

Prof. Avv. Maria Alessandra Sandulli. (prof. ord. di Diritto amministrativo e di Giustizia amministrativa all'Università di Roma Tre)

La tutela cautelare nel processo amministrativo

(Siena-Lecce 2009)*

1 Premessa: il ruolo della tutela cautelare nel processo amministrativo. 2. L'esigenza di peculiare attenzione agli opposti interessi nella valutazione dell'istanza cautelare nel processo amministrativo. 3. L'interesse pubblico come fondamento del ruolo conformativo della tutela cautelare e come rafforzamento dell'esigenza di un effettivo contraddittorio. 4. segue. Il problema del contraddittorio nella tutela *inaudita altera parte*. 5. segue: la sospensione automatica della stipula del contratto e le criticità di una trattazione iperaccelerata del merito. 6. B. L'altra faccia della medaglia: i rischi del rito abbreviato e della supertutela degli interventi "strategici". 7. I problemi indirettamente connessi alla tutela cautelare.

* Il testo rappresenta la rielaborazione delle relazioni presentate dall'A. alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa su "*Interesse pubblico e giustizia amministrativa*" svoltesi a Siena il 12 e 13 giugno 2009 e al Convegno sul Codice del processo amministrativo svoltosi a Lecce il 9 e 10 ottobre, 2009, in corso di pubblicazione nei rispettivi atti e in *Foro amm.- TAR, Osservatorio di giustizia amministrativa*.

1 Premessa: il ruolo della tutela cautelare nel processo amministrativo.

La disciplina della tutela cautelare costituisce un profilo assolutamente primario nel quadro generale del processo amministrativo, integrando un elemento imprescindibile per la garanzia dell'interesse - pubblico generale - alla tutela effettiva contro il cattivo esercizio del potere pubblico.

I provvedimenti amministrativi (ai quali l'ordinamento assimila gli atti dei privati che agiscono nell'esercizio di pubbliche funzioni o nella gestione di pubblici servizi) sono immediatamente esecutivi e idonei a comprimere i diritti dei destinatari, incidendo, anche in modo definitivo, sugli stessi.

La tutela contro tale categoria di atti è dunque connaturalmente diversa da quella contro l'attività dei privati (cui si assimila l'attività posta in essere *iure privatorum* dalle p.A.), che, di norma, interferisce in modo indiretto sulle situazioni altrui e, una volta dichiarata *contra jus*, deve essere rimossa, tendenzialmente reintegrando gli interessi lesi.

I provvedimenti amministrativi, ancorché illegittimi, non sono autonomamente opponibili dai soggetti rispetto ai quali operano e nei cui confronti possono pertanto sin dalla loro adozione creare effetti irreversibili: si pensi soltanto alla demolizione di un fabbricato, alla chiusura di un esercizio commerciale nel periodo di massima affluenza della clientela, all'occupazione di un bene seguita da opere idonee ad alterarne la destinazione, all'inibizione di un'attività ritenuta anticoncorrenziale, all'esclusione da un concorso o da una gara, all'aggiudicazione di un appalto per una prestazione di immediata o comunque rapida consumazione, all'espulsione di uno straniero, all'annullamento o la revoca di una concessione o di un'autorizzazione, con conseguente inibizione dell'esercizio dell'attività da esse consentita, o anche soltanto all'irrogazione di sanzioni economiche particolarmente gravi.

La sospensione della loro efficacia e, più in generale, l'adozione di misure idonee ad impedire che gli stessi, anche laddove sospetti da illegittimità, producano modificazioni definitive della realtà fattuale su cui intervengono, costituisce pertanto molto spesso la vera e unica *chance* di tutela, tanto più quando si considerino le oggettive difficoltà che tuttora – a mio avviso peraltro correttamente (per quanto attiene alla pregiudiziale di annullamento e all'errore scusabile) – si frappongono al risarcimento per equivalente¹.

Il ruolo cardine della tutela cautelare nel processo amministrativo è stato sempre molto ben chiaro alla giurisprudenza amministrativa, che ne ha progressivamente segnato l'evoluzione. Esso si trova espressamente enunciato nella sentenza n. 1 del 1978 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che affermò espressamente la natura decisoria delle ordinanze cautelari, argomentando che esse risolvono, in contraddittorio tra le parti, una specifica controversia, operando una regolamentazione in via transitoria della situazione dedotta in giudizio. Molto significativamente, nella successiva decisione n. 6 del 1982, la stessa Adunanza plenaria ebbe poi ad enunciare il carattere rigorosamente unitario della tutela cautelare, che si compie soltanto con l'attuazione della misura, di talché il processo cautelare non è scindibile in una fase di cognizione e una fase di esecuzione. E ancora, nella successiva sentenza n. 17 del 1982, la medesima Adunanza plenaria riconobbe la possibilità di sospensione dei provvedimenti negativi invocando la dignità costituzionale riconosciuta dalla Corte costituzionale alla funzione di conservazione della *res integra*.

Molto bene del resto l'ordinamento comunitario ha in più occasioni identificato nella tutela cautelare immediata uno strumento irrinunciabile per assicurare una tutela effettiva delle proprie

¹ Sul tema, cfr. per tutti, A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in G.F. CARTEI (a cura di) *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 139 ss..

norme, in tempo utile ad impedire che la relativa violazione produca effetti irreversibili. Appare al riguardo significativo rimarcare che anche la Direttiva 2007/66/CE² si concentra sull'obbligo, imposto agli Stati membri di provvedere “*affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'art. 1* [avverso le violazioni delle norme sostanziali in tema di appalti pubblici] *prevedano i poteri che consentono di:*

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

b) *omissis*

L'attenzione dell'ordinamento comunitario per una tutela cautelare effettiva è stata del resto all'origine dell'introduzione della tutela cautelare *ante causam*, in esito all'ordinanza della Corte di Giustizia del 29 aprile 2004, C-202/03, anche se, come si dirà meglio *infra* e come correttamente rilevato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 179 del 2002, il sistema di tutela cautelare monocratica introdotto nel processo amministrativo dalla l. n. 205 del 2000 è sicuramente altrettanto effettivo, pur consentendo, con i dovuti correttivi, una maggiore e più proporzionata considerazione per i diversi interessi in conflitto.

Il ruolo fondamentale della tutela cautelare nel processo amministrativo (molto efficacemente rappresentato come il “centro di gravità” dell'azione processuale³), sembra destinato tanto più a crescere in relazione al valore che la giurisprudenza attribuirà all'omissione della richiesta cautelare ai fini dell'art. 1227 del codice civile⁴.

² La notissima Direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, intervenuta a modificare le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per assicurare un più effettivo rispetto delle Direttive sostanziali *in subiecta materia*.

³ S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss..

⁴ Si veda, però, M.A SANDULLI, *Osservazioni conclusive* al Convegno su *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, svoltosi all'Università di Roma Tre, nei giorni 18 e 19 maggio 2007, in Quaderno n. 2 del *Foro Amm.- TAR*, 2007, per un richiamo ai limiti che la giurisprudenza della Corte di Cassazione pone di norma all'invocabilità dell'art. 1227 per il mancato esperimento di azioni giurisdizionali.

La particolare funzione affidata al processo amministrativo implica per altro verso che, anche in relazione a tale profilo, la tutela cautelare costituisca, in questo giudizio, ancor più che in quello civile, uno strumento essenziale al pieno e corretto assolvimento della funzione giurisdizionale.

Il g.a. è il giudice della funzione amministrativa (dell'interesse pubblico) e il giudice dell'economia: l'intervento tempestivo del giudice in un momento in cui sia ancora possibile evitare che la violazione produca i suoi effetti e, laddove occorra, indirizzare il successivo operato della p.A. assume quindi rilevanza essenziale anche per il buon andamento della p.A. e per la stessa competitività del Paese.

E' molto importante infatti ai nostri fini porre l'accento sulla "funzione" del g.a. come "funzione" di conformazione dell'attività amministrativa⁵ e sull'esigenza (sottolineata anche dalle direttive comunitarie sulla tutela in materia di appalti) che la violazione delle norme che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa **non produca i suoi effetti**.

Da ciò l'esigenza di una tutela immediata, che eviti pregiudizi irreparabili non soltanto al ricorrente, ma anche alla collettività, che è comunque diretta o indiretta destinataria dell'azione amministrativa e all'interesse generale che l'ordinamento abbia nel particolare contesto storico assunto come rilevante.

La sospensione di un provvedimento amministrativo può essere infatti strumentale anche all'interesse pubblico generale (quello tutelato dalla norme violate), che non sempre coincide con quello particolare della p.A. che ha emanato l'atto e che ha ingiustamente preposto il pubblico interesse particolare di cui essa è affidataria a quello generale (l'interesse alla concorrenza è ad esempio diverso dall'interesse al risparmio di tempo di gara o ad avvalersi di appaltatori "sperimentati" o altamente specializzati; l'interesse all'ambiente non è spesso coincidente con quello allo sviluppo economico o territoriale). La decisione cautelare diventa pertanto un delicato problema di bilanciamento dei diversi interessi, legato alla proporzionalità della misura adottata non soltanto tra l'interesse del ricorrente e quello dei suoi legittimi contraddittori, ma anche tra i diversi interessi pubblici coinvolti.

Sotto questo profilo, appare particolarmente interessante il confronto con la giurisprudenza comunitaria, che, come si dirà subito dopo, lega il bilanciamento dei diversi interessi alla

⁵ Sulla perdurante attualità di tale funzione (già sottolineata in precedenti scritti: da ultimo, M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*. in *Foro Amm.-TAR.*, Osservatorio di giustizia amministrativa, fasc. 7-8/2009 e in www.federalismi.it, 17/2009. Si ricordano, Cass., Sez. I., 23 gennaio 2009 n. 1732, in *Foro Amm.- CdS*, 2009, 1, 35ss., con nota di G. MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*. Da ultimo TAR Lazio, 22 settembre 2009, n. 9171, in www.giustizia-amministrativa.it, in riferimento all'idoneità delle pronunce del g.a. ad indirizzare il riesame della vicenda controversa (abuso di posizione dominante da parte dei gestori aeroportuali) da parte dell'AGCM.

proporzionalità rispetto all'interesse pubblico generale. La Direttiva 2007/66/CE sembra tuttavia usare distintamente il parametro dell'interesse generale - al quale lega la possibilità di deroghe all'effetto ripristinatorio (cessazione degli effetti del contratto eventualmente già stipulato) imposto per le violazioni più gravi - e quello dell'interesse pubblico (particolare) da bilanciare con quello del ricorrente a fini cautelari.

Occorre per vero sin da ora mettere in luce che la sospensione del provvedimento impugnato – e più in generale l'adozione di misure cautelari - non deve costituire una tutela sproporzionata a danno dell'interesse pubblico (particolare, ma soprattutto generale, di cui l'Amministrazione – come i soggetti che in virtù delle loro peculiarità sono vincolati al rispetto di regole pubblicistiche, deve comunque farsi carico); il giudice, se non deve all'evidenza ingiustamente privilegiare tale interesse, deve pertanto riservarvi una valutazione particolarmente **attenta, adeguatamente bilanciandolo con l'interesse privato e con le stesse esigenze di celerità.**

Tale profilo diventa ancora più delicato se si tiene conto dell'attuale situazione di crisi del potere legislativo, lucidamente denunciata anche da N. Irti nella Relazione di apertura del 56° Convegno di Studi Amministrativi svoltosi a Varenna nei giorni 24-26 settembre scorsi, che, evidenziando la sostanziale “abdicazione” del Sovrano all'esercizio del potere normativo, ha rilevato una progressiva trasformazione della funzione giurisdizionale da quella di applicazione della legge a quella di “soluzione imparziale dei conflitti”.

2. L'esigenza di peculiare attenzione agli opposti interessi nella valutazione dell'istanza cautelare nel processo amministrativo.

Dalle esposte premesse discendono due fondamentali conseguenze:

- (i) l'esigenza di prestare una particolare attenzione e considerazione alle istanze cautelari;
- (ii) l'esigenza di prestare una particolare attenzione e considerazione alla posizione/interessi della p.A. resistente e, comunque, ai diversi interessi pubblici (generali e particolari) coinvolti.

Assume massimo rilievo in tal senso quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 8 del 1982, la quale ha proprio in quest'ottica affermato la necessità del doppio grado di giudizio, ponendo specificamente l'accento **sull'incidenza dell'accoglimento dell'istanza sul pubblico interesse.**

Proprio la diversa posizione di una delle parti (che, come ancora recentemente ricordato dalla Corte costituzionale, può giustificare, a norma dell'art. 113 Cost., una “ragionevole” dissimmetria

delle rispettive posizioni processuali)⁶ impone invero particolari “attenzioni” che operano in senso divergente.

A. Per un verso, l’interferenza con il potere pubblico e con l’interesse pubblico impone, ancor più che nel processo civile, di garantire, in ogni passaggio della fase cautelare, un processo assolutamente “giusto”, ciò che imprescindibilmente incide sulla garanzia del giudice naturale (contro il diffuso utilizzo del c.d. *forum shopping*) e del pieno rispetto del contraddittorio; sotto quest’ultimo profilo, come ebbi già ad evidenziare in sede di primo commento all’ordinanza con cui il 29 aprile 2004 la CGCE dichiarò l’incompatibilità comunitaria dell’omessa previsione nel nostro sistema di giustizia amministrativa di una tutela cautelare *ante causam*⁷, occorre infatti evitare i facili rischi di una tutela immediata senza aver consentito al resistente (che, almeno in primo grado, coincide con il portatore dell’interesse pubblico) di rappresentare, almeno informalmente, le proprie ragioni e, soprattutto, le possibili conseguenze negative della misura cautelare sull’interesse da essa perseguito: un interesse che, salva la patologia, coincide con gli obiettivi fissati dal legislatore e in nome dei quali essa è stata istituita, organizzata e chiamata ad operare.

B. Per converso, ed in senso diametralmente opposto, l’esigenza di prestare adeguata considerazione all’interesse pubblico non deve tradursi in una ingiusta posizione di forza dei pubblici poteri (e dei soggetti ad essi equiparati) tale da renderli sostanzialmente *legibus soluti*: si deve pertanto evitare una aprioristica e ingiustificata prevalenza dell’interesse pubblico, che impedisca di fatto, ostacolando sproporzionatamente la tutela cautelare, l’effettività della tutela.

Come anticipato, sembra a questi fini utile un rapido *excursus* sulla giurisprudenza comunitaria⁸.

La posizione del Giudice comunitario sulle richieste di sospensione degli atti amministrativi comunitari si rivela tendenzialmente rigida.

⁶ C. cost. n. 108 del 2009, richiamata *amplius infra*, sub 3, che, richiamando anche le precedenti sentenze nn. 26 del 2007 e 85 del 2008, testualmente sottolinea che “il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l’identità dei rispettivi poteri processuali”.

⁷ M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema* nel Convegno su *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Università di Roma Tre, 20 ottobre 2004, in *Foro Amm.-TAR*, supplemento al n. 12/2004, 7 ss..

⁸ È tuttora valida, anche alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale, la ricostruzione svolta nella monografia di C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo amministrativo comunitario*, Padova, 2004.

Esso opera un giudizio preliminare sulla gravità, che deve essere comunque tale da derogare al principio di presunzione di validità dell'atto amministrativo comunitario.

Risulta quindi difficilissima la sospensione di danni economici, salvi i ricorsi in materia di concorrenza o di *dumping*, fallimento imprese o perdita quote rilevanti di mercato. Il danno è peraltro considerato irreparabile solo se è assolutamente insuscettibile di risarcimento, senza che rilevi l'estrema difficoltà del giudizio risarcitorio.

La posizione è stata aspramente criticata, tanto da essere qualificata come sostanziale diniego di giustizia.

Si può quindi affermare che, in sintesi, all'interno dell'ordinamento comunitario la tutela cautelare è vista come un rimedio estremo (con l'unica deroga dei casi in cui si deduca la violazione di principi generali dei Trattati o l'inesistenza dell'atto).

Un orientamento opposto si registra sulle istanze cautelari nei ricorsi tesi a contestare presunti inadempimenti agli obblighi comunitari da parte degli Stati membri.

In alcuni casi la Corte ha infatti finanche affermato che la flagrante violazione del diritto comunitario costituisce *ex se* danno grave e irreparabile; questo atteggiamento vale però – si ricorda – solo per l'inadempimento degli Stati.

Il maggior rigore riscontrabile invece nella concessione della tutela cautelare contro gli atti comunitari emerge del resto anche nella considerazione dei danni che la sospensione potrebbe arrecare ai terzi. La ponderazione dei contrapposti interessi assume per vero un notevole rilievo: ciò che aumenta sensibilmente anche la discrezionalità del giudice. Essa precede anche lo stesso giudizio sulla gravità e irreparabilità e tiene conto dell'entità del danno che la cautela potrebbe provocare alle controparti e ai terzi (devono essere della stessa entità di quello del ricorrente ma non necessariamente certi).

In particolare, si dà grande rilevanza alla tutela dell'interesse pubblico delle Istituzioni comunitarie (le esigenze di buon funzionamento del servizio superano gli interessi del personale; analoga prevalenza sembrerebbe riservata alle misure *antidumping*). Si riscontra al riguardo un sostanziale inversione dell'onere della prova a carico del ricorrente, che deve dimostrare la prevalenza del proprio interesse alla cautela.

Analogamente, si riconosce un ruolo molto importante all'interesse pubblico (generale) degli Stati: un'attenzione particolare è quindi ad esempio riservata agli utenti dei trasporti pubblici, alla sanità, agli obiettivi sociali, alla concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria è poi particolarmente attenta alla reversibilità degli effetti della decisione cautelare ad opera della sentenza.

In questa luce occorre analizzare e valutare i profili più delicati della tutela cautelare nell'attuale momento di transizione del processo amministrativo. Mi riferisco in particolare (i) al vincolo di strumentalità della tutela cautelare e alla sua compatibilità con le più moderne forme di tutela sostitutiva/ ordinatoria che per definizione l'ordinamento è teso a soddisfare; (ii) alla riduzione di tutela del contraddittorio nel rito immediato e nel rito abbreviato; (iii) alla presunzione di prevalenza del c.d. interesse pubblico nazionale nelle controversie sulle c.d. infrastrutture strategiche o, più in generale, sui grandi investimenti pubblici (artt. 246 cod. contratti e art. 20 co. 8 dl 185/2008).

Prima di esaminare più in dettaglio tali profili occorre peraltro rimarcare che **l'adeguata considerazione dei diversi interessi sui quali la tutela cautelare – in senso favorevole o sfavorevole – incide deve guidare innanzi tutto la disciplina del processo**; le regole processuali devono in altri termini tenere costantemente conto di tale esigenza e l'intervento del giudice deve essere sempre rigorosamente guidato dal principio di proporzionalità. Il legislatore lo ha avuto chiaro quando ha previsto la cauzione come possibile temperamento della richiesta cautelare. Ma il pregiudizio all'interesse pubblico può essere ben più grave di quello "garantibile" con la cauzione, che, in ogni caso, non viene richiesta ai fini del decreto di tutela "provvisoria". Si pensi ad esempio ai rischi di pregiudizio derivanti al pubblico interesse dalla sospensione cautelare dell'ordine di chiusura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande disposto per ragioni igienico-sanitarie; o dalla sospensione di un bando di gara o di un concorso pubblico di rilevanza nazionale, come potrebbe essere quello per l'accesso ai ruoli della magistratura ordinaria o agli albi dei notai nell'imminenza del termine di scadenza per la presentazione delle domande (che naturalmente il ricorrente ha evitato di presentare, precludendo in tal modo la facile strada dell'ammissione con riserva). La successiva reiezione in camera di consiglio dell'istanza cautelare provvisoriamente accolta non potrebbe più riparare il gravissimo pregiudizio arrecato al pubblico interesse da una cautela non adeguatamente ponderata: nel primo caso alla salute, nel secondo ad un uso efficiente delle risorse pubbliche (sicuramente pregiudicato dalla necessità di rimodulare l'intera procedura, con ineludibile protrazione dei termini delle relative fasi e, per l'effetto, di utilizzo delle risorse umane, nuovi oneri di pubblicità, nuove ricerche di sedi per le prove, ecc.). Tornerò comunque sull'argomento nel corso della Relazione.

3. L'interesse pubblico come fondamento del ruolo conformativo della tutela cautelare e come rafforzamento dell'esigenza di un effettivo contraddittorio.

a) L'evoluzione del ruolo della tutela cautelare.

L'evoluzione del quadro normativo del processo amministrativo ha segnato una progressiva attenuazione del principio di strumentalità della tutela cautelare rispetto all'effettività della tutela di merito⁹, di cui è frutto l'assioma (ripetutamente affermato dai giudici amministrativi) secondo il quale la prima “*non può, di regola, comportare effetti ulteriori rispetto a quelli determinati dall'esito positivo del giudizio di merito*” (tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791).

Il nuovo art. 21 della l. TAR, come novellato dalla l. n. 205 del 2000, rivela infatti incontestabilmente una significativa attenuazione del limite della irreversibilità, sostituito dalla previsione della cauzione, corrispondente al modello adottato dalla Commissione CE per la riscossione delle ammende (si segnala in proposito che il giudice cautelare comunitario di solito ne nega la sospensione).

La formula attuale dell'art. 21, che fa riferimento alla strumentalità/interinalità della cautela rispetto agli “*effetti della decisione sul ricorso*”, è stata intesa dalla dottrina più autorevole (F.G. SCOCA¹⁰, A. ROMANO¹¹) come riferito anche al giudizio di ottemperanza, aprendo perciò lo spazio anche a misure sostitutive-ordinatorie. Come lucidamente sottolineato da F. SATTA¹², con l'ammissione delle misure cautelari atipiche, l'asse della tutela si sposta dal provvedimento da sospendere alla sentenza da emanare.

Si richiama *in primis* il c.d. *remand*, con cui il giudice cautelare instaura un vero e proprio dialogo con la p.A. mirante ad orientare l'atto discrezionale nella direzione da esso indicata, aprendo in tal modo la strada a giungere, in sede di esecuzione, dove non può arrivare nelle ordinanze sostitutive senza sconfinare in un'area di esclusiva pertinenza della p.A. (significativa in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833).

Un ruolo importante è assunto poi evidentemente dalle misure sostitutive: si pensi in particolare a quelle assunte nei giudizi sul silenzio (Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239).

⁹ Per il suo fondamento, si veda ancora per tutti di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

¹⁰ F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, a cura di S. RAIMONDI, R. URSI, Milano, Giuffrè, 2002, 229.

¹¹ A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1987, III, 2491.

¹² F. SATTA, *I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione*, in www.giustamm.it.

Il potere cautelare atipico può spingersi fino alla sostituzione alla p.A. nella fattispecie in cui lo si ritenga ammesso, come nei casi di attività a contenuto vincolato o di bassa discrezionalità¹³.

Significative anche le indicazioni/direttive alle stazioni appaltanti per correggere le procedure di selezione dei contraenti pubblici prima che la violazione delle relative regole produca i suoi effetti.

Si è dunque giustamente parlato di “rivoluzione” della funzione della strumentalità cautelare, da mezzo di conservazione a mezzo con cui viene conseguita la tutela

Nella tutela cautelare della l. 205, il giudice assume dunque più che mai un ruolo di interlocutore necessario per la p.A., un vero e proprio regolatore della funzione amministrativa verso il rispetto di quei principi che, tradotti o meno in puntuali disposizioni di legge, devono comunque informarne l’operato e arginarne i potenziali arbitri.

Appare pertanto frutto di un evidente errore interpretativo la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 11750 del 2004, secondo cui il nuovo art. 21 l. TAR sarebbe tutto “pro” ricorrente, escludendo il “vecchio” bilanciamento (nell’ultima parte del resto la stessa Corte si pone il quesito della funzione di riequilibrio del potere della p.A. verso gli amministrati, che sarebbe forse svolta dalla tutela cautelare).

L’analisi della giurisprudenza degli ultimi anni conferma la funzione conformativa rimessa alla (e spesso assolta dalla) tutela cautelare in vista di una più effettiva garanzia del buon andamento della p.A., quale strumento che, più che a bloccare l’azione, rallentando il perseguimento dell’interesse pubblico, tenda, per quanto possibile, a consentirne in tempo utile la correzione e, per l’effetto, un più legittimo svolgimento¹⁴. Il frutto tangibile di questa evoluzione della tutela cautelare è ravvisabile nella possibilità, sempre più frequentemente emergente, che essa produca, direttamente o indirettamente, (in esito al *remand* o all’autotutela) effetti irreversibili, che non possono più essere travolti dall’esito negativo del giudizio di merito.

Si richiamano a tale riguardo gli esempi degli accertamenti (sanitari) presupposti al riconoscimento di una causa di servizio o della dispensa da servizio militare (quando era obbligatorio); ma soprattutto quelli degli esami di avvocato (o delle prove di preselezione ai concorsi notarili/magistratura). Può essere discriminante stabilire se il comportamento della p. A. a seguito della decisione cautelare dia luogo ad una vicenda procedimentale autonoma da quella originaria, riconducibile come tale ad una “scelta” discrezionale, sia pure ricollegabile nei

¹³ Sul tema, si veda da ultimo la lucida e completa Relazione di G. MONTEDORO, *Assenza del provvedimento e tutela degli interessi*, al 55° Convegno di Studi amministrativi “Nuovi poteri e dialettica degli interessi”, svoltosi a Varenna (Lecco) nei giorni 24-26 settembre 2009.

¹⁴C. CALABRÒ, *Inaugurazione dell’anno giudiziario del TAR Lazio, 2004*, in www.giustizia-amministrativa.it, sottolineava l’importanza della necessaria contemporaneità tra processo amministrativo e correzione dell’attività procedimentale; in ciò anche la differenza della missione del g.a. rispetto a quella del g.o..

presupposti all'esito dell'istanza cautelare, o costituisca una mera esecuzione – dovuta – di quanto imposto dal giudice. E' significativo peraltro che la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 108/2009, ha affermato la l.c. delle disposizioni (d.l. n. 115/2005, conv. nella l. n. 168/2005) che rendono irreversibile l'effetto del superamento delle prove (scritte e orali) di un esame d'avvocato svolte in esito a provvedimento giurisdizionale, pure cautelare, o di autotutela che abbiano disposto l'ammissione alle prove medesime o la relativa ripetizione (confermando il principio già espresso per gli esami di maturità). L'argomento dirimente è stato che l'interesse pubblico all'accertamento, una volta soddisfatto, supera quello alla definizione del processo. La Corte ha fatto in particolare leva sul bilanciamento dei contrapposti interessi, sull'importanza dell'affidamento di coloro che, comunque, avevano superato le prove e sulla possibile dissimmetria dell'esito eventualmente negativo del giudizio di merito a svantaggio dell'interesse sostanziale dell'Amministrazione. Si ritiene opportuno riportarne i passaggi fondamentali: *“Il legislatore ha ritenuto di contemperare i diversi interessi rilevanti, accordando una particolare tutela all'affidamento del cittadino. Questo comporta indubbiamente una certa compressione del diritto di difesa, in quanto si introduce una dissimmetria tra le due parti del processo amministrativo eventualmente avviato: al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo.*

Queste conseguenze vanno valutate alla luce dei principi costituzionali, che non escludono una ragionevole limitazione del diritto di difesa dell'amministrazione.

Come osservato da questa Corte con riferimento al processo penale, ma con argomenti che possono essere parzialmente estesi al processo amministrativo, il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali: «stanti le differenze fisiologiche fra le due parti, dissimmetrie sono, così, ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere contenute nei limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni – è stato ribadito – per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008).

Con specifico riferimento al processo amministrativo, una ragionevole dissimmetria può essere giustificata alla luce dell'art. 113 Cost. Questo parametro, invocato dal rimettente a tutela del diritto di difesa dell'amministrazione, è in effetti rivolto – all'inverso – a garantire il cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione.

Alla luce di questi principi, il bilanciamento di interessi operato dal legislatore, con la disposizione denunciata, non è irragionevole. Il diritto di difesa dell'amministrazione è sì compresso, ma non eliminato, in quanto esso può comunque esplicarsi fino all'eventuale superamento delle prove. E la sua compressione è giustificata dal fatto che dell'interesse pubblico all'accertamento dell'idoneità del candidato, di cui l'amministrazione stessa è portatrice, la disposizione si fa comunque carico, richiedendo il superamento della prova: è solo a seguito della ripetizione della stessa o della nuova valutazione, con esito positivo – e non semplicemente sulla base di un provvedimento giurisdizionale – che il candidato consegue l'abilitazione. Vi è, quindi, comunque un accertamento dell'idoneità del candidato, affidato alla stessa amministrazione o ad altra egualmente portatrice dello stesso interesse pubblico”.

La sentenza ha avuto peraltro cura di puntualizzare (quasi a sgombrare il campo da possibili estensioni del principio) che la l. 115 del 2005 non si applica ai concorsi pubblici. Anche se *prima facie* la prevalenza del pubblico interesse all'accertamento potrebbe forse valere anche per la fase di preselezione a questi ultimi, si pone invero per gli stessi il la questione dei controinteressati, che sarebbero pregiudicati dall'esito di un giudizio sommario.

b) I profili di criticità.

L'evoluzione in senso conformativo – con effetti frequentemente definitivi – della tutela cautelare non manca peraltro di presentare alcune criticità.

La prima – e più rilevante – si lega al carattere necessariamente “sommario” della cognizione cautelare. Si rischiano invero effetti conformativi derivanti da una giustizia sommaria, che, per sua stessa natura, non è adeguatamente approfondita.

Il problema si pone evidentemente in termini affatto diversi nelle ipotesi in cui la p.A., agendo in esito alla decisione cautelare, abbia comunque realizzato l'obiettivo prefissato senza una sostanziale modifica dei presupposti a tal fine individuati (es. accertamento dell'idoneità del candidato attraverso la ripetizione delle prove; riesame dell'istanza alla luce di una più accurata istruttoria o in esito ad una più effettiva partecipazione dell'interessato) rispetto alle ipotesi in cui il giudice abbia “corretto/suggerito di correggere” le regole di procedura inizialmente individuate dalla p.A. (es., regole per l'ammissione delle offerte o la valutazione delle prove) o si sia sostituito a quest'ultima nell'adozione di un provvedimento favorevole (rilascio di un permesso di costruire, immissione di un farmaco in commercio, ancorché in esito al parere favorevole del CTS).

Sarebbe quindi opportuno riflettere sulla opportunità di prevedere termini meno ridotti per la trattazione delle istanze cautelari, anticipando il deposito dei documenti e degli scritti difensivi

rispetto alla camera di consiglio si da consentirne una effettiva cognizione da parte dei giudici e delle altre parti. A questi ultimi fini sono indispensabili misure organizzative che consentano/impongano la messa a disposizione degli atti prodotti in giudizio di tutte le parti del giudizio (normalmente purtroppo ciò non avviene).

4. segue. Il problema del contraddittorio nella tutela *inaudita altera parte*.

Il problema dell'inadeguatezza del contraddittorio cautelare è inaccettabilmente e spesso sproporzionatamente aggravato nella tutela "*inaudita altera parte*" (*ante* o *intra causam*).

Si ricorda ancora una volta che la p.A. (originaria resistente per eccellenza) è portatrice di un interesse pubblico e comunque garante del suo migliore contemperamento con gli altri interessi. Le limitazioni al principio del contraddittorio, che, come è stato anche recentemente ricordato¹⁵, ostano per se stesse ad un giudizio "giusto"¹⁶, integrano, nei confronti dell'Amministrazione, un rischio di lesione dell'interesse pubblico che nella maggior parte dei casi non si rivela adeguatamente proporzionato con le ragioni che supportano la richiesta di tutela immediata.

Appare opportuno a questi fini esaminare partitamente i due strumenti ai quali il nostro sistema affida tale tutela, anche in assenza di contraddittorio.

a. la tutela cautelare *ante causam*.

¹⁵ R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, Relazione al 55° Convegno di Varenna, cit.

¹⁶ Si richiamano sul punto alcune significative sentenze della Corte di Strasburgo: sent. NIDERHÖST-HUBER c./

SVIZZERA, ric. n. 18990/91 (sent. del 18/2/97), in cui testualmente si legge: "30. *Sans doute le dépôt d'observations*

du genre de celles en question en l'espèce poursuit-il un but d'économie et d'accélération de la procédure. Comme en témoignent sa jurisprudence, la Cour attache une grande importance à cet objectif, lequel toutefois ne saurait justifier de

méconnaître un principe aussi fondamental que le droit à une procédure contradictoire. De fait l'article 6 par. 1 (art.

6-1) vise avant tout à préserver les intérêts des parties et ceux d'une bonne administration de la justice (voir, mutatis

mutandis, l'arrêt Acquaviva . c. France du 21 novembre 1995, série A n° 333-A, p. 17, par. 66)." Analogamente, nella

sentenza INTIBA c./ TURCHIA, ric. n. 42585/98 (sent. del 24/5/05), si legge "54. *La Cour rappelle à cet égard que l'article 6 de la Convention prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice (voir l'arrêt Boddaert c. Belgique du 12 octobre 1992, série A, n° 235-D, p. 82, § 39)".*

Il pensiero va *in primis* alla c.d. azione cautelare *ante causam*, introdotta, come noto, dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici in ossequio alla citata ordinanza della Corte di Giustizia del 2004 e prevista dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009 (pur con l'infelice ed incerta espressione "anche") tra gli obiettivi del nuovo codice del processo amministrativo.

Il modello è evidentemente quello degli artt. 669 e 700 del c.p.c., come rimodulato – e adattato – al processo amministrativo dal Codice dei contratti.

Ai fini qui specificamente esaminati – garanzia del giusto processo attraverso un adeguato rispetto del contraddittorio – il testo legislativo è esente da critiche. L'art. 245 ha infatti espressamente cura di prescrivere, non soltanto la previa notifica del ricorso, ma anche il dovere del giudice (al quale, come recentemente ricordato proprio da uno dei migliori esponenti della magistratura amministrativa¹⁷, spetta sempre colmare i vuoti normativi nel massimo rispetto dei principi) di adoperarsi per decidere **dopo** avere "*sentite, ove possibile, le parti interessate*", lasciandogli in ogni caso spazio per una eventuale revoca, anche d'ufficio, della decisione assunta qualora (è da ritenere, anche ad una più attenta valutazione delle circostanze in fatto e in diritto alla stregua di eventuali argomenti difensivi dedotti dalle diverse parti) ne riscontri l'ingiustizia. E' interessante sotto questo profilo il confronto con l'art. 669 *sexies*, co. 2, c.p.c, che, nei casi in cui la previa convocazione delle parti - prevista, come regola generale, dal comma 1 - "*potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento*" dispone che in ogni caso il giudice, in vista della più corretta valutazione dell'istanza, assuma, ove occorra, prima dell'emanazione del decreto, sommarie informazioni, e, nello stesso decreto, fissi, entro quindici giorni, l'udienza di comparizione (ordinando a tal fine la tempestiva notifica del ricorso e del decreto) per confermare, modificare o revocare i provvedimenti emanati.

Sembra quindi che l'interesse pubblico giustifichi/imponga nel processo amministrativo la diversa regola dell'obbligo – inderogabile – della previa notifica del ricorso, in vista di un più pieno contraddittorio sostanziale: anche se nella pratica lo strumento della tutela cautelare *ante causam* non è stato quasi mai utilizzato (e, nei rarissimi casi in cui è stato proposto, è stato subito dopo sostituito con un ricorso di annullamento, accompagnato dalla richiesta di misure cautelari provvisorie ex art. 21 comma 9 l. TAR) va però avvertito che, alla luce dell'esperienza maturata in relazione al decreto cautelare monocratico, tale obbligo risulterebbe, nei fatti ingiustamente vanificato della pressoché generalizzata ammissione di un mero contraddittorio formale (soddisfatto dal deposito della mera ricevuta di consegna all'ufficiale giudiziario, persino di atti che questo dovrà poi provvedere a notificare a mezzo posta !!!, con l'effetto che il ricorso raggiunge il destinatario anche diversi giorni dopo l'adozione e la ben più solerte notifica del decreto!!).

¹⁷ R. CHIEPPA, *ibidem*.

È importante peraltro considerare che la tutela cautelare *ante causam* (anche se, diversamente dal modello processualcivilistico e in coerenza con la durata limitata della sospensione amministrativa ex l. n. 15 del 2005 ha una durata circoscritta) ha, allo stato, una efficacia temporale ben più ampia – 60 gg. – rispetto a quella provvisoria (monocratica), ciò che aggrava le conseguenze dei possibili “errori” di una decisione assunta in modo sommario e per di più sulla base della prospettazione di un’unica parte.

La valutazione dell’istanza cautelare *ante causam* impone pertanto alcune imprescindibili precauzioni.

- Si richiede innanzi tutto indubbiamente un assoluto rigore nel riconoscimento della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. *In primis*, devono quindi effettivamente sussistere quelle condizioni di assoluta urgenza (ad esempio l’imminente apertura delle buste o l’imminente demolizione di un immobile) che non consentano il ricorso all’art. 21, comma 9 (circostanza peraltro molto difficile da riscontrare e spesso smentibile *per tabulas* dal contenuto stesso dell’atto, necessariamente articolato e dunque suscettibile di essere trasfuso in un ricorso di annullamento, integrabile con motivi aggiunti); il rigore deve essere ancora maggiore nelle ipotesi di interventi “strategici” (l’attuale art. 246 del Codice) o, comunque, di provvedimenti assunti a tutela di interessi pubblici “prevalenti” (quali l’ambiente, la salute, la sicurezza);
- Occorre poi garantire il rispetto della prospettata esigenza di sentire, anche informalmente (utilizzando ad esempio i semplici contatti telefonici o a mezzo fax o posta elettronica), se appena fattibile, le parti resistenti o controinteressate in un momento necessariamente anteriore alla decisione. Quanto meno nel caso del soggetto che ha emanato l’atto non dovrebbero potersi opporre difficoltà oggettive a tale riguardo, ferma peraltro l’opportunità di consentire a tali soggetti di intervenire direttamente (evitare i passaggi della formalizzazione e illustrazione del legale) e farsi rappresentare dal dipendente con qualifica di dirigente (come nel giudizio sull’accesso), normalmente più edotto delle singole questioni e consente di);
- Nelle ipotesi in cui particolari circostanze di fatto non imputabili al ricorrente (demolizione o apertura delle buste prevista per un giorno immediatamente successivo ad una festività senza un congruo lasso di tempo per adire il giudice in un momento ancora utile) rendano concretamente impossibile l’instaurazione di un contraddittorio, anche informale, prima dell’assunzione della decisione e l’istanza debba in ogni caso essere accolta per l’imminente consumazione del pregiudizio, occorre, in subordine, garantire che il contraddittorio sia comunque sollecitamente assicurato nelle more della notifica del ricorso di merito al fine di valutare l’effettiva sussistenza dei presupposti per l’accoglimento, secondo il surrichiamato modello disegnato dall’art. 669 *sexies*,

comma 2, c.p.c.). Sembra anzi questa la condizione per procedere (in nome, appunto, della garanzia del giusto processo) al riesame d'ufficio dell'istanza, previsto dall'art. 245 del Codice dei contratti, altrimenti difficilmente conciliabile con un giudizio non oggettivo (tanto da indurre a dubitare della sua compatibilità con l'art. 24 Cost.¹⁸). La proposta chiave di lettura si concilia peraltro con il fatto che l'art. 245 non subordina il riesame a “*fatti sopravvenuti*” e consente di giustificare il divieto di appello della decisione cautelare, già valutato negativamente dalla giurisprudenza costituzionale;

- Occorre tuttavia riconoscere la possibilità di individuare un termine più breve di efficacia (magari coincidente con quello per la notifica del ricorso principale): tale sembra essere, ancorché la formula utilizzata non sia tra le più felici, anche lo spirito dell'art. 44 lett... della legge delega per il codice.
- Da ultimo, ma assolutamente non ultimo, è opportuno un ampio ricorso allo strumento della cauzione, accompagnato dalla condanna alle spese. In un momento in cui la spesa pubblica è giustamente e finalmente oggetto di grande attenzione risulta davvero difficile comprendere la prevalente propensione a compensare le spese, anche a fronte di ricorsi manifestamente pretestuosi, in cui l'onere difensivo per l'Amministrazione è indiscutibilmente aggravato dalla strettissima tempistica in cui essa è sempre più spesso chiamata ad intervenire per cercare di rappresentare in tempo utile le proprie ragioni.

A chiusura di queste brevissime considerazioni sulla tutela *ante causam* si impone però una riflessione di fondo.

Pur essendo evidentemente doverosa in ossequio alla richiamata ordinanza della Corte di Giustizia, e, per l'effetto, alla stregua del principio costituzionale di uguaglianza (che ne rende necessaria l'estensione a tutte le controversie di competenza del giudice amministrativo) la misura non era a ben vedere affatto necessaria.

Come lucidamente ricordato dal Pres. GIOVANNINI nella Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2009 dinanzi al TAR del Lazio, la tutela cautelare monocratica è già molto efficace: e ne dà conferma l'uso praticamente nullo dello strumento. Erano quindi perfettamente condivisibili gli argomenti svolti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 2002, nel senso che la possibilità di tutela cautelare immediata consentita dalla l. n. 205 del 2000 (affatto più rapida di quella prevista dagli artt. 669 e 700 c.p.c.) esclude che la tutela cautelare *ante causam* di fronte al giudice amministrativo costituisca una condizione di effettività della tutela e che in difetto di tale misura la p.A. goda di un'ingiustificata situazione di privilegio.

Per concludere:

¹⁸ C.E. GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in www.giustamm.it, 3/2007

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

È peraltro indubbio che, una volta introdotta per le controversie sugli appalti, la misura vada estesa, in base all'art. 3 della Costituzione, a tutte le altre controversie dinanzi al giudice amministrativo. Diversamente da quanto rilevato dalla Corte costituzionale nel 2002, infatti, ora il legislatore ha introdotto una tutela *ante causam* anche nel giudizio di legittimità e dunque correttamente l'art. 44 della legge delega deve essere inteso nel senso della relativa estensione all'intera categoria di tali giudizi, fermo restando il suo prevedibile non utilizzo.

In ogni caso, per un uso corretto e coerente dello strumento, si richiede che esso sia sempre suffragato da un'adeguata motivazione (pur rapportata alla necessaria sommarietà) soprattutto sulla effettiva improcrastinabilità e sulla non manifesta inammissibilità e infondatezza.

Non si può per altro verso trascurare la rilevata funzione conformativa del processo amministrativo. Essa vale evidentemente anche nella tutela cautelare *ante causam*, di talché, laddove possibile, la decisione di accoglimento dell'istanza, dovrebbe contenere adeguati riferimenti sul corretto *modus agendi* della p.A. (che avrebbe in tal modo la possibilità, in sede di autotutela o in mera esecuzione dell'ordine del giudice, adeguarsi alle sue indicazioni ed evitare il "blocco" del procedimento nelle more dell'instaurazione e della decisione del giudizio di merito).

Sotto questo specifico riguardo merita peraltro evidenziare che il Codice dei contratti pone espressamente l'accento sul carattere "*interinale e provvisorio*" della misura. È stato conseguentemente sollevato il problema se sia inteso in tal modo introdurre un limite ai suoi contenuti, escludendone le misure propulsive e il *remand*¹⁹. È importante che il decreto di recepimento della Direttiva 2007/66/CE e, più in generale, il nuovo codice lo chiariscano. Come spesso accade, vi sono argomenti a favore e contrari all'una e all'altra soluzione. A favore di una portata più ampia della cautela, gioca evidentemente, come già osservato, l'accelerazione della definizione della controversia in esecuzione/autotutela. In senso contrario gioca però la considerazione che, ammettendo il *remand* e la misura propulsiva *ante causam* si rischia che tale

¹⁹ S. TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, in www.giustamm.it.

definizione avvenga nell'ambito di un giudizio sommario, senza adeguato contraddittorio e senza istruttoria.

Il rischio è particolarmente grave quando è in gioco l'interesse pubblico e soprattutto quello generale, ma, se si considerano le conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale sugli esami di avvocato in alcuni casi forse la tutela cautelare propulsiva è una soluzione proprio per il pubblico interesse. Per quanto possa ritenersi utile ai fini della soluzione del problema si ricorda peraltro che il vincolo derivante dalla CGCE era limitato alla sospensione. È stato allora prospettato di risolvere il problema ammettendo le misure atipiche (es. ordine di maggiore pubblicità; richieste di pareri ecc.), ma nei limiti dell'interinalità²⁰.

b. Il decreto presidenziale provvisorio.

Buona parte delle considerazioni svolte in riferimento alla tutela *ante causam* vale anche per il decreto monocratico assunto in via provvisoria *ex art. 21, co. 9, l. TAR.*

- Diversamente da quanto osservato per la tutela *ante causam*, l'uso del decreto è, purtroppo, assolutamente inflazionato e, come l'istanza cautelare ordinaria ha finito nel tempo per costituire uno strumento per ottenere una sollecita fissazione del merito, la richiesta di decreto è talvolta utilizzata come corsia preferenziale per l'immediata fissazione della camera di consiglio nei termini previsti dalla legge (allo stato, la prima camera di consiglio successiva al decorso di 10 o 5 giorni dalla notifica, a seconda che si tratti di riti ordinari o speciali) o, addirittura, per ottenerne surrettiziamente l'abbreviazione.

L'abuso in termini quantitativi di tale strumento e l'uso non sempre corretto che purtroppo sempre più frequentemente ne viene fatto rendono peraltro indispensabile una sua più attenta applicazione e una sua più puntuale disciplina, che garantisca un più effettivo contraddittorio (almeno informale) con le parti nei cui confronti è chiesta la cautela e imponga al ricorrente specifici oneri di completezza documentale (soprattutto nei giudizi di secondo grado, sarebbe opportuno imporre almeno il deposito degli atti avversari di primo grado).

Se infatti il decreto monocratico (per la sua immediatezza) costituisce, anche alla stregua dell'ordinamento comunitario, una ineliminabile garanzia di effettività della tutela contro atti che, in virtù della loro forza immediatamente esecutiva, sono in grado di incidere irreversibilmente sulle posizioni giuridiche degli amministrati, privandoli definitivamente di beni della loro vita la cui conservazione o il cui potenziale perseguimento formano oggetto di specifica attenzione da parte

²⁰ Id, cit.

dell'ordinamento, la concessione della cautela, soprattutto in relazione al tempo intercorrente tra il decreto e la prima camera di consiglio utile (in alcuni TAR anche 1 mese e comunque 1 mese a natale e in estate o in presenza di ruoli troppo pieni) merita, proprio in relazione alla natura degli atti contro i quali si chiede la cautela, particolare prudenza.

Riprendendo le considerazioni iniziali, non si può infatti trascurare la natura degli interessi che tali atti mirano a tutelare e la conseguente necessità di un attento e ponderato bilanciamento con quello del ricorrente, spesso totalmente impedito dalla tempistica processuale.

Richiamo, in via soltanto esemplificativa, i problemi che possono sorgere per effetto della sospensione dell'ordinanza di chiusura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande con rischi igienici per l'intero mese di agosto; o, analogamente, per effetto della sospensione dell'ordinanza di chiusura di un grosso centro commerciale con rischi di riciclaggio di danaro sporco per l'intero periodo natalizio.

All'obiezione – comunque inaccettabile – che si tratterebbe comunque di ipotesi rare, è facile replicare evidenziando i seri problemi che possono parimenti (e purtroppo più frequentemente) derivare dalla sospensione provvisoria anche quando essa sia disposta a breve distanza dalla camera di consiglio.

- Si pensi ad esempio al caso, già prospettato nella prima parte della Relazione, della sospensione di una grossa gara d'appalto o di un grosso concorso pubblico (chiesta da chi ne contesta i requisiti di ammissione) nell'imminenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione (che il ricorrente artatamente non ha presentato) con conseguente possibilità di utilizzazione strumentale del decreto per pretenderne la riapertura e procrastinarne artatamente lo svolgimento, magari soltanto a vantaggio dei precedenti affidatari di un servizio (nel caso della gara) o in funzione di raggiungere una maggiore preparazione (in quello del concorso). Anche il rigetto in camera di consiglio pochissimi giorni dopo non elimina l'effetto pregiudizievole che il decreto ha già causato all'Amministrazione (che dovrà affrontare l'onere, organizzativo ed economico, della rinnovazione di una fase procedimentale) e alla stessa collettività (che, al di là della spesa, dovrà attendere ad avvalersi dei soggetti che la procedura mirava a selezionare).

In sintesi, il necessario bilanciamento dei diversi interessi (erroneamente negato dalla Cass., Sez. Un., n. 11750/2004, ma espressamente affermato dalla direttiva 2007/66/CE) deve, come già riconosciuto dalla Corte cost. n. 108 del 2009, guidare anche e soprattutto il legislatore che, in questo caso, in nome dell'esigenza di un'attenta valutazione di un ricorso teso a paralizzare l'esercizio di un'attività istituzionalmente ispirata alla tutela del p.i., deve garantire un minimo, ma adeguato, contraddittorio, quanto meno in ogni caso in cui il ritardo nell'adozione della richiesta misura cautelare non sia davvero foriero di irreversibile pregiudizio.

Occorrerà, in quest'ottica, distinguere le varie fattispecie: tendenzialmente tale ipotesi non ricorrerà per un giorno in più di chiusura di un esercizio commerciale o per l'imposizione di un limite alla partecipazione (perché nel primo caso il danno potrà essere risarcito e nel secondo caso il ricorrente potrà in ogni caso provare a partecipare o chiedere al giudice di ordinare all'Amministrazione di non aprire le buste invece di sospendere l'intera procedura, incidendo anche sulla scadenza dei termini); mentre ricorrerà per un ordine di abbattimento di animali o di demolizione di un immobile pericolante, sempre che non vi sia spazio per una tutela graduale (es. isolamento dell'animale, ordine di sgombero del bene) nelle more dell'audizione della p.A..

La distinzione è perfettamente coerente al diritto comunitario, che, mentre prevede la sospensione automatica della possibilità di stipula del contratto a seguito della proposizione del ricorso, non prevede analogo effetto soprassessorio in caso di impugnazione degli altri della procedura di gara.

Venendo al profilo procedimentale, anche se l'art. 21, co. 9, non contiene (a differenza dell'art. 245 del Codice dei contratti) alcun riferimento alla necessità di sentire, ove possibile, le parti interessate, l'esigenza di garantire, per quanto possibile, il contraddittorio anche ai fini del decreto cautelare discende innegabilmente dagli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, ai quali si deve evidentemente legare il principio di proporzionalità che deve in ogni caso ispirare l'applicazione di misure straordinarie, anche di carattere processuale.

Ne discende che, ai fini di una più effettiva garanzia del giusto processo, appare opportuno richiedere che:

- il ricorso sia depositato unitamente alla copia del provvedimento impugnato e degli atti presupposti di cui il ricorrente abbia avuto conoscenza legale (con elenco da esso direttamente sottoscritto)²¹, oltre alla prova della ricevuta della notificazione da parte del destinatario: la possibilità di uso del *fax* rende oggettivamente sproporzionata la concessione della cautela nelle more del procedimento di notifica in via ordinaria, che costituisce oltre tutto una ingiusta compressione dei termini a difesa, troppo spesso ridotti a uno o due soli giorni lavorativi, mentre l'onere di deposito documentale riduce il rischio di un'erronea e fuorviante prospettazione dei fatti;
- salvo ipotesi eccezionali nelle quali la convocazione delle controparti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento e tenuto in ogni caso conto del comportamento dell'istante

²¹ Nel giudizio di appello, le memorie e i documenti avversari, magari con l'espressa comminatoria di una sanzione per il caso in cui ne vengano alterati i contenuti.

(mi riferisco all'ipotesi, purtroppo non infrequente, in cui il ricorrente, pur avendo a disposizione un ampio lasso di tempo, abbia atteso l'ultimo momento utile per la richiesta cautelare in modo da ostacolare, anche per l'orario e il giorno del deposito, la ricerca del contraddittorio), prima di disporre l'accoglimento dell'istanza, il giudice deve sentire, anche informalmente, le parti resistenti e, laddove ciò non sia possibile, deve adottare le misure cautelari che arrechino il minore pregiudizio all'interesse pubblico prevedendone comunque un'efficacia temporalmente limitata, in ragione del tempo minimo (individuabile in circostanze normali e in periodi normali a 48 ore) necessario per consentire alle controparti di rappresentare le proprie ragioni al fine di valutare la conferma, revoca o modifica dei provvedimenti adottati con il decreto cautelare; occorre infatti considerare la particolare complessità delle strutture pubbliche o equiparate, gli orari di lavoro dei relativi uffici, le oggettive difficoltà di trasmissione dei *report* tra gli uffici, a tacere di quella di individuare e delegare un difensore e/o di precipitarsi personalmente presso gli uffici del TAR o, peggio, del Consiglio di Stato, non necessariamente prossimi alla sede dell'ente (!!): da ciò l'assoluta necessità di consentire un contraddittorio informale, anche in via telefonica o a mezzo fax o posta elettronica certificata che annulli o almeno riduca l'indubbio vantaggio del ricorrente che conosce e sceglie il momento della notifica e del deposito in relazione alle proprie esigenze;

- anche in questo caso, si segnala la necessità di un più ampio utilizzo della cauzione e della condanna alle spese; nonché, nei casi più eclatanti, della condanna per lite temeraria.

5. segue: la sospensione automatica della stipula del contratto e le criticità di una trattazione iperaccelerata del merito.

Il richiamo a queste ultime misure sposta l'accento sulla sospensione della stipula del contratto che, come noto, la Direttiva 2007/66/CE, pur avendo espressamente cura di sottolinearne l'assoluta eccezionalità, prevede come effetto automatico della notifica del ricorso avverso l'aggiudicazione delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici.

Il ricorso (pur auspicabilmente ponderato) ai suddetti deterrenti, unitamente ad una sollecita definizione (anche soltanto cautelare) della controversia, costituirà infatti lo strumento più idoneo ad evitare un uso strumentale delle impugnazioni degli atti di aggiudicazione.

Le medesime esigenze di giusto processo e di corretta applicazione dei canoni di proporzionalità anche alle misure processuali spingono invece a guardare con disfavore a tutte

quelle disposizioni dirette a costringere entro tempi eccessivamente brevi la definizione della controversia nel merito.

La fretta, secondo un antico brocardo, è tendenzialmente nemica del bene e l'accelerazione del procedimento e del processo sono rispettivamente nemiche della buona amministrazione e della piena giustizia.

L'espressione "ragionevole" durata del processo non si identifica del resto e anzi è antinomica a quella di processo iperaccelerato²², che, fuori dalle ipotesi in cui l'ordinamento già prevede la decisione in forma semplificata o addirittura con decreto presidenziale, finisce per essere "irragionevolmente" accelerato.

Per queste ragioni ritengo che, in sede di recepimento della Direttiva 2007/66/CE sia sicuramente più opportuno collegare la cessazione dello *standstill period* alla decisione cautelare definitiva, lasciando il merito ai dovuti approfondimenti che non sembra oggettivamente possibile (almeno nella maggioranza dei casi) contrarre entro i termini troppo stretti che, nell'ipotesi in cui si collegasse al merito la cessazione del periodo di sospensione automatica della stipula del contratto, tale giudizio dovrebbe ragionevolmente rispettare.

Ancora una volta il principio di proporzionalità osta a mio avviso a quest'ultima soluzione, inducendo ad una indubbia preferenza per la prima.

6. B. L'altra faccia della medaglia: i rischi del rito abbreviato e della supertutela degli interventi "strategici".

Come anticipato in premessa, l'incidenza del processo amministrativo su atti tendenzialmente diretti alla soddisfazione di interessi pubblici, se deve per quanto sin qui detto imporre un'attenzione ancora maggiore al rispetto delle necessarie garanzie processuali anche a tutela della parte tendenzialmente "forte", non deve, per altro verso, giustificare una aprioristica prevalenza di tale interesse, tale da ridurre in modo irragionevole e non proporzionato le garanzie di effettività della tutela delle parti lese da tali atti.

²² Françoise Capez, magistrato francese, autore di uno studio sulla durata dei procedimenti giudiziari in Europa, alla luce della giurisprudenza CEDU, commissionato e pubblicato dalla CEPEJ (Commissione europea per l'efficienza della giustizia), scrive: "*le temps est aussi indispensable à la qualité des enquêtes, à la décantation de toutes les questions de droit, à l'apaisement des relations entre les parties, à la réflexion du juge. Le délai raisonnable est donc un concept élicat.*". E ancora: "*A l'inverse, des délais très rapides ne sont pas toujours la garantie d'une bonne justice: certaines procédures expéditives, conduites sans respect des droits de la défense, font pencher dangereusement la balance en faveur de la rapidité mais au détriment de la qualité de la justice. Or, la Cour européenne a toujours affirmé que le principe d'une bonne administration de la justice avait une portée plus large que celui du délai raisonnable et pouvait justifier des choix procéduraux moins rapides mais plus justes.*" Link al documento completo http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/Delais/Calvez_fr.pdf

L'attenzione si sposta a questo punto sul rito abbreviato ex art. 23 *bis* l. TAR e sui nuovi riti superaccelerati per i grandi investimenti pubblici.

a). Il rito abbreviato ex art. 23 *bis* l. TAR.

Nel rito abbreviato il legislatore esprime un chiaro *favor* per la p.A.. Nelle materie dell'art. 23 *bis*, la tutela cautelare ordinaria si sostanzia nella sollecita fissazione dell'udienza di merito: il legislatore teme (giustamente) la soluzione della controversia con "rito sommario" e impone la definizione in tempi brevi, ma con il necessario approfondimento necessario alla decisione di merito. Il regime trova la sua *ratio* nella rilevanza economica della materia e nella correlata maggiore esigenza di certezza, riconosciuta ormai, sia pure ai diversi fini della opportunità di circoscrivere i termini per le impugnazioni avverso gli atti di gara, dalla stessa direttiva 2007/66/CE.

Viene però ancora una volta in gioco il principio di proporzionalità: si potrebbe infatti obiettare che la scelta dell'art. 23 *bis* implica un evidente rischio di riduzione delle garanzie processuali, in nome di un'ingiusta presunzione di prevalenza dell'interesse pubblico, che implica il carattere eccezionale della cautela.

La questione merita a mio avviso di essere affrontata alla luce del diritto comunitario, che, come emerso dagli orientamenti giurisprudenziali richiamati in Premessa e confermato dalla direttiva 2007/66/CE, pur guardando con favore al bilanciamento degli interessi, limita gli interessi pubblici con presunzione di assoluta prevalenza (la direttiva per vero li individua in riferimento alle deroghe alla privazione di effetti del contratto, ma, sembra possibile utilizzare analoghi parametri anche ai fini dell'ammissibilità di deroghe alla tutela cautelare, che non dovrebbero quindi poter essere aprioristicamente previste dal legislatore).

Rinviando ad altra sede le questioni più puntuali poste dalla vigente disciplina del rito accelerato e alle quali è auspicabile che il codice trovi sollecitamente soluzione (termini per l'appello delle ordinanze; termini per il deposito di documenti e memorie dopo l'ordinanza cautelare che dispone la fissazione del merito; regime della sospensione della sentenza in caso di omesso appello sul dispositivo, ecc.), questo rapido sguardo sull'art. 23 *bis* impone un'ultima riflessione. La stretta correlazione imposta dal legislatore tra il riconoscimento del *fumus* (probabile accoglimento) e la sollecita fissazione dell'udienza di merito ha fatto giustamente rimarcare da parte della più attenta dottrina (M. LIPARI) la necessità di garantire il pieno contraddittorio nella fase cautelare anche se questa si risolve nella suddetta decisione di ordine processuale. Le parti

necessarie non evocate potrebbero avere infatti interesse a partecipare al giudizio fin dalla fase cautelare in cui viene operata tale delibazione.

b) I riti superfavorevoli al p.i.

1. Il regime speciale delle infrastrutture strategiche ex art. 246, d.lgs. 163 del 2006.

Come noto, sin dalla “legge obiettivo” del 2002, il legislatore ha cercato di introdurre un regime processuale di particolare favore per particolari tipologie di interventi pubblici, considerate di “interesse strategico”, nei cui confronti ha ritenuto recessivo lo stesso diritto di difesa.

Nel Codice dei contratti, il contenzioso su tali interventi è disciplinato dall’art. 246, che, riprendendo il modello tracciato nel 2002, oltre a fare esplicito riferimento alla necessità di operare in sede cautelare un attento bilanciamento dei diversi interessi, afferma l’aprioristica “preminenza” dell’interesse nazionale alla realizzazione dell’opera rispetto a quello del ricorrente alla tutela cautelare, imponendo per l’effetto un maggiore rigore e uno specifico onere di motivazione sulle ragioni che, nonostante tale presunzione di preminenza, giustificano, nel pur doveroso bilanciamento, l’eventuale adozione di misure cautelari.

La disposizione, come già in varie occasioni, fin dall’origine, denunciato²³, crea delicati problemi di compatibilità costituzionale e comunitaria, in rapporto tanto al diritto di difesa e al giusto processo, quanto all’interesse generale alla concorrenza (primario valore costituzionale e comunitario).

Ora la direttiva ricorsi, sia pure in riferimento alle possibili deroghe alla privazione di effetti del contratto, delimita l’interesse pubblico – necessariamente generale e mai identificabile con quello economico della stazione appaltante - suscettibile di prevalere su quello alla concorrenza (si vedranno le applicazioni che ne farà la giurisprudenza comunitaria), rimettendo in ogni caso all’organo giudicante la valutazione di tale prevalenza.

Ferma l’inderogabilità dello *standstill period* – espressamente affermata dall’art. 11 del Codice per questi interventi – appare invece coerente la clausola che, una volta stipulato il contratto, esclude la sospensione dell’aggiudicazione.

2. Il rito superaccelerato di cui all’art. 20, c. 8, d.l. n. 185 del 2008, conv. nella l. n. 2 del 2009.

²³ M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all’incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 125 ss..e *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise)*

Un'inaccettabile compressione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva – che, come si è detto, non può aprioristicamente prescindere dalla tutela cautelare – è invece quella risultante dal quadro dell'art. 20, co. 8 d.l. n. 185 del 2008, conv. nella l. n. 2 del 2009, che, oltre a contrarre all'inverosimile i termini a difesa e ad affermare l'intangibilità dell'affidamento per effetto della stipula del contratto, esclude lo *standstill period*, in tal modo sostanzialmente incentivando la corsa all'affidamento diretto, aggravata dai limiti posti alla stessa tutela risarcitoria (inizialmente addirittura quantitativi!). Nonostante l'incompatibilità costituzionale e comunitaria della nuova disciplina, essa è ormai in procinto di trovare attuazione in esito ai primi decreti di individuazione degli interventi "*legibus soluti*". Sull'argomento mi permetto peraltro di rinviare al commento critico su quelli che ho tristemente definito come "contratti ricorso-resistenti"²⁴

7. I problemi indirettamente connessi alla tutela cautelare.

Prima di concludere questo rapido *excursus* sulle problematiche più scottanti poste dalla tutela cautelare, desidero soltanto ancora rapidissimamente accennare a due temi che ad essa indirettamente si connettono:

a) l'istanza cautelare come "corsia preferenziale" per (i) la sollecita fissazione del merito; e (ii) la decisione immediata con sentenza succintamente motivata.

Gli effetti di tale correlazione sono che (i) l'istanza cautelare viene spesso utilizzata in modo strumentale al raggiungimento di tale risultato, con conseguente ingiusto rallentamento degli altri giudizi; e (ii) il predetto potere "*acceleratorio*" viene riconosciuto soltanto al ricorrente, il quale ha quindi sostanzialmente il dominio sulla rapida definizione del merito, che, almeno allo stato, le parti resistenti, non potendo fruire della predetta corsia preferenziale, non sono normalmente in grado di sollecitare, neppure nei casi in cui riscontrano i presupposti per la decisione con sentenza succintamente motivata.

b) Il problema della decisione in forma semplificata.

La possibilità di decidere immediatamente la controversia nel merito nella camera di consiglio per discussione sull'istanza cautelare crea a sua volta – come ripetutamente evidenziato

²⁴ *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti* (Testo rielaborato della Relazione tenuta al Convegno dell'IGI del 26 febbraio 2009), pubblicato in www.giustamm.it e www.federalismi.it e sull'*Osservatorio di giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.-TAR*, 2009, 1, p. XLV, (curato con M. LIPARI).

dalla più attenta dottrina²⁵ – delicate questioni di compatibilità con il giusto processo e con la piena garanzia del contraddittorio, soprattutto in considerazione dell’orientamento giurisprudenziale che consente la decisione immediata anche nei casi in cui le parti non siano ancora costituite, ritenendo sufficiente il mero decorso dei termini per la trattazione dell’istanza cautelare.

La scelta interpretativa non appare sorretta da valide ragioni: non esiste infatti un “superiore interesse pubblico alla sollecita definizione del processo”, a costo di una sproporzionata contrazione del diritto di difesa oltre i limiti ordinariamente stabiliti dalla legge. Peraltro, diversamente dal rito abbreviato, la definizione immediata del merito non è in questi casi neppure legata alla prospettazione dell’urgenza (!).

Non si può quindi trascurare che il diritto di difesa (anche e soprattutto della parte pubblica) deve essere rinforzato se si opta per una cognizione più rapida finalizzata alla definizione del giudizio anticipata alla fase cautelare, offrendo la disponibilità di termini comunque adeguati.

Quelli per la cautela (idonei ad una cognizione sommaria) non sono sufficienti per una difesa piena (che deve consentire una valutazione degli atti di causa, anche ai fini di formulare eccezioni e di proporre ricorso incidentale. È importante a questo riguardo che la direttiva ricorsi faccia riferimento alla conoscenza del contenuto motivazionale dell’atto per una consapevole valutazione della scelta sulle azioni da intraprendere. Il discorso non cambia per le altre parti (anche alla stregua dell’art. 111 Cost.), tanto più che, come per la tutela cautelare *ante causam*, non appare proporzionata la rinuncia ad una cognizione piena (con le dovute garanzie di pieno contraddittorio mediante lo scambio di scritti e documenti difensivi) per una estrema e ingiustificata contrazione dei termini di definizione del processo; l’esigenza di sollecita giustizia può essere perseguita analogamente e più validamente – anche per il p.i. – attraverso una fissazione rapida di una udienza di merito.

Comunque la pronuncia non deve essere “sommaria”. Anche nell’ottica della funzione conformativa del processo amministrativo, alla quale si aggiunge la rilevanza che assume la decisione completa per il giudizio di responsabilità civile della p.A., non appare coerente con il sistema una sentenza che trascuri di fare espresso riferimento a ciascuna delle censure, chiarendo *funditus* la valutazione sulla legittimità/illegittimità del comportamento tenuto dalla p.A..

A maggiore ragione il problema si pone per la decisione di primo grado, ai fini di una valida celebrazione del giudizio di appello.

²⁵ A. TRAVI, *Osservazione a Cons. Stato n. 3852 del 2003*, in *Foro it.*, 2003, III, 683; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006; M. SINISI, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio e il giusto processo. Profili di dubbia legittimità* (nota a Tar Liguria, sez. I, 7 febbraio 2008, n. 162), in *Foro Amm. - TAR*, 2008, 2.

La questione si lega evidentemente ancora una volta al tema di fondo del rito processuale abbreviato (e dunque al regime in via di scrittura del contenzioso sui contratti): prevale l'interesse pubblico generale alla giustizia celere o quello delle parti (anche pubbliche) alla giustizia effettiva e alla difesa piena?

c) La derogabilità della competenza per territorio e il c.d. *forum shopping* cautelare.

Da ultimo, ma non ultimo, merita fare un accenno ad un altro delicatissimo tema legato al ruolo sempre più rilevante della tutela cautelare: la possibilità che essa venga concessa anche da parte di giudici manifestamente incompetenti, aditi, per ragioni evidentemente estranee alle regole di garanzia del giudice naturale correlate al principio del giusto processo, in forza della derogabilità della competenza territoriale.

Premesso che l'introduzione delle misure cautelari provvisorie ha fatto venir meno le ragioni (legate alla ricerca della prima camera di consiglio utile) che giustificavano la richiesta di una pronuncia cautelare da parte di un giudice incompetente, sarebbe opportuno quanto meno prevedere che, a fronte di una motivata contestazione della competenza del giudice, la concessione della cautela da parte di quest'ultimo sia sempre subordinata alla previa dichiarazione della propria competenza.