

La tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo: inutile sovrastruttura o elemento cardine di un diritto processuale comune europeo?

di Paola M. R. Ferro*

La tutela cautelare *ante causam* fa il suo ingresso nel processo amministrativo italiano con l'art. 245, co. 3, del Codice dei Contratti Pubblici. L'istituto, com'è noto, consente la concessione "preventiva" di una misura cautelare che sia stata richiesta dall'istante "in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito" (1); la concessione di questa forma di tutela avvia un processo a sé stante, non coincidente con l'apertura di una fase incidentale nell'ambito di un processo di merito. La norma espressamente prevede che "in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, co. 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato art. 21". L'istanza cautelare preventiva, pertanto, non viene proposta contestualmente al ricorso introduttivo del giudizio o con atto separato e ad esso successivo e, inoltre, è valutata dal giudice del Tar adito attraverso un esame che è volto alla verifica dell'esistenza o meno dei presupposti posti dall'istante a base della propria richiesta.

La Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha rilevato, nel parere n. 355/06, come l'introduzione della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, limitatamente al settore degli appalti pubblici, si è resa necessaria a causa della procedura di infrazione, ex art. 226 TCE, avviata dalla Commissione europea in seguito al consolidarsi della giurisprudenza comunitaria in merito all'esigenza di introdurre anche in ambito amministrativo questa forma di tutela (2). Il Consiglio di Stato nel medesimo

(*) Dottore in giurisprudenza

(1) Così S. TARULLO *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, su www.GiustAmm.it

(2) La Corte di giustizia delle Comunità europee ha fornito un fondamentale apporto allo sviluppo della tutela cautelare nei vari ordinamenti degli Stati membri, basti per ciò ricordare le più importanti pronunce che hanno perseguito l'obiettivo dell'armonizzazione dei diversi diritti processuali nazionali. Ad aprire la strada verso questa meta è stata la sentenza Factortame del 19 giugno 1990 con la quale i giudici comunitari hanno sancito l'obbligo, in capo ai giudici di ogni Stato membro, di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario, disapplicando, quando occorra, tutte le disposizioni

delle legislazioni nazionali che risultino in contrasto con la normativa sovranazionale; tutto questo i giudici nazionali lo possono fare senza che sia necessario che si realizzi la previa rimozione della disposizione interna. La Corte di giustizia in questa occasione richiama l'attenzione sul principio della preminenza del diritto comunitario, in forza del quale le norme di efficacia diretta del diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità. La Corte, inoltre, in questa prima importante sentenza, richiama un altro fondamentale principio, quello di leale collaborazione tra gli Stati membri e le Istituzioni comunitarie, sancito dall'art. 10 TCE, in base al quale è compito dei giudici nazionali garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme del diritto comunitario aventi efficacia diretta.

Un altro importante passo in avanti verso una disciplina comunitaria uniforme della tutela cautelare è stato compiuto con la sentenza *Zuckerfabrick* del 21 febbraio 1991 in cui i giudici della Corte di giustizia si sono trovati ad affrontare un delicato problema: quello dell'obbligo per i giudici degli Stati membri di sollevare la questione pregiudiziale di validità quando si trovino ad applicare un provvedimento cautelare. In questa pronuncia è stata affermata la competenza dei giudici nazionali, in forza dell'art. 189 TCE, a concedere la misura della sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale che sia stato adottato alla stregua di un regolamento comunitario e la possibilità per il ricorrente di chiedere, nell'ambito di un ricorso per annullamento, la misura cautelare della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato. Si è così affermato che il sistema della tutela cautelare impone che, in occasione di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE compiuto dal giudice nazionale, possa essere concessa la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale che si basi su un regolamento comunitario di cui sia in contestazione la legittimità; la sua invalidità, però, può essere dichiarata solo dalla Corte di giustizia. Ultimo fondamentale principio stabilito con questa sentenza è quello per cui la tutela cautelare che viene assicurata dai giudici nazionali non varia a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto sovranazionale ovvero la validità delle norme comunitarie di diritto derivato, in quanto la controversia verte sempre e comunque sul diritto comunitario. Con questa pronuncia i giudici sovranazionali hanno voluto stabilire l'esistenza di due strade parallele lungo le quali corrono il sistema giurisdizionale comunitario e quello nazionale, soprattutto quando si tratta di tutelare situazioni giuridiche soggettive di interesse sovranazionale; lo scopo ultimo è quello di creare un comune sistema di tutela che non sia limitato alla sola sospensione dell'atto impugnato. Con la sentenza *Atlanta* del 9 novembre 1995 la Corte ha affermato la possibilità di concedere provvedimenti cautelari provvisori, stabilendo altresì che la concessione degli stessi non comporta sull'ordinamento comunitario ripercussioni più rilevanti rispetto alla misura della mera sospensione; ad avviso dei giudici del Lussemburgo, l'incidenza che il provvedimento d'urgenza ha sull'ordinamento comunitario deve essere valutata raffrontando e ponderando l'interesse del singolo con quello della Comunità europea. Dall'analisi di questa sentenza emerge un potere cautelare per i giudici degli Stati membri che si può definire "atipico", un potere che implica la possibilità di concedere provvedimenti d'urgenza che non abbiano un contenuto determinato a priori. L'evoluzione che si è registrata dalla sentenza *Factortame* alla sentenza *Atlanta* è notevole: si sono chiarite le condizioni in forza delle quali i giudici degli Stati membri della Comunità europea possono adottare misure cautelari quando si trovino ad applicare norme di diritto comunitario; si è registrata la tendenza dei giudici della Corte di giustizia a contenere il principio di autonomia processuale degli Stati. Inoltre, dall'affermazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale a quella del principio dell'uniformità nell'applicazione del diritto comunitario, la Corte ha desunto la propria competenza nel delineare i caratteri del futuro diritto processuale comunitario.

Con la sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica* del 19 settembre 1996 i giudici del Lussemburgo hanno ribadito la necessità che gli Stati membri garantiscano la concessione di qualsiasi provvedimento provvisorio atto a dare effettività alla tutela giurisdizionale, senza alcuna predeterminazione in ordine al contenuto delle misure cautelari concedibili alla parte ricorrente. Si afferma, inoltre, che l'effettività del diritto comunitario è garantita anche dalla possibilità che l'istanza cautelare sia presentata *ante causam*, senza la previa instaurazione del giudizio di merito.

Con la pronuncia *Commissione c. Regno di Spagna* del 15 maggio 2003 lo Stato spagnolo è stato condannato dalla Corte di giustizia in quanto inadempiente, essendo venuto meno agli obblighi che su di esso incombevano in forza della direttiva comunitaria 89/665/CEE in materia di coordinamento delle

parere ha sottolineato come questa nuova forma di tutela può rappresentare un valido strumento per tutelare quei concorrenti che sono stati pretermessi dalla procedura di aggiudicazione di un appalto e per diminuire il contenzioso “in quanto costituisce una sorta di filtro, utile a scoraggiare appelli alla giustizia con finalità meramente dilatoria”.

Il cammino che ha condotto all'adozione di questo istituto è stato lungo e travagliato; molte sono state le resistenze, manifestate sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza italiana, nei confronti dell'introduzione, anche nel processo amministrativo, di una forma di tutela cautelare preventiva, scevra della previa proposizione del ricorso principale. Questo atteggiamento, contrario rispetto alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, si è manifestato con più forza dopo l'emanazione della legge di riforma in materia di giustizia amministrativa, la legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha introdotto una disciplina della fase cautelare del processo amministrativo, traducendo in diritto positivo i risultati cui la giurisprudenza era giunta, ma che ha anche proposto soluzioni innovative. L'art. 3 della suddetta legge ha sostituito il comma 7 dell'art. 21 della legge T.A.R. ed ha introdotto otto nuovi commi dedicati alla tutela cautelare nel processo amministrativo (3). La *ratio* di questo inter-

procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, il cui scopo è quello di far sì che in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione ci siano procedure adeguate che consentano, da un lato, l'annullamento di quelle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici delle gare d'appalto in violazione delle disposizioni comunitarie o di quelle nazionali di recepimento e, dall'altro, il risarcimento del danno prodotto da questa violazione.

Con l'ordinanza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 contro l'Italia, i giudici comunitari hanno stabilito che ogni Stato membro è tenuto a conferire agli organi competenti a conoscere dei ricorsi, la facoltà di adottare, al di là della previa proposizione del ricorso principale, qualsiasi provvedimento provvisorio. La normativa italiana è stata giudicata inadeguata a porre rimedio in maniera soddisfacente alle violazioni commesse dalle società vincitrici della gara d'appalto, in quanto impone la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per poter ottenere la concessione di un provvedimento cautelare.

(3) La riforma della giustizia amministrativa è stata notevolmente influenzata dal diritto comunitario e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea con riferimento alla nuova formulazione dei presupposti che devono sussistere per poter ottenere la concessione di una misura cautelare nel giudizio amministrativo. Gli articoli 242 e 243 TCE, le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE hanno imposto ai giudici degli Stati membri di adottare “provvedimenti urgenti e provvisori intesi a riparare la violazione o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, ivi compresi i provvedimenti di sospensione”. Di rilevante importanza le sentenze della Corte di giustizia europea *Factortame*, *Zuckerfabrick*, *Atlanta* che hanno affermato l'assoluta necessità del rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale; rispetto che deve essere garantito soprattutto mediante una disciplina del potere cautelare che ne assicuri la completezza ed unitarietà. Il *periculum in mora*, uno dei presupposti per la concessione della misura cautelare insieme al *fumus boni iuris* e unico presupposto in origine previsto, non consiste più nel “danno grave ed irreparabile” che deriva dall'esecuzione dell'atto, ma ricorre alla presenza di “un pregiudizio grave ed irreparabile” derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato ma anche dal comportamento inerte tenuto dalla pubblica amministrazione durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul merito; dunque non è più necessaria la sussistenza di un danno, basta il mero pregiudizio. La *ratio* di questa modifica risiede nella volontà di ampliare le ipotesi in cui è possibile concedere una misura cautelare; inoltre, a rilevare non sono solo i pregiudizi che possono comportare

una lesione di tipo patrimoniale, ma anche quelli che colpiscono la dimensione morale del soggetto. Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare è costituito dal *fumus boni iuris*, disciplinato dalla nuova formulazione dell'art. 21, co. 8, della legge T.A.R. L'istanza cautelare deve indicare "i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso". La legge di riforma n. 205/2000 ha dato un forte connotato a questo requisito; il cambiamento apportato consiste nell'identificazione del *fumus boni iuris* non più con la "non manifesta infondatezza del ricorso", ma con la "probabilità di successo del ricorso". Questa nuova formulazione ha inciso sulle motivazioni delle ordinanze cautelari che non richiamano semplicemente la sussistenza o meno dei presupposti di legge, ma argomentano sulla fondatezza o meno del ricorso, indicando i profili che possono condurre ad una ragionevole previsione sull'esito della lite. L'articolo introduce, non solo dei motivi di doglianza, ma anche delle ragioni di fatto e di diritto che sono poste a fondamento degli stessi.

La legge di riforma n. 205/2000 non ha comportato grandi cambiamenti circa la modalità di proposizione della domanda cautelare. L'art. 21, co. 8, della legge T.A.R. stabilisce che la legittimazione attiva spetta al ricorrente, è lui che chiede al giudice la concessione della misura cautelare che, a suo avviso, si rivela più idonea ad assicurare gli effetti della decisione sul merito. Legittimato a proporre istanza cautelare è anche il contro interessato, qualora ne abbia interesse; l'interesse del contro interessato sussiste certamente quando questi abbia proposto un ricorso incidentale, potendo pertanto essere titolare di un interesse che verrebbe pregiudicato dalla concessione della misura cautelare chiesta dal ricorrente. Le modalità di proposizione dell'istanza cautelare sono due: la presentazione nell'ambito del ricorso introduttivo oppure con un atto distinto, successivo alla proposizione del ricorso principale. Nel giudizio amministrativo delineato dalla riforma del 2000 non è possibile proporre un ricorso che abbia ad oggetto la richiesta di sospensione dell'atto impugnato senza aver proposto domanda di annullamento dell'atto stesso, evidenziando semplicemente i pregiudizi che deriverebbero al ricorrente dall'esecuzione del provvedimento. Avutasi la notifica dell'istanza cautelare, gli interessati e l'amministrazione possono presentare memorie o istanze, depositandole presso la segreteria del Tar adito, nel termine di dieci giorni dalla notifica stessa. Sulle modalità di formulazione dell'istanza cautelare, va rilevata la differenza tra l'indicazione del *fumus boni iuris* e quella del *periculum in mora*. Solitamente, per il primo presupposto è sufficiente fare rinvio ai motivi di diritto che sono enunciati nel ricorso principale, mentre per il *periculum in mora*, il ricorrente deve puntualmente indicare quelle che sono le ragioni del pregiudizio grave ed irreparabile temuto, tali da non consentire l'attesa della decisione finale. Il ricorrente, dunque, deve dare dimostrazione al giudice del pregiudizio temuto proprio perché il giudice non può pronunciarsi basandosi esclusivamente sulle ragioni dell'istante.

Per quanto riguarda la trattazione della domanda cautelare, gli artt. 36 e ss. del R.D. n. 642/1907 e l'art. 33 della legge T.A.R. prevedono che l'istanza cautelare venga esaminata nella prima camera di consiglio utile dopo il deposito del ricorso. L'art. 21, co. 8, della legge T.A.R. prevede che, durante la camera di consiglio, i difensori possono fare richiesta al giudice di essere ascoltati; se nessun difensore avanza tale richiesta, il giudice decide sull'istanza. Per poter decidere sull'istanza cautelare il giudice conduce un'attività istruttoria, usufruendo degli stessi poteri esercitabili in sede di merito; ad identità di poteri istruttori non corrisponde però identità d'ampiezza d'indagine. L'attività istruttoria compiuta dal giudice cautelare è necessariamente ridotta rispetto a quella svolta in sede di merito; questa differenza potrebbe essere ricondotta al tipo di giurisdizione che viene esercitata nella fase cautelare: una giurisdizione sommaria, a differenza della cognizione piena che caratterizza la fase del merito.

In base al disposto dell'art. 21 della legge T.A.R., l'ordinanza che decide sulla richiesta di concessione di una misura cautelare deve essere motivata. Ai sensi del comma 8 del suddetto articolo, la motivazione deve avere ad oggetto la valutazione compiuta dal giudice sul pregiudizio lamentato dal ricorrente e deve indicare i profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. Si tratta di una motivazione che ha raggiunto un considerevole livello di approfondimento, a differenza delle decisioni cautelari anteriori alla riforma che presentano delle motivazioni scarse in cui il giudice faceva uso di formule precostituite, di clausole di stile, indicanti la sussistenza o meno dei presupposti necessari per la concessione delle misure cautelari.

Se l'istanza cautelare viene accolta, l'art. 21, co. 12, della legge T.A.R., così come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000, stabilisce che l'ordinanza cautelare deve fissare la data di trattazione del ricorso nel merito. Ad avviso della dottrina maggioritaria, la *ratio* di questa disposizione va individuata nell'esigenza di evitare che la misura cautelare costituisca rimedio ad una tardiva definizione del merito,

vento legislativo risiede nella volontà di ampliare le ipotesi in cui è possibile concedere una misura cautelare. A rimanere escluso da questa riforma è stato l'istituto della tutela cautelare *ante causam* perché il legislatore ha ritenuto che le modifiche introdotte fossero sufficienti a garantire il rispetto del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale. Anche la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 179 del 10 maggio 2002, ha ritenuto che l'intervento riformatore realizzatosi con la legge n. 205/2000 ha delineato un sistema di tutela d'urgenza e cautelare completo, autonomo, effettivo, escludendo, pertanto, un'azione eterointegratrice che avesse ad oggetto l'introduzione nel processo amministrativo di istituti processual-civilistici, quali la tutela cautelare *ante causam* (4). La Corte Costituzionale ha anche stabilito che debba escludersi

finendo per reggere a tempo indeterminato, in luogo della decisione di merito ed evitare l'effetto traumatico di un diniego nel merito a fronte di situazioni spesso consolidate sulla base della sola sospensiva. L'art. 21, co. 10, della legge T.A.R., in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 205/2000, prevede la possibilità che il giudice giunga ad una definizione del giudizio nel merito già in sede di decisione della domanda cautelare; questa possibilità è subordinata all'esistenza di diversi presupposti, sostanziali e processuali, che sono stati individuati dal legislatore nella fissazione della camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare: la motivazione comporta per il ricorrente l'indicazione, in sede di proposizione del ricorso, nella fissazione della camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare, nella completezza del contraddittorio, nella completezza dell'istruttoria, nell'audizione delle parti costituite e nella ricorrenza dei presupposti. Ovviamente la possibilità di una repentina chiusura del processo porta con sé una inevitabile conseguenza, particolarmente rilevante: l'onere in capo alle parti di produrre degli scritti difensivi che siano il più possibile completi ed esaustivi. La parte istante dovrà basarsi sui motivi di diritto che reputa fondanti ed assorbenti, così come le controparti dovranno costituirsi immediatamente, presentando un controricorso ampio e ben documentato, proponendo tutte le eccezioni che potrebbero portare ad una pronuncia di irricevibilità o inammissibilità del ricorso. C'è da dire, però, che la scelta della decisione semplificata spetta comunque al giudice cautelare che, in sede di trattazione della domanda cautelare, potrebbe decidere di non definire nel merito il giudizio, pur ricorrendone le condizioni.

A disciplinare l'esecuzione delle misure cautelari è l'art. 21, co. 14, della legge T.A.R., così come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000. Se l'amministrazione non ottempera alle misure cautelari concesse dal giudice o lo fa solo parzialmente, la parte interessata può chiedere al Tar l'adozione di disposizioni attuative. Il Tar esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato e dispone l'esecuzione dell'ordinanza di concessione della misura cautelare, indicandone le modalità e il soggetto che è tenuto a provvedere.

Ai sensi dell'art. 21, co. 13, della legge T.A.R., così come introdotto dall'art. 3 della legge n. 205/2000 le misure cautelari possono essere revocate e modificate; la relativa domanda, come del resto la riproposizione della domanda cautelare respinta, sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti, condizione imprescindibile per poter esercitare tale facoltà; il riferimento è a quelle circostanze nuove che non erano venute ad esistenza fino al momento di concessione della misura cautelare.

L'art. 28, co. 3, della legge T.A.R., introdotto dall'art. 3, co. 2, della legge n. 205/2000, prevede che le ordinanze dei Tribunali Amministrativi Regionali possono essere impugnate con il mezzo dell'appello. Il ricorso va presentato nel termine di 60 giorni dalla notificazione dell'ordinanza, oppure entro 120 giorni dalla comunicazione del deposito dell'ordinanza nella segreteria del Tar che l'ha emessa.

(4) Questo "completo sistema di tutela, anche d'urgenza e cautelare, riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili; esclude l'applicabilità degli altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa rilevare un'esigenza rilevante sul piano costituzionale, di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti d'urgenza della procedura civile": così l'ord. n. 179/2002 della Corte Costituzionale.

“una mancanza di effettività della tutela, quando il ricorrente possa avvalersi dei nuovi mezzi rapidissimi di notifica, al di fuori di quelli tradizionali, mediante consegna materiale a mezzo ufficiale giudiziario e suoi aiutanti, anche a mezzo telefax o per via telematica, accompagnati da eventuale riduzione di termini e contestuale decreto di fissazione sia di possibile convocazione delle parti avanti al Presidente, sia della successiva prima camera di consiglio collegiale utile”. Con questa pronuncia i giudici della Consulta hanno ribadito che la precedente sentenza della stessa Corte, la n. 190 del 1985 (5), non ha introdotto nel giudizio amministrativo una procedura autonoma di ricorso per ottenere provvedimenti cautelari *ante causam*, ma ha semplicemente ampliato quelli che erano i poteri del giudice nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego; a cambiare è stato solo il contenuto del provvedimento cautelare, dalla mera sospensione del provvedimento impugnato si è passati alla possibilità che il giudice amministrativo conceda alla parte istante ogni tipo di misura cautelare che risulti idonea al fine di assicurare, in via provvisoria, gli effetti della decisione sul merito, dunque non una misura *ante causam*, ma una tutela cautelare innominata.

Autorevole dottrina (6) aveva ritenuto che la tutela cautelare *ante causam*

(5) La sentenza della Corte Costituzionale n. 190 del 1985 analizza sotto due profili la carenza nel processo amministrativo della tutela cautelare, in particolare l'insufficienza della tutela cautelare per l'inapplicabilità dell'art. 700 c.p.c. alle materie riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo e la limitatezza del potere cautelare in capo al giudice amministrativo, limitatezza che deriva dal dettato dell'art. 21 della legge T.A.R., anteriore alla riforma del 2000, che disciplinava la c.d. “sospensiva” quale unica misura d'urgenza, non consentendo al giudice amministrativo l'adozione di misure “atipiche” come, invece, era concesso al giudice ordinario. La Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 21 della legge T.A.R. per violazione degli articoli 3 e 113 Cost. nella parte in cui non prevedeva che il giudice amministrativo potesse intervenire d'urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego. Il risultato di questa censura fu l'inserimento, nel testo dell'ultimo comma dell'art. 21 della legge T.A.R., di una disposizione normativa identica a quella dettata dall'art. 700 c.p.c.; in questo modo ebbe valenza costituzionale la tutela cautelare concessa per porre un freno ai *pericula in mora* che davano vita a pregiudizi irreparabili per il ricorrente. C'è da dire però, che la sentenza della Corte aveva un ambito di applicazione limitato alle controversie patrimoniali di pubblico impiego, anche se la dottrina maggioritaria ha riconosciuto alla Corte stessa il merito di aver prescisso da questo limite e di aver affrontato il problema della tutela cautelare nelle sue linee generali. Attraverso l'integrazione dell'art. 21 e la conseguente estensione al giudice amministrativo del potere di concedere, nell'ambito delle controversie di natura patrimoniale in materia di pubblico impiego, provvedimenti d'urgenza capaci di garantire provvisoriamente gli effetti della sentenza di merito, non si è ottenuto lo stesso risultato che sarebbe conseguito all'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c.. Quest'ultimo rappresenta la strada che i giudici della Consulta non hanno ritenuto opportuno perseguire, ma che avrebbe portato all'applicazione diretta dell'art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo. Il perché di questa scelta va forse individuato nella natura stessa dell'art. 700 c.p.c.: si tratta di una norma “terribilmente invadente perché, per il suo contenuto elastico e la sua illimitata potenzialità, è idonea ad assorbire e a sostituire di fatto molte misure tipiche”, come del resto ha sostenuto parte della dottrina (il riferimento va a M. CLARICH, *I primi effetti delle nuove competenze. Il rito creativo dei T.A.R. fa posto alle ingiunzioni*, in *www.giust.it* e G.D'INNELLA, *L'evoluzione della tutela sommaria e cautelare*, Giappichelli, 2002).

(6) Si veda M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, fasc. IX.

avrebbe accentuato fortemente il ruolo del giudice, determinando così uno sbilanciamento degli interessi delle parti in causa che avrebbe potuto ripercuotersi sull'assetto finale; tutto ciò sarebbe stato in palese contrasto con la natura meramente preventiva e transitoria della tutela cautelare. La stessa dottrina ritiene, inoltre, che nel processo amministrativo rivesta una particolare valenza "l'esigenza di non alterare irreversibilmente l'assetto degli interessi, attesa la presenza qualificante degli interessi pubblici e l'infungibilità della discrezionalità amministrativa"(7) .

Questa impostazione è rivelatrice delle difficoltà incontrate dal legislatore italiano nel tentativo di estendere anche nel processo amministrativo l'istituto della tutela cautelare, in generale, e della misura preventiva, in particolare; difficoltà che sono il frutto di una concezione che ha permeato per tanti anni sia la dottrina sia la giurisprudenza amministrativa. La concezione cui faccio riferimento è quella per cui l'interesse pubblico è stato sempre considerato un baluardo da difendere perché non poteva essere equiparato all'interesse vantato dal privato cittadino e, pertanto, da tutelare allo stesso modo; l'interesse vantato dalla Pubblica Amministrazione ha sempre avuto un *quid pluris* che ne ha permesso una tutela rafforzata, anche se ciò ha comportato una tutela meno effettiva per il privato. A tutto ciò si deve aggiungere l'ulteriore considerazione per cui il processo amministrativo nasce come processo di tipo impugnatorio in cui il giudice compie un'azione di mero controllo della legittimità dell'atto impugnato nell'ambito di quelli che sono i motivi prospettati dal ricorrente (8). Questo tipo di attività, che il giudice ha fino ad oggi compiuto, non è sfociata in pronunce che hanno statuito tra le parti in modo compiuto, come invece è sempre accaduto ed accade nel processo civile; ciò è dovuto al fatto che il giudice amministrativo, in passato, non si è mai spinto fino all'analisi di ciò che sta alla base dell'atto amministrativo impugnato, vale a dire il rapporto tra il privato cittadino e la Pubblica Amministrazione. Una svolta in tal senso si è avuta con l'affidamento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della competenza a conoscere, in determinate materie stabilite dal legislatore, degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi.

Va rilevato, però, che il processo amministrativo ha raggiunto ormai un'evoluzione tale per cui il privato cittadino non vedrebbe soddisfatti i propri interessi se il giudice a cui chiede tutela si limitasse ad emettere una pronuncia c.d. demolitoria; in questo modo la necessità di assicurare una tutela effettiva non potrebbe essere realizzata. Se è vero che il giudice amministrativo nel momento in cui si trova a valutare la legittimità di un atto della Pubblica Ammi-

(7) Si veda sul punto M.P. CHITI, op. cit., pag. 902.

(8) Si veda sul punto F. CARINGELLA, *Dalla tutela di annullamento alla tutela di accertamento?* in *Trattato di giustizia amministrativa*, F. CARINGELLA, e R. GAROFOLI, vol. II, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2006, pag. 58.

nistrazione giunge fino all'accertamento del rapporto sottostante soltanto per poter rendere la pronuncia di annullamento, rendendo dunque l'accertamento sul rapporto meramente strumentale all'annullamento del provvedimento impugnato, adesso, in un momento in cui il rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale è quanto mai di preminente importanza, l'oggetto del processo amministrativo deve essere individuato nel rapporto che sussiste tra la Pubblica Amministrazione ed il privato cittadino-amministrato, rapporto su cui va ad innestarsi il provvedimento, l'atto emanato dall'amministrazione.

Il passo in avanti è costituito dal fatto che l'accertamento di questo rapporto da parte del giudice non è più strumentale all'annullamento dell'atto, ma è dotato di una propria autonomia. In questa evoluzione del processo amministrativo l'atto emanato dall'amministrazione cambia ruolo: non è più l'oggetto del giudizio, ma il "pretesto" dello stesso.

Del resto anche la giurisprudenza ha riconosciuto che il giudice amministrativo può indagare non solo sulla legittimità dell'atto, ma anche sulla fondatezza sostanziale della pretesa vantata dal privato-ricorrente, sul rapporto che sta a fondamento dell'atto. Basti pensare alle ipotesi in cui i giudici non hanno concesso l'annullamento dell'atto amministrativo che presentava una motivazione insufficiente ovvero delle violazioni procedurali solo formali; in questi casi il giudice amministrativo si è rifiutato di annullare un provvedimento che nella "sostanza" era idoneo a raggiungere lo scopo, considerazione a cui è arrivato dopo un'indagine che non si è di certo limitata all'atto, ma che è giunta fino al rapporto. La giurisprudenza, dunque, non ha rifiutato di compiere un'indagine sulla fondatezza o meno della pretesa per ricavarne argomenti contrari a quelli del ricorrente; così si è giunti al riconoscimento di un'indagine sulla fondatezza della pretesa anche per giungere a risultati a favore del ricorrente.

Analizzando il cambiamento che il processo amministrativo ha subito in questi anni emergono delle considerazioni in termini di tutela. Gli strumenti messi a disposizione dal legislatore per fronteggiare le controversie di competenza del giudice amministrativo sono sufficienti? La tutela che viene garantita nel giudizio amministrativo è realmente effettiva? A questi interrogativi, che riguardano la giurisdizione del nostro Paese, se ne aggiungono altri che riguardano un'altra dimensione, quella sovranazionale, di cui il nostro ordinamento fa parte. Che cosa prevede il legislatore comunitario in materia di tutela? Che cosa chiede l'ordinamento comunitario ai soggetti che ne fanno parte?

La mancanza nel giudizio amministrativo italiano della tutela cautelare *ante causam*, nonostante i cambiamenti apportati dalla legge di riforma n. 205/2000, ha dato vita ad un dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, volto ad evidenziare come in alcuni casi le esigenze di salvaguardia di posizioni giuridiche soggettive necessitino l'azione di un giudice che sia dotato di

poteri d'intervento in via d'urgenza che garantiscano una tutela immediata, senza che sia necessario attendere l'instaurazione del rapporto processuale. Il Tar Lombardia, Sez. III, con l'ordinanza presidenziale n. 1 del 15 febbraio 2001, ha sottolineato, sollevando una questione di legittimità costituzionale, come la legge T.A.R. fosse carente di un rimedio cautelare *ante causam* e come questa mancanza fosse in contrasto con la normativa comunitaria, in particolare con il dettato della c.d. direttiva ricorsi, la 89/665/CEE. Tutto ciò avrebbe comportato, a breve, l'avvio, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione, ai sensi dell'art. 226 TCE, nei confronti dello Stato italiano perché, in mancanza di un intervento legislativo volto a colmare questa lacuna, il nostro Paese sarebbe rimasto al di fuori del sistema di legittimità comunitaria. La procedura di infrazione nei nostri riguardi non c'è stata, ma non perché si sia registrato il tempestivo intervento legislativo tanto agognato, bensì per il fatto che il Tar Brescia, con l'ordinanza presidenziale n. 76 del 26 aprile 2003, ha rimesso la questione ai giudici lussemburghesi, sollevando questione pregiudiziale in merito alla compatibilità della normativa amministrativa italiana con la disciplina sovranazionale, vista la mancanza nel nostro processo amministrativo di una tutela cautelare *ante causam*. L'incompatibilità tra le due normative era evidenziabile, ad avviso del Tar lombardo, nella mancanza, nell'art. 21 della legge T.A.R., della possibilità di dar vita ad un ricorso accessibile a quanti lamentavano di aver subito un danno, nonché nell'impossibilità di ottenere, sollecitamente ed in via d'urgenza, provvedimenti provvisori che fossero in grado di riparare la violazione o di porre un freno ad ulteriori possibili effetti negativi. La risposta della Corte di giustizia alla domanda pregiudiziale del Tar è ben nota; con l'ordinanza del 19 aprile 2004 i giudici comunitari hanno stabilito che ogni Stato membro è tenuto ad attribuire agli organi giurisdizionali competenti la facoltà di concedere ogni tipo di provvedimento provvisorio senza che per ottenere ciò sia necessaria la previa proposizione di un ricorso di merito.

La Corte di giustizia si era già pronunciata in tal senso in due precedenti occasioni (9) nei confronti di due Stati membri che non avevano introdotto nei loro ordinamenti una disciplina che permettesse la concessione di una misura cautelare libera da previ adempimenti (10); pertanto, questi Stati erano stati ri-

(9) Le due precedenti occasioni sono quelle che hanno visto coinvolti lo Stato greco e quello spagnolo, rispettivamente nel 1996 con la causa C-236/95 e nel 2003 con la causa C-214/00.

(10) Nella causa contro la Spagna la Corte ha stabilito che "la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici" subordinata alla previa proposizione di un ricorso avverso la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice non verrebbe smentita nemmeno dal fatto che "nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665/CEE".

tenuti inadempienti, per il non corretto recepimento della c.d. direttiva ricorsi.

In materia di appalti pubblici due sono le direttive "ricorsi": la direttiva 89/665/CEE, applicabile agli appalti di lavori e forniture, il cui ambito è stato successivamente esteso agli appalti di servizi con la direttiva 92/50/CEE, e la direttiva 92/13/CEE, applicabile agli appalti dei settori c.d. esclusi. Queste direttive costituiscono gli atti normativi comunitari più importanti in questo settore; il loro ambito di applicazione è limitato alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di rilievo sovranazionale, superiori alla soglia appositamente stabilita. Il legislatore comunitario con queste direttive si è prefissato l'obiettivo di aprire i mercati pubblici alla concorrenza, eliminando la barriera poste dagli stessi Stati membri. L'esigenza di creare una disciplina unitaria in materia di appalti pubblici è nata dalla valutazione del risultato del monitoraggio condotto dalla Commissione europea ed avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei vari Stati membri. Da questa indagine erano emersi numerosi vizi che affliggevano le diverse procedure nazionali, si andava dalla mancata pubblicazione dei bandi di gara, alla riduzione ingiustificata dei termini, passando per la fissazione di clausole che limitavano la partecipazione di alcune imprese a vantaggio di altre.

Lo studio condotto dalla Commissione fece emergere anche delle lacune in merito ai mezzi di tutela che potevano essere attivati per garantire le imprese partecipanti alla gara di aggiudicazione che erano state vittime di lesioni. La Commissione, inoltre, temeva il rischio che la carenza dei mezzi di ricorso potesse dissuadere le imprese dal partecipare alle procedure di appalto indette dalle amministrazioni dei vari Stati membri. Emerse, dunque, la necessità di una disciplina unitaria che facesse fronte alle violazioni della normativa sostanziale dei vari ordinamenti interni. L'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti venne perseguito con l'adozione dell'Atto unico europeo, il cui art. 130F, co. 2, stabiliva proprio la necessità di aprire i mercati pubblici nazionali. Con questo documento la Comunità europea si impegnava ad adottare tutte le misure in grado di realizzare la progressiva instaurazione del mercato interno durante un periodo che sarebbe scaduto il 31 dicembre 1992. Il legislatore comunitario, avendo ben a mente questa scadenza, ha predisposto una serie di strumenti giurisdizionali per garantire una corretta aggiudicazione degli appalti, attraverso una procedura priva di vizi; sono nate in questo modo le c.d. "direttive ricorsi".

La Commissione, però, si rese ben presto conto che l'azione di controllo che voleva perseguire non era realizzabile con lo strumento del procedimento d'infrazione, ai sensi dell'art. 226 TCE (11), in quanto non poteva intervenire

(11) La procedura di infrazione, disciplinata dall'art. 226 TCE, si articola in due fasi: una precontenziosa preliminare e la seconda contenziosa vera e propria. La prima di queste due fasi si propone il duplice obiettivo di creare le condizioni per la composizione della controversia per evitare l'intervento

nella fase di aggiudicazione di un appalto cercando di sanare i vizi della procedura ancora sanabili, perché l'attuazione della procedura d'infrazione richiedeva un procedimento alquanto elaborato, mentre la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico era molto snella e veloce. Così si decise di creare uno strumento di controllo articolato in due momenti: un primo controllo veniva effettuato dalla Commissione sulle stazioni appaltanti servendosi di una procedura veloce e poco invasiva, il secondo era condotto da coloro che partecipavano alla gara e consisteva nella possibilità di esperire ricorsi dinanzi ai giudici nazionali.

Le difficoltà maggiori si presentarono al momento di concretizzare questo secondo tipo di controllo: la variegata congerie di norme processuali dei vari Stati membri obbligò il legislatore comunitario a dettare una disciplina che contenesse i principi-cardine della procedura di ricorso in modo tale da garantirne un'applicazione che fosse il più possibile uniforme. I due più importanti aspetti che dovevano essere garantiti dagli Stati nazionali consistevano in un'efficace sistema di tutela cautelare e nella possibilità di concedere un indennizzo per le lesioni subite dai concorrenti alla gara. La direttiva 89/665/CEE non ha fatto altro che recepire quanto affermato dai giudici della Corte di giustizia in materia di rapporto tra norme processuali e sostanziali; pertanto è stato stabilito che gli Stati nazionali devono garantire misure processuali che diano la possibilità di proporre ricorsi efficaci avverso le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Questi ricorsi, inoltre, devono essere esperibili da chiunque vi abbia interesse, essendo stato o potendo essere danneggiato da un'eventuale violazione. Per garantire l'attuazione di tutto ciò, all'art. 2 della direttiva 89/665/CEE è stata prevista una tutela c.d. "a due livelli" attraverso l'attribuzione di poteri sia alle autorità giudiziarie che amministrative dei vari Stati nazionali; si è infatti

della Corte; il secondo scopo è processuale, in quanto lo svolgimento di questa fase è condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte di giustizia. La fase precontenziosa si caratterizza per l'invio allo Stato membro di un atto non formale, la lettera di messa in mora, con il quale la Commissione contesta allo Stato determinati comportamenti e gli assegna un termine entro cui presentare le proprie osservazioni, solitamente si tratta di un termine di due mesi. Seguono le osservazioni dello Stato, in caso contrario si passa subito alla fase contenziosa. Ricevute le osservazioni, la Commissione emana un parere motivato mediante il quale rende noti gli addebiti che muove allo Stato e lo invita a conformarsi entro un dato termine. Il parere motivato non è un atto obbligatorio, lo Stato non viene obbligato dalla Commissione a conformarsi, ma se si vuole evitare il ricorso alla Corte occorre aderirvi. La seconda fase, quella contenziosa termina con la pronuncia, da parte della Corte di giustizia, di una sentenza. Ai sensi dell'art. 228, il Trattato prevede che se la Corte accoglie il ricorso presentato dalla Commissione, essa riconosce che lo Stato membro è venuto meno ad un obbligo su di esso incombente in forza del Trattato; quella della Corte è una sentenza di mero accertamento, non di condanna. Pertanto, la Corte con la sentenza non può disporre l'annullamento dei provvedimenti nazionali ritenuti e riconosciuti incompatibili. L'art. 228, co. 1, TCE stabilisce però che lo Stato membro "è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta". Per un approfondimento sul punto si veda la dettagliata descrizione del ricorso per infrazione fatta da L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*, Giuffrè, 2007, pp. 234 ss.

stabilito che esse possono adottare “con la massima sollecitudine e con procedura d’urgenza” provvedimenti provvisori che mirino a riparare la violazione commessa o siano in grado di ostacolare il prodursi di ulteriori danni, “annullare o far annullare le decisioni illegittime”, prevedere la concessione di un risarcimento per i danni prodotti dalla violazione. La misura cautelare, però, non è sempre concedibile: la sua concessione deve essere negata qualora, da un esame degli interessi in gioco, emerga che le conseguenze negative derivabili sono maggiori di quelle positive.

Da quanto affermato dalla direttiva “ricorsi” e successivamente, per sanarne la sua corretta applicazione, dalla Corte di giustizia, emerge che, quando l’ordinamento di uno Stato membro non prevede, nel settore degli appalti pubblici, un sistema cautelare che garantisca la concessione di misure d’urgenza, indipendentemente dalla proposizione di un’azione di merito, questo è in contrasto con la disciplina comunitaria e, in particolare, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il settore dei lavori pubblici nel nostro Paese durante gli anni ’80 si trovava in una situazione di crisi; per uscire da questa difficile situazione erano state prospettate due possibili soluzioni, la prima delle quali consisteva nella riorganizzazione dell’amministrazione, la seconda in una sistematizzazione della normativa. La seconda soluzione fu ritenuta da più parti la più efficace, così si provvide all’emanazione della legge n. 109/1994, la c.d. legge “quadro” in materia di lavori pubblici che doveva costituire il primo passo verso la realizzazione dell’obiettivo finale: un codice dei lavori pubblici che fosse in grado di dar vita ad una regolamentazione della materia. Il raggiungimento di questo obiettivo fallì, questa legge è stata più volte modificata senza mai giungere all’armonizzazione del settore. A ciò si devono aggiungere le incertezze emerse, intorno agli anni ’90, sul piano giurisdizionale in materia di appalti pubblici (12).

Risolutiva è stata l’influenza esercitata dall’ordinamento comunitario in

(12) Queste incertezze furono dovute alla decisione della Corte di Cassazione (sent. Cass. SS. UU. n. 12221/1990) di attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie in merito agli atti dei concessionari delle opere pubbliche, in quanto venivano considerati dalla Suprema Corte “organi indiretti della pubblica amministrazione, mentre alla giurisdizione del giudice ordinario venivano attribuite le controversie sugli atti degli altri soggetti privati legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di altra natura. La giurisprudenza amministrativa non riteneva affatto giustificata questa diversificazione tra concessionario ed altre figure organizzatorie, così, basandosi sulla normativa sovranazionale e sulle norme interne di recepimento delle stesse, stabilì che in materia di appalti pubblici la giurisdizione era da attribuire unicamente al giudice amministrativo, indipendentemente dal fatto che si trattasse di atti compiuti da soggetti concessionari o meno (sent. C.d.S., Sez. VI, n. 1478/1998). Questa decisione fu di particolare importanza in quanto la Corte di Cassazione riformò il suo precedente orientamento giungendo alla stessa conclusione cui era pervenuta la Sez. VI del C.d.S. Infatti, con sentenza a Sezioni Unite n. 64 del 1999, affermò che al giudice amministrativo spettava la giurisdizione esclusiva nelle controversie relative agli “atti di tutti i soggetti privati, anche se limitatamente alle controversie relative agli appalti c.d. soprasoglia”.

materia di appalti e le modifiche apportate alla disciplina nazionale in seguito al recepimento delle diverse direttive che hanno plasmato il nuovo volto del diritto degli appalti comunitari. Le varie modifiche subite dalla legge quadro in materia di lavori pubblici, nonché i vari interventi del legislatore nazionale finalizzati al recepimento dei principi di provenienza sovranazionale, avevano creato una normativa del settore troppo variegata, a tratti confusa, che richiedeva, pertanto, di essere riorganizzata. In questo scenario si inserirono due importanti direttive comunitarie in materia di appalti pubblici: la prima è la 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure d'appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; la seconda è la 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (13).

Il nostro Paese ha recepito le direttive nn. 17 e 18 del Parlamento europeo e del Consiglio con il decreto legislativo n. 163/2006, frutto della delega go-

Solo successivamente la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 191/2006, ha fugato ogni dubbio sul punto chiarendo che la giurisdizione del giudice amministrativo può essere esercitata anche in merito ai comportamenti tenuti dalla Pubblica Amministrazione, comportamenti che sono il risultato dell'esercizio del potere pubblico; sono però esclusi i comportamenti puramente materiali. La Corte Costituzionale con questa pronuncia ha stabilito che "(...) deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti" collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto".

(13) Queste direttive sono state emanate nell'ambito della liberalizzazione del settore degli appalti al fine di completare la realizzazione del progetto del mercato interno e per favorire un'effettiva concorrenza a livello sovranazionale. Per poter realizzare questo obiettivo, sono state adottate altre disposizioni volte, in primo luogo, alla creazione di pari condizioni per tutti i partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in tutti i Paesi della Comunità europea, in secondo luogo, all'assicurazione della garanzia di trasparenza per un pieno rispetto dei principi comunitari quali la libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi.

La direttiva 2004/18/CE riguarda il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi; la direttiva 2004/17/CE ha lo stesso oggetto della precedente ma con riferimento ai settori esclusi dalla concorrenza, cioè quello dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, dei c.d. settori speciali.

L'obiettivo che si è prefissato il legislatore comunitario è stato quello di realizzare un coordinamento delle procedure d'appalto per "rispondere alle esigenze di semplificazione e modernizzazione formulate sia dagli enti aggiudicatori che dagli operatori economici. Diversi sono i motivi che hanno spinto all'introduzione di norme di coordinamento di questo settore, uno di questi è costituito dal fatto che le autorità dei vari Stati membri possono agire sugli enti aggiudicatori, influenzandone il comportamento; si va dalla partecipazione delle suddette autorità al capitale sociale di questi enti, fino all'inserimento di soggetti, rappresentanti di queste autorità, negli organi amministrativi, direttivi o di vigilanza delle società aggiudicatarie. Un altro motivo consiste nel fatto che gli enti aggiudicatori operano in un mercato, caratterizzato dalla concessione, da parte dei vari Stati membri, "di diritti speciali o esclusivi" finalizzati "all'approvvigionamento, alla messa a disposizione o alla gestione di reti che forniscono il servizio in questione".

La direttiva 2004/17/CE stabilisce che per raggiungere l'obiettivo della liberalizzazione del mercato ed un equilibrio nell'applicazione delle disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, è necessario che gli enti in questione

vernativa conferita dalla legge n. 62/2005, all'art. 25 (14). Al legislatore delegato è stato affidato il compito di compilare “un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto” così come dettate dalle due direttive comunitarie, “nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea”(15). Il secondo obiettivo che il legislatore si doveva prefiggere di realizzare consisteva nella “semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie”, per cercare di contenere i tempi e creare strumenti giuridici flessibili (16). Il legislatore può conferire all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici funzione di vigilanza nel settore degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (17). L'ultimo compito è consistito nell'adeguamento della normativa nazionale alla sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2004, in causa C-247/02 (18). Questi quattro criteri direttivi (19) non sono finalizzati

“siano definiti in modo diverso dal riferimento alla loro qualificazione giuridica”. Il legislatore comunitario punta sostanzialmente ad una parità di trattamento tra gli enti aggiudicatori del settore pubblico e quelli che operano nel settore privato. Inoltre, la partecipazione di un ente pubblico alla procedura di aggiudicazione di un appalto non deve provocare una distorsione della concorrenza nei confronti dei concorrenti privati; tutto questo deve essere garantito dai vari Stati e ad essi, infatti, si rivolge il legislatore comunitario che al considerando n. 55 della direttiva 2004/17/CE stabilisce che “l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza”. I principi espressi in queste due direttive comunitarie in materia di appalti pubblici sono praticamente analoghi; esse sono state recepite dagli Stati nazionali sui quali è gravato l'obbligo di creare gli strumenti idonei alla realizzazione degli obiettivi che il legislatore comunitario ha inteso perseguire con l'emanazione di queste importanti disposizioni. Gli articoli 72 della direttiva 2004/17/CE e 81 della direttiva 2004/18/CE disciplinano i “meccanismi di controllo”, impongono, cioè, agli Stati membri di assicurare l'applicazione di queste direttive attraverso dei meccanismi che siano efficaci, accessibili e trasparenti.

(14) Si vedano sul punto L. A. ESPOSITO, *Applicazioni del diritto comunitario: codice degli appalti, intervento del 13 aprile 2007 al Convegno dell'Università di Salerno, facoltà di giurisprudenza “50 anni di integrazione europea: il diritto comunitario applicato in Italia”*, su www.giustizia-amministrativa.it ed E. STANIZZI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, su rubrica dell'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, su www.anticorruzione.it

(15) Il riferimento è all'art. 25, co. 1, lett. a) della legge n. 62/2005

(16) Si veda l'art. 25, co. 1, lett. b) della legge n. 62/2005.

(17) Cfr. sul punto l'art. 25, co. 1, lett. c) della legge n. 62/2005. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è dotata di “indipendenza funzionale e autonomia organizzativa”, ha a sua disposizione “forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della formazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione”. Il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, durante l'Adunanza del 6 febbraio 2006, n. Sezione 355/06, avente ad oggetto il parere reso sullo schema di decreto legislativo recante il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 62/2005, ha affermato in merito all'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici e al ruolo da essa svolto che “(...) lungi dal ritenersi confliggente con il sistema delle autonomie, deve considerarsi il necessario punto di riferimento e di raccordo del sistema stesso”: così a pag. 10 del parere n. 355/06.

(18) Art. 25, co. 1, lett. d) della legge n. 62/2005.

(19) Si veda sul punto P. DE LISE, *Presentazione del nuovo codice degli appalti*, su www.GiustAmm.it, in *Articoli e note*, n.1-2006.

alla semplice raccolta delle norme preesistenti da coordinare con i principi contenuti nelle due direttive, ma alla creazione di una “disciplina unitaria ed omnicomprensiva, comprendente cioè i contratti sopra e sotto soglia di rilevanza comunitaria, i settori ordinari, i settori speciali e le grandi opere”(20). Sono state abolite le disposizioni contenute nella legge Merloni (21) in contrasto con le nuove direttive europee e con i quattro criteri in precedenza esposti; si è avuta solo un’abrogazione formale di questa legge, la gran parte delle sue disposizioni è stata mantenuta (22). Vista la legge delega n. 62/2005 e gli obiettivi da essa fissati in forza del recepimento delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004, il Governo ha deciso di istituire una Commissione che predisponesse un progetto di recepimento delle stesse; questa Commissione è stata presieduta da Pasquale de Lise, Presidente del T.A.R. del Lazio. A questa Commissione si chiedeva il compimento di una razionalizzazione e di una semplificazione della normativa in materia di contratti pubblici. Si trattava indubbiamente di un compito difficile da portare a termine data l’enorme varietà di disposizioni che disciplinavano il settore. Un “*corpus* di norme organiche sulla regolamentazione del settore” non poteva che estrinsecarsi in un codice dei lavori pubblici (23), peraltro già esistente in altri Paesi della Comunità europea, come la Francia. In realtà l’idea di fondo non è del tutto nuova; infatti, già un decennio prima, si era tentata la realizzazione di un’opera organica di questo tipo. Il tentativo però fallì; dopo l’emanazione della legge quadro n. 109/94 il progetto sostanzialmente si arenò. A convincere il legislatore italiano della bontà di quel progetto e della assoluta necessità di riportarlo in vita è stato l’intervento del legislatore sovranazionale che ha proceduto alla unificazione delle discipline in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in precedenza regolamentati da diverse direttive che sono state, pertanto, superate. Il progetto della Commissione “de Lise”, conformandosi alla disciplina comunitaria, ha dettato delle disposizioni per i contratti soprastoglia analoghe a quelle comunitarie ed ha esteso una disciplina simile anche per i

(20) Il riferimento è a L. A. ESPOSITO, op. cit., su www.giustizia-amministrativa.it

(21) La legge Merloni prevedeva la possibilità di abrogare le norme in essa contenute solo con disposizioni espresse, ma non necessariamente con legge (si tratta della c.d. clausola di resistenza, disciplinata all’art. 1); questa regola è stata rispettata perché l’abrogazione è avvenuta con decreto legislativo, con un atto avente forza di legge. Si veda sul punto L. A. ESPOSITO, op. cit. e P. DE LISE, *Presentazione*, op. cit.

(22) Si veda sul punto P. DE LISE, *Presentazione*, op. cit. Le novità rispetto alla legge Merloni sono individuabili nella maggior possibilità di utilizzare la trattativa privata rispetto al passato, la scelta dei criteri di aggiudicazione di un appalto viene lasciata alla stazione appaltante e non è più rimessa alle decisioni del legislatore, è stato creato un sistema di verifica delle offerte anomale più conforme al diritto comunitario. L’art. 53 della direttiva 2004/18/CE individua i criteri di aggiudicazione degli appalti in quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e in quello del prezzo più basso. Il primo è composto da parametri diversi tra di loro ma tutti collegati all’oggetto dell’appalto; questi sono la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche ambientali, ecc..

(23) Si veda sul punto P. DE LISE, *Presentazione*, op. cit.

contratti sottosoglia; non si è voluto adottare per questi ultimi una normativa più restrittiva e rigorosa. Questa scelta è stata criticata in quanto si è detto che così facendo si è “voluto ampliare la discrezionalità dell’amministrazione a danno della trasparenza, della concorrenza, dei vincoli posti dalla legge Merloni”(24).

Dal progetto della Commissione “de Lise” è nato il d.lgs. n. 163/2006, denominato “Codice dei Contratti Pubblici”, concernente i contratti pubblici (25) relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali; successivamente è stato integrato dal d.lgs. n. 6/2007, ma in maniera quasi trascurabile (26). Gli articoli che qui ci interessa approfondire sono quelli che vanno dal 244 al 246 che devono essere letti in coordinazione tra di loro. Il primo di essi, l’art. 244, riguarda la giurisdizione, l’art. 245 la tutela e, infine, l’art. 246 contiene le norme processuali ulteriori in materia di controversie su infrastrutture ed insediamenti produttivi (27).

(24) Si veda sul punto P. DE LISE,, *Presentazione*, op. cit.

(25) Per un approfondimento sui contratti pubblici si veda E. BRANDOLINI - R. FRANCAVIGLIA, *I provvedimenti d’urgenza in sede civile ed in sede amministrativa. Sistematica della cautela atipica*, HALLEY editrice, 2008, pp. 231 ss. “I contratti della Pubblica Amministrazione sono atti funzionali ed esplicativi nella funzione pubblica e, come tali, destinati funzionalmente al perseguimento dell’interesse pubblico”; “(...) la realizzazione di qualsiasi negozio da parte della pubblica amministrazione deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo attraverso il quale l’amministrazione dichiara, quindi renda evidente, lo scopo da perseguire e le relative modalità di realizzazione”; “(...) l’amministrazione deve dar conto sia delle ragioni di interesse pubblico che la inducono ad agire *jure privatorum* invece che *jure privatorum* sia dell’effettiva realizzazione di tale interesse mediante il ricorso all’autonomia privata. Ciò perché qualsiasi azione dell’amministrazione pubblica è comunque finalizzata alla cura di un interesse alieno e, quindi, non libera nei fini. Evidenza pubblica significa appunto rendere palesi i motivi, di interesse pubblico, che hanno indotto l’amministrazione alla formazione di quello determinata volontà e, quindi, ad adottare le consequenziali decisioni. Detta esternazione rende possibile il sindacato sull’esercizio della funzione ed assolve alle esigenze di controllo”.

(26) Il Codice è strutturato in cinque parti: la prima predispone le norme relative all’oggetto, ai principi, alle fonti, al riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni, all’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, al responsabile per il procedimento e all’accesso nelle procedure di gara; la seconda ha ad oggetto i contratti di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari; la terza i contratti di lavori, forniture e servizi nei settori speciali, come disposto nella direttiva 2004/17/CE. La quarta parte è quella che più ci interessa e che svolge un ruolo significativo, in quanto disciplina “gli strumenti stragiudiziali e giudiziali di composizione delle liti in materia di contratti pubblici”; la quinta ed ultima parte, infine, riguarda le disposizioni di coordinamento e transitorie. Si veda sul punto F. MUSURACA, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nel c.d. Codice dei contratti pubblici*, su www.filodiritto.com, nonché M. A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise)*, su www.federalismi.it n. 21/2006, nonché su Foro amm. – TAR, 2006, pp. 3375 ss. “La normativa dettata dal Codice costituisce il frutto della ricerca di un’equilibrata composizione tra tutela degli interessi sostanziali sottesi alla contrattazione pubblicistica, rispetto alla disciplina vigente ed esigenza di celerità nella definizione delle liti”: così M. A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale*, op. cit., pag. 2.

(27) L’art. 244 del Codice dei Contratti Pubblici prevede che “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”. Sono devolute alla giurisdizione esclu-

In materia di giurisdizione, l'aspetto più importante che il Codice degli appalti ha introdotto "risiede indubbiamente nella possibilità di ottenere dal giudice amministrativo una tutela cautelare *ante causam*, consistente nella possibilità di sottoporre il *petitum* cautelare direttamente al competente organo giurisdizionale e di vederlo eventualmente accolto *inaudita altera parte*"(28).

siva del giudice amministrativo anche le controversie sui provvedimenti sanzionatori che sono emessi dall'Autorità, nonché quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo e "al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica". L'art. 244 del Codice dei Contratti Pubblici prevede che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure. Quando la Pubblica Amministrazione fa precedere la stipulazione di un contratto da una procedura di evidenza pubblica, finalizzata ad esplicitare a tutti quali sono i motivi di interesse pubblico che spingono l'Amministrazione ad adottare determinate decisioni, esercita una funzione pubblica; pertanto, la giurisdizione in materia di contratti preceduti da una procedura ad evidenza pubblica è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Il contenuto dell'art. 244 del Codice dei Contratti Pubblici, riprende il contenuto dell'art. 6 della legge n. 205/2000 che stabilisce la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi, forniture, procedure nell'esplicazione delle quali si deve tenere conto delle norme comunitarie, di quelle nazionali o regionali e dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla legge statale. L'art. 6 della legge n. 205/2000, a sua volta, non fa altro che riportare il contenuto dell'art. 33, lett. e) del d. lgs. n. 80/1998 che estendeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici. Questa impostazione venne poi seccamente smentita dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 292/2000 e qualche mese prima la stessa Corte di Cassazione si era premurata di sconfessare quanto previsto dal d. lgs. n. 80/1998. Rimane dunque ferma l'esclusione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di esecuzione di un contratto pubblico: il giudice amministrativo "si deve fermare" alla valutazione della procedura ad esempio nella fase della scelta del contraente, senza poter giungere a sindacare, per fare un altro esempio, il recesso dal contratto stesso. L'art. 244 garantisce anche la possibilità di adire il giudice amministrativo contro i provvedimenti dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici che hanno contenuto sanzionatorio; il termine per proporre ricorso è di sessanta giorni. L'art. 246 del Codice dei Contratti Pubblici predispone ulteriori norme per disciplinare le controversie in merito ad infrastrutture ed insediamenti produttivi; "questo articolo non contiene modifiche sostanziali rispetto alla normativa di riferimento (il d. lgs. n. 190/2002)". Il co. 3 di questo articolo prevede che il giudice adito, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, deve tener conto delle conseguenze che il provvedimento potrebbe produrre agli altri interessi coinvolti, che pertanto potrebbero essere lesi; il giudice deve, inoltre, tener conto anche del "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera". Per poter accogliere o meno una domanda cautelare si tiene conto anche della "irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente"; l'interesse vantato da quest'ultimo va infatti confrontato "con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione della procedura". Sostanzialmente, il legislatore chiede al giudice adito di tener conto degli interessi contrapposti, lo stesso tipo di comparazione che gli viene chiesta quando deve deliberare in camera di consiglio; va però sottolineata una differenza rispetto a questa comparazione: il co. 3 dell'art. 246 qualifica l'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera come "preminente"; dunque, che comparazione si chiede al giudice quando ancor prima di averla effettuata il legislatore "impone" che si tenga conto della "supremazia" di un interesse sugli altri ugualmente in gioco? Sarebbe stato sicuramente più corretto non attribuire a priori alcuna qualificazione all'interesse nazionale in gioco, perché così facendo si rischia di far soccombere sempre e comunque l'interesse del ricorrente ancor prima che questi abbia adito il giudice "per avere giustizia".

(28) Così A. POLICE, *La tutela giurisdizionale, in I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo Primo, in *Trattato dei contratti*, C. FRANCHINI (a cura di), UTET, 2007, pag. 784. Si veda sul punto anche S. TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice*

L'art. 245 del Codice degli appalti ha apportato nuovi elementi che hanno segnato una discontinuità rispetto alla precedente disciplina in materia di tutela cautelare. Il comma 3 del suddetto articolo stabilisce che il soggetto legittimato a proporre l'istanza è il "soggetto legittimato al ricorso"(29); l'istanza deve essere notificata, anche se il legislatore non ha specificato quali debbono essere i destinatari (30), che vengono generalmente individuati nell'amministrazione resistente e in uno dei controinteressati (31), lasciando al giudice adito il compito di disporre l'integrazione del contraddittorio, compatibilmente con le esigenze d'urgenza che caratterizzano la fase decisoria di un'istanza cautelare *ante causam* (32). Questa istanza deve contenere, anche se in modo succinto, i motivi di gravame in modo tale da individuare il *thema decidendum*. Come prescrive il co. 4 dell'art. 245, l'istanza cautelare *ante causam* "si propone al Presidente del Tribunale amministrativo regionale competente per il merito"; a provvedere sull'istanza può essere lo stesso Presidente oppure il giudice da lui delegato (33). Lo stesso quarto comma prevede che le questioni di compe-

degli appalti, su www.GiustAmm.it. Il co. 1 del suddetto articolo disciplina la possibilità di impugnare "gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità" con due diversi, alternativi, strumenti di tutela: con il ricorso al Tar competente oppure con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; servendosi del primo di questi due strumenti, occorre far riferimento all'art. 23-*bis* della legge T.A.R. Il co. 2 dell'art. 245 prevede anche il ricorso ai rimedi cautelari disciplinati dagli artt. 21 e 23-*bis* della legge T.A.R., dall'articolo 3, co. 4, della legge di riforma n. 205/2000, nonché il ricorso agli strumenti di esecuzione *ex artt.* 33 e 37 sempre della legge T.A.R. Diversi autorevoli esponenti della dottrina hanno criticato questi primi due commi, ritenendoli meramente ripetitivi e di nessuna utilità; questa posizione si è basata in particolar modo sul parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato che aveva consigliato al legislatore di eliminare questi due commi proprio per il loro carattere meramente ricognitivo. Negli intenti del legislatore non c'era la volontà di ribadire la possibilità di far ricorso a strumenti già conosciuti ed acquisiti, ma la necessità di chiarire con questo "riepilogo" che la tutela cautelare *ante causam* è uno dei diversi strumenti di tutela azionabili dal soggetto interessato; si è voluta così sottolineare la natura facoltativa di questo rimedio che semplicemente si aggiunge agli altri rimedi già disciplinati.

(29) Così come espressamente prevede il co. 3 dell'art. 245 del Codice degli appalti. Si veda sul punto A. POLICE, *op. cit.*, pag. 787.

(30) A tal proposito, parte della dottrina si chiede se basti la consegna all'ufficiale giudiziario oppure se sia necessaria la consegna reale o formale della copia al destinatario: su questo punto M. A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, pag. 2 e C. CORAGGIO, *La disciplina del contenzioso nel codice degli appalti*, in *Foro Amministrativo* – T.A.R., 2007, fasc. III, pag. 1212 propendono per la seconda considerazione.

(31) Parte della dottrina ritiene che sia sufficiente che la notifica avvenga nei confronti di un solo contro interessato: così S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 10; P. BUONVINO, I nuovi mezzi di tutela cautelare. Relazione svolta al Convegno: "Il Codice dei contratti un anno dopo", 19 ottobre 2007, per il decennale della rivista "Urbanistica e appalti", su *Accademia Juris* – www.ildirittoepericoncorsi.it, pag. 11. In senso contrario G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in *Atti del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su "Il giusto processo"*, Roma 28-29 marzo 2002

(32) Sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 10.

(33) Si veda sul punto A. POLICE, *op. cit.*, pag. 789, secondo il quale questa scelta è stata effettuata "al fine di evitare che ci sia un'opzione, una scelta da parte dell'istante del giudice cui rivolgersi per chiedere la tutela cautelare preventiva".

tenza sono rilevabili d'ufficio; il legislatore su questo punto ha recepito il suggerimento contenuto nel parere fornito dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo recante il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", ai sensi dell'art. 25 della legge 62/2005 (34). Il Consiglio di Stato, infatti, ha suggerito l'inserimento della rilevanza d'ufficio delle questioni di competenza "al fine di evitare possibili elusioni della normativa in materia di competenza del Tribunale"(35).

Passando all'analisi dei presupposti che l'istanza cautelare deve presentare affinché venga concessa la misura *ante causam*, l'art. 245 prevede come *periculum in mora* l'"eccezionale gravità ed urgenza tale da non consentire la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9", della legge T.A.R.. Da più parti questo presupposto è stato ritenuto "particolarmente qualificato"(36), dovendosi trattare di una situazione straordinaria, di pericolo intenso. È stato sottolineato, inoltre, come spetti al giudice adito individuare "la linea di confine tra i casi di eccezionale urgenza che legittimano la concessione della tutela *ante causam* e quelli di estrema urgenza che, pur legittimando la tutela di cui all'art. 21, nono comma, della legge TAR, non legittimerebbero, invece, quella *ante causam*"(37). Con riferimento all'altro requisito, quello del *fumus boni iuris*, il legislatore non fa alcun cenno; ciò non significa che questo requisito non venga preso in considerazione dal

(34) Il riferimento è al Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006, n. Sezione 355/06. Si veda sul punto anche P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 13.

(35) Il riferimento è a pag. 71 del parere del C.d.S. n. 355/06. Dal parere del Consiglio di Stato emerge come alla base di questo suggerimento ci sia la giurisprudenza recente che ha tentato di porre un freno al fenomeno delle "migrazioni cautelari" prevedendo che, se prima di poter esaminare la domanda cautelare, viene proposta un'istanza di regolamento di competenza, il giudice deve procedere alla delibazione di questa istanza, e, qualora ne rilevi la non palese infondatezza, deve astenersi dal pronunciare sulla domanda cautelare che sarà trattata e decisa dal giudice che verrà ritenuto competente; in tal senso si è pronunciato il Consiglio di giustizia Amministrativa della Regione Sicilia con l'ordinanza n. 661 del 28 luglio 2004, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2004. Secondo questo orientamento giurisprudenziale, se il regolamento di competenza venisse accolto dopo la concessione della misura cautelare preventiva, si produrrebbe un fatto sopravvenuto capace di legittimare la parte interessata a proporre un'istanza volta alla revoca o alla modifica della misura precedentemente concessa.

Non tutta la dottrina concorda con questa scelta: F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, su *www.GiustAmm.it*, pag. 3 ritiene che con questo orientamento giurisprudenziale "si sia finito per andare assai oltre e per codificare un principio di dubbia opportunità, mentre sarebbe stato forse meglio affidarsi al principio dispositivo ed all'equilibrio del singolo magistrato".

(36) Così S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 11. Nello stesso senso, A. POLICE, *op. cit.*, pag. 78.

(37) Così P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 9. Si veda in merito al presupposto del *periculum in mora* anche R. GAROFOLI, *Gli strumenti di tutela particolari nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo VI: Il contenzioso, M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (diretto da), Giuffrè, 2008, pag. 4026, il quale ritiene che "(...) il *periculum*, oltre che essere grave ed irreparabile, possa essere costituito sia dal timore che durante le more del processo sopravvengano fatti lesivi del diritto controverso (c.d. *periculum da infruttuosità*), sia dal pregiudizio derivante già dal mero perdurare della situazione anti-giuridica (c.d. *periculum da tardività*)".

giudice o che non debba sussistere perché sia concessa la misura *ante causam*. L'istante deve comunque indicare, seppur sommariamente, quelli che a suo avviso sono i vizi del provvedimento di cui egli contesta la validità; pertanto, il giudice adito dovrà sempre valutare la non manifesta infondatezza del ricorso proposto (38). Una misura cautelare *ante causam* può essere concessa soltanto se risulta indispensabile “durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21”(39); ciò comporta che la misura ante causam viene concessa per evitare che “la situazione di fatto dedotta in giudizio subisca mutamenti tali da rendere inutile la successiva pronuncia incidentale”(40).

Il giudizio *ante causam* è caratterizzato da un contraddittorio eventuale, ciò significa che le parti sono sentite “ove possibile” (41), ma se la dilazione temporale, necessaria per l'integrazione del contraddittorio, dovesse comportare un pregiudizio alla situazione di urgenza che è stata dedotta in giudizio, il Presidente della Sezione, o il giudice da lui delegato, non potranno optare per un contraddittorio eventuale. Questo però non significa che le parti non saranno mai ascoltate; infatti, se dagli elementi a disposizione del giudice emerge la necessità di ascoltare le parti, si procederà alla loro audizione (42). Tenendo conto dell'urgenza del provvedere, il giudice potrebbe usufruire dello stesso meccanismo disciplinato dall'art. 21, co. 9, della legge T.A.R., cioè chiedere chiarimenti direttamente all'Amministrazione interessata utilizzando strumenti informali che gli permettano di ottenere risposte in tempi brevi, quali il telefono, il telefax, la posta elettronica; in questo modo si potrebbe garantire un contraddittorio, seppur minimo, tra ricorrente, amministrazione convenuta e controinteressato. Inoltre, se le parti sono in grado di attivarsi prontamente, subito dopo la notifica del ricorso, possono presentarsi davanti al Presidente per esporre le loro ragioni (43); così facendo il giudice eviterebbe di adottare una misura cautelare “affrettata e sostanzialmente frutto di una unilaterale ricostruzione giuridico-fattuale di parte”(44).

(38) In tal senso S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 12.

(39) Così come stabilisce il co. 3 dell'art. 245.

(40) Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 14.

(41) Così come prevede il co. 4 dell'art. 245. Si veda sul punto A. POLICE, *op. cit.*, pp. 789 ss.

(42) Gli elementi a disposizione del giudice sulla base dei quali viene valutata la necessità di procedere o meno al contraddittorio sono: lo stato di avanzamento della procedura, i tempi previsti per la convocazione e l'arrivo delle parti presso l'ufficio giudiziario, la rilevanza degli elementi eventualmente acquisibili dall'amministrazione. Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 15. L'Autore ritiene che, stando alla statuizione del co. 4 dell'art. 245, “la garanzia del contraddittorio è destinata a cedere il passo alla piena esplicazione del principio di effettività/tempestività della tutela”; Tarullo prevede, inoltre, che non saranno molto frequenti i casi in cui, visti gli elementi a disposizione del giudice, si procederà all'audizione delle parti.

(43) In tal senso F. MUSURACA, *op. cit.*, pag. 2. Si veda sul punto anche F. SAITTA, *op. cit.*, pag. 2.

(44) Così P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 8.

L'art. 245 non fa alcun cenno alla necessità, per il giudice, di motivare il provvedimento che adotta, sia esso di accoglimento o di rigetto dell'istanza cautelare, né il Consiglio di Stato ha rilevato questa mancanza nel suo parere n. 355/06. Nessuno in dottrina dubita della non necessarietà della motivazione, seppur succinta, data l'urgenza del provvedere e la consistenza ridotta degli elementi presentati dal ricorrente; il giudice deve rendere conto, seppur succintamente, della valutazione compiuta in merito alla sussistenza o meno dei due presupposti (45). Del resto non si potrebbe immaginare un provvedimento di rigetto da parte del giudice cautelare che non sia adeguatamente motivato, soprattutto in considerazione del fatto che il co. 5 dell'art. 245 prevede che il provvedimento negativo non è impugnabile, anche se la domanda è riproponibile dopo l'inizio del giudizio di merito; pertanto, l'istante che si è visto respingere la richiesta di concessione di una misura cautelare, ha il diritto di capire, in vista anche di una eventuale riproposizione della richiesta durante il giudizio di merito, ammesso che la situazione d'urgenza che lo ha spinto a chiedere una misura *ante causam* sia ancora tutelabile. Un Autore, in particolare, sostiene che la motivazione ha una funzione deflattiva del contenzioso, in quanto la stessa potrebbe "soddisfare l'interessato e indurlo a recedere dall'intento di proporre ricorso"(46).

Il legislatore non ha indicato quali potrebbero essere i contenuti di un provvedimento cautelare concesso *ante causam*; si deve pertanto dedurre che la misura preventiva sia caratterizzata dal requisito dell'atipicità (47). Il giudice può dunque "riempire questo contenitore", rappresentato dal provvedimento *ante causam*, del contenuto che più si adatta alle richieste avanzate dal ricorrente, agli interessi che vengono in gioco, purché siano misure "provvisorie"; questo è il requisito che la misura preventiva deve presentare e che permette di distinguerla da quella adottabile nella fase di merito (48). Si deve trattare però di misure che non compromettano le future decisioni cautelari, cioè la successiva valutazione cautelare che verrà compiuta *in causam*; il fatto che il giudice, nell'attribuire un contenuto alla misura che intende concedere, debba tener

(45) Questa considerazione è facilmente deducibile dal disposto degli artt. 39 del T.U. del C.d.S. e 21 della legge T.A.R. Inoltre, qualora non si volesse far riferimento a questi due articoli, viene comunque in soccorso di questa impostazione l'art. 111, co. 6, della Cost., che stabilisce che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 16; E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato, 2000*, fasc. II, pag. 1075; P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 12 il quale sottolinea come la portata della motivazione deve essere "modulata, rapportandola alla natura delle circostanze dedotte, agli aspetti temporali della vicenda, all'entità della controversia e a quella del pregiudizio delle parti, correlato, questo, se del caso, alla comparazione degli interessi in gioco o anche all'esigenza, che può, talora, presentarsi, di fornire indicazioni all'amministrazione circa i limiti della tutela accordata e/o circa gli adempimenti ad essa, se del caso, richiesti".

(46) Così P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 13.

(47) Si veda sul punto A. POLICE, *op. cit.*, pag. 785

(48) Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 17.

conto anche di questo aspetto, non priva il provvedimento preventivo della sua atipicità: sicuramente la misura che meglio contempera tutte queste esigenze è quella della sospensione, la quale evita che la procedura di aggiudicazione dell'appalto avanzi, provocando pregiudizi all'istante, in attesa del giudizio di merito, nell'ambito del quale ci sono tutte le condizioni per valutare in modo più approfondito la questione. Oltre alla sospensione può essere concessa una serie di misure che vanno dall'obbligo di comunicazione e di informazione ai partecipanti o all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, all'ordine di restituire la cauzioni, alla richiesta di pareri tecnici che saranno poi valutati dal giudice se sarà fatta richiesta di valutazione della misura in *causam* (49).

Il co. 5 dell'art. 245 stabilisce che il provvedimento di diniego da parte del giudice adito non è impugnabile, lasciando però all'istante la possibilità di riproporre la domanda cautelare dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge T.A.R., qualora ne ricorrano i presupposti (50). Il provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare è disciplinato dal co. 6 dello stesso articolo; l'efficacia del provvedimento positivo può essere subordinata dal giudice alla prestazione di una cauzione per eventuali danni che l'amministrazione resistente e i controinteressati potrebbero subire. Pertanto, solo il provvedimento positivo è subordinato alla concessione di una cauzione. Alcuni dottrine ritengono che il mancato versamento della cauzione comporti la risoluzione della misura già concessa (51), ma su questo punto non c'è completa convergenza (52).

Il provvedimento di accoglimento deve essere notificato, ai sensi del co. 6 dell'art. 245, "alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice", termine che comunque non può essere superiore a cinque giorni. Il provvedimento di accoglimento inizia a produrre i suoi effetti, cioè il condizionamento dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, fin dal momento della sua emissione e non da quello della sua notificazione; trascorsi sessanta giorni dalla sua emissione, è destinato ad esaurire i suoi effetti (53). In questo modo conserveranno efficacia soltanto quelle misure che saranno "confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9", della legge T.A.R. Trattandosi di un termine perentorio, una notifica che venga effettuata oltre il termine previsto

(49) Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 19

(50) Ad avviso di F. MUSURACA, *op. cit.*, pag. 3 non si comprende il motivo per cui il legislatore abbia disposto in tal senso, non tenendo in considerazione la sentenza della Corte Costituzionale del 23 giugno 1994, n. 253 con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 669-terdecies c.p.c. nella parte in cui non prevedeva il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto della domanda cautelare; l'Autrice, inoltre, si sorprende del fatto che neanche la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato abbia rilevato questa incongruenza.

(51) Si veda S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 21.

(52) Cfr. E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare*: art. 3 L. 21 luglio 2000 n. 205, in *Cons. Stato*, 2001, fasc. II, pag. 489.

(53) Si veda sul punto P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 23.

comporta la perdita di efficacia della misura concessa (54). Secondo quanto indicato nella Relazione illustrativa al Codice, in questo lasso di tempo il ricorrente può notificare il ricorso di merito, nonché depositarlo ed, eventualmente, richiedere, ai sensi del co. 9 dell'art. 21 della legge T.A.R., la misura cautelare ordinaria (55). Il provvedimento di accoglimento, secondo quanto statuisce il co. 6, non è appellabile. In dottrina si ritiene che siano da escludere anche le altre forme di impugnazione, diverse dall'appello (56) e che non sia sostenibile la tesi secondo cui, compiendo una lettura restrittiva del comma in questione, si potrebbe comunque ammettere, avverso il provvedimento di accoglimento, l'istituto della revocazione. Qualora si accettasse questa impostazione, si correrebbe il rischio di creare una disparità di trattamento tra l'istante e le altre parti in causa. Il co. 6 dell'art. 245 stabilisce che la revoca e la modifica del provvedimento con il quale viene concessa la misura cautelare possono essere disposte dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito; si tratta dell'intervento collegiale quando il provvedimento di accoglimento sta ancora producendo effetti, in quanto non sono ancora decorsi i sessanta giorni che il legislatore ha indicato come termine di efficacia. Il legislatore, però, non ha specificato nella norma se le istanze di revoca o di modifica possono essere chieste dalle parti o rilevate d'ufficio dal giudice. E' stato sollevato, inoltre, un altro dubbio in merito a questo punto che ha ad oggetto la possibilità o meno di effettuare il riesame del provvedimento cautelare in relazione all'instaurazione o meno del contraddittorio nella fase cautelare. Autorevole dottrina sul punto ritiene che questa disposizione vada interpretata nel senso che sussiste la possibilità che il provvedimento cautelare venga modificato o revocato solo quando l'istanza cautelare sia stata rigettata e il ricorrente l'abbia riproposta di fronte al giudice del merito; verificandosi questa circostanza, le altre parti possono chiedere al Collegio giudicante la modifica o la revoca della misura cautelare preventiva, considerando, inoltre, il fatto che la stessa sta esaurendo la sua efficacia, ma risulta comunque produttiva di un potenziale effetto pregiudizievole per le controparti in quanto la sua efficacia non si è del tutto esaurita (57).

Gli ultimi due commi dell'art. 245, i commi 7 e 8, hanno ad oggetto, rispettivamente, l'esecuzione della misura cautelare *ante causam* concessa dal giudice e l'inapplicabilità al giudizio amministrativo di secondo grado delle disposizioni che il legislatore ha dettato per disciplinare la tutela cautelare preventiva. Con riguardo all'esecuzione della misura concessa, non ci sono novità di rilievo nella nuova disciplina: si applica, infatti, l'art. 21 della legge T.A.R.,

(54) Si veda sul punto S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 23.

(55) Si veda sul punto P. BUONVINO, *op. cit.*, pag. 23.

(56) Si veda per tutti S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 23.

(57) Si veda sul punto P. BUONVINO, *op. cit.*, pp. 19 ss.

quindi l'istituto della c.d. ottemperanza cautelare. In forza di questo rimedio alla inesecuzione o alla parziale esecuzione della misura cautelare disposta dal giudice adito, la parte interessata può chiedere al Tar, che ha accolto la sua istanza cautelare, di adottare nei confronti dell'amministrazione inadempiente delle misure attuative. Se ad essere concessa in via preventiva è stata la misura della sospensione, di fatto non si pongono problemi di ottemperanza, salva l'ipotesi in cui il giudice non si sia limitato a disporre la sospensione, ma abbia anche emesso ulteriori disposizioni che hanno ad oggetto l'imposizione di un *facere* alla amministrazione. In questi casi, di fronte ad un atteggiamento inerte, la parte interessata può chiedere che venga nominato un commissario *ad acta* affinché si proceda all'esecuzione di quanto disposto dal giudice. Autorevole dottrina ha criticato il pedissequo rinvio, in materia cautelare *ante causam*, al disposto della legge T.A.R., in quanto ritiene che, considerati i tempi tecnici necessari per attivare la procedura di ottemperanza e per la notificazione dell'atto di diffida e messa in mora, nonché quelli necessari per l'eventuale nomina del commissario *ad acta*, l'esigenza di celerità propria della tutela cautelare preventiva potrebbe risultare pregiudicata (58).

Con riferimento al co. 8, l'art. 245 dispone che "le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado d'appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli artt. 21 e 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034". Nel grado di appello, dunque, le istanze cautelari non godono della possibilità, per chi ne abbia interesse, di venir proposte in via preventiva (59). Innanzitutto, occorre segnalare un'incongruenza dovuta, sicuramente, ad una svista del legislatore: il comma ottavo fa riferimento all'intero articolo 245 che, però, comprende una norma, quella disciplinata del co. 1, che si applica, senza alcun dubbio, anche nel secondo grado di giudizio, vale a dire l'impugnabilità degli atti delle procedure di affidamento, degli incarichi, dei concorsi di progettazione mediante ricorso al Tar oppure attraverso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. L'impossibilità di applicare nel giudizio di appello le disposizioni in materia di tutela cautelare *ante causam* è giustificata proprio dalla natura della misura preventiva che, in quanto dettata da esigenze di celerità, è proponibile solo nel primo grado di giudizio. Se nel giudizio di secondo grado dovessero sorgere esigenze cautelari, queste potranno essere soddisfatte mediante il ricorso all'art. 23-*bis*, co. 7, della legge T.A.R. che prevede la possibilità di proporre appello avverso le pronunce del Tar nelle controversie che hanno ad oggetto le materie di cui all'art. 23-*bis*, co. 1.

(58) Si veda sul punto P. BUONVINO, *op. cit.*, pp. 24 ss.

(59) Proprio per il fatto che si tratti di misura che danno vita ad un processo a sé stante e sono indipendenti dal giudizio di merito. Sul punto si vedano S. TARULLO, *op. cit.*, pag. 29 e A. POLICE, *op. cit.*, pp. 796 ss.

Parte della dottrina (60) ha ritenuto “eccessiva” questa influenza comunitaria in materia di appalti pubblici: l’ordinamento comunitario è stato ritenuto “invasivo” nei confronti degli Stati membri. Ad essere criticata è stata anche la “perentorietà della pronuncia della Corte di giustizia”, in particolare nell’ordinanza del 29 aprile 2004 che ha visto coinvolto proprio lo Stato italiano che è stato obbligato ad adeguarsi ad introdurre la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo. Inoltre, l’eccessiva influenza comunitaria è stata ritenuta inopportuna soprattutto alla luce della “debolezza della base normativa”, in quanto in sede comunitaria non vi è una tutela del genere.

Questa riflessione critica pecca, però, di una considerazione di diritto sostanziale che riguarda il valore delle sentenze pregiudiziali, rese in forza dell’art. 234 TCE. E’ vero che nell’ordinamento comunitario tra le norme che disciplinano l’oggetto delle misure cautelari e i presupposti per la loro concessione, non è riscontrabile nessuna disposizione che riconosca al richiedente la possibilità di ottenere la concessione di una misura cautelare anticipatoria. Nel diritto comunitario manca, dunque, una tutela cautelare *ante causam* e affinché un’istanza possa ritenersi ricevibile è necessario che presenti un contenuto che rientri nel *petitum* del ricorso principale. Deve sussistere uno stretto rapporto, potremmo definirlo di identità, tra l’atto che viene impugnato e quello posto a fondamento dell’istanza cautelare, altrimenti verrebbe meno il rapporto di accessorietà; da ciò si può facilmente desumere che nel diritto comunitario non può esserci alcuna istanza cautelare che non sia strettamente connessa al ricorso principale. Stando, dunque, al dettato delle disposizioni dei Trattati, dei Regolamenti e dello Statuto della Corte, mancano del tutto i presupposti per ottenere la concessione di una tutela *ante causam*.

Non bisogna però dimenticare che nell’ordinamento comunitario, al di là del dato legislativo, ciò che più conta è la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di prima istanza. La Corte, infatti, da diversi anni ormai, dopo una prima fase in cui ha ribadito più volte il principio di autonomia dei diritti processuali interni (61), sta cercando di avviare un processo di armonizzazione delle varie norme processuali degli Stati membri, soprattutto in quei settori del diritto in cui si fa applicazione del diritto comunitario (62). Si è giunti in una fase in cui si ha una sorta di “diritto processuale bifronte”, da

(60) Si vedano sul punto M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam*, op. cit., pp. 63 ss. e C. Coraggio, *La disciplina del contenzioso nel Codice degli appalti*, in *Foro amministrativo – TAR*, 2007, fasc. III, pag. 1210.

(61) Si vedano in tal senso le ordinanze del 16 dicembre 1976, *Rewe Zentralfinanz*, in causa 33/76 e del 7 luglio 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord*, in causa 158/80. Con queste pronunce la Corte precisa come il Trattato CEE, al fine di applicare il diritto comunitario, non voleva creare mezzi processuali ulteriori e diversi rispetto a quelli già esistenti nelle varie giurisdizioni nazionali.

(62) Con le ordinanze del 19 giugno 1990, *Factortame*, e del 14 dicembre 1995, *Peterbroeck* si è affermata la necessità che i sistemi nazionali disapplicino le norme interne che sono di intralcio ad una piena garanzia del diritto comunitario.

un lato ci sono le norme vigenti negli ordinamenti dei vari Stati membri, dall'altro, le disposizioni e i principi che la Corte di giustizia ritiene indispensabili affinché si possa giungere alla piena vigenza ed efficacia del diritto comunitario; tra queste due realtà si cerca di creare, attraverso gli strumenti messi a disposizione dai Trattati, primo fra tutti il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 TCE, un'integrazione che sia il più possibile armonica ed uniforme. Questo embrione di diritto processuale comunitario uniforme è costituito da istituti, a volte diversi da quelli propri degli ordinamenti interni, che si cerca, in via pretoria, di integrare, in maniera più o meno incisiva, con le procedure vigenti negli ambiti nazionali. Tra questi istituti vi è sicuramente quello della tutela cautelare. La Corte di giustizia, in moltissime occasioni, ha ribadito la necessità che i giudici nazionali applichino questo istituto in un modo che sia il più possibile conforme ai parametri dettati dalla giurisprudenza comunitaria (63), soprattutto in quei settori in cui non sono previste delle procedure *ad hoc*.

A tutto ciò si deve aggiungere il fatto che le sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia vincolano ovviamente il giudice che ha effettuato il rinvio ai sensi dell'art. 234 TCE, ma non va dimenticato che queste sentenze hanno un valore generale, che va oltre i confini del giudizio nell'ambito del quale il giudice nazionale ha sollevato le questioni pregiudiziali; l'interpretazione contenuta in una sentenza pregiudiziale ha la funzione di "chiarire il significato e la portata della norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore" (64), ha dunque "valore normativo". Considerando il fatto che la Corte di giustizia ha più volte ribadito l'importanza e la necessità dell'introduzione dell'istituto della tutela cautelare *ante causam* in occasione di pronunce pregiudiziali sulle c.d. direttive ricorsi ad opera dei giudici di diversi Stati membri, tra i quali anche quello italiano, non si vede come si possa dire che la tutela cautelare preventiva non abbia una base normativa comunitaria.

Inoltre, si deve evidenziare che quelle posizioni in dottrina che vogliono l'istituto della tutela cautelare *ante causam* come una inutile sovrastruttura, uno strumento che lo Stato italiano ha dovuto introdurre, ma che non aggiunge nulla di più alla già piena realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, realizzatasi con la legge di riforma n. 205/2000 e con gli stru-

(63) Si veda sul punto A. TIZZANO, *Diritto comunitario e tutela giurisdizionale nel diritto interno. La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1997, pp. 35 ss. L'insigne giurista ritiene che non si possa ammettere che sia il diritto sovranazionale "ad adeguarsi alla specificità del nostro sistema. Occorre al contrario reagire alle innovazioni che vengono da quel versante (...) adottando in modo coerente e conseguente le strutture del nostro ordinamento" (pag. 46).

(64) Il riferimento è alla sentenza 27 marzo 1980, *Denkavit italiana*, in causa 61/79. Per un approfondimento sul valore delle sentenze pregiudiziali si veda L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., pp. 287 ss.

menti da essa predisposti, viene smentita da una recente direttiva in materia di ricorsi sugli appalti pubblici e dal processo di armonizzazione dei vari diritti processuali degli Stati membri della Comunità europea.

In data 11 dicembre 2007 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno approvato la direttiva 2007/66/CE che modifica le precedenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE. La nuova direttiva ha ad oggetto delle disposizioni volte al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La necessità di emanare questa nuova direttiva nasce dall'affermazione, da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia, dell'obbligo per gli Stati membri della Comunità europea di garantire accessibili ed efficaci mezzi di ricorso per poter impugnare le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori "relativamente alla questione se un determinato appalto rientri o meno nel campo di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE".

Proprio dalla giurisprudenza comunitaria è emersa la presenza, nonostante il recepimento da parte degli Stati membri di queste due ultime direttive in materia di appalti pubblici, di numerose lacune nei meccanismi di ricorso adottati da diversi Stati. La presenza di tali, gravi carenze, che "non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono essere ancora sanate"⁽⁶⁵⁾, ha reso necessario l'ulteriore intervento delle istituzioni comunitarie attraverso l'emanazione della presente direttiva. L'obiettivo consiste, dunque, nel rafforzamento della garanzia dei principi di trasparenza e di non discriminazione, affinché gli Stati membri possano beneficiare degli effetti positivi introdotti con la modernizzazione e la semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici.

La carenza più grave che è stata riscontrata consiste nella mancanza di un termine tra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipulazione del contratto, un termine che permetta un ricorso efficace. Infatti è stata evidenziata la tendenza delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a "rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione", procedendo molto rapidamente alla stipulazione del contratto. Questo consolidato atteggiamento ha prodotto seri problemi a coloro che avevano interesse a proporre ricorso giudiziale, costituendo un freno alla realizzazione di "un'effettiva tutela giurisdizionale". Per porre rimedio a questo problema, la direttiva stabilisce un termine sospensivo minimo, obbligatorio, durante il quale la stipulazione del contratto viene sospesa. La finalità perseguita dal termine sospensivo minimo è quella di permettere agli offerenti interessati, che non sono stati ancora

(65) Si veda il terzo considerando della direttiva 2007/66/CE.

definitivamente esclusi, di valutare la decisione di aggiudicazione dell'appalto per poter decidere in merito ad un eventuale ricorso contro di essa. Per poter presentare all'autorità giudiziaria un ricorso efficace, gli interessati devono ricevere al momento della notificazione della decisione di aggiudicazione tutte le informazioni che sono loro necessarie a tal fine; lo stesso deve valere per i candidati che si sono visti rigettare la loro domanda da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e dagli enti aggiudicatori. Le informazioni devono contenere "una relazione sintetica dei motivi pertinenti"(66), nonché il "termine effettivo" entro il quale gli interessati possono proporre ricorso.

Un altro importante principio-cardine in materia di appalti che viene ribadito dalla direttiva è quello in forza del quale è necessario contrastare le aggiudicazioni di quegli appalti che vengono effettuate attraverso affidamenti diretti illegittimi; per rendere efficace questo contrasto, è necessario prevedere delle sanzioni che siano "effettive, proporzionate e dissuasive"(67). La direttiva prevede che un contratto che risulti da un'aggiudicazione illegittima dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti. Questa carenza di effetti deve essere accertata "da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo" (68). Privare un contratto illegittimo, frutto di un'aggiudicazione illegittima, degli effetti giuridici che è destinato a produrre, è, ad avviso del Parlamento europeo e del Consiglio, "il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere" (69). Altrettanto privi di effetti devono essere quei contratti che sono conclusi in violazione del termine sospensivo obbligatorio.

La nuova direttiva ribadisce un importante principio, già contenuto nelle precedenti disposizioni comunitarie in materia di appalti, che ha ad oggetto la legittimazione a proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto: la procedura di ricorso deve essere accessibile "a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" (70). Un "temperamento" alla rigorosa sanzione della privazione di effetti del contratto illegittimo è previsto dalla direttiva nella misura in cui permette agli Stati membri di "consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscere in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario

(66) Il riferimento è al settimo considerando della direttiva.

(67) Si veda il tredicesimo considerando della direttiva.

(68) Il riferimento è sempre al tredicesimo considerando della direttiva

(69) Così il quattordicesimo considerando della direttiva.

(70) Si veda sul punto il diciassettesimo considerando della direttiva.

per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale. In tali casi dovrebbero invece applicarsi sanzioni alternative” (71).

La direttiva 2007/66/CE compie un’azione di rafforzamento dei ricorsi nazionali e questo dovrebbe, ad avviso del Parlamento europeo e del Consiglio, “incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d’urgenza, prima della conclusione del contratto” (72). Anche questa direttiva stabilisce che la Commissione è autorizzata “a chiedere agli Stati membri di fornirle informazioni sul funzionamento delle procedure nazionali di ricorso, adeguate rispetto all’obiettivo perseguito, coinvolgendo il comitato consultivo per gli appalti pubblici nella determinazione della portata e della natura di tali informazioni. Solo la diffusione di tali informazioni può infatti permettere di valutare correttamente gli effetti delle modifiche introdotte dalla presente direttiva dopo che sarà trascorso un periodo di tempo significativo dall’attuazione di quest’ultima” (73).

Analizzando la direttiva 2007/66/CE, occorre aver presente un dato di fatto: la stessa non è stata ancora recepita dagli Stati membri, il termine ultimo è il 20 dicembre 2009; pertanto, le considerazioni che di seguito svolgerò saranno fondate solo sul dato normativo che emerge dalla suddetta direttiva, che rappresenta una novità importante nel panorama normativo, comunitario e nazionale, in materia di appalti pubblici. Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno fissato con queste disposizioni dei vincoli normativi per gli Stati membri, ma, al contempo, hanno lasciato gli stessi liberi di adeguarsi o meno ad alcune disposizioni il cui recepimento viene qualificato dalla stessa direttiva come “facoltativo”. Solo dopo il recepimento da parte di tutti gli Stati membri si potranno trarre delle conclusioni, valutando quali saranno stati i destinatari di questa direttiva che avranno approfittato delle importanti opportunità date dal legislatore sovranazionale. La *ratio* sottesa all’adozione di questa direttiva è stata già evidenziata in precedenza; le carenze riscontrate dal legislatore comunitario, così come emerse dalla giurisprudenza della Corte e dalle “incompatibilità” evidenziate dalla Commissione nei diversi ricorsi per infrazione avviati non solo contro l’Italia, hanno costituito l’incentivo più forte nella direzione di questo nuovo testo normativo. L’obiettivo, dunque, è quello di colmare le lacune e per farlo il legislatore comunitario si affida, ancora una volta, ai mezzi di tutela che devono permettere di regolare in maniera ottimale le procedure che sono in contrasto con il diritto comunitario. Per far ciò, per sanare le vio-

(71) Si veda il ventiduesimo considerando della direttiva.

(72) Si veda a tal proposito il ventottesimo considerando della direttiva.

(73) Si veda il trentunesimo considerando della direttiva. Va, inoltre, considerato che l’art. 34 dell’accordo interistituzionale “Legiferare meglio” (GU C 321 del 31 dicembre 2003, pag. 1) stabilisce che gli Stati membri dovrebbero redigere e rendere pubblici, nell’interesse proprio e della Comunità, delle tavole di concordanza tra la presente direttiva e i provvedimenti di recepimento.

lazioni prima che il contratto, frutto della procedura di aggiudicazione, venga stipulato, è necessario rafforzare e adeguare i mezzi di tutela, fondando l'intervento correttivo sulla valutazione di ciò che non ha funzionato.

Partendo dalla considerazione che, il più delle volte, l'amministrazione aggiudicatrice o gli enti aggiudicatori cercano di stipulare il prima possibile il contratto per cristallizzare la decisione d'aggiudicazione, a discapito di chi è stato da essa danneggiato, la direttiva ha introdotto una misura obbligatoria che, quindi, gli Stati membri non potranno valutare se recepire o meno, cioè quella del rispetto di un congruo termine sospensivo fra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipulazione del contratto. Ad essere facoltativa sarà l'eventuale proroga dello stesso nelle ipotesi in cui il soggetto interessato proporrà un ricorso alla stessa stazione appaltante oppure la richiesta di misure cautelari al giudice. Qualora questo obbligatorio termine sospensivo (74) non dovesse essere rispettato, è prevista, come sanzione, la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato; va comunque sottolineato come l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario comporta questa drastica violazione soltanto in alcune ipotesi tipiche, quali la mancata pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, fatte salve le ipotesi contenute nella direttiva 2004/18/CE in cui questo sia consentito, in caso di violazione delle prescrizioni relative al rispetto del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, soltanto se questa violazione ha privato l'offerente, che presenta ricorso, della possibilità di servirsi di altri mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; quest'ultima violazione deve aggiungersi ad un'altra che abbia influito sulle possibilità concesse all'offerente per ottenere l'appalto; la terza tipica ipotesi in cui si ha la sanzione della privazione degli effetti del contratto è quella di un appalto basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione nell'ambito del quale sono state violate le disposizioni che disciplinano i presupposti per poter usufruire di queste diverse modalità negoziali (75).

A proposito del c.d. *standstill period*, occorre sottolineare come l'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici già prevede un termine dilatorio che deve intercorrere tra l'aggiudicazione di una procedura d'appalto e la stipulazione del contratto; questo termine è di trenta giorni (76). Il limite dell'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici consiste nel fatto che non prevede alcuna conseguenza per l'ipotesi del mancato rispetto del suddetto termine (77).

(74) Si tratta del c.d. *standstill period*, così definito da M. A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, su www.federalismi.it, n. 7/2008, pag. 5.

(75) Si veda sul punto M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, su www.federalismi.it, n. 9/2008, pp. 13 ss.

(76) A sottolineare questo aspetto sono sia M. A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto*, *op. cit.*, pag. 6, che M. LIPARI, *op. cit.*, pag. 8.

(77) A rimarcare questa carenza è M. LIPARI, *op. cit.*, pag. 8.

L'aspetto che più ci interessa è quello per cui la direttiva autorizza gli ordinamenti degli Stati membri ad adottare delle disposizioni nazionali di cui il giudice, che è chiamato a pronunciarsi su un'istanza cautelare, deve tener conto per valutare le "probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive"(78). Un altro aspetto interessante in tema di tutela cautelare è riconducibile alla ipotesi in cui, prima della scadenza dell'obbligatorio termine dilatorio, un soggetto interessato proponga un ricorso alla stessa amministrazione ovvero chieda l'adozione di una misura cautelare; in questo contesto sarebbe sicuramente preferibile una proroga automatica del termine per la stipulazione del contratto fin quando l'autorità non si pronuncerà; così facendo il contratto potrà essere stipulato nella certezza che la procedura di aggiudicazione si sia svolta correttamente (79). Alla fine del giudizio cautelare spetterebbe al giudice stabilire se esistono i presupposti "per sospendere gli atti della procedura contestata e la conseguente stipulazione del contratto" (80); se il giudice riterrà che non esistono gli elementi per "sospendere la produzione di effetti contrattuali, la stipulazione del contratto potrebbe seguire il proprio corso, senza il rischio di essere rimessa in discussione" (81).

Al di là delle ipotesi tipiche di privazione di effetti del contratto, che rappresentano le violazioni più gravi della normativa comunitaria, nelle ipotesi di violazione di altri requisiti formali sono adottabili rimedi preventivi e correttivi. Questa disposizione lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere quali sono i rimedi più adatti. Si profila, in questo caso, la possibilità per il legislatore nazionale di far ulteriormente ricorso allo strumento della tutela cautelare preventiva per impedire la stipulazione del contratto frutto di una procedura di aggiudicazione viziata, ma non così gravemente da privare il contratto dei suoi effetti. Se, invece, il legislatore nazionale non dovesse optare per l'adozione di rimedi cautelari preventivi, si profilerebbe la diversa soluzione di adottare strumenti successivi alla stipulazione del contratto, con la conseguenza che non si potrebbe esser certi della possibilità di eliminare le incongruenze. Se il legislatore dovesse decidere di rafforzare il ricorso con procedura d'urgenza, come del resto auspica il legislatore comunitario al considerando 28 della direttiva, si dovrebbe tener conto dell'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice contrapposto rispetto a quello del ricorrente che chiede l'adozione del provvedimento cautelare; pertanto, si dovrebbe prevedere un termine breve entro il quale l'interessato dovrebbe proporre la propria istanza cautelare, auspicabilmente

(78) Così M. LIPARI, *op. cit.*, pp. 4 ss.

(79) Sul punto si veda M. LIPARI, *op. cit.*, pag. 10.

(80) Così M. LIPARI, *op. cit.*, pag. 11.

(81) Così M. LIPARI, *op. cit.*, pag. 12.

ante causam, che produrrebbe automaticamente la sospensione degli effetti del contratto fino alla decisione in merito al provvedimento cautelare richiesto; nelle ipotesi di rigetto dell'istanza, al ricorrente non rimarrebbe altro che la richiesta di risarcimento del danno per equivalente (82).

Questa nuova direttiva in materia di ricorsi sugli appalti pubblici dà l'opportunità al legislatore italiano di adeguare la propria disciplina interna in materia di appalti alle nuove norme comunitarie, per uniformarsi effettivamente ai principi sovranazionali. Si spera che il legislatore non si limiti solo al recepimento di quelle disposizioni della direttiva qualificate come "obbligatorie", ritenendo quelle "facoltative" non necessarie. Un corretto e "fedele" recepimento della direttiva 2007/66/CE eviterebbe l'adozione di decreti correttivi, ci metterebbe al riparo da future procedure di infrazione da parte della Commissione europea, eviterebbe ai giudici della Sezione consultiva del Consiglio di Stato di suggerire modifiche alla disciplina in vigore poi, magari, non accolti e garantirebbe un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco nel delicato ambito degli appalti pubblici, senza alcuna prevaricazione di un interesse sull'altro.

Queste aspettative vengono disattese dalla recente approvazione del D.L. n. 185 del 28 novembre 2008 (83) recante "misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione, impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale"; nei prossimi mesi il Parlamento sarà chiamato alla conversione di queste disposizioni. All'art. 20 del suddetto decreto sono state inserite "norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale". In particolare al co. 8 si stabilisce che: "Le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non comportano, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e il Giudice che sospende o annulla detti provvedimenti dispone il risarcimento degli eventuali danni solo per equivalente".

Questa disposizione è in contrasto con quanto stabilisce la direttiva 2007/66/CE. Nel momento in cui il legislatore italiano prevede che la concessione di una misura cautelare non può comportare "in alcun caso" la sospensione degli effetti del contratto, si è di fronte alla violazione del quarto considerando della direttiva, nonché dell'art. 1, co. 5, della direttiva 89/665/CEE, così come modificata dalla nuova normativa comunitaria. Non viene, dunque, rispettato il termine sospensivo minimo che deve intercorrere tra l'aggiudicazione della gara d'appalto e la stipulazione del contratto; proprio durante questa sospensione deve poter essere concessa "agli offerenti interessati" la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, chiedendo l'adozione degli strumenti più idonei a garantire una tutela effettiva. La previsione di questo termine negli ordinamenti nazionali è "obbligatorio", come stabilito dalla

(82) Si veda sul punto M. LIPARI, *op. cit.*, pp. 27 ss.

(83) Pubblicato su G.U. n. 280 del 29 novembre 2008-Suppl. Ordinario n. 263.

stessa direttiva. Qualora questo termine non verrà rispettato, il contratto, egualmente stipulato, sarà privo di effetti. La privazione di effetti è stata ritenuta dal legislatore sovranazionale “il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere” (84).

E' vero che gli Stati membri hanno un termine per attuare questa direttiva, il 20 dicembre 2009, ma è altresì vero che l'obbligo di attuazione per gli stessi sorge nel momento stesso in cui la direttiva entra in vigore; queste norme sono state emanate l'11 dicembre 2007. Questo comporta che, in pendenza del termine, lo Stato membro non può adottare provvedimenti che si pongono in contrasto con la direttiva o che comunque sono tali da compromettere la realizzazione del risultato per cui la direttiva è stata emanata. Si tratta del c.d. obbligo di non aggravamento, il cui necessario rispetto, da parte degli Stati membri, è stato affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Inter-Environnement Wallonie* (85) e, successivamente ribadito, dalla sentenza *Mangold* (86). L'orientamento della Corte di giustizia è stato condiviso anche dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza del 7 febbraio 2000, n. 41.

Le disposizioni dell'art. 20 del D.L. n. 185/2008 costituiscono, quindi, una violazione del diritto comunitario. In una logica di bilanciamento degli interessi, la necessità di velocizzare le procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale, che costituisce la *ratio* sottesa all'adozione della suddetta disposizione, non può in alcun modo andare a discapito della tutela degli interessi degli altri partecipanti alla gara d'appalto, né può comportare una grave violazione del diritto comunitario che pone lo Stato italiano di fronte ad una futura procedura di infrazione; infatti, l'art. 12-*bis* della direttiva 2007/66/CE prevede che “entro il 20 dicembre 2012 la Commissione riesamina l'attuazione della presente direttiva e riferisce al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alla sua efficacia, in particolare per quanto riguarda le sanzioni alternative e i termini”. Se, dunque, le disposizioni contenute in questo decreto saranno convertite in legge, dovremo attenderci una nuova procedura di infrazione.

Al di là degli scenari che la nuova direttiva europea apre, occorre considerare un altro aspetto. Quando in precedenza si faceva riferimento alla crisi del processo amministrativo esclusivamente come giudizio impugnatorio-casatorio, non bisogna dimenticare che l'abbandono di questo schema originario ha coinvolto anche la giurisdizione esclusiva, nella quale è ancor più evidente come non si sia più di fronte ad un contenzioso avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto della Pubblica Amministrazione, ma sempre più frequentemente dinanzi ad un contenzioso che si rivolge all'accertamento del rapporto

(84) Così il quattordicesimo considerando della direttiva.

(85) Sentenza del 18 dicembre 1997, in causa C-129/96.

(86) Sentenza del 22 novembre 2005, in causa C-144/04.

che sussiste tra la Pubblica Amministrazione e il privato cittadino. Il processo che mira all'accertamento del rapporto è stato quasi una diretta conseguenza dell'introduzione della giurisdizione esclusiva che, basandosi sulla tutela sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi, ha condotto il giudice amministrativo a concedere una tutela effettiva anche ai diritti soggettivi.

Con la legge n. 205/2000 il processo "di accertamento" ha visto ampliata la gamma degli strumenti processuali, tale da garantire al giudice amministrativo l'effettività della tutela. Tra gli strumenti di cui la giurisdizione esclusiva si è fornita vi è il c.d. rito accelerato. Questa particolare tutela è stata introdotta dall'art. 4 della suddetta legge che ha introdotto l'art. 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 ed è finalizzata all'accelerazione della definizione delle controversie che sorgono con riferimento a quelle materie che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo in questione (87); in queste materie la rapida risoluzione delle controversie che dovessero eventualmente sorgere è considerata un'esigenza di particolare interesse pubblico (88). Il legislatore ha dunque ritenuto che esistessero materie c.d. sensibili, che richiedono, pertanto, una disciplina differenziata; basti pensare al d.lgs. n. 190/2002 che prevede le norme per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti

(87) Le disposizioni di questo articolo si applicano alle controversie aventi per oggetto "i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse"; "i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere"; "i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione dei servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti"; "i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti"; "i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costruzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142"; "i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400"; nonché "i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi".

(88) Si veda sul punto la pronuncia del Cons. St., Sez. V, n. 3268 del 21 giugno 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Una materia sensibile è quella prevista dall'art. 1, co. 55, della legge finanziaria per il 2005 (Legge 30 dicembre 2004, n. 311), che stabilisce che "le controversie aventi ad oggetto le procedure e i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al D.L. 7 febbraio 2002, n.7, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 aprile 2003, n. 55, e le relative questioni risarcitorie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alle controversie di cui al presente comma si applicano le disposizioni di cui all'art. 23-*bis* della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034". Questa disposizione ha quindi ad oggetto tutte le controversie che riguardano le impugnazioni delle autorizzazioni alla realizzazione degli impianti di generazione di energia elettrica e i ricorsi presentati avverso i dinieghi di queste autorizzazioni ovvero quelli avverso il silenzio dell'amministrazione nel provvedere sulle istanze di rilascio di questi titoli, cioè avverso ipotesi di silenzio-inadempimento. Anche la materia della giustizia sportiva è stata ritenuta "speciale"; il d. lgs. n. 220 del 19 agosto 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 280/2003, contiene disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva. Questo rito "speciale" è stato dettato dalla necessità ed urgenza di provvedere all'adozione di misure idonee al fine di razionalizzare i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento giuridico dello Stato.

produttivi strategici e di interesse nazionale. Il legislatore ha deciso di attribuire alle controversie che dovessero sorgere in queste materie una disciplina particolare, perché, ad esempio, la realizzazione di opere strategiche e di preminente interesse nazionale può subire degli arresti o dei ritardi proprio a causa di possibili controversie che vengono radicate di fronte al giudice amministrativo; si è di fronte ad un particolare interesse pubblico che richiede una tutela diversa, ma non certo meno garantista.

L'art. 23-*bis* della legge T.A.R. continua a trovare espressione anche in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale per tutto ciò che non è espressamente previsto dall'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002 (89). Il legislatore ha disciplinato i presupposti necessari per la concessione delle misure cautelari; nella valutazione dell'istanza cautelare il giudice deve tener conto delle probabili conseguenze che la concessione del provvedimento cautelare potrebbe comportare a tutti gli interessi in gioco. Un'attenzione particolare viene rivolta all'interesse nazionale, che anche in questo caso, come in materia di contratti pubblici (90), viene definito "preminente". Il giudice se accoglie l'istanza del ricorrente e concede il provvedimento cautelare deve fondare la motivazione della sua decisione anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio che rischia di subire l'impresa del ricorrente; l'interesse del ricorrente deve però essere comparato con il contrapposto interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

Stando al dettato della norma, se l'infrastruttura da realizzare è di interesse nazionale, il ricorrente non potrà mai sperare di veder tutelato il proprio interesse attraverso la concessione di una misura cautelare che eviti la manifestazione del pregiudizio temuto, in quanto il legislatore, qualificando l'interesse nazionale come preminente, ha di fatto messo una grossa ipoteca sulla comparazione, o ponderazione, come viene definita dal diritto comunitario, degli interessi in gioco che egli dovrà compiere al momento della valutazione dei presupposti ai fini della concessione o del diniego della misura cautelare. Questa disposizione fa vacillare il principio della parità delle armi, di cui all'art. 111 Cost., espressione del più generale principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. L'espressa statuizione del suddetto principio, al co. 2 dell'art. 111 Cost. mediante l'espressione "in condizioni di parità", sta a significare che "nel processo non può essere favorita una parte piuttosto che un'altra (di fronte all'esercizio dalla giurisdizione le parti debbono essere poste su un piede di parità)" (91), "(...) non basta, per avere perfetto rispetto del principio del contraddittorio, che le parti siano sentite, ma è necessario che siano sentite in condizioni paritetiche, cioè che il meccanismo processuale non favorisca in alcun modo

(89) Così come stabilisce l'art. 14, co. 1, lett. c) del d. lgs. n. 190/2002.

(90) Si veda l'art. 246, co. 3, del d. lgs. n. 163/2006.

(91) Così B. SASSANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Scriptaweb, 2007, pag. 8

le ragioni di una parte a scapito dell'altra" (92). Nel caso dell'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002, il legislatore ha predisposto un meccanismo processuale che non solo non pone le parti in una condizione paritetica, ma che favorisce proprio le ragioni di una parte sull'altra. L'espressione "preminente interesse nazionale" rende il co. 1 dell'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002 di dubbia costituzionalità. Credo, infatti, che si profili una violazione dell'art. 111, co. 2, della Cost., che, a quanto sembra, nessuno ha sollevato tanto da essere ripresa dal legislatore anche nel Codice dei Contratti Pubblici all'art. 246, co. 3.

L'art. 14, co. 2, del d. lgs. n. 190/2002 stabilisce che, in applicazione dell'art. 2, co. 6, delle direttive 89/665/CEE e 92/12/CEE, l'eventuale sospensione o annullamento dell'aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture disposto dal giudice in accoglimento all'istanza cautelare non determina la risoluzione del contratto che sia stato eventualmente stipulato dai soggetti aggiudicatori; in questo caso il risarcimento degli interessi o dei diritti lesi avviene per equivalente, la reintegrazione in forma specifica non è prevista. Questa disposizione trova applicazione soltanto con riferimento alla fase di aggiudicazione di prestazioni che riguardano le infrastrutture, ma non gli insediamenti produttivi (93). In base al disposto del co. 2, "il momento della stipulazione del contratto di appalto consegna all'appaltatore il suggello dell'intangibilità dell'opera medesima" (94). In dottrina è stato sottolineato come questa previsione avrebbe comportato un aumento delle richieste di tutela cautelare presidenziale ai sensi dell'art. 21, co. 9, della legge T.A.R., al fine di ottenere la misura cautelare prima che si giunga alla stipulazione del contratto (95). Altra dottrina ha sottolineato come con questa disposizione "l'impresa che stipula il contratto di appalto non correrà più il rischio che una successiva ordinanza cautelare o una tardiva sentenza di merito possa annullare l'aggiudicazione dell'appalto affidandolo ad un'altra impresa" (96). Credo che si debba rilevare come questa impostazione vada rivista alla luce della nuova direttiva 2007/66/CE.

Ritengo che la resistenza manifestata da parte della dottrina italiana e dei giudici amministrativi in merito all'introduzione nel processo amministrativo della tutela cautelare *ante causam* sia riconducibile a due ordini di ragioni; la prima è legata al rapporto tra interesse pubblico ed interesse privato. Il legislatore italiano continua a considerare l'interesse pubblico "preminente" ri-

(92) Così B. SASSANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Scriptaweb, 2007, pag. 8.

(93) Si veda sul punto F. VOLPE, *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, in *www.Giust.it* n. 10/2002

(94) Così F. BASILE, *Brevi note sul decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 – nuove disposizioni processuali in materia di appalti pubblici (semplificazione o caos?)*, in *www.Giust.it*, n. 11/2002.

(95) Si veda sul punto VOLPE, *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo*, op. cit.

(96) Così G. SAPORITO, *Le sospensive conquistano stabilità ed autonomia dalla sentenza di merito*, in *Giust. Amm.*, settembre, 2005.

spetto all'interesse del privato cittadino che si trova a misurarsi con la pubblica amministrazione.

Questo comporta un recepimento sicuramente imperfetto dei principi della Corte di giustizia e delle disposizioni del legislatore comunitario, un recepimento che dà vita a delle norme interne che sono il riflesso di questa "preminenza" e che non permettono ai giudici amministrativi italiani una comparazione degli interessi in gioco, nelle controversie sottoposte alla loro valutazione, che sia libera da pregiudizi, da condizionamenti, come del resto ci chiedono di fare il legislatore e il giudice comunitario che affermano l'importanza della ponderazione degli interessi, interessi che, in ambito comunitario, vengono posti su un piano di parità, in modo tale da permettere al giudice di valutare serenamente quando prevalga l'uno piuttosto che l'altro e di capire quando la misura cautelare può essere concessa al privato e quando invece ciò non è possibile, in quanto un eventuale provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare produrrebbe conseguenze negative maggiori di quelle positive. Questo atteggiamento da parte del legislatore italiano si sta manifestando con più forza in questi ultimi anni, da quando la tutela cautelare *ante causam* è stata introdotta nel giudizio amministrativo, in quanto costituisce innegabilmente uno strumento di tutela che pone l'interesse del privato sullo stesso piano di quello pubblico; è uno strumento di tutela che garantisce sicuramente una tutela effettiva, così come ci viene chiesto dal legislatore e dai giudici comunitari.

Che fare dunque? Sarebbe a mio avviso auspicabile che l'istituto della tutela cautelare *ante causam* venisse introdotto nel processo amministrativo e la sua estensione generalizzata, in modo tale da poterlo considerare uno strumento di tutela azionabile, qualora ne ricorrano i presupposti, in modo uniforme. Sarebbe sicuramente da evitare un'applicazione "settorializzata" perché questo potrebbe comportare gravi disparità di tutela e la conseguente violazione del principio di eguaglianza. Credo sia opportuno che il legislatore non si debba lasciar frenare in questo da atteggiamenti "protezionistici", volti alla tutela di interessi propri di un ordinamento e che la Comunità europea non può o, peggio, non deve sindacare.

Credo che sia conveniente "guardare oltre", rendersi conto che il diritto processuale non è solo quello nazionale, interno, ma anche quello comune europeo. Con questo non si vuole imporre un'identificazione tra le due realtà, ma una loro "compatibilità", un'armonizzazione che si fondi su "una struttura normativa comune"⁽⁹⁷⁾. Per creare questa struttura è necessario che alcuni

(97) Si veda sul punto P. BIAVATI, *Gli interventi normativi dell'UE in ambito processuale e le prospettive di un diritto processuale comune europeo*, in *I regolamenti sulla cooperazione giuridica civile. Verifica delle prime esperienze applicative negli Stati membri*, CSM Incontro di studio, Roma, 9-12 febbraio 2004.

ambiti siano omogenei, fra cui quello della tutela cautelare. Le tutele delle situazioni giuridiche sostanziali devono essere armonizzate, fatte ovviamente salve le differenze in merito alle modalità processuali. Il diritto processuale europeo è una realtà in espansione, dai contorni non ancora ben delineati; sarà compito degli Stati membri della Comunità europea collaborare per delinearli insieme. Spero che lo Stato italiano si renda conto dell'importanza che ha questa futura prospettiva e che l'armonizzazione dei diritti processuali nazionali e la definizione del diritto processuale comune europeo non va vista come un destino ineluttabile, ma come una grande conquista di civiltà giuridica.