

## **Il principio di effettività della tutela cautelare ante causam nella l. 6.12.1971 n.1034**

di Dover Scalera

Ritenendo che l'art. 21 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dalla L. 21.7.2000, n. 205, che disciplina la tutela cautelare nel processo davanti al giudice amministrativo, non consente alcun intervento cautelare prima della formale introduzione dell'impugnazione rivolta avverso le operazioni di gara denunciate come illegittime, con ordinanza n.76 del 26 aprile 2003 il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Brescia ha sottoposto alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art.234 ( ex art. 177) del Trattato Ce, la seguente questione pregiudiziale:

1) *“se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d'appalto rispetto a quella prevista nell'ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l'Amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell'ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l'identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con carattere di generalità agli altri diritti nazionali;*

2) *se, inoltre, l'art. 21 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, così come novellato dall'art. 3 della L. 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui non prevede che fra i possibili mezzi di ricorso urgente sia previsto quello ante causam, come tale diretto ad impedire in via immediata che l'Amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione d'impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresenti o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all'art. 1, n. 3 della direttiva 21 dicembre 1989, n. 665/CEE, che fa obbligo a tutti gli Stati membri d'introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara per il conseguimento di un appalto pubblico;*

3) *se la suddetta tutela cautelare accordabile dal giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell'art. 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa obbligo di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a*

*sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;*

*4) se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno l'art. 6, 2° comma del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali"*

\* \* \* \* \*

Prima di svolgere talune brevi osservazioni circa la questione pregiudiziale sollevata dal giudice a quo, è opportuno fare alcune riflessioni introduttive.

Secondo il giudice *a quo*, l'art. 21 della L. 6.12.1971, n. 1034, così come novellato dalla L. 21.7.2000, n. 205, che disciplina la tutela cautelare nel processo davanti al giudice amministrativo, non consente alcun intervento cautelare prima della formale introduzione dell'impugnazione rivolta avverso le operazioni di gara denunciate come illegittime, lasciando inattuato il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui alla direttiva 89/665/CEE del Consiglio delle Comunità europee 21 dicembre 1989 in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori

In particolare, nel rinviare alla Corte, il giudice a quo denuncia la mancata attuazione da parte dell'ordinamento italiano di norme del diritto comunitario provviste di efficacia diretta le quali *"devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in modo uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla data della loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità"* (cfr. sentenze 9.3.1978, Simmenthal in causa C-106/77; 10.7.1980, Ariete, in causa C-811/79);

Le direttive (qual è appunto la dir.89/665/CEE del in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) sono atti che si rivolgono agli Stati membri e, mentre hanno efficacia vincolante per quanto concerne il risultato da raggiungere, lasciano gli organi nazionali liberi nella scelta delle forme e dei mezzi atti a conseguire il risultato da essa indicato.

In quest'ottica l'art. 2, 1° comma lett. a) della direttiva generale ricorsi 21.12.1989, n. 89/665/CEE, fa obbligo a tutti gli Stati membri di garantire che l'Autorità nazionale investita delle relative controversie possa adottare *"con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata ed impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o far sospendere*

*la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore";*

Deve ritenersi dunque che il risultato che gli Stati membri devono perseguire alle luce delle direttive ricorsi è senz'altro quello della effettività della tutela.

Tale principio della effettività della tutela è stato definito dalla giurisprudenza comunitaria con le decisioni emesse fra il 1990 ed il 1995 (nelle cause Factortame: 19.6.1990, C – 213/89; Zuckerfabrick: 21.2.1991, C – 143/88 e C – 92/89; Atlanta: 9.11.1995, C – 465/93), le quali hanno fondato sul principio di effettività della tutela giurisdizionale l'essenza e lo scopo della tutela cautelare ed hanno conseguentemente stabilito (a) l'obbligo per il giudice interno di disapplicare le norme nazionali che ostino all'adozione di misure cautelari a protezione di situazioni soggettive riconosciute dal diritto europeo, (b) il potere del giudice nazionale di sospendere cautelamente l'esecuzione di un provvedimento interno basato su un regolamento comunitario che sia sub iudice, (c) il potere del giudice nazionale di concedere qualunque misura cautelare, di natura sia sospensiva che concessiva di provvedimenti provvisori; con il che è stata espressamente sancita l'atipicità della tutela cautelare, il suo carattere interinale, e la possibilità di provvedimenti cautelari positivi.

In questo contesto la legge 21 luglio 2000 n. 205 recepisce e codifica quel compendio di principi corroborati sul piano comunitario dalle richiamate direttive, identificando la tutela cautelare quale momento essenziale ed ineliminabile del processo e del diritto di difesa ed affermando la natura strumentale, atipica, interinale della tutela cautelare, rappresentano un compendio di principi - corroborati sul pino comunitario dalle richiamate direttive.

In particolare, il complesso delle disposizioni processuali introdotte dalla Legge 205 del 2000 assicurano il rispetto del principio di effettività della tutela cautelare, prevedendo:

- a) la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti e l'impugnazione di atti sopravvenuti o conosciuti dopo la proposizione del ricorso (art. 1 della legge n. 205 del 2000, sostitutivo dell'art. 21, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034; combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e art. 6 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 recante "Regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato");
- b) la possibilità di abbreviazione dei termini, anche ai fini della instaurazione del contraddittorio (combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e degli artt. 20 e 36 del regio decreto n. 642 del 1907);
- c) la non tassatività dei mezzi per l'effettuazione delle notifiche dell'atto introduttivo, compresi quelli in tempo reale per via telematica o telefax (art. 12 della legge n. 205 del 2000, con richiamo

anche all'art. 151 cod. proc. civ.);

d) una ampiezza di contenuto delle misure cautelari, più idonee - secondo le circostanze - ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, sostitutivo dell'art. 21, settimo comma, della legge n. 1034 del 1971);

e) l'emanabilità, "in caso di estrema gravità ed urgenza", di misure cautelari interinali con decreto del Presidente del Tar o della Sezione, con efficacia fino alla pronuncia collegiale (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con introduzione del comma settimo-*bis* dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971);

f) la possibilità, anche in sede di camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, di definire il giudizio nel merito con decisioni in forma semplificata (art. 3, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con introduzione del comma settimo-*bis* dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971; art. 9, comma 1, della legge n. 205 del 2000, con sostituzione dell'ultimo comma dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971);

g) la possibilità di dichiarare i ricorsi urgenti (c.d. istanza di prelazione) anche di ufficio (combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e artt. 51 e 53 del regio decreto n. 642 del 1907).

Emerge da quanto precede che le disposizioni nazionali che recepiscono nell'ordinamento giuridico italiano le la direttiva 89/665 garantiscono il risultato dalla stessa perseguito.

Alle stesse conclusioni è pervenuta la Corte Costituzionale italiana che, con ordinanza n. 179 del 10 maggio 2002 ha dichiarato *“manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli artt. 24 e 113 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), così come novellato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui esclude la tutela ante causam e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 e seguenti cod. proc. civ. davanti al giudice amministrativo, sotto il profilo che le modifiche introdotte dalla L. n. 205/00 presuppongono sempre l'avvenuta redazione, la notifica, nonché il deposito del ricorso in sede giurisdizionale, affinché la richiesta misura cautelare provvisoria possa essere reputata ammissibile”*

Occorre peraltro considerare che insieme alle misure introdotte dalla 205/2000, il diffuso orientamento giurisprudenziale per cui *“L'annullamento in sede giurisdizionale degli atti di gara, facendo venir meno il requisito della legittimazione a contrattare da parte della Pubblica amministrazione, con effetto ex tunc, determina l'inefficacia sopravvenuta del contratto da questa stipulato con l'aggiudicatario”* (per tutte cfr sentenza [Cons. Stato, Sez. IV, 23 ottobre 2003, n. 6666](#) disatteso solo dal TAR di Brescia) ha fatto venire meno l'imminenza di quel pregiudizio grave ed

irreparabile che costituisce il fondamento della richiesta misura cautelare ante causam.

Alla luce delle considerazioni svolte, se da un lato la misura cautelare delineata dal sistema processuale amministrativo con la novella del 2000 assicura la effettività della tutela giurisdizionale cui la direttiva 665/89 aspira, dall'altro la strumentalità della azione cautelare rispetto al processo evita che una misura cautelare completamente autonoma rispetto al processo, abbia a produrre effetti significativi nei confronti dello svolgimento di una azione amministrativa intesa alla cura del pubblico interesse senza che la PA, che di tale interesse è interprete, abbia avuto modo di interloquire.

Ina altri termini la ricchezza dello strumentario cautelare introdotto dall'art. 3 della Legge 205/2000 evidenzia la non assimilabilità del sistema processuale italiano ad altri sistemi processuali , quali quello spagnolo e greco, con riferimento ai quali la Corte si è precedenza pronunciata negativamente chiedendone l'adeguamento alle disposizioni della citata direttiva 89/665.