

Prof. Avv. Stefano Tarullo

(Seconda Università degli Studi di Napoli)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ambito di applicazione e l'operatività dei rimedi cautelari già previsti. - 3. La genesi della nuova tutela cautelare ante causam ed i tratti fondamentali della disciplina. - 4. Legittimazione e presupposti dell'istanza cautelare ante causam. - 5. Segue. Fumus boni iuris e raffronto degli interessi in gioco. - 6. Funzione, dinamica e motivazione della misura ante causam. - 7. I contenuti della misura cautelare. - 8. La rilevabilità d'ufficio delle questioni di competenza per territorio. - 9. Le ulteriori previsioni: i commi 5 e 6 dell'art. 245. - 10. Il regime delle impugnazioni ed il confronto con il decreto monocratico post causam. - 11. Segue. Alcuni aspetti critici. - 12. I commi 7 ed 8 dell'art. 245. Il problema della prevenzione e le questioni incidentali.

1. Premessa

L'art. 21 della legge 1034/1971, come riformato dall'art. 3 della legge 205/2000, contempla due tipi di tutela cautelare:

a) la tutela cautelare collegiale di stampo tradizionale, erogata in adunanza camerale (comma 8 dell'art. 21 cit.);

b) la tutela cautelare monocratica, o presidenziale (comma 9 dell'art. 21 cit.).

Entrambi gli strumenti sono strutturati come rimedi attivabili *post causam* (o, con espressione forse più precisa, *in causa*)¹.

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', approvato con il D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (di seguito, 'Codice degli appalti', o più semplicemente 'Codice') contiene elementi di forte novità e di discontinuità rispetto al regime ora ricordato. La nuova disposizione, infatti, introduce per la prima volta una forma di tutela *ante causam* del processo amministrativo, facendosi in tal modo carico, sia pure in un ambito settoriale, dell'esigenza, da tempo manifestata dalla dottrina, di affinare e "potenziare gli strumenti ed i modi della tutela cautelare nei confronti dell'amministrazione pubblica"².

Con la locuzione 'tutela cautelare *ante causam*', o 'preventiva', o 'pura', si individua l'ipotesi in cui la misura cautelare sia richiesta dall'interessato in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito. L'istanza cautelare, più precisamente, non accede al ricorso introduttivo né è avanzata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato specificamente sulla sussistenza o insussistenza dei

¹ Non ha raccolto consensi l'audace prospettazione (R. DEPIERO, *Commento all'art. 3*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 70), secondo la quale la locuzione "separata istanza", impiegata dall'art. 21, comma 9, della legge T.A.R., potrebbe già autorizzare l'accesso al giudice monocratico prima dell'instaurazione del giudizio 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 (cfr. D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 126, nota 49), 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.

² Così F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 - 312, secondo il quale il riconoscimento di tale esigenza è rinvenibile negli artt. 24 e 113 della Carta Fondamentale.

presupposti per la concessione della misura. La tutela cautelare, quindi, è *ante causam* quando la trattazione della relativa domanda dà luogo ad un processo a sé stante, e non ad una questione incidentale del processo di merito.

Ciò posto, la nuova disciplina contenuta nell'art. 245, come si vedrà meglio *infra*, presenta marcate differenze rispetto alle norme generali di cui all'art. 21, commi ottavo e nono, della legge 1034/71, sia per quanto attiene ai presupposti della misura cautelare, sia per quanto attiene agli aspetti strettamente procedurali. Già ad un primo approccio appare chiaro che essa appare segnata da un alto tasso di celerità, informalità e snellezza, elementi che senza dubbio accrescono il livello di effettività delle tutela nell'ambito delle controversie concernenti "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 [per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *ndr.*]" (così il comma primo dell'art. 245).

Ma, proprio questo apparente 'punto di forza' della novella è, forse, anche il suo 'punto di debolezza': se, da un lato, l'introduzione della tutela cautelare *ante causam* è avvertita da tempo quale necessità indifferibile ai fini dell'adeguamento al principio costituzionale del giusto processo³, dall'altro, innegabilmente, il limitato ambito oggettivo di applicazione del nuovo istituto potrebbe far profilare una non peregrina questione di disparità di trattamento tra gli interessi legittimi che sono alla base delle controversie di cui al comma 1 dell'art. 245, beneficiarie di un rimedio interinale notevolmente più efficace di quelli tradizionali, e gli interessi legittimi azionati nelle altre controversie, nell'ambito delle quali la tutela cautelare rimane affidata allo strumentario del passato (ordinanza collegiale o decreto monocratico *post causam*).

E' vero che i confini della legge delega non consentivano un intervento riformatore più ampio di quello concretamente posto in essere, ma questo dato non deve essere preso a pretesto per giustificare il perpetuarsi dell'immobilismo legislativo: le perplessità mostrate al riguardo, in sede di parere allo schema di decreto legislativo, dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, esigono di essere attentamente meditate⁴. Oltretutto, la novellazione lascia affiorare una questione analoga a quella insorta all'indomani del decreto-legge n. 67/97 (decreto sbloccacantieri), rispetto al quale era stato segnalato il rischio che "i vantaggi cronologici assicurati ad alcuni tipi di controversie" potessero scaricarsi "in svantaggi per altri tipi di controversie, non necessariamente meno delicate o meno importanti"⁵.

In tutto questo, non sfugge che il regime della tutela cautelare introdotto con la legge 205 del 2000, arricchito rispetto al passato dalla possibilità di rivolgersi ad un giudice monocratico, ha superato il positivo vaglio della Consulta nel 2002⁶; ciò non autorizza, però, a dare per scontato l'esito negativo di un rinnovato giudizio di costituzionalità sull'art. 21, commi 8 e 9, della legge

³ 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, 264.

⁴ Il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 6 febbraio 2006, n. Sez. 355/06, in www.giustamm.it, ha invitato l'Amministrazione a valutare l'opportunità di "assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare [*ante causam, ndr.*] per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa".

⁵ Così F.G. SCOCA, *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 155.

⁶ Corte cost., ord. 10 maggio 2002 n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, 1442. Nell'ordinanza in questione il Giudice delle leggi ha precisato che "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, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali (...)". La Corte poi, dopo aver operato una ricognizione delle norme che, nel processo amministrativo, assicurano "la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare", ha aggiunto che "l'anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al G.A., 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".

1034/71, in caso di ulteriore accesso alla Corte delle leggi. E' ora più solidamente prospettabile un profilo, quello della violazione dell'art. 3 della Costituzione, che non si incentra più sul divario di tutela tra diritto soggettivo (situazione 'principe' del processo civile) ed interesse legittimo (situazione 'principe' del processo amministrativo) ma che, nel mutato quadro disciplinare ad oggi vigente, traccia un solco, tutto interno al processo amministrativo, tra controversie 'privilegiate' (quelle di cui al comma primo dell'art. 245) e controversie ordinarie. Si tratterà allora di appurare se la particolare rilevanza degli interessi pubblici sottesi alle vertenze del primo tipo giustifichi, secondo il parametro della ragionevolezza legislativa, una così sensibile divergenza tra gli strumenti processuali azionabili.

In chiusura di questa premessa, pur con riserva di esaminare attentamente, in prosieguo, la genesi del nuovo istituto, ravvisabile in una provvidenziale operazione di adeguamento ai dettami comunitari, deve porsi l'accento sulla filosofia che ad esso è sottesa, alla quale - come conferma la relazione al Codice, nella versione iniziale approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006⁷ - non è estraneo lo scopo 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. Da questo punto di vista l'intuizione dei codificatori, pur veicolata dalla necessità di recepire la normativa sovranazionale, si rivela felice in una prospettiva di complessiva efficienza del servizio giustizia, almeno nelle controversie interessate dalla nuova disposizione: l'adozione di un provvedimento di reiezione dell'istanza *ante causam*, soprattutto se ben motivato, potrebbe valere a scoraggiare accessi pretestuosi, strumentali o dilatori al giudice amministrativo, e ad evitare che l'azione giudiziale possa essere piegata a finalità improprie, o - peggio - trasformata in mezzo di pressione nei riguardi delle stazioni appaltanti o dei controinteressati.

2. *L'ambito di applicazione e l'operatività dei rimedi cautelari già previsti*

Il comma primo dell'art. 245, come già accennato, delinea l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni, circoscritto alle liti di tipo impugnatorio concernenti "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" disciplinata dall'art. 6 del Codice.

Tale comma, per il resto, non sembra meritevole di particolare approfondimento, in quanto:

a) sottolinea il pacifico rapporto di alternatività sussistente tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario al Capo dello Stato, entrambi esperibili (seppure in una relazione di mutua esclusività) per far valere gli interessi lesi dai provvedimenti sopra ricordati;

b) ribadisce l'applicazione, nelle controversie considerate, dell'art. 23-*bis* della l. 1034/71 (introdotto dall'art. 4 della legge 205 del 2000), ossia delle previsioni inerenti al c.d. rito abbreviato (nell'ambito del quale tutti i termini processuali sono ridotti alla metà, salvo quelli di proposizione del ricorso) e del c.d. rito accelerato (implicante il possibile scavalco della fase cautelare in vista della più sollecita fissazione dell'udienza di merito)⁸.

Per restare alla tematica cautelare, che qui ne occupa, non sembra dubitabile che il generico richiamo alla procedura di ricorso straordinario valga di per sé a rendere operativo, pur in difetto di esplicito rinvio, l'art. 4, comma 4, della legge n. 205 del 2000, il quale consente in tale ambito, "a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del

⁷ La relazione, che si snoda come un sintetico resoconto a corredo di ogni singolo articolo, è leggibile in www.giustamm.it.

⁸ Su tali riti v. N. PAOLANTONIO, *I riti compatti*, in F.G. Scoca (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 403 ss., spec. 411 ss.

Ministero competente ai sensi dell'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato”.

In questa dobbiamo però segnalare come la previsione risulti ispirata ad un regime di tutela di matrice esclusivamente inibitoria, apparendo peraltro preclusa all'autorità amministrativa la facoltà di disattendere il parere del Consiglio di Stato⁹.

Nel comma secondo dell'art. 245 si prevede che nelle controversie ora dette (il comma 1 non risulta espressamente menzionato, ma la connessione logica è chiara) siano attivabili i congegni cautelari *post causam* già previsti dall'ordinamento.

E' anzitutto prevista l'applicabilità della tutela cautelare collegiale in presenza degli ordinari requisiti previsti dall'art. 21, comma 8, legge 1034/71, ossia del '*fumus boni iuris*' (non manifesta inammissibilità ed infondatezza del ricorso) e del '*periculum in mora*' (pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile); del pari è esperibile la richiesta di tutela monocratica in 'caso di estrema gravità e urgenza', a mente dell'art. 21, comma 9, della stessa legge.

Saranno invocabili, poi, le misure cautelari provvisorie proprie del rito accelerato di cui all'art. 23-*bis* della legge del 1971: il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, quando ravvisi 'ad un primo esame' la 'illegittimità del provvedimento impugnato' e la sussistenza di un (pericolo di) pregiudizio grave e irreparabile, e ferma restando la verifica delle altre condizioni previste dalla norma, fissa con ordinanza la discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza (comma 3); senonchè con tale ordinanza, in caso di estrema gravità ed urgenza, il Collegio giudicante può disporre le opportune misure cautelari, motivando sui 'profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso' (comma 5).

Opera, ancora, il rimedio della sospensione della sentenza su istanza di parte in grado d'appello, quando dall'esecuzione della pronuncia possa derivare un danno grave e irreparabile (art. 33 legge T.A.R.)¹⁰, nonché quello della cd. ottemperanza cautelare in caso inesecuzione della misura interinale da parte dell'amministrazione (art. 37 legge T.A.R.).

Dalla disamina del comma secondo dell'art. 245 emerge il suo carattere eminentemente ricognitivo: esso risulta inserito nel Codice a meri fini di completezza e sistematicità, quasi a mò di ausilio per chi, non padroneggiando la normativa processuale amministrativa, abbia necessità di servirsi dei richiami alla disciplina generale di cui alla legge 1034/71. Ad ogni modo, la ridondanza legislativa ha il pregio di chiarire, ove mai ve ne fosse bisogno, che la misura cautelare *ante causam* è oggi solo uno dei possibili rimedi invocabili dal soggetto legittimato al ricorso; dal che discende il suo carattere facoltativo, trattandosi - come si accennava in premessa - di uno strumento (settoriale) che si aggiunge a quelli che già fanno parte del sistema processuale (generale).

3. La genesi della nuova tutela cautelare ante causam ed i tratti fondamentali della disciplina

Di estremo interesse sono i commi dal terzo all'ottavo dell'art. 245, nei quali per la prima volta - come già anticipato - viene dettata una (pur settoriale) disciplina della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo.

L'origine delle nuove disposizioni è ben descritta nella citata relazione illustrativa alla prima versione del Codice: i redattori si sono prefissi l'obiettivo di recepire, nell'ordinamento interno,

⁹ Cfr. M. SANINO, *Il processo cautelare*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 287 - 288. Tuttavia, secondo alcune prospettazioni dottrinali, la disposizione andrebbe comunque interpretata nel senso dell'atipicità per uniformità con il rimedio interinale giurisdizionale: così R. DEPIERO, *Commento all'art. 3*, cit., 90.

¹⁰ Nonostante il dato testuale, v'è da registrare la tesi secondo la quale il giudice d'appello dovrebbe attribuire un peso prevalente al *fumus boni iuris*, compiendo una sommaria delibazione della giustizia o ingiustizia della sentenza gravata: così E. PICOZZA, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare*, cit., 271.

l'impostazione fatta propria dalla Corte di giustizia della Comunità Europea con le due sentenze *Commissione c. Repubblica ellenica* del 19 settembre 1996¹¹ e *Commissione contro Regno di Spagna* del 15 maggio 2003¹², come successivamente ribadita con l'ordinanza *Commissione contro Italia* del 29 aprile 2004¹³. In questi pronunciamenti il Collegio lussemburghese si era costantemente mostrato favorevole all'introduzione, negli ordinamenti degli Stati membri, di una tutela *ante causam* in materia di appalti pubblici ricadenti nella disciplina comunitaria¹⁴. In particolare, a seguito dell'ordinanza del 2004 da ultimo richiamata, pronunciata in esito ad un'iniziativa del presidente del T.A.R. della Lombardia, Sezione di Brescia¹⁵, si era posta nel nostro

¹¹ Corte di Giust. C.E., 19 settembre 1996, in causa C-236/95, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Foro amm.*, 1997, 381, con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*; in *Urb. e appalti*, 1998, 212, con nota di M. PROTTO, *Sui mezzi di tutela cautelare negli appalti pubblici di rilevanza comunitaria*. V. anche le notazioni di A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela cautelare europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1155, nonché quelle di E. CHITI, *Giudizio cautelare ed innovazioni comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1085.

¹² Corte di Giust. C.E., 15 maggio 2003, in causa C-214/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Urb. e appalti*, 2003, 885, con il commento di R. CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*.

¹³ Corte di Giust. C.E., ord. 29 aprile 2004, in causa C-202/03, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2004, 1000, nonché in www.giustamm.it, con il commento di S. TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*.

¹⁴ La panoramica della giurisprudenza comunitaria *in thema* è ben più ricca rispetto ai precedenti testè richiamati. Vanno ricordate quantomeno le seguenti decisioni: Corte di Giust. C.E., 19 giugno 1990, in causa 213/89, *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, in *Racc.*, 1990, 2433; in *Dir. proc. amm.*, 1991, 255, con nota di C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1122 ss., con nota dello stesso C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1042, con nota di M. MUSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*; Corte di Giust. C.E., 21 febbraio 1991 in cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG - Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH*, in *Racc.*, 1991, I, 415; in *Foro it.*, 1992, IV, 1, con nota di A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 125, con nota di G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*; in *Giur. it.*, 1994, I, 353, con nota di R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo "ius commune"*; Corte di Giust. C.E., 9 novembre 1995, in causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandellgesellschaft mbH c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I, 3799; in *Foro amm.*, 1996, 2543, con nota di R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*; in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333, con commento di E. CHITI, *Misure cautelari positive ed effettività del diritto comunitario*. Per un esame delle linee portanti di tale evoluzione si può rinviare a S. TARULLO, *La tutela cautelare: problemi derivanti dal diritto comunitario*, in E. Picozza (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, cit., 216 ss. In questa sede valga soltanto sottolineare una singolarità: nei giudizi innanzi alla Corte di giustizia l'istanza cautelare può "essere presentata unitamente (ma non contestualmente) ovvero successivamente al deposito del ricorso principale, sia esso di impugnazione oppure in carenza", non ravvisandosi quindi, nel modello offerto da tali giudizi, una tutela cautelare *ante causam*; così R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, tomo IV, 2000, 3755.

¹⁵ T.A.R. Lombardia, Brescia, ord. presid. 26 aprile 2003 n. 76, in *Giur. it.*, 2003, 1273. In tale provvedimento il magistrato rimettente ha desunto dall'art. 2, comma 1, lett. a), della direttiva ricorsi n. 89/665 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 effettività della tutela giurisdizionale, il giudice bresciano ha segnalato 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 P.A., che siano affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, è possibile conseguire una tutela urgente prima della proposizione della causa di merito, l'attribuzione al G.A. 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". Un rischio, questo, 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 di rimessione 76/2003 si è chiesto alla Corte CE di accertare: 1) "se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese

Paese un'urgente esigenza di adeguamento, avendo la Corte recisamente statuito che l'art. 2 della direttiva del Consiglio C.E. 89/665 (c.d. direttiva ricorsi) impone anche al nostro Paese l'obbligo di conferire agli organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare provvedimenti cautelari a prescindere da eventuali azioni previamente incardinate.

Più precisamente, nella ridetta ordinanza si era *claris verbis* affermato, con sicuro riferimento all'ordinamento processuale del nostro Paese, 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". Addirittura, considerando che "tale risposta deriva da una disposizione specifica del diritto comunitario ossia l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva", la Corte aveva 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 alle quali il Giudice rimettente si era pure appellato.

Ancora una volta, con le surriportate statuizioni il Collegio di Lussemburgo ha inteso rifuggire da compromessi e mediazioni con le dissonanti soluzioni processuali accolte negli Stati membri, per quanto in ipotesi avallate – come nel caso della nostra tutela cautelare - dalle Corti costituzionali nazionali¹⁶.

In tale magmatico contesto, l'occasione per il recepimento della giurisprudenza della Corte comunitaria si è presentata all'indomani della pubblicazione delle direttive unificate 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004, recanti rispettivamente il coordinamento delle "procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" (i c.d. "ex settori esclusi") ed il "coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi".

In tal senso è esplicita la relazione al Codice, la quale spiega che l'art. 245 mira ad attuare, in Italia, l'art. 81 della direttiva 2004/18 e l'art. 72 della direttiva 2004/17, ove si stabilisce che gli Stati membri garantiscono l'applicazione delle direttive stesse tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, conformemente alla già menzionata direttiva del Consiglio 89/665 (per

comunitarie accordabile dal G.A. 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 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dall'art. 3 della L. 21.7.2000, n. 205, nella parte in cui non prevede che fra i possibili mezzi di ricorso urgente sia previsto 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 21.12.1989, 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 suddetta tutela cautelare accordabile dal GA nazionale integri o meno violazione dell'art. 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa obbligo 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, 2° comma 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".

¹⁶ Corte cost., ord. 10 maggio 2002 n. 179, cit.

lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) ed alla direttiva 92/13 del Consiglio (per lavori, servizi e forniture nei settori speciali). E' stato in tal modo colmato un vuoto che da tempo veniva lamentato dalla dottrina specialistica e dagli operatori del settore: le anzidette direttive, fino a quel momento, non avevano mai formato oggetto, in Italia, di una operazione di adeguamento organica e sistematica, per quanto esse mirassero a stabilire parametri essenziali per un regime di tutela (anche, ma non solo, cautelare) effettivo ed uniforme nei Paesi europei¹⁷.

Non v'è dubbio, allora, che la normativa comunitaria abbia giocato un ruolo decisivo di stimolo e di impulso per il perfezionamento (anche) della tutela cautelare nelle controversie in materia di appalti pubblici, dopo che le spinte ad una pur ventilata revisione della disciplina nazionale erano state sopite, nel 2002, dall'intervento della Corte costituzionale.

Stante il chiaro orientamento sposato dalla Corte di Giustizia in merito alle direttive ricorsi, il legislatore nazionale aveva di fronte, nella sostanza, due possibili percorsi di adattamento.

In una prima opzione, il legislatore avrebbe potuto prevedere la possibilità di depositare l'istanza cautelare *ante causam* direttamente presso la Segreteria del T.A.R., secondo le regole proprie del processo civile (artt. 669 *bis* e 669 *ter* c.p.c.)¹⁸. Adempiuto tale incombenza, il giudice adito avrebbe potuto alternativamente: a) disporre la convocazione delle altre parti (amministrazione resistente e controinteressato) e provvedere sull'istanza cautelare nel contraddittorio tra queste; b) in presenza di una situazione talmente grave da non consentire una dilazione della misura in attesa della convocazione delle altre parti, provvedere immediatamente 'allo stato degli atti' con decreto steso in calce al ricorso. In quest'ultima seconda evenienza, una volta notificato alle altre parti, a cura del ricorrente, il ricorso ed il pedissequo decreto, il giudice, nell'integrità del contraddittorio, avrebbe potuto confermare, revocare o modificare la misura cautelare già emessa, in conformità dello schema offerto dall'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.¹⁹.

Seguendo questa soluzione avrebbe fatto ingresso, nelle controversie in materia di appalti, un regime di tutela cautelare non solo *ante causam*, ma anche *inaudita altera parte*; regime fondato sull'accesso immediato al giudice, salva successiva notifica alle altre parti del ricorso introduttivo recante in calce il decreto di fissazione dell'udienza o, direttamente, il decreto contenente la misura cautelare nei casi maggiore ed indilazionabile gravità.

I codificatori hanno scelto, però, di muoversi in una diversa direzione, preferendo un secondo percorso di adattamento: essi hanno continuato a prescrivere la previa notifica dell'istanza volta ad ottenere la misura cautelare, pur senza imporre che tale atto espliciti la *editio actionis* della causa di merito (da introdursi successivamente con ricorso, nel solo caso di accoglimento dell'istanza cautelare).

La disciplina positiva, dunque, cristallizza un regime di tutela cautelare *ante causam*, ma (ed è questa la differenza più evidente rispetto alla disciplina del c.p.c.) non definibile come *inaudita altera parte* nell'accezione propria del termine. I litisconsorti passivi sono infatti interpellati

¹⁷ Basti rammentare le fondamentali direttrici imposte dagli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665: 1) i provvedimenti presi dalle amministrazioni aggiudicatrici devono essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile (art. 1, comma 1); 2) in sede di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici deve essere possibile: a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari; b) annullare i provvedimenti illegittimi; c) accordare il risarcimento del danno (art. 2, comma 1); 3) gli organi davanti a cui sono proposti i ricorsi avverso provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici possono essere sia giudiziari sia non giudiziari (art. 2, comma 8); 4) tutte le decisioni sui ricorsi, sia di organi giudiziari che di organi non giudiziari, devono essere attuate in maniera efficace (art. 2, comma 7).

¹⁸ L'art. 669 *bis* c.p.c. dispone che "La domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente"; l'art. 669 *ter* precisa che "prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito".

¹⁹ L'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c. così recita: "Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sè entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto".

immediatamente, attraverso il meccanismo della notificazione, da colui che richiede la misura cautelare; essi hanno pertanto modo, se ritengono di farlo e, comunque, compatibilmente con i ristretti tempi che l'urgenza del provvedere impone, di 'contraddire' prima dell'adozione del provvedimento interinale²⁰.

Un primo dato certo che si offre all'interprete è, dunque, il seguente: la dinamica degli atti processuali rimane inquadrata nel binario tradizionale del giudizio amministrativo, con la differenza che la notifica riguarda la sola istanza cautelare, anziché l'intero ricorso; connotazione, questa, neppure troppo innovativa, considerando che nel rito cautelare *post causam* la proposizione dell'istanza cautelare ben può aver luogo con atto separato dal ricorso introduttivo del giudizio di merito.

Permane, come più diffusamente vedremo, la variabile della possibile adozione della misura in assenza del contraddittorio, vuoi per decisione del magistrato vuoi per scelta dell'amministrazione e/o del controinteressato di non difendersi, vuoi per mancanza dei tempi tecnici per poter ciò fare. Anche tale scenario, tuttavia, non è estraneo alla fisiologia dell'usuale processo cautelare, essendo nella piena facoltà dei litisconsorti passivi non costituirsi per l'adunanza camerale (o per l'udienza monocratica) ovvero, pur a fronte dell'avvenuta costituzione, non presenziare in essa a mezzo di patrocinatore.

Verosimilmente la linea sposata dal legislatore delegato è stata condizionata dall'esigenza di far sì che amministrazione resistente e controinteressato, mediante il meccanismo della previa notifica dell'istanza, fossero messi in grado di poter tempestivamente rappresentare i rispettivi interessi, onde evitare che una misura frettolosa e fondata su una unilaterale ricostruzione dei fatti e del quadro precettivo (*lex specialis* della gara, normativa di riferimento, ecc.) potesse risultare contraria all'interesse pubblico. Sorprende, perciò, che siffatte ragioni non trovino esternazione nella relazione alla prima versione del Codice, là dove l'accoglimento della prospettiva 'conservatrice' ora detta viene sinteticamente giustificato con l'argomento secondo il quale i tempi di notifica non risultano incompatibili con la tutela *ante causam*.

Tale assunto, peraltro, viene suffragato con il richiamo alla giurisprudenza costituzionale che ritiene perfezionata la notifica, per il notificante, con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario²¹, nonché mediante il riferimento alla legge 21 gennaio 1994 n. 53, che autorizza la notifica a mezzo posta effettuata direttamente dal difensore munito di procura²². Non viene, tuttavia, invocato l'insegnamento contenuto nell'ordinanza della Consulta n. 179/2002, là dove, relativamente alla pronuncia interinale presidenziale, si è espressamente ribadita la facoltà di impiegare 'i nuovi mezzi di notifica in tempo reale'²³, ammettendosi l'accesso al giudice anche quando il deposito del ricorso non sia 'completato con la prova di tutte le notifiche'²⁴. Sennonché,

²⁰ Sul significato della locuzione "*inaudita altera parte*", cfr. nello stesso senso del testo, E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 491.

²¹ Corte cost., ord. 12 marzo 2004 n. 97, in *Giur. it.*, 2004, 2262, secondo cui "dovrebbe ritenersi lesivo del diritto di difesa del notificante che un effetto decadenziale possa conseguire – come appunto si verificherebbe nel caso di specie – al ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante ma all'ufficiale giudiziario".

²² La norma cardine in tal senso è l'art. 1 della legge, secondo il quale l'avvocato munito di procura alle liti ex art. 83 c.p.c. e di apposita autorizzazione del Consiglio dell'ordine di appartenenza (cfr. art. 7 della legge) "può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale a mezzo del servizio postale, secondo le modalità previste dalla legge 20 novembre 1982, n. 890, salvo che l'autorità giudiziaria disponga che la notifica sia eseguita personalmente". Le modalità dell'operazione di notifica sono descritte negli artt. 2, 3, 8 e 10 della legge.

²³ In base all'art. 12 della legge 205 del 2000 il presidente del T.A.R. può disporre che la notifica del ricorso sia effettuata con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o telefax, ai sensi dell'art. 151 c.p.c.

²⁴ Nell'ordinanza n. 179/2002, cit., la Consulta ha ritenuto di escludere "una mancanza di effettività della tutela, quando il ricorrente si può avvalere dei nuovi mezzi rapidissimi di notifica (al di fuori di quelli tradizionali mediante consegna materiale a mezzo ufficiale giudiziario e suoi aiutanti) anche a mezzo telefax o per via telematica (uno dei due mezzi certamente esistenti ed utilizzabili per le pubbliche amministrazioni), accompagnati da eventuale riduzione di termini e contestuale decreto di fissazione sia di possibile convocazione delle parti avanti al Presidente (ove questi la ritenga opportuna), sia della successiva prima camera di consiglio collegiale utile".

tali possibilità paiono senz'altro estensibili alla nuova tutela *ante causam*; la prima, in particolare, appare particolarmente idonea a conciliare l'esigenza di prontezza della risposta giurisdizionale con la contrapposta opportunità, che il magistrato potrebbe in singoli casi più intensamente avvertire, che l'amministrazione resistente abbia contezza della iniziativa giurisdizionale intrapresa dal soggetto istante.

Tirando le somme delle considerazioni sin qui svolte, si trae l'impressione che la forza della tradizione si sia imposta al legislatore delegato, determinando un non lieve divario, sul piano procedurale, tra processo amministrativo (degli appalti) e processo ordinario. Infatti, la più marcata differenza tra il D.Lgs. 163/2006 e la disciplina processuale civile risiede nella mancata reiterazione dei meccanismi dettati dagli artt. 669 *bis*, 669 *ter* e 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.: poiché l'istanza cautelare è previamente notificata e non direttamente depositata presso il giudice amministrativo, questi non è chiamato a provvedere, propriamente, *inaudita altera parte*.

Per i restanti aspetti, come ci avverte la relazione alla originaria versione del Codice, la disciplina appare permeata dall'intento di adattare al processo amministrativo i tratti caratterizzanti del rito cautelare 'uniforme' civile (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies* c.p.c.). Sulla scorta delle previsioni processualcivilistiche, infatti: I) la domanda cautelare *ante causam* viene esaminata da un giudice monocratico; II) la domanda viene proposta al giudice competente per il merito (art. 669 *ter* c.p.c.), per impedire al richiedente di 'scegliersi' il giudice della cautela; III) il giudice monocratico provvede o con decreto (in assenza di contraddittorio tra le parti) o con ordinanza (nel contraddittorio delle parti), se l'urgenza lo consente (art. 669 *sexies* c.p.c.); IV) il giudice monocratico provvede senza formalità, ma può compiere gli atti di istruzione indispensabili (art. 669 *sexies* c.p.c.); V) il giudice può subordinare la misura cautelare ad una cauzione (669 *undecies* c.p.c.); VI) il provvedimento cautelare fissa il termine per la notifica alle altre parti del provvedimento medesimo (art. 669 *sexies* c.p.c.); VII) il provvedimento di rigetto non è impugnabile (art. 669 *septies* c.p.c.); VIII) il provvedimento cautelare è revocabile e modificabile (art. 669 *decies* c.p.c.).

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 amministrativi²⁵.

A spingere per una simile soluzione, certamente percorribile anche con futuri aggiustamenti legislativi, sono molteplici considerazioni, sia di ordine giuridico che di natura logistica ed organizzativa, nessuna delle quali sembra essere stata vagliata dai codificatori.

Innanzitutto, non sembra seriamente contestabile che, nella sede cautelare 'preventiva', gli elementi di fatto assumono carattere assorbente rispetto ai profili di diritto che potrebbero giustificare il patrocinio 'tecnico'. Dai primi, infatti, si ricavano indizi per la valutazione inerente all'esistenza ed all'intensità del *periculum in mora* e dai medesimi, più ampiamente, si trae materia per sostanziare gli interessi che il magistrato dovrà porre in comparazione ai fini della concessione o del diniego della richiesta misura. Ora, non v'è dubbio che le circostanze di fatto, ed in casi non rari anche gli aspetti di diritto, potrebbero essere meglio rappresentati ed illustrati, innanzi al giudice, da un dipendente che sia 'addentro' la vicenda amministrativa (pensiamo al dirigente responsabile dell'ufficio che ha curato l'istruttoria, o allo stesso responsabile del procedimento), piuttosto che da un professionista esterno.

Non va trascurato, poi, che la tempistica del giudizio *ante causam* appare, per molti versi, difficilmente conciliabile persino con i passaggi minimi che conducono alla formalizzazione dell'incarico ad un legale esterno (uno o più colloqui informativi, trasmissione di documenti,

²⁵ Cfr. l'art. 4, comma 3, della legge 205/2000, nel quale comunque si richiede che il dirigente sia autorizzato dal rappresentante legale dell'ente. Una simile proposta era già stata avanzata con riferimento alla fase cautelare monocratica *post causam*: cfr. S. TARULLO, M. I. LEONARDO, *Luci ed ombre in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

deliberazione della resistenza in causa, conferimento della procura da parte del legale rappresentante, ecc.). Ove, ancora, si consideri che l'amministrazione per prima ha a disposizione un ridottissimo lasso di tempo per predisporre il carteggio finalizzato ad evitare l'adozione della misura monocratica (raccolta dei documenti essenziali, redazione di una sintetica relazione illustrativa, ecc.), appare evidente che l'attuale disciplina rischia di produrre conseguenze alquanto penalizzanti per le stazioni appaltanti.

Peraltro il legale, quand'anche incardinato in un ufficio dell'amministrazione procedente (avvocatura comunale, provinciale, regionale, ecc.), acquisisce in genere una conoscenza *de relato* delle problematiche emerse in sede di gara, che sono ovviamente studiate e gestite (starei per dire 'vissute') dalle strutture e dagli organi competenti. Né può tralasciarsi che la particolare celerità del rito *ante causam* tende a favorire un trasferimento di conoscenze del tutto approssimativo e superficiale, esponendo il patrocinatore al rischio di non poter soddisfare eventuali, e più analitiche, esigenze informative del giudicante.

4. Legittimazione e presupposti dell'istanza cautelare ante causam

A mente dell'art. 245, comma 3, del Codice, legittimato alla proposizione dell'istanza *ante causam* è il "soggetto legittimato al ricorso". Valgono quindi, per la tutela cautelare preventiva in materia di appalti, i principi generali sulla legittimazione elaborati dalla consolidata giurisprudenza, che in particolare dovranno essere tenuti presenti al cospetto di istanze avanzate da enti esponenziali, quali associazioni di protezione ambientale, associazioni di categoria, ecc.

Sotto il profilo procedurale, come già osservato, l'istanza va previamente notificata. La novella non precisa quali siano i destinatari della notifica, ma si deve ritenere che tali siano l'amministrazione resistente ed almeno un controinteressato, per esigenze di armonizzazione con i presupposti di ammissibilità del ricorso (art. 21, comma 1, legge 1034/71)²⁶. Sarà poi in facoltà del giudice ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati, nella misura in cui tale incombenza risulti compatibile con la situazione di urgenza allegata dal richiedente.

L'istanza è formalmente indirizzata al presidente dell'organo giurisdizionale che sarebbe competente per il merito, secondo le ordinarie regole sulla distribuzione della competenza territoriale tra i Tribunali amministrativi regionali (art. 2 legge 1034/71). La relativa decisione può però essere assunta, oltre che dal presidente, anche da un magistrato da questi delegato.

L'espressa previsione della 'delegabilità' del potere cautelare costituisce una novità rispetto al regime della tutela cautelare monocratica *post causam*, nel quale campeggia la figura del "presidente del tribunale amministrativo regionale" o del presidente "della sezione cui il ricorso è assegnato" (art. 21, comma 9, legge T.A.R.). La prassi degli uffici giudiziari ha però temperato, come noto, il rigorismo legislativo.

Per quanto attiene al regime della delega, si attende che sia ancora una volta la prassi a chiarire se presso il singolo ufficio giudiziario possa essere stabilita una programmazione (turnazione) dei giudici deputati a provvedere sulle istanze cautelari, o se occorra una delega *ad hoc*²⁷.

²⁶ Parte della dottrina però, riferendosi all'analogo regime della cautela *post causam*, ha rilevato una "insufficiente tutela dei controinteressati", dal momento che la richiesta di cautela è contenuta in un ricorso che è sufficiente notificare ad uno soltanto di essi: così G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in *Atti del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su "Il giusto processo"* tenutosi a Roma il 28 e 29 marzo 2002, Roma, 2003, 56. Quella delineata, peraltro, non sembra costituire un'anomalia propria del rito cautelare presidenziale, poiché l'inconveniente si manifesta anche nella 'tradizionale' procedura collegiale.

²⁷ L'esigenza di celerità nell'erogazione della tutela cautelare non può venire vanificata nei casi di assenza od impedimento del presidente (del Tribunale amministrativo regionale o di una sua Sezione) al momento del deposito dell'istanza; il silenzio della norma suggerisce, dunque, di propendere per una possibile sostituzione del presidente con altro magistrato (ad esempio, il più anziano) presente nell'ufficio, senza che occorra una specifica delega (così, con riferimento all'art. 21, comma 9, legge T.A.R., v. già L. COSSU, *Intervento relativo alla giornata di studio sulla legge*

L'unico requisito individuato dal comma 3 dell'art. 245 ai fini dell'adozione della misura cautelare è che sussista un *periculum in mora* particolarmente qualificato, vale a dire un "caso di eccezionale gravità e 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, legge T.A.R.

La formula impiegata dai codificatori è assai prossima a quella leggibile nel comma 9 ora menzionato, come novellato dall'art. 3 della legge n. 205/2000, il quale così recita: "Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio (...)". Le due disposizioni manifestano una forte similitudine in ordine ai caratteri della 'gravità' e dell' 'urgenza' del 'caso', vale a dire della situazione di fatto che si rappresenta al giudice della cautela; la presenza di tali elementi, insomma, giustifica l'erogazione tanto della misura *ante causam* quanto del decreto presidenziale *post causam*.

Senonché, la cennata analogia non si traduce in perfetta identità: nella previsione del Codice i suddetti elementi appaiono connotati da una particolare intensità, sottolineata dalla diversa aggettivazione impiegata: il comma terzo dell'art. 245 richiama un caso di gravità ed urgenza che si prospetta come 'eccezionale', mentre ai fini della tutela monocratica *post causam* la gravità e l'urgenza devono essere soltanto 'estreme', rimanendo così contrassegnate da una maggiore tenuità.

Tentando una schematizzazione, si può ragionevolmente affermare che, in un'ipotetica scala ordinata in base alla crescente intensità del presupposto, il primo gradino è occupato dalla tutela cautelare collegiale di stampo tradizionale (che postula l'allegazione di un "pregiudizio grave e irreparabile", secondo la locuzione dell'art. 21, comma 8, legge T.A.R.), il secondo dalla tutela monocratica *post causam* ed il terzo dalla tutela monocratica *ante causam*.

Mentre la differenza di presupposto tra la misura collegiale e quella monocratica *post causam* è di tipo qualitativo, come dimostra la diversificazione della terminologia normativa, la linea di demarcazione tra questa seconda e la misura *ante causam* è meno netta. Nella disciplina dell'art. 245 del Codice il presupposto è solo diversamente 'qualificato', e quindi la distinzione rispetto alla norma dell'art. 21, comma 9, legge T.A.R. si coglie su un piano meramente quantitativo; in definitiva, si impone al magistrato di tenere conto della particolare graduazione del *periculum*.

In questo senso, pacifico essendo che il danno paventato dall'istante *ante causam* deve essere grave (ossia, di non lieve entità), la situazione di urgenza non può farsi coincidere *tout court* con la imminenza del pregiudizio²⁸; appare decisiva, piuttosto, l'emersione di una situazione di eccezionalità, ossia di straordinarietà, tale da imporre un provvedimento assolutamente indilazionabile da parte del magistrato onde evitare che l'esecuzione materiale del provvedimento (più che la sua efficacia giuridica), o comunque l'avanzamento della procedura, possa determinare immutazioni fattuali esiziali e non più reversibili in forza di successive (e, a questo punto, tardive) cure cautelari.

Si può pensare, al caso, solo esemplificativo ma emblematico, in cui l'impresa (esclusa dalla gara, non invitata, o impossibilitata a partecipare per via di un bando discutibile) abbia necessità di rivolgersi al giudice nella imminenza della seduta fissata dalla commissione per l'apertura delle buste contenenti le offerte.

21 luglio 2000, n. 205, in www.giustizia-amministrativa.it). In tema di tutela monocratica *post causam*, però, sono state avanzate perplessità circa la praticabilità di una delega permanente e stabile all'incombente, in assenza di espressa previsione che legittimi il presidente a rilasciarla (così G. GIALLOMBARDO, *Schema di "documento di lavoro" per la riunione informale del 6 settembre 2000 indetta in Roma da S.E. il Signor Presidente del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁸ Il concetto di 'imminenza', di per sé, non marca a sufficienza la distinzione tra tutela monocratica *ante causam* e *post causam*, poiché già caratterizza questa seconda: cfr. 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.

Si osservi che i redattori del Codice hanno ritenuto di non accogliere il suggerimento della Sezione consultiva per gli atti normativi, orientato nel senso di una completa assimilazione dei presupposti delle due tutele monocratiche, *ante causam* e *post causam*. In quella sede l'avviso di "uniformare da un punto di vista lessicale le due previsioni" era stato radicato nell'esigenza di "evitare difficoltà interpretative ed applicative (...). Né la diversa sfumatura delle due aggettivazioni – pur esistente - appare giustificata dalla diversità della tipologia di intervento cautelare".

Senonché, l'impostazione adombrata dall'organo consultivo non sembra del tutto persuasiva; essa, infatti, non centra l'idea base su cui ruota la nuova previsione, che è proprio quella di operare una separazione (non solo strutturale, ma anche) funzionale tra le due misure monocratiche al fine di conservare, in capo all'istituto della tutela *ante causam*, una sfera di rigida 'eccezionalità' e non fungibilità con il rito presidenziale incidentale.

Per usare le parole della Sezione consultiva, la 'tipologia di intervento cautelare' non è affatto omogenea nelle due evenienze: l'accesso al giudice prima del completo dispiegamento dell'*editio actionis*, oltretutto nell'ambito di un *iter* procedurale caratterizzato da tempi assai ristretti, incide in misura notevole sul diritto alla difesa (ed al contraddittorio) delle altre parti, venendo così a costituire un'opzione che è certamente preferibile non affidare alla libera scelta di chi agisce; ciò che sarebbe in pratica avvenuto in presenza di una perfetta identità, anche 'quantitativa', di presupposto.

5. *Segue. Fumus boni iuris e raffronto degli interessi in gioco*

L'art. 245, comma 3, del Codice non fa alcun riferimento al requisito del *fumus boni iuris*; è tuttavia opinione largamente condivisa che una siffatta valutazione non possa mai essere omessa dal giudice della cautela, sia pure in una logica di estrema sommarietà. Muovendo da tale premessa la dottrina non ha avuto difficoltà a sostenere che la non manifesta inammissibilità ed infondatezza del ricorso (nel nostro caso, del futuro ricorso) devono sempre e comunque essere deliberate dal giudice²⁹. Il che implica l'onere del soggetto richiedente l'istanza cautelare di adombrare, almeno per larghi tratti, presumibili vizi dei provvedimenti contestati.

Eguale, non sembra estraneo alla *ratio* normativa il potere del giudice di operare un raffronto degli interessi in gioco, così come suggerito dalla formula "gravi ragioni" contenuta nell'art. 39, comma 2, del T.U. Cons. Stato³⁰. In sostanza, la misura dovrà essere concessa 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'amministrazione, o meglio all'interesse pubblico del quale questa è titolare.

L'analisi dei presupposti della misura non potrebbe dirsi esaurita senza svolgere almeno un accenno al comma terzo dell'art. 246, che pure intercetta la tematica cautelare in relazione ai giudizi che, ai sensi del comma primo dello stesso articolo, "comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento".

Il comma ora detto dispone che, "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per

²⁹ V. E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 491, che reputa "coessenziale" alla misura cautelare la valutazione del *fumus boni iuris*, non potendosi immaginare che "di fronte ad un ricorso manifestamente inammissibile o infondato" (pensiamo al caso, paradigmatico, del palese difetto di giurisdizione amministrativa) al presidente sia impedito di rifiutare l'adozione del decreto. L'A. riferisce tale considerazione alla tutela cautelare monocratica *post causam*, ma il rilievo è certamente estensibile all'istituto della tutela *ante causam*, oggetto del presente contributo.

³⁰ Cfr. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 225.

il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”.

La norma riprende - con lievi variazioni - l'art. 14 del D.Lgs. 20 agosto 2002 n. 190 (attuativo della c.d. legge obiettivo 21 dicembre 2000 n. 443), introducendo un regime particolare sia per quanto attiene alla fase cognitoria che precede l'adozione della misura cautelare, sia, di riflesso, per quanto attiene ai contenuti della relativa motivazione³¹.

Il dato che sembra maggiormente risaltare è costituito dalla rilevanza legislativamente attribuita al preminente interesse nazionale, la cui esplicita enunciazione sembra puntare a ridefinire i poteri del giudice in sede di esame dell'istanza.

Il problema esegetico non deve, tuttavia, essere sopravvalutato. Segnatamente, deve rifiutarsi ogni interpretazione che possa portare il bilanciamento/contemperamento degli interessi in gioco a risolversi sempre ed indefettibilmente a favore dell'interesse pubblico (in quanto 'preminente') e dell'omologo interesse dell'ente aggiudicatore. Siffatta esegesi avrebbe conseguenze inaccettabili: precluderebbe alla negazione, nella totalità dei casi, della misura cautelare, con radicale vanificazione della funzione dell'istituto³²; contrasterebbe con la lettera della norma, che invero contempla la possibilità che la misura sia accolta e che quindi il 'preminente' interesse pubblico possa passare in secondo piano; determinerebbe una palese posizione di privilegio dell'amministrazione in giudizio, dando così vita ad un sensibile *vulnus* delle disposizioni costituzionali tanto in tema di effettività della tutela (artt. 24, 103 e 113 Cost.), quanto in tema di parità delle parti nel processo (art. 111, comma secondo, Cost.), quanto ancora in tema di indipendenza del magistrato, *sub specie* di garanzia del suo libero convincimento (artt. 101 e 108 Cost.)³³. La fondamentale direttrice della interpretazione *secundum Constitutionem* esclude, dunque, la percorribilità di una soluzione di tal genere.

Appare allora imposta dai dettami costituzionali la lettura che assegna alla formulazione normativa lo scopo di imporre al giudicante non solo di considerare, in sede di comparazione, l'esistenza dell'interesse pubblico, com'è tradizione del giudizio amministrativo cautelare, ma di tenere altresì presente la 'preminenza' di tale interesse e pertanto la necessità della 'sollecita realizzazione' dell'infrastruttura, quale ovvio corollario del carattere strategico che a monte è stato assegnato alla 'grande opera' assoggettata al vaglio giurisdizionale³⁴.

Da ciò l'obbligo di motivare espressamente sulle ragioni di un'eventuale, ritenuta recessività dell'interesse alla realizzazione dell'infrastruttura rispetto all'interesse del ricorrente (a non subire un danno), la cui violazione è suscettibile di apprezzamento in sede di appello avanti al Consiglio di Stato³⁵.

E' appena il caso di osservare che le suesposte considerazioni varranno anche in sede di tutela monocratica *ante causam*, per quanto l'estrema provvisorietà della misura ivi concedibile faccia apparire davvero improbabile che l'accoglimento dell'istanza possa comportare un rallentamento significativo della realizzazione dell'infrastruttura. Ad ogni modo, considerato che, in tale ambito, l'esclusione dell'appello (v. *infra*) impedisce il vaglio del giudice superiore in ordine al bilanciamento degli interessi, questo, almeno in prima battuta, rimane affidato alla sensibilità, ed alla non lieve responsabilità, del singolo magistrato adito.

Da ultimo si osservi che, a mente del comma 4 dell'art. 246, "La sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il

³¹ Il D.Lgs. 190/2002 è stato integralmente abrogato dall'art. 256, comma 1, del Codice degli appalti, a decorrere dalla data di entrata in vigore del Codice stesso.

³² G. SCIULLO, *Commento all'art. 14 del D.Lgs. 190/2002*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1076.

³³ Agr. ex Corte cost., 30 aprile 1984 n. 120, in *Foro it.*, 1984, I, 1172.

³⁴ G. SCIULLO, *op. loc. cit.*, secondo il quale il disposto normativo "implica soltanto un innalzamento della consistenza del *periculum in mora* come condizione per il rilascio della misura cautelare, ossia uno scrutinio più stretto demandato al giudice".

³⁵ Cfr. sul punto M. DE FALCO - A. PAGANO, *Le norme processuali del D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, in *Urb. e appalti*, 2002, 1401.

risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”. La disposizione sembra dover essere intesa nel senso che, in presenza di un contratto già stipulato, il giudice non potrà erogare una misura cautelare diversa dalla condanna al pagamento di una provvisoria inerente alla somma per la quale ritenga già raggiunta la prova (cfr. art. 278, comma 2, c.p.c.). Questa lettura appare coerente con la direttiva fornita, in sede di delega, con la legge obbiettivo, là dove si prevedeva la “restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisoria” (art. 1, comma 2, lett. n).

6. Funzione, dinamica e motivazione della misura ante causam

La misura cautelare *ante causam*, contraddistinta dal massimo grado di interinalità e provvisorietà, può essere disposta solo se indispensabile “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”: così si esprime, testualmente, l’art. 245, comma 3, del Codice.

Quindi, se sul piano funzionale la tutela cautelare *post causam* serve a mantenere la *res adhuc integra* (ammesso e non concesso che il principio di atipicità possa consentire ancora, in via generale, una simile affermazione)³⁶ fino al momento di definizione della causa, il provvedimento *ante causam* presenta una sua specificità: esso vale ad evitare che nel tempo occorrente per pervenire alla misura *post causam* (monocratica o collegiale) la situazione di fatto dedotta in giudizio (*res in iudicio deducta*) subisca mutamenti tali da rendere inutile (*inutiliter data*) la successiva pronuncia incidentale. Il connotato della interinalità della misura si trova, così, ad essere potenziato in modo inedito, con un impatto dirompente rispetto alla tradizione.

Il nuovo istituto si presenta, sotto questo aspetto, assai innovativo rispetto allo stesso schema offerto dall’art. 700 c.p.c., in quanto infrange definitivamente il collegamento con la decisione di merito che pure è connotato qualificante dell’archetipo processualcivilistico³⁷.

Se, infatti, l’art. 700 ora detto legittima all’istanza cautelare chi tema che un pregiudizio “imminente e irreparabile” possa verificarsi “durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria” (cioè, durante il tempo occorrente per conseguire una sentenza favorevole), precisando che il provvedimento d’urgenza deve essere idoneo “ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”, il rapporto di strumentalità (e quindi di continenza effettuale) sotteso alla nuova previsione del 2006 appare diversamente conformato: esso si appunta non già sulla futura sentenza, ma sulla futura misura cautelare *post causam*³⁸. Appare perciò appropriata, per il nuovo rimedio, la denominazione di misura ‘precautelare’, proprio in quanto esso risulta funzionale a preservare le condizioni di operatività e di efficacia non della decisione di merito, ma di un’ipotetica misura cautelare incidentale, che il giudice – mediante una proiezione mentale - è chiamato ad assumere a riferimento per verificare il grado di indifferibilità della cautela richiesta.

Nel giudizio *ante causam* il contraddittorio è eventuale, poichè le parti – con la verosimile eccezione del ricorrente – sono sentite solo ‘ove possibile’. La ‘possibilità’ va intesa non in senso fisico-naturalistico, ma in senso giuridico. Il giudice, sulla base degli elementi a sua disposizione

³⁶ Cfr. E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 281 – 282.

³⁷ E. PICOZZA, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare*, cit., 260.

³⁸ Sulla regola della strumentalità della misura cautelare rispetto alla sentenza di merito v. la limpida ricostruzione di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 179. Sulla particolare accezione della regola come recepita nella giurisprudenza amministrativa, sia consentito il rinvio a S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 248 ss. Per approfondimenti cfr. inoltre A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 e 179; E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 3173; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2493.

(stato di avanzamento della procedura, tempi previsti per la convocazione e l'arrivo delle parti presso l'ufficio giudiziario, rilevanza degli elementi eventualmente acquisibili dall'amministrazione, ecc.) è chiamato a valutare gli esiti che la dilazione temporale potrebbe generare rispetto alla situazione di urgenza allegata.

La formulazione normativa dell'art. 245, comma 4, si discosta da quella dell'art. 21, comma 9, della legge T.A.R., là dove si consente al presidente di provvedere "con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio". In altro lavoro si era avanzata l'idea che, nel rito monocratico *post causam*, il contraddittorio dovesse in linea di principio essere assicurato, in armonia con le coordinate dettate dall'art. 111, comma 2, Cost.³⁹. Nel rito *ante causam* la scelta normativa è stata di segno opposto, poichè si è al cospetto di un'urgenza 'qualificata', tale da rendere il provvedimento assolutamente indifferibile: la garanzia del contraddittorio è destinata, per questo, a cedere il passo alla piena esplicazione principio di effettività/tempestività della tutela. L'ipotesi della convocazione delle parti non è, ovviamente, del tutto esclusa, ma diviene marginale, perchè all'audizione dei contendenti (contestuale o scaglionata) si darà corso solo ove ne risulti rigorosamente appurata la 'possibilità' nel significato sopra precisato, e quindi in casi che è lecito presumere tutt'altro che frequenti.

Quanto, poi, alle modalità di attuazione del contraddittorio, interessanti scenari potrebbero affiorare valorizzando il principio di informalità della procedura, sancito sempre dal comma 4 dell'art. 245: non sembra vietato, infatti, che il giudice possa sollecitare la trasmissione delle difese dell'amministrazione via fax, via posta elettronica o addirittura per telefono⁴⁰. Che, poi, le informazioni così ricevute debbano essere qualificate alla stregua di 'schiarimenti' ai sensi dell'art. 44 del T.U. del Consiglio di Stato, sembra essere questione prevalentemente nominalistica, stante l'operatività del principio del libero convincimento del giudice sia di fronte ad argomentazioni defensionali sia di fronte ad elementi di fatto emersi in un contesto istruttorio.

Quando le parti siano sentite, il provvedimento del magistrato assumerà la forma dell'ordinanza, altrimenti si provvederà con decreto. La precisazione è espressamente contenuta nella relazione al Codice (versione del 13 gennaio 2006), ma essa non sembra foriera di significative conseguenze pratiche, dal momento che il regime applicabile al provvedimento (non appellabilità, revocabilità d'ufficio, ecc.) non muterà quale che sia la forma di volta in volta rivestita dall'atto giudiziario.

Piuttosto, mette conto rilevare che l'art. 245 non prescrive l'obbligo di motivazione del provvedimento cautelare *ante causam*, né in caso di accoglimento né il caso di rigetto dell'istanza. Sembra però evidente che un minimo di motivazione sul *fumus* e sul *periculum* (qualificato) sarà necessaria, vuoi per ragioni normative, vuoi per ragioni pratiche, vuoi per ragioni logiche.

Quanto al primo aspetto, anche a voler prescindere dei basilari profili di trasparenza che la dottrina non ha mancato di sottolineare⁴¹, numerosi sono gli indizi di diritto positivo che impongono la formalizzazione di una motivazione non meramente 'di stile'. A parte gli ovvi richiami alle norme di legislazione ordinaria rivenienti dall'art. 39 del T.U. del Consiglio di Stato e dall'art. 21

³⁹ S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 586 ss., ove si è opinato nel senso che l'elisione del contraddittorio possa ammettersi in presenza di condizioni fattuali assimilabili a quelle contemplate nell'art. 669 *sexies*, comma secondo, c.p.c., ossia quando la convocazione delle controparti sia suscettibile di pregiudicare l'attuazione del provvedimento (*ibidem*, 590). Sull'ammissibilità di un differimento del contraddittorio nell'ambito della tutela cautelare *ante causam* v. anche C.E. GALLO, *Alla Corte costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti ante causam nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 860 – 861.

⁴⁰ Stimolanti spunti nel senso della snellezza procedurale fornisce la normativa vigente in Germania: in casi urgentissimi, il giudice monocratico (presidente della Sezione o magistrato che lo sostituisce) richiesto della tutela interinale può decidere in base ad un "contraddittorio telefonico". Addirittura l'istanza cautelare, ove proposta fuori dal normale orario d'ufficio, può essere inviata a mezzo fax, ed il ricorrente o il suo patrocinatore hanno facoltà di recarsi presso un posto di polizia per contattare il magistrato amministrativo di turno. Sul punto W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in sito www.diritto.it.

⁴¹ E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, cit., 290.

della legge T.A.R.⁴², non sembra equivocabile il disposto dell'art. 111, comma sesto, della Costituzione, secondo il quale "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"⁴³. A ciò si aggiunga la pregnanza delle indicazioni che provengono dalla Corte di Giustizia, rivestite di portata normativa per il diritto comunitario, le quali si estendono a tutti i provvedimenti a contenuto decisorio⁴⁴.

Sotto il secondo angolo visuale, la motivazione ha la funzione di indirizzare l'amministrazione ad una corretta esecuzione della misura cautelare: la stesura della motivazione è operazione più delicata di quanto non sembri, in quanto è volta a fornire delle *normae agendi*, ossia un indirizzo operativo, alla successiva attività del soggetto resistente; pur nella irrinunciabile sinteticità che deve connotare il provvedimento cautelare, è assai importante la scelta delle parole, degli aggettivi, talora persino della punteggiatura. Non di rado, nei giudizi di ottemperanza cautelare, è proprio di questo che si disquisisce. La motivazione, allora, non può mancare.

D'altra parte, autorevole dottrina ha da tempo ammonito che la carenza di motivazione introduce una componente di estrema 'casualità' ed 'estemporaneità' nella erogazione della giustizia cautelare, che lascia libero sfogo alle convinzioni personali dei singoli magistrati⁴⁵. Ciò appare tanto più preoccupante in relazione ai provvedimenti *ante causam* qui in esame, sottratti all'appello e quindi non suscettibili di una revisione uniformatrice da parte del Consiglio di Stato.

Si potrà obiettare che, ammettendo quale misura 'normalmente' erogabile *ante causam* la sola sospensione della procedura (v. *infra*), la funzione di indirizzo che generalmente si ascrive alla motivazione verrebbe a perdere molta della sua centralità. L'obiezione non coglie, però, nel segno, o almeno non vale in termini assoluti. Come si avrà modo di precisare, con la misura cautelare il giudice potrebbe ritenere utile dettare all'amministrazione delle regole di condotta da osservare in costanza della 'sospensione' procedurale interinalmente disposta; si richiederà pertanto, a tal fine, un *minimum* di ostensione dei presupposti fattuali e normativi posti a fondamento dei precetti in concreto impartiti, al fine di renderli pienamente e correttamente eseguibili.

In ordine al terzo profilo, si ricordi che il provvedimento cautelare di rigetto impedisce che il giudizio possa avere una sua prosecuzione nel merito, caratterizzandosi quindi quale atto idoneo a far cessare definitivamente la lite (salva la successiva proposizione di un autonomo ricorso). Pertanto, se la motivazione assurge ad elementare garanzia di trasparenza quando il diniego di cautela sia disposto *post causam* (in attesa, cioè, della sentenza che comunque appaleserà il convincimento del giudice colmando le lacune del provvedimento cautelare), ciò deve valere *a fortiori* quando siffatto pronunciamento sia assunto in una sede tendenzialmente definitiva. D'altro canto in relazione al provvedimento di diniego, e proprio perché esso rifiuta l'adozione della misura richiesta, una maggiore accuratezza concettuale della motivazione sembra appropriata, e la connessa dilazione nei tempi di stesura, in ultima analisi, accettabile (specialmente quando si accerti la insussistenza del *periculum*).

Appare, peraltro, coerente con il dettato normativo opinare nel senso che la motivazione del provvedimento cautelare di accoglimento, in punto di *periculum*, debba arricchirsi di un espresso riferimento al 'fattore tempo', non potendo non trovare estrinsecazione le ragioni per le quali il

⁴² Quest'ultima disposizione ha precisato con una certa cura l'estensione dell'obbligo di motivazione correlato all'ordinanza collegiale, la quale dovrà motivare "in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso".

⁴³ Non può quindi dubitarsi che la motivazione del provvedimento cautelare rappresenti "garanzia necessaria e ineludibile" del giusto processo amministrativo: così E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II 1075; analogamente F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. Scoca (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 146.

⁴⁴ Sul punto E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, in Atti del convegno Università "Tor Vergata" di Roma/Cenform del 7 maggio 1997, sul tema "Unione Europea, sistema italiano, modelli comparati di giustizia amministrativa: riflessioni per la Bicamerale", Roma, 1997, 213.

⁴⁵ Così F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 268 - 269.

giudice sia convinto che l'attesa della "previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie" *post causam* pregiudicherebbe irrimediabilmente le ragioni del ricorrente. Vale, dunque, anche per l'istituto in commento il richiamo della dottrina alla considerazione del dato temporale, che risulta fondamentale nella duplice prospettiva valutativa, prima, e motivazionale, poi⁴⁶.

Resta ovviamente fermo – e lo si è già puntualizzato – che la motivazione dovrà essere redatta in termini decisamente sintetici. Ciò non tanto perché una motivazione più elaborata possa 'vincolare' o 'imbarazzare' il giudice del merito (la prima ipotesi è esclusa dalla natura dell'istituto cautelare, la seconda dalla realtà dei fatti), quanto piuttosto perché la relativa stesura, specialmente quando il provvedimento sia di accoglimento, deve rendersi compatibile con i tempi ristrettissimi richiesti dalle circostanze d'urgenza addotte dall'istante; circostanze che, quando appurate, consigliano di pubblicare il provvedimento con estrema sollecitudine.

Un'ultima riflessione merita la prescrizione che impone di omettere 'ogni altra formalità': essa, in armonia con la situazione di somma ed indilazionabile urgenza che la nuova disciplina punta a fronteggiare, sottolinea il carattere facoltativo ed eventuale di qualsivoglia atto istruttorio e conferma la regola di massima secondo la quale il provvedimento va assunto allo stato degli atti. Ciò non toglie, però, che si possa ammettere l'espletamento di quegli incumbenti istruttori che risultino compatibili con l'esigenza di celerità della pronuncia. Ad esempio, come già anticipato, si può pensare alla possibilità che il magistrato rivolga un invito anche informale (magari telefonico) all'amministrazione (pur quando non costituita) perché faccia pervenire all'ufficio giudiziario il provvedimento o sintetici chiarimenti, in ipotesi persino via fax o mediante *e-mail*.

7. I contenuti della misura cautelare

L'art. 245 del Codice non si sofferma sui possibili contenuti della misura cautelare, lasciando intendere che essa partecipi del carattere di atipicità che ormai connota il regime ordinario della cautela *post causam*⁴⁷ in aderenza al modello ricavabile dall'art. 700 c.p.c.⁴⁸.

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 amministrativa⁴⁹, se appare consonante con il principio di effettività/adequatezza della tutela giurisdizionale⁵⁰, per altro verso dà corpo all'idea che nel giudizio cautelare *ante causam* trovino esplicitazione i poteri propri della giurisdizione di merito⁵¹.

V'è però da rilevare che le misure pronunciabili sono qualificate, dal comma 3 dell'art. 245, come 'interinali e provvisorie'.

⁴⁶ Con riferimento alla tutela monocratica *post causam* v. E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 485. Analoghe considerazioni in A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 55.

⁴⁷ La regola dell'atipicità è espressa dall'art. 21, comma 8, della legge T.A.R., il quale ammette le "misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Comunque, a prescindere dal dato positivo, tale carattere costituisce una conquista pretoria del giudice amministrativo oramai irrinunciabile, come si desume da Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000 n.1, in *Urb. e appalti*, 2000, 617, con commento di M. PROTTO, *La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la p.a. tra tutela cautelare e tutela sommaria*. Per una ricostruzione delle connesse problematiche sia consentito rinviare a S. TARULLO, *I poteri cautelari del giudice amministrativo ridisegnati dal Consiglio di Stato: osservazioni a prima lettura sull'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 30 marzo 2000*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, 117 ss.

⁴⁸ Con l'ovvia precisazione che tale ultima disposizione ha, nel processo civile, carattere residuale rispetto alle altre misure 'tipiche': cfr. E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 482.

⁴⁹ Rileva E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 485, che proprio la varietà delle misure cautelari ottenibili (*post causam*) onera il ricorrente di avanzare una richiesta specifica.

⁵⁰ Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 575 ss.

⁵¹ In tal senso, con riferimento alla disciplina generale della cautela, F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna, Atti del convegno italo-spagnolo*, Palermo, 19 – 20 marzo 2001, Torino, 2002, 229.

Questa 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; ciò che avverrebbe ove si avallasse, nella sede *ante causam*, un'alterazione dell'assetto degli interessi che non possa essere, poi, ribaltata.

Così, ad esempio, il giudice interpellato *ante causam* potrà, provvisoriamente, sospendere la gara d'appalto di modo che non si dia corso alla procedura fino alla successiva pronuncia *post causam*, ma non potrà disporre interinalmente l'attribuzione del bene della vita al ricorrente, nè adottare alcuna misura che 'suggerisca' all'amministrazione un certo comportamento positivo, secondo la consolidata tecnica del *remand*⁵². In via di ulteriore esemplificazione, con il provvedimento di accoglimento non si potrà ingiungere alla stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in favore di un concorrente piuttosto che di un altro, a nulla valendo l'eventuale previsione, nella *lex specialis*, di un metodo di aggiudicazione c.d. automatico.

Quanto alla riammissione in gara del concorrente escluso, è realistico il rischio che il successivo corso delle operazioni possa rivelarsi inutile, laddove si appurasse (sempre in sede cautelare, ma *post causam*), che l'interesse azionato *ante causam* non era meritevole di protezione. Sotto questo profilo, però, l'adozione della misura sembra non collidere drammaticamente con il disposto normativo, attesa la possibilità di un rinnovo delle operazioni (ricalcolo della soglia di anomalia, aggiudicazione ad altro soggetto, ecc.) previa 'espunzione' del concorrente ingiustamente riammesso.

Il problema interpretativo si annida, semmai, nella difficoltà di concepire un'ordinanza che finisca per sollecitare la riedizione del potere amministrativo e quindi l'adozione di nuovi provvedimenti modificativi dell'assetto degli interessi, distintamente impugnabili. Una misura siffatta appare suscettibile di porre fine alla lite in sede cautelare, con il rischio di trasformare la tutela cautelare preventiva in tutela sommaria⁵³. Ed infatti, ove per ipotesi il giudice amministrativo disponesse, *ante causam*, la riammissione di una impresa alla gara con conseguente obbligo, per la stazione appaltante, di valutare la sua offerta, l'interesse della ricorrente sarebbe con ciò soddisfatto, e l'introduzione del successivo giudizio di merito (sull'atto di esclusione) si rivelerebbe inutile (tanto più una volta emanati nuovi e distinti atti della procedura). L'intera vicenda processuale, per giunta, si svolgerebbe in carenza di una compiuta esternazione dell'*editio actionis* del ricorso di merito, nonché verosimilmente – com'è nella fisiologia dell'istituto cautelare *ante causam* – in difetto di attività istruttoria e di pieno contraddittorio.

In ultima analisi, pur nella imprevedibile multiformità della casistica, che richiede estrema attenzione nel lanciare pronostici, sembra che l'unica tipologia di misura compatibile con le esigenze di massima 'interinalità' sottese al nuovo istituto sia quella della sospensione della procedura (*mittite ambo rem*). Tale soluzione 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.

Non sfugge che nella ricordata ordinanza del 29 aprile 2004 la Corte di Giustizia, sulla scorta della direttiva ricorsi, è sembrata voler considerare il provvedimento inteso "a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame" come una soltanto delle possibili misure adottabili in sede cautelare; è necessario, però, che tale insegnamento sia

⁵² Sulle tecniche del *remand* e dell'ordinanza propulsiva mi permetto di rinviare a S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 2501 ss.

⁵³ Nel senso che l' "ordine di riesame" adottato in sede cautelare non costituisca un rimedio propriamente cautelare, "rappresentando semmai una misura sollecitatoria di un nuovo esercizio del potere dell'amministrazione" v. F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in S. Raimondi e R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Atti del Convegno di studi italo-spagnolo di Palermo, 19 – 20 marzo 2001, Torino, 2002, 231.

armonizzato con i profili strutturali del nuovo istituto, che impediscono al magistrato di pregiudicare in qualsivoglia modo le future decisioni cautelari, esse sì più articolate (conformemente, dunque, all'orientamento della Corte) rispetto alla mera misura inibitoria, anche grazie alla compiuta illustrazione dei motivi di ricorso.

D'altra parte, il carattere 'atipico' della misura cautelare non esce snaturato dalla tesi qui avanzata: appare perfettamente concepibile che accanto all'ordine di sospensione della procedura il giudice amministrativo possa 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 *in causa*. Tale ampia gamma di prescrizioni consente certamente di recuperare quella atipicità della misura interinale che ormai costituisce tratto caratterizzante della tutela cautelare nel processo amministrativo, evitando che il giudice resti ingessato nell'alternativa secca data dalla scelta tra sospensione e prosecuzione della procedura. 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.

Le considerazioni che precedono intercettano la tematica, del tutto inesplorata, della possibile pronuncia di misure cautelari *ante causam* volte a vincere il silenzio-rifiuto dell'amministrazione.

L'approntamento normativo di un rito speciale del silenzio (art. 21-*bis* legge 1034/71) non osterebbe di per sé all'accoglimento della prospettiva favorevole a tale soluzione, vuoi perché potrebbe invocarsi il riferimento al "comportamento inerte dell'amministrazione" di cui all'art. 21, comma 8, della legge T.A.R., vuoi perché l'insegnamento della Consulta depone nel senso della incomprimibilità dei poteri cautelari del giudice in ogni sede⁵⁴. V'è però da ritenere che ove un atto di 'impulso' giudiziale al procedimento o comunque all'azione amministrativa venisse compiuto *ante causam*, ciò produrrebbe quale conseguenza (spontanea o coartata, mediante il commissario *ad acta*) l'emanazione di un provvedimento amministrativo, con il che la misura risulterebbe priva dei connotati di provvisorietà ed interinalità. Così, per ricalcare un esempio già fatto, qualora il giudice ordinasse (*ante causam*) all'amministrazione di procedere con la gara d'appalto rimasta 'impantanata', o addirittura di concluderla disponendo l'aggiudicazione, la futura (ed eventuale) *lis* avrebbe un oggetto completamente distinto da quello dell'istanza cautelare, rappresentato dalla legittimità del provvedimento successivamente intervenuto.

A valle del discorso sinora svolto, non si ravvisano ragioni per escludere che la misura *ante causam* possa consistere nell'ordine di pagare una somma. Tale soluzione non altera gli interessi sostanziali sottesi alla *lis* giudiziaria (quantomeno non irreversibilmente, posto che la somma potrebbe essere sempre restituita ove seguisse un *contrarium iudicium*); anche su questo versante, dunque, si recupera la regola dell'atipicità, a definitivo superamento del limitativo schema della sospensiva. Resta però ferma la non confondibilità – in termini concettuali e cognitori – tra la tutela cautelare e la tutela sommaria, quale disegnata dall'art. 8 della legge 205/2000⁵⁵.

Un'ultima precisazione, per ragioni di completezza, sembra opportuna. Il dettato normativo, la *ratio* dell'istituto in esame ed i relativi profili strutturali e funzionali escludono che il giudice adito *ante causam* possa adottare una decisione della controversia in forma semplificata, in quanto non esiste, a monte, la proposizione di un ricorso mirato all'ottenimento di una sentenza: poichè

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 16 luglio 1996 n. 249, in *Giust. civ.*, 1997, I, 33, in cui si ribadisce il carattere essenziale della tutela cautelare - sia in primo grado che in appello - e la sua intima compenetrazione con la decisione di merito, giudicandosi illegittima ogni limitazione del potere cautelare per determinate categorie di atti o in relazione al tipo di vizio dedotto. Per la compatibilità tra misura cautelare *post causam* e rito del silenzio v. A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 39.

⁵⁵ Sul punto A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 36.

l'istanza *ante causam* è rivolta elusivamente a conseguire la misura cautelare (con decreto o con ordinanza), è evidente che la valutazione di “manifesta fondatezza ovvero (...) manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso”, di cui all'art. 26, comma 4, della legge 1034/71, non potrà trovare cittadinanza nella sede qui considerata. Siffatta soluzione è – *ad abundantiam* - confortata da altri elementi: la composizione monocratica dell'organo giudicante (al quale non possono ascrivere poteri decisori nel merito), l'estrema sommarietà della cognizione, a sua volta connessa con la interinalità della misura e con il carattere meramente eventuale di ogni incombente istruttorio, nonché la tendenziale carenza di un confronto dialettico tra le parti che sarebbe inconciliabile con il dettato costituzionale sul giusto processo, laddove riferito ad una sentenza.

8. La rilevabilità d'ufficio delle questioni di competenza per territorio.

Di grande impatto è la previsione del Codice (art. 245, comma 4, ultima parte) che consente la rilevabilità d'ufficio delle questioni di competenza che possano emergere in sede di decisione sull'istanza *ante causam*.

Questa disposizione, frutto di un suggerimento reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, introduce una rilevante deroga al principio generale (che è di segno opposto), giustificata dalla volontà di impedire al ricorrente, in sede di istanza cautelare, di eludere le norme sulla competenza territoriale dei giudici amministrativi di primo grado. Ed infatti, nella prassi precedente accadeva spesso che, proprio confidando sulla non rilevabilità d'ufficio, il ricorrente preferisse adire, in sede cautelare, un T.A.R. (non competente per territorio ma) la cui pregressa produzione giurisprudenziale denotasse una certa propensione ad accogliere le tesi esposte nell'atto introduttivo. In tal modo, non di rado l'interessato riusciva a conseguire, nell'immediato, un provvedimento cautelare favorevole, salvo poi acconsentire a che la controversia, per il merito, fosse trasferita presso il T.A.R. competente.

A fronte di tale fenomeno, parte della giurisprudenza aveva reputato doversi riformare l'ordinanza di sospensione pronunciata in primo grado malgrado l'avvenuta presentazione del regolamento di competenza ed in assenza della previa delibazione dello stesso ex art. 31 della legge T.A.R.⁵⁶.

La nuova previsione, pur se suffragata dall'intenzione di reagire all'evidenziato fenomeno delle ‘migrazioni cautelari’⁵⁷, non va esente da perplessità. La deviazione dalle regole generali si produce nelle sole controversie in tema di appalti pubblici, con conseguente disparità di trattamento rispetto alle altre controversie esulanti dal disposto del comma primo dell'art. 245.

Peraltro rilevare d'ufficio una questione non significa deciderla d'ufficio⁵⁸, sicchè sembra d'uopo che il giudice, prima di pronunciarsi, senta le parti, quantomeno il richiedente.

Probabilmente il modello operativo sarà, per grandi linee, quello offerto dal quinto comma dell'art. 31 della legge T.A.R., che prevede la fissazione di un'apposita camera di consiglio. Sennonchè, nel caso in cui il giudice mantenga ferma la sua opinione non è chiaro se debba seguire la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato perchè individui il giudice competente (ferma restando la possibilità di adottare la misura cautelare per prevenire i danni), ovvero direttamente l'invio del fascicolo al T.A.R. ritenuto competente (anche per l'adozione della misura cautelare), con successiva comunicazione alle parti onerate della costituzione.

⁵⁶ Cons. Giust. Amm. Sic., 28 luglio 2004 n. 661, in *Foro it.*, 2005, III, 138.

⁵⁷ L'espressione è di F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, in www.giustamm.it.

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 24 gennaio 2000 n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305, là dove si è testualmente statuito che “In un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio (...) la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza esser sottoposta al contraddittorio delle parti”.

Questa seconda soluzione ha l'indiscutibile pregio di rendere più spedito il fluire del processo in ossequio al canone costituzionale della 'ragionevole durata'; ne risulta così mitigata la 'paralisi cautelare' determinata dall'indirizzo giurisprudenziale poc'anzi menzionato, volto a rimettere la decisione cautelare nelle mani del T.A.R. additato come competente dal Consiglio di Stato in esito al regolamento. La tesi presenta però un tratto di forte asistematicità, in quanto la trasmissione diretta del fascicolo al T.A.R. competente sembra consentita nel solo caso dell'accordo traslativo, ossia unicamente laddove le parti convengano sulla individuazione del giudice competente (art. 31, comma 4, legge T.A.R.).

9. Le ulteriori previsioni: i commi 5 e 6 dell'art. 245

Il comma 5 dell'art. 245 si occupa del provvedimento negativo (che, cioè, rigetta l'istanza cautelare). Esso non è impugnabile, ma la domanda cautelare può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 1034/71, ossia come richiesta di tutela monocratica o collegiale, sussistendo i rispettivi presupposti.

Più ampia e ricca di spunti è la formulazione del comma 6 dell'art. 245, incentrata sul provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare.

In assonanza con la previsione processualciviltistica (art. 669 *undecies* c.p.c., invero non testualmente recepito), l'efficacia di tale provvedimento può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti (evidentemente, amministrazione resistente e controinteressati) e ai terzi.

Quale primo dato di interesse, si riscontra che il comma in esame presenta un contenuto sensibilmente divergente rispetto a quello dell'art. 21, comma ottavo, legge 1034/71.

Anzitutto, non è espressamente prevista l'assoggettabilità a cauzione anche del provvedimento di diniego. Ad ogni modo, per analogia rispetto alla previsione del comma ottavo ora detto, questa soluzione non può rimanere preclusa. Nulla osta, ad esempio, a commisurare la cauzione all'eventuale pregiudizio che si produrrebbe a carico del richiedente qualora illegittimamente risultasse non aggiudicatario⁵⁹. Ne consegue, ulteriormente, che anche il controinteressato potrà subire l'imposizione della cauzione⁶⁰.

Quando la cauzione acceda ad un provvedimento di accoglimento della misura cautelare, sembra corretto qualificare il mancato versamento della cauzione nel termine giudizialmente fissato alla stregua di una condizione risolutiva della misura concessa, la quale intanto spiegherà i suoi effetti. Se ne trae argomento dall'art. 669 *novies*, comma 3, c.p.c., secondo il quale "Il provvedimento cautelare perde (...) efficacia se non è stata versata la cauzione (...)". La duttilità dello strumento sembra tuttavia consentire al giudice di stabilire diversamente, subordinando l'efficacia della misura al versamento della cauzione; in tal caso la previsione dell'effettivo adempimento dell'incombente non può che assurgere a condizione sospensiva⁶¹.

Nulla prevede la norma per l'evenienza in cui il giudice ometta di fissare il termine di versamento della cauzione. In osservanza dei principi di lealtà e probità delle parti (art. 88, comma primo c.p.c.), e quindi del fondamentale canone di buona fede che regola anche i rapporti processuali, così come tutti i contatti socialmente e giuridicamente rilevanti, si deve escludere che il richiedente possa giovare della misura cautelare sfruttando una mancanza del giudice. Ciò potrà fare solo dopo aver effettuato il prescritto versamento.

⁵⁹ E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 488.

⁶⁰ Per questa soluzione, con riferimento alla tutela monocratica *post causam*, v. M. SANINO, *Il processo cautelare*, cit., 265.

⁶¹ *Contra* E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 489, per il quale la regola generale è nel senso che la prestazione della cauzione segni il momento del prodursi degli effetti del provvedimento cautelare.

Quanto la cauzione acceda ad un provvedimento di rigetto della misura cautelare, l'amministrazione non potrà proseguire nella propria azione (ad esempio, nella procedura di appalto) se non previa prestazione della stessa⁶².

Si noti, ancora, che il comma sesto qui in esame prevede quale presupposto per l'imposizione della cauzione il possibile prodursi di 'danni' (alle parti o ai terzi) non meglio qualificati, mentre nel regime della cautela collegiale è contemplato il "caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili". Forse la locuzione 'danni' intende confinare il presupposto all'ipotesi di pregiudizio di natura eminentemente economica (perdita di utilità patrimoniali), per definizione non irreversibile in quanto ristorabile per equivalente⁶³.

L'elemento di maggiore interesse è però costituito dalla mancata previsione, nella novella del 2006, del divieto 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" (art. 21, comma 8, cit.).

L'indiscussa rilevanza della disposizione, che assume carattere di principio attesa la sua funzione di protezione di valori aventi copertura costituzionale⁶⁴, sembra giustificare il ricorso all'interpretazione analogica, con conseguente sua applicazione anche all'ambito della tutela *ante causam*. Il problema è, semmai, quello di verificarne, nella pratica, l'area di operatività. Ben difficilmente, infatti, gli atti che si inseriscono nella sequenza di una gara d'appalto, o gli atti di affidamento di incarichi di progettazione, o i provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sono suscettibili di pregiudicare gli interessi 'essenziali' ed i 'beni 'primari' normativamente contemplati; salvo forse non si voglia includere in tale novero anche il valore della concorrenza nel mercato, incorporato nella previsione dell'art. 41 della Costituzione⁶⁵.

Il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a 5 giorni. La formulazione della norma induce a ritenere che ove il giudice, per ventura, abbia a fissare un termine superiore, opererà comunque il termine di legge.

Secondo la recente giurisprudenza della Consulta, la notifica deve ritenersi perfezionata con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario⁶⁶. La relazione al Codice (versione del 13 gennaio 2006) spiega, perciò, che il previsto termine non superiore a 5 giorni può ritenersi congruo per notificare.

Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto con il decorso di 60 giorni dalla sua "prima emissione" (il riferimento è verosimilmente, alla pubblicazione), dopodichè restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 1034/71 (ossia le misure cautelari presidenziali o collegiali *post causam* nel frattempo intervenute).

⁶² Per un analogo ordine di idee E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 489.

⁶³ Cfr. M. SANINO, *Il processo cautelare*, cit., 256-257, il quale rileva come l'espressione "danno" si rinvienga in materia di obbligazioni, mentre in tema di diritti della personalità si incontra il diverso termine "pregiudizio" (cfr. artt. 7 e 10 cod. civile). Secondo E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, cit., 289, "il pregiudizio pare rappresentare qualcosa di meno rilevante rispetto al danno che, richiede, comunque, una quantificazione economica".

⁶⁴ *In thesina* si v. lo stimolante contributo di A. ZITO, *Tutela cautelare e casi di esclusione della cauzione nel processo amministrativo dopo la legge n.205 del 2000*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1387 ss., il quale ritiene che gli "interessi essenziali della persona" si risolvano nei diritti della persona costituzionalmente tutelati (ivi, 1390, ove vengono altresì accennati i problemi esegetici che derivano da tale impostazione), e che la dizione "beni di primario rilievo costituzionale" vada riferita agli interessi pubblici curati dall'amministrazione (ivi, 1392).

⁶⁵ In effetti non sembra che i danni per la salute umana e/o per l'ambiente possano direttamente scaturire dai provvedimenti amministrativi adottati nelle materie di cui all'art. 245, comma 1, del Codice. Simili *vulnera* possono, al più, derivare dalla materiale realizzazione dell'opera pubblica appaltata, o dalla sua concreta entrata in funzione, ove si tratti di impianto potenzialmente nocivo.

⁶⁶ Corte cost., ord. 12 marzo 2004 n. 97, cit.

La menzionata relazione Codice motiva l'individuazione di un termine di 60 giorni con la considerazione che tale lasso di tempo appare adeguato perché il ricorrente possa notificare il ricorso di merito, depositarlo, chiedere e ottenere la tutela cautelare ordinaria *post causam*.

Non è ben chiaro, tuttavia, cosa accada nell'ipotesi in cui la notifica sia effettuata successivamente alla scadenza del termine fissato giudizialmente, o comunque dopo lo spirare dei 5 giorni qualora tale termine manchi.

La più logica ipotesi – oltretutto supportata dalla espressa previsione di perentorietà - è che la misura concessa perda ogni effetto, sicché:

- quando il provvedimento sia notificato nel termine, esso ha una efficacia di 60 giorni: entro tale termine non soltanto dovrà essere stato instaurato il giudizio di merito, ma dovrà essere stata pubblicata la pronuncia cautelare incidentale⁶⁷;

- in caso di mancata notifica nel termine, il provvedimento perde ogni efficacia, anche prima del decorso dei 60 giorni.

Manca, nell'art. 245, ogni regolamentazione della fase inerente alla dichiarazione di inefficacia della misura, analoga a quella dettata, per il processo civile, dall'art. 669 *novies* c.p.c. Quest'ultima disposizione sembra tuttavia applicabile per analogia al processo amministrativo, tanto nel caso in cui non sia rispettato il termine di 60 giorni (comma 2), quanto nel caso in cui non sia versata la cauzione (comma 3).

10. Il regime delle impugnazioni ed il confronto con il decreto monocratico post causam

Mentre il comma 5 dell'art. 245 statuisce che il provvedimento negativo 'non è impugnabile', in virtù del successivo comma 6 il provvedimento di accoglimento 'non è appellabile'.

Le differenti locuzioni sono probabilmente frutto di una svista legislativa, apparendo coerente con la *ratio* della tutela cautelare *ante causam*, per definizione connotata da estrema provvisorietà, l'esclusione di ogni forma di impugnazione (anche diversa dall'appello).

Questa opinione merita tuttavia di essere suffragata con dovizia di argomenti, dal momento che una scelta legislativa così radicale rischia di esporsi, ad un primo approccio, a qualche perplessità.

Anzitutto, un iniziale motivo di dubbio sulla correttezza di siffatta soluzione potrebbe trarsi dal rilievo che l'appello avverso l'ordinanza cautelare è stato a suo tempo ammesso dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁸, e successivamente dalla Corte costituzionale⁶⁹, sul presupposto che l'art. 125 della Cost. prevede il doppio grado di giudizio nel processo amministrativo, valevole anche per la tutela cautelare.

L'obiezione può però essere superata riflettendo anzitutto sulla circostanza che la Consulta, nella sentenza n. 8 del 1982, ha sostenuto la tesi della necessità del doppio grado di giudizio riferendosi specificamente alla misura cautelare collegiale. Tale garanzia, da tempo immessa nel circuito del 'diritto vivente', è oggi cristallizzata in una norma espressa, l'art. 28, comma 3, della legge 1034 del 1971, e non è quindi più revocabile in dubbio.

In secondo luogo, appare utile richiamarsi al passaggio 'decisivo' sul quale la Corte ha incentrato il proprio convincimento: "la pronuncia incidentale sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato, quale che ne sia il contenuto, è suscettibile di incidere in maniera decisiva sulle conseguenze delle pronunce di merito del giudice e, quindi, anche

⁶⁷ Con la conseguenza, certamente discutibile, che il rispetto del termine finisce in effetti per dipendere da un adempimento non della parte, ma del giudice (la tempestività nella pubblicazione del provvedimento).

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 1978 n. 1, in *Cons. Stato*, 1978, I, 309.

⁶⁹ Corte cost., 1 febbraio 1982 n. 8, in *Foro it.*, 1982, I, 329.

se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sugli interessi che entrano nel processo amministrativo, in modo particolare sul pubblico interesse⁷⁰.

Ebbene, un simile ordine di idee non pare potersi applicare al provvedimento *ante causam*, che la novella del 2006 configura come un rimedio al massimo grado interinale e provvisorio e, soprattutto, *ad tempus* (i suoi effetti si esauriscono con il decorso dei 60 giorni). E' insomma pervasiva dell'istituto la finalità di non pregiudicare nel modo più assoluto gli interessi dedotti in controversia, in particolare l'interesse pubblico, fino all'adozione della successiva pronuncia cautelare *post causam*; la quale, anche quando resa in forma monocratica, esiterà sempre in un provvedimento collegiale (pronunciato nella prima camera di consiglio utile), suscettibile di vaglio da parte del giudice di appello secondo la regola generale poc'anzi ricordata (art. 28, comma 3, legge T.A.R.).

Sul piano effettuale, perciò, il regime normativo della cautela preventiva risulta profondamente differente da quello relativo 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 basta a giustificare il diverso regime (di esclusione) delle impugnazioni del provvedimento *ante causam*.

L'assetto normativo disegnato dall'art. 245 appare peraltro coerente con l'indirizzo interpretativo formatosi in merito al decreto monocratico *post causam* di cui all'art. 21, comma 9, della legge 1034 del 1971, anch'esso strutturato, in fin dei conti, come provvedimento 'a termine certo'. Non si dimentichi, infatti, che l'appellabilità del decreto (di accoglimento) è esclusa dalla giurisprudenza proprio perché quest'ultimo spiega un'efficacia confinata nel tempo, costituendo "sede immediata di riconsiderazione della situazione allegata la camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare"⁷¹, vale a dire la prima camera di consiglio utile.

Non si ignora che la disciplina dell'istanza *ante causam* si differenzia rispetto a tale modello, poiché nella disposizione dell'art. 245 il riesame della pronuncia è scevro da automatismi⁷²; dirimente è, però, rimarcare come il provvedimento interinale abbia un termine di scadenza prefissato, che è quello di 60 giorni (sempre che intervenga rituale notifica).

Le considerazioni che precedono non possono esaurire il problema posto in apertura del paragrafo. Se, infatti, esse possono dare conto della scelta normativa di configurare come non appellabile il provvedimento *ante causam* di accoglimento, qualche ulteriore parola deve essere spesa per comprendere le ragioni che hanno spinto i codificatori a generalizzare la soluzione adottata, estendendola al provvedimento di rigetto.

In proposito appare utile, ancora una volta, rifarsi al percorso argomentativo seguito dalla Consulta allorquando, con la sentenza n. 253 del 1994, essa si è trovata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 669-*terdecies* del c.p.c. (che in origine contemplava il rimedio del reclamo per il solo provvedimento di accoglimento), nella parte in cui non ammetteva il reclamo anche avverso l'ordinanza con cui fosse stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare⁷³.

⁷⁰ Continua la Corte nella nominata sentenza n. 8/1982: "la pronuncia incidentale, invero, come può pregiudicare (se negativa) l'interesse del privato ricorrente, così, in non pochi casi (se positiva), può pregiudicare la soddisfazione del pubblico interesse, anche se di altissimo rilievo, che l'atto amministrativo impugnato aveva ritenuto di realizzare in un determinato modo".

⁷¹ Cons. Stato, Sez. IV, ord. 7 novembre 2000 n. 5602, in *Giur. it.*, 2001, 615.

⁷² I redattori del Codice non hanno accolto il suggerimento reso in sede consultiva dal Consiglio di Stato (adunanza del 6 febbraio 2006 cit.), secondo il quale sarebbe stato preferibile introdurre un meccanismo di presentazione dell'istanza cautelare al Collegio 'nella prima camera di consiglio utile a seguito della proposizione del ricorso' (momento che avrebbe segnato la perdita di efficacia della disposta misura anche in ipotesi di mancato decorso del termine di 60 giorni). Dunque, anche sotto questo aspetto (oltre che sul piano dei presupposti) il legislatore ha rifiutato il pieno allineamento tra la disciplina della tutela monocratica *ante causam* e quella sulla tutela monocratica *post causam*.

⁷³ Corte cost., 23 giugno 1994 n. 253, in *Cons. Stato*, 1994, II, 884. La legge n. 80 del 2005, nel riformare l'art. 669-*terdecies* del c.p.c., ne ha adeguato la *littera* all'insegnamento della Consulta, prevedendo l'esperibilità del reclamo avverso l'ordinanza adottata sull'istanza cautelare, sia essa di accoglimento o di rigetto. Si ritiene che il reclamo processualciviltistico sia assimilabile, nell'ambito del processo amministrativo, più all'appello che al reclamo di cui

La ricostruzione della Corte - si noti - si impernia non già sulla necessità del rimedio del reclamo in sé considerato, ma sulla circostanza che esso rimedio fosse stato contemplato dalla legge 353 del 1990 (di riforma del codice di rito) a vantaggio di una soltanto delle parti del processo, con conseguente sperequazione rispetto all'altra. La tesi centrale affiorante dalla ridetta sentenza n. 253 del 1994 è infatti quella secondo la quale, "in un processo come quello civile, in cui per definizione le parti si contrappongono in posizione paritaria, il principio sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione, implica necessariamente la piena uguaglianza delle parti stesse dinanzi al giudice ed impone al legislatore di disciplinare la distribuzione di poteri, doveri ed oneri processuali secondo criteri di pieno equilibrio". E' proprio in tale direzione, quindi, che la pronuncia tende a valorizzare (in linea di principio) la "equivalenza nell'attribuzione dei mezzi processuali esperibili dalle parti", in quanto fattore direttamente collegato alle "garanzie di azione e di difesa sancite dall'art. 24 della Costituzione, sì che una distribuzione squilibrata dei mezzi di tutela, riducendo la possibilità di una delle parti di far valere le proprie ragioni, condiziona impropriamente in suo danno ed a favore della controparte l'andamento e l'esito del processo". Di conseguenza, negare la *revisio prioris instantiae* alla sola parte che richieda senza successo una misura cautelare significherebbe comprimere il diritto di difesa di questa, "in quanto si attribuisce maggiore possibilità di far valere le proprie ragioni a chi resiste alla richiesta di provvedimento cautelare rispetto a chi tale richiesta propone. E ciò non ha giustificazione di sorta, giacché le due parti si trovano, nei confronti dell'ordinamento processuale, in posizione simmetricamente equivalente"⁷⁴.

L'attenzione della Corte si sposta poi sulla possibile giustificabilità del divario tra i poteri processuali delle parti alla luce della differente situazione determinata dal provvedimento positivo rispetto a quella che consegue al provvedimento di rigetto "per il fatto che solo il primo determina un mutamento della situazione preesistente". Ma anche in ordine a questo profilo, che non sembra rilevante qui indagare, la Consulta non può che stigmatizzare la disposizione scrutinata⁷⁵.

Quanto sinora osservato pare sufficiente per convincere della immunità dell'art. 245 del Codice da qualsivoglia censura di incostituzionalità, proprio in quanto la non appellabilità è ivi sancita in via generale ed indistinta, sia per il provvedimento di accoglimento che per quello di rigetto, in un'ottica di piena equiparazione delle parti. Non vi è, insomma, alcuna situazione discriminatoria da riequilibrare.

Ma le notazioni testè svolte inducono ad una ulteriore conclusione: in virtù di quanto sinora osservato, non pare sostenibile un'interpretazione restrittiva del comma 6 che miri a fare salvo, per il provvedimento di accoglimento, il rimedio della revocazione. E' evidente, infatti, che una simile esegesi, per quanto fondata sull'astrattamente lodevole intento di accrescere le garanzie impugnatorie, finirebbe per diversificare il regime del provvedimento di accoglimento da quello del provvedimento di rigetto dell'istanza, non impugnabile in alcun modo (neppure in via di revocazione) a norma del precedente comma 5. Una siffatta lettura, foriera di uno sbilanciamento nelle posizioni dei contendenti, non potrebbe che porsi *contra Constitutionem*, finendo per collidere con il principio di parità delle parti e delle rispettive armi; principio che la Corte costituzionale, nella ridetta sentenza del 1994, ha ricavato interpretativamente, ma che è oggi espressamente sancito nell'art. 111, comma 2, della Carta fondamentale⁷⁶.

all'art. 245, comma 6, del Codice; il primo è infatti caratterizzato dalla differente composizione dell'organo giudicante, mentre il Codice degli appalti deferisce la competenza, *ante causam*, allo stesso Presidente.

⁷⁴ Corte cost., 23 giugno 1994 n. 253, cit.

⁷⁵ In proposito il Giudice delle leggi, nella ripetuta sentenza n. 253 del 1994, rileva che "l'istanza cautelare può essere diretta non soltanto ad ottenere un mutamento della situazione di fatto, ma anche ad evitare che tale mutamento si verifichi. D'altronde la situazione di fatto esistente tra le parti appare inidonea, di per sé, a giustificare qualsivoglia privilegio processuale, essendo il processo diretto appunto a verificare ed eventualmente a ripristinare la conformità di essa al diritto. Prestare una considerazione privilegiata allo *status quo*, sarebbe quindi contrario alla stessa garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti".

⁷⁶ Il quale implica che ciascuna parte disponga "di strumenti equivalenti per determinare il convincimento del giudice e, di conseguenza, il contenuto della decisione": così F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, cit., 146.

11. Segue. Alcuni aspetti critici.

La conclusione, cui siamo pervenuti, della piena legittimità costituzionale dell'art. 245 in merito ai profili sopra evidenziati (regime delle impugnazioni) non implica, ovviamente, che la relativa disciplina sia del tutto soddisfacente ove esaminata da altri punti di vista.

Anzitutto, l'impostazione recepita dal Codice degli appalti pare muoversi in controtendenza rispetto alla recente riforma operata dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005, che - come noto - ha modificato l'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c. eliminando l'onere di introdurre la causa di merito entro un termine perentorio (ora 60 giorni, prima 30) una volta emessi "provvedimenti di urgenza" ai sensi del successivo art. 700, ovvero "altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito". La previsione (invero, già anticipata da norme analoghe per le controversie sulla proprietà industriale e per quelle societarie, in virtù dei decreti legislativi 10 febbraio 2005 n. 30 e 17 gennaio 2003 n. 5) fa sì che il provvedimento cautelare possa dispiegare effetti a prescindere dall'incardinamento (facoltativo) del giudizio di merito, incidendo anche sul carattere di 'strumentalità' che si è sempre ritenuto elemento qualificante della misura cautelare civile⁷⁷. In questo scenario, il regime attuale del processo amministrativo sembra ispirarsi ad uno schema a sequenza necessaria (cautela-merito), oramai superato, almeno nella parte in cui ricollega al mero decorso del tempo (60 giorni) la perdita di efficacia della misura, ove non confermata con nuovo pronunciamento *post causam* (ciò che, per l'appunto, implica l'avvio ineludibile della causa di merito).

Ma, proseguendo la nostra esegesi sul comma 6, ultimo alinea, dell'art. 245, notiamo che il provvedimento di accoglimento, fino a quando conserva efficacia, è revocabile o modificabile senza formalità, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato: a) dal presidente, prima dell'inizio del giudizio di merito; b) dal Collegio, dopo l'inizio del giudizio di merito.

La norma, assai opportunamente, ripartisce in termini espliciti la competenza per la revoca, a differenza dell'art. 21, comma 13, della legge T.A.R., relativo alla tutela monocratica *post causam*⁷⁸. Tuttavia, mentre tale ultima disposizione indica il relativo presupposto, ammettendo la proposizione della domanda di revoca, di modificazione delle misure cautelari concesse e di nuova misura cautelare a seguito di precedente reiezione solo quando motivata "con riferimento a fatti sopravvenuti", non è stata riposta analoga cura nella redazione dell'art. 245 qui in esame. L'identificazione degli elementi giustificativi della revoca (e della modifica) rimane dunque affidata alla prudente elaborazione giurisprudenziale, anche se certamente l'ancoraggio al parametro della 'sopravvenienza' appare meritevole di conservazione, se non altro per evitare istanze meramente pretestuose il cui unico effetto sarebbe quello di impegnare il tempo e le energie del giudice, a seconda dei casi, monocratico o collegiale.

Semmai, si potrebbe sfruttare la laconicità del dettato normativo per includervi i casi di sopravvenienza riconducibile a "fatti" normativi (pubblicazione di nuova legge) o a questi

⁷⁷ Su questi aspetti, e sull'ipotesi di recepire nel processo amministrativo il principio espresso dall'art. 669 *octies* c.p.c., v. L. VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in www.giustamm.it.

⁷⁸ Atteso l'ambiguo dettato dell'art. 21, comma 13, è sorta questione se, a seguito della misura monocratica *post causam*, la competenza alla revoca spetti allo stesso presidente o al collegio: sul punto sia consentito il rinvio a S. TARULLO, M.I. LEONARDO, *Luci ed ombre in tema di tutela cautelare*, loc. cit. Per A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 78, la revoca compete allo stesso giudice (sembra di capire, monocratico) che ha adottato la misura originaria.

assimilabili (pronunciamento della Corte costituzionale)⁷⁹, nonchè il caso di sopravvenienza c.d. gnoseologica (conoscenza sopravvenuta di fatti preesistenti)⁸⁰.

In questo quadro, però, qualche dubbio nasce proprio dalla prevista revocabilità o modificabilità d'ufficio (ossia, senza istanza di parte) del provvedimento di accoglimento. Questa regola, che non ha convinto neppure il Consiglio di Stato in sede di parere⁸¹, sembra presentare un qualche attrito con il principio dispositivo e con il principio del processo di parti; vi si potrebbe anzi intravedere un rigurgito della giurisdizione di tipo oggettivo, restando demandata ad un potere officioso del giudice amministrativo la valutazione della conformità della misura cautelare all'interesse pubblico⁸².

Una simile peculiarità risulta ancor più difficilmente spiegabile ove si consideri che anche nel processo civile la revoca o modifica del provvedimento cautelare ha luogo solo su istanza di parte (art. 669 *decies* c.p.c.).

Non è, inoltre, chiaro il significato dell'espressione 'senza formalità', che si accompagna alla previsione del potere di revoca e modifica: poichè la locuzione diverge da quella utilizzata dal comma quarto in ordine alla delibazione dell'istanza ("sentite, ove possibile, le parti, e omessa ogni altra formalità"), ad una lettura rigorosa, ma nondimeno autorizzata dal testo, sembrerebbe che il provvedimento di accoglimento possa essere modificato e revocato non solo in assenza di ogni istanza di parte, ma addirittura senza ascoltare alcuno dei contendenti.

V'è da chiedersi se un'impostazione di tal genere, ispirata ad un *favor* forse eccessivo per la posizione dell'amministrazione, non rischi di pregiudicare il diritto di difesa del richiedente, tenuto conto che la revocabilità e modificabilità d'ufficio vale solo per il provvedimento di accoglimento e non per quello di rigetto dell'istanza cautelare. In relazione a quest'ultimo, infatti, è ammessa (dal comma 5 dell'art. 245) la riproponibilità della domanda cautelare dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'articolo 21, commi settimo o ottavo, della legge 1034/71.

Il panorama ricostruttivo che, complessivamente e ferma restando l'esclusione dell'impugnabilità, sembra profilarsi, è il seguente:

a) se il provvedimento è di accoglimento non dovrebbe ammettersi la riproposizione dell'istanza cautelare, neppure laddove il provvedimento abbia lasciato il richiedente parzialmente insoddisfatto, ferma restando la possibilità di ottenere una revoca o una modifica da parte di chi vi abbia interesse (entrambi possibili anche d'ufficio);

b) se il provvedimento è di rigetto, la riproponibilità dell'istanza cautelare è contemplata espressamente, e ciò sembra costituire rimedio alternativo alla (non ammessa) revocabilità o modificabilità del provvedimento negativo.

In sostanza, quando il giudice 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.

Resta il fatto che la riproposizione della domanda cautelare non è legata ad alcun presupposto specifico, a differenza di quanto previsto dall'art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c, che la ammette, in presenza di un provvedimento negativo, "quando si verificano mutamenti delle

⁷⁹ Si esprime per la revocabilità in presenza di sopravvenienze di diritto A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 80.

⁸⁰ Così, E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., 480, per il quale "è sopravvenuto ciò che viene conosciuto dopo, non ciò che avviene dopo la decisione cautelare".

⁸¹ Nell'adunanza del 6 febbraio 2006 la Sezione consultiva per gli atti normativi, pur confermando la non appellabilità del provvedimento presidenziale, aveva ipotizzato una sua revocabilità o modificabilità da parte del presidente solo "su istanza o reclamo di ogni interessato".

⁸² Su tali principi v. ampiamente F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in F.G. Scoca (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., 132 ss.

circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto”. Il ricorso all’analogia potrà, ad ogni modo, colmare la lacuna.

12. I commi 7 ed 8 dell’art. 245. Il problema della prevenzione e le questioni incidentali

In forza dell’art. 245, comma 7, del Codice, per l’attuazione del provvedimento cautelare vale il disposto dell’art. 21 della legge 1034/71. Si applica, quindi, il rimedio della la c.d. ottemperanza cautelare⁸³.

In realtà, laddove la misura adottata *ante causam* consista nella sospensione della 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). Va da sé, tuttavia, che proprio in virtù del richiamo dell’art. 245 all’art. 21 della legge T.A.R., qualora l’ordine del giudice sia disatteso in ragione di una condotta inerte, dilatoria o soprassessoria, ovvero mediante l’adozione di nuovi provvedimenti amministrativi, il soggetto beneficiario dell’originaria cautela sospensiva potrà 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 inosservata⁸⁴.

Il provvedimento così emesso potrà formare oggetto di un nuovo accesso al giudice *ante causam*, ma ove questa sia la soluzione prescelta, si è fuori dal rimedio della ottemperanza cautelare di cui all’art. 14 della legge 1034/71, cui il comma 7 dell’art. 245 rinvia.

Si evince sempre dal comma 7 che anche la pronuncia in ordine alle spese è regolata dall’art. 21 della legge 1034/71.

Tale ultimo potere del giudice è contemplato, più precisamente, nell’art. 21, comma 11, della legge T.A.R., a mente del quale “Con l’ordinanza che rigetta la domanda cautelare o l’appello contro un’ordinanza cautelare ovvero li dichiara inammissibili o irricevibili, il giudice può provvedere in via provvisoria sulle spese del procedimento cautelare”.

La previsione, introdotta dall’art. 3 della legge 205/2000, nonostante le sue palesi finalità dissuasive, ha avuto ben scarso seguito nella prassi della tutela monocratica *post causam*, forse perché, per sua *forma mentis*, il giudice amministrativo ritiene iniquo penalizzare chi gli si rivolge con una richiesta di aiuto (avente ad oggetto la tutela giurisdizionale), per di più quando essa rimanga disattesa (per via del diniego della misura)⁸⁵.

Questa impostazione postula, però, di essere rivisitata in un contesto di tutela *ante causam*, poiché il generico richiamo all’art. 21 della legge 1034 del 1971, operato dal comma settimo dell’art. 245, esige di essere calato nella peculiare strutturazione del giudizio cautelare *preventivo*.

⁸³ Trattasi del penultimo (quattordicesimo) comma dell’art. 21 legge T.A.R., secondo cui, “Nel caso in cui l’amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse, o vi abbia adempiuto solo parzialmente, la parte interessata può, con istanza motivata e notificata alle altre parti, chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune disposizioni attuative. Il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato, di cui all’articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (...), e dispone l’esecuzione dell’ordinanza cautelare indicandone le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere”. Per una più approfondita analisi della disposizione, sulla quale non possiamo in questa sede indugiare, v. A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 83.

⁸⁴ Come esattamente precisato in dottrina, non si seguono le formalità proprie del giudizio di ottemperanza, ma il giudice è dotato dei poteri di merito ‘inerenti’ a quel giudizio: cfr. M. SANINO, *Il processo cautelare*, cit., 283.

⁸⁵ Peraltro l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si era in precedenza espressa nel senso che il regolamento delle spese, fondato sul fatto oggettivo della soccombenza nel merito, dovesse commisurarsi all’esito finale del processo e non già all’esito frazionato delle singole fasi del giudizio, quale quella cautelare: così Cons. Stato, Ad. Plen., 1 ottobre 1994 n. 12, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3357.

Come è stato notato riguardo alla analoga previsione processualcivilistica (art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c.), se il provvedimento cautelare è di rigetto, il giudizio di merito potrebbe non essere avviato mai, sicchè le parti resistenti potrebbero non vedersi mai ristrate dei costi sopportati per difendersi⁸⁶. Se questa premessa è vera, non si vede come nel rito *ante causam* di cui all'art. 245 tale condanna del giudice possa essere facoltativa e, per di più 'provvisoria': tali connotazioni appaiono del tutto coerenti, nella tutela *post causam*, con la pendenza di un giudizio comunque destinato ad esitare in una sentenza (che disporrà sulle spese), ma non si giustificano in presenza di un provvedimento che definisce la lite cautelare, e che solo in via eventuale potrebbe essere seguito da un giudizio di merito.

Il comma 8 precisa che le precedenti disposizioni dell'art. 245 non si applicano ai giudizi in grado di appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli artt. 21 e 23-bis della legge 1034/71. Se ne trae l'intuitiva conseguenza che la tutela *ante causam* è esperibile nel solo giudizio di primo grado (proprio perché '*ante causam*', verrebbe tautologicamente da aggiungere). Ad eccezionali esigenze cautelari in fase di appello sopperisce l'art. 23-bis, comma 7, della legge 1034/71, che consente l'immediato gravame del dispositivo della sentenza⁸⁷.

Ci si deve chiedere, a questo punto, se il magistrato che si sia pronunciato *ante causam* sia poi legittimato a riesaminare la questione anche in sede monocratica *post causam*, ovvero a far parte del collegio chiamato a decidere sull'istanza cautelare di tipo, per così dire, 'tradizionale'.

E' 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 controversia⁸⁸.

La questione è più che mai aperta, ma la prassi di ammettere il magistrato monocratico che sia pronunciato ai sensi dell'art. 21, comma nono, della legge T.A.R. a partecipare al collegio deputato a rivisitare la misura già concessa, assai consolidata in via generale e specialmente quando questo magistrato sia il presidente del T.A.R. o della sezione (anzichè un giudice delegato), sembra prefigurare un'analoga linea di condotta anche nell'applicazione della disposizione in commento.

L'art. 245 non chiarisce se, in sede di esame dell'istanza cautelare *ante causam*, possano essere sollevate questioni di legittimità costituzionale e rinvii pregiudiziali di validità o interpretativi alla Corte di giustizia comunitaria.

Per quanto la sommarietà della cognizione renda arduo immaginare che il giudice possa riuscire ad acquisire tutti gli elementi atti a consentire una compiuta valutazione di rilevanza, e, soprattutto, di non manifesta infondatezza di questioni di tal genere, almeno sul piano teorico la risposta sembra essere positiva. Il giudizio cautelare preventivo, infatti, è e rimane un giudizio di diritto: in esso devono trovare applicazione norme giuridiche della cui compatibilità con il quadro costituzionale e comunitario non deve potersi fondatamente dubitare.

Ciò precisato, si deve anche ricordare l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale in virtù del quale "la pregiudizialità necessaria della questione di legittimità costituzionale rispetto alla decisione del giudizio *a quo* va intesa considerando tale decisione come conclusione di un itinerario logico ciascuno dei cui passaggi necessari può dar luogo ad un incidente di costituzionalità, ogni

⁸⁶ C. CONSOLO, in AA.VV., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 645. In giurisprudenza cfr. Cass., SS.UU., 17 ottobre 1983 n. 6066, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 186, nonché Cass., Sez. I, 28 febbraio 1996 n. 1570, in *Giur. it.*, 1996, I, 1.

⁸⁷ Ricorda opportunamente F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici*, loc. cit., che non può utilizzarsi lo strumento cautelare di cui all'art. 700 per incidere sugli effetti di altro provvedimento giurisdizionale.

⁸⁸ Sulla 'forza della prevenzione' si v. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, cit., 144.

qual volta il giudice dubiti della legittimità costituzionale delle disposizioni normative che, in quel momento, è chiamato ad applicare per la prosecuzione e/o la definizione del giudizio”⁸⁹.

Nel senso dell’applicabilità dell’art. 234 del Trattato C.E., poi, sembrano deporre il principio di supremazia del diritto comunitario ed il principio dell’effetto utile, cui deve essere conferita la massima operatività sin dalla fase cautelare del processo⁹⁰.

In definitiva, potrebbe estendersi al giudizio cautelare preventivo la prassi, già invalsa in ambito di cautela *post causam*, di concedere misure interinali accompagnate dal rinvio della questione alle alte Corti⁹¹.

Quanto all’esperibilità, nel giudizio cautelare *ante causam*, del regolamento preventivo di giurisdizione, occorre prendere atto dell’orientamento negativo della Corte di Cassazione, che fa leva sulla esclusione del ricorso per cassazione avverso il provvedimento conclusivo del relativo procedimento e sulla reclamabilità del provvedimento ex art. 669 *terdecies* c.p.c. Nell’ambito del giudizio cautelare preventivo degli appalti, che ne occupa, questo secondo argomento non appare invocabile (attesa la esclusione di ogni rimedio impugnatorio avverso i provvedimenti di accoglimento o di rigetto dell’istanza cautelare), ma lo è certamente il primo.

In ultima analisi, a seguito della notifica dell’istanza *ante causam* l’amministrazione resistente ed i controinteressati potranno sempre eccepire il difetto di giurisdizione del T.A.R. (la questione entrerà a far parte della valutazione giudiziale sul *fumus boni iuris*), ma non potranno proporre il regolamento preventivo se non dopo l’introduzione del giudizio di merito⁹². D’altra parte, ove tale giudizio non fosse mai avviato, non vi sarebbe comunque interesse a sollevare la questione di giurisdizione attesa la perdita di efficacia della misura in origine concessa, una volta spirato il termine di 60 giorni previsto dall’art. 245, comma 6.

La struttura del rito cautelare *ante causam* (oltre che la relativa tempistica) sembra incompatibile con la proposizione del regolamento di competenza di cui all’art. 31 della legge T.A.R. Ciò non toglie, ancora una volta, che la relativa eccezione possa essere introdotta e deliberata dal giudice monocratico della cautela, come implicitamente conferma l’espresso conferimento, al magistrato, di un potere officioso al riguardo (art. 245, comma 4, ultima parte, su cui v. *supra*).

Le questioni di stato e capacità delle parti (artt. 7, comma 3 e 8, comma 2, legge T.A.R.) e la querela di falso (art. 41 ss. del R.D. 642/1907, art. 8, comma 2, legge T.A.R.) sono demandate alla cognizione del giudice ordinario, in quanto destinate ad essere definite, di necessità, con efficacia di giudicato; di conseguenza, ove sollevate nella sede cautelare *ante causam*, obbligheranno il giudice monocratico a sospendere il giudizio. Ovviamente, nel secondo caso, rimane ferma la valutazione attinente alla rilevanza del documento ai fini del decidere.

⁸⁹ Corte cost., 16 maggio 1983 n. 137, in *Foro it.*, 1983, I, 1494, ove si richiamano altre pronunce della Consulta. Si deve però anche segnalare Corte cost., 6 aprile 1995 n. 108, in *Cons. Stato*, 1995, II, 604, che afferma la legittimazione del giudice ordinario adito ai sensi dell’art. 700 c.p.c. a sollevare questioni di costituzionalità solo fino a quando questi non abbia emesso o respinto il richiesto provvedimento; ciò in quanto la conclusione della fase cautelare esaurirebbe, secondo la sentenza, ogni sua potestà in quella sede comportando la traslazione del potere decisionale al giudice della fase di merito.

⁹⁰ Per questi profili sia consentito il rinvio a S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 9 ss. e 49 ss.

⁹¹ Per quanto riguarda il rinvio alla Consulta v. Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 20 dicembre 1999 n. 2, in *Giur. it.*, 2000, 839, ove si riconosce al giudice amministrativo il potere di sospendere i provvedimenti applicativi di norme sospette di illegittimità costituzionale.

⁹² Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 1998 n.12705, in *Mass. giur. it.*, 1998; Id., 10 aprile 1997 n. 3125, *ibidem*, 1997; Id., 8 luglio 1996 n. 6221, *ibidem*, 1996.