

CLAUDIO CONTESSA*

***Tutela cautelare e diritto comunitario:
spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*****

(Roma, novembre 2008)

* * *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Metodi e strumenti comunitari per l’assalto alla cittadella dei diritti processuali nazionali: una breve panoramica. - 3. Il carattere ‘incipiente’ dell’approccio comunitario al tema della tutela cautelare. – 4. Alcune (provvisorie conclusioni). – 5. Le prospettive *de jure condendo*: i principali fronti di dibattito aperti dalla nuova direttiva ricorsi in materia di appalti. Conclusioni di ordine sistematico.

1. Premessa

Il tema che mi è stato affidato (si tratta di una breve disamina in ordine ai rapporti fra tutela cautelare nel processo amministrativo ed influenza del diritto comunitario) può essere articolato su tre punti.

*Profili generali
della questione*

In primo luogo richiamerò gli aspetti sistematici della questione relativa ai rapporti fra l’ordinamento comunitario e gli assetti processuali propri dei singoli ordinamenti nazionali (1).

In questa fase, mi interesserò in particolare degli strumenti logici e sistematici utilizzando i quali (pur nel silenzio sui punti dei Trattati istitutivi), la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha comunque potuto ingerirsi a fondo nella struttura degli ordinamenti processuali nazionali.

In secondo luogo mi concentrerò sugli influssi che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed il lavoro interpretativo della Commissione europea (nel suo tradizionale ruolo di *custode dei Trattati comunitari*) hanno sortito sullo sviluppo del dibattito nazionale in tema di tutela cautelare e sulla relativa evoluzione normativa (2).

(*) Consigliere di Stato.

(**) Il presente contributo costituisce la trasposizione, con alcune integrazioni ed il corredo di note dell’intervento tenuto dall’Autore nell’ambito del convegno svoltosi a Roma in data 25 ottobre 2008 presso il Senato della Repubblica, dal titolo ‘*Tematiche d’attualità nel processo amministrativo*’.

(1) Sotto tale aspetto, appare doveroso il riferimento all’ampia ed approfondita disamina svolta da E. PICOZZA nel suo *Processo amministrativo e diritto comunitario* (Padova, 2003, pag. 69, segg. e *passim*).

(2) Per quanto concerne il tema dei rapporti fra tutela cautelare nel diritto interno ed influssi del diritto comunitario, ci si limiterà qui al richiamare (senza pretesa alcuna di esaustività): G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in: *Riv. It. di diritto pubbl. com.*, 1992, p. 131

In questa fase, mi interrogherò in ordine al se l'influenza del diritto comunitario abbia recato un effettivo *valore aggiunto* rispetto alle acquisizioni già conseguite in modo autonomo dal dibattito interno in materia di processo amministrativo.

Mi domanderò, inoltre, se lo stesso sistema europeo di giustizia amministrativa (ossia, il sistema di *judicial review* offerto dai Giudici comunitari a fronte degli atti amministrativi delle Istituzioni e degli Organismi UE) sia caratterizzato dai medesimi – stringenti – vincoli che il Giudice della nomofilachia in ambito UE impone ai sistemi processuali degli Stati membri.

In terzo luogo (e venendo agli aspetti di attualità correlati al *jus condendum*), esaminerò in modo sintetico le principali problematiche applicative recate dalla nuova *direttiva ricorsi* in materia di appalti pubblici (la n. 2007/66/CE), di modifica delle precedenti direttive del 1989 e del 1992 (3).

Nel corso di questa fase, mi soffermerò segnatamente sulla particolarissima previsione di cui all'art. 2, par. 3 della direttiva, il quale prevede l'introduzione negli ordinamenti processuali degli Stati membri di un'ipotesi di effetto sospensivo automatico dell'atto di aggiudicazione quale conseguenza della mera proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso gli atti della gara.

Da ultimo, richiamerò brevemente le prime acquisizioni del dibattito nazionale agitatosi in relazione alla nuova direttiva ricorsi (4) ed ai possibili

e segg.; A. VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, in: *Dir. comunit. degli scambi internaz.*, 1993, p. 501 e segg.; M. MOSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in: *Riv. It. di diritto pubbl. com.*, 1991, p. 1057 e segg.; C. CONSOLO, *Fondamento 'comunitario' della giurisdizione cautelare*, in: *Giur. It.*, 1991, I, col. 1123, segg.; S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in: *Foro amm.*, 2000, p. 2488, segg., nonché – più di recente -: G. VERCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in: www.giustamm.it, n. 10/08.

(3) Si tratta, in particolare, della *direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007*, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

La direttiva in questione modifica ed integra, attraverso la tecnica della novellazione, le due precedenti direttive in materia di ricorsi sugli appalti e precisamente la dir. 89/665/CEE (c.d. '*direttiva ricorsi nei settori classici*') e la dir. 92/13/CE (c.d. '*direttiva ricorsi nei settori esclusi*' – oggi: settori speciali -).

Come è evidente, la direttiva del 2007 mutua l'approccio di politica legislativa che ha ispirato anche la stesura delle direttive fondamentali del 2004 (la n. 2004/18/CE sui c.d. settori classici, nonché la 2004/17/CE sui c.d. settori speciali) il quale per un verso tende a tenere distinte le disposizioni sostanziali da quelle processuali e per altro verso tende a non inglobare in un unico *corpus* normativo le disposizioni dei due richiamati settori.

Si tratta di un approccio di tecnica normativa non condiviso dal Legislatore nazionale del 'Codice' del 2006, il quale ha invece impostato l'opera di codificazione del settore degli appalti sui diversi principi dell'inclusione in un unico testo normativo delle disposizioni sostanziali e di quelle processuali, così come delle disposizioni relative ad entrambi i settori in cui viene tradizionalmente articolata la normativa UE in tema di appalti.

(4) Fra i primi commenti relativi alla nuova direttiva ricorsi, si ritiene qui di segnalare: M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto*

accorgimenti che potranno essere adottati in sede di recepimento onde evitare che la trasposizione della nuova disciplina comunitaria, lungi dal rappresentare un'occasione per raffinare gli strumenti di tutela disponibili in materia di appalti, si trasformi piuttosto in una (potenzialmente dirompente) occasione per derogare ad alcuni principi fondanti del nostro ordinamento processuale (anche amministrativo, come quello della domanda, ovvero della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato.

2. Metodi e strumenti comunitari per l'assalto alla cittadella dei diritti processuali nazionali: una breve panoramica.

Nella presente fase del mio contributo mi concentrerò brevemente (con un'analisi, per altro, non limitata alle sole peculiarità del giudizio cautelare) sugli strumenti sistematici e concettuali utilizzati nel corso dei decenni dai Giudici di Lussemburgo al fine di modellare le categorie processuali interne ai dettami del diritto comunitario e ciò, nonostante l'assenza, nell'ambito dei Trattati istitutivi, di disposizioni volte all'armonizzazione ovvero al ravvicinamento delle legislazioni nella materia processuale (5).

La giurisprudenza della CGCE e l'intervento sugli ordinamenti processuali nazionali

E' infatti evidente al riguardo che, laddove si impostasse la questione facendo esclusivo riferimento al *principio delle competenze di attribuzione* (articolo 5 del Trattato di Roma, divenuto articolo 2 all'indomani della firma del Trattato di Lisbona), occorrerebbe giocoforza escludere un qualunque potere di ingerenza dell'ordinamento comunitario sulla disciplina degli ordinamenti processuali nazionali.

Il superamento dei limiti posti dalle competenze di attribuzione

Ebbene, è noto che gli argomenti logico-giuridici a tal fine utilizzati dai Giudici del *Kirchberg* siano stati essenzialmente due:

- in primo luogo, la Corte di Giustizia ha enfatizzato la valenza (sotto il crinale processuale) del *principio di non discriminazione* fra le posizioni giuridiche di matrice comunitaria e le analoghe posizioni soggettive rinvenienti dal diritto interno (6);
- in secondo luogo (ed applicando un principio a valenza – per così dire – *suppletiva*), la Corte si è basata sul combinato operare dei principi dell'*effet utile* e della *coopération loyale*, postulando l'illegittimità *de jure*

comunitario, in: *www.giustamm.it*, 4/08; R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti – La nuova 'direttiva ricorsi'*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 6/08, p. 665 e segg.; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in: *Urb. e appalti*, fasc. 10/08, p. 1093 e segg.; C. CONTARDI LA GROTTIERA, *Le nuove 'direttive ricorsi' e le vecchie questioni sulla sorte del contratto*, in: *Dir. e pratica amm.va*, fasc. 3/08, p. 100 e segg.

(5) Sul punto, cfr.: E. PICOZZA, *L'effettività del diritto comunitario attraverso il processo amministrativo*, in: E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, cit., p. 69 e segg.; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992;

(6) La valenza del principio in questione viene enunciata in termini particolarmente evidenti nella sentenza della CGCE del 16 maggio 2000 sul caso C-78/98 (*Preston*). Sul punto, cfr. M. SQUINTU, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza amministrativa italiana (I principi del diritto comunitario nell'applicazione delle Corti amministrative italiane)*, in: E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, p. 101, segg.

comunitario delle disposizioni (anche di carattere processuale) le quali rendessero impossibile ovvero estremamente difficile il perseguimento degli obiettivi fissati dai Trattati istitutivi (7).

Ebbene, questi essendo gli strumenti logico-concettuali utilizzati dal Giudice della nomofilachia comunitaria *anche* al fine di plasmare il modello nazionale di tutela cautelare, si osserva che la giurisprudenza comunitaria in materia si sia sviluppata essenzialmente su tre fasi.

*Evoluzione
della giurisprudenza
della Corte
in materia
di tutela cautelare*

La prima fase è contrassegnata dalla sentenza *Factortame I* del giugno 1990 (8).

Con la pronuncia in questione, i Giudici comunitari ebbero ad affermare che il pieno rispetto del principio di *coopération loyale* postulasse che, in presenza di un atto amministrativo nazionale illegittimo *de jure comunitario*, gravasse in capo al Giudice nazionale l'obbligo di adottare una statuizione giudiziale immediatamente attuativa del precetto comunitario, senza doversi limitare alla mera sospensione ovvero al solo annullamento dell'atto interno illegittimo.

*La prima fase:
la sentenza
Factortame*

Come è noto, la sentenza in questione è stata tradizionalmente intesa come il suggello comunitario alla piena espansione di peculiari figure processuali quali la *tutela cautelare atipica*, nonché le c.d. *sospensive propulsive* (9) - anche attraverso il ricorso alla c.d. tecnica del *remand* - (figure che, in vero, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nonché la Corte costituzionale avevano già radicato nell'ambito del sistema *materiale* del nostro ordinamento processuale amministrativo alcuni anni addietro) (10).

(7) Fra le numerose pronunce dei Giudici comunitari che hanno enunciato la valenza anche sotto il crinale processuale dei principi in questione, ci si limiterà qui a richiamare (per la particolare valenza sistematica) la sentenza del 14 dicembre 1995 in causa C-321/93 (*Peterbroeck*) e la sentenza del 17 settembre 1997 in causa C-54/96 (*Dorsch*).

(8) Si tratta della sentenza in data 19 giugno 1990, in causa C-213/89, in: *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1119, segg.; *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 817, ss.

(9) Sul punto, cfr.: E. CHITI, *Misure cautelari effettive ed effettività del diritto comunitario*, in: *Giornale di diritto amm.vo*, fasc. 4/96, p. 333 e segg.; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari 'positivi'*, in: *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 991, segg.;

(10) Il riferimento va, in particolare, alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 8 ottobre 1982, n. 17 (in: *Cons. Stato*, 1982, I, p. 1197) con cui l'Alto Consesso ebbe ad affermare che il Giudice amministrativo ha il potere di sospendere in sede cautelare provvedimenti negativi quali la non ammissione ad un esame; nonché alla pronuncia della Corte costituzionale 28 giugno 1985, n. 190 (in: *Giur. It.*, 1985, I, 1, p. 1297, ss.), con cui la Consulta ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 comma 1 e 113 cost., dell'art. 21 ultimo comma della l. TAR per la parte in cui non prevede(va) il potere per il giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza i quali apparissero, secondo le circostanze del caso, maggiormente idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, quante volte il ricorrente avesse fondato motivo di temere che durante il tempo necessario all'adozione della pronuncia di merito il suo diritto fosse minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. E' appena il caso di rammentare al riguardo che gli assunti concettuali della pronuncia in questione hanno ispirato il disegno riformatore della l. 205 del 2000, rappresentando la base sistematica per la stesura dell'attuale ottavo comma dell'articolo 21, l. TAR.

La seconda fase dell'evoluzione comunitaria relativa al tema della tutela cautelare è scandita dalla pronuncia sul caso *Atlanta* del novembre 1995 (11).

*La seconda fase:
la sentenza
Atlanta*

Nell'occasione i Giudici di Lussemburgo ebbero ad affermare che il potere per i Giudici nazionali di adottare misure cautelari di carattere atipico (anche attraverso la concessione di misure positive) si estendesse:

- non solo all'ipotesi (per così dire, paradigmatica) di illegittimità *de jure communitario* dell'atto amministrativo nazionale,
- ma anche alla particolare ipotesi di illegittimità comunitaria dello stesso atto delle Istituzioni (es.: un regolamento o una decisione) sotteso all'adozione dell'atto amministrativo nazionale impugnato in via principale e da quest'ultimo assunto quale presupposto della sua stessa validità (12).

La terza fase della richiamata evoluzione giurisprudenziale è contrassegnata dalle tre pronunce della Corte di Giustizia (e, segnatamente, sull'ordinanza dell'aprile del 2004 resa su una vicenda italiana) le quali hanno generalizzato per gli Stati membri l'obbligo di introdurre nei propri ordinamenti processuali forme di tutela cautelare *ante causam* (ossia, indipendenti dalla previa notifica di un ricorso giurisdizionale) quanto meno nel limitato – se pure, per alcuni versi archetipico - settore degli appalti pubblici (13).

*La terza fase:
il nodo della
tutela cautelare
ante causam*

La pronuncia in parola (come si avrà modo di sottolineare nel paragrafo seguente) suggerisce all'operatore nazionale una serie di interrogativi in ordine al se il dibattito svolto in sede comunitaria sul tema della tutela cautelare presenti un carattere effettivamente *additivo* rispetto all'analogo dibattito

(11) Si tratta della sentenza in data 9 novembre 1995, in causa C-465/93.

(12) Nell'occasione, i Giudici comunitari ebbero ad affermare che “l' art. 189 del Trattato non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità.

Infatti, alla luce della necessità di coerenza del sistema di tutela cautelare, la Corte ha già riconosciuto ai giudici nazionali che le hanno sottoposto siffatte domande la possibilità di accordare una sospensione dell' esecuzione di un atto amministrativo nazionale adottato sulla base del regolamento contestato, considerando che l' art. 185 del Trattato attribuisce alla parte ricorrente nell' ambito del ricorso per annullamento la facoltà di domandare la sospensione dell' esecuzione dell' atto impugnato e conferisce alla Corte la competenza per concederla. Ora, da un lato, il Trattato non autorizza soltanto la Corte, all' art. 185, a ordinare tale sospensione, ma le attribuisce altresì, all' art. 186, il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari e, dall' altro, la tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell' esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione dei provvedimenti provvisori di cui trattasi, dato che una tale concessione non ha, per sua natura, ripercussioni più rilevanti sull' ordinamento giuridico comunitario della semplice sospensione dell' esecuzione del provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento”.

(13) Ci si riferisce, in particolare: i) alla sentenza 19 settembre 1996 in causa C-236/95 (*Commissione CE vs. Grecia*); ii) alla sentenza 15 maggio 2003 in causa C-214/00 (*Commissione CE vs Regno di Spagna*); nonché iii) all'ordinanza 29 aprile 2004 su ricorso per rinvio pregiudiziale C-202/03, sollevato dal TAR per la Lombardia – Sezione di Brescia.

agitatosi in sede nazionale e se il primo conduca effettivamente ad acquisizioni ulteriori rispetto a quelle autonomamente conseguite nell'ambito del secondo.

3. Il carattere 'incipite' dell'approccio comunitario al tema della tutela cautelare.

Non ritengo utile nella presente sede di scandagliare neppure in parte i numerosi interrogativi sistematici sollevati dalla pronuncia del 2004 resa nei confronti dell'Italia (14), né ritengo di soffermarmi sui numerosi interrogativi sistematici posti dalla previsione di cui all'art. 245 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. 'codice dei contratti') la quale ha tradotto in norma positiva il *dictum* al riguardo reso dai Giudici comunitari.

L'approccio della CGCE al tema della tutela cautelare

Ritengo, invece, di segnalare che la pronuncia della Corte di Giustizia dell'aprile del 2004 palesi in modo quanto mai evidente il carattere – per così dire – 'incipite' dell'approccio della giurisprudenza comunitaria alla questione della tutela cautelare.

Ed infatti, l'esame della giurisprudenza comunitaria degli ultimi decenni (nonché un esame in ordine ad alcune peculiarità ordinamentali proprie dello stesso rito cautelare in ambito UE) palesa una netta discrasia fra:

Le oscillazioni applicative dei Giudici di Lussemburgo

- da un lato, l'approccio estremamente evolutivo (talora, ai limiti dell'ineffettualità) che la Corte di Lussemburgo impone ai Giudici amministrativi nazionali in sede di tutela delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria e
- dall'altro, l'approccio decisamente più tradizionale – e certamente meno garantistico – che la medesima Corte palesa in sede di *judicial review* sugli atti amministrativi delle Istituzioni e degli Organismi comunitari (15).

Al riguardo, mi limiterò a fornire solo due esempi, rispettivamente concernenti la materia della tutela cautelare atipica avverso i provvedimenti negativi c.d. 'puri', nonché la controversa materia della tutela cautelare *ante causam*.

(14) Fra i numerosi contributi dedicati alla pronuncia in questione, ritengo in questa sede di richiamare: M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in: *Riv. it. dir. pub. comunit.*, fasc. 1/08, p. 43 e segg.; *id.*, *Introduzione al tema*, in: M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo fra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, *Quaderni de Il Foro amm.vo T.A.R.*, 2005; M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, *ivi*, p. 57 e segg.

Circa i rapporti fra la tematica della tutela cautelare *ante causam* e le peculiarità del sistema processuale amministrativo nazionale, cfr. S. RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 185 e segg.

(15) Circa la nozione di 'processo amministrativo europeo', si ritiene qui di richiamare: DE PRETIS, *Tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in: *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002.

Quanto alla prima questione (ossia, circa la possibilità di ammettere forme di tutela cautelare atipica - anche attraverso lo strumento delle c.d. sospensive propulsive in caso di impugnativa avverso gli atti negativi dell'Amministrazione -), la giurisprudenza della Corte di Giustizia è tradizionalmente orientata per la tesi negativa (ossia, per l'inammissibilità delle relative domande, laddove proposte a fronte di atti negativi delle Istituzioni comunitarie) (16).

La giurisprudenza della CGCE e la tutela cautelare atipica

L'approccio in questione desta un interesse sistematico tanto maggiore laddove si osservi che la stessa giurisprudenza comunitaria (si pensi ancora alla pronuncia sul caso *Factortame*) richiede – *rectius*: impone – ai Giudici nazionali di approntare una siffatta tutela cautelare quante volte giungano alla loro *cognitio* posizioni giuridiche di fonte UE fatte oggetto di attività amministrativa da parte delle Autorità nazionali.

Quanto, poi, alla seconda questione (mi riferisco al tema della tutela cautelare *ante causam*), l'approccio della Corte di Giustizia che si concreta nell'imporre ai Legislatori nazionali l'adozione di un siffatto strumento processuale risulta in sostanziale distonia con l'assetto positivo dello stesso ordinamento processuale comunitario.

Il nodo della tutela cautelare ante causam

Sarà sufficiente, al riguardo, richiamare l'art. 83, paragrafo 1 del Regolamento di procedura innanzi alla Corte di Giustizia, il quale ammette la proponibilità di un'istanza cautelare innanzi ai Giudici comunitari solo previa proposizione di un ricorso di merito (in tal modo evidentemente postulando l'inammissibilità di forme di tutela cautelare *ante causam* avverso gli atti delle Istituzioni e degli Organismi dell'Unione) (17).

4. Alcune (provvisorie) conclusioni.

Le notazioni sin qui svolte mi consentono di tracciare le prime (provvisorie) conclusioni di questo breve contributo e di affermare che, pur non potendosi negare sotto il profilo generale il notevole contributo che l'ordinamento comunitario ha fornito all'evoluzione del nostro sistema

Breve riepilogo delle conclusioni tracciate

(16) Sul punto, cfr. Corte di Giustizia delle CE, ordinanza 31 luglio 1989 in causa C-206/89 (*C. vs. Commissione CE*); ord. 30 aprile 1997 in causa C-89/97 (*Moccia IRME vs. Commissione CE*).

Merita, in particolare, segnalare la motivazione della prima di tali pronunce, con la quale la Corte ha dichiarato irricevibile (giusta i *nomina juris* comunitari) per carenza di interesse l'istanza di sospensione proposta da un aspirante all'impiego presso la Commissione europea avverso l'atto con cui l'Esecutivo comunitario aveva espressamente rifiutato l'assunzione. Nell'occasione, la Corte ha statuito che “*il provvedimento impugnato è un provvedimento amministrativo negativo contro il quale è inconcepibile l'istanza di sospensione dell'esecuzione, dato che la sospensione stessa non potrebbe avere l'effetto di modificare la situazione del richiedente, il quale non potrà essere assunto fino a che non sarà stata adottata una decisione positiva della Commissione* .

(...) Dato infatti che il provvedimento reca rifiuto di assumere il ricorrente (...), la sospensione dell'esecuzione del provvedimento stesso non dà al ricorrente l'accesso a detto posto”.

(17) La disposizione in questione (inserita nell'ambito del capo rubricato ‘*Della sospensione dell'esecuzione e degli altri provvedimenti urgenti mediante procedimento sommario*’) recita come segue: “*La domanda, ai sensi degli articoli 242 CE e 157 del Trattato CEEA, per la sospensione dell'esecuzione di un atto di un'istituzione è ricevibile solo se il richiedente ha impugnato tale atto in un ricorso dinanzi alla Corte*”.

processuale amministrativo, nondimeno – nel particolare ambito della tutela cautelare – tale contributo non debba essere enfatizzato oltre misura.

Ed infatti (come si è sinteticamente osservato in precedenza), l'indagine circa l'evoluzione del sistema nazionale di tutela cautelare nell'ambito del rito amministrativo mostra come essa abbia proceduto *prima ancora ed indipendentemente* dagli impulsi della giurisprudenza comunitaria, e che già alla prima metà degli anni ottanta dello scorso secolo il dibattito nazionale avesse autonomamente elaborato figure di particolare importanza, quali la sospendibilità degli atti negativi, ovvero le misure cautelari atipiche (anche attraverso il ricorso al particolare strumento delle c.d. '*sospensive propulsive*') (18).

In secondo luogo, si è osservato che, quando pure i Giudici di Lussemburgo hanno indotto il Legislatore nazionale ad introdurre nell'ordinamento domestico istituti dal carattere effettivamente innovativo (come la tutela cautelare *ante causam*), essi hanno insistito su figure processuali che (forse non a caso) non avevano trovato cittadinanza nell'ambito dell'ordinamento nazionale (19) ed il cui precoce e generalizzato inutilizzo nella pratica processuale ne palesa in modo lampante l'inessenzialità al fine di garantire pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale.

In terzo luogo, poi, si è osservato che il tema della tutela cautelare manifesti in modo quanto mai lampante un approccio comunitario al tema delle tecniche processuali che Giuseppe Morbidelli, con una fortunata locuzione, ebbe a definire '*a geometria variabile*' (20): si tratta di un approccio in base al quale il livello quali-quantitativo degli strumenti di tutela cautelare che i Giudici comunitari impongono agli ordinamenti nazionali risulta ben diverso (ed assai più stringente) rispetto al livello di incisività che essi stessi realizzano quando

*L'approccio
'a geometria
variabile'
dell'approccio
della CGCE*

(18) Al riguardo, si richiama ancora la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 8 ottobre 1982, n. 17, nonché la pronuncia della Corte costituzionale 28 giugno 1985, n. 190.

(19) Il riferimento va alla pronuncia della Corte costituzionale 10 maggio 2002, n. 179 (in: *Giur. Cost.*, 2002, p. 1442, segg.) la quale ebbe a dichiarare la manifesta infondatezza della q.l.c. relativa all'art. 21 l. TAR (come modificato dalla l. 205 del 2000) per ritenuta violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost., per la parte in cui esclude(va) la tutela cautelare '*ante causam*' e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli art. 669 ss. c.p.c. davanti al giudice amministrativo.

Nell'occasione, la Consulta ebbe ad affermare che il completo ed articolato sistema di tutela cautelare attingibile nell'ambito del processo amministrativo all'indomani della riforma del 2000 risultasse nel suo complesso adeguato al fine di assicurare i canoni costituzionali di *pienezza ed effettività* della tutela giurisdizionale, senza che l'assenza di una singola figura processuale (*scil.*: la tutela cautelare *ante causam*), a prescindere dalla sua concreta *utilitas*, potesse valere *ex se* a determinare l'inadeguatezza ai fini di tutela del sistema cautelare amministrativo nel suo complesso.

Nell'occasione la Consulta ebbe a ribadire il proprio radicato orientamento secondo cui "*il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali (v., da ultimo, ordinanza n. 343 del 2001 e, per l'autonomia e particolarità dei diversi sistemi processuali, ordinanze n. 30 del 2000 e n. 359 del 1998; sentenza n. 53 del 1998)*".

(20) G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 46.

vestono i panni (assai meno confortevoli) di Giudici degli atti amministrativi delle Istituzioni comunitarie.

5. Le prospettive *de jure condendo*: i principali fronti di dibattito aperti dalla nuova direttiva ricorsi in materia di appalti. Conclusioni di ordine sistematico.

Venendo, quindi, alla parte conclusiva del mio contributo, ritengo di esaminare brevemente le principali questioni che, nell'evoluzione del dibattito interno sul tema della tutela cautelare, saranno poste dal recepimento della nuova direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici (dir. 2007/66/CE), che il Legislatore nazionale è chiamato a recepire nell'ordinamento interno entro il dicembre del 2009.

La portata sistematica della nuova direttiva ricorsi (2007/66/CE)

Per quanto concerne segnatamente la tematica della tutela cautelare, viene in particolare rilievo la previsione dell'articolo 2, paragrafo 3 della nuova direttiva, la quale introduce una particolarissima ipotesi di sospensione automatica dell'atto di aggiudicazione come mero effetto della proposizione di un ricorso giurisdizionale, ed anche a prescindere da un qualunque provvedimento dell'Autorità giurisdizionale chiamata a conoscerne.

La questione dell'effetto sospensivo automatico

Secondo l'articolo in questione, infatti: «*qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva una decisione relativa ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'Amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso non abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso.*

La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2-bis, paragrafo 2, e all'articolo 2-quinquies, paragrafi 4 e 5».

Ora, i primi contributi dottrinali che si sono interessati all'argomento non hanno mancato di sottolineare come la previsione in questione presenti alcune *liaisons dangereuses* con una serie di principi fondanti del nostro ordinamento processuale, anche al livello costituzionale (21).

Profili di criticità con i principi del processo (anche) amministrativo

Mi riferisco, in particolare:

- al *principio costituzionale di separazione dei poteri*, il quale presenta aspetti di difficile compatibilità con una previsione normativa la quale postuli la sospensione dell'efficacia di un atto amministrativo per effetto di una mera manifestazione di volontà da parte di un soggetto privato (22), nonché

(21) Circa la più generale questione dei rapporti fra l'ordinamento comunitario ed i principi stessi del diritto amministrativo, cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, *passim*; *id.* *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997, *passim*; *id.* *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in: *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1209, *segg.*

(22) Circa la valenza costituzionale del principio in questione, pure a fronte della sua mancata esplicitazione nell'ambito del testo costituzionale, cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello*

- al principio della domanda e della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato (23), i quali sembrano difficilmente armonizzabili con una previsione normativa la quale postuli la sospensione di un atto amministrativo anche a prescindere da un'apposita istanza in tal senso da parte del soggetto agente (nonché – ipotesi solo apparentemente paradossale – anche nel caso in cui il soggetto agente ben si sia guardato dal proporre un'istanza cautelare, essendo consapevole dell'infondatezza della propria pretesa nel merito ed aspirando unicamente – ed in modo strumentale - a perpetuare per il tempo più lungo possibile una situazione di stallo da lui stesso determinata attraverso la proposizione del ricorso giurisdizionale) (24).

Ritengo di fermarmi a queste brevi notazioni, anche se gli esempi potrebbero continuare.

Mette appena conto di sottolineare che la vicenda dell'impatto sul nostro ordinamento processuale della nuova direttiva ricorsi fornisca uno spaccato quanto mai rappresentativo del più generale tema dei rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento processuale nazionale.

La questione può essere riguardata essenzialmente sotto due angoli visuali.

Per quanto concerne i risvolti pratico-fattuali di tali rapporti, credo che la relativa portata non debba essere né enfatizzata (in relazione ai suoi aspetti positivi), né esorcizzata (in relazione ai profili negativi).

*Gli aspetti
pratico-fattuali
del recepimento
della direttiva
del 2007*

Ed infatti, un apprezzabile dibattito nazionale (25) ha già fornito preziosi spunti ricostruttivi onde evitare che il recepimento della direttiva del 2007 arrechi *vulnera* rilevanti ai coacervati assetti processuali del nostro ordinamento processuale amministrativo.

Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana), in: *Enc. Diritto*, vol. XI, 1962, par. 26 e *passim*.

(23) Circa la valenza dei principi in questione (intesi quali corollari del più generale principio dispositivo nell'ambito del processo amministrativo), appare doveroso il rinvio a quanto compiutamente esposto in: V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004, p. 350 e segg. Sul punto, v. anche M. NIGRO, *Domanda (principio della) (diritto proc. amministrativo)*, in: *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989.

(24) Ai fini che qui rilevano, è comunque doveroso segnalare che la previsione in commento, una volta recepita, non rappresenterà un *unicum* nell'ambito dell'ordinamento italiano. Ed infatti, la previsione di un effetto sospensivo automatico connesso alla mera proposizione del ricorso (sia pure con valenza limitata al solo tempo necessario ad ottenere una pronuncia cautelare da parte del G.A.) è già contenuta al comma 4 dell'art. 22 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 (in tema di ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale di cittadini di uno Stato dell'Unione europea). Secondo la disposizione in questione, infatti, “*i ricorsi [in questione] possono essere accompagnati da una istanza di sospensione dell'esecutorietà del provvedimento di allontanamento. Fino all'esito dell'istanza di cui al presente comma, l'efficacia del provvedimento impugnato resta sospesa, salvo che il provvedimento di allontanamento si basi su una precedente decisione giudiziale ovvero sia fondato su motivi di sicurezza dello Stato o su motivi imperativi di pubblica sicurezza*”.

(25) Al riguardo, ritengo ancora di richiamare i contributi di M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto*, cit., e di R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti – La nuova 'direttiva ricorsi'*, cit.

Al riguardo (ed ai limitati fini che qui rilevano), mette conto di segnalare le accorte proposte fornite dalla dottrina al fine di temperare l'indifferenziata applicazione del principio della sospensione automatica, attraverso il prudente utilizzo di alcuni accorgimenti rinvenibili nell'ambito della stessa direttiva oggetto di recepimento (26).

Per quanto concerne, invece, i risvolti squisitamente sistematici e concettuali della questione, ritengo che la vicenda del recepimento della direttiva ricorsi dovrebbe indurre gli operatori nazionali a superare la risorgente tentazione di invocare il diritto comunitario (ed i Giudici della sua nomofilachia) come una sorta di immanente *ultima istanza* rispetto a tutto quanto può essere elaborato nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed a prendere atto come nel settore della tutela cautelare (come in altri settori anche esterni ai confini del processo amministrativo) l'ordinamento comunitario giunga talora con alcuni anni di ritardo ad avallare le medesime risposte che l'alto livello del dibattito dottrinale e giurisprudenziale nazionale aveva già individuato all'esito di un'autonoma evoluzione.

(segue):
gli aspetti
di ordine
sistematico.
Conclusioni
sul punto

(26) Si ritiene, in particolare, di richiamare quanto condivisibilmente sostenuto da R. DE NICTOLIS nel suo contributo da ultimo menzionato (pag. 666). Secondo l'A., in sede di recepimento della direttiva 2007/66/CE, il Legislatore delegato dovrà (*inter alia*): "(...) scegliere, tra le due opzioni comunitarie [relative al tempus della sospensione automatica, n.d.A.] quella secondo cui lo standstill opera fino alla definizione della fase cautelare, e non anche fino alla definizione del merito".

Quanto al rischio (invero, insito nel testo comunitario) per cui il ricorso al sistema della sospensione automatica, lungi dal favorire il ricorrente che ha ragione, si presti piuttosto ad utilizzi strumentali da parte di soggetti la cui unica finalità sia quella di sospendere *sine die* le procedure di ricorso (se del caso, attraverso l'introduzione di un giudizio palesemente infondato), del pari l'A. propone una soluzione senz'altro condivisibile.

Viene affermato al riguardo che "*in sede di recepimento va poi affrontata la questione di cosa accada se il ricorso giurisdizionale – a cui si riconnette l'effetto di standstill – non contenga una domanda cautelare. Infatti il ricorrente, forte dell'effetto sospensivo connesso al ricorso, potrebbe non avere alcun interesse a richiedere la domanda cautelare, con l'effetto del protrarsi, in mancanza di regole diverse, dello standstill sino alla decisione di merito.*

La direttiva dispone che lo standstill deve durare per un lasso temporale pari almeno al termine dilatorio prima del quale il contratto non può essere stipulato.

Sicché, in sede di recepimento, ben può essere previsto un termine di durata massima dello standstill conseguente al ricorso giurisdizionale (...), laddove non vi sia domanda cautelare e dunque una pronuncia cautelare che proroghi la sospensione legale.

In tal modo, si incentiva il ricorrente a formulare domanda cautelare, e si consegue in tempi rapidi una pronuncia almeno cautelare sul ricorso".