

Giornate di studio sulla giustizia amministrativa
In ricordo di Leopoldo Mazzaroli

**PROFILI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DELLA GIURISDIZIONE
AMMINISTRATIVA**

*Siena, Certosa di Pontignano
13 – 14 maggio 2016*

relazione

***Tutela cautelare e interesse generale
(con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120
del Codice del processo amministrativo)¹***

1. Origine antiche e pratiche recenti della tutela cautelare nel processo amministrativo.

La *tutela cautelare* nel processo amministrativo è prevista da sempre², ma se ne discute specialmente da quando operano i tribunali amministrativi regionali. È da

¹ Il presente testo è la rielaborazione, al 28 febbraio 2017, della relazione tenuta al convegno *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-14 maggio 2016.

² l'art. 39 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*), ripetendo l'art. 12 l. 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato «*per la giustizia amministrativa*») e integrando l'art. 36 del regolamento di procedura di cui al r.d. 17 agosto 1907, n. 638, prevedeva: «*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente*». Successivamente, l'art. 21, ultimo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*) stabilì: «*Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti*

allora, infatti, che del potere di sospensione in giudizio si è cominciato a fare un uso diffuso, talora particolarmente incisivo sull'azione amministrativa anche in corso, e non più tendenzialmente uniforme come quando il processo amministrativo si svolgeva in unico grado³: effetto di vari fattori su cui hanno influito, oltre a varie

dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta».

L'art. 21 fu modificato dall'art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205, per modo che l'ottavo comma dell'art. 21 andava a disporre:

«Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio. [...] L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. I difensori delle parti sono sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta».

Lo stesso art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 introdusse il nono comma dell'art. 21: *«Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata».*

Infine introdusse il decimo comma: *«In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali».*

³ È significativo che il volume a cura di M.S. GIANNINI su *La giustizia amministrativa* (dicembre 1972) non contenga un capitolo sulla sospensione dell'atto impugnato. Diverso il caso del coevo A.M. SANDULLI, *I Tribunali amministrativi regionali. Prime note di commento alla legge istitutiva*, Napoli 1972, che ne tratta. È da allora che si sviluppa una particolare attenzione alla fattispecie. Per una ricostruzione v. A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIV, Torino 1997, 380 ss., che sottolinea che lo schema della sospensione rifletteva un modello di bilanciamento tra l'interesse pubblico e l'interesse del cittadino. Per uno dei primi approcci di 'dottrina organica', v. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova 1971, e venti anni dopo *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1991, II, 199 e *La giustizia amministrativa cautelare e d'urgenza*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 745. Recenti: R. GAROFOLI e M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano 2002; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (26 ottobre 2009), e *La gestione del*

attitudini interventiste dei nuovi magistrati di primo grado, gli equilibri nel rapporto quantitativo tra domanda di giustizia e capacità temporale di risposta definitiva del sistema della giustizia amministrativa.

Il rilievo, quantitativo e qualitativo, della tutela cautelare è così venuto a caratterizzare la realtà del processo amministrativo italiano, senza corrispondenze in altri Paesi. Mi riferisco, in particolare, all'esperienza francese del «*référé suspension*» - già dilazione dell'esecuzione, «*sursis à exécution*», praticabile anche per gli atti negativi - o del più ampio «*référé conservatoire*», o «*mesure utile*»: entrambi dalle manifeste finalità di salvaguardia dell'integrità dei diritti del ricorrente.

Sui contenuti in espansione dell'esercizio del potere cautelare molto è stato detto e praticato dopo che il tradizionale schema unitario della sospensione del provvedimento innovativo, strettamente strumentale alla sentenza⁴, è stato depitizzato – con ampia attribuzione di capacità sull'amministrazione negativa o inerte - dall'art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 e dalla sua riformulazione negli artt. 55 (e 56) del *Codice del processo amministrativo*: innovazioni che hanno accantonato le caratteristiche tradizionali strettamente sospensive per sostituirle con quelle late e indefinite di emanazione (art. 55, comma 1) di «*misure cautelari [...] che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*»; con il dovere di motivazione (comma 9) «*in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato*» e su «*i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*». In queste formule da molti salutate come avvento dell'era della piena effettività della tutela, taluni non del tutto a corto di ragioni hanno intravisto derive non prive di pericolosità per la strumentalità alla

nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. La fase cautelare (27 settembre 2010), entrambi in www.federalismi.it;

⁴ Ha ricordato Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 1984, n. 17, che nel processo amministrativo il giudizio cautelare, che ha carattere assolutamente strumentale rispetto al giudizio di merito, ed è autonomo da quest'ultimo solo sotto l'aspetto processuale e non anche sotto il profilo sostanziale; pertanto non produce utilità finali diverse e comunque disomogenee da quelle che la decisione di merito può procurare alla parte. Sul rapporto tra queste strumentalità e autonomia, v. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, 698.

sentenza e per il pur immanente principio di separazione dei poteri, per l'effettività del contraddittorio e della maturazione cognitiva del giudice, per la discrezionalità amministrativa, per la sua riserva di ponderazione degli interessi in gioco. Al posto dell'arresto urgente, conservativo e provvisorio, rispetto alle trasformazioni introdotte dalla volontà dell'amministrazione – che dovrebbe essere la sola volontà nell'amministrare –, questa nuova grammatica della decisione cautelare di fatto apriva il percorso per nuovi assetti d'interessi alla cui composizione concorre per suo conto il giudice, estranei alle strette responsabilità dell'amministrazione o ai suoi obiettivi e indirizzi⁵: il giudice, privo di investitura e di pesi per le scelte discrezionali amministrative, poteva ora andare a svolgere, e nella pur sommaria cognizione della cautela, un ruolo ultimo e definitivo capace di radicarsi e di condizionare il rapporto anche nel lungo periodo, oltre la sentenza che poi sarebbe sopravvenuta.

2. L'utilizzazione effettiva del potere cautelare.

Non è facile ricostruire il modo effettivo con cui questo detipizzato potere è utilizzato. Il ragionamento giuridico, come emerge non già dalle scarse motivazioni delle pronunce cautelari ma dai “lavori preparatori” dei provvedimenti cautelari, è da noi impossibile perché non ne è prevista traccia e la formazione della decisione è *uno actu*. Sicché – certezza e prevedibilità permettendo - resta non documentabile ricostruire la dinamica del reale uso di questo più lato potere: con l'accertamento delle percezioni, degli indirizzi, degli orientamenti – degli *usus fori*, si direbbe- nelle pratiche dei giudici al di là dell'usuale sospensiva dell'atto espresso. Non soccorre la motivazione delle misure cautelari, per lo più stretta tra la necessità di giustificarsi e il dovere di non pregiudicare il giudizio di merito (quando non anticipante, indebitamente, il giudizio formalmente lasciato all'udienza pubblica). Sicché della complessità di quei ragionamenti si scorge solo quanto affiora sopra la superficie dell'apparenza. Spesso si legge evocato il *bilanciamento degli interessi*, ma senza che del suo esercizio sia davvero data una compiuta ragione: e la declamata *effettività*

⁵ V. per tutti: A. TRAVI, *La tutela cautelare*, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, cap. XII, Torino 2014, 281 ss..

della tutela del ricorrente sembra spesso arrestarsi all'intuizione quand'è rapportata ad interessi diversi da quello strettamente pubblico dell'amministrazione resistente.

In effetti, la tecnica del bilanciamento scorre tra due soli poli nella formula della sospensione dell'atto espresso restrittivo, dove gli interessi sono predefiniti e sono posti in relazione naturalmente oppositiva e in principio verticale. Ma *quid*, dove l'atto è ancora a venire o la pretesa ancora da stimare? e più ancora dove – grazie alla latitudine del potere decisorio - entrano altri, innumerali e non sempre imputabili e unidirezionali, interessi ?

Sono comunque tre, per chi vuole schematizzare, le grandi linee in cui si può ripartire l'orientamento dell'uso effettivo di questo nuovo potere cautelare, ampio e detipizzato:

- se, analogamente alla paradigmatica sospensione dell'atto restrittivo, sia ancora un intervento di contenimento, interdittivo, conservativo della situazione incisa: una statuizione di arresto o condizionamento dell'ulteriore azione amministrativa, per mantenere - in attesa della sentenza - la cosa integra e nelle more solo impedire pregiudizi irreparabili (*necessitas non tollit ius sed suspendit*);
- se, in funzione tendenzialmente preventiva, comporti – attenuando il nesso di strumentalità rispetto alla decisione definitiva - una qualche *anticipazione* della valutazione giudiziale di merito e degli effetti della sentenza che si stima nascita⁶. L'origine della detipizzazione cautelare sta nel non privare gli interessi pretensivi della tutela d'urgenza. Questo riflette - più che un mero criterio di prudenza conservativa contro le sottrazioni, o una finalità di regolazione interinale in attesa della decisione di merito - il più generale principio di necessità, qui riferito alla realizzazione del malcurato o trascurato bene della vita che si vorrebbe dall'amministrazione. La necessità genera l'urgenza di provvedere per non rendere poi inutile o intempestiva la

⁶ Questa concezione anticipatoria della tutela cautelare sviluppa, come noto ai processualisti, un indirizzo generale a suo tempo avviato da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936.

sentenza. Ma l'atto urgente del giudice va a lambire fatalmente il margine di discrezionalità dell'atto amministrativo esercitato in danno o a venire, o dello sviluppo ulteriore dell'azione amministrativa⁷. Il che, a un approccio realistico e rigoroso sui contenuti intrinseci della giurisdizione (che possono rilevare come suoi limiti esterni), pone il tema dell'ampliamento della platea degli interessi che entrano in gioco e sono, più o meno manifestamente, toccati in sede cautelare. Non più contenuti in quello del ricorrente e in quello stabilizzato dall'atto espresso, ma estesi a quelli connessi in gioco o richiamati in gioco: portati – più o meno apertamente e senza troppo ordine – davanti al banco del giudice. Il quale, per i limiti intrinseci del suo ufficio, non dovrebbe comunque apprezzarli.

- se, portando a conseguenze ulteriori la malcelata finalità preventiva, in nome dell'effettività della tutela del bene della vita che è oggetto del rapporto amministrativo, esso possa spingersi a offrire utilità ulteriori rispetto a quelle accordabili con la sentenza; anche in eccesso dal nesso di strumentalità con quella. L'azione amministrativa successiva è resa così occasione di un compito specifico, imposto dal giudice all'amministrazione e con dovere di rendiconto. Formule di questo genere sono assunte tra più giudici di primo grado e talora, seppur raramente, trovano spazio anche in Consiglio di Stato⁸. Così è con l'autonoma funzione di sollecitazione

⁷ Il che fu fissato in via pretoria da Cons. Stato, Ad. plen., 8 febbraio 1982, n. 17 che – aprendo alla sospensione dei *provvedimenti negativi* - disse sospendibile il diniego di ammissione a esami di maturità, consentendo così la partecipazione con riserva del candidato alla prova. Si disse in quella occasione che la tutela cautelare «*opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e [...] serve ad evitare che il tempo occorrente per il processo vanifichi la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 113 e 24 della Costituzione [...], ma non sostituisce le valutazioni riservate*» all'amministrazione.

Per arrivare a queste conclusioni, l'Adunanza plenaria aveva fatto riferimento alla quasi simultanea Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8, per la quale «*si avverte la necessità di un istituto, quale [...] il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga re adhuc integra e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela*».

⁸ es. Cons. Stato, IV, 14 aprile 2014, n. 2475; già prima Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, per la quale così il giudice non solo sospende l'atto impugnato, ma ordina

(“*propulsiva*”) che si realizza mediante l’*accoglimento cautelare ai fini del riesame* (ordinanza “*per il riesame*”, c.d. *remand*)⁹ finalizzato alla miglior definizione del rapporto: e, per quanto qui ci riguarda, soprattutto generativo di uno specifico e nuovo onere di motivazione in capo all’amministrazione. Spesso salutato con soddisfazione come nuovo traguardo per la pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale, realizzazione della direttiva “ricorsi” 2007/66/CE, e dei principi poi trasfusi nell’art. 1 del *Codice del processo amministrativo*, quest’avanzamento ulteriore di confini nel detipizzato territorio delle misure cautelari ha prodotto inconvenienti di ritorno. Dopo l’ordinanza, l’azione amministrativa si va a spiegare in interlocuzione col giudice e sotto la sua guardiania. La cautela assume in questo contesto i colori di una vigilanza giudiziale sull’amministrazione, e a ragioni sommarie: un procedimento amministrativo controllato *in itinere* per conto di un ricorrente dei cui argomenti si può stimare giuridicamente fondato null’altro che il *fumus*. Per riflesso, gli interessi in gioco agli occhi del giudice cautelare sono ormai, nella loro ampiezza, quelli che vanno a essere toccati dall’azione

all’amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, si realizza un procedimento amministrativo aperto e l’interesse legittimo si configura nella pretesa all’adeguata e completa considerazione della posizione del ricorrente in vista della sua possibile soddisfazione; si realizza una piena integrazione tra processo e procedimento, imponendosi all’amministrazione di riprendere l’esame sul presupposto dell’attenta valutazione dei dati o elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale.

⁹ TAR Lombardia, III, 8 giugno 2011, n. 1428 evidenzia che l’evoluzione normativa con *le nuove tecniche di sindacato*, procede verso il «*focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere*»; TAR Campania, VII, 28 luglio 2014, n. 4339 sottolinea la «*circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo*». Per TAR Lazio, II-quater, 27 luglio 2015, n. 10245, anche se il *Codice* non fa menzione del c.d. “*accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame*”, vale a dire della sospensione con l’ordine di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso, il *Codice* stesso non la vieta. Peraltro «l’ordinanza per «il riesame» determina solo l’effetto di obbligare la p.a. a rideterminarsi formalmente, ma lascia intatta la sfera di autonomia sostanziale e la responsabilità della stessa», perciò non dà luogo a un’inibitoria e consente l’adozione di una nuova decisione confermativa o di una determinazione non satisfattiva del privato. Sicché un’ordinanza di sospensione “*ai fini del riesame*” non costituisce ragione di illegittimità dei successivi provvedimenti confermativi. Il *remand* è «*una tecnica cautelare che rimette in gioco l’assetto di interessi definiti con l’atto impugnato*».

amministrativa a venire: privati, pubblici, generali. Questi occhi dovrebbero essere distaccati, tanto che a salvezza si sottolinea ancora che il giudice non può comunque entrare nella discrezionalità amministrativa e valutare nel merito. Ma l'esperienza dice che non sempre è così, per via del peso dell'apprezzamento dell'indefinito *periculum in mora* e in esso per l'indefinito uso del criterio del bilanciamento degli interessi e per la sommarietà dell'esame. Sicché a un vaglio realistico non resta sicuro che questa vigilanza, già particolare, non trasmodi in un qualche elemento di tutela (*necessitas dat legem*). E – come si vedrà - forse è proprio questo che da parte del legislatore si vuole, o almeno che ora si tenta in qualche modo di razionalizzare.

3. La questione degli interessi effettivamente coinvolti.

Lo scenario mostra insomma un ampliamento affettivo del novero degli interessi coinvolti e toccati, più o meno espressamente, rispetto ai due tipici e originari che scorrono sul binario sicuro e tradizionale della sospensiva: un'espansione in progressione che va a riguardare il loro perimetro come i modi e i limiti del loro rapporto reciproco e della loro valutazione. Per il certo, vi è che degli interessi ulteriori non c'è un catalogo manifesto; né è scritto se e come il giudice possa, o debba, prenderli in considerazione. Il che è non poca ragione dell'incertezza e dell'imprevedibilità che spesso caratterizza la pratica cautelare.

Di fondo comunque va considerato, anche alla luce delle novità normative del 2016, che queste diverse accezioni riflettono diverse concezioni del rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione, e – su questo punto di confine - diverse modulazioni del principio di separazione dei poteri e del rapporto tra i poteri. Principio che in uno Stato di diritto resta comunque immanente all'ordinamento costituzionale.

Quanto più un intervento cautelare guardi agli effetti *de futuro*, o solleciti una riedizione del potere amministrativo nelle ‘circolarità’ tra processo e procedimento, tanto più questo confine viene spostato in avanti. Ma lo spostamento non è mera conquista di territori: piaccia o meno, rende necessaria anche un’assunzione di responsabilità, o quanto meno una nuova regolazione dello strumento.

4. La procedimentalizzazione della tutela cautelare

Il rimedio a questa dilatazione è spesso ricercato nella formula, formale, dello scambio di percorso col giudizio nel merito. Se è lecito dire così di un istituto tipicamente processuale, è una sorta di procedimentalizzazione della soluzione del problema: la legge tace degli interessi da valutare e punta alla concatenazione degli atti processuali. Si rimodella sulla camera di consiglio cautelare – con lo schema del definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata dell’art. 60, o della «*definizione immediata*» ai sensi dell’art. 120, comma 6, Cod. proc. amm. - il rapporto tra tutela cautelare e tutela di merito per deviare la prima e sovrapporle, privando la seconda della sua scansione e facendo della camera di consiglio cautelare una testa di ponte per accelerare l’arrivo della decisione finale: un’anticipazione che non è più provvisoria ma che diviene seduta stante definitiva. È un elemento che va a comporre un combinato processuale complesso: che, per tratti successivi, va a tosto plasmare – a carte poste a quel momento sul tavolo, vale a dire ad azzardo più o meno accettato dalle parti sulla completezza della cognizione - l’assetto definitivo dei rapporti controversi in giustizia.

Per usare un’espressione dei processualisti francesi, questa formula introduce una *passerella* a senso unico: che converte, a domanda o sentite le parti ad allora costituite davanti al giudice, la domanda di cautela in domanda di immediata decisione di merito.

Per quanto ci riguarda, l'indirizzamento rende manifesto quanto la cautela abbia acquisito per via tecnico-processuale assai più che per proclamazione normativa dei *contenuti* ex art. 55, una preminente funzione *anticipatoria* della decisione di fondo: anticipazione temporale, per assorbimento del momento decisionale di merito.

Lo schema nasce facoltativo ma dalla legge tende a essere specificato e ripetuto fino a divenire doveroso. Per raccorciare la distanza e portare a conseguenze reali il riconoscimento dell'incidenza del fattore tempo sul valore del bene in gioco: neutralizzando l'intervallo di tempo, l'*interim* appunto, con l'avocazione del giudizio di merito. In tema di contratti pubblici, il crescendo di questa linea normativa è il seguente:

- a) l'esempio canonico di questa passerella si ha *ab origine* del Codice del processo amministrativo con l'art. 119 (*Rito abbreviato comune a determinate materie*), comma 3: «*Salva l'applicazione dell'art. 60*», il giudice della domanda cautelare «*se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza*».
- b) vi si aggiunge oggi l'art. 120 (*Disposizioni specifiche ai giudizi ... in materia di contratti pubblici*), comma 6, dopo le modifiche ai commi 6, 8 e 9 recate dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114: «*Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti [cioè: ex art. 60] viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza*

fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente».

- c) la sovrapposizione diventa quasi completa – come meglio si vedrà - con il nuovo art. 120, comma 6-bis, *Cod. proc. amm.*, come introdotto (per i nuovi appalti o contratti di concessione¹⁰) dall'art. 204 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: dove, per i giudizi del comma 2-bis (cioè, i giudizi anticipati sulle ammissioni o esclusioni alla gara) «*il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica*».

La formula arriva così alla manifesta inversione delle forme: si decide direttamente nel merito, ma in mancanza di una non meglio precisata «*richiesta delle parti*», secondo lo schema procedimentale proprio del giudizio cautelare, cioè in camera di consiglio: anche se non c'è domanda cautelare.

5. Il mito della pienezza ed effettività della tutela.

L'intreccio tra le finalità anticipatorie e le tecniche di accelerazione/sovrapposizione tra i due giudizi che abbiamo visto è stato con ampia soddisfazione diffusamente considerato espressione di *pienezza ed effettività della tutela*: nel senso della satisfattività della protezione, tempestiva e incisiva, rispetto all'interesse in gioco che rischia la compromissione; e di *completezza della tutela*: nel senso della latitudine dei mezzi a disposizione per la tutela d'urgenza¹¹.

¹⁰ non subito dunque: anche perché a questo conduce l'incastonamento di una modifica puntuale del codice generale di rito fatta col mezzo di un articolo di un nuovo codice di settore.

¹¹ Cfr. F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli.

Per quanto ci interessa, la svolta verso l'immediata pronuncia di merito ha la virtù di allontanare il giudice dall'imprecisa latitudine degli interessi invocabili e di riportarlo allo stretto vaglio di legittimità per quelli, e solo quelli, consolidati negli atti di causa.

Ma se questo risolve il problema dell'apprezzamento degli interessi per chi percorre fino in fondo questo percorso, nondimeno lascia molto di irrisolto per quanto resta della stretta tutela cautelare.

Si torna infatti alla questione sempre meno chiara della valutazione contenutistica della cautela: e questo ormai non per recuperarla alla sua ragione primigenia, bensì per una ricerca di ordine e sicurezza divenuta, a questo punto, di attesa generale.

6. La novellazione dell'art. 120 Cod. proc. amm.. – Su questo tessuto caratterizzato ormai da incertezza e imprevedibilità sistematiche si è innestata quasi per reazione, con la riforma del corpo legislativo sugli appalti pubblici del 2016, una riconfigurazione della tutela cautelare che – seppure limitatamente a quel settore - molto incide sulle sue finalità a, facendone oggetto di un giudizio *sui generis* e arrivando a metterne in dubbio la strumentalità come la capacità di concorrere alla pienezza della tutela giurisdizionale del ricorrente. Fanno infatti ingresso ufficiale, nella sede cautelare, interessi altri rispetto a quelli usualmente portabili dalle parti nella sede propria del giudizio amministrativo.

Così, per i nuovi contratti pubblici l'art. 120, comma 8-ter, del *Codice del processo amministrativo*, introdotto dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016, interviene sui presupposti e sui contenuti della decisione cautelare. Con un profilo che va a configurare in modo ben nuovo, in questa materia, il potere di tutela cautelare

Infatti l'art. 204 (*Ricorsi giurisdizionali*), comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, nel modificare l'art. 120 (che reca disposizioni specifiche ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) del *Codice del processo amministrativo* di cui all'*Allegato 1* al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, vi introduce il comma 8-ter che così dispone:

«Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione».

Avviene dunque che – in reazione pratica a tanto portarsi avanti della tutela cautelare in nome dei principi di effettività, satisfattività e di pienezza di tutela – attraverso questa finestra processualistica entri, e con orientamento sostanzialistico, uno strumento di compensazione rispetto alla dilatazione pratica ormai raggiunta dalla valutazione cautelare.

La riforma della disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni introduce insomma una configurazione nuova e differenziata, a contenuti speciali, della funzione cautelare per i processi riguardanti indistintamente tutte le controversie dell'art. 120 del *Codice* processuale, estendendo e dettagliando un paradigma di valutazioni finora limitato dall'art. 125, comma 2 alle controversie relative a infrastrutture strategiche¹².

¹² L'art. 125, comma 2, per le controversie relative a infrastrutture strategiche dispone che *«In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure».*

Questa formula speciale, introdotta *ab extra*¹³ ed estesa all'intero settore dei contratti pubblici, è contestuale all'introduzione dello speciale giudizio anticipato su ammissioni e esclusioni rispetto alla gara¹⁴ e genera nel sistema del processo amministrativo, che la codificazione del 2010 avrebbe voluto organico e coerente¹⁵, una notevole asimmetria rispetto ai poteri e alle finalità cautelari generali. Si sopravanza la stessa specialità interna del "rito appalti", già definita dagli artt. 120 e ss.. Elevando a regola generale l'eccezione già prevista per le grandi opere dell'art. 125, comma 2, si arriva a creare una specialità cautelare, contestualizzata alla specialità del rito di merito dell'art.120, che la distingue dalla fattispecie generale dell'art. 55¹⁶. Così si abbandona il modello uniforme di tutela cautelare del processo amministrativo e se ne introduce uno differenziato, anche topograficamente: il quale, come si vedrà, è a sua volta – questa è la principale connotazione - asimmetrico alla corrispondente tutela di merito.

L'ordinamento dei contratti pubblici, insomma, impone al processo amministrativo una propria formula cautelare, dai contenuti differenziati rispetto al resto delle pubbliche funzioni: e giunge, in quasi rottura dell'ordinamento processuale, a toccare i fondamentali del processo amministrativo come processo di parti e a connotazione soggettiva, incidendo sulla perseguibilità effettiva dei principi

¹³ modalità peraltro non nuova: cfr. l'art. 245-*quinquies* d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (poi replicato dall'art. 124 Cod. proc. amm.).

¹⁴ Di cui al nuovo art. 120, comma 2-*bis*- e per il quale sia consentito rinviare a G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *Codice degli appalti e delle concessioni*, a cura di C. Contessa e D. Crocco, Roma 2016, 107 ss. e in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

¹⁵ P. DE LISE, *Prefazione*, in *Il processo amministrativo, Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, 1, sottolinea come l'adozione del *Codice del processo amministrativo* abbia attribuito organicità e sistematicità alle sparse norme del processo amministrativo.

¹⁶ Si noti che, quanto a presupposti e contenuti della tutela cautelare, non hanno un tale carattere di specialità, per quanto vi si verta di «*speciali controversie*», le previsioni sollecitatorie o acceleratorie in tema di rito cautelare dell'art. 119, comma 3 (che difatti quanto a contenuti fa semplice riferimento a «*la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile*») e del precedente art. 120, commi 6, 8, 8-*bis* e 11. Sola eccezione, giustificata dal carattere «*strategico*» dell'opera pubblica, era quella dell'art. 125, comma 2. In generale sul tema della tutela cautelare v. recentem. A. PANZAROLA e R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza, Commentario al Codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016.

generali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale dell'art. 1 del *Codice di rito*.

In questo contesto, la preservazione dell'assetto soggettivo dell'incipiente contratto figurato dall'aggiudicazione assurge a *bonum in sé*, da cercare di salvaguardare – pur se la ragionevole previsione sull'esito del ricorso è favorevole al ricorrente e se c'è rischio di pregiudizio grave e irreparabile - fintanto che non si manifesta o formalmente insostenibile, o non corrispondente alle superiori esigenze generali. E perciò si introduce questa moderazione *sui generis* del potere giudiziale interinale.

È un dispositivo che, per far comunque procedere senza remissioni gli appalti, mira a contenere i provvedimenti cautelari inibitori delle aggiudicazioni. Filtrando la disposizione preventiva della misura cautelare¹⁷, muove in senso opposto alla recente tendenza della prevalenza della tutela restitutoria su quella risarcitoria¹⁸. È l'effetto di sistema cui, contestualmente, si mira anche con l'aumento dei casi di deroga alla clausola legale di conservazione dello *status quo* (periodo di c.d. *standstill*, precontrattuale o processuale); e con il ricordato rito superspeciale e anticipato del

¹⁷ Evidenziata da A. TRAVI, *Tutela cautelare [dir. amm.]*, in *Treccani. Diritto on line* (2013).

¹⁸ Nell'ordinamento francese, in materia di contratti pubblici il giudice cautelare del *référé précontractuel* (investito prima che il contratto sia stipulato) dispone di ampi poteri di ingiunzione e sospensione, fino a ordinare la ripetizione dell'intera procedura «*sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages*» (art. L.551-2 del *Code de justice administrative*). Tuttavia, nel caso di *référé contractuel* (cioè se investito dopo che il contratto è stato stipulato), il giudice cautelare «*peut annuler le contrat ou, lorsqu'une telle annulation se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, sanctionner le manquement commis soit par la résiliation pour l'avenir seulement du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière*» (cfr. artt. L.551-19 e L.551-20, come mod. nel giugno 2011 in attuazione della direttiva 2009/81/CE per i settori della difesa e della sicurezza, secondo cui questa ragione imperativa di interesse generale non può essere costituita dalla presa in conto di un interesse economico che nel caso in cui la nullità del contratto comporti conseguenze sproporzionate e che l'interesse economico toccato non sia direttamente legato al contratto, o se il contratto attiene a una concessione di pubblico servizio o ancora se la nullità del contratto minaccia seriamente la stessa esistenza di un programma di difesa o di sicurezza più ampio che è essenziale per gli interessi di sicurezza dello Stato). Insomma a contratto stipulato, anche in presenza di «*esigenze imperative connesse a un interesse generale*», il giudice cautelare, benché perda il potere di annullarlo *ex tunc*, conserva il potere di risolvere *ex nunc* lo stipulato contratto o di ridurre la durata o di imporre una sanzione pecuniaria. Cfr. il *dossier thématique* del *Conseil d'Etat*, «*Le juge administratif et la commande publique*» (3 giugno 2014), in www.conseil-etat.fr.

comma 2-*bis* sulle ammissioni o esclusioni dalle gare: entrambi, parimenti, ispirati al medesimo obiettivo di contenimento.

7. Le disposizioni di rinvio o preesistenti. Quanto alle disposizioni di espresso rinvio, si ricorda che:

a) l'art. 120 (*Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)*), Cod. proc. amm. al comma 1 dispone: «*Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*».

b) l'art. 122 (*Inefficacia del contratto negli altri casi*) Cod. proc. amm. dispone: «*Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123 [(Sanzioni alternative)] comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.*»

L'art. 120, ai commi 8 e 8-*bis* [quest'ultimo introdotto dall'art. 40, comma 1, lett. b) d.-l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*) come convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114], Cod. proc. amm., a proposito del procedimento cautelare già stabilisce:

« 8. Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

8-bis. Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119».

8. La portata dell'innovazione legislativa. – Il comma 8-ter interviene incisivamente sui presupposti e sui contenuti della decisione cautelare. È una fattispecie *sui generis* di decisione cautelare, che si inserisce nel già speciale contesto processuale dell'art. 120 Cod. proc. amm., recante appunto «*disposizioni specifiche*» per i giudizi (abbreviati) su «*gli atti di affidamento [...] relativi a pubblici lavori, servizi o forniture*» e i «*connessi provvedimenti*» dell'ANAC.

Alla laconicità testuale del comma 8-ter non corrisponde altrettanta sobrietà di innovazione giuridica. Il nuovo precetto è pregnante perché – per tutto l'ampio e importante contenzioso dei contratti pubblici – introduce una formazione del giudizio cautelare nuova nella grammatica e notevolmente ampliata nei valori da considerare. L'oggetto della decisione viene dichiaratamente esteso sia nei parametri di cognizione che in quelli di valutazione. L'innovazione giunge a mettere alla prova il concetto di fondo del processo di parti; intacca la connotazione soggettiva del processo amministrativo; trascende lo stretto ambito dei beni dedotti e difesi in lite dalle parti necessarie o costituite.

Per la nuova norma, infatti, la valutazione cautelare non va più contenuta agli stretti interessi, pubblico e privati, portati e difesi dalle parti nel contraddittorio processuale; ma, doverosamente per il giudice, va estesa: vuoi alla sorte pratica del

conseguente contratto, vuoi a un interesse generale qualificato e “oggettivo”, giacché privo di uno specifico portatore in giustizia e del suo sostegno attivo nella dialettica processuale.

La novellazione dice brevemente che il giudice cautelare – indistintamente, di primo o di secondo grado - deve d’ufficio tener conto da un lato delle speciali previsioni per l’eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico (art. 121, comma 1, e 122 Cod. proc. amm.) e da un altro lato della sussistenza di «*esigenze imperative connesse a un interesse generale alla esecuzione del contratto*». Ma, appunto, è una brevità solo apparente.

9. Gli effetti di sistema processuale: la parziale oggettivizzazione della tutela cautelare. Vengono così poste le basi per questioni nuove e rilevanti, che riguardano il perimetro del sistema processuale amministrativo, il rapporto tra tutela cautelare e tutela di merito, le finalità restitutorie piuttosto che risarcitorie del contenzioso in tema di contratti pubblici.

Anzitutto, rispetto alla natura ancora strettamente soggettiva della tutela giurisdizionale del merito – per cui la legge continua a non prevedere che la decisione debba prendere in considerazione di questi interessi altri –, la norma crea un’asimmetria formale nuova¹⁹ tra tutela cautelare e decisione definitiva e disallinea il naturale nesso di strumentalità della prima decisione rispetto alla seconda. La prima decisione ora è gravata di queste prese in considerazione, non la seconda. L’asimmetria va a scapito dell’effettività della seconda, e con essa in ultimo della pienezza e soddisfattività della tutela giurisdizionale, destinata ormai spesso ad arrivare a cose fatte e dunque a rendere spesso impraticabile la via del ripristino contrattuale.

In passato si poteva registrare una diversa attenuazione dell’allineamento e con effetti sul nesso di strumentalità, che veniva giustificata – all’opposto – con l’effettività della tutela a ottenere il bene della vita che è oggetto del rapporto

¹⁹ Salvo quanto già stabilito dall’art. 125, comma 2, Cod. proc. amm. circa la decisione cautelare in tema di controversie relative a infrastrutture strategiche.

amministrativo. L'attenuazione andava a favore della prima pronuncia per non render vana per tardività di fatto la seconda: il che avveniva sia mediante la detipizzazione del provvedimento cautelare, introdotta dall'art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205 e dalla sua ripetizione negli artt. 55 (e 56) del *Codice del processo amministrativo*; sia mediante la pur discussa pratica delle ordinanze propulsive, ovvero di accoglimento cautelare ai fini del riesame (ordinanza "per il riesame", c.d. *remand*)²⁰.

Si rilevava che il tempo del processo contrasta con l'effettività della tutela degli interessi legittimi²¹. Dal che la necessità dell'ampliamento degli spazi e dei modi della tutela d'urgenza, rimedio in sé prima che in concatenazione con le altre scansioni processuali. Peraltro l'esperienza ha insegnato che, nell'ultima ipotesi, si andava talvolta a costituire – mettendo alla prova la separazione dei poteri - una dichiarata «circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo»²² o un «focalizzare l'accertamento [del giudice], per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere»²³, comunque dando luogo a «un procedimento amministrativo aperto», «con una piena integrazione tra processo e procedimento»²⁴.

Quest'espansione dell'intervento giudiziario cautelare causava un'asimmetria in senso inverso a quello di oggi, enfatizzando per i contratti pubblici il ruolo di fatto determinante del provvedimento cautelare nell'intera vicenda processuale (solo mitigato dalla più ortodossa alternativa della «definizione immediata nell'udienza cautelare» ai sensi dell'art. 120, comma 6, Cod. proc. amm.).

A un approccio realistico, del resto, non sfugge che l'innovazione legislativa persegue una finalità compensativa: riequilibrare e razionalizzare gli interessi che il

²⁰ Sulle ordinanze propulsive e il loro vincolo conformativo, v. in particolare M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova 2012, 67 ss.; A. PANZAROLA e R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 83.

²¹ Sul tema v. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita* (1 ottobre 2014), Relazione al 60° Convegno di Studi di scienze amministrative, Varenna 2014, in www.federalismi.it; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita* (14 febbraio 2014), in www.giustizia-amministrativa.it.

²² così TAR Campania, VII, 28 luglio 2014, n. 4339.

²³ così TAR Lombardia, III, 8 giugno 2011, n. 1428.

²⁴ cfr. Cons. Stato, IV, 30 giugno 2006, n. 4239; IV, 14 aprile 2014, n. 2475.

giudice cautelare deve ponderare, per rimediare a rischi di derive e a possibili sconfinamenti di quelle asimmetrie, che in nome dell'effettività della tutela del ricorrente potevano condurre alla compromissione delle esigenze di base e degli obiettivi dell'intera azione amministrativa in cui si iscrive l'atto impugnato.

In quest'esperienza, le precedenti innovazioni processuali, combinate alla pratica del bilanciamento giudiziale degli interessi in gioco, avevano portato spesso il potere cautelare a dilatazioni eccessive dal punto di vista dell'interesse generale alla finalizzazione dell'azione amministrativa. La chiave di queste dilatazioni posava su un ampliamento dai confini malcerti del novero degli interessi di fatto ponderabili - più o meno espressamente - dal giudice cautelare rispetto ai due propri della tradizionale sospensione del provvedimento impugnato; senza però che questi altri interessi fossero tipizzati e soprattutto senza che fosse prescritto se e come il giudice potesse o dovesse sussumarli in considerazione.

Insomma, non era infrequente constatare un intervento giudiziale cautelare criticabile rispetto ai canoni percepiti della proporzionalità. Dal che un effetto di insicurezza giuridica da particolare imprevedibilità della pratica cautelare.

Ora si figura il rimedio con questa prescrizione del comma 8-ter, la cui morfologia sostituisce, alla facoltà, l'obbligo del giudice cautelare di volgersi alla sorte del contratto pubblico e all'interesse generale che a quel contratto presiede. A un approccio strettamente normativo, quest'eccedenza dagli interessi portati dalle parti è un'autentica novità; ma a un approccio sostanzialistico, è piuttosto un tentativo, più o meno sapiente, di portare a ragione un sistema cautelare già di fatto innovato dalle pratiche ricordate, dove l'uso dubbio o incompreso del bilanciamento poteva dar luogo a conseguenze difficilmente accettabili dal punto di vista generale.

Ne è dimostrazione quasi concreta – malgrado l'incongruenza rispetto ai provvedimenti giurisdizionali di quel caso – la giustificazione con cui fu introdotto il qui antesignato art. 9, comma 2-sexies, d.-l. 12 settembre 2014, n. 133, come conv. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, concernente la messa in sicurezza del fiume Bisagno (Genova) dopo l'alluvione, di cui si dirà, e che testualmente qualificava

«*esigenze imperative connesse a un interesse generale [...] quelle funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica*» seppure «*ai fini dell'articolo 121, comma 2, Cod. proc. amm.*» [che esordisce affermando: «*Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*»]: cioè ai fini del contenimento della dichiarazione di inefficacia del contratto piuttosto che della soddisfazione delle esigenze cautelari del ricorrente.

Quanto alle conseguenze generali, dove quest'asimmetria si concretizzerà nella negazione della tutela cautelare ma darà poi seguito a un annullamento con la decisione di merito, l'effetto pratico sarà di una riduzione delle possibilità effettive di ottenere anche, ai sensi degli artt. 121 e 122, una tutela giurisdizionale definitiva in forma specifica, ormai divenuta tardiva rispetto all'avviata esecuzione del contratto: obiettivo cui invece le innovazioni processuali in senso restitutorio degli anni passati erano orientate. Di riflesso vi sarà, in controtendenza storica, una correlativa espansione degli spazi della tutela giurisdizionale per equivalente, vale a dire risarcitoria (con ovvie conseguenze quanto a spesa pubblica, a considerare le cose anche dal punto di vista della finanza pubblica). All'inconveniente, che sarà frequente, solo in parte si supplirà seguendo la *passerelle* della «*definizione immediata nell'udienza cautelare*» ai sensi dell'art. 120, comma 6, Cod. proc. amm..

Per quel che interessa gli effetti di sistema, è una realtà che ci si trova di fronte ad un inserto spurio perché in qualche modo “oggettivizzante” il processo cautelare amministrativo.

10. Segue: la questione dei poteri cognitivi e valutativi del giudice cautelare.

Altrettanto rilevante per questa nuova figura di giudizio cautelare è la questione consequenziale delle capacità cognitive del giudice, di loro commisurate alla struttura del processo amministrativo come processo di parti. Ma l'allegazione e la dimostrazione delle parti qui possono restare incongrue o insufficienti. Sicché si porrà il tema, e nell'urgenza della decisione cautelare, dell'esercizio d'ufficio di

poteri acquisitivi del giudice amministrativo. Il che malgrado l'urgenza del decidere e la sommarietà dell'esame – compensate dall'importanza dell'interesse generale che ora dev'essere presente nella sua valutazione - potrà condurre il giudice, da “signore della prova”²⁵, a subito acquisire, ex art. 64, comma 3, Cod. proc. amm., dalla p.a. elementi concreti sui due temi di cui egli stesso dovrà tener conto, anche oltre le parti in causa e le loro rappresentazioni.

Analogamente si dica per le attitudini valutative del giudice cautelare, specie in ordine alla concreta commisurazione reciproca di tutti gli interessi ora da tenere in considerazione. A questo proposito, è da sottolineare, con riguardo agli effetti di sistema, che il comma 8-ter non si spinge a dire oltre il dovere di “tener conto” di questi altri interessi. Non pone una gerarchia tra interessi né dice come questa presa in considerazione vada fatta e solo si limita a rimarcare il dovere di darne «*conto nella motivazione*».

Non resta allora che tornare alla tecnica del bilanciamento tra interessi eterogenei e complessi, così razionalizzata, da condurre secondo il principio di proporzionalità per tenere in espresa considerazione questi nominati interessi “altri”: vuoi riguardo al parametro della necessarietà (la non insufficienza della misura più mite per il raggiungimento dello scopo), vuoi riguardo al parametro della proporzionalità in senso stretto (la non eccessiva gravosità della misura cautelare per l'interesse generale alla realizzazione delle opere e dei servizi).

In sintesi, la riforma introdotta con il comma 8-ter auspica che il giudice cautelare arresti il procedimento solo davanti a una manifesta violazione e se non c'è un contrasto irreparabile con l'esigenza generale della sollecita disponibilità dell'opera o del servizio. Sono questi i termini nuovi da misurare in proporzionalità.

²⁵ Secondo la nota immagine di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Il Foro It.*, 1967, V, 9 ss..

11. La delega legislativa. - Questo comma 8-ter attua un'apposita previsione della delega legislativa. La legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11 prevedeva il principio e criterio direttivo «*specifico*» dell'art. 1, comma 1, lett. *aaa*) che tra l'altro disponeva:

«aaa) [...] al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta».

La legge di delega riferisce la fattispecie alle procedure circa i «*contratti relativi ad appalti pubblici di lavori*». È da verificare riguardo ai limiti formali dell'art. 76 Cost. la circostanza che la norma delegata ampli la fattispecie ai contratti relativi ad appalti pubblici di servizi e alle concessioni. A un vaglio sostanziale, pare difficile affermare che soltanto per i primi debba esistere un regime differenziato della cautela giudiziale, dove vadano presi considerazione parametri diversi e ulteriori rispetto agli interessi delle parti processuali. La medesima meritevolezza in relazione agli interessi nominati dalla norma delegata sembra sussistere anche per gli appalti di servizi e per le concessioni.

12. Il parere del Consiglio di Stato. - Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo (Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 855/2016 dell'1 aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo del *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*), bene rileva che, quanto al rito anticipato previsto per le ammissioni e le esclusioni dei soggetti in gara dal nuovo comma 2-bis, che chiama *superspeciale*, «*la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà*

dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione”.

Del resto, il riferimento della norma di delega alle «*procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti*» sembra già testualmente escludere che questa fattispecie di cautela possa applicarsi anche al processo anticipato del comma 2-*bis* sulle ammissioni ed esclusioni dalla gara: e comunque sarebbe irragionevole voler configurare un rapporto dagli elementi di violazione ancora futuri e incerti quali quelli – al momento di quel particolare contenzioso – sono ancora quelli descritti dagli art. 121, comma 1, e 122.

Nondimeno, pur nella nuova struttura “bifasica” del processo amministrativo abbreviato in tema di contratti pubblici, permane, in eventuale seconda battuta, una fase ordinaria che riguarda l’ampio e residuale spazio delle impugnazioni sulle modalità restanti o sull’esito oggettivo della gara, per il quale l’approntamento di una tutela cautelare non resta superfluo al fine generale della garanzia della pienezza e dell’effettività della tutela giurisdizionale di cui all’art. 1 del *Codice*. L’effettività deve garantire che gli strumenti processuali non siano tali da rendere di fatto impossibile l’esercizio dei diritti attribuiti dall’ordinamento giuridico comunitario²⁶.

È dunque in questa fase sull’oggetto della gara e la sua sorte effettiva che in pratica potrà davvero operare la specialità di questa cautela del comma 8-*ter*.

A questo proposito, il medesimo parere del Consiglio di Stato si limita a rilevare che «*si tratta di previsione che richiede al giudice, in sede di bilanciamento degli interessi in sede cautelare, di tener conto delle disposizioni degli artt. 121, comma 1, e 122 Cod. proc. amm.. La previsione può essere ritenuta una esplicitazione dei parametri già utilizzati in sede di bilanciamento, attraverso un giudizio prognostico*».

²⁶ Cons., Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983.

Dopo il parere il testo è stato leggermente modificato, perché lo schema di decreto legislativo sottoposto al Consiglio di Stato parlava di «*interesse generale alla esecuzione delle prestazioni contrattuali*», mentre la previsione definitiva parla di «*interesse generale all'esecuzione del contratto*».

La modifica - in sé e a parte quanto segue circa il suo basamento - appare ragionevole. È nella logica che un interesse «*alla esecuzione delle prestazioni contrattuali*» sorga solo dopo la stipulazione del contratto, vale a dire sia ancora a venire rispetto al procedimento di evidenza pubblica al momento portato in contenzioso; e che sia non tanto un interesse «*generale*» ma un interesse, reciproco, di ciascuna delle parti del contratto a prestazioni corrispettive (l'esecuzione del contratto è tema sul quale il giudice amministrativo in principio non ha giurisdizione, sicché ove la formula fosse rimasta tale sarebbe stata fuori luogo e *inutiliter data*). Invece – salvo quanto si vedrà *infra* – la formula dell'«*interesse generale all'esecuzione del contratto*» pare sinteticamente evocare l'obiettivo finale cui il procedimento di gara è strumentale, vale a dire la realizzazione dell'opera o del servizio: il che dalla norma, che comunque va in ciò oltre la previsione di delega, viene presunto essere un «*interesse generale*». Questo è un punto critico sia in termini di rispetto dei limiti della delega legislativa che della qualificazione come «*generale*» di questo specifico interesse.

13. La successione delle norme nel tempo. - Riguardo all'efficacia nel tempo, il nuovo precetto del comma 8-ter non riguarda i contratti pubblici ancora regolati, *ratione temporis*, dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*); riguarda soltanto quelli regolati dal d.lgs. n. 50 del 2016, che è in vigore dal 19 aprile 2016 e che all'art. 217 (*Abrogazioni*) abroga espressamente quel precedente *Codice*.

La successione tra i due ordinamenti è però definita dalla norma transitoria dell'art. 216 (*Disposizioni transitorie e di coordinamento*), comma 1, che genera

un'ultrattività di quelle abrogate norme nell'affermare che il «*presente codice*»²⁷ «*si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*»²⁸.

Non potrà/dovrà dunque il giudice – sia di primo grado che d'appello - tener conto di questi nuovi parametri nel provvedere in sede cautelare su impugnazioni di atti di procedure di evidenza pubblica ancora transitoriamente regolate dall'“abrogato” *Codice* del 2006. Perciò questo comma 8-ter, per quanto formalmente subito in vigore, troverà pratica applicazione soltanto dopo qualche

²⁷ sic: il d.lgs. n. 50 del 2016 – salvo che all'art. 1 - non si definisce “*Codice*”, espressione invece utilizzata dalla legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11 che, all'art. 1, comma 1, lett. b), prevede che la legge delegata sia chiamata «*codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*».

²⁸ Così Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2016, n. 4528 e Cons. Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4994 riguardo al rito superspeciale del comma 2-bis e al relativo appello di cui al comma 6-bis del novellato art. 120 Cod. proc. amm.. La seconda sentenza rileva che l'art. 216, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 riferendosi «*al presente Codice*» include tutte le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 con le sole eccezioni espresse («*Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice ...*»), tra le quali non figurano le nuove disposizioni processuali. Non è dunque dato all'interprete di selezionare, ai fini della successione delle leggi nel tempo, tra quelle soggette alla disciplina transitoria. Ne consegue che la regola *tempus regit actum* non è qui applicabile. Non solo: questa soluzione rappresenta l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali degli artt. 24 e 113 Cost., considerata la gravosità di un inedito onere processuale come quello dell'immediata impugnazione delle ammissioni alla gara.

TAR Toscana, III, 12 dicembre 2016, n. 1756 afferma che le disposizioni transitorie e di coordinamento dell'art. 216 escludono si possano applicare singole disposizioni del nuovo *codice* (come per il soccorso istruttorio dell'art. 83, comma 9) seguendo il principio *tempus regit actum* (nella specie la ricorrente aveva chiesto applicarsi la sanzione più mite della nuova legge, per la mancata produzione della documentazione richiesta): se la legge avesse inteso introdurre un regime transitorio differente da quello del comma 1, e per specifiche disposizioni, ne avrebbe fatto espressa menzione nei rimanenti commi dello stesso art. 216. Sicché la sentenza condivide i principi di Cons. Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4994, cit., per cui l'art. 216 «*impedisce ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola tempus regit actum*», che è «*evidentemente recessiva*» rispetto a una norma che regola la successione nel tempo delle leggi e vincola alla stretta applicazione della disciplina transitoria.

mese, vale a dire in occasione della contestazione giudiziale di un nuovo contratto pubblico.

Vero è che, seppure per il breve tempo dell'esaurimento delle domande cautelari circa gli atti di evidenza pubblica dei precedenti contratti, questo doppio regime potrà creare asimmetrie e discordanze circa l'intensità e la modulazione della tutela cautelare giurisdizionale a seconda della datazione dell'avvio della procedura di gara (in pratica, del bando o avviso di gara).

All'indicata conclusione conducono sia non solo lettera dell'art. 216, ma anche la considerazione di sistema che la novellazione delle disposizioni processuali è un riflesso della riforma sostanziale del settore: l'innovazione al *Codice del processo amministrativo* viene introdotta non nella *sedes materiae* propria (mediante una specifica novellazione della legge processuale, che sarebbe stata regolata dall'ordinario principio *tempus regit actus* che disciplina la successione nel tempo di norme processuali e sarebbe subito sopravvenuta per tutti i contratti, anche antecedenti), ma nel contesto della riforma generale degli appalti pubblici e delle concessioni, in attuazione delle medesima delega legislativa e in coerenza interna a quella (cfr. il ricordato art. 1, comma 1, lett. *aaa*)).

14. Le innovazioni: 1) il riferimento all'inefficacia del contratto per "violazione". - Si esaminano qui le innovazioni di contenuto, vale a dire degli interessi di cui il giudice, d'ufficio, deve ora "tenere conto", vale a dire prendere in considerazione.

La prima delle nuove previsioni è sull'eventuale inefficacia del contratto pubblico. La circostanza che il giudice cautelare debba, d'ufficio, tener conto delle speciali previsioni per l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto di cui all'art. 121 (*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*), comma 1, e 122 (*Inefficacia del contratto negli altri casi*) Cod. proc. amm., vale a dire delle possibilità che il contratto possa comunque spiegare efficacia per il non sussistere dei casi di cui alle dette disposizioni, impone alcune specifiche considerazioni.

La legge non dà rilievo differenziato alle tipologie e all'intensità delle "violazioni": nemmeno differenzia tra le ipotesi dell'art. 121, comma 1, e quelle dell'art. 122. La tipizzata "gravità" della violazione è dunque in sé indifferente a questi fini cautelari: ma, nella seconda ipotesi, la sua intensità va comunque ritenuta dal giudice sproporzionata rispetto alla stimabile sorte del contratto e delle possibilità effettive di subentro del ricorrente. Ciò che rileva è l'apprezzabile eventualità che il contratto aggiudicato possa, non sussistendo una qualsivoglia siffatta violazione – da apprezzare allo stato degli atti – non essere dichiarato inefficace. Dove invece siano seriamente sospettabili concreti elementi dell'esistenza di una di queste violazioni, cioè se sussiste una sorta di – per così dire - *laesio enormis* delle regole di gara, ricorre quella proporzione che rende per la generalità accettabile l'arresto del procedimento di gara mediante la tutela cautelare chiesta da un'impresa. Non bastano più le usuali condizioni del suo *fumus boni iuris* del ricorso e del suo *periculum in mora*: divenuti insufficienti anche se in evidenza dell'illegittimità del provvedimento impugnato. Insomma, il dover "tener conto" impone un giudizio di bilanciamento tra meritevolezza della tutela cautelare normalmente accordabile e possibilità della sopravvivenza dell'efficacia del contratto (come, poi del pregiudizio di interessi generali da mancata realizzazione). Solo se l'infrazione delle regole appare di particolare rilevanza, il rischio di pregiudizio grave e irreparabile e la ragionevole previsione sull'esito del ricorso – usuali condizioni per la tutela cautelare – divengano ora davvero capaci di imporre la cautela.

La finalità è sia, nel caso di avvenuta stipula, di mitigare le possibilità di un intervento senz'altro interdittivo (in pratica: inibitorio dell'efficacia ulteriore del contratto) se l'aggiudicazione non si manifesta formalmente insostenibile; sia anche, nel caso di non ancora avvenuta stipula, di evitare un intervento in prevenzione se, d'ufficio, si figura che la stipula potrebbe poi non essere dichiarata inefficace dal giudice del merito perché *prima facie* non ricorre una di quelle inaccettabili violazioni. L'intervento cautelare può intervenire vuoi prima che dopo la stipula del

contratto e comunque su di quello si va ad agire: in temperamento a quella che sarebbe senz'altro una misura o preventiva o interdittiva.

Per conseguenza, la presa in considerazione potrà avere ad oggetto diretto anche la recente o imminente stipula.

Il tema è speculare, e porta la valutazione cautelare a spostare l'attenzione sulle possibilità che il contratto poi possa, o non possa, spiegare effetti in ragione di siffatte "violazioni". È del resto incongruo che il giudice del merito debba – ex art. 121, comma 2 o ex art. 122 - osservare quanto all'efficacia un tale parametro di valutazione, per poi concentrare gli effetti del giudizio d'urgenza sul solo atto di aggiudicazione che ne è presupposto. Le violazioni afferiscono alle condizioni per la stipulazione: ora quelle condizioni sono da valutare anche dal giudice della cautela e pur senza domanda.

Già dal punto di vista letterale, con l'espressione «*il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122*» la norma mostra il primo elemento innovativo che trascende lo stretto perimetro degli interessi portati in giudizio con la domanda giudiziale e con le eccezioni.

Introducendo il dovere del giudice cautelare di "tener conto" anche delle probabilità che per ricorrenza di una delle violazioni degli artt. 121, comma 1, o 122, con la conseguenza che il contratto possa o non nascere o non più sortire effetti, si modera il rilievo del *fumus boni iuris* circa l'oggetto proprio del ricorso in annullamento del provvedimento, cioè circa l'illegittimità dell'aggiudicazione o degli altri atti amministrativi impugnati e lo si rapporta all'insostenibilità delle trasgressioni. La norma intende allontanare l'eventualità di un *nolle prosequi* contrattuale di aggiudicazioni deliberate illegittime da cui però appare non vada a conseguire l'inibizione degli effetti del contratto. Altrimenti detto, se a prima vista l'imminente contratto appare non tale da *dover* essere arrestato nell'efficacia a causa dell'importanza della violazione perpetrata, la stessa misura cautelare sull'aggiudicazione che si palesa illegittima ben potrebbe non essere disposta e il corso del contratto potrebbe proseguire malgrado l'esito affermativo di quel

sommario esame, che in passato avrebbe senz'altro condotto ad accordare la cautela²⁹.

Evidente è dunque il favore legislativo per il non arrestare la vicenda del contratto, quand'anche nasca da un'aggiudicazione che a prima vista appaia viziata, se il vizio non raggiunge certi livelli formali. La vitalità del contratto va allora a prevalere sull'esigenza di giustizia. In questa cornice, il nuovo apprezzamento del *fumus* sui presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto assume un valore condizionante dell'usuale apprezzamento del *fumus* circa l'illegittimità dell'aggiudicazione.

A dispetto del principio della domanda, accentuando questa caratterizzazione in senso "oggettivante" il processo amministrativo la previsione implicitamente vuole che questa valutazione vada fatta anche se non c'è domanda cautelare di dichiarazione di inefficacia (diversamente la norma sarebbe ridondante e posta inutilmente)³⁰. Per la legge, l'interesse - di chi, a questo punto? - all'esecuzione contrattuale subentra a condizionare gli altri portati in gioco davanti al giudice. Insomma, se non si delibano anche le violazioni, al ricorrente può restare spazio davvero utile solo per il risarcimento del danno per equivalente, anche quando l'aggiudicazione appare subito illegittima.

²⁹ Del resto, ai sensi degli artt. 121 e 122, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione spetta al giudice il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o non l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; pertanto l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione e determina solo il sorgere del potere del giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti. Cons. Stato, V, 21 aprile 2016, n. 1597.

³⁰ Peraltro la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ex art. 121 può essere proposta nel giudizio di ottemperanza, intesa quale una delle possibili modalità di attuazione del giudicato, anche se non ve ne sia stata domanda nel giudizio di cognizione, purché sussistano i presupposti di fatto e di diritto e l'interesse della parte, essendo la declaratoria di inefficacia strumentale all'interesse del ricorrente di poter subentrare nel contratto o partecipare ad una nuova procedura di affidamento; tale domanda non può essere proposta in ottemperanza quando il contratto è stato integralmente eseguito: Cons. Stato, V, 26 settembre 2013, n. 4752; V, 8 ottobre 2014, n. 5007. Cfr. anche Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6638; VI, 29 gennaio 2015, n. 407 (che evidenzia che la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato tra l'amministrazione e il concorrente scelto in modo illegittimo è comunque una reintegrazione del bene della vita protetto); Cons. giust. amm. sic., 25 febbraio 2013, n. 276.

La questione della titolarità di questo interesse altro e formalmente adespota non è secondaria: specie se la si vaglia *a contrario* con la testuale imputazione alla generalità dell'interesse del secondo elemento innovativo oltre il perimetro degli interessi delle parti processuali.

Pare difficile finanche imputare questo interesse alla *generalità*, come verrebbe assimilandolo a quello di cui tra breve si dirà, di seguito menzionato dalla disposizione.

In realtà, non si tratta di un interesse *generale*, da accertare poi in concreto di volta in volta. La categoria di interesse *generale* è tipologicamente di difficile perimetrazione, tuttavia un catalogo di quelli che possono comunque rilevare come tali è offerto dalle disposizioni, di matrice costituzionale o eurounitaria, che si andranno a vedere. Si tratta qui piuttosto – se si mai si può estendere la categoria alle scelte politico-legislative³¹ - di un interesse oggettivo di nuovo conio e di immediata formulazione legislativa, espressivo di una mera opzione politica a favore della prosecuzione del contratto. Solo il fatto della presenza delle violazioni degli art. 121, comma 1, e 122 è inteso come un impedimento accettabile a che i contratti pubblici non siano portati a effetto pratico. La mera, delibata, illegittimità dell'aggiudicazione scende di peso e da sola non è più stimata adeguata ad arrestare la realizzazione del lavoro o del servizio. Detto altrimenti, la satisfattività della tutela cassatoria e in forma specifica contro un'aggiudicazione illegittima cede a fronte di una stipulazione che appare non preceduta da siffatta violazione.

Qui l'asimmetria con la decisione di merito potrebbe sembrare attenuata – almeno per il caso delle gravi violazioni dell'art. 121, comma 1 - dalla circostanza che il (non richiamato) art. 121, comma 2, Cod. proc. amm. esordisce affermando: «*Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*». A ben vedere, tuttavia, il

³¹ Il che può apparire dubbio, posto che l'*interesse generale* dovrebbe corrispondere a un valore essenziale dell'insieme della collettività che trascende gli individui come le contingenze e le maggioranze politiche.

significato normativo di quel parametro non pare lo stesso di quello del comma 8-ter. Lì infatti l'interesse generale è di impedimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto anche se l'aggiudicazione è affetta da una grave violazione; qui invece è la presenza della grave violazione che legittima la misura cautelare, in pratica per lo più la sospensione dell'aggiudicazione.

È da verificare quanto questo riferimento all'esigenza, perché si conceda la cautela, dell'esistenza delle violazioni sia compatibile, in un sistema processuale di tipo soggettivo e privo di un ufficio portatore dell'interesse generale, con gli artt. 24 e 113 Cost., così come con i principi su pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale della direttiva "ricorsi" 2007/66/CE, trasfusi nell'art. 1 del *Codice del processo amministrativo*.

A seguire il tenore del *considerando* 22 della direttiva, infatti, solo il ravvisare che le «*esigenze imperative legate ad un interesse generale*» - di cui più si dirà tra breve - si esauriscano nel contrasto di queste violazioni potrebbe giustificare di «*non rimettere in discussione il contratto*» in sede cautelare perché si tratta di esigenze che corrispondono all'interesse generale e «*impong[ono] che gli effetti del contratto siano mantenuti*». Ma è assunto non sempre facile da dimostrare, perché il catalogo di quelle «*esigenze imperative legate ad un interesse generale*» è più ampio e diverso: e ben può darsi che in concreto una di quelle esigenze converga con l'interesse particolare del ricorrente non aggiudicatario (in ipotesi, *la tutela dei destinatari di servizi, o la tutela dei consumatori, o la tutela dei lavoratori, o la prevenzione della frode, o la tutela dei creditori, o la tutela della proprietà intellettuale*). In realtà le «*gravi violazioni*» dell'art. 121, comma 1, sono finalizzate alla buona regolazione della concorrenza contrattuale – interesse generale di suo, ma *in procedendo* - e quelle dell'art. 122 sono atipiche e vanno per legge bilanciate di volta in volta con «*gli interessi delle parti*». Sicché, in sostanza, affermare che quella non-inefficacia del contratto viene a costituire un segnale rosso all'usuale sospensione cautelare può risolversi in una restrizione di dubbia giustificazione dell'effettività della tutela cautelare.

15. Le innovazioni: 2) il riferimento alle «esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto». - Con l'espressione «*il giudice tiene conto [...] delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto*», la morfologia della disposizione delinea il secondo e più diretto elemento innovativo per trascendere lo stretto perimetro degli interessi portati dalle parti costituite.

A differenza del precedente di cui si è ora detto, questo elemento concretizza dichiaratamente la salvaguardia dell'interesse *generale*. Ma poi mostra criticità con la specificazione «all'esecuzione del contratto».

Ecco apparire qui uno dei fantasmi che oggi s'aggirano per l'Europa dei giuristi e ora per le aule della giustizia amministrativa italiana: le «*esigenze imperative connesse a un interesse generale*», che il (solo) legislatore delegato collega «*alla esecuzione del contratto*». Il giudice cautelare deve tenerne conto e motivare in ordine alla loro sussistenza. L'innovazione tocca le controversie dell'art. 120, comma 1: contro atti di procedure di affidamento relativi a (nuovi) pubblici lavori, servizi o forniture e i «*connessi provvedimenti*» dell'ANAC.

Si deve rilevare che i lavori preparatori (il testo sottoposto al parere del Consiglio di Stato) dicono che la formula originaria parlava di «*interesse generale alla esecuzione delle prestazioni contrattuali*».

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, riferendosi al rito anticipato del comma 2-*bis* su ammissioni ed esclusioni, considera solo il profilo processualistico: «*la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione*».

Il tema è ampio perché concerne il modo d'essere, sostanziale, della tutela cautelare.

Anzitutto va rilevato che la legge di delega prevedeva un'intima connessione tra l'apprezzamento delle esigenze imperative di interesse generale e la valutazione inerente gli elementi dell'art. 122. Infatti l'art. 1, comma 1, lett. *aaa*) della legge di delega n. 11 del 2016 stabiliva che «*anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, [il giudice cautelare] debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta*». Vale a dire, estendeva all'apprezzamento cautelare dei parametri dell'art. 122 quello che è un parametro proprio dell'art. 121, che al comma 2 (peraltro non richiamato da questo comma *8-ter*), evoca quelle «*esigenze imperative*» come elementi che comunque portano in concreto a stimare che «*siano mantenuti*» gli effetti del contratto.

Invece questo art. 120, comma *8-ter* autonomizza le «*esigenze imperative*» e ne fa un distinto e ulteriore parametro, anche disgiuntivo, rispetto all'apprezzamento della violazioni, gravi o semplici che siano. Mentre cioè per la legge delega le «*esigenze imperative*» debbono pesare solo se la riscontrata presenza di violazioni semplici condurrebbe ad accordare la cautela, per la norma delegata le «*esigenze imperative*» meritano di essere sempre e comunque tenute presenti: anche se, in ipotesi, la valutazione riguardo sia all'art. 121, comma 1, sia all'art 122 sia negativa, cioè non osti alla concessione della domandata cautela. Il che pone questioni di rispetto della delega legislativa.

La formula «*esigenze imperative connesse a un interesse generale*» è di origine comunitaria. Appare nel 1979 nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE per indicare eccezioni non scritte al principio fondamentale di libera circolazione delle merci³², vale a dire limiti a una delle libertà fondamentali per realizzare il mercato interno. È poi variamente ripresa. Si impone esplicitamente, con un catalogo di casi, con la direttiva 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno* (c.d. Bolkenstein, o *sui servizi*, finalizzata a rimuovere gli ostacoli agli scambi di servizi nell'Unione

³² È il noto caso del liquore *cassis de Djon*: CGCE, 20 febbraio 1979 in causa C-120/78 - *Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, affermò che queste esigenze potrebbero costituire un accettabile limite non scritto alla libera circolazione delle merci.

europea – vale a dire, vale a dire un'altra di quelle libertà fondamentali - recepita dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59). La direttiva identifica queste esigenze come limiti, o cause di deroga, al processo di liberalizzazione delle attività economiche³³.

Nel frattempo, per quanto qui interessa, grazie alla direttiva per gli appalti di servizi del 2004³⁴, alla direttiva ricorsi³⁵ e alle direttive del 2014³⁶, la formula viene estesa al diritto eurounitario dei contratti pubblici. Vale a dire al diritto che oggi è testualmente posto per «rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»³⁷.

Nel corrispondente diritto interno la formula compare anzitutto all'art. 121, comma 2, Cod. proc. amm. come limite espresso («il contratto resta comunque efficace ...») alla naturale dichiarazione di inefficacia del contratto in presenza di «gravi violazioni» (la disposizione pone una casistica, peraltro aperta, di qualificazioni come «esigenze imperative»), a indicare una gerarchia che richiede

³³ Considerando 40 e art. 4. Per il recepimento nell'ordinamento italiano, v. l. 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno), art. 8 (Definizioni), lett. h). V. *infra*.

³⁴ direttiva 2004/18/CE, art. 45.

³⁵ v. ad es. il considerando 22 della direttiva 2007/66/CE, 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: «non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale». Analogamente i considerando 22 e 23 e gli artt. 2 e ss..

³⁶ v. il considerando n. 69 alla direttiva 2014/23/UE (contratti di concessione), dove si parla di «esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un contratto»; il considerando n. 100 alla direttiva 2014/24/UE (appalti pubblici), che parla di «esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto»; il considerando n. 105 alla direttiva 2014/25/UE (settori speciali) che parla di «esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto».

³⁷ Così il considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

senz'altro la prevalenza degli effetti del contratto se vi conduce l'interesse generale che il giudice deve, evidentemente *motu proprio*, apprezzare³⁸.

L'espressione è stata ripresa dall'art. 1, comma 1, lett. *aaa*) della legge di delega n. 11 del 2016 e ora è trasposta al comma 8-*ter* del nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni.

Si tratta qui di identificare i parametri e l'oggetto di apprezzamento che questa clausola indica, anche riguardo all'incidenza sui temi dedotti in controversia.

L'origine giurisprudenziale comunitaria intende con quest'ellittica espressione («*imperative*» sta per imperiose, prioritarie, prevalenti, dominanti per l'importanza dell'interesse generale che concretamente rappresentano)³⁹ un parametro di riferimento per un controllo di proporzionalità in contestualizzazione con la situazione generale. Anche nella novellazione processuale qui in esame non ci si discosta da un giudizio di proporzionalità, da porre a base di un bilanciamento a opera del giudice cautelare: tale è il ragionevole significato dell'espressione «*il giudice tiene conto*».

Ma, quanto a contenuto, quali sono queste «*esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto*» di cui deve il giudice tener conto?

Per la risposta, va anzitutto identificato l'oggetto di riferimento di questo interesse. L'espressione «*interesse generale all'esecuzione del contratto*» potrebbe indurre in errore, e potrebbe divenire rinnegante lo stesso concetto se si identificasse *l'esecuzione del contratto* come lo stretto ed esclusivo bene da salvaguardare a mezzo di tale clausola.

³⁸ L'art. 125, comma 2, Cod. proc. amm., sulla tutela cautelare nelle controversie per infrastrutture strategiche, si riferisce con altre parole ad analogo concetto quanto stabilisce che in sede cautelare «*si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera [...]*». La disposizione ripete l'art. 14 d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (*Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*), posto in sede di attuazione della c.d. 'legge obiettivo'.
³⁹ In francese l'espressione «*exigences impératives*» è nella direttiva ricorsi del 2007 promiscua a «*raisons impérieuses*»; nelle direttive del 2014 entrambe sono promiscue a «*exigences impérieuses*». In inglese si è passati da «*mandatory requirements*» a «*overriding reasons*» nella direttiva ricorsi del 2007 e a «*overriding requirements*» promiscuo a «*overriding reasons*» nelle direttive del 2014.

A ben vedere, infatti, l'oggetto – il valore concreto da considerare - appare non il fatto in sé dell'esecuzione (che è ancora a venire perché qui ci si trova in una fase antecedente la stessa stipulazione), e quale che ne sia la ragione o lo scopo. È piuttosto la finalità dell'esecuzione stessa, cioè la soddisfazione del bisogno della collettività – non dell'amministrazione appaltante - di infrastrutture o di servizi pubblici in vista del quale è stato avviato il procedimento di gara: questo soltanto può davvero concretare l'interesse «*generale*».

Del resto è problematico assumere che il semplice fatto della futura *esecuzione* del contratto sia, di suo, corrispondente all'interesse della generalità. Se così si intendesse, la legge introdurrebbe un difficilmente giustificabile squilibrio tra gli interessi processuali *delle parti* in causa, perché passerebbe per interesse *generale* quello che in realtà è al momento solo l'interesse *pubblico* della stazione appaltante o meglio ancora, considerata la sostanza della disputa, l'interesse particolare dell'impresa risultata aggiudicataria⁴⁰.

Ma vi è ben di più: come accennato, la legge di delega non precisava che l'«*interesse generale*» dovesse essere rapportato «*all'esecuzione del contratto*». L'aggiunta pone anzitutto una seria questione di rispetto formale dei limiti dell'art. 76 Cost., anche perché – in quell'ipotesi di interpretazione letterale – al legislatore delegato si potrebbe addebitare non solo di aver introdotto uno squilibrio tra le parti processuali, ma anche di aver introdotto una nuova ed esclusiva fattispecie di

⁴⁰ Osserva M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione* (4 maggio 2016), in www.lamministrativista.it, facendo riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale della direttiva 2007/66/CE, che «*nella decisione sulle istanze cautelari, l'organo giudicante dovrà in ogni caso operare un attento bilanciamento dei contrapposti interessi, senza sentirsi in alcun modo vincolato a un giudizio preferenziale per l'interesse alla sollecita esecuzione del contratto, che, in nessun caso, può legittimamente prevalere su quello alla selezione di un'offerta che, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, rispetti i requisiti di legge e soddisfi al meglio le esigenze del committente e della collettività*»; e aggiunge che «*proprio la tempistica ipercontratta del giudizio di merito [ex art. 120, comma 2-bis] dovrebbe del resto, salvo ipotesi davvero straordinarie, costituire un elemento a favore dell'accoglimento delle richieste cautelari, ché difficilmente il (breve) tempo necessario ad ottenere una decisione auspicabilmente più consapevole e ponderata può incidere sull'interesse pubblico alla sollecita acquisizione della prestazione richiesta in termini così gravi da prevalere sull'interesse generale al rispetto della legalità e alla garanzia della buona "amministrazione"*».

«*esigenze imperative di interesse generale*», diversa dal pur ampio catalogo della direttiva 2006/123/CE e del suo recepimento mediante il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59: e al limite, *a contrariis*, escludente proprio tutte le ampie e nominate tipologie di quel catalogo⁴¹.

Occorre piuttosto muovere dal rammentato dato che l'interesse «*generale*» è altra cosa dall'interesse «*pubblico*», qui l'interesse dell'amministrazione appaltante alla realizzazione dell'opera⁴².

Ad esempio, per la giurisprudenza europea in rapporto agli artt. 43 e 49 del Trattato sono «*interesse generale*» la cura dell'ordine o della sicurezza pubblica, della difesa nazionale, della salute, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e così via; o, come espressamente qualifica l'art. 9 d.-l. 12 settembre 2014, n. 133, c.d. 'sblocca Italia', come convertito con modificazioni dalla

⁴¹ La stessa M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, aggiunge poi che il termine breve ex art. 120, comma 2-*bis* di trenta giorni dalla pubblicazione immotivata dei provvedimenti sul profilo del committente scoraggia l'accesso alla giustizia è confermato dalla «*sconcertante disposizione*» circa l'istituzione presso l'ANAC di un «*sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicare ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione*», il quale è connesso a «*requisiti reputazionali*» stabiliti dalla stessa ANAC, che «*tengono conto, in particolare*», oltre che del rating di legalità rilevato da questa in collaborazione con l'AGCM, ai sensi dell'art. 213, comma 7, «*dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto*». La proposizione di un ricorso "al buio" o "inutile", non solo sottopone gli operatori a inutili e ingiusti oneri organizzativi, psicologici ed economici, ma rischia anche di rovinarne la «*reputazione*».

⁴² Da subito si è peraltro affermato che il riferimento dell'art. 245-*bis*, comma 2, del *Codice dei contratti pubblici*, poi art. 121, comma 2, *Cod. proc. amm.*, alle «*esigenze imperative di interesse generale*» va inteso nel senso che «*le esigenze imperative che giustificano il mantenimento del contratto devono essere connesse non ad un semplice interesse "pubblico" quale può essere quello della stazione appaltante, ma ad un più qualificato "interesse generale", e tra le esigenze imperative non rientrano i soli interessi economici legati direttamente al contratto.*», giacché «*l'interesse generale che impone il mantenimento del contratto per esigenze imperative è da intendersi come quello dell'intera collettività al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica, e non come il solo interesse pubblico della stazione appaltante*»: R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva "ricorsi" nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo* (11 luglio 2010), in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'ampio tema dell'interesse generale, v. da ultimo A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss.; Id., *Annulamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in *Annulamento d'ufficio e libertà economiche*, a cura di A. Cioffi, A. Rallo e A. Scognamiglio, in corso di pubblicazione (2016). Id., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss..

l. 11 novembre 2014, n. 164 – lo stretto precedente della norma qui in esame - quelle di tutela dell'incolumità pubblica.

Più ancora va rammentato il catalogo del *Considerando 40* e dell'art. 4 della direttiva 2006/123/CE, per il quale sono «*motivi imperativi di interesse generale*»: «*l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico ,la politica veterinaria*».

Come accennato, il catalogo è in gran parte recepito dall'art. 8 (*Definizioni*) l. 26 marzo 2010, n. 59 (*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*), che parla di «*ragioni di pubblico interesse tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione*

del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale »⁴³.

Per il diritto eurounitario soltanto l'interesse *generale* (non l'interesse *pubblico*) può in concreto prevalere come «*esigenza imperativa*» sulle garanzie della concorrenza e dell'accesso al mercato: dalla libera circolazione delle merci, a – qui si inferisce - la riparazione delle illegittimità nelle gare pubbliche⁴⁴. Diversamente, si altererebbero le regole della concorrenza che proprio il diritto europeo persegue.

La storia della locuzione giova a metterla in comparazione con la ragione delle norme sulla formazione ad evidenza pubblica della volontà contrattuale, vale a dire la garanzia dell'apertura per il mercato (il micro-mercato dei contratti pubblici, in rapporto al macro mercato del sistema economico nazionale). L'espressione connota le eccezioni alle aperture doverose alla concorrenza e per questo lascia un margine di apprezzamento: alle legislazioni degli stati, come qui al giudice.

Resta aperta la questione della consistenza concreta di queste prevalenti necessità di interesse generale e del loro accertamento giudiziale: come e quando sorgano, come il giudice ne acquisisca la conoscenza, quando diventino rilevanti e quando dominanti. Ed è inutile dire delle difficoltà per formulare in concreto il giudizio di bilanciamento e proporzionalità, specie *prima facie*.

Parimenti, va considerato che queste «*esigenze imperative*» non possono – a prezzo della vanificazione del rilievo costituzionale della tutela cautelare, essenziale strumento processuale verso atti immediatamente esecutivi⁴⁵, così come del contrasto della direttiva “ricorsi” 2007/66/CE⁴⁶ - sempre e comunque condurre alla soluzione

⁴³ Il tema è ripreso da Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 291.

⁴⁴ v. V. HATZOPOULOS, *La justification des atteintes aux libertés de circulation: cadre méthodologique et spécificités matérielles*, in *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, a cura di E. Dubout e A. Maitrot de la Motte, Bruxelles 2013.

⁴⁵ che è un elemento connaturale del sistema di tutela giurisdizionale, come evidenzia Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284; 17 luglio 1975, n. 227; 1 febbraio 1982, n. 8 e poi ribadisce Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, che sottolinea il principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma primo, e dall'art. 113 Cost..

⁴⁶ che all'art. 2, comma 1, richiede «*poteri che consentono di [...] a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i*

che lascia continuare l'esecuzione dell'opera⁴⁷. La loro applicazione non può prescindere dal controllo di proporzionalità in senso stretto, cioè da una valutazione comparativa degli effetti: per modo che una sbilanciata prevalenza di queste necessità di interesse generale non finisca per schiacciare ogni capacità di protezione giudiziaria interinale a una pur consistente ragione del ricorrente. Questo indipendentemente da ogni considerazione sull'effetto pratico, che in massima parte sarà quello processuale di volgere, nel caso di manifesta fondatezza del ricorso, verso la definizione immediata del merito ai sensi dell'art. 120, comma 6, Cod. proc. amm. e così, all'esito della stessa camera di consiglio, chiudere il giudizio con sentenza di accoglimento in forma semplificata.

Da tutto questo segue che la perimetrazione introdotta dal comma 8-ter «*all'esecuzione del contratto*», se presa alla lettera va in contrasto con lo stesso concetto di «*esigenze imperative connesse a un interesse generale*» come unico titolo, di matrice eurounitaria, a che la buona tutela anche giudiziale della concorrenza possa arrestarsi perché sovrastata da una superiore esigenza della collettività. Diversamente, l'innovazione si tradurrebbe in un modo di dubbia legittimità, anche sostanziale⁴⁸, per squilibrare gli interessi comunque ordinariamente coinvolti nella vicenda, vale a dire quello pubblico dell'amministrazione appaltante e quello comune dei contendenti: che nella soluzione giudiziale più piena ed effettiva vedono solo l'affermazione coercitiva delle buone e codificate regole della concorrenza nella gara.

Aperto resta infine il tema del rapporto con quanto previsto – mediante parametri di bilanciamento piuttosto che di stretta proporzionalità - per le controversie relative a infrastrutture strategiche, vale a dire ad opere dove massima si

provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice».

⁴⁷ dice il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo: “*Quando [...] il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare*”.

⁴⁸ al di là, cioè, del superamento dei limiti della delega legislativa ex art. 76 Cost..

immagina l'intensità dell'interesse generale alla realizzazione: per le quali l'art. 125, comma 2, Cod. proc. amm. già stabilisce che in sede cautelare «*si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*».

Un'interpretazione conforme all'art. 3 Cost., che tenga conto del rapporto invertito rispetto all'assunta esigenza generale, non può condurre a dare al nuovo art. 120, comma 8-ter una portata addirittura più stringente della lettera di questo art. 125, comma 2. E sempre che il rito, speciale tra gli speciali, dell'art. 125 conservi tuttora i presupposti di applicazione, considerata la configurazione della riforma a proposito della 'grandi opere'.

16. Segue: i precedenti legislativi processuali.

Si è detto che l'espressione «*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*» (senza riferimento alla «*esecuzione del contratto*») è nota alla legge processuale amministrativa, anche non in tema cautelare. È bene approfondire alcuni profili comparativi.

In particolare:

A) non in tema cautelare, come detto è prevista – con specificazioni e qualificazioni – all'art. 121 (*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*), comma 2, Cod. proc. amm. quale limite espresso alla doverosa (cioè: indipendentemente da un giudizio di proporzionalità) dichiarazione, da parte del giudice, di inefficacia del contratto pubblico in presenza delle «*gravi violazioni*» tipizzate al comma 1: le prime due riguardano la pubblicità di accesso alla gara, vale a dire la prima delle condizioni della concorrenzialità a questo (micro-)mercato, in funzione di limite alla garanzia della concorrenzialità. L'attenzione generale poco si è

spesa sul significato intrinseco e si è piuttosto incentrata sull'aspetto formale del margine di apprezzamento lasciato al giudice nel ritrarsi dall'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto.

L'art. 121, comma 2, pone una casistica aperta di qualificazioni legali come «*esigenze imperative*» prevedendo che il contratto resta efficace «*anche in presenza delle [gravi] violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*». La norma le ripartisce in due categorie, tecniche ed economiche⁴⁹. Le prime rappresentano un elemento di bilanciamento interno all'esecuzione contrattuale e la norma si limita, a titolo esemplificativo, a includervi «*fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*». Le esigenze economiche rappresentano eccezioni ancora più rigorose, perché gli interessi economici «*possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara*». La disposizione chiude precisando che non costituiscono esigenze imperative «*gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia*».

B) in tema cautelare, come si è ricordato, il concetto è – seppure in termini ellittici - già previsto all'art. 125 (*Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*), comma 2, Cod. proc. amm.⁵⁰: «*In*

⁴⁹ es da Ge. FERRARI, *sub art. 121*, in *Codice del processo amministrativo annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, Roma 2010, 1713.

⁵⁰ La norma che ora figura all'art. 125 (che viene dall'art. 246 del *Codice dei contratti pubblici*) muove in tema di 'grandi opere', con la dichiarata prevalenza in sede cautelare dell'interesse, chiamato *pubblico* o *nazionale*, alla sollecita realizzazione dell'opera. Nasce con l'art. 14 (*Norme in*

sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.»

Molte le questioni anche pratiche insorte circa questa previsione. Con «*nonché*» ecc., si indica un interesse altro rispetto a quelli, potenzialmente lesi dal

materia processuale) d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (*Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*), posto in sede di attuazione della c.d. 'legge obiettivo': a tenore del quale [...] «*b) la valutazione del provvedimento cautelare eventualmente richiesto deve tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera; nel concedere la misura cautelare il giudice non potrà prescindere dal motivare anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente, il cui interesse dovrà comunque essere comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.*».

E, poi, muove dall'art. 20 (*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*), comma 8, d.-l. (c.d. anticrisi) 29 novembre 2008, n. 185 (*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 l. 29 gennaio 2009, n. 2.

Le modifiche furono definite opere “ricorso-resistenti” da M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti* (4 marzo 2009), in www.federalismi.it. Quelle disposizioni sulla “superaccelerazione” del processo amministrativo dell'art. 20 [che tra l'altro prevedeva che «*Le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente*»] e 8-bis d.-l. n. 185 del 2008 (*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*), per i ricorsi avverso gli atti relativi agli investimenti pubblici e di pubblica utilità “*adottati ai sensi*” dello stesso articolo costituivano un'ingiustificata violazione dei principi costituzionali e comunitari a tutela della garanzia piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive lese dagli atti e comportamenti illegittimi delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti tenuti a rispettare le medesime regole di azione. Poi la norma fu abrogata dall'art. 15 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (*Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*), salvo che per «*gli interventi previsti nel citato [articolo 20](#), per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.*». Sul tema, in generale, con particolare riferimento al rapporto di «*preminenza*» tra gli interessi, v. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici: alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano 2007, 495 ss..

provvedimento cautelare, delle parti in gioco, tra cui si intende incluso quello all'esecuzione delle prestazioni contrattuali. *Quid est*, allora, il diverso «*preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*»? Quando sorge? È tale *ab origine* oppure può sopravvenire in un secondo momento? Può successivamente venir meno? a causa di cosa? Quando diviene davvero «*preminente*»? Quando acquista la dimensione «*nazionale*»? Questa categoria è territoriale (l'interregionalità dell'opera) o è da rapportare alle esigenze infrastrutturali del Paese anche se localizzata puntualmente (ad esempio un'opera portuale o intermodale)? La “preminenza” è acquistata automaticamente perché si tratta in sé di ‘grandi opere’, ovvero altrimenti? Cioè: possono esserci grandi opere non espressive di questo interesse? Può il giudice, nella sommarietà cautelare, apprezzarlo adeguatamente? Con quali strumenti cognitivi processuali e a onere di quale allegazione e dimostrazione? Con quali possibilità di verifica e di contraddittorio? E soprattutto, su rappresentazione di quale parte in lite, se – come detto – si tratta di un interesse altro rispetto a quelli che possono essere ‘lesi’ dal provvedimento cautelare?

C) Ancora in tema cautelare, l'espressione usata oggi ha fatto il suo ingresso extracodicistico nel 2014, riguardo un caso specifico che si rifletteva su una vicenda processuale in atto. L'art. 9, comma 2-*sexies*, d.-l. 12 settembre 2014, n. 133, come conv. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 (“sblocca Italia” del 2014), si riferiva al caso giudizialmente *in itinere* delle *opere idrauliche* per la messa in sicurezza del fiume Bisagno (Genova), dopo l'alluvione del 9 e 10 ottobre 2014. Nacque come emendamento del Governo alla legge di conversione, una settimana dopo i fatti, finalizzato a impedire che il ricorso amministrativo potesse essere causa di ritardi dei cantieri e per far prevalere l'interesse generale all'incolumità sulle rivendicazioni delle imprese soccombenti nella gara (ma era stata l'Amministrazione a soprassedere dall'eseguire il contratto e non il giudice a così decidere). Quella norma afferma: «*Costituiscono esigenze imperative connesse a un interesse generale ai sensi dell'articolo 121, comma 2* [dunque: in principio, ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto, non delle esigenze cautelari], *Cod. proc. amm. [...], quelle*

funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica. [...] il TAR, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'articolo 119 [Rito abbreviato comune a determinate materie], comma 4, del citato codice [...] siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante. [...] il TAR fissa la data di discussione del merito del giudizio ai sensi del medesimo articolo 119, comma 3, del Codice».

Questa specifica fattispecie contiene dunque una determinazione contenutistica di «*interesse generale*», tale qualificando la «*tutela dell'incolumità pubblica*»: con l'onere della stazione appaltante di evidenziare (dunque: di allegare e di offrire almeno un principio di dimostrazione) queste esigenze di incolumità; e con il dovere del giudice di compararle, cioè bilanciarle, e stimarle soccombenti solo se vi prevalgono i «*requisiti di estrema gravità e urgenza*» dell'art. 119, comma 4 (per le misure monocratiche *ante causam* è richiesta la «*eccezionale gravità ed urgenza*»: sicché si tratta di fattispecie aperta). Era una soluzione intermedia, che lasciava aperta la via della comparazione, lasciando al giudice un ampio margine di apprezzamento.

17. Ripartizione e ordine di successione nel ragionamento del giudice cautelare e

Si pone la questione interpretativa di quando e come il giudice cautelare, nella formazione del suo convincimento, debba prendere in considerazione queste «*esigenze imperative*» (e, analogamente, di quando debba compiere la valutazione circa «*quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122*»). È questa un'operazione logico-valutativa intrinseca all'apprezzamento del merito cautelare, condizionata parimenti dall'applicazione del principio di proporzionalità e delle tecniche di bilanciamento: ma il riferimento a questi canoni non esaurisce il tema dell'*ordo procedendi* nel prendere in carico, comparare e se del caso bilanciare gli interessi di cui ora il giudice cautelare deve pur «*tenere conto*».

La logica impone che l'incidenza di «*quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122*» o delle «*esigenze imperative*», vada presa in considerazione e soppesata successivamente al compimento dell'usuale valutazione del *periculum in mora* e della «*ragionevole previsione sull'esito del ricorso*» dell'art. 55, comma 9. Quella «*ragionevole previsione*» consiste in un giudizio deliberatorio che considera solo gli elementi inerenti al caso dedotto in giudizio come se ancora non rilavassero o la probabile sostenibilità giuridica del contratto, o le esigenze generali. Queste vengono a giocare, nella sequenza della nuova valutazione complessiva, solo dopo e solo sulla base di una previa conclusione (provvisoria) concretamente favorevole alla concessione della misura cautelare domandata.

Perciò, per un corretto ordine di giudizio, la logica decisoria cautelare impone di seguire questa successione:

- a) dapprima il giudice cautelare procede alla valutazione usuale, altrimenti esaustiva, dei presupposti della tutela cautelare, con particolare riguardo al *fumus boni iuris*;
- b) poi egli rapporta l'esito di questa valutazione, o meglio l'effetto inibitorio che va a incidere sul contratto o sull'aggiudicazione, alle *dominanti necessità generali* rappresentate nelle formule di «*quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122*» e delle «*esigenze imperative*».

Quanto allo specchio della motivazione del provvedimento cautelare, il disegno di risulta è che in tema di contratti pubblici l'ordinanza cautelare motivi gradatamente:

- a) anzitutto circa la «*ragionevole previsione sull'esito del ricorso*»
- b) poi circa la *concreta* sussistenza di «*quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122*» e delle «*esigenze imperative*»;

- c) infine sulla loro incidenza riflessa sugli effetti di quella previa valutazione sui presupposti tradizionali della tutela cautelare.

Questa messa a fuoco consente di bene evidenziare l'asimmetria dei parametri di giudizio tra la valutazione che presiede alla tutela cautelare e la valutazione che presiede al giudizio di merito. Nel giudizio di merito le «*esigenze imperative*» sono un elemento non previsto e una loro eventuale traccia sarebbe del tutto spuria.

Ma quest'asimmetria va ad incidere, generando gradini che vanno in direzioni opposte, sul rapporto di *strumentalità* tra giudizio cautelare e giudizio di merito: essa si riverbera sulla realtà del principio di effettività e di pienezza della tutela, che ne subisce un notevole rimbalzo. Le nuove prese in considerazione curvano il procedimento cautelare verso finalità distinte rispetto al giudizio di merito.

Ma non basta. Occorre anche domandare se le nuove prese in considerazione attengano al *periculum in mora* o al *fumus boni iuris*.

L'affermare che attengano al *fumus boni iuris* va a misurarsi con la natura del processo amministrativo: il quale non è un processo a connotazione di diritto obiettivo.

Ma nemmeno attengono direttamente al *periculum in mora* perché non compongono il «*pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso*» dell'art. 55, comma 1, Cod. proc. amm..

Potrebbe apparire che vi si riconducano indirettamente, quasi a specchio, come elemento complessivo del *bilanciamento* nella valutazione del pregiudizio in rapporto all'interesse *pubblico* all'*esecuzione* del contratto.

Ama a ben vedere, tuttavia, neanche una tale configurazione appare congrua. Anzitutto perché l'interesse cui si riferiscono non è l'interesse dell'Amministrazione e alla conclusione del contratto. Poi perché, per sua natura, l'interesse delle «*esigenze*» trascende rispetto allo stretto tratto di tempo tra la decisione *cautelare* e quella di *merito*, che è solo un tratto *interinale*; infine perché si tratta di *interesse immanente* che perdura anche *oltre* quel corto intervallo, cioè sussistono al momento

della decisione cautelare come poi al momento della decisione di merito e oltre. Tanto più che la norma le riferisce all'*esecuzione* del contratto, piuttosto che alla sua *formazione*.

È facile immaginare che la pratica andrà ad atteggiarsi sulla concatenazione tra *fumus boni iuris* e *esigenze imperative*: spesso, nei fatti, la formula ridonderà sul *percorso processuale*, nel suo sviluppo procedimentale concreto, come paradigma reale dell'intensità del *fumus boni iuris*.

Se questo sarò talmente intenso da condurre *ictu oculi* a una valutazione di fondatezza nel merito del ricorso, il giudice procederà ex art. 60, definendo il giudizio in esito all'udienza cautelare.

Del resto, a usare il linguaggio dell'art. 120, comma 6, la manifesta fondatezza del *fumus boni iuris* genera, pur in presenza delle «*esigenze imperative*», i presupposti per la definizione immediata del giudizio nell'udienza cautelare.

In pratica, dunque, la portata effettiva di queste dominanti necessità generali, sarà di ingenerare un frequente orientamento verso la soluzione immediata nel merito. Un effetto essenzialmente processuale, dunque, più frequente di un effetto sostanziale.

18. Considerazioni di sintesi sulla nuova tutela cautelare del 'rito appalti'.

L'art. 120, comma 8-ter, Cod. proc. amm. è un'innovazione in tensione con i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Il suo dispositivo mira a stabilizzare la sequenza contrattuale sin dai primi passi condizionando a valutazioni oggettive ed esterne i presupposti della decisione cautelare e i suoi effetti preventivi sulla realtà del contratto. Esprime una tecnica legislativa che si inserisce nel processo come mera disputa per farvi pesare, per quanto possibile, l'obiettivo *ultra partes* della sollecita esecuzione dell'opera o del servizio pubblico, pur se non "strategici": anche se a scapito della giusta effettiva aggiudicazione, almeno nei casi non enormi (per

“violazione”), e sempre avendo riguardo a dominanti esigenze generali all’opera o al servizio. Il fare – questo è l’intento retrostante - prevalga sul prevenire, il risultato pratico per tutti sul giusto mezzo per uno, pur se al sovrapprezzo di una tardiva riparazione monetaria in luogo della tempestiva reintegrazione degli effetti dell’aggiudicazione maltolta.

La tutela giudiziale in forma specifica, soddisfattiva con il passaggio dal mero annullamento dell’aggiudicazione al subentro nella posizione di aggiudicatario nel “caducato” contratto dichiarato inefficace, voluta come prioritaria dalla direttiva 2007/66/CE e dal suo recepimento col d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, poco dopo trasfusa nel *Codice del processo amministrativo*, vedeva nello strumento cautelare un passaggio essenziale per la sua effettività: dove il risarcimento per equivalente monetario rappresentava un rimedio solo sussidiario⁵¹. Ora essa sembra recedere, riattribuendo spazi alla monetizzazione e togliendoli alla tutela restitutoria, misurata sul difficile parametro delle concrete *chances* perdute, a causa dell’atto illegittimo, sul contratto che viene fatto proseguire.

L’innovazione è dunque una cortina innalzata in difesa anticipata della sorte dell’incipiente contratto, quand’anche *prima facie* caducabile per illegittimità dell’aggiudicazione e di incerta validità. Grazie a questo sostegno nel processo cautelare aumentano le possibilità che la sua esecuzione arrivi senza arresti al risultato, quale che sia la sorte definitiva del provvedimento amministrativo.

Ecco perché si interviene sul territorio finora uniforme e aperto della cautela giudiziale. Si va a toccare nel principale degli effetti pratici l’un tempo agognato privilegio della giustizia amministrativa in tema di appalti pubblici rispetto alla

⁵¹ Il tema è stato a b della giurisprudenza dell’Adunanza plenaria sulla c.d. questione della pregiudizialità amministrativa: Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, 22 ottobre 2007, n. 12 e 23 marzo 2011, n. 3. R.GAROFOLI, in F. Caringella, R.Garofoli e G.Montedoro, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo, aggiornato alla l. n. 15/2005*, Milano 2006, 571 ss., dove si sottolinea il carattere sussidiario di “mero completamento” da riconoscere al rimedio risarcitorio, non già di meccanica alternativa all’annullamento dell’atto e conseguente conformazione della rinnovazione del procedimento. Già prima in questo senso F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 237. La mancata aggiudicazione comporta effetti dannosi ulteriori alla mancata aggiudicazione e difficilmente ristorabili per equivalente: dalla mancata qualificazione per future gare al radicamento in un settore del mercato

frammentazione con quella civile⁵², codificato nel 2010. La connotazione di “disputa” viene spostata in avanti. Si abbassa quella che, *ratione iudicis*, è una controversia sull’uso del pubblico potere (perché su un rapporto amministrativo) a una prospettiva giudiziale di compensazione pecuniaria, a tutela riparatoria successiva come sarebbe proprio di una disputa rivendicatoria tra imprese in competizione per un bene consumabile (quasi un rapporto interprivato su cosa già altrui). In controtendenza all’obiettivo generale della satisfattività della giurisdizione amministrativa, perseguita mediante le declinazioni possibili della tutela restitutoria contro le alterazioni illegittime delle regole della concorrenza (dove essenziale è il ruolo del procedimento cautelare) si apre una divaricazione tra contratti pubblici e giustizia di annullamento che torna a vantaggio del beneficiario delle illegittimità dell’aggiudicazione. Il giudice amministrativo, arricchito in anni di riforme dell’intera sequenza aggiudicazione-efficacia del contratto, ora condizionato in cautelare si troverà a piuttosto decidere il merito in termini riparatori. E l’obbligo risarcitorio in cui viene convertita la pretesa del concorrente ingiustamente pretermesso e che alla fine supplirà a tutto, riguarderà non quel beneficiario ma la stazione appaltante. La sospirata tutela reale (*property rule*) restituisce spazi a quella

⁵² di cui a Cass., SS.UU, 28 dicembre 2007, n. 27169 secondo cui la giurisdizione amministrativa sulle «*procedure di affidamento*», ex art. 6 l. 21 luglio 2000 n. 205 e art. 244 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 concerne solo la fase pubblicistica anteriore alla stipula del contratto e si arresta perciò al provvedimento di aggiudicazione, sicché spetta al giudice ordinario accertare gli effetti prodotti sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell’aggiudicazione dell’appalto; e Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, che convenne che eccedeva dalla giurisdizione amministrativa la domanda di reintegrazione in forma specifica contro l’aggiudicazione di un appalto, incidendo necessariamente sul contratto e sulle sue posizioni di diritto soggettivo; ma precisava che nell’eseguire la sentenza di annullamento dell’aggiudicazione, l’amministrazione deve rilevare la caducazione del contratto e adottare le conseguenti determinazioni, in difetto di che il giudice amministrativo adito in ottemperanza può ripristinare le ragioni del ricorrente nella posizione di aggiudicatario dell’appalto. Seguì il *revirement* dell’ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, per la quale in seguito alla direttiva 2007/66/CE, che andava recepita entro il 20 dicembre 2009, è – in superamento del criterio di riparto tra giurisdizioni del contenzioso sulla procedura a evidenza pubblica e di quello sul contratto - devoluta al solo giudice amministrativo la domanda dell’imprenditore che abbia domandato l’annullamento dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico chiedendo anche che il contratto stipulato dall’amministrazione in base a quell’aggiudicazione sia privato di effetti. Ne seguì ancora, con la l. n. 53 del 2010 (artt. 245-*bis* e ss.) di attuazione della direttiva 2007/66/CE e poco dopo con il *Codice del processo amministrativo*, la devoluzione al giudice amministrativo dell’intera sequenza aggiudicazione-efficacia del contratto: dal che la priorità delle tutela in forma specifica.

obbligatoria (*liability rule*), e in conto del contribuente, che ne andrà all'ultimo a subire l'esternalità negativa. Perché intanto l'opera – si immagina - sarà stata per tutti realizzata.

Giuseppe SEVERINI

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato il 20 settembre 2017