

[1] Il problema di definire quale sia l'oggetto del giudizio amministrativo appare particolarmente delicato, in quanto, a seconda della tesi che si preferisca adottare, differenti conseguenze discendono, sia in ordine al rapporto che intercorre tra procedimento e processo, sia in merito al ruolo assunto dal giudice in quest'ultima sede, variando profondamente, non solo i relativi poteri di cognizione e di decisione, ma anche i vincoli imposti sulla successiva attività esercitata dalla pubblica amministrazione. Com'è noto, i termini della questione sono tradizionalmente riassunti dalle formule "giudizio sull'atto" – "giudizio sul rapporto", espressioni alla base di una "avventurosa partita giocata con la storia sul terreno dei massimi principi" (Giannini-Piras, Giurisdizione amministrativa (voce), in Enc. dir., XIX, 1970, 251) tra gli assertori della concezione c.d. oggettiva della giurisdizione amministrativa ed i sostenitori di quella c.d. soggettiva: gli uni, difensori della tradizionale visione impugnatoria del momento processuale; gli altri, sostenitori della più evoluta concezione che identifica nel processo il luogo in cui deve essere operato un più ampio sindacato sul potere esercitato dalla pubblica amministrazione, al fine di porre fine al conflitto di interessi generato in tale sede dalla crisi di cooperazione nei rapporti tra quest'ultima ed il privato. Più precisamente, mentre per i teorici del giudizio sull'atto il processo decisionale amministrativo (scilicet, il procedimento) assume un ruolo irrilevante per il diritto, il termine di attacco giudiziale è individuato nel solo atto amministrativo (unico parametro di riferimento per l'esame dei processi decisionali) ed il giudice assume il ruolo di "mero controllore" della legalità formale (c.d. legittimità-legalità) dell'azione amministrativa, non potendo fare altro che limitarsi a pronunciare una sentenza costitutiva di annullamento del provvedimento impugnato, per gli studiosi che preferiscono risolvere il problema adottando la differente soluzione giudizio sul rapporto, posto che procedimento e processo non vivono come mondi separati, ma coesistono ed assicurano entrambi una piena soddisfazione degli interessi vantanti dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, il momento procedimentale non solo configura lo schema organizzativo su cui si costruisce il rapporto tra il privato e l'amministrazione (sempre meno) domina del procedimento, ma finisce altresì per servire il processo, in quanto, rendendo trasparenti e conoscibili tutte le operazioni che precedono la formazione della decisione amministrativa finale (id est, il provvedimento), assicura al contempo la possibilità di operare un controllo sostanziale delle scelte che dalla pubblica amministrazione sono adottate, di modo che: il termine di attacco giudiziale è identificato nell'azione amministrativa (globalmente intesa) che si svolge nel procedimento; il giudice amministrativo estende la propria cognizione sull'intera attività decisionale (ossia su tutti i momenti che precedono l'emanazione dell'atto finale); la sentenza, dovendo garantire la formazione di un giusto assetto degli interessi coinvolti, non può limitarsi a disporre l'annullamento dell'atto, ma deve, nei limiti della domanda fatta valere in giudizio, accertare altresì l'obbligo che incombe sulla pubblica amministrazione di comportarsi in un determinato senso, vuoi con una statuizione contenente un c.d. accertamento costitutivo, vuoi con una pronuncia di condanna ad un facere specifico.

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

[2] Nella tradizionale costruzione del giudizio sul rapporto, la relazione tra procedimento amministrativo e processo è impostata sul modello della c.d. integrazione: se, da un lato, il procedimento è concepito come il luogo di formazione della scelta amministrativa che si apre alla piena partecipazione dei cittadini, consentendo a questi ultimi di prendere parte alla decisione amministrativa, sia in chiave "oppositiva", sia collaborando attivamente con l'amministrazione procedente, dall'altro il processo identifica lo strumento predisposto dall'ordinamento al fine di assicurare una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nei casi in cui il loro rapporto con la pubblica amministrazione "entri in crisi".

Sul rapporto tra procedimento e processo, il rinvio è d'obbligo a Nigro, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema generale di una legge generale sul procedimento amministrativo), in Riv. dir. proc., 1980, 252 ss. In proposito,

cfr. anche Caianiello, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, in Dir. proc. amm., 1993, 241 ss.; Sala, Procedimento e processo nella nuova legge n. 241, in Dir. proc. amm., 2006, 572 ss.

[3] Così, di recente cfr. Garofoli, La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere, in www.giustamm.it. In senso conforme, cfr. Police, Amministrazione di risultati e processo amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, Torino, 2004, secondo cui “il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità, non si limita (o non si dovrebbe più limitare) al sindacato di un singolo atto, ma dovrebbe investire l’attività complessiva dell’Amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi” (126).

[4] Per una approfondita ricostruzione della tutela giurisdizionale dinnanzi al giudice amministrativo come forma di protezione “piena”, il rinvio è d’obbligo a Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, cit. In proposito, cfr. anche De Lise, La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo “condiviso” delle magistrature supreme, Relazione al Convegno “Il ruolo del giudice: le Magistrature supreme”, Università degli Studi Roma Tre, 18 e 19 maggio 2007, in www.giustamm.it, secondo cui, effettività e pienezza di tutela costituiscono due valori distinti: mentre l’effettività è sinonimo di satisfattività, la pienezza si identifica con la completezza dei rimedi a protezione del cittadino.

[5] Sul principio di effettività di tutela giurisdizionale, in termini generali, cfr. Piovani, Effettività (principio di), in Enc. dir., XIV, Milano, 1965, 420. Nella teoria del processo amministrativo, cfr. Figorilli, La giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione, Torino, 2002; Romeo, L’effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?, in Dir. proc. amm., 2004, 653 ss.

[6] In altri termini, ferma restando la consapevolezza della necessità di evitare una ingerenza del giudice nella sfera esclusiva dell’amministrazione (quella afferente al merito amministrativo ed alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti, nella prospettiva dell’ottimale perseguimento dell’interesse pubblico), nei diversi casi in cui l’esercizio del potere sia correlato ad attività vincolata o sia tutto al più connotato di discrezionalità tecnica, se da un lato, il giudice amministrativo, al fine di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, potrebbe (rectius, dovrebbe) esercitare i suoi poteri cognitori operando un sindacato “diretto, pieno e sostitutivo” sugli accertamenti e sulle valutazioni preventivamente operate dalla amministrazione resistente, dall’altro, nel decidere sul ricorso questo potrebbe (rectius, dovrebbe) assicurare al ricorrente tutto quello e proprio tutto quello ch’egli ha diritto di conseguire condannando l’amministrazione ad un fare specifico.

Tale potere di condanna, funzionale ad assicurare una tutela piena dell’interesse legittimo, potrebbe essere giustificato ricorrendo a tre differenti costruzioni teoriche, tutte però indirizzate verso la medesima direzione:

a) secondo una prima tesi, sostenuta in dottrina da Clarich, si potrebbe ritenere che, pur in assenza di una specifica disposizione che preveda una azione costruita sul modello della *Verpflichtungsklage* tedesca, dal principio di effettività di tutela discenderebbe come logico corollario quello di “atipicità delle forme di tutela”, di modo che (non solo sembrerebbe ammissibile la possibilità di esperire dinnanzi al giudice amministrativo azioni dichiarative di doveri, ossia azioni di accertamento, ma anche) si potrebbe ipotizzare, almeno nei casi in cui non residui in capo all’amministrazione alcun margine di discrezionalità, la possibilità di ottenere la condanna dell’amministrazione ad un fare specifico attraverso l’esercizio di una vera e propria azione di adempimento;

b) diversamente opinando, qualora la suindicata teoria non si ritenesse convincente, allora la piena soddisfazione della pretesa sostanziale potrebbe essere conseguita costruendo l’azione di adempimento sull’istituto della reintegrazione in forma specifica che, in questo caso, verrebbe collocata al di fuori del paradigma risarcitorio, identificando uno strumento aggiuntivo alla tutela di annullamento attraverso cui ottenere la condanna dell’amministrazione al compimento di

determinate attività (in questo senso, cfr. Trimarchi Banfi, Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi, Torino, 2000);

c) infine, nel caso in cui nessuna delle tre tesi che precedono dovesse essere ritenuta fondata, allora la condanna ad un facere specifico potrebbe essere ottenuta ottenendo il risarcimento del danno subito con la reintegrazione in forma specifica, subordinando tuttavia, la soddisfazione della pretesa azionata in giudizio ai più stringenti requisiti di cui agli artt. 2043-2058 c.c. (tale tesi in dottrina è stata sostenuta, con soluzioni però parzialmente difformi, da Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, vol. II, cit., 2001 e da Masera, Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo, Padova, 2006).

[7] Posto che l'atto amministrativo identifica il momento conclusivo dell'esercizio di un potere che dopo l'annullamento giurisdizionale potrebbe (e/o dovrebbe) essere nuovamente esercitato, è allora evidente che "la misura dell'annullamento – per quanto efficace possa apparire – non è in alcun caso sufficiente a garantire la soddisfazione dell'esigenza di tutela fatta valere con l'azione" (Giannini-Piras, Giurisdizione amministrativa (voce), cit., 254-255), in quanto, da un lato, qualora siano azionati interessi legittimi "pretesivi", l'annullamento pronunciato dal giudice costituisce solo il punto di partenza che pone le premesse per la successiva riedizione del potere, unico mezzo da cui il privato potrebbe "sperare" di conseguire la piena soddisfazione della propria pretesa sostanziale; dall'altro, nel caso in cui si facciano valere interessi legittimi "oppositivi", nulla esclude che la pubblica amministrazione dopo l'eliminazione dell'atto possa emanare un successivo provvedimento che incida per una seconda volta in senso negativo sulla posizione di vantaggio dedotta in giudizio dal ricorrente. Per osservazioni analoghe, cfr. Police, Annullabilità e annullamento, cit., 70.

[8] Così Romano, Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito, in Foro it., 1985, I, 2491 ss.

[9] Sul ruolo assunto dalla giurisprudenza nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, il rinvio è d'obbligo a Giannini, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc. 1962, 522 ss.

[10] Per un maggior approfondimento, cfr. § 2.1 ss.

[11] Sul punto, ancora attuali si presentano le osservazioni di Nigro, Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata, in La riforma del processo amministrativo, Milano, 1980, 177 ss.

[12] Così, Satta, Brevi note sul giudicato amministrativo, in Dir. proc. amm., 2007, 324. In senso conforme, cfr. Romeo, Effettività della giustizia amministrativa: mito o realtà?, cit., secondo cui con l'emanazione della legge n. 205/2000 il Legislatore ha operato "una saldatura tra amministrazione e giustizia amministrativa" (687).

[13] Nella fase cautelare, infatti, il giudice non si limita ad un sommario sindacato della mera legittimità "estrinseca" dell'atto impugnato, ma "entra [integrandosi]...nell'amministrazione attiva" (così, Satta, cit., 324), operando una piena valutazione degli interessi sostanziali in conflitto al fine di assicurarne una provvisoria definizione, il tutto in un momento anteriore rispetto a quello in cui verrà successivamente definita la controversia nel merito.

[14] Per un approfondito studio monografico sul "rapporto amministrativo", cfr. Protto, Il rapporto amministrativo, Milano, 2008.

[15] Nell'ambito di questo processo un ruolo determinante è stato assunto dalla Corte di Giustizia, la quale, nelle molteplici e sempre più frequenti occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi ex art. 234 TCE, non solo ha svolto la funzione di interprete delle disposizioni comunitarie che di volta in volta le sono state sottoposte, ma ha assunto altresì una pluralità di ruoli, sia operando quale garante della conformità delle normative di carattere nazionale al diritto comunitario, tanto da arrivare a suggerire letture comunitariamente orientate della stessa legislazione degli Stati membri, sia assumendo le funzioni di vero e proprio "legislatore occulto", contribuendo grazie all'apporto interpretativo (e talvolta creativo) delle sue pronunzie, all'individuazione di regole e principi in apparenza non direttamente desumibili dalle fonti scritte, ma che, incentivando lo sviluppo del

diritto comunitario, hanno assunto nel tempo un valore generale e vincolante per tutti gli operatori degli Stati appartenenti alla Comunità Europea.

Sul ruolo assunto dalla Corte di Giustizia nello sviluppo del diritto comunitario, in dottrina cfr. Gnes, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1999, 331 ss.; Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, 38-74.

[16] Tra i tanti contributi, sul punto, a titolo esemplificativo si potrebbe rinviare a Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive nazionali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Ue.*, 2001, 41 ss.; Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; Caranta, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; Id., *Nuove questioni sul diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1993, 657; Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Ue.*, 2001, 61 ss.; Gnes, *Verso la comunitarizzazione del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 524 ss.; Greco, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1997, 797 ss.; Morettini, *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 723 ss.; Picozza, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 187 ss.; Id., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003; Protto, *Il risarcimento in forma specifica delle situazioni giuridiche di matrice comunitaria*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Zito – De Carolis (a cura di), Milano, 2003, 39 ss.

[17] L'espressione è ripresa da Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, 46. In senso conforme cfr. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive, diritto interno*, Milano, 2002, secondo cui: "l'intervento del diritto comunitario nel processo si connota per una funzione marcatamente ancillare rispetto all'esigenza di fornire un adeguato livello di tutela alle posizioni giuridiche sostanziali derivanti, anche mediamente dall'efficacia diretta. In altri termini, le ipotesi di disciplina processuale diretta...esprimono ulteriori ed autonome garanzie, sebbene di carattere strumentale, dell'effettività dei diritti che i privati traggono dall'efficacia diretta" (345-346). Sembra accogliere questa impostazione anche Romeo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, cit., laddove rileva che "è proprio mediante il processo che si realizza l'effetto utile della norma comunitaria dotata di efficacia diretta" (671).

[18] Sul punto, cfr. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005; Protto, *Il risarcimento in forma specifica delle situazioni giuridiche di matrice comunitaria*, cit., 39 ss.

[19] Così, Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., 119-120.

[20] Su questo punto, viene in rilievo la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 luglio 2007, C-503/04, Commissione c. Repubblica Federale di Germania, in <http://curia.europa.eu>. In tale pronuncia i giudici del Lussemburgo hanno evidenziato come nell'ordinamento comunitario vi sia una netta scissione tra il piano della tutela esclusivamente oggettiva e quello della protezione delle situazioni giuridiche subiettive di carattere sopranazionale. Nello specifico, chiamata a decidere su un ricorso per inadempimento ex art. 228 TCE, con la sentenza sopraccitata la Corte di Giustizia ha rilevato che, se da un lato la direttiva ricorsi è finalizzata ad assicurare la tutela individuale nei confronti delle decisioni di aggiudicazione illegittime degli Stati membri, dall'altro, l'istituto di cui all'art. 228 TCE opera su un piano distinto, essendo esclusivamente rivolto alla salvaguardia del c.d. effet utile, onde assicurare che in caso di trasgressione del diritto comunitario uno Stato membro adotti tutti i provvedimenti atti ad eliminare tale violazione.

[21] In giurisprudenza, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 maggio 1986, C-222/84, Johnston, punti 18 e 19, in <http://curia.europa.eu>; Id., 15 ottobre 1987, C-222/86, Heylens e a., punto 14, ivi; Id., 27 novembre 2001, C-424/99, Commissione c. Austria, punto 45, ivi; Id., 25 luglio

2002, C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio, punto 39, *ivi*; Id., 19 giugno 2003, C-467/01, Eribrand, punto 61, *ivi*.

[22] A titolo esemplificativo, si veda Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 luglio 1990, C-217/88, Commissione c. Repubblica Federale Tedesca, in Racc. 1990, I-2879 ss. secondo cui, uno Stato membro non può eccipire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno che, sebbene preordinate a garantire una maggiore effettività di tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai singoli, potrebbero determinare l'inosservanza degli obblighi impostigli dal diritto comunitario.

Per brevi osservazioni su tale sentenza, si veda, De Pretis, La tutela giurisdizionale amministrativa in europa fra integrazione e diversità, *cit.*, secondo cui quando “l’effettività del diritto comunitario impone soluzioni meno garantistiche di quelle operanti a livello nazionale, la Corte non sembra esitare a far prevalere l’effetto utile e a determinare con ciò, se del caso, un abbassamento del livello nazionale di tutela o comunque il mantenimento della tutela differenziata di livello più basso” (30).

Sul punto si potrebbe ulteriormente rinviare anche alla già citata Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 luglio 2007, C-503/04, Commissione c. Repubblica Federale di Germania, nella quale si afferma a chiare lettere che l’effettività di tutela non può ridurre la portata delle fonti del diritto comunitario.

[23] A tale riguardo, è doveroso ricordare che, secondo l’insegnamento di giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali, in conformità del principio di collaborazione enunciato dall’art. 10 TCE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario (in tal senso, *ex multis*, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 16 dicembre 1976, C-33/76, Rewe, punto 5; Id., C-45/76, Comet, punto 12; Id., 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, punti 21 e 22; Id., 19 giugno 1990, C-213/89, Factortame e a., punto 19; Id., 14 dicembre 1995, C-312/93, Peterbroeck, , punto 12).

[24] “In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario... A tale riguardo, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)” (così, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Unibet, *cit.*, punti 39-43).

In senso conforme, cfr. sentenze 16 dicembre 1976, C-33/76, Rewe, punto 5; Id., C-45/76, Comet, punti 13-16; 14 dicembre 1995, C-312/93, Peterbroeck, punto 12; Id., 20 settembre 2001, C-453/99, Courage e Crehan, punto 29; Id., 11 settembre 2003, causa C-13/01, Safalero, punto 49.

[25] Sul tema, il rinvio è d’obbligo a Bartolini, Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo, *cit.*, secondo cui “la Corte, rispetto alla situazione soggettiva comunitaria, segue, pertanto, un approccio sostanziale, in quanto l’ordinamento europeo non si preoccupa del relativo problema qualificatorio (di ordine interno), occupandosi, invece, dei rimedi e dei livelli di tutela da accordare alla medesima. Quest’ottica sostanziale comporta una standardizzazione ed unificazione dei contenuti e delle forme di garanzia...Gli ordinamenti nazionali sono, poi, liberi di arricchire questo standard...Se viceversa, risulti che la situazione soggettiva interna sia sotto la soglia di tolleranza comunitaria...in questo caso si dovrà procedere ad applicare in via diretta il contenuto della tutela sostanziale proprio della situazione comunitaria coinvolta” (235-236).

[26] Con l’espressione “processo amministrativo europeo” la dottrina si riferisce sia al processo amministrativo che si svolge (ai sensi degli artt. 230, 232, 235, 236 TCE) davanti alle “giurisdizioni amministrative comunitarie”, sia al processo che si svolge di fronte ai giudici nazionali nel quale trova applicazione il diritto comunitario (in senso conforme, cfr. De Pretis, Tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo, Riv. trim. dir. pubb., 2002).

[27] Sul ruolo del giudice amministrativo come organismo giudicante che opera al tempo stesso come giudice nazionale e come giudice europeo, cfr. De Pretis, Tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo, cit.

[28] In senso conforme cfr. Morbidelli, La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario, cit., secondo cui quando la Corte di Giustizia (ed il Tribunale di Primo Grado) opera in qualità di giudici amministrativi delle istituzioni comunitarie “predica bene, ma razzola, se non male, così così, in quanto non è con sé stessa altrettanto severa come lo è con gli Stati nel pretendere il massimo di protezione verso gli atti delle istituzioni comunitarie” (52).

[29] Di segno contrario è l'opinione di Villata, Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa, in Dir. proc. amm., 2006, 848 ss.

[30] Per una descrizione del processo che si svolge dinnanzi alle Corti comunitarie, su tutti cfr. Biavati, Diritto processuale dell'unione europea, Milano, 2005; Falcon, La tutela giurisdizionale, in Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, 2007, 697 ss.

[31] Nelle occasioni in cui la Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo Grado esercitano la judicial review of administrative action, le misure provvisorie sono rilasciate nel rispetto dei seguenti criteri:

a) necessità di una previa proposizione del ricorso di merito (cfr. art. 242 TCE; art. 83, par. 1, reg. proc. Corte; art. 104, par. 1, reg. proc. Trib. In dottrina, cfr Biavati, cit., 292);

b) assenza di irricevibilità manifesta del ricorso principale di merito (ex multis, cfr. Tribunale di Primo Grado, ord. 17 gennaio 2001, T 342/00 R, Petrolessence e SG2R/Commissione, in Racc. 2001, II 67; Id., ord. 19 dicembre 2001, T 195/01 R e T 207/01 R, Government of Gibraltar/Commissione, Racc. 2001 II 3915; Id., ord. 7 luglio 2004, T 37/04 R, Região autónoma dos Açores/Consiglio, in Racc. 2004, II 2153; Id, ord. 4 dicembre 2007, T 326/07 R, Cheminova A/S e a./Commissione, in <http://curia.europa.eu>);

c) forte affermazione del carattere di provvisorietà della tutela cautelare e riconoscimento del principio di separazione delle competenze (rectius, dei poteri) delle istituzioni, da cui discende l'esclusione della possibilità di concedere provvedimenti provvisori “sostitutivi” (ex multis, cfr. Tribunale di Primo Grado, ord. 2 ottobre 1997, T-213/97 R, Eurocoton e a./Consiglio, in Racc., 1997, II-1609; Id., ord. 11 luglio 2002, T-107/01 R, Sacilor Lormines/Commissione, in Racc., II-3193; Id., ord. 18 marzo 2008, T-411/07, Aer Lingus, in <http://curia.europa.eu>);

d) inderogabilità del diritto di difesa della parte resistente (ex multis, cfr. Tribunale di Primo Grado, ord. 7 maggio 2002, T-306/01 R, Aden e a./Consiglio e Commissione, in Racc. II-2387; Id., ord. 25 giugno 2003, T-175/03 R, Schmitt/AER, in Racc. 2003, I-A-175 e II-883; Id., ord. 23 maggio 2005, T-85/05 R, Dimos Ano Liosion e a./Commissione, in Racc. 2005, II-1721);

e) inammissibilità di domande di sospensione contro provvedimenti negativi “puri” (ex multis, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ord. 31 luglio 1989, C-206/89, S/Commissione, in Racc., 1989, 2841; Id., ord. 30 aprile 1997, C-89/97 P(R), Moccia Irme/Commissione, in Racc., 1997, I-2327; Id., ord. 21 febbraio 2002, C-486/01 P(R) e C-488/01 P(R), Front national e Martinez/Parlamento, in Racc., 2002, I-1843; Tribunale di Primo Grado, ord. 16 gennaio 2004, T-369/03 R, Arizona Chemical e a./ Commissione, in Racc., 2004, II-205; Id., ord. 15 novembre 2007, C-215/07, Donnici/Parlamento, in <http://curia.europa.eu>);

f) valutazione in termini particolarmente rigorosi del requisito del periculum in mora, da cui consegue l'esclusione della possibilità di concedere misure cautelari per fronteggiare pregiudizi di natura economica che potrebbero identificarsi, a titolo esemplificativo, in eventuali danni pecuniari, curriculari o derivanti da perdita di quote di mercato (ex multis, cfr. Tribunale di Primo Grado, ord. 3 dicembre 2002, T-181/02 R, Neue Erba Lautex/Commissione, in Racc., 2002, II-5081; Id., 20 luglio 2000, T-169/00 R, Esedra/Commissione, in Racc., II-2951; Id., 27 luglio 2004, T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commissione, in Racc. , II-27; Id., 10 novembre 2004, T-316/04 R, Wam/Commissione, in Racc., II-3917; Id, ord. 4 dicembre 2007, T 326/07 R, Cheminova A/S e a./Commissione, cit.).

[32] Sul punto, cfr. § 2.2

[33] Adotta un metodo analogo, Andreis, Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo, Milano, 1996, 231.

[34] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 giugno 1990, C-213/89, Factortame e a., in Racc., 1990, I, 2433. La sentenza è stata commentata in più occasioni, tra i contributi più significativi si segnala: Caranta, Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare, in Foro amm., 1991, 1885 ss.; Consolo, L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale, in Dir. proc. amm., 1991, 255 ss.

[35] Secondo l'opinione dottrina prevalente, mentre le misure c.d. conservative non sono idonee ad attribuire l'utilità finale che potrebbe conseguire dall'accoglimento della domanda giudiziale, essendo invece preordinate ad assicurare mere utilità strumentali di per sé sufficienti alla realizzazione di pretese diverse da quelle discendenti dalla favorevole definizione del giudizio di merito, le misure cautelari c.d. anticipatorie identificano quei provvedimenti i cui risultati ed effetti, pur conseguendo ad un iter procedurale notevolmente semplificato rispetto a quello ordinario, coincidono con quelli propri della sentenza di merito pronunciata a seguito del successivo processo a cognizione piena e sono comunque idonei ad assicurare, dettando una disciplina provvisoria della situazione controversa, la medesima utilità finale che potrebbe essere garantita dalla definitiva decisione pronunciata dall'autorità giurisdizionale adita.

Sulla distinzione tra provvedimenti conservativi e provvedimenti anticipatori, cfr. Mandrioli, Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori e interinali, in Riv. dir. proc., 1964, 551 ss.; Frisina, La tutela anticipatoria: profili strutturali e funzionali, ivi, 1986, 364 ss. 366; Tomasseo, Provvedimenti di urgenza (voce), in Enc. dir., XXXVII, 1988, 856 ss.; Sassani-Tiscini, Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile), in Enc. dir., agg. IV, 2002, 872 ss.; Querzola, La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito, Bologna, 2006, 142 ss.; Id., Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio", in 787 ss.; Biavati, Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 563 ss.; Caponi, La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale, in Foro it., V, 2006, 69 ss.; Bove, Evitare il processo ?, in Il giusto processo civile, 2008 74-75.

[36] Avv. Generale Tesauro, conclusioni 17 maggio 1990, Factortame e a., cit., punto 21

[37] Queste, le parole dell'Avvocato Generale Tesauro: "il ricordato rimedio generale alla non contestualità dell'accertamento rispetto a quello dell'esistenza del diritto non sempre riesce a realizzare lo scopo principale della tutela giurisdizionale. Talvolta, infatti, l'accertamento arriva troppo tardi perché il diritto vantato possa essere pienamente e utilmente esercitato: il che tanto più è probabile quanto più articolata e complessa, e in definitiva garantista, sia la procedura finalizzata al definitivo accertamento. La conseguenza è che in tal caso potrebbe venire a mancare, con l'utilità, l'effettività della tutela giurisdizionale; e potrebbe venire tradito il principio, da tempo acquisito alla teoria giuridica generale, secondo cui la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione. Ora, la tutela cautelare ha esattamente questo scopo obiettivo, di fare in modo che il tempo necessario all'accertamento del diritto non finisca per svuotare irreversibilmente di contenuto il diritto stesso vanificandone le possibilità di esercizio: in breve, di realizzare quello scopo fondamentale di ogni ordinamento giuridico che è l'effettività della tutela giurisdizionale. La tutela cautelare mira per quanto possibile ad evitare che il danno provocato dalla non contestualità dell'accertamento rispetto all'esistenza del diritto pregiudichi l'effettività e la funzione stessa dell'accertamento, ciò che è stato puntualmente ribadito anche dalla Corte quando ha collegato la tutela cautelare alla piena efficacia della futura pronuncia definitiva; ovvero alla esigenza di "mantenere la situazione impregiudicata in attesa della soluzione della controversia nel merito" (nostro il corsivo).

[38] Così, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 marzo 2007, C-C-432/05, Unibet, punto 57; Id., 11 gennaio 2001, C-226/99, Siples, punto 19.

[39] Per primissimi commenti sulla nuova direttiva ricorsi, cfr. Bartolini-Fantini, La nuova direttiva ricorsi, in Urb. e app., 2008, in corso di pubblicazione; Greco, La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità

comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, in www.giustamm.it, 1 ss.; Lipari, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: la parola al diritto comunitario, *ivi*.

[40] Art. 2, paragrafo 4, direttiva 2007/66/Ce: "qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso".

[41] Nello specifico, si tratta del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto.

[42] Come è stato rilevato in dottrina (Greco), non è da escludere che la portata del sopraccitato art. 2, paragrafo 4 possa essere idonea a superare il circoscritto ambito (s)oggettivo di applicazione in origine suo proprio (riconducibile alle sole controversie in materia di contratti pubblici in cui venga in rilievo la necessità di assicurare una adeguata protezione alle situazioni giuridiche soggettive di carattere comunitario): in ragione del potenziale effetto di spill-over, infatti, si potrebbe sostenere l'astratta idoneità di tale prescrizione a configurare un fattore di impulso per ulteriori affinamenti del paradigma di tutela cautelare, onde trovare applicazione, non solo a protezione delle situazioni giuridiche soggettive di carattere comunitario che esulano dalla materia degli appalti pubblici, ma anche a garanzia di tutte quelle di carattere puramente interno.

Sul punto, più convincenti appaiono le considerazioni espresse da Bartolini-Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, cit., secondo cui "l'effetto sospensivo automatico derivante dalla proposizione del ricorso ha carattere eccezionale e deve essere limitato all'ipotesi dell'impugnativa della sola decisione di aggiudicazione", in quanto, da un lato, "il diritto comunitario è generalmente contrario a ricollegare alla proposizione dei ricorsi un effetto sospensivo automatico del provvedimento impugnato"; dall'altro, "la direttiva ribadisce il principio che al di fuori dei casi contemplati nella medesima direttiva "le procedure di ricorso non devono avere necessariamente effetti automatici sospensivi sulle procedure di aggiudicazione alle quali si riferiscono"" (nostro il corsivo).

Sul ruolo determinante delle "prime" direttive ricorsi nello sviluppo del diritto processuale interno, cfr. Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., il quale rileva come le direttive 89/665/Ce e 92/13/Ce: "a) hanno dato un contributo decisivo alla risarcibilità degli interessi legittimi nel nostro ordinamento; b) hanno esteso il potere cautelare anche a provvedimenti propulsivi e ordinatori e in genere a provvedimenti atipici, secondo lo schema del 700 c.p.c. ... sino a consentire anche provvedimenti ante causam non previsti dalla legge; c) hanno posto i presupposti per un allargamento della legittimazione a ricorrere...; d) hanno messo in discussione e poi contribuito a superare l'indirizzo giurisprudenziale prevalente nel nostro ordinamento che negava l'interesse a ricorrere a fronte delle scelte della contrattazione... affermando che trattasi di interesse semplice" (36-37).

[43] Riflettendo sulle modalità in cui è stato strutturato il sopraccitato meccanismo, si potrebbe infatti sostenere che con tale specifico istituto il "legislatore comunitario" non si sarebbe limitato affatto ad un "mero" recepimento della consolidata posizione fatta propria dalla granitica giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma avrebbe inteso addirittura svilupparne i relativi contenuti, posto che, prevedendo la temporanea sospensione del provvedimento di aggiudicazione senza la necessità di una apposita pronuncia della competente autorità giurisdizionale, sembrerebbe aver anticipato la rilevanza dei c.d. pericula da tardività ad un momento addirittura antecedente a quello che tradizionalmente è loro proprio, presumendo, in tal modo, che il pregiudizio ai diritti del privato potrebbe verificarsi, non solo nel tempo che precede la definitiva decisione della controversia nel merito, ma anche nelle more della pronuncia giurisdizionale sull'eventuale domanda di provvedimenti cautelari.

[44] Contra, De Carolis, *Atti negativi e misure cautelari*, Milano, 2001, 121, secondo cui l'ordinamento comunitario nulla dice in ordine al profilo della strumentalità.

[45] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Unibet, cit., punto 77.

[46] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 settembre 1996, C-236/95, Commissione c. Repubblica ellenica, in *Racc.*, 1996, I-04459; in *Foro amm.*, 1997, 381 ss, con nota di

Scognamiglio, Ancora un intervento della Corte di Giustizia in tema di tutela cautelare; in Urb. e app., 1998, 212 ss., con osservazioni di Protto, Sui mezzi di tutela cautelare negli appalti pubblici di rilevanza comunitaria.

[47] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 maggio 2003, C-214/00, Commissione c. Regno di Spagna I, in Racc., 2003, I-04667; in Urb. e app., 2003, 885 ss., con nota di Caranta, La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici; in Dir. proc. amm., 2004, 266 ss., con nota di Querzola, La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?).

[48] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ord. 29 aprile 2004, C-202/03, DAC, in Foro amm. -CDS, 2004, 1000; in www.giustamm.it, con nota di Tarullo, La Corte di Giustizia e la tutela cautelare ante causam: un nodo da sciogliere. L'ordinanza è stata annotata anche da Querzola, Colpo d'ariete della Corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 352 ss.

[49] A conferma di ciò si potrebbe richiamare l'ormai consolidato orientamento che si è formato in materia di appalti pubblici, in conformità del quale, nelle controversie aventi ad oggetto gli atti delle procedure di evidenza pubblica i provvedimenti provvisori devono poter essere ottenuti a prescindere da qualsiasi vincolo di carattere temporale rispetto al merito, in quanto, a parere dei giudici del Lussemburgo, la preventiva proposizione del ricorso "principale" costituisce una formalità assolutamente incompatibile con i precetti della direttiva 89/665/Ce e non idonea, pertanto, a rimediare in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Su questo punto, occorre rilevare che tale filone giurisprudenziale, pur se circoscritto ad una fattispecie ben definita, in ragione della vis espansiva che è propria del paradigma comunitario potrebbe rischiare di essere interpretato a maglie larghe dai giudici degli Stati membri, onde trovare applicazione a casi che esulano da quelli inizialmente contemplati nello standard minimo comunitario (in proposito, cfr. § 3.1)

[50] In senso conforme, cfr. Goisis, Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2008, 869; Sandulli, Diritto europeo e processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it

[51] Per simili osservazioni, cfr. Villata, Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa, cit., 856.

[52] Contra, cfr. Lazzara, Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Dir. proc. amm. 2003, 1169 ss., secondo cui nelle pronunzie Commissione c. Repubblica ellenica e Commissione c. Regno di Spagna, piuttosto che fare riferimento alle caratteristiche generalmente proprie dei rimedi cautelari, la Corte di Giustizia sembrerebbe esigere un provvedimento formalmente e sostanzialmente autonomo rispetto al ricorso di merito che abbia l'attitudine a risolvere definitivamente la questione controversa.

[53] Sullo stretto legame tra strumentalità e provvisorietà, in termini generali cfr. Caponi La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2004, 1359 ss., secondo cui, posto che "tra provvisorietà e strumentalità corre in un certo senso un rapporto di genere a specie,...i provvedimenti cautelari, in quanto al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori. La strumentalità costituisce quindi la ragione d'essere della provvisorietà dei provvedimenti cautelari, tanto che si potrebbe parlare anche di una loro provvisorietà strumentale" (1371).

[54] Avvocato Generale Sharpston, conclusioni 30 novembre 2006, Unibet, C 432/05.

[55] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 novembre 1995, C-465/1993, Atlanta, in Racc.1995, I-03761; in Foro amm., 1996, 2543 ss., con nota di Caranta, L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la "comunitarizzazione delle regole processuali nazionali; in Giorn. dir. amm., 1996, 333 ss., annotata da Chiti, Misure cautelari positive ed effettività del diritto comunitario; in Riv. it. dir. pubb. comunit., 1996, 991 ss., con nota di Limberti, Principio di

effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi.

[56] Com'è noto, il principio di atipicità di tutela cautelare, originariamente imposto a garanzia dei diritti pregiudicati da disposizioni (normative o amministrative) nazionali adottate sulla base di una disciplina comunitaria la cui legittimità fosse in contestazione, è stato poi ripreso dalla giurisprudenza degli anni a seguire che lo ha esteso anche alle differenti fattispecie in cui le misure provvisorie sono richieste a tutela di situazioni giuridiche soggettive di carattere sopranazionale pregiudicate dagli effetti di disposizioni interna che presentano profili di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario. Sul punto, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Commissione c. Repubblica ellenica, cit., punto 11; Id., Commissione c. Regno di Spagna, cit., punto 99.

[57] Sebbene non sia questa l'occasione per affrontare la delicata tematica del rapporto tra "diritti comunitari" e situazioni giuridiche soggettive di carattere nazionale, vale la pena richiamare all'attenzione la convincente costruzione teorica elaborata di recente da Bartolini (Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo, cit., 223 ss.), secondo cui, la principale ragione dell'irrelevanza nell'ordinamento comunitario del "problema della discrezionalità" delle autorità amministrative degli Stati membri potrebbe essere rinvenuta nella particolare concezione dei "diritti comunitari" che è propria della Corte di Giustizia. Più precisamente, evidenziando come i giudici del Lussemburgo qualifichino "diritti" quegli specifici interessi tutelati in via diretta dalle norme poste in favore degli individui, nel richiamato contributo l'Autore sostiene che l'ordinamento europeo, disinteressandosi degli aspetti c.d. organizzatori, attribuirebbe in realtà esclusiva rilevanza all'ottica rimediale, precisando che, se è il rimedio (id est, lo standard minimo di tutela imposto a protezione dello specifico diritto comunitario) ad attribuire in capo al singolo la relativa situazione giuridica soggettiva, allora l'applicazione in via diretta delle condizioni di tutela di origine sopranazionale non potrebbe che condurre il giudice amministrativo dello Stato membro (chiamato a proteggere i diritti comunitari) ad abbandonare i criteri tradizionali di qualificazione delle situazioni soggettive di esclusiva tradizione interna: se "per il diritto comunitario la situazione soggettiva, per essere tale, prescinde da un apprezzamento e da giudizi di valore in termini di (prevalenza dell')interesse pubblico", allora quest'ultima, essendo correlata ad obblighi puntuali, non può dialogare con il potere, ma è invece assimilabile ad un a vero e proprio "diritto di credito" che i giudici degli Stati membri devono tutelare quanto meno con l'applicazione degli standard minimi di tutela imposti in ambito sopranazionale, senza incontrare limiti di sorta e, pertanto, senza venirsi a scontrare con il muro invalicabile del "potere discrezionale", tradizionalmente opposto, dalla giurisprudenza nazionale, quale limite insuperabile al fine di circoscriverne i relativi poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo.

[58] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89, Zuckerfabrik, in Racc., 1991, I, 415., punti 26 e 27; Id., Atlanta, cit. punto 39; Id., 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, ABNA e a., in <http://eur-lex.europa.eu/>, punto 104; Id., Unibet, cit., punto 79.

[59] Sul punto, di recente, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 gennaio 2006, C-344/04, International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association, in <http://eur-lex.europa.eu/>, punto 27, in cui i giudici del Lussemburgo hanno affermato che l'esigenza di uniformità di applicazione del diritto comunitario "è particolarmente imperiosa quando sia in discussione la validità di un atto comunitario. Divergenze fra i giudici degli Stati membri circa la validità degli atti comunitari potrebbero compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto".

[60] In dottrina, cfr. Rodriguez Iglesias, Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario, in Riv. it. dir. pubb. comunit., 2001, 5 ss., secondo cui, se da un lato "l'autonomia degli Stati membri deve essere assunta come generale ed include sia la potestà organizzativa sia le norme nazionali in tema di giurisdizione", dall'altro,

“soltanto quando è lo stesso ordinamento comunitario a stabilire norme procedurali e processuali inderogabili gli Organi degli Stati membri sono tenuti a prestarvi osservanza” (6).

[61] Secondo giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché siano rispettati, da un lato il c.d. principio di equivalenza, dall'altro quello di effettività. Ex multis, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 24 aprile 2008, C-55/06, Arcor AG & Co. KG, in <http://eur-lex.europa.eu/>, punto 166; Id., 12 febbraio 2008, C-2/06, Kempster, ivi, punto 57; Id., 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, Van der Weerd e a., ivi, punto 28; Id., 17 giugno 2004, causa C-30/02, Recheio – Cash & Carry, ivi, punto 17.

[62] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 aprile 2003, C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH, in <http://eur-lex.europa.eu/>

Sebbene tale pronuncia sia il frutto di una questione scaturita sulla base di un rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE avente ad oggetto l'art. 2, n. 4 della direttiva 89/665/CEE, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria che regoli le procedure per la concessione dei provvedimenti cautelari finalizzati ad assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive di origine sopranazionale dinnanzi ai giudici degli Stati membri, non appare peregrino generalizzare le conclusioni cui è pervenuta in tale occasione la Corte di Giustizia, specie se si considera che il principio di autonomia procedurale è stato di recente confermato (rectius, generalizzato), anche in materia cautelare, dalla più volte citata sentenza Unibet.

[63] Nella fase cautelare la Corte di Giustizia impone pertanto di esercitare una cognizione sommaria perché superficiale: l'attività conoscitiva del giudice non si deve realizzare in quelle che sono le forme e le modalità garantite dal processo a cognizione piena, ma si deve esplicitare attraverso una trattazione superficiale o incompleta delle questioni di fatto e di diritto dedotte in giudizio.

Sulla cognizione sommaria, in termini generali, su tutti si veda Proto Pisani, Tutela sommaria, in Foro it., 2007, V, 241 ss. Per osservazioni analoghe, cfr. Menchini, Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate, in Dir. proc. amm., 1999, 935-936.

[64] In senso conforme, cfr. Bartolini-Fantini, La nuova direttiva ricorsi, cit.; Greco, La direttiva 2007/66 Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, cit., 36.

[65] Affrontando la tematica dell'impugnabilità degli atti amministrativi, dopo aver affermato che l'esigenza di un sindacato giurisdizionale su qualsiasi decisione delle autorità amministrative nazionali costituisce un principio generale del diritto comunitario discendente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, in Racc., 1986, 1651, punto 18; Id., 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, in Racc., 1987, 4097, punto 14), la Corte del Lussemburgo ha sancito l'obbligo per gli Stati membri di superare la regola dell'inammissibilità dell'impugnazione di quelli endoprocedimentali, imponendo l'estensione del sindacato giurisdizionale sulla legittimità di tutti gli atti decisori emanati nello svolgimento del rapporto amministrativo.

Tra le sentenze più significative, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 dicembre 1002, C-97/91, Oleificio Borelli, in <http://eur-lex.europa.eu/>; Id., 28 ottobre 1999, C-81/98, Alcatel Austria AG e a., in Racc. 1999, I-07671; Id., 12 febbraio 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, in Racc., 2004, I-01829.

[66] Sul punto, cfr. Giustizia delle Comunità Europee, 9 novembre 1995, C-465/93, Atlanta, in Racc., 1995, I-3761, punto 38.

[67] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 4 dicembre 2003, C-448/01, EVN, in Racc., 2003, I-14527.

[68] Sul potere di autotutela decisoria, in giurisprudenza, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3/57, C-7/57, Algera Dineke e a. c. Alta Autorità,

in Racc., 1957, 81 ss.; Id., 20 marzo 1997, C-24/95, Land Rheinald-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH, in Racc., 1997, I-1591 ss.; Id., 4 dicembre 2003, C-448/01, EVN, in Racc., 2003, I-14527; Id., 7 gennaio 2004, C-201/02, Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions, in Racc., 2004, I-00723 ss.; Id., 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren, in Racc., 2004, I-00837; Id., 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany GmbH (C-392/04) e Arcor AG & Co. KG (C-422/04) c. Bundesrepublik Deutschland, in Racc., 2006, I-08559; Id., 12 febbraio 2008, C-2/06, Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas, in <http://eur-lex.europa.eu/>.

In dottrina, cfr. D. U. Galetta, Autotutela decisoria e diritto comunitario, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità*, Falcon (a cura di), Padova, 2005, 39 ss.; Mattarella, Autotutela amministrativa e principio di legalità, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2007, 1223 ss.; Saltari, La legalità comunitaria prevale sulla certezza nazionale del diritto, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 477 ss.; Chiti, Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 477 ss.

[69] In senso conforme, cfr. D. U. Galetta, Autotutela decisoria e diritto comunitario, cit., 59. Contra, Mattarella, secondo cui, il diritto europeo non impone né il ritiro degli atti ad esso contrari, né di avviare un procedimento per il riesame di essi (Autotutela amministrativa e principio di legalità, cit., 1256).

[70] In tal senso, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 giugno 1990, causa C-8/88, Germania C. Commissione, in Racc., I-2321, punto 13; Id., 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz, punto 20; Id., 12 febbraio 2008, C-2/06, Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas, cit., punto 34

[71] Sul punto, ex multis, cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 16 dicembre 1960, causa 6/60, Humblet, in Racc., 1960, 1095 ss.; Id., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a., in Racc. pag. I-5357.

[72] In dottrina è diffusa l'opinione secondo cui, in presenza di violazioni del diritto comunitario, la Corte di Giustizia non imporrebbe alle pubbliche amministrazioni degli Stati membri l'obbligo di eliminare gli atti amministrativi comunitariamente invalidi: leggendo con attenzione la sentenza Kühne & Heitz, infatti, posto che "l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare... [al fine di] stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione", è stato infatti rilevato che i giudici del Lussemburgo sembrerebbero limitarsi ad imporre alle competenti autorità amministrative il "mero" obbligo di riesaminare gli atti adottati in violazione del diritto comunitario (in senso conforme, cfr. D. U. Galetta, Autotutela decisoria e diritto comunitario, cit., 55).

[73] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 17 luglio 2008, C-347/06, ASM Brescia SpA, in ; Id., 12 febbraio 2008, C-2/06, Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas, cit. punto 37.

[74] In termini analoghi, cfr. Cacciavillani, Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari, cit., 176.

[75] Sul punto, cfr. Saitta, L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà, cit.; Raimondi, Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di temperanza, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss.

[76] Com'è noto, nel processo amministrativo la tutela cautelare era stata in origine concepita dal legislatore come un mero incidente processuale che poteva ricorrere all'interno di un giudizio di pura demolizione giuridica avente ad oggetto provvedimenti amministrativi lesivi di preesistenti posizioni di vantaggio dei privati. Secondo il modello tradizionale, infatti, nel corso del giudizio amministrativo l'unica misura cautelare che il giudice adito avrebbe potuto concedere era identificata nella c.d. sospensiva, provvedimento che, incidendo sugli effetti sostanziali di tipo innovativo discendenti dall'esecuzione dell'atto impugnato, era idoneo a proteggere il ricorrente dalla modifica della realtà materiale potenzialmente lesiva dell'interesse legittimo oppositivo da

quest'ultimo azionato in giudizio. Diversamente, gli atti non produttivi di effetti innovativi ed, in quanto tali, eventualmente lesivi degli interessi legittimi pretesi, non modificando la realtà, non potevano essere oggetto di tutela cautelare, posto che la mera sospensione del provvedimento impugnato non sarebbe stata in alcun modo idonea ad assicurare una benché minima protezione all'interesse del privato: se la sospensione riguardava l'operatività degli atti, era chiaro che non v'era nulla da sospendere dove nulla l'atto era in grado di operare. Le cose iniziarono però a cambiare a partire dalla seconda metà degli anni sessanta, da quando la giurisprudenza del Consiglio di Stato principiò a mutare orientamento e, aprendo le porte alla sospensibilità degli atti negativi c.d. puri (atti negativi di controllo, atti di non ammissione agli esami di maturità, provvedimenti di esclusione dalle gare di appalto ecc.), pose le basi per l'evoluzione successiva, dapprima, cristallizzata in talune pronunzie dell'Adunanza Plenaria e della Corte Costituzionale, in seguito recepita dal moderno legislatore con la riforma della legge sul processo amministrativo.

Per una approfondita descrizione del processo evolutivo che è stato compiuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, cfr. Follieri, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss. Dello stesso autore, cfr. *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, Scoca (a cura di), Torino, 2006, 278 ss.

[77] Per quel che a noi interessa, il percorso seguito dalla giurisprudenza nazionale si potrebbe riassumere nelle seguenti tappe:

- con sentenze 19 dicembre 1974, n. 284 e 1 febbraio 1982, n. 8, la Corte Costituzionale pose in luce il carattere essenziale della tutela cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il giudizio amministrativo di merito. Nello specifico, in tali occasioni la Consulta, oltre a dichiarare costituzionalmente illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato, definì tale istituto processuale come un elemento connaturale del processo amministrativo in quanto idoneo a realizzare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale della giurisdizione, permettendo a quest'ultimo di intervenire re adhuc integra, essendo suscettibile di incidere in maniera decisiva sulle conseguenze delle pronunce di merito e, quindi, anche se indirettamente, sulla tutela sostanziale delle parti e sugli interessi che entrano nel processo amministrativo;

- con decisione 30 aprile 1982, n. 6, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato precisò che, allorquando l'ordinanza di sospensione non fosse stata di per sé sufficiente a garantire l'effettività della tutela dell'interesse fatto valere dal ricorrente ovvero l'amministrazione ne avesse rifiutato o eluso l'esecuzione, l'interessato ben avrebbe potuto adire nuovamente il giudice chiedendo l'emanazione dei provvedimenti ritenuti idonei e consentiti dal sistema per assicurare la sospensione dell'esecuzione, in quanto, "anche in materia cautelare i poteri devono...realizzare la piena tutela dell'interesse dedotto nel giudizio" (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 1982, n. 6, in *Foro it.*, 1982, III, 229, con nota di Saporito. La decisione è stata annotata altresì da Follieri, *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1982, I, 629 ss.);

- con decisioni 8 ottobre 1982, n. 17 e 2 giugno 1983, n. 14, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa confermò l'orientamento favorevole ad ammettere la sospensione dei provvedimenti negativi, rilevando che l'interesse al ricorso non si concentra unicamente nel risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include fra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che l'amministrazione è tenuta a svolgere e dalle quali potrebbe derivare soddisfacimento per l'interesse sostanziale (Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 1982, n. 17, in *Cons. St.*, 1982, I, 1197; Id., 1 giugno 1983, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 391 ss., con nota di Fantigrossi, *Giudizio cautelare amministrativo: si ampliano i poteri del giudice*);

- con decisione 5 settembre 1984, n. 17, l'Adunanza Plenaria rilevò che "il principio di effettività di tutela giurisdizionale postula la piena coincidenza di contenuti ed ambiti di efficacia, tra provvedimenti attuativi dell'ordinanza cautelare e provvedimenti adottabili dal giudice in sede esecutiva del giudicato di annullamento" (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5 settembre 1984, n. 17, in *Foro it.*, 1985, III, 51);

- con sentenza 29 giugno 1985, n. 190 la Corte costituzionale, affrontando in termini generali la vexata quaestio della tutela cautelare nel processo amministrativo, affermò che la tutela cautelare c.d. atipica costituisce una espressione di direttiva di razionalità tutelata nel processo amministrativo dagli artt. 3 e 113 Cost., attuando il principio chiovendiano secondo cui la durata del processo non deve andare a danno del ricorrente che ha ragione, precisando che “quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice [amministrativo] il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito” (Corte cost., 29 giugno 1985, n. 190, in Foro it., 1985, I, 1880 ss., con nota di Proto Pisani. Per alcuni significativi commenti, cfr. Romano, Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito, cit.; Nigro, L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo, in Giur. it., 1985, I, 1297 ss.).

- con sentenza 16 luglio 1996, n. 249, la Corte costituzionale, dopo aver precisato che, con riferimento particolare alla giurisdizione amministrativa, già da tempo fosse stato messo in luce il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito, per la prima volta rilevò come tali assunti fossero altresì rispettosi delle disposizioni sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, dal momento che la direttiva 89/665 Ce faceva “carico agli Stati membri di disciplinare i ricorsi in questione attribuendo alle relative autorità il potere 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””;

[78] Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 1 marzo, 2000, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it

Tale decisione è stata commentata da: Caruso, Per rimborsare i crediti pecuniari del farmacista non serve ricorrere a istituti del processo civile, in Guida al diritto, 29 aprile 2000, 115 ss.; Fracchia, Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo, in Foro it., 2000, III, 368; Protto, La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la P.A.: tra tutela cautelare e tutela sommaria. Nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. - ordinanza 30 marzo 2000 n. 1, in www.giustamm.it; Tarullo, I poteri cautelari del giudice amministrativo ridisegnati dal Consiglio di Stato: osservazioni a prima lettura sull'Adunanza Plenaria n. 1 del 30 marzo 2000, in Riv. amm., 2000, 117 ss.

Questa pronuncia suscita un particolare interesse in quanto in tale occasione il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, oltre a richiamare i principi provenienti dalla tradizione interna che erano già stati sanciti nell'evoluzione giurisprudenziale che precede, ha palesato una evidente apertura alle istanze emergenti in ambito sopranazionale: cogliendo l'occasione per affrontare in termini generali la vexata quaestio dei poteri spettanti al giudice amministrativo in sede cautelare, l'Adunanza Plenaria ha sviluppato il principio di effettività/adequatezza della tutela, facendo applicazione sia del criterio di interpretazione *secundum constitutionem*, sia di quello della *konforme auslegung* al diritto comunitario (per osservazioni analoghe, cfr. Protto, La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la P.A., cit.). E così, affermando che “a tutela degli interessi legittimi anche pretesivi, il giudice amministrativo può emanare una pronuncia cautelare che ecceda la mera sospensione degli effetti dell'atto impugnato”, da un lato questo pronunciamento ha ribadito la già nota connessione tra il principio di atipicità (della tutela cautelare) e quello superiore dell'effettività di tutela discendente dagli artt. 24, 103 e 113 della Carta costituzionale, sulla scorta del criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione; dall'altro, attribuendo un decisivo rilievo alle statuizioni contenute nelle già citate sentenze *Factortame*, *Zuckerfabrik*, *Atlanta* e *Commissione c. Repubblica Ellenica*, l'ordinanza de qua ha riconosciuto come il paradigma cautelare costruito in via pretoria *extra legem* abbia trovato conferme nella giurisprudenza comunitaria, precisando che “anche per i diritti e gli interessi legittimi direttamente rilevanti per l'ordinamento comunitario,...il giudice amministrativo deve emanare ogni idonea pronuncia cautelare a tutela della posizione fatta

valere dal ricorrente sulla base degli standard” che sono propri del sistema di tutela cautelare imposto agli Stati membri dalla Corte del Lussemburgo.

[79] Oltre alla decisione dell’Adunanza Plenaria 8 ottobre 1982, n. 17, ex multis, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 giugno 1979, n. 150; Tar Lombardia, Milano, 4 luglio 1978, n. 603; Tar Veneto, 29 giugno 1979, n. 232.

[80] A titolo esemplificativo, cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 6 dicembre 1988, n. 575, in Sospensive, 1988, 1050, con cui il tribunale amministrativo lombardo, chiamato a pronunciarsi su un ricorso avverso un parere negativo vincolante emesso dall’amministrazione comunale in ordine al progetto di ampliamento di un albergo, ordinò in via cautelare alla Regione Lombardia di riesaminare il progetto.

[81] Ad es., cfr. Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, ord. 19 giugno 1987, n. 286, in Sospensive, 1987, 362, con cui i giudici siciliani, chiamati a pronunciarsi su un diniego di concessione edilizia, ordinarono all’amministrazione comunale di rilasciarla.

[82] In senso conforme, cfr. Cacciavillani, Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari, cit., 176; Cintioli, Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo, in Urb. e app., 2001, 248 ss.; De Carolis, Tutela cautelare e atti negativi, in La tutela cautelare nel processo amministrativo, Rossi Sanchini (a cura di), Milano, 2006, 119; Saitta, L’atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà, cit., 223.

[83] Sui limiti derivanti dall’estensione in via pretoria del quadro normativo previgente, Pototschnig (La tutela cautelare, in Processo amministrativo: quadro problematico e linee evolutive, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione – Varenna, 19-21 settembre 1985, Milano, 1988) aveva osservato che in assenza di chiare disposizioni sul punto, lo sforzo della giurisprudenza avrebbe inevitabilmente continuato a subire una pesante ipoteca rischiando di approdare a risultati non omogenei (195).

[84] Sull’art. 23-bis, cfr. Bartolini, Il rito speciale per i settori sensibili, in Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000, Sassani-Villata (a cura di), Torino, 2004, 251 ss.; Lipari, Il processo speciale accelerato, Milano, 2003; Travi, I termini del processo amministrativo e i riti speciali, in www.giustizia-amministrativa.it; Vaiano, Il rito accelerato, in www.giustamm.it.

[85] Sul punto, cfr. Scognamiglio, La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti, in Dir. proc. amm., 2007, 122 ss.

[86] Nell’esigenza di assicurare una tutela rapida ed effettiva, con la legge n. 205/2000 la tutela cautelare ha finito per assumere l’ulteriore ruolo di strumento idoneo ad abbreviare e/o ad accelerare la vicenda processuale, identificando un vero e proprio centro di gravità del giudizio amministrativo con funzione polivalente (in senso conforme, cfr. Raimondi, Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza, cit., 615): da un lato, attribuendo alla tutela cautelare la natura di strumento con cui accedere alla definitiva soluzione della controversia mediante sentenza succintamente motivata, il legislatore ha trasformato tale istituto in un meccanismo processuale preordinato anche ad abbreviare il tempo del processo, onde assicurare una tempestiva definizione della relativa questione nel merito con l’eventuale conversione del rito ordinario in un giudizio immediato a cognizione piena (artt 21-26 legge Tar); dall’altro, nell’ottica di evitare le nefaste conseguenze che potrebbero discendere dall’instabilità connaturata all’eccessiva durata dell’ordinario giudizio a cognizione piena, in particolari materie ritenute di speciale rilevanza socio-economica, è stato previsto che con l’ordinanza cautelare il giudice adito possa convertire il rito ordinario in rito accelerato (art. 23-bis legge Tar).

[87] In tal senso, Villata, Osservazioni in tema di incidenza dell’ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa, cit., 851.

[88] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ordinanza 29 aprile 2004, n. 202, C-202/03, DAC, cit.

[89] Tra gli autori che aderiscono a tale posizione, cfr. Cerulli Irelli, Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2008, 453; Tarullo, Il giusto processo amministrativo, cit.; Id., La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti, cit.

[90] In dottrina, cfr. Barbieri, Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela ante causam, cit.; Chiti, La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?, in Giorn. dir. amm., 2003, 897 ss; Id., La tutela cautelare ante causam e la progressiva uniformazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche, in Le nuove frontiere del giudice amministrativo, tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva, Sandulli (a cura di), Milano, 2005, 57 ss.; Paolantonio, Note sulla c.d. tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, 331 ss.; Villata, Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa, cit. Gli autori contrari alla generalizzazione della tutela cautelare ante causam, fondano la loro posizione sulle seguenti argomentazioni:

- il legislatore non è obbligato ad assicurare in favore di tutte le situazioni giuridiche soggettive le medesime forme di tutela giurisdizionale, in quanto, nella regolamentazione degli istituti processuali e nella previsione di forme di tutela differenziate questo gode di una ampia discrezionalità, da esercitare nei limiti della ragionevolezza, con riguardo alla particolarità del rapporto dedotto in giudizio (Corte costituzionale, ord. 10 maggio 2002, n. 179, in www.cortecostituzionale.it; Id., ord. 24 ottobre 2001 n. 343, ivi; Id., ord. 4 febbraio 2000 n. 30, ivi; Id., 12 dicembre 1998, n. 406, ivi; Id., ord. 21 ottobre 1998 n. 359, ivi; Id., 19 marzo 1996, n. 82, ivi; Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 386, in www.giustizia-amministrativa.it);

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

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

- ammettendo che la tutela cautelare ante causam si fondi su mere esigenze di celerità funzionale, allora il decreto ex art. 245 d.lgs. 163/2006 costituirebbe uno strumento del tutto assimilabile al decreto presidenziale inaudita altera parte previsto in linea generale dalla legge Tar, considerato che, proprio come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 21, comma 9, da un lato, occorre un atto che comunque sia notificato e depositato; dall'altro, sull'istanza del privato provvede sempre il Presidente o un altro giudice monocratico da questo designato.

[91] Su tutte, cfr. Corte costituzionale, ord. 10 maggio 2002, n. 179, in www.cortecostituzionale.it; Tar Lazio, Sez. III-Ter, 30 luglio 2004, n. 7550, in www.giustizia-amministrativa.it

[92] In senso conforme, cfr. Salvatore, La tutela degli interessi nel contesto europeo: riflessioni sui rapporti tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e i principi comunitari, in *Giurisd. amm.*, n. 2 2008, 51.

[93] Qualora dall'esecuzione o dal diniego del provvedimento cautelare possano derivare effetti irreversibili, il nuovo art. 21, comma 8 della legge Tar attribuisce al giudice amministrativo il potere di disporre la prestazione di una cauzione cui subordinare la concessione o il diniego della relativa misura.

In questo modo, il piano dell'efficacia giuridica del provvedimento cautelare pare dover essere tenuto distinto da quello degli effetti materiali prodotti dalla concessione o dal diniego di quest'ultimo: sul primo versante, l'efficacia interinale è caratteristica propria della decisione giurisdizionale che, discendendo dalla strumentalità e provvisorietà connaturale alla tutela cautelare rispetto al successivo giudizio a cognizione piena, non può non caratterizzare l'efficacia giuridica del provvedimento del giudice; sul secondo, invece, l'effetto attiene alla modifica della realtà determinata dal provvedimento del giudice amministrativo che, in ragione del principio secondo cui

quod factum infectum est fieri nequit, ben potrebbe essere insuscettibile di cessare all'esito di una difforme definizione del successivo giudizio di merito. Contra, Goisis, Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo, cit., secondo cui "una tutela cautelare con effetti...irreversibili perde...il carattere della provvisorietà-interinalità" (859).

[94] Cfr. § 3.3

[95] In dottrina si ritiene che l'irreversibilità ricorrerebbe, pur a fronte di ipotesi nelle quali potrebbe procedersi ad una riparazione risarcitoria, ogni qual volta la situazione di fatto sia suscettibile di subire modificazioni tali da rendere impossibile il ripristino (in senso conforme, cfr. Caringella, Corso di diritto processuale amministrativo, Milano, 2005, 1051-1052).

[96] Per simili osservazioni, cfr. Garofoli, La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere, cit.

[97] Così, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Unibet, cit., punto 57; Id., Siples, cit., punto 19.

[98] Tenendo a mente la distinzione tra misure conservative e misure anticipatorie, si potrebbe fin da subito osservare come i provvedimenti cautelari emessi dal giudice amministrativo appartengano quest'ultima categoria: sia nella tradizionale concezione della giurisdizione impugnatoria, sia nella moderna visione del giudizio sul rapporto, infatti, non esiste la possibilità di adottare provvedimenti diversi da quelli che, dettando una disciplina provvisoria della situazione controversa, assicurino la medesima utilità finale che potrebbe essere garantita dalla definitiva decisione nel merito dell'autorità giurisdizionale adita, essendo tutti preordinati ad evitare il perdurare del pregiudizio che potrebbe discendere dalla antiggiuridicità correlata all'illegittimità del provvedimento impugnato o del silenzio illegittimamente serbato dalla pubblica amministrazione. Più precisamente, se da un lato il modello della c.d. sospensiva corrisponde - quanto a contenuto ed effetti - alla tradizionale decisione di annullamento nel merito del provvedimento impugnato, dall'altro, allorché la controversia sia occasionata da atti amministrativi c.d. negativi, l'oggetto dell'ordinanza anticipatoria (concessa in questo caso a protezione degli interessi legittimi pretesivi), dovendo assicurare "interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso", corrisponde inevitabilmente a quello del provvedimento giurisdizionale anticipato

In senso conforme, cfr. Andreis, Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo, cit., 238 ss.; Falazzari, Profili della tutela cautelare, in Riv. dir. proc., 1991, 1 ss.; Goisis, Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo, cit., 864; Paleologo, Il giudizio cautelare amministrativo, Padova, 1971, 73 ss. Contra, v. Lubrano, Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2004, 1187 ss., secondo cui le ordinanze cautelari avrebbero natura anticipatoria solo in presenza di interessi legittimi pretesivi, ovvero, "nei casi in cui l'aspettativa del ricorrente consista nella ricerca, mediante l'intervento del giudice amministrativo, di effetti costitutivi e innovativi della realtà". Sul punto, cfr. anche De Carolis, Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, cit., 59 ss.

[99] La strumentalità c.d. "forte" ricorre nelle ipotesi indicate agli artt. 21 e 23 legge Tar ed è così definita in quanto la possibilità di domandare (e, quindi, di ottenere) l'auspicato provvedimento cautelare è condizionata dalla previa proposizione del ricorso di merito.

[100] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ordinanza 29 aprile 2004, n. 202, C-202/03, DAC, cit.

[101] La strumentalità c.d. "debole" è caratteristica propria della sola ipotesi prevista ai sensi dell'art. 245 d.lgs. 163/2006: in questo caso, infatti, l'istanza cautelare può essere richiesta (ed il consequenziale provvedimento può essere rilasciato) "anche" ante causam, ossia a prescindere dalla preventiva presentazione del ricorso "di merito".

Contra, Tarullo, La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti, in www.giustamm.it, secondo cui il nuovo art. 245 "infrange definitivamente il collegamento con la decisione di merito" (14)

[102] Rifiutando la scuola di pensiero che colloca la tutela cautelare in una prospettiva in base alla quale la cautela viene considerata, non tanto nella logica di una garanzia del diritto di azione interna

al processo, ma in una dimensione incentrata sull'attività di esecuzione della successiva sentenza di merito, Police (Giurisdizione piena e trasformazioni della tutela cautelare, in Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Atti della tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini, Torino, 2004, 223 ss.) collega la strumentalità delle misure cautelari alla successiva decisione di merito, in quanto ritiene tale interpretazione non solo più conforme ai principi generali del diritto processuale, ma anche maggiormente in linea con la nuova formulazione dell'art. 21, comma 7 della legge 1034/1971.

Sul punto, cfr. Satta, Giustizia cautelare (voce), in Enc. dir., 1997, I agg., 598, secondo cui la strumentalità consiste nell'impossibilità di dare al ricorrente una tutela maggiore di quella che potrebbe essergli offerta dalla definizione favorevole del giudizio di merito. In senso conforme, ex multis, cfr. Follieri, La cautela atipica e la sua evoluzione, in Dir. proc. amm., 1989, 672-673; Paleologo, Sospensione dell'esecuzione. Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari (voce), in Enc. giur., XXIX, Roma, 1993, 5; Cacciavillani, Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari, cit., 152; Lubrano, Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2004.

[103] In senso conforme, Lubrano osserva che la legge n. 205/2000 avrebbe recepito e consacrato "sul piano normativo come un continuum nel quale "l'atto terminale o finale non costituisce sbarramento all'introduzione delle garanzie non attuate", un continuum tra giurisdizione ed amministrazione" e, ciò specie se si riflette sul fatto che "mediante l'ordinanza cautelare il giudice amministrativo può ordinare la riapertura del procedimento amministrativo che era stato viziato dall'atto illegittimo impugnato" (Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo, cit.). Per osservazioni analoghe, cfr. anche Cintioli, L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo, cit., 73-74.

[104] In questo senso, cfr., Follieri, Effettività della giustizia amministrativa nella tutela cautelare, in Foro amm. – Tar, 2003, 1117 ss.

[105] Sulla tutela cautelare come garanzia per la reintegrazione in forma specifica del ricorrente, cfr. Police, Giurisdizione piena e trasformazioni della tutela cautelare, cit., 237 ss.

[106] In senso conforme, cfr. De Carolis, Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, cit., 90

[107] Tar Lazio, Roma, Sez. III-Ter, 25 agosto 2008, n. 7850, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Sez. II-Quater, 1 agosto 2007, nn. 11061, 11062, 11063, ivi; Id., 30 luglio 2007, n. 7196, ivi; Id., 2 luglio 2007, nn. 5890, 5891 e 5893, ivi; Id., Sez. I, 25 gennaio 2007, n. 521, ivi; Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 12 marzo 2007, n. 1785, ivi; Tar Campania, Salerno, Sez. I, 5 aprile 2006, n. 355, ivi; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 1212/2006, ivi; Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 21 settembre 2004, n. 6570, ivi.

[108] Con l'esercizio del potere di remand "si realizza un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile- anche se non scontata- soddisfazione. Si realizza cioè una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale" (così, Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in www.giustizia-amministrativa.it).

[109] In senso conforme, cfr. Saporito, Esecuzione dei provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione, in La tutela cautelare nel processo amministrativo, Rossi Sanchini (a cura di), Milano, 2006, secondo cui l'attività di impulso delle ordinanze cautelari funziona da innesco di operazioni liberamente effettuate, meramente sollecitate dall'intervento cautelare (92).

[110] Nel caso in cui con l'esercizio del potere di riesame il ricorrente dovesse conseguire il bene della vita perseguito con la domanda "principale" di annullamento dell'atto impugnato, il ricorso potrebbe senza dubbio essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta cessazione della materia del contendere:

a) determinando la chiusura del processo, qualora nel giudizio di merito non sia stata presentata alcuna domanda di risarcimento danni;

b) relativamente al capo della domanda afferente all'annullamento dell'atto impugnato, qualora dovesse permanere l'interesse del ricorso per la parte afferente alla domanda di risarcimento (cfr. Tar Sicilia, Sez. III, Catania, 583/08, in www.giustizia-amministrativa.it). In questa ipotesi, a nulla varrebbe opporre all'ammissibilità dell'istanza risarcitoria il tradizionale limite costituito dalla c.d. pregiudizialità amministrativa, in quanto, come peraltro è stato affermato in giurisprudenza, la possibilità di ottenere un risarcimento del danno discenderebbe in via diretta dall'annullamento in via di autotutela dell'atto amministrativo (nel caso di specie, operato a seguito dell'esecuzione dell'ordinanza di remand): se il ricorrente dimostra di avere subito un danno a causa della vigenza del provvedimento illegittimo per un determinato periodo di tempo, egli ha infatti diritto al ristoro del pregiudizio subito, sia in termini di danno emergente, sia a titolo di lucro cessante (ex multis, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Veneto, Sez. II, 9 aprile 2001, 971, ivi; Tar Campania, Napoli, Sez. III, 10256/04, ivi.; Tar Lazio, Roma, Sez. III-bis, 6264/2003; Tar Lazio, Sez. III-bis, 10765/2004, ivi; Tar Puglia, Bari, Sez. II, 15 gennaio 2005, n. 56, ivi).

[111] Contra, Andreis, Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo, cit., secondo cui in questo caso la misura in esame, perdendo il carattere della strumentalità, sarebbe utilizzata come "strumento di tutela d'urgenza non cautelare", facendo venire meno l'elemento discriminante della tutela sommaria rispetto a quella cautelare che, com'è noto, "è identificato nell'autonomia funzionale intesa come idoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso" (282 ss.).

A nostro avviso, però, tale posizione si pone in una erronea prospettiva: l'esercizio dell'azione amministrativa successiva all'ordinanza di remand non altererebbe il regime di instabilità che è tradizionalmente proprio delle misure cautelari, in quanto con la riapertura del procedimento il nesso di strumentalità "tutela cautelare-giudizio di merito" sarebbe spezzato dall'esercizio di una nuova azione amministrativa; la misura cautelare non produrrebbe in tal modo effetti ultranticipatori ma identificherebbe l'instrumentum atto a risolvere la lite con l'introduzione di effetti stimolati dal provvedimento provvisorio, ma determinati in via diretta ed esclusiva dall'agire della pubblica amministrazione, "determinando così una situazione nella quale non si possono confondere gli effetti derivanti dalla misura cautelare da quelli che derivano dalle ulteriori fasi procedurali" (così, Lubrano, Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo, cit.)

[112] In senso conforme, cfr. Goisis, Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo, cit., 872.

[113] Pur criticando la tecnica del remand, Travi, Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 168 ss, si era espresso in questi termini, osservando in aggiunta che "rispetto alla situazione controversa, la definizione del procedimento comporterebbe pur sempre la definizione dell'assetto degli interessi in gioco e per questo motivo risulterebbe sempre incompatibile con la disciplina dei medesimi interessi realizzata dal procedimento oggetto dell'impugnazione" (176).

[114] In senso conforme, cfr. De Carolis, Tutela cautelare e atti negativi, cit., 130.

[115] Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2008, n. 3529, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Sez. VI, 23 giugno 2008, n. 3132, ivi; Id., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 546, ivi; Id., Sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7119, ivi; Id., Sez. IV, 12 dicembre 2005, n. 7039, ivi; Id., Sez. IV, 21 aprile 2004, n. 1787, ivi; Id., Sez. IV, 2 dicembre 2003, n. 7864, ivi.

[116] Sull'obbligo generale di riesaminare gli atti amministrativi emanati in violazione del diritto comunitario, cfr. Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049, ivi, secondo cui, qualora il contenuto di un provvedimento amministrativo sia in contrasto con norme o principi comunitari, l'esercizio del potere di autotutela non sarebbe discrezionale nell'an, ma identificherebbe invece un "atto dovuto" ex art. 10 TCE.

Di recente Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008 n. 4263, in www.giustizia-amministrativa.it, ha rilevato che gli atti emanati in violazione del diritto comunitario non potrebbero essere sic et simpliciter disapplicati dall'amministrazione, dovendo invece essere rimossi con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone.

[117] L'effetto spill-over si realizza quando la regola processuale imposta dalla Corte di Giustizia trascende l'originario ambito oggettivo di applicazione ed è estesa alle situazioni giuridiche di rilievo interno da questa non contemplate. Sul punto, cfr. Bartolini, Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo, cit., 128; Caranta, La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento, in Riv. it. dir. pubb. comunit., 1996, 451; De Pretis, La tutela giurisdizionale amministrativa in europa fra integrazione e diversità, cit. 28; Protto, L'effettività di tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali, Milano, 1997, 5; Tarullo, Il giusto processo amministrativo, cit., 30; Id., Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza, in Cons. Stato, 2000, II, 1113.

[118] Così, Garofoli, La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo., cit., 892. In senso conforme, cfr. De Carolis, Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, Milano, 2001, 90; Lubrano, Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo, cit.