglimento [...] è sempre revocabile o modificabile dal Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito*”.

La norma - che suscita diverse perplessità e dubbi di costituzionalità, per violazione del principio della domanda tipico del processo amministrativo (201) e del processo di parti - necessita di alcune precisazioni.

Dalla formula normativa si desume che il provvedimento di diniego è intangibile, il che è coerente con il principio dispositivo e dell'impulso di parte, che connota il processo amministrativo (202). Tuttavia, proprio rispetto a tale principio è decisamente distonica la previsione del potere di modifica e revoca *d'ufficio* del provvedimento di accoglimento riconosciuto al presidente ovvero al collegio dopo che sia stato instaurato il giudizio di merito.

E' da ritenere che, nelle intenzioni del legislatore, un siffatto meccanismo di revisione ufficiosa del provvedimento di accoglimento, costituisca strumento per garantire al giudice non solo (e non tanto) un controllo sulle sopravvenienze fattuali, ma anche una valutazione della conformità all'interesse pubblico della misura cautelare preventiva di accoglimento, sul presupposto della sua eversione rispetto al sistema delle tecniche di tutela tipiche sin qui previste dal sistema.

Peraltro, un simile potere ufficioso di revisione della misura concessa non si raccorda con la corrispondente disposizione di rito civile (art. 669 *decies*), che richiede, ai fini della revoca o della modifica, un'istanza di parte. Secondo

---

(201) Peraltro, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel parere reso nell'adunanza del 6 febbraio 2006, aveva ipotizzato che il provvedimento di accoglimento fosse revocabile o modificabile solo “su istanza o reclamo di ogni interessato”. In dottrina, quanto ai dubbi di legittimità costituzionale della norma, per irragionevole disparità di trattamento nel regime di modificabilità o revocabilità del provvedimento monocratico *ante causam*, riservato dal comma 6 dell'art. 245 al solo provvedimento di accoglimento, si vedano le osservazioni svolte da PAOLANTONIO, *op. cit.*, 338 ss. e di C.E. GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, cit.

(202) L'applicazione del principio dell'impulso di parte nel processo amministrativo costituisce un vero e proprio dogma giurisprudenziale, che rinviene il suo fondamento normativo nell'art. 6 del regolamento di procedura emanato con R.d. 17 agosto 1907, n. 642 e nel connesso principio generale sancito dall'art. 112 c.p.c., in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa: *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 21 dicembre 2004, n. 8184, in *Foro amm. CdS*, 2004, 12, 3575.

i principi generali, irragionevolmente disattesi dal Codice, la revoca e la modifica del provvedimento cautelare sono ancorate saldamente all'impulso di parte: il codice di rito civile, infatti, preclude qualunque iniziativa ufficiosa e conferma l'inesistenza di uno *jus poenitendi* sulla misura concessa esercitabile discrezionalmente dal giudice. Per la parte, la domanda di revoca o modifica costituisce, allora, esercizio del potere cautelare in senso rispettivamente negativo e correttivo, ma in niente diverso dal potere riconosciuto a colui che originariamente chiede che sia disposta la misura; specularmente, dal punto di vista del giudice, la pronuncia sull'istanza di revoca è anch'essa manifestazione della potestà cautelare finalizzata, nella mutata situazione di fatto, ad assicurare l'effettività della tutela (203).

Peraltro, come rilevato dalla dottrina, qualora la revoca o modifica avvengano d'ufficio da parte del Collegio (dopo l'inizio del giudizio di merito), si determina una singolare ingerenza di un giudice su provvedimenti di un altro giudice, senza iniziativa di parte. Tale ingerenza appare difficilmente giustificabile sul piano del principio costituzionale di indipendenza del giudice, non essendovi tra giudice monocratico, da una parte, e presidente o collegio, dall'altra parte, una gerarchia, propria o impropria. Sicché, è da ritenere che tale intervento d'ufficio da parte del Collegio sia da esercitare solo in casi di assoluta, estrema e oggettiva gravità, quale estrema *ratio* per rimediare a situazioni abnormi (204).

A prescindere dai rilievi di principio che si possono muovere a tale disposizione, il meccanismo della revoca o modifica ufficiosa - come già puntualmente evidenziato con cognizione di causa da parte della dottrina togata (205) - avrà scarso impatto pratico, in quanto, non esistendo un ruolo di cause del singolo giudice, il presidente o il componente del collegio ha cognizione della controversia e disponibilità del fascicolo solo quando viene designato per la trattazione, il che avviene, nel vigente sistema, solo a seguito di un atto di impulso di parte. Ne consegue che appare congegno impraticabile quello che, di fatto, ipotizza che, in assenza di istanza di parte (di revoca o modifica), il giudice si metta alla caccia di fascicoli negli archivi della segreteria.

I principali problemi interpretativi che la norma pone possono così sintetizzarsi:

1) in primo luogo, v'è da chiedersi in forza di quali presupposti (fattuali e giuridici) e secondo quali modalità il presidente ovvero il collegio possa attivarsi, appunto d'ufficio, per revocare o modificare il precedente provvedimento cautelare *ante causam*;

---

(203) In tal senso, ADDARIO, *Limite temporale e competenza per la revoca e la modifica del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2001, 1874.

(204) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 139.

(205) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici*, cit.



2) un secondo interrogativo attiene alla questione se la decisione di procedere alla revoca o modifica debba o meno essere preceduta da una fase deliberativa nella quale sia assicurato lo stesso *minimum* di contraddittorio previsto dal comma 4 dell'art. 245 per l'adozione della misura cautelare *ante causam*.

Quanto all'individuazione dei presupposti per l'esercizio del potere ufficioso di revoca o modifica, si può sostenere che il potere stesso è strettamente ancorato al sopravvenire di nuovi fatti o circostanze (ivi compreso lo *jus superveniens*) rispetto al momento di emissione del provvedimento ovvero di cui si è acquisita conoscenza dopo tale momento (206) e, quindi, non valutati in precedenza. Deve trattarsi, dunque, di elementi idonei ad innovare, in fatto e in diritto, il complessivo quadro valutativo su cui si fondava la pregressa decisione cautelare. Il che si spiega in ragione della funzione assolta dall'istituto della revoca o modifica, finalizzato ad adeguare il provvedimento cautelare agli sviluppi del processo introdotti da un mutamento della situazione di fatto o di diritto che abbia per effetto il sopravvenuto venir meno, in tutto o in parte, dei presupposti cautelari del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*.

Se così è, tuttavia, pare davvero necessario che a stimolare il potere d'intervento sul provvedimento emesso non possa che essere la parte a ciò interessata, che segnali al giudice le sopravvenienze reputate idonee a giustificare un provvedimento di segno negativo rispetto a quello in precedenza emesso, così come previsto nell'analogo rimedio civilistico dall'art. 669 *decies* c.p.c.

Quanto alla questione relativa alla garanzia del contraddittorio prodromica all'adozione del provvedimento di revoca o modifica, l'espressione "*senza formalità*" in base alla quale il legislatore prevede sia esercitabile il potere ufficioso di revisione non pare lasciare margini di dubbio sul fatto che il provvedimento di accoglimento possa essere modificato o revocato non solo in mancanza di domanda di parte, ma anche senza ascoltare le parti. Pur trattandosi di una sorta di provvedimento di autotutela giudiziale, il legislatore non ha seguito la c.d. regola del *contrarius actus*, prescindendo sia dalla domanda di parte che dalla sua notifica.

Pare evidente come, anche sotto tale punto di vista, la norma violi il principio costituzionale della parità delle parti, risultando assolutamente sbilanciata in favore dell'amministrazione (e dei controinteressati), considerato che il ricorrente potrebbe trovarsi nella condizione di dovere subire la misura negativa senza aver potuto in alcun modo interloquire sulla idoneità a legittimarla delle sopravvenienze valutate dal giudice.

Come opportunamente sottolineato in dottrina (207), "*quando il giudice*

---

(206) Tale soluzione è proposta da F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., che richiama a sostegno l'art. 21, comma 12, l. TAR e l'art. 669 *decies* c.p.c., applicabile analogicamente; *contra*, M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., la quale sottolinea come la norma non subordina il riesame a "*fatti sopravvenuti*".

(207) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

*amministrativo si accorga che ha sbagliato nel negare la misura cautelare, non può autocorreggersi (a vantaggio del ricorrente), mentre può farlo (a vantaggio dell'amministrazione e del controinteressato) nel caso inverso, quando, cioè, si avveda di aver sbagliato nel concedere la misura cautelare".* In sostanza, la revoca o modifica del provvedimento, fondata su una diversa valutazione dell'interesse pubblico (correlata a fatti sopravvenuti, ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c., analogicamente applicabile, che inducano ad una rinnovata valutazione delle condizioni di legittimità della misura concessa), è unilaterale: ossia, solo a danno dell'istante, che si vede revocata (o modificata *in pejus*) la misura in precedenza concessagli, d'ufficio e senza essere sentito. Dunque, la clausola *rebus sic stantibus*, che caratterizza in termini di rigorosa strumentalità il provvedimento cautelare emesso *ante causam* nel processo amministrativo, opera solo a vantaggio delle controparti dell'istante.

In ogni caso, un'improvvisa revoca del provvedimento, d'ufficio, sulla base di non precisati presupposti e in assenza di contraddittorio, che venga ad incidere, ad esempio, su un procedimento di gara, nel quale l'amministrazione potrebbe aver riaperto i termini o emesso ulteriori provvedimenti consequenziali all'originaria misura cautelare di accoglimento, reca instabilità all'assetto degli interessi in contesa; il che rende indispensabile, anche dal punto di vista pratico, il coinvolgimento di entrambe le parti prima di adottare un provvedimento del genere.

La norma pone ulteriori problemi - già segnalati dalla dottrina (208) - nella parte in cui prevede che la revoca o la modifica su impulso di parte avvenga "*su istanza o reclamo di ogni interessato*".

Il primo problema interpretativo che la norma pone attiene alla equipollenza o meno dei termini "*istanza*" e "*reclamo*".

Secondo una tesi (209), si potrebbe ritenere che la distinzione tra l'istanza e il reclamo attenga alle *ragioni poste a fondamento dell'una o dell'altra forma di domanda di revoca o di modifica*; mentre con la mera istanza si aggiungono ragioni diverse o sopravvenute rispetto a quelle poste a fondamento dell'originaria istanza di concessione della misura cautelare, con il reclamo si contesterebbero i presupposti stessi valorizzati dal giudice per accogliere l'istanza cautelare *ante causam*. Quindi, il reclamo costituirebbe uno strumento con il quale si chiede la revoca del provvedimento adducendo l'erroneità dei presupposti e dei motivi allegati nell'istanza cautelare *ante causam*, che sono stati condivisi dal giudice in sede di accoglimento dell'istanza e di emissione del relativo provvedimento.

Secondo altra tesi (210), la distinzione tra istanza e reclamo si legherebbe

---

(208) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

(209) POLICE, *op. cit.*, 793.

(210) DE NICTOLIS, *op. cit.*, 139 s.

al momento in cui la richiesta di revisione del provvedimento viene formulata, ritenendosi che la norma preveda una competenza specifica per la revoca e la modifica, che non coincide con quella inerente alla adozione del provvedimento cautelare. Mentre, infatti, quest'ultimo può essere adottato sia dal presidente che da un suo delegato, la revoca e la modifica sono di competenza esclusiva o del presidente o del collegio. La competenza dipende dal momento cronologico in cui la revoca o la modifica vengono disposte:

1) *prima dell'inizio dell'inizio della causa di merito*, la competenza spetta esclusivamente al presidente e la richiesta si propone con *istanza*;

2) *dopo l'inizio della causa di merito*, la competenza spetta esclusivamente al collegio e la relativa richiesta si propone con *reclamo*.

In quest'ottica, si pone in risalto che, ove revoca e modifica avvengano su reclamo, esse integrano un rimedio demandato ad un giudice diverso da quello che ha adottato il provvedimento cautelare (ossia al Collegio).

Secondo quanto espressamente dispone il comma 6 dell'art. 245 del Codice, l'istanza o il reclamo possono, dunque, provenire tanto dall'amministrazione che dai controinteressati destinatari della notifica dell'istanza cautelare *ante causam*, quanto da ulteriori soggetti, rispetto ai quali comunque il giudice dovrà verificare, secondo i principi generali, l'interesse rispetto alla proposizione del rimedio: si tratterà, in genere, dei controinteressati sostanziali, cui la domanda cautelare *ante causam* non sia stata notificata, ovvero di quei soggetti che dalla misura possono subire un pregiudizio dal provvedimento di accoglimento.

E' da escludere che il ricorrente possa presentare istanza di modifica *in melius* della misura di accoglimento già accordatagli, considerato che la revoca o lo modifica controbilanciano la non appellabilità del provvedimento favorevole, sicchè costituiscono rimedi esperibili unicamente dall'amministrazione ovvero dai controinteressati, formali e sostanziali, ovvero ancora da altri soggetti (estranei al procedimento cautelare *ante causam*) che hanno interesse a contrastare la misura (211).

Il comma 6 dell'art. 245 del Codice non chiarisce, poi, se a comporre il collegio che si pronuncia sulla domanda cautelare *post causam* possa essere chiamato a far parte il presidente (o magistrato da lui delegato) che abbia emesso il pregresso provvedimento cautelare *ante causam* (212).

(211) In tal senso, condivisibilmente CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

(212) La questione è posta da TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., il quale evidenzia giustamente che "è difficile negare che il mantenimento dei poteri cognitori in capo al magistrato che si era già occupato dell'affare può realizzare una contrazione dei tempi di esame e pronuncia, dovuto al fatto, ovvio, che costui avrà già una conoscenza - per quanto sommaria - della vicenda (ri)portata al suo vaglio. Sotto altro profilo, però, si pone il problema di una possibile prevenzione del giudice che, come ogni essere umano, è spinto ad adottare comportamenti coerenti e consequenziali; il giudicante pertanto, in seconda battuta, potrebbe risultare privo di quella serenità che, verosimilmente, caratterizzerebbe l'operato di un magistrato completamente 'ignaro' della controversia".

La prassi, osservata con riferimento alla tutela cautelare monocratica presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, è nel senso di ammettere a partecipare al collegio chiamato a rivedere la misura già concessa il magistrato che si era in precedenza pronunciato, sicchè è ipotizzabile un'estensione di tale prassi anche nell'applicazione dell'art. 245, comma 6, del Codice.

Sul versante dell'esecuzione del provvedimento, il comma 7 dell'art. 245 dispone che per l'attuazione della misura cautelare trova applicazione il disposto di cui all'art. 21, comma 14, l. TAR: si applica, pertanto, il rimedio dell'ottemperanza cautelare, avendo, opportunamente, il legislatore del Codice evitato di richiamare la disciplina processual-civilistica dettata dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. per l'attuazione del provvedimento cautelare, che non garantire un'efficienza analoga a quella dell'ottemperanza (213).

In forza del richiamo all'art. 21 cit., sarà consentito all'istante, nell'ipotesi in cui l'ordine sia rimasto ineseguito in ragione di una condotta inerte, dilatoria o soprassessoria, ovvero mediante l'adozione di nuovi provvedimenti amministrativi non soddisfattivi per l'istante, notificare alle controparti un'istanza, stavolta rivolta al collegio, volta ad ottenere la nomina di un commissario *ad acta* ovvero la sostituzione del giudice all'amministrazione, perché sia data compiuta attuazione (anche con atti di annullamento) alla misura rimasta inosservata (214).

Va da sé che, laddove la misura adottata *ante causam* consista nella sospensione della procedura di gara, non sembra che essa abbisogni di una specifica attività esecutiva da parte dell'amministrazione, salvo che il giudice non accompagni tale *dictum* con ulteriori *normae agendi* volte a cautelare la posizione dell'istante mediante l'imposizione, all'amministrazione stessa, di comportamenti positivi, che comunque non ostacolino l'efficacia della successiva pronuncia cautelare, di qualunque segno essa sia.

Il comma 7 dell'art. 245 disciplina pure il potere del giudice della cautela *ante causam* di regolare le spese del procedimento, rinviando a tal fine all'art. 21, l. TAR.

---

(213) *Contra*, BUONVINO, *op. cit.*, dubita che la procedura esecutiva prevista dal Codice dei contratti pubblici, pur con la dimidiazione dei termini processuali, sia del tutto adeguata alle esigenze di eccezionale urgenza che si intendono soddisfare e, in particolare, al fatto che la misura cautelare ha efficacia comunque non eccedente i sessanta giorni; con l'aggiunta che il termine ora detto sarebbe anche destinato ad essere ulteriormente consumato dai tempi necessari per la nomina e l'attività materiale del commissario *ad acta*; tanto, osserva l'A., "in considerazione dei tempi tecnici necessari per l'attivazione, ai sensi degli artt. 90 e 91 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, del procedimento in questione, che va portato all'esame del Collegio (non prevedendo, la norma in esame, il radicamento innanzi allo stesso giudice monocratico del ricorso di ottemperanza di cui si tratta) e che deve essere preceduto dalla notificazione di apposito atto di diffida e messa in mora".

(214) Cfr. SANINO, *Il processo cautelare in Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerrulli Irelli), Torino, 2000, 283 ss., secondo cui in tale ipotesi non si seguono le formalità proprie del giudizio di ottemperanza, essendo il giudice dotato dei poteri di merito «inerenti» a quel giudizio.

E' da ritenere che la disciplina dell'art. 21, comma 10, legge T.A.R. trovi applicazione anche nel caso di pronuncia di un provvedimento di revoca o modifica, che partecipa della natura del provvedimento di rigetto, non potendo, come detto, ipotizzarsi un'istanza di modifica *in melius* da parte del ricorrente. Ove si opinasse diversamente, troverebbe, comunque, applicazione in via analogica il disposto di cui all'art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c., norma che, secondo condivisibile dottrina (215), sarebbe stato auspicabile il Codice avesse richiamato, ponendo l'obbligo per il giudice della cautela di provvedere sulle spese nel caso di pronuncia di rigetto, mentre l'art. 21, comma 10, l. TAR si limita a prevedere una semplice facoltà del giudice riguardo al regolamento delle spese, in modo coerente con la tutela cautelare *post causam* per la quale è prevista (in tal caso sarà poi la sentenza a regolamentare, comunque, il regime delle spese).

Va da sé che, in caso di provvedimento cautelare *ante causam* di rigetto, il giudizio di merito potrebbe non essere avviato mai, sicché le parti resistenti potrebbero non vedersi mai ristorate dei costi sopportati per difendersi ove il giudice della cautela non abbia provveduto a regolare le spese del procedimento. Proprio per ovviare a tali situazioni, deve ritenersi che la statuizione sulle spese non possa costituire oggetto di mera facoltà per il giudice (come previsto dall'art. 21, comma 10, l. TAR), ma di un obbligo, secondo il disposto di cui all'art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c.

### 17. Contributo unificato e tutela cautelare ante causam

Com'è noto, il c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 243) ha significativamente innovato il regime del contributo unificato nel processo amministrativo, novellando l'art. 13 del T.U. delle spese di giustizia n. 115 del 2002. In particolare, nell'intento di semplificare il contributo unificato per i processi amministrativi, l'art. 21, comma 4, del decreto Bersani, eliminando il sistema della dichiarazione di valore dichiarata dalla parte al momento della proposizione del ricorso, ha introdotto due sole misure del contributo unificato, che prescindono dal valore della causa, riferite, invece, al rito processuale ed alla tipologia della controversia (216). Era, infatti, previsto il valore unico di €. 500,00, a prescindere dal valore della causa.

L'art. 1, comma 1307, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (*legge finanziaria per il 2007*) ha, poi, elevato la misura del contributo a € 1.000,00 per i ricorsi di-

(215) F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit.; nello stesso senso, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(216) Si veda, in proposito, la circolare del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa del 6 luglio 2006, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), contenente chiarimenti in merito all'applicazione delle nuove disposizioni.

sciplinati dal rito speciale di cui all'art. 23 *bis*, l. TAR e ad € 2.000,00 per i ricorsi che seguono tale rito in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di provvedimenti delle Autorità indipendenti (217).

Premesso che il decreto Bersani ha lasciato ferme le esenzioni già previste dal T.U. delle spese di giustizia (218), tra queste l'art. 10, comma 5, T.U. sulle spese di giustizia prevede "il *processo cautelare attivato in corso di causa*". Tale esenzione è stata, da ultimo, eliminata dall'art. 2, comma 212, lett. b), n. 1, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (219).

Pertanto, prima di tale ultima modifica normativa, quando la domanda cautelare sia proposta unitamente al ricorso di merito (art. 21, commi 8 e 9, l. TAR), operava l'esenzione dal pagamento del contributo unificato.

Con l'introduzione nel nostro sistema processuale della tutela cautelare *ante causam*, si è posto il problema se l'esenzione già contemplata dall'art. 10, comma 5, T.U. cit. possa analogicamente estendersi alla tutela cautelare preventiva pura ovvero se debba corrispondersi un importo pari alla metà di quello che dovrebbe essere versato per la causa di merito, come avviene nel caso dei normali procedimenti *ex artt. 669 bis ss., c.p.c.*, o se invece sia da liquidare l'intero importo dovuto per le controversie avanti al giudice amministrativo, prescindendo dal successivo pagamento per il giudizio di merito.

Al riguardo, si confrontano due posizioni.

La prima, più rigorosa, è patrocinata dalla dottrina (220) e dal Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa (221), secondo cui, atteso che la norma di esenzione riguarda solo il processo cautelare in corso di causa, si deve ritenere che per la domanda *ante causam* sia dovuto un autonomo contributo unificato rispetto al successivo ricorso di merito.

La tesi estensiva dell'esenzione è sostenuta dalla giurisprudenza (222),

---

(217) Per un primo commento critico a tale nuovo aumento si vedano le considerazioni di G. VIRGA, *Il prezzo della giustizia (a proposito dell'aumento fino a 2.000 euro del contributo unificato previsto dal maxiemendamento alla finanziaria 2007)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 12/2006.

(218) Ad esempio: i ricorsi in materia di pubblico impiego (relativamente alle sole controversie concernenti rapporti già costituiti), i ricorsi proposti dalle associazioni di volontariato inerenti l'attività statutaria dell'ente; i ricorsi elettorali; i ricorsi in materia di previdenza, assicurazione sociale obbligatoria, il regolamento di competenza e di giurisdizione, i procedimenti cautelari (ovviamente, l'esenzione riguarda quelli *post causam*, non essendo previsti al momento dell'emanazione del T.U. n. 115/2002 quelli *ante causam*).

(219) Sulle modifiche al T.U. spese di giustizia recate dalla l. 23 dicembre 2009, n. 191 si veda, per un quadro riassuntivo, la Circolare dell'Avvocato Generale n. 3/2010, in [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it).

(220) DE NICTOLIS, *Il nuovo contributo unificato nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2007, 139, che ricostruisce analiticamente il nuovo regime del contributo unificato nel processo amministrativo alla luce delle novità introdotte nel decreto Bersani; RUSCICA, *op. cit.*, 226.

(221) Circolare 6 luglio 2006, cit., nella quale si legge "il contributo per i giudizi cautelari è dovuto, in aggiunta al contributo per il ricorso in primo grado e in appello ... c) per le istanze cautelari *ante causam* introdotte dall'art. 245 del codice degli appalti (approvato con d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006), richieste dall'interessato in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito".

(222) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 aprile 2007, n. 324, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 2110.

che ritiene applicabile in via analogica (mancando una specifica disposizione che disciplini, per quanto concerne il contributo unificato, la domanda cautelare *ante causam*, prevista, nel giudizio amministrativo, solo per il processo in materia di contratti pubblici di cui all'art. 245 del Codice) la regola dell'esenzione posta dall'art. 10, comma 5, T.U. sulle spese di giudizio, che, se pure letteralmente riferita alla domanda presentata in corso di causa, è ritenuta comprensiva anche della tutela cautelare preventiva pura, che riguarda un'istanza cautelare che, sebbene proposta anteriormente alla notificazione del ricorso, mantiene i caratteri dell'accessorietà e della strumentalità rispetto al successivo giudizio di merito e che, quindi, non dà luogo ad un'autonoma iscrizione a ruolo. A sostegno di tale conclusione, si argomenta, in particolare, che *“la previsione del versamento di un autonomo contributo - pur ipotizzata per la domanda cautelare ex art. 245 cit. in sede di primo commento sul nuovo contributo unificato, quale risultante a seguito della l. 4 agosto 2006 n. 248 e della l. 27 dicembre 2006 n. 296 - è prevista (peraltro, in misura ridotta alla metà) dall'art. 13, co. 3, T.U. n. 115/02, per i processi speciali previsti nel libro IV, titolo I, del codice di procedura civile, tra cui sono compresi i processi cautelari, che però non sono caratterizzati da rigoroso vincolo di strumentalità rispetto al giudizio di merito, come è invece nel processo amministrativo”*.

Orbene, ad avviso chi scrive, come già sostenuto in altra sede (223), pare da preferire la tesi rigorosa, non solo per ragioni d'ordine positivo (l'esenzione è prevista unicamente per i procedimenti cautelari *post causam*), ma anche in considerazione del rilievo che alla tutela cautelare preventiva *ante causam*, specie in caso di provvedimento negativo, potrebbe poi non seguire la successiva introduzione del giudizio di merito (224). La ragione dell'esenzione dal pagamento del contributo unificato per la domanda cautelare *post causam* può appuntarsi nel rilievo che una tale domanda è, per così dire, accessiva al ricorso di merito (nella quale, di prassi, è pure contenuta), oltrechè ad esso strumentale: in tal caso, la causa è già stata iscritta a ruolo e la domanda cautelare costituisce un'istanza che il ricorrente ha inteso formulare in funzione dell'integrità del risultato cui ambisce con la già avvenuta proposizione del ricorso di merito; diversamente, nel caso della tutela cautelare *ante causam*, mai alcun giudizio di merito potrebbe incardinarsi (anche nell'ipotesi di concessione della misura), sicchè non appaiono decisive quelle ragioni che inducono la giurisprudenza citata a sostenere l'esenzione dall'obbligo del pagamento del contributo unificato.

Naturalmente, ci si rende conto che, nell'ipotesi di introduzione del giu-

---

(223) MEZZOTERO, *op. cit.*, 1319.

(224) Questo rilievo, ai fini dell'obbligatorietà della statuizione sulle spese da parte del giudice della cautela *ante causam*, è formulato da F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., e da TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

dizio di merito, dover provvedere, da parte del ricorrente, ad un doppio pagamento del contributo unificato (il primo per la fase cautelare *ante causam*, quanto meno di importo pari alla metà di quello che dovrebbe essere versato per la causa di merito, come avviene nel caso dei normali procedimenti *ex artt. 669 bis ss., c.p.c.*, ed il secondo al momento del deposito del ricorso di merito) appare conseguenza eccessivamente rigorosa e tale da dissuadere, di fatto, dall'esperienza dello straordinario rimedio cautelare previsto dal Codice. Il che impone al legislatore di prevedere dei correttivi al riguardo, specie se, come da più parti auspicato, il rimedio della tutela cautelare *ante causam* verrà generalizzato.

*18. Riflessioni conclusive sulla tutela cautelare ante causam in attesa del nuovo codice del processo amministrativo anche alla luce delle novità introdotte dalla recente direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE*

L'analisi della disciplina del nuovo rimedio introdotto dal Codice consente di formulare alcune riflessioni conclusive.

Indubbiamente il legislatore ha colmato la lacuna processuale stigmatizzata dalla Corte di Giustizia europea, inserendo nel sistema processuale amministrativo uno strumento di tutela cautelare *aggiuntivo* delle tecniche di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Tuttavia, in attesa che il nuovo rimedio venga plasmato dalla giurisprudenza e ricondotto dal legislatore negli alvei della legittimità in relazione ai punti critici in precedenza illustrati (225), emergono non pochi dubbi sull'effettiva utilità dell'istituto, non foss'altro per la sua sostanziale sovrapposizione agli altri strumenti cautelari ordinari.

In particolare, non si scorgono sostanziali differenze tra il rimedio introdotto dal Codice e l'istituto della tutela presidenziale delineata dall'art. 21, comma 9, l. TAR, che presenta caratteristiche affini a quelle della tutela cautelare *ante causam* e che meglio si cala nei meccanismi tipici del processo amministrativo (226).

---

(225) In tal senso pare muoversi l'art. 73 della bozza di codice del processo amministrativo, su cui si rimanda al commento di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*.

(226) In proposito, perentoriamente, rileva M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.: "la cautela *ante causam* è una misura assolutamente irragionevole e sproporzionata nel nostro sistema processuale amministrativo, in cui l'effettività della tutela sotto il profilo dell'immediatezza è già pienamente garantita dall'art. 21, c. 9 l. TAR e della possibilità di integrare il ricorso fino alla scadenza dei termini attraverso la proposizione di motivi aggiunti. Ha quindi errato la Corte di Giustizia nell'ordinanza del 2004 e il Governo italiano ben potrebbe presumibilmente indurre gli organi comunitari ad una ulteriore riflessione sul tema. Del resto non appare a mio avviso senza significato la circostanza che la Direttiva 2007/66/CE si limiti a collegare l'effettività della tutela alla previsione di misure idonee a garantire che la violazione delle norme comunitarie non produca i suoi effetti, senza fare alcun esplicito riferimento alla necessità di una cautela *ante causam*".



Anche la tutela cautelare monocratica, introdotta dalla l. n. 205/2000, si richiede con ricorso, previamente notificato e con la garanzia del mero contraddittorio formale; anche la misura monocratica è atipica e destinata ad essere assorbita nella successiva deliberazione dell'istanza cautelare ordinaria. L'unica differenza - che per certi versi potrebbe, paradossalmente, andare a danno proprio dell'istante - è che si tratta di un rimedio che non prescinde dalla previa proposizione di un ricorso di merito. Tuttavia, come si è detto, anche l'istanza *ex art. 245* del Codice non potrà mai prescindere dalla ricostruzione, seppur sintetica, in fatto ed in diritto delle ragioni che sostengono la richiesta di misura cautelare *ante causam*, mediante la rappresentazione sommaria dei vizi di illegittimità del provvedimento, nonché - detto in altro modo - dalla indicazione della futura azione di merito.

Una valida giustificazione della introduzione dello strumento in esame potrebbe essere rinvenuta nella necessità di consentire alla parte che subisce un pregiudizio da un atto di gara di poterne invocare la sospensione nelle more della valutazione circa la ricorrenza di profili di illegittimità da fare valere con il successivo ricorso. E' ovvio intendere che, affinché una simile ricostruzione abbia ingresso, si dovrebbe ammettere che il fondamento esclusivo della cautela di nuovo conio risieda nel (solo) *periculum in mora*. L'onere di provare l'illegittimità dell'atto sarebbe, invece, rinviato alla sede del gravame i cui tempi non sarebbero in tesi compatibili con l'esigenza del concorrente di ottenere una tutela effettiva. Tuttavia, questa giustificazione non può essere condivisa, considerato che, per tutte le ragioni esposte, è onere della parte che fa l'istanza indicare anche i profili di illegittimità che ci si riserva di illustrare *funditus* nel ricorso, da soli o in aggiunta agli altri eventualmente conosciuti successivamente.

Se è così, però, la tutela cautelare *ante causam* si rivela per la parte un inutile doppione della tutela monocratica e non stupisce che non se ne senta parlare nelle aule dei Tribunali amministrativi regionali, né che sia edito alcun precedente giurisprudenziale sulla norma di nuovo conio (227).

In definitiva: che farsene della tutela *ante causam* se può essere promossa solo con un *atto notificato e depositato* (come il ricorso e come l'istanza di misure provvisorie) nel quale (come nel ricorso e nell'istanza di misure provvisorie) vanno articolati, anche se solo sommariamente, i motivi che a dire

---

(227) Cfr., Pres. GIOVANNINI nella Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2009 dinanzi al T.A.R. Lazio, il quale sottolinea che "la tutela cautelare monocratica è già molto efficace: e ne dà conferma l'uso praticamente nullo dello strumento. Erano quindi perfettamente condivisibili gli argomenti svolti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 2002, nel senso che la possibilità di tutela cautelare immediata consentita dalla l. n. 205 del 2000 (affatto più rapida di quella prevista dagli artt. 669 e 700 c.p.c.) esclude che la tutela cautelare *ante causam* di fronte al giudice amministrativo costituisca una condizione di effettività della tutela e che in difetto di tale misura la p.A. goda di un'ingiustificata situazione di privilegio".

dell'istante rendono la “*lesione*” una “*violazione*” della posizione giuridica di diritto comunitario? Tanto vale proporre ricorso riservandosi di dedurre motivi aggiunti entro il termine dimidiato *ex art. 23 bis*, l. TAR (o motivi nuovi entro quello ordinario per la proposizione del ricorso).

Dunque, l'istituto in commento, così com'è, non convince. Perché possa rivelarsi di qualche utilità, di un'utilità diversa da quella riconosciuta ai rimedi cautelari dell'art. 21, l. TAR, occorrerebbe affrancarlo dall'onere di dedurre anche motivi di censura, perlomeno nei casi in cui di essi non sia facile ed immediato l'accertamento, non avendo l'interessato esatta cognizione dei motivi del provvedimento. Tuttavia, per quanto in precedenza esposto, alla proponibilità di un'istanza cautelare *ante causam* al buio o meramente esplorativa (motivata, cioè, alla stregua del solo *periculum*) si oppongono saldi principi del nostro ordinamento processuale (*in primis*, il principio dell'impulso di parte).

Se così è, allora, si deve riconoscere che l'istituto, più che rispondere ad un'effettiva esigenza di giustizia, è il portato di un obbligo di adeguamento dello Stato ai rilievi formulati in sede comunitaria. Di un tale rimedio, così come congegnato dal legislatore, forse neppure si sentiva il bisogno e non rappresenta un rilevante progresso sul piano dell'effettività della tutela rispetto ai risultati cui era già pervenuto il sistema italiano con la l. n. 205/2000, che, come detto, la Corte costituzionale nel 2002 aveva ritenuto adeguata per risolvere ogni problema di effettività della tutela interinale (228).

L'istituto, alla prova dei fatti, risulta di scarso impatto pratico, poiché le forme di tutela anticipata - seppur non *ante causam* - appaiono costituire sufficiente garanzia. Rispetto alla tutela cautelare monocratica di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, il nuovo rimedio nulla effettivamente aggiunge, limitandosi il legislatore ad esasperare i presupposti per la concessione della misura, fissando dei requisiti di accesso alla tutela difficilmente riscontrabili in concreto.

---

(228) Questi rilievi sono ben sviluppati da CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 705, il quale sottolinea la “*modesta utilità di questo istituto nel quadro delle molte opportunità date dal nuovo processo amministrativo, come anche confermato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 179/2002*”; nello stesso senso, con puntualità di argomenti, PAOLANTONIO, *op. cit.*; ROTIGLIANO, *op. cit.*, il quale osserva che “*sembra trattarsi di uno di quei casi in cui l'osmosi tra diritto comunitario e diritto interno non è proceduta per induzioni quanto piuttosto per deduzioni, attraverso cioè l'imposizione di un modello nel contrasto ritenuto poizore alle tradizioni giuridiche nazionali. Mentre invece “i diritti processuali nazionali, frutto di un affinamento plurisecolare dei vari ordinamenti, sono con le loro peculiarità un patrimonio ineguagliabile per il diritto europeo, più che una remora a fronte di un'uniformizzazione potenzialmente banalizzante delle regole processuali dell'Unione*”; VILLATA, *op. cit.*, in part. 856. Considerazioni critiche in ordine all'utilità del rimedio sono state espresse, da ultimo, anche da CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44, l. n. 88/2009 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); quanto ad una lettura del nuovo istituto alla luce dei principi del giusto processo e di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale si rinvia alle condivisibili osservazioni di M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit..

Sarà compito dell'elaborazione giurisprudenziale disegnare i confini tra l'estrema gravità ed urgenza e l'eccezionale gravità ed urgenza, facendo oscillare il pendolo della tutela cautelare sull'uno o sull'altro polo, ma, considerato il ristretto spazio concettuale tra l'estremo e l'eccezionale, si può fondatamente prevedere la schiacciante prevalenza di uno dei due strumenti a discapito dell'altro.

Non sembra, pertanto, condivisibile l'opinione di chi (229) ritiene che la nuova tutela cautelare, segnata da *un alto tasso di celerità, informalità e snellezza*, sia destinata ad accrescere il livello di effettività della tutela, rappresentando la delibazione dell'istanza *ante causam* un momento di filtro del contenzioso amministrativo utile a deflazionare i ricorsi alla giustizia amministrativa, perché l'adozione di un provvedimento di diniego adeguatamente motivato dissuaderebbe i privati dalla proposizione di ricorsi meramente dilatori e defatiganti.

Se ciò, in linea teorica può avere un fondamento, tuttavia, occorre considerare l'onere, che grava sull'istante, di rappresentazione, sia pur sintetica, delle ragioni poste a fondamento della richiesta; sicchè, si deve convenire che, con ogni probabilità, il giudice, che dovrà giudicare *iuxta probata et alligata*, non sarà in grado, data anche la ristrettezza dei tempi, di offrire una motivazione particolarmente ampia, specie sul *fumus* (ove, come sostenuto, lo si ritenga costituire presupposto per la concessione della misura, ad onta della formulazione normativa di cui al comma 3 dell'art. 245). Dal che consegue, per un verso, che quella particolare funzione di indirizzo dell'attività amministrativa - propria della tutela cautelare "ordinaria" - può, dirsi, riguardo alla tutela cautelare *ante causam*, decisamente abbandonata; per altro verso che l'istituto non svolgerà nella pratica alcuna effettiva funzione deflattiva e di filtro; è ovvio intendere che una misura negativa non adeguatamente motivata, non dissuaderà il ricorrente dal riproporre l'istanza cautelare nelle forme ordinarie.

Del resto, come acutamente rilevato in dottrina (230), lo scarso impatto pratico che il nuovo istituto sta dimostrando in concreto di avere dipende da una ragione basilare: diversa è, infatti, la funzione della tutela cautelare nel processo civile rispetto a quella del processo amministrativo, poiché nel primo tale funzione è quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale *dichiarativa o esecutiva*, i cui tempi di sviluppi potrebbero non essere compatibili con l'urgenza del provvedere, mentre *la struttura quasi sempre impugnatoria del processo amministrativo* (così come nelle controversie di cui all'art. 245, per le quali il rimedio preventivo è stato introdotto nel nostro ordinamento) ha ad oggetto una tutela finale di tipo costitutivo (finalizzata al-

---

(229) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(230) PAOLANTONIO, *op. cit.*, 337.

l'annullamento di un provvedimento amministrativo), non dichiarativa o esecutiva, sicchè assai rare sono le ipotesi in cui l'esigenza di una tutela cautelare *ante causam*, ossia scissa dal rapporto di strumentalità tra tutela cautelare e ricorso (di merito) impugnatorio, può emergere nel processo amministrativo.

Possono scorgersi, non di meno, ipotesi in cui la tutela cautelare *ante causam* potrebbe presentare una certa utilità e, in particolare, una possibile capacità deflattiva del contenzioso.

L'istanza cautelare *ante causam* ben potrebbe, infatti, concernere atti la cui conoscenza piena difetta in capo al richiedente e dei quali il medesimo non sia neppure in grado di apprezzare concretamente la reale, consistente ed attuale capacità lesiva; e, in tal caso, il giudice invocato ben potrebbe acquisire, dall'amministrazione, ai fini della pronuncia, quegli elementi conoscitivi minimi che potrebbero indurre l'interessato a non proporre ricorso (o, ad esempio, a differirne la proposizione al momento dell'adozione, nel prosieguo della procedura amministrativa, di atti effettivamente ed utilmente impugnabili).

Parimenti, la tutela cautelare *ante causam* potrebbe risultare utile nel caso di esclusione dalla gara nell'imminenza dell'apertura delle buste, ovvero di impugnativa del bando che, di per se, inibisca la partecipazione alla gara stessa (231); in tali ipotesi, infatti, potrebbe essere richiesta ed ottenuta *ante causam* la sospensione della procedura di aggiudicazione in attesa della definizione della domanda cautelare da avanzarsi in sede di merito, anche se ciò può produrre il non irrilevante effetto di una sospensione procedurale di non breve periodo, potenzialmente anche molto dannosa - almeno in talune tipologie di gara - per l'interesse pubblico.

Oppure, sempre nel caso di intervenuta esclusione dalla gara, il concorrente potrebbe essere ammesso con riserva ai soli fini del suo inserimento in una graduatoria virtuale (ma con esclusione della concreta aggiudicazione), spettando al giudice valutare, di volta, in volta, se tale riammissione sia compatibile con le caratteristiche più o meno complesse delle procedure di gara e con l'esigenza, in caso di rigetto - nel prosieguo - della misura cautelare *ex art. 21, l. TAR*, di riprendere il procedimento senza pregiudizi irre-

---

(231) Cfr., T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, decr. pres., 7 febbraio 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha sospeso l'efficacia di un bando che non ammetteva la partecipazione ad una pubblica gara dell'impresa ricorrente perché non rientrante tra le cooperative di tipo sociale alle quali sole era riservata la partecipazione; in tal caso, la P.A. ha annullato, in sede di autotutela, il bando di gara a seguito dell'emissione della misura cautelare *ante causam*, ma solo dopo la proposizione del ricorso di merito, con la conseguente successiva declaratoria, con sentenza succintamente motivata, della cessazione della materia del contendere; per l'indicazione di alcune ipotesi in cui lo strumento della tutela cautelare *ante causam* potrebbe risultare utile si rinvia a M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

versibili per l'amministrazione (mentre, non potrà, come detto, conseguire una pronuncia volta ad assicurargli l'aggiudicazione o ad escludere un altro concorrente, né indurre l'amministrazione ad utilizzare differenti criteri valutativi attesa la natura irreversibile di siffatte operazioni).

In aggiunta a tutte le considerazioni *de jure condito* svolte sopra, sull'effettività utilità del rimedio cautelare, in generale, e di quella *ante causam*, in particolare, potrebbe incidere pesantemente la nuova direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio (pubblicata in *G.U.C.E.* 20 dicembre 2007, n. 1, 335), che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (232). Tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati membri entro il termine del 20 dicembre 2009, termine prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema di decreto legislativo attuativo al parere delle Commissioni parlamentari, ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. n. 88/2009 (233).

La novità più rilevante della nuova direttiva è costituita dalla particolarissima disposizione di cui all'art. 2, par. 3 (234), il quale prevede l'introduzione negli ordinamenti processuali degli Stati membri di un'ipotesi (la prima ed unica nel nostro ordinamento) di effetto sospensivo automatico (la cui durata minima è di non meno di dieci giorni) dell'atto di aggiudicazione (235) quale conseguenza della mera proposizione di un ricorso giurisdizio-

---

(232) Fra i primi commenti relativi alla nuova direttiva ricorsi, si segnalano: BARTOLINI - FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1093 e ss.; CONTALDI LA GROTTIERA, *Le nuove 'direttive ricorsi' e le vecchie questioni sulla sorte del contratto*, in *Dir. e pratica amministrativa*, 2008, 3, 100 e ss.; DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti - La nuova 'direttiva ricorsi'*, in *Urb. e app.*, 2008, 6, 665 e ss.; GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); LIPARI, *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *ivi*.

(233) Lo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva ed il relativo parere della Commissione Speciale del 25 gennaio 2010 del Consiglio di Stato sono pubblicati su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); sugli effetti orizzontali della direttiva 2007/66, a seguito del suo mancato recepimento entro il termine del 20 dicembre 2009, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. un., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 2/2010, su cui v. le prime note di commento di CARDARELLI, *Commento a Cass. SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2010.

(234) L'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE dispone che: "*Qualora un organo di prima istanza, che indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo a una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso*".

(235) Atteso che l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso ha carattere eccezionale, esso è limitato all'ipotesi dell'impugnativa della sola decisione di aggiudicazione, come si desume dall'art. 2, par. 4, della direttiva 2007/66, il quale enuncia il principio che "*le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi ed automatici*"; ne costituisce espressa eccezione il caso indicato nel paragrafo 3.

nale avverso gli atti della gara (c.d. *clausola di standstill*) (236). Viene, dunque, introdotta una *sospensione processuale* che scatta automaticamente a seguito della proposizione del ricorso, che si aggiunge alla *sospensione sostanziale*, per un termine di non meno dieci giorni, prevista a decorrere dal giorno successivo alla comunicazione della decisione di aggiudicazione agli interessati.

La finalità della norma è, evidentemente, quella di evitare la c.d. “*corsa al contratto*”, ossia di scongiurare il rischio che, nonostante una tempestiva iniziativa di ricorso e nonostante una potenziale tempestiva risposta del giudice (ovviamente in sede cautelare), l’Amministrazione abbia già stipulato il contratto con l’impresa che sia stata (illegittimamente) individuata quale aggiudicataria; problema che si sostanzia nell’interposizione del contratto come ostacolo alla piena effettività (di tipo reintegratorio) della tutela offerta dal giudice amministrativo.

Come i primi commentatori della direttiva hanno evidenziato (237), tale previsione costituisce una vera e propria novità nel nostro sistema processuale, che è destinata a mettere in crisi (o comunque a far ripensare) il carattere dell’esecutività, come connotato tipico dell’atto amministrativo, tantochè la dottrina si è subito premurata di congegnare dei rimedi per temperare l’indifferenziata applicazione del principio di sospensione automatica (238). In ogni caso, al di là temperamenti ipotizzabili, il recepimento della sospensione automatica processuale costituisce un atto dovuto per gli Stati membri, essendo, a tal fine, espressamente, disposto che “è necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l’organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda” (12° considerando della direttiva 2007/66) (239).

La direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di far durare la sospensione processuale della delibera di aggiudicazione tra un periodo minimo, che è la *decisione della fase cautelare*, ed un periodo massimo, che è quello della *decisione di merito*.

Come accennato, l’attuazione della nuova Direttiva ricorsi è stata disposta

---

(236) Sulla clausola di *standstill* contemplata dalla direttiva del 2007 cfr., DI MARIO, *Le clausole “standstill” nell’attuazione della direttiva 2007/66*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); RUSCICA, *La rivoluzione attuata dalla Direttiva n. 66/2007*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it) e in *Strumentario enti locali*, 2009, 11).

(237) Si veda, in particolare, BARTOLINI - FANTINI, *op. cit.*; GRECO, *op. cit.*

(238) Secondo DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 666, in sede di recepimento della direttiva 2007/66/CE, il legislatore delegato dovrà: “(...) scegliere, tra le due opzioni comunitarie [relative alla durata della sospensione automatica] quella secondo cui lo *standstill* opera fino alla definizione della fase cautelare, e non anche fino alla definizione del merito”; a conclusioni sostanzialmente identiche perviene LIPARI, *op. cit.*

(239) In tal senso, BARTOLINI - FANTINI, *op. cit.*; GRECO, *op. cit.*; *contra* LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2008, 10-11, che sostiene la facoltatività del recepimento del termine sospensivo processuale.

dalla l. 7 luglio 2009, n. 88, recante “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008. (09G0100)*”, in tempo utile ad evitare la scadenza del termine di recepimento della Direttiva, prevista per il 20 dicembre 2009.

La legge contiene all’art. 44 una delega al Governo per il recepimento della Direttiva con decreto legislativo ed opera alcune scelte importanti tra quelle che il legislatore comunitario ha lasciato al legislatore nazionale.

Per quanto rileva ai fini della presente indagine, la legge delega ha previsto il recepimento della sospensione automatica in pendenza di ricorso in presenza delle seguenti condizioni: a) la sospensione si applica solo nel caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare; b) la domanda dev’essere presentata al giudice competente territorialmente e per materia, il quale rileva l’incompetenza inderogabile d’ufficio prima di ogni altra questione; c) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare; d) il termine per l’impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall’eventuale notifica, se anteriore.

Ne risulta l’introduzione di modifiche importanti al rito in materia di appalti caratterizzate dalla certezza di una decisione in sede cautelare (o di merito nel caso di conversione del rito cautelare) anteriore alla stipulazione del contratto, effetto di per sè non garantito dalla sola tutela ante causam.

L’art. 245-*bis*, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, introdotto dallo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66 prevede che il contratto non possa essere stipulato prima della decisione cautelare di primo grado ovvero prima della pubblicazione del dispositivo della sentenza pronunciata in forma abbreviata. A tal fine è previsto innovativamente che nel caso in cui la stazione appaltante fruisca del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato la notificazione del ricorso debba essere effettuata anche alla stazione appaltante al fine di attivare il termine sospensivo della stipulazione.

La disposizione del decreto attuativo conferma poi le indicazioni della legge in merito ai requisiti della domanda idonea a produrre l’effetto sospensivo (richiesta cautelare e proposizione al giudice competente).

E’ certo che l’introduzione della sospensione automatica nel nostro ordinamento, ove non fosse legata alla proposizione di una domanda cautelare, potrebbe rendere pressoché superfluo l’intervento cautelare monocratico “*ante causam*” e *inaudita altera parte* (240); è chiaro che, in questo rinnovato con-

---

(240) Così GRECO, *op. cit.*

testo, verrebbe meno l'esigenza più volte prospettata dalla Corte di Giustizia di garantire la possibilità di chiedere la sospensione dell'atto "*indipendentemente da ogni azione previa*". Se è la stessa proposizione del ricorso a determinare di per sé la sospensione della delibera di aggiudicazione, il giudizio cautelare (ordinario e preventivo) si rivelerebbe sostanzialmente inutile, operando la sospensione della fase contrattuale automaticamente fino alla decisione di merito del giudizio, senza la necessità di un intervento giudiziale.

Diverso, invece, è il discorso laddove (come pare alla luce dello schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66) il nostro legislatore si orientasse nel senso di limitare la sospensione automatica fino alla decisione del giudice cautelare, nel qual caso è ovvio che è interesse della parte proporre istanza cautelare, eventualmente anche *ante causam*. Semmai, il problema che si pone in questa evenienza è di un possibile uso distorto della tutela cautelare, qualora si dovesse tenere ferma la previsione secondo cui l'effetto sospensivo automatico perdura fino alla decisione cautelare definitiva (241). In tal caso il ricorso potrebbe essere proposto anche pretestuosamente per ottenere la sospensione *ex lege* della stipula, sicché pare opportuno prevedere un termine preclusivo (ossia di sospensione automatica) fisso, entro il quale deve sopravvenire un provvedimento cautelare collegiale.

Allo stato, dunque, non essendo prevedibile per quale soluzione opererà definitivamente il nostro legislatore in sede di recepimento della direttiva, non v'è dubbio che sussiste il rischio (invero, insito nel testo comunitario) per cui il ricorso al sistema della sospensione automatica, lungi dal favorire il ricorrente che ha ragione, si presti piuttosto ad utilizzi strumentali da parte di soggetti la cui unica finalità sia quella di sospendere *sine die* le procedure di aggiudicazione (se del caso, attraverso l'introduzione di un giudizio palesemente infondato). Proprio per questa ragione, la dottrina ha ipotizzato che "*in sede di recepimento, ben può essere previsto un termine di durata massima dello standstill conseguente al ricorso giurisdizionale (...), laddove non vi sia domanda cautelare e dunque una pronuncia cautelare che proroghi la sospensione legale. In tal modo, si incentiva il ricorrente a formulare domanda cautelare, e si consegue in tempi rapidi una pronuncia almeno cautelare sul ricorso*"(242).

---

(241) Cfr., in proposito, le osservazioni formulate nel parere sullo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66 della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, cit., 55-56, secondo cui il termine preclusivo deve operare solo per venti giorni e sempre che entro tale termine intervenga un provvedimento cautelare collegiale; a tale soluzione *adde*, CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto...*, cit., Favorevole alla previsione dell'effetto sospensivo automatico "fino alla decisione cautelare definitiva" è M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit..

(242) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 666.



Non ci resta che attendere gli sviluppi della vicenda, i cui esiti - come pare probabile in considerazione delle disposizioni dello schema di decreto attuativo della direttiva 2007/66 - potrebbero portare ad una vistosa contrazione degli spazi applicativi dello strumento cautelare preventivo, già, attualmente, inutile.