

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2022 - Anno XLIII

ORDINANZE PROPULSIVE (*REMAND*) NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE E CONSUMAZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA IN SEDE DI GIUDIZIO

dell'Avv. Prof. Adriano Tortora

Introduzione; 1. L'evoluzione storico-normativa della tutela cautelare; 2. Il sistema della tutela cautelare nel "nuovo" Codice del processo amministrativo; 3. Le ordinanze c.d. propulsive e la riedizione del potere discrezionale. Il remand nel procedimento cautelare; 3.1. Esito del giudizio e sorte del nuovo provvedimento a seguito del remand; 4. Conclusioni.

L'evoluzione della tutela cautelare è strettamente legata al cambio di paradigma che, a partire dalla legge n. 205 del 2000, ha coinvolto il processo amministrativo, avente ad oggetto non più la mera legittimità dell'atto, ma orientato a giudicare l'intero rapporto intercorrente tra privato e pubblica amministrazione¹. In tale contesto, il legislatore si è progressivamente spostato alla ricerca di una tutela parentetica che andasse oltre la tradizionale sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dando maggior risalto alle azioni poste a tutela di interessi pretensivi e, conseguentemente, sfociando nel principio di atipicità delle

¹ Modifica importante che, secondo un'autorevole parte della dottrina, ha subito la configurazione del processo amministrativo come conseguenza dell'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo, non più limitati alla tradizionale impugnativa del provvedimento, in ragione della necessaria piena tutela da fornire alle posizioni soggettive dedotte in giudizio dal cittadino. In tema occorre fare riferimento all'importante studio compiuto da G. GRECO, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Milano, Giuffrè, 1981, 1 ss. Per una ricostruzione recente del dibattito in merito cfr. G. TROPEA, Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi, in Dir. proc. amm., 2017, 1235 ss

misure cautelari, positivizzato col nuovo Codice del processo amministrativo.

Che il giudizio cautelare abbia rappresentato, sempre più, una delle fondamentali forme di tutela sostanziale, delle parti e degli interessi che entrano nel processo amministrativo, è un dato che si coglie dalla comune esperienza. Già Calamandrei affermava «*la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*»².

Il presente elaborato esamina il tema classico del rapporto intercorrente tra la pronuncia del giudice amministrativo e la riedizione del potere discrezionale dell'amministrazione, con particolare riferimento al procedimento cautelare e all'esecuzione delle misure cautelari a carattere sospensivo-propulsivo, in relazione agli interessi pretensivi fatti valere in giudizio. Si farà dunque riferimento alla c.d. tecnica del *remand*, alle vicende che hanno interessato ed interessano l'istituto – ormai pacificamente applicato – ed ai principi generali che guidano il processo amministrativo, nel quadro di una tutela cautelare che riveste una notevole importanza, soprattutto alla luce del d.lgs. 104/2010 s.m.i., il quale racchiude in sé l'esigenza di garantire una tutela quanto più tempestiva ed effettiva, adeguata ai principi sanciti a livello costituzionale ed euro-unitario.

² P. CALAMANDREI, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, Cedam, 1936, 30, che riproduce in sede cautelare l'affermazione di principio di G. CHIOVENDA, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, Editoriale Scientifica, 1923, ora in Principi di diritto processuale civile, Napoli, Editoriale Scientifica, 1965, 81, secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire». Cfr. sulla strumentalità e provvisorietà della misura cautelare, con specifico riguardo al Codice di procedura civile, E.A. Dini-G. Mammone, I provvedimenti d'urgenza, Milano, 1997, 37, 48; F. Tommaseo, voce Provvedimenti di urgenza, in Enc. dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, 860, che nell'evidenziare tra i caratteri strutturali dei provvedimenti di urgenza la loro strumentalità e provvisorietà, precisa come il significato che il concetto di strumentalità assume nella «tutela urgente a struttura anticipatoria» è proprio quello di fare sì che il rapporto fra il possibile contenuto del provvedimento d'urgenza ed il contenuto della sentenza di merito determini che «il provvedimento d'urgenza non può produrre effetti diversi da quelli scaturenti dalla futura sentenza di merito», in ragione proprio del nesso di strumentalità che vi è tra il primo ed il secondo provvedimento giurisdizionale. L'Autore precisa il possibile contenuto dei provvedimenti d'urgenza determinato in ragione del nesso di strumentalità che lo collega al provvedimento di merito puntualizzando che «il provvedimento d'urgenza non può attribuire alle parti beni che esse non chiedono al giudice, né utilità che le parti non potrebbero comunque conseguire in sede giurisdizionale. Il giudice, mentre può anticipare i prevedibili effetti della sentenza, non può dettare regolamenti d'interessi che, per quanto provvisori, producano effetti diversi da quelli che la legge fa discendere dalla concreta fattispecie prospettata dalle parti». A sostegno della sua tesi l'Autore richiama innanzitutto: L. Montesano, I provvedimenti d'urgenza nel processo civile, Napoli, 1955, 129; C. Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Torino, 1987, 293, e, specialmente, F. Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983, 113 e ss., ed ivi la nota 141 che richiama Andrioli, Commento al Codice di procedura civile, IV, Procedimenti speciali (artt. 622-831), Napoli, 1964, 264, il quale osserva che il giudice, così facendo, assicurerebbe gli effetti d'una decisione di merito «giuridicamente impossibile».

1. L'evoluzione storico-normativa della tutela cautelare

È noto che il provvedimento amministrativo³ sia dotato, tra le altre, della caratteristica dell'esecutorietà, *«per cui è immediatamente e naturalmente esecutivo e la sua efficacia può essere sospesa, oltre che in autotutela dalla stessa autorità procedente, solo attraverso un provvedimento giurisdizionale (o in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), mentre la mera proposizione del ricorso non produce alcun effetto sospensivo, continuando ad operare la presunzione di legittimità dell'atto»*⁴. Partendo da questo indefettibile assunto si è posta la necessità di prevedere, nel processo amministrativo⁵, misure di tutela cautelare volte a soddisfare l'esigenza di assicurare l'efficacia pratica del provvedimento definitivo, nel tempo occorrente per addivenire alla definizione del giudizio. Se ne deduce il fondamentale ruolo che la tutela cautelare è andata sempre più assumendo all'interno del processo amministrativo, volta ad assicurare risultati concreti e soddisfattivi rispetto ad una pretesa azionata in giudizio, nel segno dei principi di effettività e giusto processo nonché del più generale principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione.

Le prime tracce del collegamento strumentale tra la disponibilità della misura cautelare e l'effettività della tutela giurisdizionale – che oggi costituisce un punto di approdo nel processo amministrativo – sono rinvenibili nella legge n. 5992 del 1889 con la quale si è introdotta, per la prima volta, la possibilità di sospendere l'esecuzione dell'atto

³ Cfr. A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, nota a Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, n. 31 marzo 2015, n. 167, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 95 ss., spec. 96-98. Su tale dibattito v. pure S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, spec. 164 ss.

⁴ R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 9.

⁵ così come è avvenuto nel processo civile. Sul procedimento cautelare uniforme nel processo civile, disciplinato dagli artt. 669-bis e ss., cod. proc. civ., la letteratura è diffusa: si rinvia, per tutti, a A. RONCO, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, 12 ss.; G. TARZIA, A. SALETTI, *Processo cautelare*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 2001, Agg. V, 844 ss.; C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, Giappichelli, 1998, 1 ss.; A. CARRATTA, *Nota sul procedimento da seguire per la dichiarazione di inefficacia della misura cautelare*, in *Giur. it.*, 1997, 1 ss.; G. FRUS, *Prime estensioni del procedimento cautelare uniforme a provvedimenti cautelari disciplinati dal Codice civile*, in *Giur. it.*, 1994, 9 ss.; S. CHIARLONI, *Postilla: contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993, 12 ss.; G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 432 ss.; F.P. LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, 253 ss.

amministrativo a fronte di "gravi motivi", su istanza del ricorrente⁶. Successivamente⁷, la legge n. 1034 del 1971⁸ all'art. 21 ha convalidato la tradizionale tutela cautelare amministrativa dettando la disciplina di una misura, la sospensione dell'efficacia del provvedimento gravato⁹ – a fronte di "danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto" –, in tutto coerente con la struttura demolitoria del processo amministrativo che, come noto, è basato sull'impugnazione dell'atto in riferimento alle sole posizioni di interesse legittimo oppositivo. L'evoluzione giurisprudenziale ha, negli anni, evidenziato l'insufficienza della tutela cautelare tradizionale a soddisfare l'emergente figura dell'interesse legittimo pretensivo¹⁰ ed ha contribuito all'ampliamento del novero dei rimedi di natura cautelare che il giudice è abilitato a riconoscere proprio in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale¹¹. In effetti, a fronte di interessi di tipo "dinamico" volti ad ottenere atti positivi dell'Amministrazione, il

⁶ Legge n. 5992 del 1889, c.d. Legge Crispi, art. 12 comma 2, alla quale può essere più in generale attribuita la genesi dell'attuale giustizia amministrativa che nell'istituire la Quarta Sezione del Consiglio di Stato e nell'attribuire ad essa il potere di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge ed il conseguente potere di annullamento di atti amministrativi (art. 17), aveva altresì considerato la possibilità di sospendere l'esecuzione dell'atto "per gravi ragioni" su istanza del ricorrente (art. 12, comma 2).

⁷ L'art. 36R.D. n. 642 del 1907 e, successivamente, l'art. 39T.U. n. 1054 del 1924 hanno confermato la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione dell'atto "per gravi ragioni" su istanza del ricorrente.

⁸ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, Istituzione dei tribunali amministrativi regionali, (Pubblicata nella G.U. 13 dicembre 1971, n. 314), tit. III art. 21, comma 8: "Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti 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"; e art. 39 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante "Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato".

⁹ Si fa particolare riferimento agli atti oblatori ovvero quei provvedimenti con cui la PA priva o limita il diritto di un individuo. « Addirittura, nei primissimi interventi normativi in materia (ovvero a partire dall'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato) e fino alla già citata legge del 1974 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato era considerata una deroga, come tale da disporsi eccezionalmente, al principio di esecutività del provvedimento amministrativo, ovvero alla presunzione di legittimità che lo caratterizza e alla sua piena efficacia per tutto il tempo necessario a pronunciarne l'annullamento, ove illegittimo» S. MONZANI, *La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo*, Diritto Amministrativo, in Ratio Iuris, 2020.

¹⁰ L'interesse legittimo è una situazione giuridica di vantaggio che spetta ad un soggetto in ordine ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene (cfr. Cass. Civ. SS.UU., sent. 22 luglio 1999 n. 500). «Nel caso in cui il privato miri a impedire provvedimenti amministrativi che ledono le proprie situazioni soggettive, si parla di interesse legittimo oppositivo. Nel caso in cui, invece, sia diretto a conseguire uno specifico provvedimento amministrativo e le utilità sostanziali ad esso connesse, si parla di interesse legittimo pretensivo, che sorge, per esempio, in relazione a un'autorizzazione o a una concessione necessaria per intraprendere un'attività» L. Izzo, Interesse legittimo, 11 feb 2019, in www.studiocataldi.it. Sulla distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi si rinvia a F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2017, p. 82 ss.

¹¹ La sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985 ha rappresentato come dall'art. 700 c.p.c. sia lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto sia assistito dal *fumus boni iuris* e minacciato da pregiudizio imminente ed irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti di urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito

tradizionale sistema della giurisdizione meramente demolitoria¹² risultava non più adeguato ad una tutela piena ed effettiva¹³ oltre a risultare non pienamente soddisfacente degli interessi del ricorrente vittorioso in giudizio¹⁴. La lesione dell'interesse pretensivo, infatti, avviene ad opera di un provvedimento "negativo", produttivo di effetti solo giuridici. Ne consegue che l'annullamento o la sospensione del provvedimento "negativo" non sarebbero di per sé attributivi del "bene", in quanto il pregiudizio materiale non sarebbe eliminato dalla sospensione degli effetti del provvedimento, ma da un diverso esito del procedimento amministrativo. Si rendeva pertanto necessario un *facere* da parte dell'Amministrazione consistente nella riedizione del potere. Ciò che veniva richiesto al giudice era, pertanto, non più il solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato, ma anche, l'accertamento circa la fondatezza, o meno, della pretesa sostanziale dedotta dal ricorrente e la conseguente condanna dell'Amministrazione ad un *facere*. Il cambio di rotta si è avuto grazie ad una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con il decreto cautelare n. 1 del 2000¹⁵, rilevando una evidente lacuna normativa¹⁶, ha affermato la possibilità per il giudice amministrativo di emanare provvedimenti cautelari che eccedano la mera sospensione degli effetti dell'atto impugnato («senza tuttavia effettuare la scelta discrezionale che la legge riserva all'amministrazione»)¹⁷. Gli approdi della giurisprudenza pretoria

¹² Mero annullamento dell'atto gravato o sentenza accertante l'illegittimità del silenzio inadempimento.

¹³ Tra i tanti Autori che hanno commentato il principio dell'effettività della tutela, sia consentito il rinvio a R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012, ed *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in Foro Amministrativo – CdS, 2011. Sul punto, si veda anche R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

¹⁴ In effetti, di fronte a provvedimenti di diniego espresso o nei casi di silenzio inadempimento, la tradizionale sentenza di annullamento del provvedimento o quella accertante l'illegittimità del silenzio non attribuisce in modo diretto al ricorrente vittorioso in giudizio.

¹⁵ La V sez. del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 2440 del 4 novembre 1999, considerato il carattere di massima delle problematiche poste dall'appello, ha ritenuto opportuno rimettere l'esame all'Adunanza Plenaria, in relazione alle ad una serie di questioni tra le quali, al punto c): «l'individuazione degli strumenti di tutela (cautelare e sommaria) dei crediti pecuniari dei titolari di farmacie convenzionate con il servizio sanitario nazionale, nell'ipotesi in cui si ritenga che tali controversie spettano alla cognizione del giudice amministrativo, sulla base di disposizioni costituzionalmente legittime».

¹⁶ «Che può essere colmata solo attraverso un intervento legislativo, o, in alternativa, mediante una pronuncia di illegittimità costituzionale che adegui il sistema ai precetti degli art. 3 e 24 Cost.»

¹⁷ In tal senso, fondamentale è stata anche la pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato la illegittimità, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost. (rifacendosi al rimedio apprestato in ambito processuale civile dall'art. 700 c.p.c.) dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, «nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato,

sono stati poi recepiti con la riforma della giustizia amministrativa, di cui alla legge n. 205 del 2000, con la che riformulando l'art. 21, comma 7, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e quasi mutuando la formulazione letterale dell'art. 700 c.p.c., disponeva all'art. 3 che «il giudice amministrativo può adottare, sempre che ricorrano i presupposti richiesti, le "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"». Si sanciva così, anche in via legislativa, il principio di atipicità ed elasticità¹⁸ delle tecniche di tutela cautelare nel processo amministrativo¹⁹, principio poi accolto e fatto proprio dal Codice del processo amministrativo del 2010. Ad oggi, infatti, l'atipicità delle misure cautelari è sancita come regola ordinaria all'art. 55 del menzionato Codice dove si fa riferimento all'impiego di strumenti cautelari atipici – intendendo per tali tutte le misure che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria)²⁰.

La codificazione, quale completamento di un percorso che ha caratterizzato la legislazione e la giurisprudenza dell'ultimo decennio precedente, ha dunque ulteriormente valorizzato il ruolo del procedimento cautelare nell'ambito del processo amministrativo ponendo una maggiore attenzione alla realizzazione di un contraddittorio pieno, fissando termini

non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, ogniqualvolta il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un "pregiudizio imminente e irreparabile"».

¹⁸ Secondo F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2002, 58 ss., le misure cautelari non sono caratterizzate solo da atipicità ma anche da elasticità, intesa come attitudine alla protezione effettiva in sede cautelare delle varie situazioni soggettive poste all'attenzione del giudice. Per l'approfondimento della problematica si rinvia a VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in Giustizia amministrativa, 2006.

¹⁹ Cfr. E. M. MARENGHI, *Unità dommatica e pluralità delle forme nella tutela cautelare fra sistema e non sistema*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di E.M. MARENGHI e S. PERONGINI, Salerno, 2008.

²⁰ «Tale sistema cautelare è sostanzialmente equivalente a quello garantito in ambito europeo dagli artt. 278 e 279 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea i quali, nello stabilire che i ricorsi proposti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non hanno effetto sospensivo, dispongono tuttavia che la Corte, quando reputi che le circostanze lo richiedano, può ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato (art. 278) e, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari (art. 279)» in R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, Federalismi.it, 2015.

certi per l'udienza, rafforzando il rapporto di strumentalità con la fase di merito e da ultimo generalizzando la tutela cautelare c.d. *ante cusam*. Inoltre, ha introdotto dinanzi al giudice amministrativo il principio della pluralità delle azioni così come una maggiore articolazione delle pronunce di merito a conclusione del giudizio di cognizione al fine di garantire più ampia ed esaustiva possibilità di tutela delle varie posizioni giuridiche soggettive devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo²¹.

2. Il sistema della tutela cautelare nel "nuovo" Codice del processo amministrativo

Premessi questi brevi cenni circa l'evoluzione della tutela cautelare, l'analisi delle caratteristiche delle misure cautelari non può che prendere le mosse dal Codice del processo amministrativo che raccoglie «un'articolata ed armonica disciplina, per la prima volta completa, volta a garantire una posizione di equilibrio tra le parti, rafforzando dunque la garanzia del contraddittorio e, al contempo, salvaguardando le esigenze di tempestività della tutela cautelare»²². Il legislatore, con il d.lgs. 104 del 2010, ha ampiamente disciplinato la fase cautelare alla quale sono dedicati gli articoli dal 55 al 62, Titolo II, Libro II²³. Come si è già inteso, la tutela cautelare è volta a garantire una protezione rapida in modo da evitare che il protrarsi del giudizio vada a detrimento della parte che ha ragione, senza ledere le esigenze istruttorie e la pienezza del contraddittorio.

La normativa nazionale si presenta oggi generalmente atipica sia in primo grado sia dinanzi al Consiglio di Stato quale giudice d'appello, rappresentando la cautela, tanto nel tempo in cui viene accordata quanto

²¹ In altri termini, così come l'azione di annullamento è solitamente satisfattiva dell'interesse legittimo oppositivo, mentre di per sé sola non è pienamente satisfattiva dell'interesse legittimo pretensivo, con la conseguente necessità dell'ampliamento del ventaglio delle azioni a tutela e dei contenuti delle conseguenti pronunce, la sospensione interinale dell'efficacia dell'atto impugnato, vale a dire la tutela cautelare considerata tipica, è solitamente medio tempore esaustiva dell'interesse legittimo oppositivo, mentre di per sé non è certamente idonea ad assicurare la protezione interinale all'interesse legittimo pretensivo, con la conseguente necessità di prevedere forme di tutela cautelare atipica, vale a dire diverse dalla tradizionale ed alternative in quanto non limitate alla sospensione dell'atto.

²² Relazione al codice d.lgs. 104/2010.

²³ Cfr. l'interessante contributo di M. ALLENA – F. FRACCHIA, Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal D.LGS. 104/2010, Dir. proc. amm., fasc.1, 2011.

nel contenuto oggettivo in cui si concretizza, «uno strumento indispensabile affinché il processo amministrativo risponda ai requisiti del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., ove il giusto processo è anzitutto garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale prestata»²⁴.

I caratteri principali della tutela cautelare sono tratteggiati dall'art. 55 c.p.a. che ne individua, inoltre, la funzione strumentale e servente, e se del caso anticipatoria, rispetto agli effetti dell'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso. La prima caratteristica è, dunque, la strumentalità²⁵ quale ontologica relazione che lega l'utilità conseguita attraverso la misura cautelare a quella conseguibile con la pronuncia sul merito, pur rimanendo i due giudizi autonomi. Dal punto di vista funzionale, dunque, la misura cautelare, essendo preordinata ad assicurare temporaneamente gli effetti della decisione di merito, non può produrre effetti diversi o maggiori di quelli ottenibili con quest'ultima²⁶. La seconda fondamentale caratteristica è la c.d. interinalità o transitorietà degli effetti, per cui la misura cautelare è naturalmente destinata ad essere sostituita dalla pronuncia di merito²⁷. Terzo, ma non meno importante, connotato delle misure cautelari è rappresentato dall'atipicità: il legislatore fa, infatti, generico riferimento all'emanazione di «misure

²⁴ M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *Federalismi.it*, 2020 ed il richiamo in nota in *Foro it.*, 2004, IV, 541 ss. ad A. BARONE: «con tale ordinanza la Corte di Giustizia ha statuito che la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici di forniture e di lavori deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi quelli intesi a sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto».

²⁵ La natura strumentale del processo cautelare emerge altresì dalla circostanza che la fissazione del merito rappresenta una condizione di procedibilità per il giudizio cautelare, nonché dal fatto che nella decisione del giudizio cautelare viene fissata anche l'udienza del giudizio di merito. Ulteriore indice della strumentalità si ravvisa nella situazione che la decisione cautelare non influenza, né vincola in alcun modo il giudizio di merito che può disattendere il contenuto del provvedimento cautelare.

²⁶ Si veda, tra gli altri, R. VILLATA, F. GOISIS, *Commento all'art. 21, l. TAR, Sez. VI*, in A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, 712, sottolineano come, «in sostanza, la tutela cautelare dovrebbe ritenersi strumentale a quella offerta dal giudizio di cognizione sia sul piano strutturale (i provvedimenti cautelari sono emanati provvisoriamente, in attesa della necessaria decisione del ricorso, che ne caduca gli effetti), che su quello funzionale (la misura cautelare deve essere strettamente funzionale, e quindi parametrata, a quella ottenibile in sede di giudizio di cognizione), senza assicurare diversi ed ulteriori beni della vita, rispetto a quelli derivabili dalla sentenza finale del giudizio di cognizione».

²⁷ Tale connotato viene tuttavia affievolito dalla previsione dell'art. 55, II comma c.p.a. secondo cui, qualora dalla decisione del giudizio cautelare derivino effetti irreversibili, il giudice può disporre una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura, salvo quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

cautelari che appaiano, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso»²⁸.

Per quanto riguarda i presupposti, i requisiti necessari affinché venga concessa la tutela cautelare, il codice fa riferimento al *fumus boni iuris* ed al *periculum in mora*, i quali entrambi devono coesistere²⁹. Il primo, esprime l'esigenza di una probabile fondatezza del ricorso³⁰, il che significa che l'ordinanza cautelare dovrà, a seguito di un sommario esame, indicare i profili che portano ad una valutazione prognostica sulla fondatezza del ricorso. Il *periculum*³¹ indica invece l'idoneità del provvedimento ad arrecare al suo destinatario un pregiudizio che sia attuale, grave ed irreparabile, nelle more del giudizio di merito³².

Il codice, effettuando una sistemazione organica della materia cautelare, procede ad una suddivisione delle misure cautelari che si articola in tre tipologie, caratterizzate, rispettivamente, da tempi e modalità differenti a seconda dal grado di urgenza: l'art. 55 c.p.a. disciplina la misura cautelare

²⁸ Art. 55 co. 1 c.p.a.

²⁹ «La valutazione sulla esistenza del *fumus* è logicamente anteriore rispetto a quella sul *periculum*. È possibile che esista il *fumus* ma non il *periculum*, in quanto la valutazione del primo è indipendente dalla sussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile ma non potrà a rigore dirsi che esista il *periculum* una volta negata l'esistenza del *fumus*, in quanto la sussistenza del pericolo non può prescindere dalla valutazione prognostica positiva sulla fondatezza del ricorso». «Non è raro [tuttavia] che alcuni giudici amministrativi, specialmente di primo grado, sospendano l'esecuzione del provvedimento a prescindere dalla valutazione del *fumus boni iuris*, motivando solo ed esclusivamente in riferimento al *periculum* ed all'esigenza di mantenere inalterata la situazione di fatto sino alla trattazione in udienza pubblica del merito del ricorso» M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, cit.

³⁰ Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1240, in Foro amm. CdS, 2011, 439; Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6134, in Foro amm. CdS, 2006, 2835; da ultimo, si v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2020, n. 3508 e T.A.R. Calabria, Catanzaro, 25 giugno 2020, n. 1135, in www.giustizia-amministrativa.it. Il *fumus boni iuris*, laddove in sede cautelare venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, può essere altresì identificato nel dubbio sulla legittimità costituzionale della legge applicata dall'Amministrazione; la concessione della misura cautelare comporta, a sua volta, la non applicazione della legge ordinaria rispetto al caso concreto: sul punto v. A. TRAVI, Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale, in *Giur. cost.*, 2014, 3249 ss.

³¹ Così M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012, secondo cui il *periculum in mora* si può configurare sia come pericolo da infruttuosità che come pericolo di tardività: per il primo si intende il pericolo che, durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena, sopraggiungano fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza. Per pericolo da tardività si intende, invece, il pericolo che sia la mera durata del processo a provocare il pregiudizio e lo stato di insoddisfazione del diritto, a causa del procrastinarsi del tempo di definizione della vertenza.

³² Va dato atto della posizione di alcuni autori, secondo cui « Non è più sufficiente valutare in astratto se questo pregiudizio effettivamente sia sussistente, ma è necessario che il giudice amministrativo compia una valutazione complessiva ove tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta in giudizio, bilanciandoli alla luce delle peculiarità del caso di specie» M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, cit. Cfr. inoltre E. FOLLIERI, Effettività della giustizia amministrativa nella tutela cautelare, in Foro amm. Tar, 2003, 1117 ss. D'altronde, la tutela cautelare è tema particolarmente permeabile al diverso atteggiarsi delle posizioni sostanziali: sul punto cfr. G. PASTORI, Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss. Quanto espresso sinora si pone in assoluto disaccordo con l'opinione espressa da G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss., secondo cui il potere cautelare oggi sarebbe un potere che non incontra limiti nel suo esercizio: la comparazione degli interessi, che aggrava l'iter motivazionale del giudice amministrativo, dimostra esattamente il contrario.

collegiale che viene disposta in caso di "pregiudizio grave e irreparabile"; all'art. 56 c.p.a. si trova la disciplina della misura cautelare monocratica (in corso di causa) prevista in casi di "estrema gravità e urgenza"; ed in fine all'art. 61 viene prevista una tutela cautelare c.d. *ante causam*³³ emessa in casi estremi di "eccezionale gravità e urgenza", a prescindere dall'instaurazione del merito, prima ancora del deposito del ricorso.

Senza scendere nel dettaglio della struttura del procedimento cautelare, basti qui ricordare che la proposizione dell'istanza di fissazione del merito ha assunto funzione di vera e propria condizione di procedibilità dell'azione cautelare, tanto per la tutela collegiale che per quella presidenziale monocratica (salvo che questa debba essere presentata d'ufficio). Inoltre, l'ordinanza con la quale viene disposta la misura deve contenere l'indicazione dell'udienza di merito, da celebrarsi entro un anno.

Infine, la misura cautelare è destinata a perdere ogni effetto con la definizione del merito del giudizio, qualunque sia la tipologia di sentenza adottata (che si tratti di una sentenza di merito, ovvero che si tratti di una sentenza di cessazione della materia del contendere o di improcedibilità).

Ultimo, ma necessario, elemento caratterizzante la tutela cautelare in sede amministrativa che pare opportuno affrontare, è quello dei motivi aggiunti. La norma di riferimento è l'art. 60 c.p.a. che, in attuazione del principio di economia processuale e nel rispetto del diritto di difesa, si occupa di disciplinare la definizione del giudizio cautelare a mezzo di sentenza in forma semplificata, emessa in camera di consiglio «purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso,[... sia] accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria [...] salvo che una delle parti dichiarerà che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di

³³ L'introduzione di questa misura, nell'ordinamento nazionale, si deve all'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che l'ha ritenuta necessaria per assicurare una effettiva tutela del singolo. La tutela cautelare *ante causam*, inizialmente prevista per il solo contenzioso in materia di contratti pubblici dall'art. 245 del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata introdotta nell'ordinamento nazionale a seguito dell'ordinanza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione I, 29 aprile 2004, pronunciata sulla domanda pregiudiziale proposta ex art. 234 Trattato CE dal Tar Lombardia, Sezione staccata di Brescia. Interessante in proposito quanto scritto da M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustiziaamministrativa.it.

giurisdizione»³⁴. Tale possibilità, già introdotta con la legge 205 del 2000 rappresenta, probabilmente la più chiara manifestazione del nuovo ruolo assunto dal giudice quale interlocutore necessario dell'amministrazione e «rende più strette le influenze reciproche tra realtà procedimentale e realtà processuale»³⁵.

L'ordinanza con cui si conclude il procedimento cautelare ha essenzialmente carattere giudiziale e, in qualità di rimedio accessorio ed incidentale rispetto al giudizio principale cui si riferisce, costituisce estrinsecazione del più ampio potere – spettante al g.a. – di sindacato di legittimità e di annullamento degli atti illegittimi. A conferma di ciò sta la previsione dell'appellabilità del provvedimento cautelare ex art. 62 c.p.a.³⁶

3. Le ordinanze c.d. propulsive e la riedizione del potere discrezionale. Il *remand* nel procedimento cautelare

Il dibattito, mai sopito in seno a dottrina e giurisprudenza, circa i rapporti tra la pronuncia del giudice amministrativo ed esercizio (*rectius* ri-

³⁴ Art. 60 c.p.a.

³⁵ Cfr. F. Cintioli, L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo, in Dir. proc. amm., fasc.1, 2002.

Sulla nozione di «procedimento aperto» cfr. F. Pugliese, Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, Napoli, 1989, 298. Cfr., altresì, V. Caianiello, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, cit., 241; Id., Riflessioni sull'art. 111 cit., p. 53. Rileva che ormai risale ad un quarto di secolo fa l'idea della discontinuità tra procedimento amministrativo e processo: Cassese, Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni, in I Garanti delle regole, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 222; in particolare l'a. osserva quanto segue: «non vi è procedimento amministrativo di qualche rilevanza che non termini in un processo amministrativo, stabilendo una continuità procedimento-processo che finisce inevitabilmente per coinvolgere il g.a. nell'amministrazione».

³⁶ Per proporre appello, nello specifico, è previsto un duplice termine: termine breve, di 30 giorni dalla notificazione dell'ordinanza; un termine lungo di 60 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza non pubblicata. Una volta notificato, l'appello deve poi essere depositato nel termine di cui all'articolo 45, cioè nel termine di 30 giorni. Sull'impugnazione il Collegio decide in camera di consiglio con ordinanza. L'ordinanza di accoglimento che dispone misure cautelari è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice. Tanto sancito, con la norma in oggetto il legislatore richiama una serie di previsioni relative al giudizio cautelare di primo grado, che dunque troveranno applicazione anche nell'ambito dell'appello cautelare. *Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2587 del 30 aprile 2018*: «Le istanze di riproposizione (anche in termini ampliativi) dell'istanza cautelare per allegati "mutamenti nelle circostanze" in tesi sopravvenuti alla decisione, da parte del Consiglio di Stato, di un appello cautelare devono comunque proporsi davanti al giudice competente per il merito e presso cui pende la causa, ossia il Tar, salva l'ordinaria facoltà di impugnazione della relativa decisione ai sensi dell'art. 62 c.p.a. Le domande di riproposizione (anche in termini ampliativi) dell'istanza cautelare per allegati "mutamenti nelle circostanze" in tesi sopravvenuti alla decisione, da parte del Consiglio di Stato, di un appello cautelare devono comunque proporsi davanti al giudice competente per il merito e presso cui pende la causa, ossia il Tar, salva l'ordinaria facoltà di impugnazione della relativa decisione ai sensi dell'art. 62 c.p.a. (dichiara inammissibile l'istanza). Il Consiglio di Stato adito in appello cautelare ha, di regola, una cognizione meramente incidentale, ossia limitata al solo scrutinio della specifica delibazione cautelare assunta in prime cure ed oggetto di impugnazione (art. 62, comma 1, c.p.a.). Tale carattere della cognizione cautelare del Consiglio di Stato trova un preciso fondamento di diritto positivo nel mancato richiamo dell'art. 58 c.p.a. da parte dell'art. 62, comma 2, c.p.a. (dichiara inammissibile l'istanza)».

esercizio) del potere amministrativo trova nel procedimento cautelare fertile terreno. Infatti, è proprio a seguito dello sviluppo della tutela delle posizioni di interesse legittimo pretensivo, e della connessa esigenza di ricercare forme di tutela alternative, che sono state introdotte nell'ordinamento misure cautelari atipiche. Innovazione che ha comportato un cambio di fisionomia della fase cautelare che, da strumento conservativo del re *adhuc integra*, è divenuta mezzo di propulsione della successiva attività amministrativa³⁷. Pertanto, queste misure si caratterizzano per essere tecniche di tutela interinale, strumentali all'eventuale sentenza di accoglimento nel merito, che hanno effetti non solo demolitori dell'atto impugnato, ma anche di conformazione del potere amministrativo da riesercitare.

Strumento principe di siffatta tutela interinale sono le ordinanze propulsive a carattere sospensivo-ordinatorio con le quali il giudice amministrativo va oltre la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, richiedendo, per soddisfare la pretesa del ricorrente, un *quid pluris* ovvero un *agere* all'Amministrazione interessata, la quale viene così sollecitata a riesaminare la vicenda *sub iudice* e dunque a riesercitare il proprio potere. Tutto ciò, al fine di ottenere un atto possibilmente satisfattivo, ovvero nuovamente negativo, emendato dai vizi prima facie delibati in via sommaria³⁸, di tipo istruttorio, procedimentale o anche sostanziale. Si parla a tal proposito della tecnica del c.d. remand (id est, l'accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame)³⁹ che costituisce un sistema di tutela cautelare caratterizzato proprio per il fatto di rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo

³⁷ N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 2012, il quale pone in rilievo che, «quando "sospendeva" un silenzio rifiuto ovvero un rigetto esplicito, il giudice cautelare non poteva sospendere la produzione di effetti materiali, che non c'erano, ma, in realtà, ordinava all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato, con la possibilità di rigettarla di nuovo motivando diversamente, ovvero di esaminarla ex novo quando non lo avesse ancora fatto».

³⁸ La PA è così chiamata a riedire il proprio potere, seguendo il tracciato di legittimità individuato dal giudice amministrativo, con l'unico limite di non ripetere l'illegittimità evidenziata con il provvedimento impugnato Cfr., sul punto, Cons. St., Sez. VI, sent, n. 10230 del 21 novembre 2022 e.

³⁹ Consiglio di Stato sez. IV, 29/04/2022, n.3397 «È proprio in ragione dell'inutilità della sospensione dei provvedimenti con effetti negativi o di silenzio rifiuto e alla luce della maturata consapevolezza secondo cui non è sufficiente il mero effetto demolitorio dell'atto impugnato, per soddisfare l'interesse pretensivo bisognoso di tutela, necessitando quest'ultimo di un effetto anche conformativo sul potere amministrativo riesercitato, che si parla della tecnica del c.d. remand».

all'Amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicarne il risultato finale⁴⁰. Tale forma di tutela si attua attraverso le ordinanze propulsive, le quali anticipano in un certo senso quella che sarà la decisione nel merito e consistono in uno stimolo rivolto all'Amministrazione che deve rinnovare ovvero rivalutare il provvedimento impugnato, vestendolo di altro contenuto, sulla base di quanto emerso in fase cautelare ed esternato nelle indicazioni contenute nella motivazione dell'ordinanza. In altre parole, il nuovo atto sostituisce quello impugnato sia qualora ne riproduca il contenuto precettivo, confermando il rifiuto "bene della vita" demandato, sia quando viceversa modifica la volontà precedentemente espressa e attribuisce il bene al soggetto che vi aspira. Sull'ammissibilità e sull'armonizzabilità di queste ordinanze non si è mai giunti ad un pieno riconoscimento a livello del dibattito dottrinale e pertanto, nel tempo si sono contrapposte essenzialmente due tesi: da una parte, il Consiglio di Stato⁴¹ ha in passato ritenuto che il *remand* tradirebbe i connotati ontologici della misura cautelare, scontrandosi, da un lato, con la strumentalità del procedimento rispetto alla definizione del giudizio nel merito qualora l'utilità conseguibile in tale fase dovesse poi risultare sproporzionata rispetto al merito e, dall'altro, con il carattere dell'interinalità.

Alla stregua di questo indirizzo, si riteneva che in caso di impugnazione di provvedimento negativo, il giudice amministrativo in sede cautelare potesse solamente adottare autonome misure d'urgenza a contenuto positivo-sostitutivo⁴² dirette ad anticipare gli effetti dell'atto inizialmente

⁴⁰ Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti, in *Dir. amm.*, 2020, 97 ss.; F.G. SCOCA - F. DEgni, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2021.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 1984, n. 17, in *Foro amm.*, 1984, 1561 «È quanto costantemente sostenuto dallo stesso Consiglio di Stato attento ad evidenziare che "nel processo amministrativo il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo": il giudizio cautelare, quindi, è autonomo dal giudizio di merito "solo sotto l'aspetto processuale e non anche sotto il profilo sostanziale", non potendo produrre "utilità finali diverse e comunque disomogenee da quelle che la decisione di merito può procurare alla parte"». R. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

⁴² Attraverso le quali il giudice adotta direttamente le determinazioni necessarie ad evitare che il tempo occorrente per la definizione del giudizio frustri irrimediabilmente l'interesse dedotto dal ricorrente, così sortendo un effetto di temporanea ed anticipata produzione degli effetti propri del provvedimento dallo stesso invocato e negato dall'amministrazione.

negato dall'amministrazione, in attesa della definizione del giudizio nel merito⁴³.

Tale risalente tesi, imperniata sul previgente indirizzo restrittivo e meramente demolitorio del processo amministrativo, non sembra essere oggi condivisibile, tanto meno alla stregua dell'attuale disciplina dettata dal Codice orientato verso un accertamento giudiziale che coinvolga tanto l'atto quanto il rapporto intercorrente tra parte privata e parte pubblica.

Altra tesi, sostenuta da subito da molti giudici amministrativi di primo grado, più propensi a ritenere ammissibile il *remand*, successivamente patrocinata anche dallo stesso Consiglio di Stato⁴⁴, ritiene superabili gli esposti dubbi emersi in merito all'utilizzabilità, nel processo amministrativo, di siffatta tecnica cautelare. Osservano infatti i giudici, che devono ritenersi ammesse, stante il vigente principio dell'atipicità della tutela cautelare, «le misure cautelari propulsive consistenti nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale»⁴⁵. Infatti, in relazione ai limiti tradizionalmente individuati, da un lato, nei caratteri di strumentalità ed interinalità, dall'altro, nell'esigenza di evitare che il giudice della cautela sconfini in ambiti normalmente di esclusiva pertinenza della pubblica amministrazione, giova tener conto del contenuto e degli effetti che saranno propri dell'eventuale decisione che, qualora sia volta ad accogliere nel merito il ricorso proposto avverso un atto negativo, costituisce parametro cui avere riguardo in sede di individuazione dei possibili contenuti della misura interinale. Pertanto, alla luce della portata effettuale della decisione di merito, si ritiene che la misura cautelare che abbia riscontrato e dichiarato un profilo di ritenuta illegittimità del provvedimento amministrativo di diniego, non sembra assumere un contenuto esorbitante e legittimamente invita

⁴³ Cfr. Cfr. R. Garofoli- G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale, Neldiritto Editore, 2021.

⁴⁴ V Sezione, sent. 19 febbraio 2007, n. 833.

⁴⁵ Cfr. Cfr. R. Garofoli- G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, cit.

l'Amministrazione a pronunciarsi *ex novo* sull'originaria istanza volta al rilascio del provvedimento, giungendo eventualmente ad imporre l'adozione dello stesso allorché manchino ulteriori ragioni ostative, diverse da quelle estrinsecate nell'atto negativo sospeso⁴⁶. In questo modo il giudice, lasciando in capo all'amministrazione spazi di autonomia e discrezionalità nella valutazione, «si limita a dichiarare, con l'invito ad una rimeditata riedizione del potere, un dovere comportamentale che, in quanto automaticamente proprio della sentenza di merito, ben può essere ricondotto, naturalmente in via anticipata e provvisoria, alla strumentale e servente misura cautelare»⁴⁷. Pare peraltro non contraddetto il connotato dell'interinalità in quanto il nuovo e distinto provvedimento, adottato dall'amministrazione, non è destinato a sostituire quello originariamente impugnato né la misura cautelare è tale da assumere ruolo assorbente della successiva funzione fisiologica alla dinamica processuale propria della decisione di merito. Anche in presenza di ordinanze propulsive permane, dunque, l'intrinseca precarietà degli effetti caratterizzanti la tutela cautelare, destinati a consolidarsi solo per effetto (e a condizione) del successivo accoglimento nel merito del ricorso.

In definitiva le ordinanze propulsive sono state ammesse e, sebbene, restino sostanzialmente irrisolti i nodi problematici relativi all'esatta individuazione dei limiti interni ed esterni, già oggetto di ampio dibattito dottrinale e di non poche dispute ed oscillazioni giurisprudenziali. Inoltre, il Codice del processo amministrativo non fa alcuna espressa menzione, né all'art. 55 né *aliunde*, all'istituto del c.d. "accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame", né si ravvisano espliciti divieti in tal senso, potendo talvolta sussistere ragioni di opportunità a favore dell'armonizzabilità della tecnica del remand⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Cfr. R. Garofoli- G. Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, cit.

⁴⁷ Cit. p. 2068.

⁴⁸ Secondo Cons. St, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2475 (e successivamente, Tar Lazio, Roma, Sez: II quater, 27 luglio 2015, n. 10245).

3.1. Esito del giudizio e sorte del nuovo provvedimento a seguito del remand

Si è visto come, in nome del principio di legalità, prima, e del principio di effettività della tutela, poi, l'indipendenza e l'autonomia dell'Amministrazione sono state sempre più ridimensionate al fine di assicurare la serietà della funzione giurisdizionale. In questa prospettiva pare che il legislatore abbia scelto di aderire alla tendenza dottrinale secondo cui il potere esercitabile dal giudice in sede cautelare debba essere di natura analoga a quella del potere spettante al giudice di merito e quindi a quello dell'ottemperanza, ravvisando, pertanto, nel giudizio cautelare una ipotesi di giurisdizione amministrativa estesa al merito. Ciò vale, tuttavia, purché si tenga presente lo stretto collegamento tra la tutela cautelare e lo status quo. La misura cautelare deve dunque essere sempre revocabile e la sua esecuzione *«può essere legittimamente disposta solo a condizione che non dia luogo a situazioni irreversibili, ossia non determini una cristallizzazione tendenzialmente immodificabile della situazione controversa, consentendo di pervenire alla decisione finale re adhuc integra»*⁴⁹.

In quest'ottica, diventa centrale il ruolo assunto dal giudice, al quale viene conferita una posizione focale anche nella fase di esecuzione cautelare: nel sospendere l'efficacia dell'atto e nel richiedere un *agere* all'Amministrazione, il giudice amministrativo in un certo senso si sostituisce alla stessa. Si limano così l'autonomia e l'indipendenza dell'Amministrazione, per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Tuttavia, non può essere tralasciata una valutazione dei confini entro i quali collocare l'attività di riedizione del potere amministrativo e gli spazi di discrezionalità che restano in capo alla P.A. sulla base del provvedimento interinale e del suo rapporto con la pronuncia volta a definire il merito della medesima vicenda processuale⁵⁰.

⁴⁹ M.V. LUMETTI, L'esecuzione delle misure cautelari del giudice amministrativo, in Giustamm, n. 11-2003.

⁵⁰ Si v. G. DE GIORGI CEZZI, Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo, nota a TAR Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in Urb. e app., 955, ss., secondo la quale «Nel diritto pubblico l'esigenza propria del processo

In caso di rigetto del ricorso, il provvedimento che l'amministrazione aveva adottato in esecuzione dell'ordinanza propulsiva non può che perdere efficacia, la quale viene viceversa riacquistata dal precedente provvedimento (di diniego) impugnato. Attesa la precarietà delle misure cautelari, «la decisione di merito [in questi casi] non può che travolgere "non solo l'ordinanza di sospensione ma anche i provvedimenti successivi» adottati dall'Amministrazione in ossequio all'ordinanza stessa⁵¹.

Qualora invece la sentenza sia favorevole all'accoglimento del ricorso, la stessa è come se confermasse la parte sospensiva dell'ordinanza e assorbisse la parte propulsiva atteso il dovere sopravvenuto in capo all'Amministrazione di conformarsi, in ottemperanza, al giudicato⁵².

Giova qui richiamare una risalente ed ormai superata tendenza processuale ad impugnare separatamente la nuova determinazione che la P.A. poteva addurre reiterando il provvedimento negativo ma fondandolo su altre e diverse ragioni ostative al soddisfacimento dell'interesse legittimo pretensivo. In questo modo veniva instaurato un nuovo giudizio che poteva determinare il superamento del primo per perdita di interesse ad ottenere una decisione sul precedente ricorso. Oggi invece, la regola di preferire un unitario rapporto processuale che comprenda i successivi

amministrativo di colmare le asimmetrie che sul versante sostanziale connotano la relazione amministrazione-amministrato, porta sempre di più con sé la consapevolezza che l'azione proposta contro l'esercizio del potere abbia l'effetto di attrarlo definitivamente nell'orbita e dentro i fini della vita dell'individualità (il concreto interesse di cui si chiede la tutela) che nel processo trova rappresentazione, sottraendo l'amministrazione a quella condizione di soggetto che agisce in una sorta di iperuranio, senza spazio e senza tempo».

⁵¹ Secondo Cons. St., Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2475 (e successivamente, Tar Lazio, Roma, Seg. Il quater, 27 luglio 2015, m. 10245), l'ordinanza per "il riesame" determina solo l'effetto di obbligare la Pubblica amministrazione a rideterminarsi formalmente, ma lascia intatta la sfera di autonomia sostanziale e la responsabilità della stessa, per cui non dà luogo ad alcuna inibitoria consentendo l'adozione di una nuova decisione confermativa ovvero di una determinazione, comunque, non soddisfattiva del privato; essendo il "remand" una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente, oppure d'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo. Si v. Cons. St., Sez. III, 14 marzo 2013, n. 1534 secondo cui il provvedimento, adottato in esecuzione di un'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, non implica di per sé il ritiro dell'atto impugnato ed oggetto della pronuncia stessa e ha una rilevanza solo provvisoria in attesa che la decisione di merito accerti se l'atto stesso sia o no legittimo. La misura cautelare, infatti, non configura di norma una radicale consumazione della potestà amministrativa e l'effetto caducante dell'eventuale sentenza definitiva si estende comunque a tutti gli ulteriori atti adottati dalla P.A. a seguito dell'adozione dell'ordinanza cautelare. Si veda anche G. DE GIORGI CEZZI, *Esecuzioni di sentenze non sospese dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti*, in il nuovo processo amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205, a cura di F. Caringella e M. Protto, 2001.

⁵² Cfr. R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. p. 2071.

provvedimenti che l'Amministrazione abbia ad adottare con l'intento di regolare lo stesso rapporto sostanziale permettendo così al giudice (unico ed originario) di ampliare il proprio ambito cognitorio. Ne consegue la richiesta di una «pronuncia che, seppure formalmente di tipo demolitorio, assume sempre più le sembianze della verifica della fondatezza sostanziale della pretesa vantata dal ricorrente in sede amministrativa»⁵³. È questa, in sintesi, la nuova disciplina dei motivi aggiunti prevista dal Codice del processo amministrativo.

Ulteriore possibile esito è quello che individua un'attività della P.A. ricollegabile all'istituto dell'autotutela. L'amministrazione può infatti decidere di rivalutare il proprio operato in senso pienamente soddisfacente per il privato ricorrente sulla base di uno stimolo solamente indiretto delle motivazioni sviluppate nell'ordinanza cautelare. Salva la verifica in concreto del carattere pienamente soddisfacente del nuovo provvedimento adottato spontaneamente dall'Amministrazione, in tale ipotesi, il giudizio è destinato ad estinguersi per sopravvenuta carenza di interesse. Va tuttavia opportunamente precisato che comunque la sopravvenuta carenza di interesse rispetto alla decisione nel merito deve essere ricondotta al legittimo esercizio *ex novo* del potere amministrativo che si sostanzia in un'attività di autotutela.

5. Conclusioni

In conclusione, si è visto come i caratteri essenziali di strumentalità ed interinalità delle misure cautelari rispetto alle decisioni di merito sono stati

⁵³ Come già anticipato, infatti, l'art. 21, comma 1, l. Tar, come riformulato dall'art. 1, l. n. 205 del 2000, ha previsto esplicitamente che: "Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti"; l'art. 43 c.p.a. dispone ora che "i ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte. Ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini". T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 09/06/2021, n.3909 - Il provvedimento adottato all'esito del remand rende improcedibile l'eventuale ricorso presentato avverso il precedente provvedimento «Il cd. "remand" rappresenta una tecnica di tutela cautelare, caratterizzata dal fatto di rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicarne il risultato finale; il provvedimento adottato all'esito del remand, peraltro, non costituisce una mera integrazione della motivazione del precedente, ma si configura come espressione di nuove ed autonome scelte dell'Amministrazione, in presenza delle quali deve applicarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la sostituzione dell'atto impugnato a mezzo di un nuovo provvedimento, non meramente confermativo del precedente, rende improcedibile il ricorso».

nel tempo valorizzati per effetto delle modifiche introdotte, finanche in sede di codificazione, sulla scorta del cambio di prospettiva che ha caratterizzato l'evoluzione del ruolo assunto dal processo amministrativo nei confronti dei rapporti tra Amministrazione e amministrati. In tale contesto l'importanza della tutela interinale sta proprio nella qualità e speditezza del procedimento rendendo così concretamente attuabile il fondamentale principio costituzionale ed euro-unitario di effettività della tutela impedendo che si producano effetti irreversibili, gravi ed irreparabili, che possano determinare un danno al ricorrente, che verosimilmente abbia ragione, nel tempo intercorrente per la definizione del giudizio.

In definitiva, una soluzione compromissoria che includa, quali strumenti in mano al giudice, quello individuabile nella tecnica del remand in uno con l'ordinanza propulsiva, sembra essere, a parere di chi scrive, la più coerente e condivisibile alla luce dell'attuale quadro normativo. In effetti già a partire dalla legge 205 del 2000 sembrano essere superati i dubbi circa la piena legittimità delle ordinanze cautelari a tutela delle situazioni di interesse pretensivo, facendo sì che la funzione giurisdizionale si inserisca in modo dinamico nell'esplicarsi e nell'evolversi della funzione pubblica⁵⁴. Orbene gli attuali orientamenti legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, forniscono conferma della correttezza e della coerenza della tecnica del *remand* rispetto al sistema processuale amministrativo nel quale è inquadrato. Infatti, con l'ordinanza propulsiva, il giudice amministrativo sollecita la manifestazione di una nuova volontà amministrativa che riconsideri la fattispecie in corso di giudizio, destinandola, in uno alla prima, ad essere sottoposta al vaglio dello stesso giudice⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. già S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in I Garanti delle regole, a cura di S. CASSESE E C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 222; in particolare l'autore osserva che «non vi è procedimento amministrativo di qualche rilevanza che non termini in un processo amministrativo, stabilendo una continuità procedimento-processo che finisce inevitabilmente per coinvolgere il g.a. nell'amministrazione».

⁵⁵ Contenuto potenzialmente "conformativo" del provvedimento giurisdizionale (nei confronti di un potere destinato a produrre effetti stabili), stante, peraltro, il divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.). cfr. N. BERTI, *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2022, nota a Consiglio di Stato, 27 aprile 2021, n.3385, sez. VI.

In tal modo, viene assicurata la continuità e la completezza dell'accertamento giudiziale – ormai esteso anche alla verifica della fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente nei confronti dell'amministrazione – e al contempo risultano inalterati e rispettati i limiti, ancora esistenti, concernenti il potere del giudice in sede cautelare, individuabili nei caratteri indefettibili della tutela stessa quali la strumentalità, incidentalità e necessaria provvisorietà.

Inoltre, appare fondamentale sottolineare nuovamente la crescente importanza che, nell'alveo del principio di atipicità della tutela cautelare e sommaria delibazione, assume la motivazione⁵⁶ del nuovo provvedimento che segue l'ordine, rivolto all'Amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale⁵⁷. Il tutto nell'ottica secondo la quale il processo deve pervenire a risultati certi in tempi ragionevoli, a costi accessibili e in un sistema organizzato in modo diffuso sul territorio⁵⁸.

⁵⁶ F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010.

⁵⁷ Tar Lazio, Roma, sez. I, ord. 8 febbraio 2010, n. 1658.

⁵⁸ Così C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, 73 ss.