
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 37	p. 1-250	jul./set. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editora Acadêmica Responsável

Ana Cláudia Finger

Secretário Editorial Executivo

Daniel Wunder Hachem

Conselho Diretivo

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzalez Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

La tutela cautelare nel processo amministrativo

Filippo Colapinto

Doutorando em Instituições de Direito Público na Universidade de Pavia – Itália.

Sintesi: Il giudizio amministrativo ha la funzione di anticipare, sia pure provvisoriamente, l'effetto tipico del provvedimento finale; tale carattere anticipatorio ha consentito di affermare il principio della strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella resa dalla sentenza. L'elaborato ripercorre — con particolare attenzione alla giurisprudenza, oltre che interna più recente, soprattutto quella di matrice comunitaria che ha profondamente inciso l'istituto esaminato — gli sviluppi dell'istituto della tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la “rivoluzione copernicana” operata con la l. n. 205/2000. Si analizzano, inoltre, alcune questioni di concreta applicazione pratica sorte a seguito dell'introduzione, limitatamente alle controversie in tema di appalti pubblici, della tutela cautelare *ante causam* ad opera dell'art. 245 del D.lgs n. 163/2006.

Parole chiave: Processo amministrativo. Misure cautelari. Misure cautelari *ante causam*.

Indice: **1** Introduzione - **2** Le modifiche introdotte dall'art. 3 legge 205/2000 - **3** La tutela cautelare nel diritto comunitario - **4** La tutela cautelare in materia di appalti pubblici

1 Introduzione

Il giudizio amministrativo ha la funzione di anticipare, sia pure provvisoriamente, l'effetto tipico del provvedimento finale; tale carattere anticipatorio ha consentito di affermare il principio della strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella resa dalla sentenza.

In particolare, tale strumentalità si collega, da un lato, all'efficacia della pronuncia cautelare che è destinata a venir meno al momento della emanazione della decisione che definisce il giudizio di merito; dall'altro, ha un risvolto contenutistico abbastanza evidente, poiché la misura cautelare non può offrire un vantaggio maggiore di quello che può fornire la decisione di merito: la misura cautelare rappresenta un incidente del giudizio amministrativo principale, privo di autonomia, la cui finalità è quella di mantenere la *res adhuc integra*, i cui effetti si esauriscono nell'ambito del giudizio di merito. Tale principio esclude un'ipotetica autonomia del provvedimento cautelare rispetto al provvedimento che chiude il giudizio.

Con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge TAR)¹ l'unico espediente di cui poteva avvalersi il ricorrente era la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato (c.d. sospensiva), concepita a tutela dei soli interessi oppositivi (tendenti a preservare la conservazione della sfera giuridica del soggetto privato dall'esercizio di un pubblico potere).² La legge, costruendo in questi termini la tutela cautelare nel processo amministrativo, lasciava, invece, privi di tutela gli interessi legittimi pretensivi, volti ad ottenere dall'amministrazione la modifica di un determinato assetto di interessi e, quindi, il conseguimento di un certo bene della vita o comunque un'utilità.³

Nello specifico, il testo originario dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 conteneva delle disposizioni alquanto laconiche: "se il ricorrente, allegando danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione...". Il giudice amministrativo poteva accordare la misura inibitoria solo previa presentazione — mediante la notifica e il deposito presso la segreteria dell'organo giudicante — del ricorso o della successiva separata istanza, notificata a giudizio di merito già istaurato.

¹ Nell'ordinamento italiano i tribunali amministrativi regionali (TAR) sono organi di giurisdizione amministrativa, competenti a giudicare sui ricorsi proposti contro atti e provvedimenti amministrativi da privati che si ritengono lesi (in maniera non conforme all'ordinamento giuridico) in un proprio interesse legittimo. Si tratta di giudici amministrativi di primo grado, le cui sentenze sono appellabili dinanzi al Consiglio di Stato. L'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado a circoscrizione regionale è prevista dalla Costituzione (art. 125), ma è stata realizzata soltanto con la legge 1034 del 1971, dopo che era venuta meno la giurisdizione delle Giunte Provinciali Amministrative (organi che avevano competenza, in alcune materie, nei confronti di atti di comuni, province, e altri enti a dimensione locale), dichiarata incostituzionale per difetto di una composizione idonea ad assicurare quell'indipendenza che la Costituzione considera esigenza imprescindibile per ogni tipo di giudice.

La legge del 1971, peraltro, non si è limitata a colmare il vuoto creatosi nell'ordinamento per effetto di tale dichiarazione di incostituzionalità, costituendo organi giurisdizionali a competenza limitata in relazione agli enti e alle materie, ma ha generalizzato il doppio grado nella giurisdizione amministrativa. Su ogni atto di qualunque amministrazione pubblica (ivi compresa quella statale), giudica ora in prima istanza il TAR, mentre il Consiglio di Stato (che fino alla istituzione dei Tribunali Regionali giudicava normalmente in unica istanza) è chiamato a pronunciarsi solo in appello.

I TAR sono venti, con circoscrizione corrispondente al territorio della relativa Regione e hanno sede nel capoluogo regionale; in alcune regioni, quali la Lombardia, l'Emilia-Romagna, il Lazio, l'Abruzzo, la Campania, la Puglia, la Calabria, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige, esistono sezioni distaccate. Nel Lazio sono anche istituite tre sezioni in Roma, con competenze di particolare rilievo. A ciascun TAR sono assegnati un presidente e non meno di cinque magistrati amministrativi, denominati, a seconda dell'anzianità di servizio, "referendari", "primi referendari", "consiglieri". Le decisioni sono assunte con l'intervento di tre giudici.

² La tradizionale figura su cui si basava alle origini il processo amministrativo come giudizio di impugnazione era quella degli interessi legittimi oppositivi. L'interesse oppositivo è quella posizione soggettiva di colui che mira a mantenere una utilità già acquisita.

³ Nell'interesse legittimo pretensivo il soggetto mira ad ottenere una posizione di vantaggio grazie ad un'attività della Pubblica Amministrazione che incida in modo favorevole sulla sua situazione soggettiva. L'interesse legittimo pretensivo è una posizione giuridica molto affine al diritto soggettivo, con il quale ha diversi punti di contatto. Il confine ontologico tra le due figure addirittura scompare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sostanzialmente, l'interesse pretensivo consiste nel potere di pretendere una utilità derivante dal legittimo esercizio di una pubblica potestà.

Ai sensi dell'art. 21, comma 8, l. TAR la tutela cautelare ha come suo presupposto l'allegazione, da parte del ricorrente, di un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso. Per la concessione della misura cautelare occorre il duplice presupposto del: *i) periculum in mora*, ossia il pericolo che la durata del processo comporti un pregiudizio irreversibile per il ricorrente e l'impossibilità di conseguire il bene della vita richiesto; *ii) fumus boni iuris*, ossia la probabile fondatezza del ricorso, ad un sommario esame, proprio della fase cautelare.

Da questa disposizione si ricavava l'assenza di una tutela cautelare "preventiva", proposta cioè prima della notifica e del deposito del ricorso principale. In altri termini, il legislatore non prevedeva una tutela cautelare *ante causam*⁴ che consentisse al ricorrente di rivolgersi al giudice indipendentemente dalla proposizione del ricorso principale di merito.⁵ Vi era, dunque, una profonda diversità tra il processo civile⁶ e quello amministrativo, ma soprattutto risultava, in questo ultimo, inadeguata

⁴ Strumento di ricorso urgente del tutto indipendente dalla proposizione di una previa azione di impugnazione di un atto della procedura.

⁵ M. MARTINELLI, *Notazioni in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *For. amm. TAR* 2004, 12, 3739, nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 luglio 2004, n. 7550.

⁶ Il ricorso deve possedere i requisiti di forma e di contenuto analiticamente indicati dall'art. 125, comma primo, c.p.c., ovvero: 1) l'indicazione dell'ufficio giudiziario al quale è rivolto; 2) l'indicazione delle parti, corredata da tutti gli elementi necessari per la loro identificazione; 3) l'individuazione dell'oggetto della domanda cautelare (*petitum*) e, dunque, sia del diritto sostanziale a tutela del quale si chiede l'ammissione del provvedimento cautelare, sia della specie e del contenuto del provvedimento medesimo; 4) l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto a sostegno della domanda cautelare (*causa petendi*); 5) l'indicazione delle condizioni della domanda cautelare, ossia il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*; 6) l'indicazione dei mezzi probatori dei quali il ricorrente intende avvalersi per dimostrare la sussistenza dei presupposti necessari per l'emissione del provvedimento, con particolare riferimento al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*; 7) l'indicazione, nel caso di domanda *ante causam*, degli elementi che consentano l'individuazione della futura azione di merito.

Ci si può chiedere se l'attenuazione della strumentalità con il giudizio di merito dei provvedimenti anticipatori, nei quali l'interesse delle parti può esaurirsi nell'ottenimento della cautela senza necessità di iniziare la causa di merito, sia suscettibile di influire sul contenuto del ricorso cautelare, nel senso che potrà anche essere omessa, o comunque solo genericamente indicata, la futura domanda di merito, senza che da tale omissione o genericità discenda la nullità o l'inammissibilità del ricorso.

L'attenuazione del vincolo di strumentalità tra cautela e merito fa tuttavia permanere la necessità di indicare in seno all'istanza cautelare proposta *ante causam* la domanda che il ricorrente intende proporre nel successivo -seppur eventuale- giudizio di merito, e ciò ai fini: a) dell'accertamento della giurisdizione del g.o.; b) dell'accertamento della competenza cautelare (correlata dall'art. 669-ter, comma primo, a quella del giudice competente a conoscere il merito); c) dell'accertamento del rapporto di strumentalità tra cautela e merito (ed invero, se il ricorrente intende proporre nel merito soltanto una domanda risarcitoria in forma generica e non in forma specifica non potranno, ad esempio, essere accordati né il *desistat* ex art. 1171, comma secondo, c.c., strumentale ad una domanda di merito tesa ad ottenere la demolizione dell'opera, né i provvedimenti ex art. 1172 c.c., strumentali ad una domanda di merito tesa ad ottenere una condanna all'esecuzione delle opere necessarie al fine di eliminare la denunciata situazione pregiudizievole); in altri termini, il riferimento nell'atto introduttivo alla domanda che sarà oggetto della futura — seppur eventuale — causa di merito è richiesto, tra l'altro, ai fini della valutazione della fondatezza del ricorso nonché a

la tradizionale misura cautelare della sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

La dottrina,⁷ pur condividendo l'impossibilità di estendere al giudice amministrativo il potere cautelare di quello ordinario,⁸ continuava a lamentare l'inidoneità dell'art. 21 della legge TAR, in particolare per la tutela di situazioni giuridiche aventi la consistenza di diritti soggettivi.

Su tale punto intervenne anche la Corte costituzionale⁹ dichiarando l'illegittimità dell'art. 21 della legge TAR nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, nelle controversie patrimoniali di pubblico impiego, i provvedimenti d'urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, rendendo di fatto operativa la tutela atipica di cui all'art. 700 c.p.c.¹⁰ La Corte ritenne, altresì, insufficienti gli strumenti di tutela cautelare predisposti dal nostro ordinamento in sede amministrativa, operando un raffronto con il processo civile. In tale occasione, la Consulta affermò che non era ammissibile, sulla base della diversa natura pubblica o privata del rapporto di lavoro, giustificare una disparità di trattamento così netta della medesima situazione giuridica quale il diritto soggettivo del dipendente.

garanzia dell'applicazione corretta della regola di provvisorieta' strumentale del provvedimento cautelare (anche se attenuata alla luce del nuovo art. 669-octies, c.p.c.), che impone l'instaurazione non di un qualsivoglia, ma di una ben determinata causa di merito; d) dell'applicazione della sanzione dell'inefficacia prevista dall'art. 669-novies, comma terzo, se la sentenza di merito dichiara l'inesistenza del diritto cautelato. Le misure cautelari anticipatorie continuano quindi a distinguersi dai provvedimenti sommari semplificati esecutivi, poichè presuppongono il *periculum in mora* e rimangono potenzialmente al servizio del provvedimento definitivo. Ciò vale anche per i provvedimenti cautelari totalmente anticipatori del contenuto di quest'ultimo: il loro tenore si commisura pur sempre a quello di un ipotetico provvedimento definitivo, perchè la loro emanazione scongiura la tardività di quest'ultimo. Pertanto occorrerà pur sempre indicare nel ricorso cautelare la domanda di merito (ancorchè senza il ricorso a formule sacramentali), non solo al fine di individuare il giudice competente ai sensi dell'art. 669-ter, c.p.c. Deve ritenersi sufficiente un'enunciazione anche sommaria del diritto cautelando, così da poter ricavare, anche implicitamente, il *petitum* e la *causa petendi* della domanda di merito.

⁷ F. F. TUCCARI, *Considerazioni sulla tutela preventiva nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 869.

⁸ Corte di Cassazione, SS.UU., 29 novembre 1993, n. 11812, in *Giur. civ. mass.*, 1993, 15, nonché Corte di Cassazione, SS.UU., 1° dicembre 1994, n. 10240, in *Giur. civ. mass.*, 1994, 12.

⁹ Corte costituzionale, 6 maggio 1985, n. 190, in *Giur. Cost.*, 1985, 1376; con tale decisione la Consulta ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 comma 1 e 113 cost., dell'art. 21 ultimo comma della l. TAR per la parte in cui non prevede(va) il potere per il giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza i quali apparissero, secondo le circostanze del caso, maggiormente idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, quante volte il ricorrente avesse fondato motivo di temere che durante il tempo necessario all'adozione della pronuncia di merito il suo diritto fosse minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. E' appena il caso di rammentare al riguardo che gli assunti concettuali della pronuncia in questione hanno ispirato il disegno riformatore della l. 205 del 2000, rappresentando la base sistematica per la stesura dell'attuale ottavo comma dell'art. 21, l. TAR.

¹⁰ Già prima della ricordata pronuncia della Consulta, il Consiglio di Stato, Ad. Pl., 8 ottobre 1982, n. 17 (in *Cons. Stato*, 1982, I, p. 1197) ebbe ad affermare che il giudice amministrativo ha il potere di sospendere in sede cautelare provvedimenti negativi quali la non ammissione ad un esame.

In questo quadro così delineato anche dall'intervento della Corte costituzionale, non mancarono in dottrina¹¹ e soprattutto in giurisprudenza tentativi volti ad ampliare l'ambito della tutela cautelare amministrativa in nome del principio della effettività della tutela giurisdizionale.¹²

2 Le modifiche introdotte dall'art. 3 legge 205/2000

Secondo l'originaria formulazione dell'art. 21 l. TAR, prima della novella di cui alla l. n. 205/2000, unica misura cautelare ammessa era la sospensione dell'atto impugnato.

La tutela cautelare era stata, dunque, immaginata dal legislatore in funzione del processo amministrativo impugnatorio, a tutela di interessi legittimi oppositivi.

Ma lo strumento della sospensione dell'atto impugnato mal si adattava al processo a tutela di interessi pretensivi nonché alle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Pertanto, l'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205,¹³ ha riformulato l'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, introducendo, da una parte, una tutela cautelare atipica, in quanto il legislatore non individua più il tipo di

Successivamente, anche la giurisprudenza comunitaria confermò tale indirizzo: si tratta della sentenza della Corte di giustizia, 19 giugno 1990, Factortame I, in causa C-213/89, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1119, ss., con cui i giudici comunitari ebbero ad affermare che il pieno rispetto del principio di *coopération loyale* postulasse che, in presenza di un atto amministrativo nazionale illegittimo *de jure comunitario*, gravasse in capo al Giudice nazionale l'obbligo di adottare una statuizione giudiziale immediatamente attuativa del precetto comunitario, senza doversi limitare alla mera sospensione ovvero al solo annullamento dell'atto interno illegittimo. Come è noto, la sentenza in questione è stata tradizionalmente intesa come il suggello comunitario alla piena espansione di peculiari figure processuali quali la *tutela cautelare atipica*, nonché le c.d. *suspensive propulsive* — anche attraverso il ricorso alla c.d. tecnica del *remand*.

¹¹ S. FARO, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un'apertura giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 740 ss., nella parte in cui sottolinea che l'anticipazione della tutela cautelare, attraverso lo sganciamento della relativa istanza dal ricorso principale, sposta il fulcro del giudizio cautelare sulla sussistenza dei requisiti richiesti sulla fondatezza della pretesa del ricorrente e quindi sulla ricostruzione del fatto. È questo uno dei punti di trasformazione del processo amministrativo, nel senso del suo affermarsi più nettamente come strumento di tutela effettiva delle posizioni giuridiche individuali (cioè dell'interesse materiale del ricorrente), in quanto incentrato, più che sull'atto, sulla considerazione e conformazione dell'esercizio del potere e del conflitto sostanziale di interessi fra le parti.

¹² Corte costituzionale, 16 luglio 1996, n. 249, ove si è messo in evidenza 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 della Costituzione.

¹³ La legge 21 luglio 2000 n. 205 recepisce e codifica quel compendio di principi corroborati sul piano comunitario — in tal senso si veda il paragrafo successivo — identificando la tutela cautelare quale momento essenziale ed ineliminabile del processo e del diritto di difesa ed affermando la natura strumentale, atipica, interinale della tutela cautelare.

In particolare, il complesso delle disposizioni processuali introdotte dalla legge 205 del 2000 assicurano il rispetto del principio di effettività della tutela cautelare, prevedendo: a) la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti e l'impugnazione di atti sopravvenuti o conosciuti dopo la proposizione del ricorso (art. 1 della legge n. 205 del 2000, sostitutivo dell'art. 21, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034; combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e art. 6 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 recante "Regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato"); b) la possibilità di

provvedimento cautelare che può adottare il giudice; dall'altra, recependo la giurisprudenza di alcuni TAR, non condivisa dal Consiglio di Stato, la possibilità di adottare misure cautelari con decreto presidenziale (fase monocratica e interinale del processo cautelare).¹⁴

La novella legislativa del 2000 ha ampliato il novero delle misure cautelari nominate nonché previsto, con norma di chiusura, la possibilità di adozione di qualsiasi misura cautelare idonea rispetto allo scopo precipuo di tale tutela, vale a dire assicurare che non si verifichino pregiudizi gravi ed irreparabili per la situazione soggettiva del ricorrente nelle more della definizione della controversia.¹⁵

Infatti, l'art. 21, comma 8, l. TAR prevede che il ricorrente può chiedere l'emanazione di tutte le misure cautelari che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare, interinalmente, gli effetti della decisione sul ricorso.

Le misure cautelari nominate sono: la sospensione dell'atto impugnato, l'ingiunzione di pagamento di somme, la cauzione. Dalla prassi, invece, risultano le seguenti misure cautelari atipiche: ammissioni con riserva a procedure concorsuali; le sospensive propulsive,¹⁶ che possono

abbreviazione dei termini, anche ai fini della instaurazione del contraddittorio (combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e degli artt. 20 e 36 del regio decreto n. 642 del 1907); c) la non tassatività dei mezzi per l'effettuazione delle notifiche dell'atto introduttivo, compresi quelli in tempo reale per via telematica o telefax (art. 12 della legge n. 205 del 2000, con richiamo anche all'art. 151 cod. proc. civ.); d) una ampiezza di contenuto delle misure cautelari, più idonee — secondo le circostanze — ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, sostitutivo dell'art. 21, settimo comma, della legge n. 1034 del 1971); e) l'emanabilità, "in caso di estrema gravità ed urgenza", di misure cautelari interinali con decreto del Presidente del Tar o della Sezione, con efficacia fino alla pronuncia collegiale (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con introduzione del comma settimo-bis dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971); f) la possibilità, anche in sede di camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, di definire il giudizio nel merito con decisioni in forma semplificata (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con introduzione del comma settimo-bis dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971; art. 9, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con sostituzione dell'ultimo comma dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971); g) la possibilità di dichiarare i ricorsi urgenti (c.d. istanza di prelazione) anche di ufficio (combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e artt. 51 e 53 del regio decreto n. 642 del 1907).

¹⁴ L'art. 3, comma 1, della legge n. 205/2000, ha sostituito il comma 7 dell'art. 21 della legge TAR, aggiungendovi ulteriori commi. Nella parte che interessa le misure cautelari dispone che "[...] Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al Presidente del Tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il Presidente provvede con decreto motivato anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata".

¹⁵ F. SAIITA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, IV, 215 e ss.

¹⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2892, in *Urbanistica ed appalti*, 2007, 1307; Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2007, n. 2455, in *Urbanistica ed appalti*, 2007, 1311; TAR Campania – Napoli, Sez. III, 22 marzo 2007, n. 932, in *Urbanistica ed appalti*, 2007, 1311.

limitarsi ad un semplice obbligo per l'amministrazione di riesaminare la questione ovvero in un ordine più dettagliato di rinnovo della procedura o di una parte di essa.

Per quel che concerne, invece, la fase monocratica ed interinale dinanzi il Presidente del TAR, dispone l'art. 21, comma 9, l. 1034/71 che in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire nemmeno la dilazione fino alla data della camera di consiglio fissata o da fissarsi per discutere dell'istanza cautelare, il ricorrente può chiedere al Presidente l'adozione di misure cautelari provvisorie, il quale decide con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio.

L'istanza può essere proposta o contestualmente alla domanda cautelare o con atto separato. La prima via processuale non si avvicina in alcun modo ad ipotesi di tutela cautelare *ante causam*: il ricorso è già stato redatto, notificato alle controparti e depositato. Il giudizio è stato incardinato dinanzi al giudice amministrativo e il ricorso contiene una domanda cautelare rivolta al Collegio giudicante. La seconda, invece, quella della "separata istanza notificata alle controparti", secondo parte della dottrina,¹⁷ darebbe ingresso anche nel processo amministrativo alla tutela cautelare *ante causam*.

I sostenitori dell'applicabilità di un modello di tutela cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo hanno sviluppato le proprie argomentazioni sulla base della "separata istanza notificata alle controparti".¹⁸

La tutela cautelare preventiva consisterebbe nella possibilità di chiedere e ottenere, a fronte di una situazione di estrema gravità e urgenza, una misura cautelare provvisoria prima dell'incardinarsi del giudizio dinanzi al giudice amministrativo; da un punto di vista procedurale, ciò potrebbe comportare per il ricorrente¹⁹ la possibilità di limitarsi alla notifica

¹⁷ R. DEPIERO, *Commento all'articolo 31.205 del 2000*, 32 ss., in *La giustizia amministrativa, commenti a prima lettura coordinati da V. Italia*, Milano, 2000.

¹⁸ A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2005*, Torino, 2001, 60. Secondo l'autore "dalla formulazione della norma si potrebbe essere indotti a ritenere che sia ammessa anche una forma di vera e propria tutela *ante causam* anteriore alla notificazione del ricorso. Chi opinasse in tal senso, potrebbe valorizzare la circostanza della proponibilità della richiesta di cautela, allorché con domanda cautelare contestuale al ricorso introduttivo, con separata istanza notificata alle controparti; vero è che il riferimento alla "separata istanza" potrebbe intendersi nel senso di istanza proposta "separatamente" da un ricorso introduttivo già notificato; ma è anche vero che, sia pure con un certo sforzo interpretativo, si potrebbe intendere la "separata istanza" come istanza proposta indipendentemente dalla previa notificazione del ricorso".

¹⁹ Il riferimento contenuto nella norma al "ricorrente" — inoltre — può non essere considerato un limite insuperabile per l'ammissibilità della tutela cautelare *ante causam* in quanto nulla impedirebbe di interpretare

della “separata istanza” alle altre parti, prima ancora della stesura e della notifica del ricorso.

Allo stato attuale, però, l’ordinamento processuale amministrativo non consente di chiedere ed ottenere dal giudice misure cautelari, senza prima incardinare la causa di merito, notificando ai necessari contraddittori il ricorso cui accede l’istanza cautelare. Si tratta di una tutela cautelare meramente incidentale e accessoria al ricorso di merito, cui si inserisce e non è scindibile da quest’ultimo.²⁰

In tal modo si ha una instaurazione del contraddittorio che manca, viceversa, nel procedimento di cui all’art. 700 c.p.c., nel corso del quale il ricorso cautelare è direttamente depositato presso il giudice adito, senza la contestuale domanda di merito e il giudice, poi, può provvedere o *inaudita altera parte*, ovvero disponendo la previa citazione delle altre parti (ex art. 689 c.p.c.).

Il rito cautelare monocratico nel processo amministrativo, pertanto, non dà luogo ad un’autentica tutela cautelare *ante causam*,²¹ presupponendo

il termine ricorrente come colui che ha intenzione di proporre il ricorso e che proporrà il ricorso a seguito della proposizione della domanda cautelare. Ma tale prospettata soluzione desta non poche perplessità in quanto fondata su un argomento esclusivamente letterale e che risente della mancata interpretazione sistematica della norma con l’intero provvedimento legislativo nel quale è inserita. Infatti, in primo luogo, il legislatore nel disporre che il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere misure cautelari provvisorie, sembra riferirsi a due distinte modalità di richiesta di tutela cautelare, accomunate dalla previa instaurazione del giudizio. Ragioni di diritto positivo escludono la possibilità che la misura cautelare venga emessa prima che il giudizio di merito si sia incardinato, mediante la notifica e il deposito del ricorso. Non esiste, difatti, una norma che disciplina l’instaurazione di un futuro giudizio, atteso che la tutela cautelare *ante causam* non è fine a se stessa, ma strumentale e prodromica ad un giudizio sul merito della controversia; in particolare, l’art. 21 della legge TAR su tale punto tace, diversamente dall’art. 669-octies c.p.c., ove il legislatore ha individuato un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di merito. Tale norma non può essere applicata analogicamente al giudizio amministrativo in quanto il legislatore, laddove ha voluto estendere al processo amministrativo le disposizioni del processo cautelare uniforme (artt. 669-bis - 669-quadecies c.p.c.), lo ha fatto espressamente come risulta dall’art. 8 della l. 205/2000 in tema di giurisdizione esclusiva. Inoltre, La volontà del legislatore di escludere dal processo amministrativo una tutela cautelare *ante causam* appare anche dai lavori parlamentari ove si legge: “[...] La Commissione ha ritenuto eccessivo, nell’attuale modulo organizzatorio della attuale giustizia amministrativa, introdurre, come da alcuni autorevolmente proposto, la possibilità di una tutela *ante causam* e tuttavia opportuno introdurre, a valle della proposizione del ricorso, almeno la possibilità di provvedimenti interinali urgenti nella forma monocratica del decreto, in attesa dell’esame cautelare del collegio [...]”.

²⁰ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 261.

²¹ E’ stata sollevata questione di legittimità costituzionale della nuova disciplina nella parte in cui impone la notifica della domanda cautelare alle altre parti, a differenza di quanto previsto, invece, dall’art. 700 c.p.c., che consente di domandare tutela cautelare direttamente al giudice senza previa notifica dell’istanza: TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 15 febbraio 2001, n. 1, ord. pres. in *Trib. Amm. Reg.*, 2001, I, 5011. La Corte costituzionale, con ordinanza 10 maggio 2002, n. 179, in *Cons. Stato*, 2002, II, 763, ha escluso l’illegittimità della norma, osservando che “sulla base del nuovo e articolato sistema di tutela introdotto nel processo amministrativo dalla l. n. 205/2000 deve escludersi che la pubblica amministrazione, in sede cautelare, si trovi in una posizione privilegiata, che non contempra il potere di intervento anche immediato del giudice; sicché è manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., anche con riferimento agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo, la questione di costituzionalità dell’art. 21 l. TAR, come novellato dalla l. n. 205/2000 e dell’art. 700 c.p.c., sul presupposto della mancata previsione della tutela cautelare *ante causam*”.

la notifica della domanda cautelare unitamente (con l'unica differenza dell'allegazione in ricorso o con separata istanza) al ricorso di merito, consentendo — di fatto — solamente una pronuncia monocratica senza contraddittorio.

3 La tutela cautelare nel diritto comunitario

Le Direttive del Consiglio CE 21 dicembre 1989, n. 665,²² 25 febbraio 1992, n. 13²³ e 18 giugno 1992, n. 18²⁴ (di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle procedure di ricorso, rispettivamente in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni e degli appalti di servizi) hanno introdotto una disciplina uniforme di tutela degli operatori privati nel settore degli appalti di rilevanza comunitaria.

Il sistema di tutela introdotto dalle Direttive ricorsi costituisce una rilevante deroga al principio dell'autonomia procedimentale e processuale dei diritti nazionali, in forza del quale spetta agli Stati membri il compito di predisporre gli strumenti di tutela delle situazioni giuridiche dei singoli che trovano riconoscimento nel diritto comunitario, garantendo agli operatori economici, in modo uniforme in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, sia una tutela costitutiva sia risarcitoria.²⁵

Per quanto riguarda i mezzi di tutela cautelare, i rispettivi artt. 2, par. 1, lett. a) delle citate direttive richiedono agli Stati membri di garantire che l'autorità nazionale investita delle procedure di ricorsi 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, 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”. Inoltre, le direttive stabilivano che le procedure di ricorso non devono determinare necessariamente la sospensione automatica delle procedure di aggiudicazione dell'appalto (art. 2, par. 3), riconoscendo ai legislatori

²² Pubblicata in GUCE, 1989, L 395, 33 ss.

²³ Pubblicata in GUCE, 1992, L 076, 14 ss.

²⁴ Pubblicata in GUCE, 1992, L 029, 1 ss.

²⁵ M. PROTTO, *Sui mezzi di tutela cautelare negli appalti pubblici di rilevanza comunitaria*, in www.giustamm.it.

nazionali la facoltà di prevedere che l'autorità responsabile delle procedure di ricorso, nel considerare l'opportunità di emanare un provvedimento di carattere provvisorio, potesse decidere di non adottare misure cautelari quando, considerate le probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi eventualmente lesi nonché per l'interesse pubblico, le conseguenze negative fossero superiori a quelle positive (art. 2, par. 4).²⁶

La Corte di giustizia si è costantemente mostrata favorevole all'introduzione, negli ordinamenti degli Stati membri, di una tutela cautelare *ante causam* — erogabile dall'autorità adita anteriormente all'instaurazione della causa di merito — in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria. Questo orientamento emerge con chiarezza da una panoramica piuttosto ricca delle decisioni del Collegio lussemburghese.²⁷

Per quel che concerne l'ordinamento italiano, la Corte di giustizia, con l'ordinanza 29 aprile 2004, causa C-202/03,²⁸ interviene nel controverso dibattito sulla possibilità o meno di configurare, nel sistema di giustizia amministrativa italiana, una tutela cautelare *ante causam*.²⁹

La Corte di giustizia, richiamando gli artt. 1, par. 3, e 2, par. 1, della direttiva ricorsi, nonché le precedenti decisioni sul medesimo *thema*, in risposta alle questioni sollevate dal giudice italiano del rinvio, afferma che

²⁶ S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 6, 2488.

²⁷ Per un approfondimento cfr., tra le altre, le seguenti decisioni: Corte giustizia CE, 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Commissione delle Comunità europee c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, in *Racc.*, 1990, 2433, ove la Corte di giustizia, interpellata dal giudice inglese sui poteri cautelari del giudice nazionale nei giudizi in cui si controverta della conformità al diritto comunitario di un provvedimento nazionale, affermò che i giudici dei Paesi membri sono tenuti a disapplicare eventuali norme di diritto interno che ostino all'adozione, in via cautelare, di provvedimenti tali da assicurare l'attuazione di disposizioni di fonte europea che conferiscano posizioni giuridiche in capo ai singoli; Corte giustizia CE, 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Commissione delle Comunità europee c. Zuckerfabrik Suderdithmarschen AG-Hauptzollamt itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH*, in *Racc.*, 1991, I, 415. La Corte, interpellata nuovamente da giudice nazionale, ha enunciato i presupposti "comunitari" che legittimano l'adozione del provvedimento cautelare con riferimento alle condizioni applicate dalla Corte nelle decisioni da essa decise. In particolare, ricordato l'obbligo del giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale di validità contestualmente all'adozione del provvedimento cautelare e rilevato che la divergenza tra le discipline processuali nazionali sulle condizioni per la sospensione dell'esecuzione degli atti amministrativi "possono nuocere all'uniforme del diritto comunitario", i giudici comunitari osservano che "l'art. 185 del Trattato CEE attribuisce alla parte ricorrente nell'ambito del ricorso per l'annullamento, la facoltà di instare per la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato e conferisce alla Corte la competenza per concederla" e che quindi "la coerenza del sistema di tutela cautelare impone che il giudice nazionale possa, allo stesso modo, ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione".

²⁸ Corte giustizia CE, ordinanza 29 aprile 2004, in causa C-202/03, in *Foro amm. TAR*, 2004, 5, 1226.

²⁹ Il TAR Lombardia – Brescia, con l'ordinanza del 26 aprile 2003, n. 76, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 913, ha proposto, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, una questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 1, par. 3, e 2, par. 1, lett. a), della direttiva 89/665, al fine di accertare se il sistema della tutela cautelare, come novellato dalla legge n. 205 del 2000, "fosse compatibile con il tasso di effettività della tutela giurisdizionale che deve essere garantito da ogni giudice interno del territorio dell'unione".

“l’articolo 2, par. 1, lett. a) della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell’appalto in esame”.

La principale questione che, nell’evoluzione del dibattito interno sul tema della tutela cautelare, sarà posta dal recepimento della nuova direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici (dir. 2007/66/CE), che il legislatore nazionale è chiamato a recepire nell’ordinamento interno entro il dicembre del 2009, riguarda la sorte del contratto conseguente ad un provvedimento di aggiudicazione illegittimo.

Tale questione, infatti, non esiste solo entro i confini italiani, in quanto la preoccupazione comunitaria sulle conseguenze del frequente ricorso delle imprese all’autorità giudiziaria, in termini di incertezza sulla sorte del contratto e di allungamento dei tempi di realizzazione delle opere costituisce la specifica *ratio* giustificatrice della recente direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi).

Fra le ragioni che hanno portato all’adozione della direttiva 2007/66/CE, il legislatore comunitario indica, infatti, “l’assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d’aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto (carenza che) ... induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto”.

Per quanto concerne segnatamente la tematica della tutela cautelare, viene in particolare rilievo la previsione dell’articolo 2, paragrafo 3 della nuova direttiva, la quale introduce una particolarissima ipotesi di sospensione automatica dell’atto di aggiudicazione come mero effetto della proposizione di un ricorso giurisdizionale, ed anche a prescindere da un qualunque provvedimento dell’Autorità giurisdizionale chiamata a conoscerne. Secondo la richiamata disposizione normativa, infatti: *“qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice, riceva una decisione relativa ad 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 non abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all’articolo 2-bis, paragrafo 2, e all’articolo 2-quinquies, paragrafi 4 e 5”.*

Ciò che però differenzia radicalmente la situazione nazionale da quella comunitaria è l'evidente pragmatismo con cui il problema viene affrontato in questo secondo ordinamento.

Innanzitutto, la direttiva non prende posizione in ordine alle conseguenze giuridiche sostanziali relative al contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima (che è, per l'appunto, il tema su cui in Italia si è a lungo dibattuto), lasciando tale scelta agli ordinamenti nazionali.

La direttiva, invece, si sofferma sui possibili strumenti da adottare per evitare il sorgere di simili problemi. A tal proposito, vengono dettate le seguenti, semplici, disposizioni:

- a) previsione di un termine di sospensione minimo (cd. *standstill period*) che deve intercorrere tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto; in casi eccezionali, il termine può essere prorogato ovvero derogato (tale seconda ipotesi è possibile in caso di urgenza qualificata o assenza di offerenti). A tal proposito, giova ricordare che l'art. 11 d. lgs. 163/2006 conosce già il divieto di stipula del contratto prima del decorso di trenta giorni dall'aggiudicazione; tuttavia, tale previsione è attualmente sfornita di sanzione;
- b) sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto in presenza di ricorso proposto presso "un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (con tale espressione si intende non solo l'autorità giurisdizionale ma anche un diverso organismo purché indipendente dall'amministrazione);
- c) privazione degli effetti del contratto: tale sanzione costituisce la regola in caso di violazione dello *standstill period* ovvero della c.d. sospensione automatica in caso di ricorso ovvero ancora in caso di violazione di determinati precetti comunitari. La privazione degli effetti non è però automatica ma deve essere disposta da "un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice". Per quanto riguarda la disciplina della privazione degli effetti del contratto, la direttiva demanda agli Stati nazionali la facoltà di stabilirne la retroattività o meno ovvero le eccezionali ipotesi di deroga (in questi casi, vi è facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni alternative alla privazione di effetti);
- d) previsione di ricorsi amministrativi preventivi. Gli Stati membri possono sia prevedere che, prima del ricorso giurisdizionale, il

ricorrente ne informi la stazione aggiudicatrice sia introdurre l'obbligo di un preventivo ricorso amministrativo presso la medesima amministrazione.

Il recepimento di tale direttiva³⁰ è fra quelli previsti all'interno dell'imminente legge comunitaria 2008 (AS 1078); il prossimo recepimento di tale direttiva potrà, quindi, costituire l'occasione per affrontare e risolvere in senso positivo il descritto problema.

In particolare, l'articolo 44³¹ della legge comunitaria 2008 stabilisce i principi e criteri direttivi relativi alla delega al Governo per l'attuazione

³⁰ E' doveroso segnalare che i primi contributi dottrinali succedutisi in *subiecta materia* non hanno mancato di sottolineare come la previsione in questione presenti alcuni contrasti con una serie di principi fondanti del nostro ordinamento processuale, anche al livello costituzionale.

Innanzitutto, si fa riferimento al principio costituzionale di separazione dei poteri, il quale presenta aspetti di difficile compatibilità con una previsione normativa la quale postuli la sospensione dell'efficacia di un atto amministrativo per effetto di una mera manifestazione di volontà da parte di un soggetto privato. Inoltre, si fa riferimento al principio della domanda e della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, i quali sembrano difficilmente armonizzabili con una previsione normativa la quale postuli la sospensione di un atto amministrativo anche a prescindere da un'apposita istanza in tal senso da parte del soggetto agente (nonché — ipotesi solo apparentemente paradossale — anche nel caso in cui il soggetto agente ben si sia guardato dal proporre un'istanza cautelare, essendo consapevole dell'infondatezza della propria pretesa nel merito ed aspirando unicamente — ed in modo strumentale — a perpetuare per il tempo più lungo possibile una situazione di stallo da lui stesso determinata attraverso la proposizione del ricorso giurisdizionale).

Al riguardo (ed ai limitati fini che qui rilevano), mette conto di segnalare le accorte proposte fornite dalla dottrina al fine di temperare l'indifferenziata applicazione del principio della sospensione automatica, attraverso il prudente utilizzo di alcuni accorgimenti rinvenibili nell'ambito della stessa direttiva oggetto di recepimento. In tal senso, si veda R. DE NICTOLIS nel suo contributo da ultimo menzionato (pag. 666). Secondo l'A., in sede di recepimento della direttiva 2007/66/CE, il Legislatore delegato dovrà (*inter alia*): "(...) scegliere, tra le due opzioni comunitarie [relative al tempus della sospensione automatica, n.d.A.] quella secondo cui lo standstill opera fino alla definizione della fase cautelare, e non anche fino alla definizione del merito".

Quanto al 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 ricorso (se del caso, attraverso l'introduzione di un giudizio palesemente infondato), del pari l'A. propone una soluzione senz'altro condivisibile. Viene affermato al riguardo che "in sede di recepimento va poi affrontata la questione di cosa accada se il ricorso giurisdizionale — a cui si riconnette l'effetto di standstill — non contenga una domanda cautelare. Infatti il ricorrente, forte dell'effetto sospensivo connesso al ricorso, potrebbe non avere alcun interesse a richiedere la domanda cautelare, con l'effetto del protrarsi, in mancanza di regole diverse, dello standstill sino alla decisione di merito. La direttiva dispone che lo standstill deve durare per un lasso temporale pari almeno al termine dilatorio prima del quale il contratto non può essere stipulato.

Sicché, 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".

³¹ "1. Il Governo e' delegato ad adottare, entro il termine e con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2006, n. 163, e successive modificazioni, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a

lavori, servizi o forniture. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, nonché dei seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) circoscrivere il recepimento alle disposizioni elencate nel presente articolo e comunque a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo; b) assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE; c) assicurare il coordinamento con il vigente sistema processuale, prevedendo le abrogazioni necessarie; d) recepire integralmente l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela; e) recepire gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, fissando un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura; f) recepire l'articolo 2, paragrafo 6, e l'articolo 2-quater della direttiva 89/665/CEE, nonché l'articolo 2, paragrafo 1, ultimo capoverso, e l'articolo 2-quater della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo: 1) che i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione; 2) che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti; 3) che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali; 4) che tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice hanno forma sintetica; 5) che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento sono concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione; g) recepire l'articolo 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2, paragrafi 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare, e rivolto al giudice competente, con i seguenti criteri: 1) la competenza, sia territoriale che per materia, e' inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione; 2) 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; 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore; h) recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri: 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; 2) nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato; 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse; i) recepire l'articolo 2-septies della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), dei citati articoli 2-septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al paragrafo 2 dei citati articoli 2-septies; l) recepire gli articoli 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, individuando il Ministero competente e il procedimento; m) dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri: 1) incentivare l'accordo bonario; 2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio

della direttiva 2007/66/CE (c.d. “direttiva ricorsi”) e che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. A tale riguardo la direttiva 2007/66/CE è finalizzata rimediare ad una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, di cui alla direttiva 2004/18/CE, e di appalti in materia di acqua, energia, trasporti e servizi postali, di cui alla direttiva 2004/17/CE.

Circa il problema delle conseguenze sul contratto, derivanti dall’annullamento di un’aggiudicazione, l’articolo introdotto dalla Camera prevede — coerentemente con la normativa comunitaria — che i contratti stipulati in base ad un’aggiudicazione annullata siano privi di effetti. Inoltre, sempre in linea con la direttiva, viene lasciata al giudice che annulla l’aggiudicazione, la scelta tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire.³²

Infine, si deve segnalare, in questa sede, che il legislatore domestico ha emanato la legge 28 gennaio 2009, n. 2 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale.

Con tale disposizione normativa viene, in primo luogo, stabilita l’inapplicabilità del divieto di stipula del contratto prima del decorso di trenta giorni dall’aggiudicazione, previsto dall’art. 11 d. lgs. 163/2006.

In secondo luogo, viene introdotta una nuova e specifica disciplina processuale — caratterizzata da termini ridottissimi — per i ricorsi inerenti i provvedimenti amministrativi — ivi compresi quelli di aggiudicazione — emanati ai sensi del medesimo art. 20 (che, nell’elencare le attribuzioni

civile; 3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; 4) contenere i costi del giudizio arbitrale; 5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

4. Resta ferma la disciplina di cui all’articolo 20, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nei limiti temporali ivi previsti.

5. Dall’attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

6. Le amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dall’attuazione del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente”.

³² Tale emananda disposizione inciderà sull’orientamento giurisprudenziale formatosi in *subiecta materia*; in particolare, Corte di cassazione, SS. UU., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Corriere merito*, 2008, 509; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Foro it.*, 2008, III, 549.

dei commissari straordinari fa riferimento, al comma 4, ai poteri sostitutivi di cui all'art. 13 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, ivi compresi quello di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante).

Inoltre, viene stabilito il divieto assoluto di disporre, in sede cautelare, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato.

Infine, viene previsto che, in caso di annullamento degli atti della procedura (inciso già interpretato dalla dottrina come confermativo della c.d. pregiudiziale amministrativa), potrà essere disposto esclusivamente il risarcimento dei danni, a patto che se ne fornisca prova, e limitandoli, comunque, entro il decimo dell'importo delle opere oggetto della procedura concorsuale.

La filosofia che è alla base dell'art. 20 appare molto lontana³³ da quella adottata, invece, dal legislatore comunitario. Difatti, mentre quest'ultimo ritiene opportuno porre una chiara cesura tra il momento procedimentale e quello contrattuale, preferendo, ove possibile, giungere a quest'ultimo solo dopo aver fugato i dubbi sulla legittimità del primo, il legislatore italiano si pone come unico obiettivo quello di accelerare la realizzazione delle opere pubbliche.

L'art. 20 conferma, ancora una volta, la natura assolutamente eccezionale — all'interno della disciplina dei contratti pubblici — di quella sub categoria costituita dai contratti di lavori pubblici inerenti le c.d. grandi opere; in tal senso, anzi, le peculiarità delle citate disposizioni potranno costituire — analogamente a quanto è già avvenuto per l'art. 246, comma 4, d. lgs. 163/2006 — efficaci *argumenta a contrario* per ribadire l'applicabilità, negli altri casi, della normativa generale.

Con la prefata norma si attua, di fatto, una riduzione dell'effettività della tutela, tanto più rilevante in quanto forse in contrasto con le chiare indicazioni derivanti dall'ordinamento comunitario, che con la recente Direttiva CE 2007/66 detta principi che il decreto legge 185/2008 mostra di trascurare. Secondo l'insegnamento costante che si trae dalla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, del resto, ogni direttiva benché non ancora attuata impone da subito un obbligo di *stand still* da parte dei legislatori nazionali. Ne deriva che lo Stato italiano, se non ritiene di dovere trasporre sin d'ora gli obblighi che la direttiva 2007/66/CE

³³ Cfr., in tal senso, L. GIAMPAOLINO, *Il processo amministrativo fra provvedimenti anti-crisi, contratti inamovibili e direttiva ricorsi*, relazione tenuta al Convegno IGI del 31 marzo 2009.

impone, sicuramente non può adottare misure che si pongono in netto contrasto rispetto ai contenuti della direttiva medesima.³⁴

Per quel che concerne, nello specifico, la tutela cautelare, l'art. 20 non esclude che il TAR possa ugualmente assumere provvedimenti cautelari, tanto che ne disciplina le (non-)conseguenze sul contratto eventualmente già stipulato, ma non indica quali termini debbano essere rispettati per la fissazione della camera di consiglio, che — di fatto — rischiano di avvicinarsi molto, se non di sovrapporsi, alla data di trattazione dell'udienza di merito.

4 La tutela cautelare in materia di appalti pubblici

Con le successive direttive unificate 2004/17 e 2004/18³⁵ si realizza, invece, l'adeguamento della normativa in materia di appalti pubblici ai principi enunciati dalla Corte di giustizia.³⁶

La necessità di recepimento della normativa comunitaria (art. 72 ed art. 81 rispettivamente delle direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, in conformità alle c.d. direttive ricorsi n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE) ha portato il legislatore alla codificazione, nel settore dei contratti pubblici, di una tutela cautelare *ante causam* (stavolta sì in senso proprio) nel processo amministrativo, operata dall'art. 245 d. lgs. 163/2006, c.d. "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", all'esito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte di giustizia e nonostante la posizione critica originariamente espressa dalla giurisprudenza costituzionale sopra citata.³⁷

Nella relazione al Codice, si evidenzia che lo strumento della tutela cautelare *ante causam*, previsto dall'art. 245, ha l'obiettivo non solo di attuare, in Italia, l'art. 81 della direttiva 2004/18 e l'art. 27 della direttiva 2004/18, ove si stabilisce che gli Stati membri garantiscono l'applicazione delle direttive stesse tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti

³⁴ Così, G.F. FERRARI, *Commento all'art. 20, d.l. 185/2008*, in *Forum sull'art. 20 del D.L. 185/2008 recante "misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione, impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale"*, in www.giustamm.it, n. 2/2009.

³⁵ Si tratta, rispettivamente, della Direttiva 2004/17/Ce del 31 marzo 2004, in materia di "Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" (settori "speciali" o "esclusi", *rectius* "ex esclusi"), e Direttiva 2004/18/Ce del 31 marzo, relativa al "Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" (settori "classici" o "ordinari").

³⁶ E. M. BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela cautelare ante causam*, in *Riv. it. dir. com.*, 2003, 1288, sottolinea che "si tratta di suggerimenti che appaiono difficilmente trasponibili nell'ordinamento italiano se non sostenuti da un adeguato intervento legislativo".

³⁷ Corte costituzionale, ordinanza n. 179/2002, cit.

in conformità alla direttive 89/655 e 92/13; ma anche di istituire un meccanismo idoneo a deflazionare il contenzioso giurisdizionale amministrativo, congegnando il vaglio cautelare alla stregua di un “primo filtro” della fondatezza del ricorso: l’adozione di un provvedimento di reiezione dell’istanza *ante causam* potrebbe scoraggiare accessi pretestuosi, strumentali o dilatori al giudice amministrativo e ad evitare che l’azione giudiziale possa essere piegata a finalità improprie o trasformata in mezzo di pressione nei riguardi delle stazioni appaltanti o dei controinteressati.

La disposizione, pur rappresentando una novità rispetto all’ordinamento processuale coevo, lungi dal costituire una regola di portata generale per l’intero ordinamento processuale amministrativo limita la propria operatività esclusivamente in un ambito settoriale.

Le ragioni di opportunità,³⁸ che hanno spinto il legislatore processuale, sulla scorta di una consolidata giurisprudenza costituzionale³⁹ ad introdurre nell’ordinamento l’art. 245 hanno come scopo precipuo migliorare l’esercizio delle facoltà processuali del ricorrente di fronte al soggetto pubblico: la norma nasce essenzialmente dalla necessità rappresentata

³⁸ E. PICOZZA, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare dopo la legge n. 205/2000*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 265, l’autore ritiene indifferibile l’emanazione di una disciplina generale delle misure cautelari *ante causam* al fine di rendere effettivo il principio costituzionale del giusto processo. Viceversa, l’applicabilità della disciplina contenuta nell’art. 245, alle sole controversie concernenti “gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi ai lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell’Autorità [per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture]” (così il comma 1 dell’art. 245) con la mancata estensione alle controversie diverse da quelle elencate dal comma 1 dell’art. 245, potrebbe profilare una questione illegittimità costituzionale per disparità di trattamento tra gli interessi legittimi alla base delle controversie di cui al comma 1 dell’art. 245, che godono di un rimedio efficace, e gli interessi legittimi azionati nelle altre controversie, nell’ambito la tutela cautelare rimane l’ordinanza collegiale o decreto monocratico *post causam*. Oltretutto, esiste il rischio che i vantaggi di speditezza cronologica assicurati ad alcune controversie, potrebbero trasformarsi in svantaggi per altri tipi di controversie: cfr. F.G. SCOCCA, *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in *Riv. tim. app.*, 1999, 155. Infine, si segnala l’asimmetria della tutela cautelare del giudice amministrativo nei settori del pubblico impiego ancora sottoposti alla sua cognizione in riferimento a quella elargibile nel giudizio civile del lavoro. Nel secondo caso è prevista la misura cautelare *ante causam*, ancorché in presenza della medesima situazione di diritto soggettivo; per tali considerazioni trattate in punto di coerenza generale degli assetti di tutela in presenza di fattispecie analoghe cfr. G. RUFFINI, *La tutela cautelare ante causam del giudice amministrativo tra l’articolo 700 c.p.c. e l’articolo 3 della legge n. 205/2000*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, 2005, 116.

³⁹ Corte costituzionale, ord. 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. Cost.*, 2002, 1442. La Corte ha riconosciuto al legislatore — nella sua discrezionalità, con il limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà — il potere di “adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, per ragione che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali”. Ancora, la Corte qualifica legittime le norme processuali ispirate ad “obiettivi di accelerazione della definizione delle controversie in materia di opere pubbliche o di pubblica utilità e di attività e procedure connesse” in ragione della “diversità della materia”: cfr. Corte costituzionale, 10 novembre 1999, n. 427, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1679, ove l’esistenza del principio generale che impone l’identità dei termini processuali, viene negato, potendo questi essere differenziati secondo la tipologia delle azioni fatte valere.

dalla dottrina di “potenziare gli strumenti ed i modi della tutela cautelare nei confronti dell’amministrazione pubblica”.⁴⁰

La funzione che tale nuovo istituto dovrebbe assolvere, ancorché in un ambito del diritto amministrativo ancora ristretto, non può non essere che quello di soddisfare esigenze di celerità e snellezza. Il nesso di accessorietà tra il ricorso introduttivo e l’istanza cautelare, necessario nelle materie non regolate dal d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, perde la funzione di legare l’istanza cautelare al ricorso introduttivo. L’interessato ha facoltà di richiedere la misura cautelare in un momento non più solo necessariamente successivo alla presentazione del ricorso introduttivo bensì a questo antecedente. Infatti, la misura cautelare *post causam* ha la primaria funzione di mantenere la *res adhuc integra* fino alla definizione della causa; il provvedimento cautelare *ante causam* ha la funzione di evitare, nel torno di tempo occorrente all’emissione di una misura cautelare *post causam*, che la *res in iudicio deducta* (situazione di fatto dedotta in giudizio) sopporti mutamenti tali da rendere *inutiliter data* (inutile) la pronuncia incidentale.⁴¹

La domanda cautelare *ante causam* o preventiva o pura è destinata ad essere trattata dal giudice entro un processo il cui oggetto è esclusivamente la sussistenza dei presupposti, ossia del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, per la concessione della misura; non accede, pertanto, al ricorso introduttivo, né è avanzata con atto separato e successivo. Viceversa, il giudizio sulla tutela cautelare *post causam* prevista dall’art. 21, legge n. 1034 del 1971, come riformato dall’art. 3, legge n. 2005 del 2000 non dà luogo alla trattazione della domanda in un processo a sé stante, bensì ad una questione incidentale del giudizio di merito. Le differenze, quindi, tra la nuova disciplina contenuta nell’art. 245 rispetto alle norme generali contenute nell’art. 21, commi 8 e 9 della legge n. 1034 del 1971 si collocano sui diversi presupposti della misura cautelare ed aspetti processuali.

L’articolo 245 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” al primo dei suoi otto commi delinea, attraverso un’elencazione tassativa, l’ambito di applicazione delle norme sulla nuova misura cautelare. Le liti alle quali la normativa si riferisce sono di tipo

⁴⁰ F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311, l’autore considera la tutela cautelare *ante causam* corollario dei principi costituzionali contenuti negli articoli 24 e 113 Costituzione.

⁴¹ Il comma 3 dell’articolo 245, accentua i caratteri della interinalità e provvisorietà, in quanto autorizza il giudice all’emanazione di un provvedimento cautelare *ante causam* “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.

impugnatorio e precisamente riguardano “gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell’Autorità”.

Nello stesso primo comma la disposizione pone il principio di alternatività (e mutua esclusività) tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario al Capo dello Stato. Il secondo inciso ribadisce l’applicazione del rito abbreviato — previsto dell’articolo 23-*bis*, legge n. 1034 del 1971, introdotto dall’articolo 4 legge n. 205 del 2000 — con conseguente riduzione a metà dei termini processuali, nonché del rito accelerato che elimina la fase cautelare così da giungere celermente all’udienza di merito.

L’attivazione dei provvedimenti cautelari *post causam* previsti dagli articoli 21 e 23-*bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e dall’articolo 3, comma 4, della legge 21 luglio del 2000, n. 205 è assicurata dalla previsione contenuta nel secondo comma dell’articolo 245. In particolare, in presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* potrà essere apprestata la tutela cautelare collegiale, mentre quella monocratica sarà possibile in caso di estrema gravità ed urgenza. Per ciò che concerne le misure cautelari provvisorie, proprie del rito accelerato, il riferimento del secondo comma dell’articolo 245 all’articolo 23-*bis* le rende invocabili.

Il richiamo all’articolo 33 legge n. 1034 del 1971 rende possibile, in presenza del requisito del pericolo del grave ed irreparabile danno che possa derivare dall’esecuzione della sentenza, la sospensione di questa, su istanza di parte, dal giudice d’appello.

Infine, con il richiamo all’articolo 37 legge n. 1034 del 1971 rimane praticabile il rimedio della ottemperanza cautelare nell’ipotesi di mancata esecuzione della misura interinale da parte della pubblica amministrazione.

La legittimazione a proporre l’istanza cautelare *ante causam* è riconosciuta, dal terzo comma dell’articolo 245, a colui che sarebbe legittimato a proporre il ricorso; in tal modo, esiste una coincidenza tra la legittimazione a ricorrere ed a domandare la misura cautelare *ante causam*. Tale coincidenza legislativamente stabilita risolve ogni dubbio sulla applicabilità alla tutela preventiva dei principi generali (giurisprudenziali e dottrinari) circa la legittimazione a proporre ricorso.

Sulla scorta del principio di coincidenza tra la legittimazione a ricorrere ed a domandare la misura cautelare appare applicabile l’articolo 21 comma 1 legge n. 1034 del 1971 per individuazione dei destinatari della

notifica dell'istanza: l'amministrazione resistente ed almeno uno dei controinteressati, salvo integrazione del contraddittorio su ordine del giudice valutata la compatibilità con le ragioni di urgenza. La notifica serve a mettere le altre parti necessarie in condizione di svolgere le proprie difese; dunque, l'istanza non viene deliberata *inaudita altera parte*. L'istanza, come precisa il comma 4 dell'articolo 245, si propone al "Presidente del Tribunale amministrativo regionale competente per il merito". Si tratta di una competenza assoluta e inderogabile, come dimostra l'ultimo inciso del comma 4 nella parte in cui stabilisce che le questioni di competenza sono rilevabili d'ufficio.

L'accoglimento della domanda cautelare, proposta ai sensi dell'articolo 245, richiede la simultanea esistenza di specifici presupposti. Il *periculum in mora*, la cui storia coincide con le vicende legate alla creazione pretoria dei presupposti delle misure cautelari, è espressamente individuato dal comma 3 dell'articolo 245, il quale, con una formula che ricorda quella contenuta nel comma 9 dell'articolo 21 della legge TAR, richiede "l'eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie". L'impiego di una formula tanto simile a quella utilizzata dall'articolo 3 legge 2005 del 2000, per modificare la disciplina generale che regola le misure cautelari contenuta nel comma 9 dell'articolo 21 della legge TAR è chiaro segnale di una stasi nell'evoluzione giurisprudenziale in tema di misure cautelari.

La similitudine delle formule non si traduce in perfetta identità; in particolare, muta l'aggettivo utilizzato per descrivere la gravità e l'urgenza: mentre per invocare la tutela cautelare *post causam* (prevista dal comma 9 dell'articolo 21, della legge TAR) è sufficiente una "estrema" gravità ed urgenza, per quella *ante causam* è necessaria l'"eccezionalità".

La descrizione della situazione di gravità richiesta dalla norma non presenta eccessive difficoltà ricostruttive e accetta di essere descritto in termini negativi: si può definire tale il caso in cui si è in presenza di un danno di non lieve entità. Viceversa, per descrivere la situazione di urgenza, non appare sufficiente una ricostruzione in termini negativi:⁴² occorre far uso dell'eccezionalità o straordinarietà tale da rendere indispensabile un provvedimento improcrastinabile.

L'articolo 245, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, diversamente da quanto previsto per il requisito del *periculum in mora*, non

⁴² A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, 55, secondo cui, la situazione di urgenza non può coincidere con l'imminenza del pregiudizio; quest'ultimo concetto non appare idoneo a servire da discriminare tra la tutela monocratica *ante causam* e *post causam*, in quanto già caratterizza quest'ultima.

menziona quello del *fumus boni iuris*; tuttavia, una siffatta valutazione non può essere omessa dal giudice della cautela, sebbene in una logica di estrema sommarietà.

L'esistenza del *fumus boni iuris* si identifica non tanto nell'esame delle probabilità di esito positivo del giudizio quanto nella valutazione sommaria della non manifesta inammissibilità ed infondatezza dello stesso.

La costanza di quest'ultimo non potrebbe essere escluso sulla base della non menzione di esso da parte dell'art 245, comma 3; difatti, la mancata menzione — assoluta per ciò che riguarda il *fumus boni iuris* e relativa per il *periculum in mora* — è caratteristica costante della normativa cautelare *totut court*.⁴³ Nella concreta presentazione della domanda cautelare tale necessaria immanenza del requisito in discorso si traduce nell'onere per il richiedente la misura cautelare *ante causam* di allegare, seppur in forma sintetica, i vizi del provvedimento amministrativo.

Temporary Arrangements (Provisional Relief) in the Administrative Trial

Abstract: The Author describes — carefully not only to the recent domestic jurisprudence but also to the EU jurisprudence that has defined this legal subject — the evolution of the provisional remedies in the administrative lawsuit after the Italian Law n° 205/2000. The Author analyses the concrete practice applications, in the field of public contracts, after the introduction of *ante causam* temporary arrangements by Italian Law n° 163/2006.

Key words: Administrative lawsuit procedure. Provisional remedies. *Ante causam* temporary arrangements.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COLAPINTO, Filippo. La tutela cautelare nel processo amministrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 57-78, jul./set. 2009.

Recebido em: 20.04.09

Aprovado em: 13.08.09

⁴³ E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: articolo 3, legge 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 491, secondo cui, seppure con riferimento alle misure cautelari *post causam*, una valutazione di tale requisito non può mai essere omessa dal giudice cautelare. Tale giudizio, seppur connotato da sommarietà, risulta coesistente alla decisione sulla misura cautelare, non potendosi immaginare l'accoglimento del ricorso cautelare di fronte ad un ricorso manifestamente inammissibile o infondato.