



OSSERVATORIO SULLA TRASPARENZA  
1 GIUGNO 2022

Sulla tutela cautelare nel rito in materia  
di accesso: spunti di riflessione e analisi  
di recenti orientamenti

di Angelo Giuseppe Orofino  
Professore ordinario di Diritto amministrativo  
LUM "Giuseppe Degennaro"

e Fabiola Cimbali  
Professoressa associata di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Catania



# Sulla tutela cautelare nel rito in materia di accesso: spunti di riflessione e analisi di recenti orientamenti\*

**di Angelo Giuseppe Orofino**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
LUM "Giuseppe Degennaro"

**e Fabiola Cimbali**

Professoressa associata di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Catania

**Abstract [It]:** Il contributo affronta il dibattuto tema dell'ammissibilità di domande cautelari formulate all'interno di giudizi proposti per l'ostensione di atti amministrativi. Se, da un lato, esigenze di effettività giustificerebbero il ricorso a forme di tutela urgente ogniqualvolta ciò sia realmente necessario, dall'altro, l'ostensione "anticipata" dei documenti potrebbe assicurare al ricorrente già in sede cautelare quanto richiesto con il giudizio di merito, rischiando in tal modo di compromettere l'oggetto del processo e di rendere superflua la stessa fase di merito.

**Title:** On interlocutory protection in access proceedings: insights and analysis of recent guidelines

**Abstract [En]:** This article analyses the controversial issue of the admissibility of applications for precautionary measures in the context of proceedings for the disclosure of administrative acts. If the need for effective protection makes it necessary to grant forms of urgent protection, the early disclosure of documents could allow the plaintiff to obtain what they have requested in the *ad interim* measure, thus eliminating the subject matter of the trial and making it superfluous.

**Parole chiave:** accesso, trasparenza, tutela cautelare, strumentalità della tutela processuale

**Keywords:** access, transparency, precautionary measures, instrumentality of judicial protection

**Sommario:** 1. Profili introduttivi. 2. La tutela urgente nel rito in materia di accesso: la configurabilità dell'azione. 3. *Segue:* il problema della strumentalità della cautela. 4. *Segue:* la garanzia di integrità del contraddittorio. 5. *Segue:* la individuazione del *periculum*. 6. Brevi conclusioni.

## 1. Profili introduttivi

Il tema della cautela nel diritto di accesso è tema dal valore trasversale, che si ripropone in tutti i settori del diritto delle amministrazioni pubbliche. E però, vista la estrema celerità che caratterizza il rito in materia di appalti, quello in parola – come si vedrà meglio *infra* – è problema che caratterizza soprattutto il settore delle commesse pubbliche, che si conferma ambito di sperimentazione e di incubazione di modelli processuali<sup>1</sup>.

Quanto detto è viepiù vero ove si consideri che nell'ultimo periodo si riscontra una tendenziale propensione, da parte delle imprese che partecipano a pubbliche gare, ad opporsi alle richieste di accesso

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Benché il presente lavoro sia il frutto della riflessione congiunta dei due autori, i primi due paragrafi sono stati predisposti da Fabiola Cimbali, laddove gli ultimi quattro sono stati scritti da Angelo Giuseppe Orofino.

<sup>1</sup> M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481: «L'esperienza maturata nella materia dei contratti pubblici è particolarmente significativa, perché tale materia spesso funge da apripista per sperimentazioni processuali».

formulate da concorrenti avversarie che vogliono acquisire gli atti al fine di contestare giurisdizionalmente gli esiti della procedura.

Vi è anche la tendenziale supina accettazione di tali opposizioni da parte di amministrazioni che, troppo spesso, paiono aderire alle ragioni prospettate da chi chiede la secretazione, senza nemmeno peritarsi di entrare nel merito delle questioni sollevate, così da verificare se i documenti domandati in ostensione contengano davvero segreti tecnici e commerciali che meritino di essere tutelati, eventualmente anche a discapito del diritto di difesa delle altre concorrenti.

Si è consapevoli che ogni elaborato progettuale reca sempre, in qualche misura, dei piccoli segreti commerciali o organizzativi: è, però, evidente che non tutti meritano tutela attraverso l'oscuramento dei documenti che li recano o mediante l'opposizione all'ostensione dell'offerta.

In fondo, possono qualificarsi alla stregua di segreti commerciali pure quelli relativi ai prezzi di acquisto di determinati prodotti, mezzi o materie utili per eseguire un appalto; prezzi che possono essere quantificati diversamente dai venditori in funzione dei rapporti commerciali che hanno con le varie imprese concorrenti, e dei differenti volumi di acquisto che ciascuna di esse ha. È ragionevole ritenere che un produttore offra i propri prodotti praticando costi migliori nei confronti di quegli imprenditori che acquistino maggiori quantità, ovvero nei confronti di quelli con cui egli abbia rapporti di più lunga data. Ed è altresì ragionevole che i concorrenti che partecipino ad una gara pubblica abbiano interesse a non divulgare tali prezzi, anche per mantenere il vantaggio competitivo, evitando che altri operatori pretendano di acquistare gli stessi beni alle stesse condizioni.

Del pari, è plausibile che un concorrente, dopo aver elaborato una o più soluzioni progettuali che gli abbiano consentito di ben figurare nel corso di alcune gare, voglia evitare che tali soluzioni siano riprese da operatori avversari, che potrebbero acquisirle e farle proprie in future procedure concorsuali alle quali partecipi anche l'originario ideatore.

È, però, anche vero che le esigenze collegate all'interesse alla non divulgazione di informazioni aziendali delicate non possono essere enfatizzate e massimizzate al punto tale da prevalere, sempre e comunque, sulle contrapposte ragioni che inducono a garantire adeguata trasparenza e conoscibilità degli atti amministrativi.

Vi è, piuttosto, da trovare un punto di equilibrio, così da bilanciare le pretese alla non divulgazione del know how commerciale e industriale di talune concorrenti, con le contrapposte esigenze difensive, collegate alla conoscibilità dell'agire amministrativo.

E nel trovare il giusto bilanciamento tra interessi contrapposti e confliggenti, appare di fondamentale rilievo il ruolo di garanzia svolto dall'amministrazione la quale – all'esito di una puntuale analisi delle ragioni che propendono per la secretazione (integrale o parziale) dei documenti richiesti, ovvero per la

loro ostensione –, sarà chiamata a decidere con statuizione espressa, nella quale dia conto delle ragioni che l'hanno portata a orientarsi in un senso piuttosto che nell'altro<sup>2</sup>.

Sennonché, a fronte della (spesso ingiustificata e crescente) propensione delle imprese partecipanti a gare pubbliche ad opporre un loro diniego rispetto alle richieste ostensive articolate da concorrenti avversarie, sta prevalendo nelle amministrazioni una inclinazione alla «apatia», che le induce ad adagiarsi sulla soluzione più comoda: aderire supinamente sulle posizioni della controinteressata, facendo prevalere presunte esigenze di riservatezza, senza neanche ponderarle e verificarne la consistenza e meritevolezza. Questo ha portato ad un proliferare dei giudizi in materia di accesso i quali – tutte le volte in cui le richieste acquisitive abbiano avuto ad oggetto atti necessari ai fini dell'impugnazione delle procedure di aggiudicazione –, sono stati caratterizzati da una particolare urgenza, derivante dalla celerità che caratterizza i riti *ex art. 120 c.p.a.*, la quale rende necessario che il ricorrente, onde potersi difendere (eventualmente anche attraverso la proposizione di motivi aggiunti), acquisisca tutti gli atti a tal fine necessari in tempo utile rispetto alla udienza di merito del parallelo giudizio proposto avverso gli atti di gara.

Ciò spesso rende incompatibili i tempi, pur brevi, previsti per i giudizi celebrati ai sensi dell'art. 116 c.p.a., e induce le parti ricorrenti a chiedere in giudizio forme di tutela anticipata.

## **2. La tutela urgente nel rito in materia di accesso: la configurabilità dell'azione**

A fronte della situazione di cui si è detto, in sempre più occasioni è accaduto che i giudici amministrativi si siano trovati a decidere su istanze cautelari proposte in cause intentate *ex art. 116 c.p.a.*, dovendo anzitutto risolvere il problema dell'ammissibilità di tali istanze, giacché formulate all'interno di un rito caratterizzato dalla specialità e dalla estrema accelerazione, come quello che contraddistingue l'*actio ad exhibendum*.

---

<sup>2</sup> La stazione appaltante è sempre tenuta a verificare se sussistono effettive ragioni di riservatezza ed a motivare al riguardo, non potendo appiattirsi sulle dichiarazioni del concorrente: Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2022, n. 851; Tar Puglia, Bari, sez. III, 12 novembre 2021, n. 1660.

Il tema – già affrontato, con alterne soluzioni, in merito ad altri riti camerale disciplinati dall'art. 87, comma 2, c.p.a.<sup>3</sup>, come i giudizi in materia di silenzio<sup>4</sup> e quelli in materia di ottemperanza<sup>5</sup> – è emerso anche in merito al rito per l'accesso<sup>6</sup>.

Ed anche in questo caso, la giurisprudenza si è espressa con orientamenti oscillanti.

Una parte minoritaria ha ritenuto che la natura acceleratoria e la specialità del particolare rito disciplinato dal combinato disposto degli artt. 87 e 116 c.p.a., vista la tempestività che lo caratterizza, renderebbero non compatibile con l'*actio ad exhibendum* una eventuale richiesta di tutela urgente<sup>7</sup>; si è altresì sostenuto che tale richiesta sarebbe inammissibile anche perché condurrebbe ad una alterazione del criterio di esame dei ricorsi, con una anticipazione della trattazione del giudizio per il quale è stata formulata domanda di cautela<sup>8</sup>.

Si tratta di affermazioni che non paiono convincere.

Non sembra un ostacolo alla configurazione della cautela la specialità del rito *ex* art. 116 c.p.a. e, soprattutto, la sua celerità: forme di tutela urgente, del resto, sono espressamente previste pure nei giudizi disciplinati dagli artt. 119 ss. c.p.a., nonostante la evidente solerzia con cui si arriva a sentenza<sup>9</sup>.

Una limitazione delle possibilità di accesso alla cautela, del resto, non sarebbe accettabile in quanto parrebbe porsi in contrasto gli insegnamenti della Corte di Giustizia<sup>10</sup>, a mente dei quali gli Stati membri

---

<sup>3</sup> N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003; N. LIPARI, 'Fase 2'. *I giudizi camerale nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 18, 232.

<sup>4</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. II, 15 settembre 2021, n. 518, dove si afferma che «la tutela cautelare è incompatibile con il rito del silenzio che presuppone il definitivo accertamento dell'obbligo di provvedere a fronte dell'inerzia della p.a.». Di diverso avviso Cons. St., Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 578; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, ord. 8 ottobre 2020, n. 381. Sul punto v. anche Cons. St., sez. III, ord. 26 novembre 2021, n. 6349, che parla di «un orientamento interpretativo non uniforme in materia di tutela cautelare avverso il silenzio ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.». Cfr. E PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 503.

<sup>5</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 9 luglio 2013, n. 2735: «Non è ammissibile il rito cautelare, connesso al rito ordinario, nell'ambito di un giudizio in cui viene sollecitata l'esecuzione di una sentenza passata in giudicato, in ordine a cui il codice ha previsto il rito speciale governato dagli artt. 112 e seg.». Di diverso avviso Tar Puglia, Bari, sez. I, ord. 5 luglio 2018, n. 251.

<sup>6</sup> B. RINALDI, *Il rito speciale in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, vol. II, Milano, 2013, 315.

<sup>7</sup> Si legge in Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, decr. 9 marzo 2012, n. 916, che «il giudizio in materia di accesso ai documenti di cui all'art. 116 del c.p.a., anche se si atteggia come impugnatorio, in quanto il ricorso è proposto contro l'atto di diniego od il silenzio diniego formatosi sulla relativa istanza e deve essere presentato nel termine perentorio di 30 giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata, è sostanzialmente rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione alla luce dei parametri normativi, e che, a tali fini, il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti. Ritenuto, alla stregua di quanto sopra rappresentato, che l'adozione di misure cautelari è incompatibile con tale speciale rito». In argomento v. anche Tar Calabria, Reggio Calabria, ord. 30 luglio 2021, n. 217.

<sup>8</sup> È quanto affermato in Tar Puglia, Lecce, sez. II, ord. 29 luglio 2021, n. 464, dove si è «ritenuta l'improponibilità di una tutela cautelare proposta nell'ambito di un giudizio in materia di accesso, la qual cosa presenta altresì l'ulteriore effetto negativo della pretermissione dell'ordinario criterio di fissazione dei ricorsi, basato essenzialmente – salva la sussistenza di ragioni di urgenza – sul criterio cronologico».

<sup>9</sup> M. RAMAJOLI, *la tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928.

<sup>10</sup> S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2488; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.

dell'UE hanno il dovere di consentire al giudice di adottare qualsiasi misura utile alla tutela urgente di diritti di operatori ingiustamente incisi da provvedimenti di amministrazioni chiamate ad applicare il diritto unionale<sup>11</sup>. Per tali ragioni le corti nazionali devono disapplicare il diritto interno che impedisca loro di emettere provvedimenti di indole cautelare a difesa di diritti fondati sulle norme europee<sup>12</sup>.

Una simile limitazione potrebbe, poi, contrastare con le disposizioni costituzionali che tutelano l'effettività del diritto di difesa contro la pubblica amministrazione, le quali paiono configurare quello cautelare come momento essenziale del processo amministrativo<sup>13</sup>.

Si rivela, invece, condivisibile l'affermazione secondo cui la possibilità di offrire tutela cautelare anche in materia di accesso documentale è congenita alla natura giurisdizionale del rito e non può essere impedita dalla sollecitudine che lo caratterizza<sup>14</sup>.

Piuttosto, la tempestività del rito in cui vengono scrutinate le istanze ostensive si rivela idonea ad influire sulla sussistenza (e consistenza) del *periculum*, che non appare facile da configurare quando l'udienza di

---

<sup>11</sup> C. giust., sez. VI, 15 marzo 2003, in causa C-214/00. V. anche C. giust., 9 novembre 1995, in causa C-465/93; Id., sez. V, 19 settembre 1996, in causa C-236/95; Id., sez. IV, 29 aprile 2004, in causa C-202/03.

<sup>12</sup> Cfr. C. giust., 19 giugno 1990, in causa C-213/89, § 21, in cui si legge «che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe [...] ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori».

<sup>13</sup> Cfr. C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, dove – nel ritenere costituzionalmente illegittimo l'art. 21, ultimo comma, della l. Tar, nella parte in cui non consente al giudice amministrativo di adottare, nelle controversie in materia di pubblico impiego oggetto di giurisdizione esclusiva, provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito – si afferma il rilievo costituzionale del «principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700 [...], che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo e, in *subiecta materia*, dall'art. 113 Cost.». In argomento v. anche C. cost., 1 febbraio 1982, n. 8, dove si ricorda che «la giurisprudenza di questa Corte medesima (sentenze numeri 284 del 1974 e 227 del 1975) ha posto in luce il carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima compenetrazione sua con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale maggiormente si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice». Va, però, ricordato che la Consulta, pur ribadendo che la tempestività della tutela cautelare nel processo amministrativo ha copertura costituzionale, ha cionondimeno ritenuto non costituzionalmente necessaria la previsione di strumenti di cautela *ante causam*: C. cost., 10 maggio 2002, n. 179.

<sup>14</sup> Così Tar Puglia, Bari, sez. un., 13 settembre 2021, n. 1355. In termini v. anche Tar Sicilia, Palermo, 1 ottobre 2018, n. 2020: «Correlata al carattere acceleratorio del rito sull'accesso è, tuttavia, la questione relativa all'ammissibilità della tutela cautelare che, nella fattispecie, è stata concretamente azionata contestualmente al ricorso [...]. Sul punto deve ritenersi che il rito accelerato (dell'accesso) non preclude di per sé la richiesta di misure cautelari monocratiche e di quelle "ante causam", nonostante si svolga già di per sé in tempi contratti, in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario e, peraltro, non si potrebbe privare il ricorrente di un rimedio cautelare se ciò non fosse espressamente previsto dal legislatore, anche perché è in gioco il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che permea tutto il codice del processo amministrativo e si porrebbe, pertanto, un problema di compatibilità costituzionale con gli artt. 24 e 113 della Costituzione».

merito sia prossima: ma questo è altro tema, non afferente alla ammissibilità dell'azione, quanto piuttosto alla sussistenza dei presupposti per la concessione della cautela<sup>15</sup>.

### 3. *Segue: il problema della strumentalità della tutela*

Problema caratterizzato da maggiore spessore è, invece, quello inerente al carattere della strumentalità<sup>16</sup> che caratterizza le misure cautelari<sup>17</sup>, il cui scopo notoriamente è quello di garantire che il tempo necessario alla conclusione del giudizio non pregiudichi le possibilità del ricorrente di ottenere la tutela auspicata, lasciando che la vicenda contenziosa permanga «integrata» sino al deposito della sentenza<sup>18</sup>.

Al contrario, l'eventuale anticipazione della tutela, laddove portasse alla completa ostensione dei documenti richiesti, potrebbe condurre alla concessione, già in sede cautelare, del bene della vita al cui raggiungimento è rivolto il giudizio. Si arriverebbe, pertanto, ad una modifica della realtà materiale alla quale conseguirebbe il venir meno dello stesso oggetto del processo; si renderebbe, quindi, superflua la successiva fase di merito, rispetto alla quale la tutela interinale dovrebbe avere rilievo solo strumentale<sup>19</sup>. E difatti, l'eventuale sentenza che, modificando l'orientamento espresso in un primo momento, affermasse che non sono dovuti i documenti oramai già acquisiti dall'istante all'esito della decisione cautelare, potrebbe forse influire sul legittimo uso futuro di tali documenti da parte di colui che li abbia già acquisiti in copia (a questo punto, senza valido titolo giuridico<sup>20</sup>), ma certamente non potrebbe cancellare la circostanza che tali copie sono oramai irrimediabilmente entrate nella sfera di disponibilità dell'istante.

---

<sup>15</sup> Sul punto si tornerà *infra*, nel par. 5.

<sup>16</sup> Ci si riferisce a quella che è stata definita strumentalità *funzionale*, in contrapposizione alla strumentalità *strutturale*: la prima si lega allo scopo della cautela e si esprime attraverso la interinalità delle misure, destinate a perdere efficacia con la pubblicazione della sentenza che pone fine al giudizio di cognizione, senza alcuna idoneità a offrire una regolazione definitiva della *res controversa*; la seconda indica la regola secondo cui deve esservi una sorta di «relazione di continenza» tra il contenuto della misura adottata in sede cautelare e la sentenza che definisce il giudizio, sicché al giudice della cautela è precluso di adottare provvedimenti i cui effetti non potrebbero derivare neppure dall'accoglimento della sentenza di merito: sul punto v. M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 e *passim*, anche per riferimenti bibliografici.

<sup>17</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino 2012, 281: «Una misura cautelare [...] non può determinare, neppure in via di fatto, la definizione del giudizio. Altrimenti la tutela cautelare si configurerebbe, nel processo amministrativo, in termini incompatibili con il principio di strumentalità: non assegnerebbe solo utilità funzionali alla decisione di quel giudizio, ma lo definirebbe direttamente».

<sup>18</sup> A. PANZAROLA, *Il giudizio cautelare*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 813.

<sup>19</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 339, secondo cui il consolidamento della posizione di vantaggio conseguita in esecuzione di un ordine cautelare deroga i principi di strumentalità ed interinalità della tutela cautelare, avente la tipica funzione di proteggere la sfera giuridica della parte processuale nelle more della definizione del giudizio, senza però pregiudicare la soluzione nel merito della controversia. In argomento v. A. POLICE, *La tutela cautelare di primo grado*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 477.

<sup>20</sup> P.C. RUGGIERI, *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, in *www.judicium.it*, giugno 2020, 2, la quale sottolinea che «nel processo civile l'utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite rappresenta un tema tradizionalmente dibattuto, stante il difetto di una disciplina positiva».

Si avrebbe, così, una massimizzazione degli interessi del ricorrente, il quale riuscirebbe a conseguire anticipatamente il risultato utile al quale dovrebbe invece essere preordinata la fase di merito, a discapito delle posizioni delle parti resistenti e controinteressate.

Il problema emerge nitidamente nelle riflessioni della giurisprudenza e, come già evidenziato, ha talvolta indotto talune corti a ritenere che la tutela cautelare sia incompatibile con la struttura dei riti camerali disciplinati dall'art. 87, comma 2, c.p.a.<sup>21</sup>.

Va, però, evidenziato che un rapporto di strumentalità tra momento cautelare e fase di merito appare evidente nel giudizio per l'accesso, per lo meno quelle volte in cui si realizzi una situazione opposta a quella innanzi ipotizzata: cioè quando la cautela sia invocata proprio per *impedire* che vi sia una modifica della realtà fattuale, con conseguente irrimediabile consolidamento delle posizioni di colui che intenda acquisire copia degli atti in virtù di un provvedimento (non importa se giurisdizionale o amministrativo) che lo abiliti a tale acquisizione. Si è, dunque, ritenuto di sospendere la pronuncia che abbia accolto un gravame *ex* art. 116 c.p.a., giacché «l'esecuzione della sentenza di accoglimento impugnata determinerebbe l'ostensione dei documenti cui l'odierna appellante si oppone, rendendo inutile la decisione di merito»<sup>22</sup>. Appare dogmaticamente poco coerente affermare l'ammissibilità di strumenti di tutela interinale nel rito *ex* art. 116 c.p.a. quando questa serva ad evitare che si abbia l'ostensione di taluni documenti prima dell'udienza di merito, salvo poi (contraddittoriamente) negarla laddove sia volta ad ottenere un'acquisizione anticipata degli atti richiesti.

Onde far fronte a tale aporia, si è affacciata in giurisprudenza l'idea secondo la quale, tutte le volte in cui l'istanza di accesso sia meritevole di accoglimento, la coniugazione delle due esigenze contrapposte (garantire tanto l'effettività della tutela, quanto la sua funzione strumentale) possa essere perseguita mediante l'adozione di una sentenza in forma semplificata<sup>23</sup>.

È, quest'ultima, soluzione condivisibile ma non necessaria.

Non lo è certamente quando il giudice amministrativo si limiti ad adottare ordinanze cautelari dal carattere propulsivo<sup>24</sup> che, attraverso la tecnica del *remand*, ordinino alla p.a. di tornare sulle proprie decisioni, prendendo in considerazione aspetti specifici originariamente non considerati (o mal apprezzati) in sede di esercizio delle funzioni amministrative: si pensi, ad esempio, ad un collegio che indichi ad una stazione

---

<sup>21</sup> Si legge in Tar Sicilia, Catania, sez. IV, ord. 8 ottobre 2021, n. 593: «La tutela cautelare nel processo amministrativo, come anche nel processo civile, è preordinata, in ossequio al principio di strumentalità che la contraddistingue, a salvaguardare gli interessi di tutte le parti in causa senza irreparabile nocumento per alcuno di essi durante la pendenza dell'intero giudizio e sino alla definizione dello stesso; ritenuto, quindi, che l'accoglimento della domanda cautelare deve tradursi nell'adozione di un provvedimento giurisdizionale che, da un lato, tuteli l'interesse del ricorrente e, dall'altro, non pregiudichi in modo alcuno le possibili difese dell'amministrazione resistente nella successiva fase di merito, in ossequio al principio del giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost.».

<sup>22</sup> Cons. St., sez. III, ord. 9 luglio 2021, n. 3762.

<sup>23</sup> Tar Sicilia, Palermo, 1 ottobre 2018, n. 2020, cit.; Tar Puglia, Bari, sez. un., 13 settembre 2021, n. 1355, cit.

<sup>24</sup> Sulle quali v. già Cons. St., ad. plen., 1 giugno 1983, n. 14.

appaltante con quali modalità va condotto il sindacato sull'eventuale sussistenza di segreti tecnici o commerciali dell'elaborato progettuale prodotto in gara dall'impresa aggiudicataria, e domandato in ostensione da altra concorrente.

Come osservato da autorevole dottrina, attraverso la tecnica del *remand* si instaura un dialogo diretto tra giurisdizione e amministrazione, con il quale si tende ad orientare l'attività della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima, onde pervenire all'adozione di un atto che sia rispettoso dei parametri normativi che disciplinano la funzione esercitata<sup>25</sup>.

È pur vero che, secondo le affermazioni ripetute da un consistente filone giurisprudenziale, l'atto adottato unicamente in esecuzione di una ordinanza *ex art.* 55 c.p.a., vista «la strumentalità e provvisorietà che caratterizza la tutela cautelare la quale, per quanto atipica, è strumento per ottenere tutela nelle more della definizione del merito ma non mira a far conseguire un'utilità finale» comporta che «questa precarietà deve certamente estendersi ai provvedimenti adottati dall'amministrazione in ottemperanza della misura cautelare, a meno che non emerga la volontà della stessa di esercitare una vera e propria autotutela»<sup>26</sup>.

È altrettanto vero, però, che l'adozione di ordinanze propulsive<sup>27</sup> è comunque idonea a produrre effetti non sempre rimovibili all'esito della decisione del merito.

Si pensi, per esempio, a cosa accade quando un partecipante ad una procedura selettiva per l'assunzione di dipendenti pubblici – dapprima escluso dall'amministrazione, ma poi ammesso con riserva sulla base di un provvedimento giurisdizionale – risulti vincitore del concorso e, quindi, prenda servizio ed espleti attività di pubblico dipendente. Appare evidente che l'eventuale conferma del provvedimento di esclusione (con ripensamento rispetto all'orientamento originariamente manifestato dal giudice in sede

---

<sup>25</sup> A. POLICE, *La tutela cautelare*, cit., 490.

<sup>26</sup> Cons. St., sez. III, 24 dicembre 2021, n. 8590. In senso parzialmente difforme v. Cons. St., sez. V, 19 aprile 2021, n. 3169: «Il *remand* cautelare si caratterizza per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, potendo condurre, qualora non dia luogo all'adozione di un atto meramente confermativo, ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere (ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dalla parte ricorrente), oppure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo in caso di esito negativo, esito che, costituendo nuova espressione della funzione amministrativa e non mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale, comporta il trasferimento dell'interesse del ricorrente all'annullamento del nuovo provvedimento». In argomento v. le osservazioni di A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 168. In precedenza v. anche E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 217; ID., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646.

<sup>27</sup> Ammesse anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale – pur ribadendo «i limiti [...] segnati, per qualsiasi giudice, dalla necessità di non porre ostacolo al libero spiegarsi di quella potestà discrezionale, e pertanto di non sostituirsi alla pubblica amministrazione condizionando positivamente l'azione amministrativa nel suo farsi» – ha affermato che non esorbita da tali limiti «la configurabilità [...] di provvedimenti cautelari o anticipatori da adottare in ordine a dinieghi od inazioni della pubblica amministrazione [...] ma ciò sempreché si tratti di interventi diretti a scongiurare la compromissione – e non anche di interventi diretti a produrre o a determinare direttamente la produzione – del risultato proprio dell'azione amministrativa» (le frasi virgolettate sono tratte da C. cost., 22 aprile 1991, n. 175, sulla quale v. il commento critico di R. VILLATA, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 619).

cautelare) non sarebbe idoneo a rimuovere gli effetti irrimediabilmente prodotti dall'atto di assunzione, così come peraltro disposto dall'art. 2126 c.c., ovvero a comportare una automatica caducazione degli atti amministrativi che il «provvisoriamente» vincitore abbia in ipotesi adottato, ed abbiano prodotto effetti non contestati o regolato rapporti oramai esauriti<sup>28</sup>.

In questi casi il provvedimento cautelare produrrebbe conseguenze sulle quali non sarebbe possibile tornare indietro: *factum infectum fieri nequit!*

Che la cautelare possa portare alla produzione di effetti irreversibili pare, peraltro, ipotizzato dallo stesso legislatore all'art. 55 c.p.a.

La norma, infatti, pur sottolineando il carattere strumentale della misura (la quale serve ad evitare la causazione di un danno durante il tempo necessario a giungere alla pronuncia di merito, sicché deve essere idonea ad assicurare *interinalmente* gli effetti della decisione sul ricorso<sup>29</sup>), prevede che «qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti *irreversibili*, il collegio *può* disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare»<sup>30</sup>. Si mostra, così, consapevolezza rispetto alla circostanza che l'adozione di ordinanze *ex art.* 55 talvolta provoca conseguenze irreversibili, in ordine alle quali il giudice *può* (non *deve*) valutare se vi sia l'opportunità di disporre la prestazione di una cauzione<sup>31</sup>.

A ciò si aggiunga che il modello delle ordinanze di contenuto anticipatorio del merito non è ignoto nel diritto pubblico italiano, ove si consideri che lo stesso legislatore, con l'art. 4, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 115/2005, ha previsto che, qualora taluni candidati a procedure idoneative all'esercizio di determinate professioni superino le prove all'esito di eventuali ammissioni con riserva disposte in esecuzione di provvedimenti cautelari del giudice amministrativo, si ha una sorta di «sanatoria» giurisprudenziale che implica una (implicita) ammissione *ex lege* alla procedura. Ciò comporta un consolidamento delle posizioni acquisite sulla base del provvedimento interinale, con sopravvenuto difetto di interesse alla decisione del giudizio di merito<sup>32</sup>.

Ed applicando estensivamente la surrichiamata norma, pur prevista solo per concorsi abilitativi all'esercizio di determinate professioni, il Consiglio di Stato è arrivato ad affermare che debba disporsi la consolidazione degli effetti prodotti dall'ammissione con riserva ad un corso di laurea a numero chiuso,

---

<sup>28</sup> Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5985.

<sup>29</sup> Cfr. l'art. 55, comma 1, c.p.a.

<sup>30</sup> Si è trascritto dall'art. 55, comma 2, c.p.a., enfasi aggiunta.

<sup>31</sup> F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto «propulsivo» nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 856. Sul punto v. anche C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, 234.

<sup>32</sup> Recita l'art. 4, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 115/2005 che «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte e orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela».

disposta in ottemperanza ad un provvedimento cautelare, quando lo studente, nel tempo necessario alla definizione del giudizio, abbia sostenuto un gran numero di esami<sup>33</sup>. Così decidendo, il giudice di appello ha riformato la sentenza di prime cure (che aveva dichiarato infondato il gravame proposto dallo studente, in tal modo impedendogli la prosecuzione degli studi ed il conseguimento della laurea), non tanto in apprezzamento delle ragioni giuridiche affermate nel ricorso di prime cure (sulle quali il giudice d'appello *non si è soffermato*), ma valorizzando unicamente la «situazione di affidamento, con avvio in buona fede di un articolato percorso di studio, quasi completato» dall'appellante<sup>34</sup>.

Non va, poi, dimenticato che la Consulta<sup>35</sup> – a dispetto delle critiche di una parte della dottrina<sup>36</sup> – ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 4, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 115/2005. La Corte ha, infatti, reputato immune da censure la circostanza che la disposizione innanzi invocata abbia inteso contemperare i diversi interessi in gioco, accordando una particolare tutela all'affidamento del cittadino, ancorché tale tutela abbia comportato un minimo vantaggio processuale del privato sull'amministrazione. Il vantaggio consiste in questo: «Al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo»<sup>37</sup>.

Del resto, che la strumentalità funzionale<sup>38</sup> delle cautelari si vada attenuando<sup>39</sup> pure nel processo civile è dimostrato anche da alcune riforme del rito<sup>40</sup>, con le quali si è conferita una particolare stabilità a determinati provvedimenti cautelari<sup>41</sup>.

Laddove vi siano ragioni che depongano per l'adozione di provvedimenti urgenti nei processi *ex art. 116 c.p.a.*, non pare a chi scrive che le esigenze di effettività della tutela possano essere sacrificate per garantire

---

<sup>33</sup> Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2019, n. 5263.

<sup>34</sup> Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2019, n. 5263, cit.

<sup>35</sup> C. cost., 9 aprile 2009, n. 108.

<sup>36</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 282, il quale mostra di non condividere l'orientamento affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 108/2009.

<sup>37</sup> C. cost., 9 aprile 2009, n. 108, cit.

<sup>38</sup> F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto «propulsivo» nel processo amministrativo*, cit., *passim*; M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare*, cit., 208.

<sup>39</sup> Sul diverso ruolo rivestito dalla strumentalità strutturale v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Art. 700-702. Dei provvedimenti d'urgenza*, Bologna, 2016, 79. In argomento v. anche Cons. St., ad. plen., 5 settembre 1984, n. 17, dove si sottolinea che il provvedimento cautelare nel giudizio amministrativo, per via del suo carattere strumentale, non può dilatare l'ambito della tutela, offrendo al ricorrente utilità maggiori di quelle che egli potrebbe ritrarre all'esito della decisione di merito.

<sup>40</sup> L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 787; U. COREA, *Sulla nozione di provvedimento cautelare anticipatorio*, in *Judicium*, 2020, fasc. 3, 407.

<sup>41</sup> In argomento v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Art. 700-702. Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 75.

il rispetto del canone di strumentalità: e questo è ancor più vero ove si pensi al rilievo costituzionale assunto dal principio di effettività, e non anche da quello di strumentalità<sup>42</sup>.

Si ritiene che quanto detto sia pure suffragato da considerazioni in merito alla natura giuridica della posizione canonizzata dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990, che – all’esito della sua inclusione tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex* art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. e la sua attribuzione alla giurisdizione esclusiva del G.A.<sup>43</sup> – appare aver indubitabilmente assunto la consistenza di diritto soggettivo<sup>44</sup>. E questo sembra rendere meno problematiche forme di tutela anticipatoria<sup>45</sup>, che difficilmente potranno intersecarsi con lo svolgimento di funzioni amministrative discrezionali.

#### **4. Segue: la garanzia di integrità del contraddittorio**

Se il problema della strumentalità non appare un ostacolo insormontabile rispetto alla concessione di tutela in sede cautelare, diversa consistenza assume, invece, il peculiare aspetto della garanzia del contraddittorio.

Si tratta di questione di importanza nodale, ma che trova facile soluzione con la semplice verifica del buon esito delle notifiche alle parti necessarie, con l’attenzione al rispetto dei termini a difesa previsti dal c.p.a. per la fissazione delle camere di consiglio<sup>46</sup> e, infine, con la tendenziale recessività della tutela monocratica quando questa comporti – attraverso l’ordine di esibizione – una irrimediabile modifica della realtà fattuale<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> F. CINTIOLI, *L’esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 58, il quale afferma che il parametro che l’interprete deve utilizzare per ricostruire il sistema cautelare è quello dell’effettività della tutela giurisdizionale, giacché quello dell’effettività è un canone che è stato alla base della riforma del processo amministrativo operata con il d.lgs. n. 104/2010, sicché si attegga a vera e propria guida dell’interprete.

<sup>43</sup> A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, 41.

<sup>44</sup> Cfr. Cons. St., ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6: «La tesi del diritto soggettivo risulta corroborata – come sottolineato anche in dottrina – dall’inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell’articolo 117 della Costituzione (art. 22, co. 2, legge n. 241, come modificato dalla legge n. 15 del 2005) e dalla riconduzione del giudizio in tema di accesso alla giurisdizione esclusiva di questo giudice».

<sup>45</sup> M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130 e spec. 1145: «Il potere cautelare atipico può spingersi fino alla sostituzione alla P.A. nelle fattispecie in cui lo si ritenga ammesso, come nei casi di attività a contenuto vincolato o a bassa discrezionalità».

<sup>46</sup> È noto l’orientamento secondo il quale il giudizio può essere definito in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm., anche se non sono decorsi i termini per la costituzione delle parti, in quanto l’osservanza della garanzia del contraddittorio risulta assicurata dalla rituale notifica del ricorso e dal rispetto del termine dei venti giorni, per la discussione sull’istanza cautelare dall’ultima notifica, concesso ai fini della costituzione delle parti intimiate. L’esigenza e l’opportunità della sollecita decisione nel merito di una causa è infatti rimessa dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti per cui, ai fini della decisione in forma semplificata in esito all’udienza cautelare, non è necessario che siano consumati i termini per la costituzione delle parti intimiate. Il contraddittorio deve infatti ritenersi rispettato allorché sono presi a parametro di raffronto i termini del giudizio cautelare, che come tale, può sempre essere convertito in giudizio di merito, e non già quelli di quest’ultimo (Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755).

<sup>47</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, decr. 10 luglio 2020, n. 4703, ove viene affermato che «la peculiare natura del giudizio in materia di accesso rende inammissibile la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie, giacché esse – qualora concesse – definirebbero in maniera irreversibile la controversia, in assenza di contraddittorio». Ovviamente, non vale il discorso inverso, essendo certamente possibile concedere tutela monocratica quando richiesta in grado di appello

L'emissione di un decreto cautelare potrebbe dunque aversi solo in circostanze caratterizzate da una urgenza davvero particolarmente apprezzabile ed in presenza di una situazione a fronte della quale la consistenza del diritto invocato dal ricorrente appaia di sicura evidenza<sup>48</sup>.

## 5. *Segue*: la individuazione del *periculum*

Ulteriore profilo che occorre affrontare è quello relativo alla sussistenza del *periculum* che, come ampiamente noto, insieme al *fumus* è uno dei due presupposti per la concessione della cautela.

La celerità del rito di trattazione dei ricorsi per l'accesso è certamente idonea ad influire sulla valutazione del *periculum*, che può apparire arduo da dimostrare quando la camera di consiglio di decisione del merito sia fissata in data prossima a quella di celebrazione della richiesta di cautela.

Ciononostante, vi sono situazioni nelle quali la urgenza può comunque essere ravvisata, come quando la richiesta di documenti serva all'istante al fine di esplicitare il proprio diritto di difesa, in vista del prossimo svolgimento di un'udienza di merito, rispetto alla quale l'acquisizione dei documenti assuma rilievo nodale<sup>49</sup>.

In situazioni come quelle appena enunciate – soprattutto ove il *fumus* si riveli particolarmente consistente – può certamente riconoscersi la sussistenza di profili di *periculum*. In tali situazioni, dunque, ove il carico del lavoro del collegio non consenta la soluzione della questione con decisione in forma semplificata (sempre preferibile, per le ragioni già enunciate), appare possibile ritenere sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari che facciano riferimento alla tecnica del *remand* o, addirittura, che contengano misure di carattere anticipatorio, mediante ordine di esibizione di documenti.

## 6. Brevi conclusioni

Occorre giungere a delle brevi conclusioni, che possono essere tratte in maniera davvero lapidaria.

Il tema trattato appare di sicuro interesse teorico e di non trascurabile importanza pratica, soprattutto nel settore delle commesse pubbliche, in considerazione della tendenza di cui si è riferito nel primo paragrafo del presente scritto.

---

avverso una sentenza che, in accoglimento di un ricorso *ex art.* 116 c.p.a., ordini l'esibizione dei documenti: Cons. St., sez. VI, decr. 23 maggio 2020, n. 2903.

<sup>48</sup> V. Tar Sardegna, sez. I, decr. 8 novembre 2016, n. 264, dove si emette un decreto monocratico con il quale si ordina la concessione al ricorrente dei documenti richiesti, motivando tale provvedimento con l'urgenza dell'istante di proporre un ricorso giurisdizionale avverso gli atti di gara, prima che spiri infruttuosamente il termine per impugnare l'aggiudicazione. Mette conto notare che probabilmente il Tar sardo avrebbe deciso diversamente ove la questione fosse stata affrontata dopo il deposito della sentenza Cons. St., ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, la quale ha offerto importanti indicazioni sul *dies a quo* far decorrere i termini per la notifica di un ricorso.

<sup>49</sup> Cons. St., Sez. III, ord. 18 dicembre 2020, n. 7332; in termini v. anche Tar Sardegna, sez. I, decr. 8 novembre 2016, n. 264, cit.



E però, la circostanza che il problema debba essere affrontato e, dunque, che vi siano ancora incertezze nella applicazione della normativa in materia di accesso, sta a significare che tale normativa, pur a distanza di tempo dalla sua introduzione, riceve ancora un'attuazione perplessa e poco uniforme, al punto da richiedere l'intervento della magistratura, persino in sede cautelare.

Su questo occorrerebbe svolgere delle riflessioni, anche al fine di cercare soluzioni che, prescindendo dall'intervento del giudice, consentano di chiarire quando (e in quali circostanze) è possibile esercitare il diritto di accesso, così evitando dinieghi strumentali e comportamenti ostruzionistici da parte di imprese, privati ed amministrazioni.