

## Articoli e note

n. 5-2006 - © copyright

FABIO SAITTA

### Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni\*

1. Preciso subito che la mia relazione non toccherà nè l'art. 240, che disciplina l'accordo bonario risolutivo delle riserve iscritte, già previsto dall'art. 31-*bis* della Legge Merloni, né gli artt. 241, 242 e 243, in tema di arbitrato, in relazione ai quali è previsto un intervento specifico.

Mi limiterò, pertanto, a qualche breve cenno sull'art. 244, in materia di giurisdizione, per poi soffermarmi maggiormente sul successivo art. 245, da cui in definitiva è tratto il titolo della relazione, e concludere con due rapidissime considerazioni sull'art. 246, recante disposizioni processuali per le grandi infrastrutture.

2. Ancorché, nella sua relazione, l'Amministrazione avesse riferito che l'art. 244 è sostanzialmente riproduttivo dell'art. 6, 1° comma, della legge n. 205 del 2000 e dell'art. 4, 7° comma, della Legge Merloni, il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo, aveva espresso l'avviso che, a prescindere dalla fondatezza sistemica di tale tesi, l'innovazione proposta, attenendo all'ambito degli istituti e delle procedure di natura giurisdizionale, fosse al di fuori del perimetro della delega e dovesse essere, quindi, eliminata<sup>[1]</sup>.

Il rilievo mi sembra fondato, perché, come rilevato dal Consiglio di Stato, a prescindere dalle sue indubbie potenzialità innovative, restano estranee alla delega le innovazioni normative che «affrontano profili di organizzazione istituzionale e nessi interpretativi che hanno bisogno di un apposito scrutinio legislativo in ordine all'assetto che si intende dare agli interessi coinvolti»: tra questi ambiti v'è certamente la materia della giurisdizione.

Nè è vero che la norma sia completamente riproduttiva dell'esistente, atteso che, tanto per esemplificare, nel riprodurre l'art. 4, 7° comma, della Legge Merloni, il 2° comma dell'art. 244 ha implicitamente eliminato il termine di trenta giorni per il ricorso innanzi al giudice amministrativo avverso i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, così incidendo - poco importa se opportunamente o meno - sulla materia processuale del tutto fuori delega.

Per il resto, può dirsi che il 1° comma lascia irrisolte tutte le questioni problematiche già poste dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000, mentre il 3° comma, a prescindere dal rilevato eccesso di delega, pone qualche problema interpretativo in ordine all'ampiezza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>[2]</sup>.

3. Passando all'art. 245, non meritano particolare attenzione i primi due commi, che - come giustamente rilevato dal Consiglio di Stato nel predetto parere - avrebbero potuto essere eliminati sia perché meramente ricognitivi degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento, sia perché anch'essi esorbitanti dal perimetro della delega.

Assai importanti sono, invece, i commi successivi, che disciplinano la tutela cautelare *ante causam*, la cui introduzione nel processo amministrativo relativo agli appalti pubblici - come riferito dall'Amministrazione nella relazione - era ormai da tempo imposta dalla giurisprudenza comunitaria<sup>[3]</sup> e, trattandosi del recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/17 e 2004/18, rientrava certamente nella delega legislativa.

Si pone, semmai, come frequentemente accade in presenza di così importanti innovazioni (si pensi, ad es., all'ampliamento dei mezzi di prova nell'ambito della giurisdizione esclusiva operato dall'art. 35, 3° comma, del decreto legislativo n. 80 del 1998), il problema - prontamente segnalato dal Consiglio di Stato - della possibile disparità di trattamento che potrebbe ingenerare la previsione della tutela cautelare *ante causam* soltanto nel settore degli appalti pubblici; problema che, se l'innovazione

produrrà, com'è auspicabile, una sorta di «effetto volano», potrebbe essere risolto attraverso un ulteriore intervento legislativo inteso a generalizzare il nuovo strumento di tutela.

Per il resto, con riguardo al 3° comma va, innanzitutto, segnalato come sia rimasta senza riscontro la segnalazione del Consiglio di Stato, che nel parere aveva opportunamente notato che, mentre l'art. 21, 9° comma, della legge TAR indica come presupposto per la richiesta al presidente di misure cautelari provvisorie la sussistenza della «*estrema* gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio», la disposizione in commento parla di «*eccezionale* gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie», sicchè, per evitare difficoltà interpretative, sarebbe stato meglio uniformare le due previsioni dal punto di vista lessicale, anche perché non sembra che la diversa sfumatura delle due aggettivazioni («*estrema*» ed «*eccezionale*») sia giustificata dalla diversa tipologia di misura cautelare.

Ancorché - com'è ovvio - sarà la giurisprudenza ad interpretare la nozione di «*eccezionale* gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso», si ha la sensazione che la ricorrenza di così stringenti presupposti non potrà essere troppo frequente: essendo sinora stati - giustamente - assai rigorosi nel ritenere sussistente l'«*estrema* gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio», che giustifica l'adozione di misure cautelari provvisorie[4], è prevedibile che i presidenti dei t.a.r. saranno ancora più rigidi nel ravvisare quella gravità ed urgenza «*eccezionale*», idonea ad impedire addirittura la notifica del ricorso, che soltanto giustifica il provvedimento cautelare *ante causam*. Del resto, a ben guardare, in quali casi la fretta di avere una misura cautelare è tale da non consentire al difensore del ricorrente di portare il ricorso a notifica, farsi restituire l'originale e depositarlo, tenuto conto che (della redazione e) del deposito del ricorso stesso non può comunque farsi a meno? In pratica, l'introduzione della tutela cautelare *ante causam* consente al difensore del ricorrente di risparmiare soltanto la previa notifica del ricorso; adempimento che, se si prendono opportuni accordi con l'ufficiale giudiziario, non porta via troppo tempo, anche perchè le misure cautelari provvisorie vengono spesso adottate dal presidente prim'ancora che il ricorso - che, com'è noto, si considera ormai notificato al momento della consegna all'ufficiale giudiziario - sia effettivamente giunto a conoscenza delle parti intimiate.

Va da sé, poi, che, in ossequio al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, l'istanza cautelare *ante causam* «deve necessariamente contenere l'indicazione dell'azione sostanziale che si vuole tutelare; tale indicazione, se non espressamente formulata, deve potersi desumere da elementi plurimi ed inequivoci ricavabili dal testo del ricorso»[5].

La disciplina di questa nuova forma di tutela cautelare è contenuta nei successivi commi, primo fra tutti il 4°, concernente le modalità di proposizione dell'istanza.

Scontate, per diverse ragioni, la necessità della previa notifica e la competenza in capo ad un organo monocratico, *ergo* al presidente, si ritiene che, per contemperare il più possibile l'esigenza di celerità con i dettami del «giusto processo», l'inciso «sentite, ove possibile, le parti», debba intendersi nel senso che il contraddittorio, pur del tutto teorico ed assai difficilmente realizzabile, non sia da escludere *a priori*, ben potendo ipotizzarsi che, qualora il presidente non sia rapidissimo a pronunciarsi, le parti resistenti facciano in tempo a far sentire le loro ragioni: nè più e nè meno, insomma, di quanto accade nel caso delle misure cautelari provvisorie previste dall'art. 21, 8° comma, della legge TAR[6].

Nella versione definitiva del 4° comma, recependo il suggerimento formulato dal Consiglio di Stato, è stata poi introdotta la previsione in ordine alla rilevanza d'ufficio delle «questioni di competenza», tra cui sicuramente rientra l'incompetenza territoriale del t.a.r. adito.

Si desume dallo stesso parere che tale previsione risente della recente giurisprudenza - che, per ragioni di brevità, mi astengo dal commentare - che, nel tentativo di arginare il noto fenomeno delle cc.dd. «migrazioni cautelari», ha affermato che, qualora sia stata proposta istanza di regolamento di competenza prima dell'esame della domanda cautelare, il giudice amministrativo deve necessariamente procedere alla sua preventiva delibazione e, nel caso in cui non rilevi la sua manifesta infondatezza, deve astenersi, almeno nei casi in cui risulti applicabile l'art. 23-*bis* della legge TAR, dal provvedere sulla domanda cautelare, che dovrà essere decisa dal giudice ritenuto competente dal Consiglio di Stato[7]. Secondo la stessa giurisprudenza, peraltro avversata da altre pronunce[8], l'accoglimento del regolamento di competenza che giunga dopo l'adozione della misura cautelare determinerebbe comunque (se non anche l'automatica caducazione della misura cautelare già emessa, salva la riproponibilità della relativa istanza al giudice dichiarato competente, quantomeno) il verificarsi di un fatto sopravvenuto idoneo a legittimare la parte che vi ha interesse a chiedere al nuovo giudice competente la revoca o modificazione della misura cautelare stessa[9].

Ebbene, si ha l'impressione che, portando alle estreme conseguenze tale 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.

All'interno del 5° comma, balza agli occhi soprattutto la previsione circa la non impugnabilità del provvedimento negativo, solo in parte compensata dalla possibilità di riproporre la domanda cautelare dopo l'inizio del giudizio di merito.

Al riguardo, stupisce il fatto che, nella sua relazione, l'Amministrazione - che dice di aver attinto a piene mani dal codice di procedura civile - menzioni l'art. 669-*septies*, che peraltro si limita a prevedere la riproponibilità dell'istanza cautelare respinta «quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto», ma non anche il successivo art. 669-*terdecies*, che è stato dichiarato costituzionalmente legittimo proprio nella parte in cui non ammetteva il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare<sup>[10]</sup> ed è stato recentemente modificato in ossequio al pronunciamento dei Giudici delle leggi<sup>[11]</sup>.

Sorprende ancor più che il Consiglio di Stato, pur ritenendo «centrale» tale previsione, non abbia trovato nulla da ridire in proposito, dimenticando che - come segnalato dalla più attenta dottrina prim'ancora dell'intervento dei Giudici delle leggi - il processo presuppone, soprattutto in materia cautelare, la parità delle armi tra attore e convenuto, per assicurare la quale occorre tener presente che non possono mettersi sullo stesso piano la riproponibilità della domanda davanti ad uno stesso giudice e la possibilità di impugnare il provvedimento innanzi ad un giudice diverso ed in composizione collegiale<sup>[12]</sup>.

Ferma restando l'inappellabilità, sarebbe stato, quindi, opportuno prevedere quantomeno la reclamabilità del provvedimento presidenziale negativo innanzi al collegio: ancorché l'esperienza del processo civile induca a non nutrire eccessiva fiducia in siffatto rimedio, sarebbe stato, come si suol dire, meglio di niente, ove si consideri che - come vedremo tra poco - il provvedimento di accoglimento, pur non essendo appellabile, è quantomeno revocabile o modificabile anche dal collegio. Come si diceva, la domanda cautelare respinta può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito, ai sensi dell'art. 21, 8° e 9° comma, della legge TAR: in tal caso, in sostanza, il ricorrente deve rinunciare alla tutela cautelare *ante causam* ed accontentarsi delle misure cautelari provvisorie che possono essergli accordate dal presidente del t.a.r., subito dopo il deposito del ricorso, allorché sussista l'«estrema gravità ed urgenza» che non consenta neppure di attendere la prima camera di consiglio utile per la delibazione collegiale.

Il 6° comma dell'art. 245 faculta il presidente del t.a.r. a subordinare l'efficacia del provvedimento di accoglimento alla prestazione di un'adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi.

La disciplina di tale istituto è inspiegabilmente diversa da quella contenuta nell'art. 21, 7° comma, della legge TAR, che, pur essendo stato infelicitemente formulato<sup>[13]</sup>, consente di utilizzare l'istituto con maggior ampiezza e, al contempo, con più rigore.

Si allude al fatto che, nel caso in esame, la cauzione può essere utilizzata:

- a) soltanto in caso di accoglimento dell'istanza cautelare, e non anche in caso di rigetto dell'istanza stessa, per i danni al ricorrente<sup>[14]</sup>;
- b) a prescindere dal fatto che dall'esecuzione del provvedimento cautelare possano derivare effetti irreversibili;
- c) anche «quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale»<sup>[15]</sup>.

In definitiva, se ne trae la sensazione che, anziché adagiarsi supinamente sui dettami dell'art. 669-*undecies* del codice di rito, nella specie sarebbe stato meglio ispirarsi all'art. 21, 7° comma, della legge TAR.

L'efficacia del provvedimento di accoglimento cessa comunque decorsi sessanta giorni dalla sua prima adozione, termine entro il quale - come riferito dall'Amministrazione nella relazione - «si stima che [...] la parte possa notificare ricorso di merito, depositarlo, chiedere ed ottenere la tutela cautelare ordinaria»; al di là di questo periodo, restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, 8° e 9° comma, della legge TAR.

A tal riguardo, va segnalato che non è stato seguito il parere del Consiglio di Stato, che aveva suggerito di prevedere che il provvedimento di accoglimento divenisse inefficace «comunque non oltre la pronuncia del collegio cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile a seguito della proposizione del ricorso»: se la disposizione fosse stata così formulata, l'efficacia del provvedimento di accoglimento avrebbe potuto venir meno anche prima di sessanta giorni qualora il

ricorrente avesse ritenuto opportuno instaurare più rapidamente il giudizio di merito e sottoporre, quindi, al collegio l'istanza cautelare prim'ancora del decorso di tale periodo.

Stando così le cose, il provvedimento cautelare *ante causam* viene comunque meno decorsi sessanta giorni dalla sua adozione per essere eventualmente sostituito dalla misura cautelare - monocratica e/o collegiale - emessa a seguito dell'inizio del giudizio di merito.

Lo stesso 6° comma prevede, poi, l'inappellabilità del provvedimento di accoglimento e la sua revocabilità o modificabilità, fintantoché efficace, ad opera sia del presidente che del collegio dopo l'inizio del giudizio di merito.

Quest'ultima disposizione fa sorgere almeno due perplessità.

La prima attiene all'omessa fissazione dei presupposti in presenza dei quali il provvedimento di accoglimento può essere revocato o modificato: pur nel silenzio della norma - che si limita a dire «senza formalità», probabilmente alludendo ad altro - sarei comunque propenso a ritenere che la revoca e/o modifica del provvedimento cautelare *ante causam* presupponga comunque la sussistenza di quei «fatti sopravvenuti» o di quei «mutamenti nelle circostanze» e/o di quelle allegazioni di «fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» richiesti, rispettivamente, dall'art. 21, 12° comma, della legge TAR e dal novellato art. 669-*decies* del codice di rito[16] (norma, quest'ultima, a cui l'Amministrazione dichiara espressamente di ispirarsi) per l'esercizio di tale potere in pendenza del giudizio di merito. Presupposti che, ancorché talvolta interpretati in maniera alquanto largheggiante da giurisprudenza e dottrina[17], dovrebbero servire ad escludere «ogni possibilità di richiesta di riesame della domanda cautelare respinta, in assenza del fatto nuovo»[18].

La seconda perplessità concerne la possibilità di revocare o modificare il provvedimento di accoglimento anche d'ufficio, ossia in assenza di un'istanza di parte. La disposizione si pone, ancora una volta, in contrasto sia con l'art. 21, 12° comma, della legge TAR - che, parlando di «domanda di revoca o modificazione delle misure cautelari concesse», implicitamente esclude la revocabilità o modificabilità *ex officio* - che con l'art. 669-*decies* del codice di procedura civile, che espressamente subordina l'esercizio del potere giudiziale all'«istanza di parte»[19]. Ora, a prescindere dal fatto che non si ravvisano valide ragioni per eludere il principio dispositivo, è evidente che la revoca o modificazione d'ufficio pone anche problemi di contraddittorio, nella misura in cui l'intervento del giudice viene operato all'insaputa del ricorrente, che si vede così privato, senza poter interloquire, della tutela cautelare ottenuta *ante causam*. E' proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto che il contrasto con la disciplina processualcivile assume dimensioni preoccupanti, ove si consideri che la dottrina, pur avendo assunto posizioni variegata circa le modalità di presentazione dell'istanza di revoca o modifica, è unanime nel pretendere che la relativa decisione venga adottata in contraddittorio, mai «prima che alla controparte sia stata data la possibilità di esame dell'istanza»[20]. Sia per l'attuazione del provvedimento cautelare che per la pronuncia in ordine alle spese, il 7° comma dell'art. 245 non rimanda al codice di rito, bensì all'art. 21 della legge TAR.

Ora, tale richiamo, mentre è certamente opportuno, per non dire addirittura necessitato, per quanto attiene all'attuazione del provvedimento cautelare, a cui mal si attaglierebbe la disciplina dettata dall'art. 669-*duodecies* del codice di rito, che peraltro non garantisce un'efficienza analoga a quella dell'ottemperanza[21], risulta, invece, superficiale ed affrettato per quanto riguarda la pronuncia sulle spese. Ed infatti, l'art. 21, 10° comma, della legge TAR, come novellato dalla legge n. 205 del 2000, risolvendo un annoso problema[22], prevede adesso che, in caso di rigetto (e/o declaratoria d'inammissibilità e/o improcedibilità) della domanda cautelare, il giudice «può provvedere» - il che significa che può anche non farlo - in via provvisoria sulle spese; disposizione, quest'ultima, che ha senso solo con riguardo alla fase cautelare, per così dire, *post causam*, a seguito della quale è certa la prosecuzione del giudizio fino alla sentenza di merito, con la quale si potrà, quindi, eventualmente provvedere, a questo punto in via definitiva, sulle spese (anche) nel caso in cui non lo si sia già fatto, provvisoriamente, al termine della fase cautelare, ma che, di contro, appare del tutto inappropriata con riferimento alla fase cautelare *ante causam*, alla quale non è certo che seguirà l'instaurazione di un giudizio di merito. Ne consegue che, poiché, in quest'ultima ipotesi, la pronuncia sulle spese non può che essere contenuta nel provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare *ante causam*, sarebbe stato meglio operare sulla falsariga dell'art. 669-*septies*, 2° comma, del codice di procedura civile, secondo cui, «[s]e l'ordinanza di incompetenza o di rigetto è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare».

L'esame dell'art. 245 si conclude con l'8° ed ultimo comma, che esclude l'applicabilità della tutela cautelare *ante causam* ai giudizi d'appello.

Tale previsione - che, nella relazione, viene giustificata osservando, da un lato, che la tutela *ante causam* è di regola logicamente compatibile, proprio perché *ante causam*, con il solo giudizio di primo grado e, dall'altro, che ad eccezionali esigenze cautelari in fase d'appello può farsi fronte mediante l'appello immediato avverso il solo dispositivo, ai sensi dell'art. 23-bis, 7° comma, della legge TAR - appare del tutto condivisibile, anche perché del tutto in linea con l'orientamento della dottrina processualcivilistica, che, facendo leva su analoghe argomentazioni, univocamente afferma l'inammissibilità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. per sospendere o modificare l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali[23].

4. Nulla di più di due rapidissime considerazioni - come promesso - sull'art. 246, che detta ulteriori norme processuali per le controversie relative ad infrastrutture ed insediamenti produttivi.

Come riferito dall'Amministrazione nella relazione, in tale articolo vengono sostanzialmente riprodotte le speciali disposizioni processuali dettate, per le anzidette controversie, dall'art. 14 del decreto legislativo n. 190 del 2002, ragion per cui si ripresentano adesso le medesime problematiche che aveva posto la suddetta norma.

Si allude, innanzitutto, alle disposizioni sul processo cautelare, oggi contenute nel 3° comma dell'articolo in commento, con riguardo alle quali mi sembrano pienamente condivisibili le considerazioni critiche a suo tempo svolta dalla dottrina, che aveva acutamente notato che, se è vero che, richiedendosi al giudice amministrativo, prima di concedere il richiesto provvedimento cautelare, di tenere conto delle «probabili» (si badi bene, non solo possibili) conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi suscettibili di lesione, non gli si impone nulla di ulteriore rispetto alla comparazione dei contrapposti interessi che normalmente viene effettuata nella deliberazione in camera di consiglio, nel momento in cui gli si chiede di tenere conto anche dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, qualificandolo *a priori* «preminente» rispetto a tutti gli altri interessi in gioco, si finisce per precludergli qualsivoglia comparazione: il giudice viene praticamente chiamato a valutare un qualcosa che è già stato previamente valutato dal legislatore, *ergo* a svolgere funzioni sostanzialmente notarili, a dar atto che l'opera pubblica si deve fare e il più presto possibile, se del caso a discapito di tutti i contrapposti interessi[24].

Merita un brevissimo cenno anche il successivo 4° comma, che, escludendo, in linea con la giurisprudenza comunitaria, la tutela reintegratoria[25], detta una disposizione che, essendo configurata come un'eccezione, sembra dare per scontato che la regola sia che l'annullamento giurisdizionale comporta la caducazione del contratto già stipulato[26], mentre è risaputo che la questione, assai dibattuta, è tuttora all'esame dell'Adunanza plenaria[27].

5. E' impensabile ricondurre ad unità tutte le considerazioni sin qui svolte nel tentativo di tirare delle conclusioni, anche perché i tempi non sono maturi per ricondurre a sistema le disposizioni processuali introdotte dal nuovo Codice. A tal fine, sarà necessario attendere pazientemente che la giurisprudenza, magari eliminando alcune discrasie del dettato normativo, elabori delle regole idonee a consolidare una materia per certi versi - si pensi in particolare alla tutela *ante causam* - assai innovativa.

La prima impressione che si trae dalla lettura delle disposizioni codicistiche in tema di tutela giurisdizionale è che si sia dato vita ad un impianto complessivamente condivisibile, ma suscettibile di alcuni aggiustamenti, intesi, da un lato, ad eliminare talune anomalie già presenti, che sembrano frutto di una superficialità sinceramente inspiegabile; dall'altro, a correggere eventuali discrasie, allo stato imprevedibili, che dovessero emergere dall'applicazione concreta delle singole disposizioni.

---

\* Relazione alla Giornata di studio su: «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni» - Lamezia Terme, 18 maggio 2006.

[1] Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006 n. 355/06, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[2] Sul punto, da ultimo, V. Salamone, *Il riparto di giurisdizione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004: aspetti problematici con particolare riguardo alla attività*

convenzionale, contrattuale, ai comportamenti pubblicistici e alla tutela dell'ambiente, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 3.

[3] Si allude, in particolare, a Corte giust. CE, Sez. IV, ord. 29 aprile 2004, in causa C-202/03, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 6/2004, su cui v., tra i tanti, D. De Carolis, *Corte di Giustizia CE, tutela ante causam e strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo*, *ivi*, n. 7-8/2004. Per un'ampia ricognizione del dibattito dottrinale in argomento sotto il profilo dell'effettività della tutela delle posizioni del privato, L.R. Perfetti, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1999, 93 ss.. Si segnala che l'art. 21 l. n. 1034/1971 era stato sospettato di illegittimità costituzionale nella parte in cui escludeva la tutela cautelare *ante causam*: T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, ord. pres. 15 febbraio 2001 n. 1, in *Dir. proc. amm.* 2002, 143, con nota di E. Di Palma, *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*.

[4] Cfr., da ultimo, T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, decr. 26 aprile 2006 n. 691, ined., che ha evidenziato come la richiesta di misure cautelari provvisorie presupponga «il *quid pluris* costituito dalla concreta sussistenza o (almeno) configurabilità, nella fattispecie, del predetto requisito dell'estrema gravità e dell'urgenza improcrastinabile», che non può giammai coincidere con «il normale *periculum in mora* richiesto per l'erogazione della tutela cautelare collegiale.

[5] In tal senso, *ex multis*, Trib. Foggia, 5 febbraio 2004, ined.. Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, 2ª ed., Padova 2004, 293 ss..

[6] Per tale interpretazione, N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2005, 132.

[7] Così Cons. Giust. Amm. Reg. sic., ord. 28 luglio 2004 n. 661, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 9/2004.

[8] Ad es., T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, ord. 24 settembre 2004 n. 1475, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 10/2004, con commento di C. Giurdanella e S. Mattia.

[9] Cons. Giust. Amm. Reg. sic., ord. 13 giugno 2005 n. 514, in *Cons. Stato* 2005, I, 1114.

[10] Corte cost., 23 giugno 1994 n. 523, in *Giur. it.* 1994, I, 409, con nota di C. Consolo, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*.

[11] Si allude, com'è evidente, alla modifica operata dall'art. 2, 3° c., lett. e-bis), d.l. n. 35/2005, convertito nella l. n. 80/2005, entrata in vigore il 1° marzo scorso.

[12] C. Consolo, *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, in *Corr. giur.* 1994, 379. In argomento, da ultimo, C. Delle Donne, *Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 355 ss., spec. 357, laddove si evidenzia «il ruolo marginale che si ridurrebbe a svolgere un astratto riconoscimento del potere di azione in via cautelare se poi il relativo procedimento non fosse strutturato in modo da consentire alle parti, in condizione di parità, il dispiegamento di ogni mezzo atto a produrre, in anticipo sull'esito del processo, l'utilità richiesta, o ad evitarla».

[13] Si allude al fatto che la norma fissa il presupposto della cauzione nell'irreversibilità degli effetti derivanti «dall'esecuzione del provvedimento cautelare», mentre è evidente che, nel caso in cui la prestazione della cauzione venga disposta a compensazione del diniego della misura cautelare, gli effetti irreversibili possono semmai derivare dall'esecuzione del provvedimento (amministrativo) impugnato: E. Follieri, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, 2ª ed., Torino 2006, 294.

[14] Di «cauzione a doppio uso» parla N. Saitta, *op. cit.*, 122-123, evidenziando con dovizia di argomentazioni l'assoluta diversità delle due situazioni.

[15] Per l'interpretazione di tale inciso dell'art. 21, 7° c., l. n. 1034/1971, cfr. A Zito, *Tutela cautelare e casi di esclusione della cauzione nel processo amministrativo dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1387 ss..

[16] Si allude anche in tal caso alla modifica operata dall'art. 2, 3° c., lett. e-bis), d.l. n. 35/2005, convertito nella l. n. 80/2005, entrata in vigore il 1° marzo scorso.

[17] Con riguardo al processo amministrativo, ci si limita a segnalare la giurisprudenza secondo cui l'art. 21, 12° c., l. n. 1034/1971 «consente la riproposizione anche nel caso in cui il ricorrente abbia proposto nell'ambito dello stesso processo motivi aggiunti per impugnare ai sensi dell'art. 1 legge n. 205 cit. provvedimenti adottati in pendenza del processo e connessi al suo oggetto» (Cons. St., Sez. V, ord. 7 maggio 2002 n. 1675, in *Cons. Stato* 2002, I, 1425). Per quanto concerne il processo civile, ampie indicazioni in E. Merlin, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare*, cit., 372 ss., la quale segnala, pur dissentendo da esse, le interpretazioni volte ad identificare le

«circostanze» con le evoluzioni della situazione processuale dovute allo svolgimento dialettico del giudizio di merito ed a subordinare la vitalità della misura cautelare al grado di convinzione in ordine alla sua giustificazione che il giudice di merito dovrebbe perciò essere incessantemente chiamato a formarsi nel corso della causa. Non mancano, tuttavia, interpretazioni più rigorose, cioè nel senso che l'art. 669-*septies* c.p.c. «esclude la riproponibilità di un'istanza cautelare già avanzata e definita con ordinanza di rigetto se non quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto» (Trib. Salerno, ord. 2 febbraio 2004, in *Foro salern.* 2004, n. 2, 26).

[18] Così N. Saitta, *op. cit.*, 139, secondo cui è il tenore letterale della disposizione, che adopera l'avverbio «solo», ad indurre a ritenere che l'unico indefettibile presupposto della riproposizione dell'istanza cautelare sia costituito dai cc.dd. «fatti sopravvenuti», senza possibilità alternative. Nel senso che la riproposizione della domanda «è subordinata alla sussistenza di fatti sopravvenuti, con la conseguenza che è inammissibile la domanda volta in realtà ad ottenere una nuova valutazione della questione di diritto già in precedenza affrontata», Cons. St., Sez. VI, ord. 20 marzo 2001 n. 1708, in *Cons. Stato* 2001, I, 832.

[19] Nel senso che tale locuzione «vale naturalmente ad escludere la possibilità di un intervento d'ufficio, E. Merlin, *op. cit.*, 387, nota 141, ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

[20] E. Merlin, *op. cit.*, 388, a cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

[21] C. Delle Donne, *op. cit.*, 357-358, nota 9.

[22] Su cui, per tutti, S. Venturi, *Le spese nel giudizio cautelare amministrativo*, in *Giur. merito* 1995, III, 144 ss..

[23] V. per tutti L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza*, in *Il processo cautelare*, cit., 218-219.

[24] Così C. Volpe, *Risoluzione delle controversie e norme processuali nella legge obiettivo. Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del D.L. vo 20 agosto 2002, n. 190*, in *Giust. amm.* 2002, 1470-1471.

[25] Cons. St., Sez. IV, 23 febbraio 2005 n. 657, in *Foro amm.: CdS* 2005, 389.

[26] L'acuta osservazione è, ancora una volta, di C. Volpe, *op. cit.*, 1472.

[27] La questione era stata dapprima rimessa all'Adunanza plenaria dalla Sez. IV, ord. 21 maggio 2004 n. 3355, in *Foro it.* 2005, III, 549, con nota di A. Lamorgese. Successivamente, l'Adunanza plenaria, che all'udienza dell'8 novembre 2004 non aveva potuto far altro che prender atto della rinuncia all'appello, si è vista rimettere nuovamente la questione dal Cons. Giust. Amm. Reg. sic., ord. 8 marzo 2005 n. 109, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

