



Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

Il giudizio cautelare nel diritto amministrativo: una inarrestabile evoluzione

1) Premessa; 2) Le origini della cautela a partire dal diritto romano; 3) La tutela cautelare in ordinamenti diversi da quello italiano: in particolare in Francia; 4) Segue: nell'ordinamento inglese; 5) La tutela cautelare secondo i principi costituzionali; 6) La tutela cautelare in ordinamenti diversi da quello amministrativo e, in particolare, nel diritto civile; 7) Segue: nel diritto comunitario; 8) Tutela cautelare concessa dal giudice nazionale sulla base di norme comunitarie; 9) Segue: il diritto tributario; 10) Segue: la Corte dei Conti; 11) La progressiva evoluzione della tutela cautelare in Italia; 12) Il ruolo della sospensione; 13) La strumentalità dei provvedimenti cautelari rispetto al giudizio di merito ed i possibili effetti irreversibili; 14) La tutela cautelare tra interesse oppositivo ed interesse pretensivo; 15) L'irreversibilità della tutela cautelare e l'istituto della cauzione; 16) L'incidenza della CEDU e del PNRR; 17) Il Covid 19 e la sua refluenza sulla giustizia cautelare; 18) Un caso particolare di comparazione degli interessi: le procedure di affidamento delle infrastrutture strategiche; 19) Il giudizio cautelare nel giudizio amministrativo: il rapporto tra fumus e danno; 20) La refluenza sulla giustizia cautelare del codice del processo amministrativo; 21) Il potere cautelare mediante decreto monocratico; 22) L'appellabilità del decreto cautelare monocratico; 23) La tutela cautelare ed il silenzio; 24) Le misure cautelari atipiche; 25) Tutela cautelare e possibili effetti indeterminati nel tempo; 26) Il remand; 27) Le pronunce giurisprudenziali sul punto; 28) La tutela cautelare ante causam; 29) Lo stand still; 30) La pronuncia sulle spese; 31) La sospensione automatica della stipula del contratto; 32) La cautela nell'ambito del rito abbreviato; 33) Il regime speciale delle infrastrutture strategiche ex art. 246, d.lgs. 163 del 2006; 34) Il problema della decisione in forma semplificata; 35) Tutela cautelare e possibile refluenza sul giudizio di merito; 36) L'interesse pubblico rilevante ai fini del giudizio cautelare; 37) La tutela cautelare tra interessi pretensivi ed oppositivi; 38) La tutela cautelare tra difetto di competenza e di giurisdizione; 39) I riflessi della cautela sui contratti d'appalto; 40) L'appellabilità delle pronunce cautelari; 41) La questione di legittimità costituzionale nel corso della fase cautelare; 42) La sentenza in forma semplificata; 43) Le più recenti pronunce e la possibile ulteriore evoluzione del giudizio cautelare; 44) Segue: le ultime novità giurisprudenziali; 45) Conclusioni.

1) Premessa

Il tema in esame impone che la sua analisi si sviluppi secondo gli *step* che ne hanno connotato la complessa evoluzione, dovendosi rilevare che essa, sebbene si collochi in un arco temporale ampio ed articolato, è ancora *in itinere*. Da ciò si evince l'estrema difficoltà che impone tale peculiare forma di giustizia: il rinvenimento della giusta linea di equilibrio tra contrapposte esigenze. Invero, la cautela impone di salvaguardare gli interessi delle parti senza incidere sull'esito del giudizio di merito, che per sua natura implica la disamina *funditus* della fondatezza delle rispettive deduzioni delle parti. Come si vedrà la linea da percorrere per assicurare una giustizia cautelare "giusta" è tanto sottile da risultare a volte imperscrutabile.

2) Le origini della cautela a partire dal diritto romano.

[Digitare qui]

La giustizia cautelare affonda le sue radici in un contesto giuridico assai risalente tanto che, come si osserva in dottrina ⁽¹⁾, la sua evoluzione nell'ordinamento giuridico affonda le sue radici in un'epoca molto lontana tanto addirittura da spingersi fino al diritto romano, assumendo la denominazione di *cautio* Muciana o *cautio fructuaria*. La prima si deve all'intervento di Quinto Mucio Scevola, il quale "aveva <<suggerito>> al pretore un rimedio, consistente nel concedere senza alcuna attesa la produzione dei previsti effetti giuridici, purché il testatore ricevesse la promessa cautelare (resa forse con *stipulatio praetoria*) di *restitutio in integrum*" ⁽²⁾.

Per quanto concerne la *cautio fructuaria*, questa rifletteva l'esigenza di garantire l'adempimento degli obblighi in capo all'usufruttuario attraverso una *stipulatio* pretoria, obblighi che non comprendevano soltanto la restituzione della cosa, bensì anche il fatto che l'usufruttuario ne avrebbe usufruito *boni viri arbitrato*. Anche tale istituto rifletteva pertanto una esigenza cautelare, tanto che la mancata prestazione della cautio da parte dell'usufruttuario che si fosse immesso nell'*uti frui*, avrebbe imposto al dominus di agire con una *rei vindicatio*, alla quale l'usufruttuario avrebbe risposto con una *exceptio de re usus fructus nomine tradita* per la cui iniquità sarebbe stata opposta dal proprietario una *replicatio*. In caso di alienazione della nuda proprietà l'acquirente avrebbe dovuto farsi prestare una nuova cautio ⁽³⁾. E' oggi recepita nell'ordinamento italiano tramite l'articolo 1002 del codice civile. Essa obbliga chi riceve un bene in usufrutto (usufruttuario) a garantire al nudo proprietario la conservazione, il buon uso e la restituzione della cosa al termine dell'usufrutto stesso.

3) La tutela cautelare in ordinamenti diversi da quello italiano: in particolare in Francia

Non vi è dubbio che approccio al tema in chiave etero ordinamentale imponga di dare precedenza a come il tema in esame si sia sviluppato nel contesto francese stante l'obiettivo refluenza e questo ha avuto sull'ordinamento italiano siccome appartenente al sistema di *Civil Law* ⁽⁴⁾.

Trattasi di un quadro prospettico ampio e variegato in quanto l'evoluzione dell'ordinamento francese prende le mosse da un'epoca molto risalente tanto da fondare le sue radici già nella *Ordonnance civile pour la réformation de la justice* di Luigi XIV (1667). Gli step che connotano tale evoluzione sono alquanto ampi articolati prendendo le mosse dalla disciplina regolatoria del *Code de procédure civile* napoleonico, varato il 1° gennaio 1807 e, successivamente, dalla *Code de justice administrative*, entrato in vigore il 1° gennaio 2001 sulla base dell'ordinanza n. 2000-387 del 4 maggio 2000 e che, come osserva il citato autore, "configura il *Conseil d'État*, analogamente a quanto avviene in Italia, quale organo titolare di funzioni sia giurisdizionali che consultive, ma con una particolarità: esercita la funzione di ultimo grado della stessa o di cassazione, ma mantiene per alcune controversie, ritenute di particolare importanza, competenza anche in primo ed in secondo grado". Volendo soffermarsi, in particolare, proprio sulla giustizia cautelare occorre rammentare che questa si è sviluppata con la procedura di *référé-suspension*, entrata in vigore della legge del 30 giugno 2000, avendo sostituito la

¹ M.R. Calderaro, La comparazione degli interessi nella valutazione cautelare del giudice amministrativo, Jovene editore, 2023, pagg. 1 e ss.

² F. Galgano, *Cautio Muciana* e crisi di un'élite, in *Rivista di diritto romano*, XVI-XVII, 2016-2017, pagg. 1 e ss.

³ In tema: S. Masuelli, *Scripta extravagantia*. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti, 2024, pagg. 517-531, il quale osserva che la *cautio fructuaria* affiora per la prima volta intorno alla metà del diciassettesimo secolo. Evidenza, in particolare, che l'oggetto deve intendersi esteso a ricomprendere la situazione in cui si trova la res alla cessazione dell'usufrutto e che, in relazione agli aspetti funzionali, questi riflettono l'esigenza di predisporre al nudo proprietario la difesa della proprietà alla cessazione dell'usufrutto, data la verosimile impossibilità a convenire in giudizio l'usufruttuario tramite *rei vindicatio*, per carenza di legittimazione passiva.

⁴ M. R. Calderaro, cit., pagg. 175 e ss.

precedente *sursis à exécution*. Non vi è dubbio, vista l'influenza dell'ordinamento francese su quello italiano, che anche in Francia accoglimento della domanda cautelare impone che si riscontri non solo il *periculum in mora* ma anche il *fumus boni iuris*, con la conseguente necessità di un positivo apprezzamento di profili di merito del ricorso posto all'esame del collegio.

La latitudine del potere cautelare del giudice in Francia è senz'altro ampio e articolato tant'è che è possibile, tramite l'*injonction*, anche in sede di *référé*, ovverosia prima della pronunzia della sentenza e della relativa esecuzione, di intervenire ai fini cautelari imponendo *ex officio* all'Amministrazione di adottare un provvedimento specifico, potendo impingere nel merito della scelta amministrativa, qualora si tratti della sospensione di un provvedimento negativo anche al fine di adottare un provvedimento specifico.

Si registra pertanto una certa sovrapposizione tra la giustizia cautelare in Francia e quella in Italia in quanto, come meglio si specificherà in seguito, l'intervento del giudice a tali fini può svilupparsi non solo attraverso la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, ma anche attraverso misure quali i c.d. *remand*, le ordinanze propulsive e le ordinanze sostitutive (⁵).

Può quindi rilevarsi che in entrambi gli ordinamenti si è assistito ad una evoluzione della giustizia cautelare nel senso che ha assunto connotati sempre più variegati tanto da non identificarsi, come avvenuto in passato, nella mera sospensione degli effetti del provvedimento impugnato. Ma l'assonanza tra i due ordinamenti si sviluppa sotto altro profilo e segnatamente quello connesso alla necessità di verificare le condizioni di ammissibilità e ricevibilità della domanda, ferma restando che si impone all'emersione del *periculum in mora*.

Occorre peraltro rilevare che anche il giudice amministrativo francese nel compiere quest'ultima valutazione ha avvertito l'esigenza di verificare la sussistenza dei relativi presupposti e quindi di valutare la sussistenza del carattere dell'*urgence*, esigenza che è stata particolarmente avvertita nel periodo emergenziale dovuto alla pandemia da Sars Covid-19.

Se è vero che si è evidenziato finora che sussiste una sostanziale sovrapposizione tra la giustizia cautelare nell'ordinamento francese e quella in Italia, è pur vero che il primo si connota per il fatto che la domanda cautelare non è sempre necessariamente collegata alla presentazione di un ricorso principale.

Viene cioè in considerazione un tema peculiare che quello della giustizia cautelare cd. *ante causam*, che per vero è contemplato anche dalla giustizia amministrativa in Italia ma con dei connotati peculiari se non restrittivi nel senso cioè che, ai sensi dell'art. 61, c.p.a. occorre una stretta strumentalità tra la misura cautelare così concessa e l'introduzione della domanda giudiziale per così dire "ordinaria", dovendosi rilevare un duplice profilo che connota tale *iter* processuale e che si caratterizza per i seguenti profili: affinché la misura cautelare mantenga la propria efficacia occorre che nei quindici giorni successivi alla sua adozione è necessario notificare il ricorso introduttivo con contestuale domanda cautelare collegiale, per poi depositarlo presso la segreteria del giudice amministrativo competente nei cinque giorni successivi unitamente all'istanza di fissazione

⁵ Evidenzia tuttavia G. Saccaro, che "A differenza dell'ordinamento italiano, quello francese non conosce la distinzione fra tutela sommaria cautelare e non cautelare: di conseguenza il *référé* sopra citato prevede in sé una disciplina unitaria che può essere applicata ai provvedimenti propriamente cautelari ma anche a quelli sommarî anticipatori", "Origini e caratteristiche del provvedimento cautelare d'urgenza (art. 700 c.p.c.)", Diritto. It, 2014, pag. 34
[Digitare qui]

d'udienza; in ogni caso, decorsi sessanta giorni dall'emanazione del decreto che concede le misure cautelari *ante causam*, queste perdano efficacia.

Orbene l'istituto del *référé-liberté* in Francia non è sovrapponibile a tale schema operativo, in quanto può essere attivato indipendentemente dalla proposizione di un ricorso principale. Trattasi, in particolare, di fattispecie eterogenee ma soprattutto di una giustizia cautelare che trova la sua giustificazione nella necessità di sopperire al rischio che gravi su una delle libertà fondamentali che "la *République* riconosce ad ogni individuo" ⁽⁶⁾ nel senso che essa può debordare dai confini propri di una giustizia cautelare che trae fondamento dalla necessità di sospendere gli effetti di un provvedimento potenzialmente lesivo, estendendosi ben oltre tali confini ove sia messa in pericolo una delle libertà fondamentali con la conseguente necessità di un provvedimento di urgenza ancorché privo di effetti propriamente sospensivi.

Non vanno tuttavia trascurate anche le sovrapposizioni che è dato riscontrare, in ordine alla giustizia cautelare, tra i due ordinamenti dovendosi rilevare che entrambi avvertono la necessità di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e che sia data la possibilità al giudice di intervenire qualora si ravvisi una violazione delle regole europee di libera concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici.

Inoltre in entrambi gli ordinamenti si avverte l'esigenza di ampliare la latitudine della giustizia cautelare facendo sì che questa non assuma necessariamente i connotati della sospensiva nonché effettui una valutazione del *periculum in mora* o dell'*urgence* della domanda cautelare che implichi la necessità di una comparazione degli interessi in gioco, sia pubblici che privati ⁽⁷⁾.

4) *Segue: nell'ordinamento inglese*

Se è vero che nei riguardi dell'ordinamento francese si registra una notevole sovrapposizione rispetto all'ordinamento italiano per quanto attiene alla giustizia cautelare, l'ordinamento inglese, siccome riflettente il diverso modello processuale di *common law*, presenta notevoli peculiarità. Si osserva infatti in dottrina ⁽⁸⁾ che il processo civile inglese prevede diversi passaggi, i quali si possono ricondurre a tre fasi sostanziali: il *pre-trial*, il *trial* e il *post trial*. E' la prima che assume specifico rilievo ai fini cautelari, essendo connotato dalla *disclosure*, relativa alle prove documentali, la presentazione delle eventuali istanze per gli *interlocutory remedies*, fino a giungere al *setting down*, con cui l'attore potrà chiedere che si proceda alla fase del *trial*. La fase del pre-trial è pertanto complessa tanto da essere connotata dalle *interlocutory applications* o *interlocutory remedies* che costituiscono il terzo possibile passaggio della stessa.

Il problema che pone tale complesso e peculiare regime giuridico afferisce alla identificazione della stessa fattispecie cautelare tanto più che la relativa istanza può essere presentata anche dopo la *disclosure*, allorquando "*the evidence is known and the case is taking its final shape*".

Al fine di cogliere le specificità di tale complessa disciplina occorre evidenziare che:

- se è vero che i c.d. *interim remedies* appartengono alla fase delle *interlocutory applications*, è vero anche che sono capaci di contenere una vasta cerchia di provvedimenti nei quali rientra l'*injunction*, sia nella forma cautelare che in quella non cautelare;

⁶ M.R. Calderaro, pagg.185 e ss.

⁷ Osserva Calderaro (cit.) che non solo "in entrambi gli ordinamenti, la fase cautelare è divenuta una fase autonoma del giudizio amministrativo, spesso la più importante", ma anche che "la comparazione degli interessi è fondamentale in entrambi gli ordinamenti, assumendo la terminologia del legislatore francese, per valutare la sussistenza dell'*urgence* necessaria per ottenere la misura cautelare o interinale richiesta, ma in questi limiti deve necessariamente permanere".

⁸ E. Hepaj, Le forme di tutela anticipata: tra *civil law* e *common law*, 2020

[Digitare qui]

- in particolare, ha natura cautelare l'*interlocutory injunction*, misura provvisoria concessa nella fase iniziale del processo e la cui efficacia è in linea di principio destinata a protrarsi sino alla pronuncia finale del giudice; non ha invece natura cautelare la *final injunction*;
- i presupposti in base ai quali l'*injunction* cautelare può essere accordata sono stati chiaramente definiti dalla prassi giurisprudenziale delle corti;
- vi è stato un progressivo ridimensionamento della refluenza del giudizio di merito su quello cautelare dovendo l'istante convincere il giudice "*that the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried*";
- dovendosi tener conto dei rispettivi *advantages* and *disadvantages*, il giudice è chiamato a soppesare "*one need against the other and determine where the balance of convenience lies*";
- la identificazione dei criteri per la concessione della misura è avvenuta facendo tesoro della decisione resa dal giudice Alderson nel caso *Att. – Gen. V Hallet*;
- il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione comparativa secondo la *balance of convenience* ovvero la *balance of justice*, che consiste nel valutare la posizione dell'attore e quella del convenuto;
- a sua volta l'istante è chiamato all'allegazione del pericolo del verificarsi di un danno grave e irreparabile (*harm of irreparable injury*).

Ai fini dell'operato del giudice in tale contesto ha prodotto una specifica influenza l'entrata in vigore delle *Civil procedure rules*, tant'è che la *rule* 25. 1 di questa elenca ben quattordici tipi di *interim remedies* che potrebbero essere oggetto di richiesta al giudice, elencazione che peraltro, per espressa previsione normativa, non è tassativa.

In conclusione, ciò che connota la giustizia cautelare in tale contesto territoriale è il fatto che "mentre nel contesto della tutela cautelare italiana, la struttura sommaria dell'istruzione e gli effetti provvisori del provvedimento siano due facce della stessa medaglia, non è così nel sistema inglese. In quest'ultimo sistema, alla tutela cautelare non è accordato solo un ruolo strumentale ma anche autonomo e di cognizione definitiva, a cui non sempre fa seguito un accertamento di merito sull'esistenza del diritto oggetto di cautela, in quanto la domanda viene assorbita dall'istruzione sommaria dei fatti in causa condotta dal giudice, artefice delle redini del processo di *common law*." ⁽⁹⁾.

5) La tutela cautelare secondo i principi costituzionali.

La tutela cautelare amministrativa, pur non essendo espressamente disciplinata dal testo costituzionale, è considerata dalla Corte costituzionale un istituto a "rilevanza costituzionale necessitata"¹⁰. Trova, infatti, il suo fondamento negli artt. 24, 111 (giusto processo) e 113 Cost. (tutela

⁹ Ove si voglia estendere il confronto tra la cautela secondo l'ordinamento italiano e quello tedesco, che non contiene una disciplina unitaria al riguardo distinguendo sulla base del tipo di azione esercitata: V. Bontempi, Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, 692 ss., mentre per un confronto con l'ordinamento spagnolo: S. De la Sierra, *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo. Un Estudio Normativo y Jurisprudencial*, Elcano, 2004

¹⁰ Oltretutto la centralità della tutela cautelare pure nell'ambito del giudizio amministrativo avente ad oggetto l'impugnativa di atti era stata sottolineata dalla Corte costituzionale in diverse sentenze: la n. 284 del 1974 (in Giust. Cost. 1974, 2371), la n. 227 del 1975 (in Giust. Cost. 1975, 1686) e la n. 8 del 1982 (in Giust. Cost. 1982, 41). Viene, di recente, in considerazione Corte Cost., 6 luglio 2023, n. 137, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato che nell'esercizio del potere cautelare al giudice amministrativo è consentito non solo sospendere l'atto impugnato ma anche adottare tutte le misure "atipiche", a contenuto propulsivo o sostitutivo, con le quali viene attribuito anticipatamente e provvisoriamente il bene della vita cui aspira il ricorrente.

contro gli atti della Pubblica Amministrazione), ma anche in un preciso orientamento della Corte costituzionale ⁽¹¹⁾ che ha finito per recepire il pensiero di Giuseppe Chiovenda ⁽¹²⁾.

Il contributo della Corte si riflette sul piano operativo sotto due profili:

1) si afferma il principio di atipicità delle misure cautelari “atipiche” di guisa che non necessariamente si sviluppa secondo il modello basato sulla sola “sospensione” dell’atto impugnato ⁽¹³⁾ e pertanto si riconosce al giudice amministrativo il potere di adottare misure atipiche e propulsive (anche di contenuto satisfattivo provvisorio), qualora la semplice sospensione risulti inidonea a tutelare il ricorrente in attesa della sentenza di merito;

2) il potere cautelare deve operare un rigoroso bilanciamento tra l’interesse del privato a non subire un danno grave e irreparabile (*periculum in mora*) e l’interesse pubblico perseguito dall’Amministrazione, garantendo al contempo una decisione basata su un sommario accertamento delle ragioni del ricorrente (*fumus boni iuris*).

Si osserva, tuttavia in dottrina ⁽¹⁴⁾ che “La compiuta attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (*sub specie* di tutela cautelare) prefigurata dal dettato costituzionale incontra tuttavia un ostacolo – apparentemente insormontabile – nel principio di sindacato accentrato di costituzionalità sancito dal combinato disposto degli art. 134 Cost., art. 1 l. cost. n. 1/1948 e art. 23 l. n. 87/1953.”. Ove, infatti, emerga un dubbio di legittimità costituzionale della norma suscettibile di applicazione, il giudice dovrebbe sospendere il procedimento e rimettere la questione alla Corte il cui intervento prevede però una tempistica tutt’altro che breve. E’ dato, quindi, prospettare un’alternativa operativa: la disapplicazione a fini cautelari della norma di dubbia costituzionalità ad opera del giudice di merito. Tanto più che le esigenze cautelari imporrebbero non solo le misure cd. conservative, ma anche quelle cd. anticipatorie, così da evitare che, nelle more, la posizione sostanziale della parte sia lesa in maniera irreversibile.

Il tema è complesso, in quanto, come si osserva in dottrina ⁽¹⁵⁾ si registrano orientamenti “ondivaghi” sul punto e segnatamente: - il mero rigetto della domanda cautelare nelle more della decisione della Corte costituzionale; - la mera sospensione per pregiudizialità costituzionale, la disapplicazione della norma di dubbia costituzionalità con sospensione, nelle more, dell’atto impugnato, fermo restando il consolidato orientamento della Corte costituzionale secondo cui se la domanda cautelare viene accolta o respinta, la questione di costituzionalità sarebbe inammissibile per esaurimento della *potestas iudicandi* e comunque irrilevante ai fini della decisione del giudizio cautelare ⁽¹⁶⁾; - la tutela cautelare ad tempus, con effetti cioè temporalmente limitati alla decisione della Corte costituzionale ⁽¹⁷⁾. Tale ultimo orientamento pare il più condivisibile, anche perché trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si osserva, tuttavia, in dottrina che si registra “un recente *revirement* della Corte, che tuttavia sembra circoscritto al solo processo amministrativo. Nella sentenza n. 200/2014 – constatato che ai sensi dell’art. 55, 11° comma, c.p.a. contestualmente alla concessione di un’ordinanza cautelare è pure fissata la data di discussione del merito – la Corte ha ritenuto che la questione di costituzionalità sollevata dopo la pronuncia del provvedimento cautelare non risultasse più (come invece un tempo) intempestiva e tanto meno viziata per esaurimento della *potestas iudicandi*, essendo ormai il giudizio di merito incardinato dinanzi allo stesso giudice. L’accentuata strumentalità che la misura cautelare rinviene (nel processo amministrativo) rispetto alla

¹¹ I. Andolina – G. Vignera, I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano, Torino 1997, 67.

¹² cfr. A. Proto Pisani, Chiovenda e la tutela cautelare, in Le tutele giurisdizionali dei diritti, Napoli 2003, 553 ss.

¹³ Corte cost., sentenza 25 giugno 1985, n. 190, in Foro it., 1985 I, 1881, laddove osserva che «la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del “principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione”».

¹⁴ G. Menegus, Tutela cautelare e questione di legittimità, 2016, pag. 2

¹⁵ G. Menegus, cit., pag. 3

¹⁶ Corte cost., sentenza 13 dicembre 1993, n. 451

¹⁷ Corte cost. sentenza 20 settembre 1990, n. 444

definizione del giudizio di merito vale così a superare la precedente frammentazione del concetto di rilevanza”⁽¹⁸⁾.

Rimane, tuttavia, il rischio connesso alla possibile irretrattabilità degli effetti del provvedimento cautelare sebbene non suscettibile di conferma all’esito del pronunciamento della Corte costituzionale.

6) *La tutela cautelare in ordinamenti diversi da quello amministrativo e, in particolare, nel diritto civile*

Anche in tale specifico contesto ha avuto piena incidenza la su richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985, con la quale si è valorizzata la tutela cautelare trovando fondamento in una norma non scritta del diritto processuale comune.

La valorizzazione della giustizia cautelare ha condotto alla formale presa d’atto da parte della Corte di Cassazione della sua autonomia rispetto al merito⁽¹⁹⁾ così da assumere stabilità ed autonomia. Tale evoluzione è peraltro scandita da apposite previsioni normative (Leggi n. 80 e n. 263 del 2005) nell’ottica della stabilità della giustizia cautelare rispetto alle decisioni di merito, tant’è che “si è registrato il nuovo regime della strumentalità attenuata anche per provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’art. 700 che, se emanati *ante causam*, risultano comunque efficaci indipendentemente dall’instaurazione, entro un certo termine, del relativo giudizio di merito”.

Peraltro, la latitudine della giustizia cautelare in ambito civilistico è alquanto ampia e variegata tanto da svilupparsi attraverso strumenti che non sono disciplinati nell’ambito del codice di procedura civile attuale e che pertanto vengono definiti “estravaganti” quali: “*il sequestro giudiziario e conservativo di cui agli artt. 682 ss. e 1074 cod. della navigazione; la descrizione, il sequestro e l’inibitoria previsti dagli artt. 128, 129, 131 del Codice della proprietà industriale*”.

La disamina del tema non può prescindere dalla valorizzazione dell’art. 700 c.p.c. che, come si osserva in dottrina⁽²⁰⁾ costituisce specifica applicazione della tutela cautelare nell’ambito del processo civile, fermo restando l’emersione, sul piano normativo, di procedimenti sommari non cautelari quali l’equiparazione dell’esecutività del decreto ingiuntivo non opposto al giudicato sostanziale, nonché gli effetti dell’ordinanza di convalida di sfratto. Anche in tal caso, come per i procedimenti sommari cautelari, tali atti sono destinati a perdere efficacia se il processo a cognizione piena non è tempestivamente iniziato o si estingue⁽²¹⁾ su diritti, in quanto esso sfocia secondo la concezione dominante in un provvedimento idoneo al giudicato.

Va conclusivamente rilevata la strumentalità della tutela cautelare nel diritto civile “*per rispondere alle esigenze di protezione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e messa a repentaglio dalla condotta altrui*”⁽²²⁾.

¹⁸ G. Menegus, cit. pag. 9

¹⁹ “*La circostanza che a seguito delle recenti modifiche dell’art. 669 octies c.p.c. e art. 669 novies c.p.c. (...) sia venuta meno la necessità di instaurazione del giudizio di merito ai fini della conservazione della misura cautelare concessa, e che per questa si sia allentato il rapporto di strumentalità necessaria della tutela cautelare rispetto al merito, non fa venir meno la configurazione del provvedimento cautelare quale atto di tutela anticipata demandata al giudice competente per il merito, anche se poi un giudizio di merito dovesse mancare in quanto dal provvedimento emesso in sede cautelare potrebbe essere conseguito un assetto del rapporto controverso che nessuna delle parti ha interesse a modificare*”

²⁰ R. Caponi, La distinzione tra procedimenti cautelari anticipatori e conservativi, 2008, pag. 4

²¹ Così è per il procedimento possessorio, in quanto esso sbocca secondo la concezione dominante in un accertamento idoneo al giudicato sul merito possessorio. Così è per il procedimento camerale su diritti, in quanto esso sfocia secondo la concezione dominante in un provvedimento idoneo al giudicato

²² G. Poli, In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo, pagg. 3-4, il quale osserva che, nel processo civile, la tutela cautelare poggia su tre assi portanti: 1) l’individualità; 2) la pluralità e la atipicità delle misure cautelari in cui essa si estrinseca; 3) la terzietà del giudice rispetto alle parti.

[Digitare qui]

La tutela cautelare in diritto civile è quindi associata alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ⁽²³⁾ ed impone una riflessione di carattere generale e cioè se comunque trova applicazione il criterio della strumentalità.

Al riguardo, si osserva in dottrina ⁽²⁴⁾ che si è assistito ad un progressivo allentamento di tale vincolo e ciò sulla base dell'esperienza di altri Paesi, quali la Francia con il *référé* o il *einstweilige Verfügungen* in Germania. Si discorre, quindi, in Italia di "semi-autonomia" del provvedimento cautelare anticipatorio, con conseguente ridimensionamento del nesso di strumentalità ⁽²⁵⁾.

7) Segue: nel diritto comunitario

Si tratta di comprendere quali riflessi possa avere il diritto comunitario sulla giustizia cautelare. Ebbene, come si osserva in dottrina, "lo stesso ordinamento comunitario, da sempre interessato a modellare gli aspetti sostanziali delle materie incise dai trattati, è intervenuto nel settore degli appalti pubblici anche in materia di tutela processuale cautelare (con le direttive Ce n. 89/665 per i settori classici e n. 92/13 per i settori esclusi – oggi settori speciali -, poi modificate dalla direttiva del Consiglio n. 2007/66), in tal modo dimostrando grande attenzione al tema delle modalità attraverso cui, all'interno degli ordinamenti nazionali, vengono in concreto giustiziati i diritti o gli interessi legittimi di matrice comunitaria: e cioè quelle situazioni soggettive che nel diritto comunitario fondamentale o derivato trovano la loro fonte normativa di protezione" ⁽²⁶⁾.

Non vi è dubbio, quindi, che anche in ambito comunitario si avverte l'esigenza di assicurare tutela agli interessi cautelari, dovendosi tuttavia registrare una posizione ben più rigida, atteso che impone che si presentino profili di gravità delle sfavorevoli conseguenze derivanti dall'atto comunitario tali da derogare al principio di presunzione di validità dello stesso. Non è, quindi, sufficiente la mera prospettazione di danni economici, con la conseguenza che la latitudine di tale forma di tutela è sostanzialmente riconducibile al novero dei ricorsi in materia di concorrenza o di *dumping*, fallimento imprese o perdita quote rilevanti di mercato. Occorre, altresì, che il danno prospettato sia irreparabile, concetto questo che postula non la estrema difficoltà del giudizio risarcitorio, ma la sua assoluta preclusione.

Tuttavia, se è vero che all'interno dell'ordinamento comunitario la tutela cautelare è vista come un rimedio estremo è vero anche che un diverso orientamento si registra sulle istanze cautelari nei ricorsi tesi a contestare presunti inadempimenti agli obblighi comunitari da parte degli Stati membri assumendo la Corte che, in casi siffatti, il danno grave e irreparabile sarebbe *in re ipsa*. Tale orientamento, per vero, vale però nei limiti in cui sia ravvisabile un inadempimento da parte degli Stati. Per altro verso, il nesso di strumentalità è meritevole di essere valorizzato se è vero che il giudice deve effettuare una valutazione prognostica non solo sulla verosimiglianza del diritto affermato, ma anche sul tipo di provvedimento che all'esito del giudizio di merito potrà essere pronunciato e sui suoi effetti.

Si osserva, peraltro, in dottrina ⁽²⁷⁾ che l'ordinamento comunitario, da un lato, non contempla il rimedio della cautela *ante causam* nel giudizio di annullamento di atti comunitari dinanzi alla Corte di giustizia sebbene sia stata la Corte di Lussemburgo a stimolare l'introduzione di tale modello negli ordinamenti nazionali, dall'altro la Corte è munita di poteri cautelari atipici, potendo adottare i provvedimenti provvisori necessari (art. 243 TCE).

²³ G. Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1923, pagg. 45 e ss.

²⁴ U. Corea, Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria, Rivista di diritto processuale, 2006, pag. 1260

²⁵ Secondo U. Corea si dovrebbe discorrere di strumentalità esterna al processo, in quanto non si manifesta obbligatoriamente rispetto al giudizio di merito ma si proietta al di fuori di quest'ultimo nel diritto sostanziale. Di qui la definizione di "autonomia funzionale" della tutela cautelare anticipatoria.

²⁶ G. Castriota Scanderbeg, La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito, 2010,

²⁷ G. Castriota Scanderbeg, *id.*

Ma è dato valorizzare anche il rilievo della ponderazione dei contrapposti interessi, in quanto il relativo apprezzamento è destinato ad aumentare sensibilmente la discrezionalità del giudice anche nella considerazione dei danni che la sospensione potrebbe arrecare ai terzi.

Non va peraltro trascurata la eterogeneità degli interessi suscettibili di ponderazione, circostanza questa che è destinata ad aumentare sensibilmente la discrezionalità del giudice, essendo chiamato a valutare il profilo della gravità ed irreparabilità del danno prospettato.

A questo punto occorre interrogarsi circa la eterogeneità degli interessi contrapposti, atteso che, secondo esigenze di logica ed equità, si dovrebbe dare automatica prevalenza a quelli sottesi alle Istituzioni comunitarie. Per vero, non si raggiunge un tale approdo sistematico, che sarebbe contrario ad insopprimibili esigenze di equità, non potendosi così escludere comunque la ricorrenza del profilo del danno grave e irreparabile. Va tuttavia preso atto che il ricorrente è gravato dell'onere della prova oltre che chiamato alla dimostrazione della prevalenza del proprio interesse alla cautela.

In tale visione complessiva degli interessi contrapposti non può poi non darsi specifico rilievo a quelli propri degli utenti dei trasporti pubblici, ma anche, più in generale, riconducibili alla sanità, agli obiettivi sociali, alla concorrenza.

Va, infine, evidenziato che la giurisprudenza comunitaria è incline alla reversibilità degli effetti della decisione cautelare ad opera della sentenza, di guisa che la tutela cautelare deve essere concepita in una prospettiva non funzionale, ma strutturale stante la sussistenza di significativi raccordi procedimentali tra il giudizio cautelare e quello di merito.

8) *Tutela cautelare concessa dal giudice nazionale sulla base di norme comunitarie*

La tutela cautelare concessa dal giudice nazionale sulla base di norme comunitarie (ora diritto UE) è uno dei pilastri dell'effettività dell'ordinamento europeo. Il giudice ha il dovere di disapplicare qualsiasi norma interna ostativa e concedere misure provvisorie per non vanificare i diritti tutelati dal diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia (CGUE), con la storica sentenza *Factortame* (Causa C-213/89), ha stabilito che la piena efficacia del diritto comunitario verrebbe meno se una norma procedurale nazionale potesse impedire a un giudice di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di tutelare diritti nascenti da norme dell'Unione. Il giudice nazionale è quindi tenuto a disapplicare la disposizione nazionale ostativa.

Assumono rilievo anche i principi enunciati nel caso *Zuckerfabrik* (21 febbraio 1991), in occasione del quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto al giudice nazionale il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale basato su un regolamento europeo la cui legittimità sia contestata, e nel caso *Atlanta* (9 novembre 1995 in causa C-465/93), che costituisce ancora una volta l'occasione per ribadire che la tutela cautelare va assicurata anche quando l'istanza di sospensione riguardi un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario⁽²⁸⁾

9) *Segue: il diritto tributario*

La tutela cautelare nel diritto tributario salvaguarda il ricorrente, nelle more del giudizio, dagli effetti pregiudizievoli degli atti tributari (provvedimento impositivo o sentenza) che, in quanto atti immediatamente esecutivi, legittimano comunque l'ente creditore alla riscossione delle somme pretese, in mancanza di apposita sospensiva. La tutela cautelare, tuttavia, può essere richiesta a fronte di una potenziale fondatezza del ricorso e di un verosimile danno, grave e irreparabile, sulla base di una valutazione di carattere sommario.

Da quanto sopra, si evidenzia, dunque, come il contribuente non deve limitarsi a chiedere la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata, ma deve anche chiedere la sospensione

²⁸ R. Leonardi, La tutela cautelare nel processo amministrativo, Giuffrè editore, pag. 54
[Digitare qui]

dell'esecuzione dell'atto originario, per evitare che l'Ufficio iscriva a ruolo o continui a richiedere il pagamento dell'originaria iscrizione a ruolo del terzo, ai sensi dell'art. 15, comma 1, del D.P.R. n° 602/1973. La proposizione della domanda cautelare dà luogo ad una sorta di procedimento incidentale che si innesta nell'ambito del processo relativo all'atto che è oggetto di sospensiva.

Sul piano normativo viene in considerazione l'art. 47 del D. Lgs. n. 546/1992 che appunto disciplina la sospensione dell'atto impugnato con apposita istanza "motivata proposta nel ricorso o con atto separato notificata alle altre parti e depositato in segreteria sempre che siano osservate le disposizioni di cui all'art. 22". La motivazione deve esplicitare le ragioni di fatto e gli elementi di diritto a sostegno della necessità di scongiurare il grave e irreparabile danno che potrebbe derivare dall'immediata esecuzione dell'atto impugnato (*periculum in mora*), ed una prognosi favorevole dell'esito dell'impugnativa (*fumus boni iuris*), legittimando dunque il giudice ad accordare la richiesta tutela cautelare.

Per vero, la formula dell'art. 47 non risulta del tutto soddisfacente, in quanto, come evidenziato in dottrina ⁽²⁹⁾, la norma non dà risposta circa l'esigenza di tutela cautelare relativa alle controversie fiscali che siano riservate alla cognizione del giudice ordinario ed inoltre non tiene conto del bisogno di una tutela cautelare diversa dalla sospensione del provvedimento impositivo contestato. La sospensione, inoltre, non riguarda gli atti negativi, coi quali cioè l'amministrazione fiscale abbia negato un rimborso, in quanto il contribuente potrà di certo essere ristorato dall'esito favorevole del giudizio di merito. Si registra un preciso orientamento normativo ⁽³⁰⁾ e giurisprudenziale ⁽³¹⁾ secondo cui la tutela cautelare è concedibile anche in caso di atti negativi.

Come evidenziato ⁽³²⁾ la materia tributaria è stata interessata da una sentenza della Corte costituzionale (n. 63 del 1° aprile 1982), molto criticata dalla dottrina, che presenta aspetti di grande interesse quanto al fondamento costituzionale della tutela cautelare: il giudice costituzionale ha ivi negato che un potere di cautela potesse sussistere senza avere il proprio fondamento in un'espressa previsione di legge e che la potestà cautelare costituisse una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., in quanto parlare di "effettività della tutela" non significava "necessariamente" anticipazione delle conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole ma che, invece, la pretesa fatta valere in giudizio avrebbe dovuto, se fondata, trovare concreta soddisfazione. Il giudizio cautelare è solo una fase eventuale causata dall'eccessiva durata del processo di merito che potrebbe ledere l'utilità effettiva della decisione. Non ricorrendo, invece, gli estremi del *periculum in mora* si attenderà il termine del processo di merito senza rischiare la pronuncia di una misura cautelare che comunque sarebbe lacunosa sul piano del diritto di difesa, come rilevava Pietro Calamandrei.

Le critiche nei confronti della sentenza suddetta erano state causate dalla sottovalutazione delle diverse forme in cui si sarebbe potuto presentare il *periculum in mora* ma anche per la ingiustificata sopravvalutazione delle effettive misure alternative a una tutela cautelare giurisdizionale nel sistema tributario.

10) Segue: la Corte dei Conti

Occorre, quindi, interrogarsi circa la latitudine della giustizia cautelare avanti alla Corte dei Conti dovendosi interrogarsi circa la possibilità anche in tale ambito giurisdizionale di adottare provvedimenti cautelari atipici in particolare nei riguardi della pubblica amministrazione danneggiata.

Se è vero che, in astratto, non sarebbe dato nutrire dubbi circa la possibilità di adottare provvedimenti cautelari contenutisticamente atipici anche in ambito contabile, dovendosi fronteggiare un possibile

²⁹ R. Leonardi, cit., pag. 124

³⁰ Circolare del Ministero delle finanze 23 aprile 1996 n. 98/E

³¹ Comm. Trib. Prov. Padova, 12 giugno 1998, n. 17

³² G. Saccaro, cit., pag. 37

periculum in mora, in materia contabile si sono sviluppati orientamenti contrastanti, dovendosi comunque prendere atto di quello favorevole all'ammissibilità del rimedio ritenendosi ammissibile l'adozione di provvedimento cautelari quali la sospensione o limitazione di efficacia del provvedimento dannoso ovvero l'adozione di altre misure anche inibitorie che evitino o riducano l'incidenza dell'evento dannoso, allorché non comportino l'esercizio di potere discrezionale riservato alla pubblica amministrazione. L'intervento, a tal uopo, del giudice contabile è funzionale a salvaguardare l'interesse di tal fatta nelle more della pronuncia definitiva adottata dal giudice che esercita tali funzioni, che ben può concludersi con la condanna al risarcimento in forma specifica, ossia con una condanna alla rimozione della situazione dannosa.

Tuttavia si registra un diverso orientamento, ben più restrittivo, secondo cui la ricaduta applicativa dell'art. 700 c.p.c. in ambito contabile è da reputare alquanto ristretta se non potenzialmente insussistente, in quanto il *periculum in mora* può essere fronteggiato dalle misure del sequestro conservativo o della ritenuta cautelare.

Rimane un'incertezza di fondo, dovendosi rilevare che si registra un orientamento comunque favorevole alla giustizia cautelare in ambito contabile stante la necessità di impedire ulteriori lesioni dell'integrità finanziaria, tanto più che il danno è suscettibile di aggravamento laddove l'amministrazione sia chiamata ad effettuare diversi pagamenti nel tempo.

Del resto, la stessa giurisprudenza contabile si è espressa in senso contrario all'ammissibilità della tutela cautelare *ante causam* ⁽³³⁾ esprimendo un orientamento che però è stato contraddetto in sede collegiale ⁽³⁴⁾, e comunque la tipologia delle misure di tal fatta è comunque variegata in ambito contabile.

In tale ambito viene, infatti, in evidenza l'istituto del sequestro conservativo, in quanto esperibile *ante causam* ai sensi dell'art. 75, oltre che in corso di causa e durante la pendenza dei termini per l'impugnazione (art. 75) nonché nell'ambito del giudizio di appello (art. 77). Si ritiene, per giunta, utilizzabilità la misura cautelare anche nell'ambito del giudizio di conto tutela delle ragioni erariali, stante la previsione di cui all'art. 148, c. 3, c.g.c. prevedendo che “*Nei giudizi di conto il pubblico ministero esprime il proprio avviso e rassegna le proprie conclusioni nell'interesse della legge e dell'erario [...] nonché adotta ogni provvedimento di sua competenza, anche d'urgenza, a tutela delle ragioni erariali*”. Premesso che l'iniziativa in tal senso spetta al pubblico ministero contabile, il percorso cautelare si sviluppa attraverso una prima fase monocratica inaudita altera parte, di competenza presidenziale, e successivamente una fase in contraddittorio di competenza del giudice designato, che si conclude con ordinanza, ferma restando la reclamabilità di quest'ultima alla sezione regionale, in composizione collegiale. In merito alla configurazione dei requisiti di riconoscimento della misura cautelare la giurisprudenza contabile si è allineata agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza civile con riguardo al sequestro conservativo di cui all'art. 671 c.p.c. di guisa che ai fini della concessione della misura cautelare, è quindi sufficiente un accertamento dei detti elementi fondato sulla mera verosimiglianza o probabilità dell'esistenza del diritto e non già sulla piena dimostrazione del diritto di credito.

11) *La progressiva evoluzione della tutela cautelare in Italia*

Prima di accedere ad ogni approfondimento del tema in epigrafe occorre un'ulteriore riflessione che impone di interrogarsi circa l'evoluzione che ha connotato la tutela cautelare nel nostro territorio nazionale.

Invero, la normativa sul processo amministrativo, a partire dalla legge istitutiva della IV Sezione nel 1889 e a finire con la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali del 1971, ha previsto, come mezzo di tutela cautelare, la sospensione del provvedimento impugnato « per gravi ragioni »”

³³ Ordinanza della Sezione giurisdizionale per la regione Campania 7 marzo 2016, n. 63

³⁴ Ordinanza collegiale n. 154/2016 della Sezione giurisdizionale per la regione Campania

(così l'art. 39 del t.u.l.c.s. del 1924); ove il ricorrente allegghi « danni gravi e irreparabili »; art. 21 u.co. L. 1034/71 sui TAR).

La dottrina ha così messo in evidenza che in una prima fase, connotata dall'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, fino alla 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”* ⁽³⁵⁾.

Se è vero che, con la legge istitutiva dei T.a.r., nel 1971, il legislatore, pur non confermando espressamente il carattere “eccezionale” della sospensione cautelare, ha ribadito la natura meramente sospensiva della misura cautelare si è poi assistito l'ampliamento della gamma di misure cautelari che il giudice amministrativo risulta abilitato a disporre.

La scelta originaria del legislatore, così come appena ricordata nei suoi tratti essenziali, è parsa diretta conseguenza di una considerazione del giudizio amministrativo in termini meramente impugnatori nei confronti di un atto che, in tale ottica, doveva conservare la propria piena efficacia quantomeno fino alla conclusione del giudizio, in quanto espressione della libertà dell'amministrazione e del conseguente carattere autoritario ed imperativo dell'atto medesimo.

Poi, con l'introduzione della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, nel 1971, il legislatore dell'efficacia del provvedimento impugnato, limitandosi ad attribuire al soggetto interessato, che allegghi il pericolo di subire per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato gravi ed irreparabili danni durante il tempo necessario alla definizione del giudizio, la possibilità di chiederne la sospensione, come autonoma azione.

In ogni caso, nella fase storica ora in considerazione, il potere cautelare del giudice amministrativo rimane comunque limitato alla sospensione del provvedimento impugnato, quale riflesso di un sistema di giustizia amministrativa imperniato sulla giurisdizione generale di annullamento, nell'ottica di apprestare una anticipazione, provvisoria, degli effetti della sentenza finale, in un quadro non ancora compromesso per il ricorrente (*re adhuc integra*).

Un fondamentale primo snodo nel senso indicato è dato dalla pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato la illegittimità, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 della nostra Carta fondamentale, e 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, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali “nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, 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”.

Sulla scia della tendenza giurisprudenziale così manifestatasi, il legislatore, con la legge 21 luglio 2000, n. 205, ha effettuato una riforma organica del sistema di tutela cautelare nel processo amministrativo, basandosi proprio sul principio di atipicità ⁽³⁶⁾.

³⁵ Saul Monzani, La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo, “Il diritto dell'economia”, 2021, pag. 130

³⁶ M. Maesano, L'azione cautelare nel processo amministrativo: Natura e presupposti, 2011, il quale aggiunge, in un'ottica restrittiva della fattispecie, che “Nel regime antecedente al codice e alla l. 205/2000 il *fumus* era rimesso all'apprezzamento del giudice. Nel novellato regime il giudice cautelare è chiamato, in sede di adozione dell'ordinanza, a dare seguito ad un esame più approfondito e motivato rispetto al passato. Sicché, l'ordinanza dovrà contenere una motivazione approfondita in ordine al pregiudizio e indicare in maniera chiara i profili che, ad un esame sommario, inducono a ritenere in termini previsionali l'esito del ricorso.

[Digitare qui]

Da ultimo, l'art. 55, comma 1, del vigente Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha confermato sostanzialmente la previsione predetta, e con essa, l'atipicità delle misure cautelari adottabili nel processo amministrativo, con la sola eliminazione del riferimento all'esecuzione dell'atto impugnato o all'inerzia della pubblica amministrazione, tenuto conto che la giurisdizione amministrativa abbraccia ormai non solo l'atto o il comportamento inerte ma, più in generale, come espressamente individuato dall'art. 7, comma 1, del Codice, le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, riguardanti l'esercizio, o il mancato esercizio, anche mediato, del potere amministrativo. Pertanto, la misura cautelare diviene, non più o non solo, una fase incidentale del processo amministrativo, bensì uno snodo fondamentale dello stesso, sia sotto il profilo dell'effettività della tutela in capo al ricorrente, cristallizzando la situazione in attesa della definizione del giudizio di merito o anticipando la decisione stessa (tramite l'adozione di qualsiasi misura atta ad assicurare interinalmente gli effetti della sentenza).

12) *Il ruolo della sospensione*

Non vi è dubbio che la misura cautelare *sub specie* di sospensione del giudizio costituisce un rimedio fondamentale in ambito cautelare nel giudizio amministrativo ⁽³⁷⁾.

Si è però osservato in dottrina ⁽³⁸⁾ che la strumentalità della misura cautelare rispetto alla decisione di merito è stata ritenuta connotarsi sotto due profili e segnatamente sia dal punto di vista strutturale, in quanto gli effetti della misura cautelare sono provvisori, essendo destinati a cessare una volta emessa la sentenza finale, sia dal punto di vista funzionale, osservandosi che la misura in questione, essendo preordinata ad assicurare, interinalmente, gli effetti della decisione di merito, non può produrre effetti diversi o maggiori di quelli ottenibili con quest'ultima.

Ma vi è un'altra esigenza che pure è stata evidenziata da un autore ⁽³⁹⁾ il quale osserva che, il più delle volte, a trasparire maggiormente dalle decisioni dei giudici della cautela è stata la preoccupazione che la sospensione dell'efficacia dell'atto potesse frustrare il raggiungimento dell'obiettivo a cui mirava il provvedimento impugnato. Il rischio è quindi quello che l'accoglimento della domanda cautelare possa ingenerare effetti non transitori ed interinali, come dovrebbe essere, ma, almeno parzialmente, irreversibili.

Ciò che per giunta rileva è la eterogeneità degli interessi in gioco ben potendo la sospensione di un provvedimento amministrativo strumentale anche all'interesse pubblico generale, in particolare quello sotteso alle norme violate, che non sempre coincide con quello particolare della p.A. che ha emanato l'atto e che ha ingiustamente preposto il pubblico interesse particolare di cui essa è affidataria a quello generale ⁽⁴⁰⁾.

Viene, quindi, in evidenza l'esigenza di prestare una particolare attenzione e considerazione non solo alle istanze cautelari, ma anche alla posizione/interessi della p.A. resistente e, comunque, ai diversi interessi pubblici (generali e particolari) coinvolti.

Assume massimo rilievo in tal senso quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 8 del 1982, la quale ha proprio in quest'ottica affermato la necessità del doppio grado di giudizio,

³⁷ A. Travi, Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo), in Dig. disc. pubbl., XIV, Torino, 1999, 372, come «l'istituto della sospensione del provvedimento impugnato rappresent[er]à quindi, nella giustizia amministrativa, non una semplice modalità della tutela cautelare, ma il nucleo centrale e fondamentale di tale tutela»

³⁸ S. Monzani, cit. pag. 133

³⁹ G. Poli, In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo, pagg. 296 e ss.

⁴⁰ M.A. Sandulli, La tutela cautelare nel processo amministrativo, 2009, la quale osserva che la decisione cautelare diventa pertanto un delicato problema di bilanciamento dei diversi interessi, legato alla proporzionalità della misura adottata.

[Digitare qui]

ponendo specificamente l'accento sull'incidenza dell'accoglimento dell'istanza sul pubblico interesse.

Per giunta la CGCE, con l'ordinanza del 29 aprile 2004, ha dichiarato l'incompatibilità comunitaria dell'omessa previsione nel nostro sistema di giustizia amministrativa di una tutela cautelare *ante causam*.

13) *La strumentalità dei provvedimenti cautelari rispetto al giudizio di merito ed i possibili effetti irreversibili*

Si osserva, quindi, in dottrina ⁽⁴¹⁾ che occorre perseguire il raggiungimento di un giusto equilibrio tra contrapposti interessi e che l'evoluzione del quadro normativo del processo amministrativo ha segnato una progressiva attenuazione del principio di strumentalità ⁽⁴²⁾ della tutela cautelare rispetto all'effettività della tutela di merito, sebbene sia stato da tempo coniato il principio, confermato da innumerevoli pronunce dei giudici amministrativi, secondo il quale la tutela cautelare "*non può, di regola, comportare effetti ulteriori rispetto a quelli determinati dall'esito positivo del giudizio di merito*" (tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791) ⁽⁴³⁾.

In tale contesto appunto evolutivo viene in evidenza il nuovo art. 21 della legge T.a.r., come novellato dalla l. n. 205 del 2000, il quale denota una significativa attenuazione del limite della irreversibilità, sostituito dalla previsione della cauzione, corrispondente al modello adottato dalla Commissione CE per la riscossione delle ammende. La formulazione della norma, facendo riferimento alla strumentalità/interinalità della cautela rispetto agli "effetti della decisione sul ricorso", è stata intesa dalla dottrina più autorevole ⁽⁴⁴⁾ come riferito anche al giudizio di ottemperanza, aprendo perciò lo spazio anche a misure sostitutive-ordinatorie.

Si è affermato così in dottrina ⁽⁴⁵⁾ che, con l'ammissione delle misure cautelari atipiche, l'asse della tutela si sposta dal provvedimento da sospendere alla sentenza da emanare, con la conseguenza che risulta sempre più possibile produrre effetti irreversibili, che non possono più essere travolti dall'esito negativo del giudizio di merito. Si fa l'esempio degli accertamenti sanitari presupposti al riconoscimento di una causa di servizio o della dispensa da servizio militare, ma soprattutto quelli degli esami di avvocato o delle prove di preselezione ai concorsi notarili/magistratura.

In tale contesto si colloca la riflessione di chi ⁽⁴⁶⁾ osserva che la tutela cautelare costituisce un caso, sia pur non legislativamente definito, di giurisdizione estesa al merito.

E' dato, quindi, prendere atto della progressiva evoluzione della tutela cautelare nel diritto amministrativo tanto da risultare sempre più associabile a quella propria del diritto civile, tanto che la soddisfazione dell'interesse dell'individuo deve essere ancorato all'autorità della legge anziché a quella del potere cosicché si è assistito al progressivo allineamento della tutela cautelare nel processo amministrativo al modello processual-civilistico ⁽⁴⁷⁾.

⁴¹ M. A. Sandulli, cit.

⁴² Sul tema: A. Pavan, La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo, Teoria e pratica del diritto, 2010, pag. 40, laddove osserva che la strumentalità è sia strutturale, trattandosi di provvedimenti necessariamente provvisori, sia funzionale "nel senso che la misura cautelare non dovrebbe attribuire un bene della vita ulteriore o diverso da quello ottenibile con la sentenza.

⁴³ In tema, P. Calamandrei, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, CEDAM, 1936, 21 ss., secondo cui "la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia», è stata superata dalla dottrina moderna, al cui cospetto l'idea che il provvedimento cautelare perdesse ogni scopo in caso di mancata pronuncia del provvedimento principale, già all'epoca «risultava opinabile, quanto meno nei casi di misure pienamente soddisfatti»

⁴⁴ A. Romano, Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito, 1985

⁴⁵ F. Satta, I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione, in www.giustamm.it

⁴⁶ A. Romano, cit.

⁴⁷ G. Poli, cit. pag. 308

In tale contesto evolutivo non si può però fare a meno di valorizzare il principio di strumentalità delle tutele cautelari, risultando “irrinunciabile” ⁽⁴⁸⁾ almeno fino a quando non si sviluppi una reale struttura bifasica del processo, cautelare e di merito.

14) *La tutela cautelare tra interesse oppositivo ed interesse pretensivo*

La tutela cautelare nel giudizio amministrativo è destinata ad assumere una dinamica peculiare a seconda dell’interesse sotteso al gravame secondo la distinzione tipica degli interessi legittimi in base alla natura oppositiva ovvero pretensiva. Viene in considerazione il contrasto tra l’interesse del ricorrente e quello dei suoi legittimi contraddittori, ma anche tra i diversi interessi pubblici coinvolti. Si osserva, infatti, in dottrina ⁽⁴⁹⁾ che se nel primo caso l’interesse può essere inteso ad evitare che l’autorità agisca, ad esempio sottraendo la proprietà di un immobile, infliggendo una sanzione pecuniaria o destituendo il dipendente dal pubblico impiego, nel caso dell’interesse legittimo pretensivo, emerge l’interesse a che l’autorità provveda sulla domanda volta ad ottenere una utilità — una domanda di autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione.

Il problema è che l’annullamento giurisdizionale di un interesse pretensivo non è di per sé soddisfacente richiedendo una attività ulteriore della pubblica amministrazione. Tale circostanza è destinata ad avere riflessi sulla dinamica del giudizio cautelare imponendosi la necessità di assicurare necessaria tutela alla parte che invoca il rilascio di atto amministrativo in grado di soddisfare il suo interesse.

Di tale esigenza si è avveduto il legislatore statuendo così che la tutela cautelare è attuata a mezzo di misure «che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso» per ovviare al «pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione» (art. 55). È sostanzialmente la formula dell’art. 700 del cod. proc. Civ. che viene estesa al processo amministrativo.

Si osserva, infatti, in dottrina ⁽⁵⁰⁾, che proprio l’applicazione di tale norma “ha dimostrato come nel diritto vivente la tutela cautelare sia andata plasmandosi a immagine e somiglianza del tipo di diritto (o situazione soggettiva minore) chiamato in causa, fino a legittimare l’adozione di misure non soltanto conservative, ma finanche anticipatorie della decisione di merito e, talvolta, attributive di vantaggi maggiori di quelli ottenibili dalla sentenza”.

Se è vero che il diritto civile rapporta il criterio della strumentalità, quale argine alla discrezionalità del giudice nell’ideare il contenuto concreto della misura, non più tanto alla futura sentenza di merito, quanto al contenuto del diritto cautelato, si è innescata una evoluzione della tutela cautelare che è stata recepita anche dal Codice del processo amministrativo, avendo a sua volta conferito alla tutela cautelare amministrativa una natura c.d. “atipica”, nel senso che il Giudice può adottare la misura più adeguata alla tutela dell’interesse legittimo o diritto soggettivo azionato e, dunque, non solo e non necessariamente la sospensione (ad esempio, il pagamento di somme di denaro).

Viene così meno la tradizionale distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo tanto che questo è in grado di ricomprendere i diritti vantati dal privato nei confronti di chi esercita un pubblico potere ⁽⁵¹⁾

15) *L’irreversibilità della tutela cautelare e l’istituto della cauzione*

Non si può escludere che, a fronte della fisiologica interinalità della tutela cautelare, si ponga l’eventualità che quest’ultima produca “effetti irreversibili”.

⁴⁸ R. Leonardi, cit., pag. 73

⁴⁹ G. Corso,

⁵⁰ G. Poli, cit., pag. 300

⁵¹ G. Poli, cit. pag. 307, il quale rammenta un originale orientamento del Consiglio di Stato (sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), secondo cui, come nel rapporto tra privati, anche in quello con la pubblica amministrazione è dato configurare un diritto soggettivo.

[Digitare qui]

Bisogna precisare l'alveo applicativo della relativa previsione normativa, in quanto se è vero che il c.p.a. prevede che, per ogni procedimento cautelare, il giudice possa disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la decisione sulla misura cautelare è vero anche che, nel caso di cautela collegiale, "La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale" ⁽⁵²⁾.

Ebbene, si osserva in dottrina che "a causa dei peculiari interessi in gioco nel processo amministrativo, l'istituto della cauzione ha trovato, tuttavia, scarsa applicazione pratica, soprattutto in considerazione del fatto che il pregiudizio arrecato all'interesse pubblico dalla sospensione di un provvedimento amministrativo è spesso ben più gravoso di quello garantibile con tale strumento" ⁽⁵³⁾. Deve, quindi, concludersi sul punto nel senso che l'orientamento complessivo del legislatore sia nel senso di escludere che la misura cautelare sia idonea a produrre effetti irreversibili rappresentando un mero incidente nel giudizio principale avente natura interinale, cioè provvisoria, quindi ontologicamente inidonea a produrre effetti stabili.

16) *L'incidenza della CEDU e del PNRR*

Per quanto riguarda la CEDU il primo profilo che viene in evidenza è il principio di effettività della tutela (artt. 6 e 13 CEDU), che impone all'ordinamento italiano di garantire misure provvisorie adeguate per evitare danni irreparabili alle posizioni giuridiche in attesa della decisione di merito.

Inoltre viene in evidenza il vincolo di effettività in base al quale la Corte EDU esige che la tutela giurisdizionale sia "effettiva" e non solo teorica. Tale esigenza ha influenzato il processo amministrativo al fine di giungere ad un ampliamento e ad una maggiore flessibilità della tutela cautelare. Si è avvertita cioè l'esigenza di neutralizzare il periculum in mora, conseguente al significativo protrarsi del processo amministrativo. Inoltre viene in considerazione l'art. 6 CEDU, che garantisce il diritto a una decisione in tempi ragionevoli, ed il principio della Full Jurisdiction in quanto, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, si impone un sindacato giurisdizionale "pieno" e penetrante da parte del giudice amministrativo tale da incidere anche sull'estensione dei poteri cognitivi e cautelari del giudice stesso.

L'influenza della Corte CEDU sulla giustizia amministrativa ha assunto peraltro connotati ampi ed articolati ⁽⁵⁴⁾ tali da riflettersi sulla stessa secondo una indeclinabile esigenza di effettività della giustizia.

Opposta incidenza è data, invece, riconoscere al PNRR stante l'esigenza ad esso sottesa di imporre una notevole accelerazione del processo secondo termini processuali abbreviati e stringenti. Di qui la perdita di efficacia della misura cautelare, anche se propulsiva, nei giudizi relativi a procedure su fondi PNRR se l'udienza di merito non si svolge entro i termini previsti e non viene fissata tempestivamente.

A ciò deve aggiungersi che il giudice deve motivare espressamente sulla compatibilità della misura cautelare con il rispetto dei tempi dettati dal PNRR. Il tutto nell'ambito di una significativa riduzione dei termini processuali, fino al dimezzamento, prevista dall'art. 119 del Codice del Processo Amministrativo (Rito super-accelerato).

17) *Il Covid 19 e la sua refluenza sulla giustizia cautelare*

⁵² M.R. Calderaro, cit., il quale evidenzia che "La concessione o il diniego di misura cautelare non può essere subordinata a cauzione allorquando la domanda cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale".

⁵³ S. Saliola, La tutela cautelare nel processo amministrativo con particolare riguardo al limite della non irreversibilità e interinalità, in *Salvis Juribus*, 2015, par.3.5

⁵⁴ Maria Laura Maddalena, Luca Monteferrante, La giustizia amministrativa in dialogo con la Corte EDU, 2012

Non vi è dubbio che l'emergenza Covid 19 abbia inciso fortemente su certi equilibri socio-giuridici ed ha finito per impattare anche in ambito amministrativo, tanto che si è discusso del c.d. processo amministrativo emergenziale, che si è sviluppato in tre fasi:

- la Fase 1 (dall'8 marzo 2020 al 15 aprile 2020);
- la Fase 2 (dal 6 aprile 2020 al 15 aprile 2020);
- la Fase 3 (dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020).

Di queste tre fasi assume particolare rilievo, in ottica cautelare, la prima in quanto connotata dal blocco di tutte le udienze (pubbliche e camerali), rinviate d'ufficio, eccezion fatta per le domande cautelari sui ricorsi fissati nel primo dei suddetti tre periodi, le quali sono state decise con decreto cautelare monocratico ex art. 56 del CPA, al di fuori delle ordinarie ipotesi in cui è possibile fare ricorso al provvedimento presidenziale.

In questo contesto, la decisione monocratica si è sostituita quindi a quella collegiale, da fissarsi comunque in una camera di consiglio dal 6 aprile al 15 aprile 2020, in caso di decreto di accoglimento totale o parziale, o dopo il 15 aprile 2020 negli altri casi.

Di qui la peculiarità di tale connotato processuale, caratterizzato dalla valorizzazione della tutela cautelare, suscettibile di essere assicurata anche mediante decreto monocratico.

Da ciò è dato inferire che l'effetto negativo prodotto dalla pandemia da Covid-19 è stata opportunamente neutralizzata proprio nell'ambito della giustizia amministrativa, e pertanto a differenza di quella civile e penale.

Tale forma di adeguamento funzionale ha potuto esplicarsi attraverso la digitalizzazione del processo, tale da assicurare il giusto bilanciamento tra tutela della sicurezza sanitaria ed esigenza di continuità della funzione giurisdizionale, e ciò a differenza dei predetti diversi ambiti processuali, nei quali le prove scritte non hanno, di regola, lo stesso peso.

Non mancano, tuttavia, i risvolti negativi prodotti dalla pandemia da Covid-19, stante la più evidente potenziale contrapposizione "tra interessi pubblici, nella specie legati alla tutela della salute collettiva per prevenire o quantomeno contenere la diffusione della pandemia, ed interessi dei singoli, in particolare degli operatori economici fortemente limitati nelle loro attività produttive, si è realizzata in maniera netta e probabilmente drammatica come mai sinora" ⁽⁵⁵⁾.

18) Un caso particolare di comparazione degli interessi: le procedure di affidamento delle infrastrutture strategiche

Viene in considerazione l'art. 125 del codice del processo amministrativo, ed in particolare il secondo comma, che così statuisce: "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure."

e della disciplina prevista per le controversie concernenti le procedure di affidamento delle infrastrutture strategiche e delle c.d. grandi opere.

⁵⁵ M.R. Calderaro, cit., il quale (pag. 107) pone in evidenza un'ordinanza cautelare del T.a.r. Lazio risalente al 2020 che, nell'affrontare la tematica concernente la sospensione disposta dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli delle attività di gioco pubblico, ha preso atto della particolare complessità della valutazione del *periculum in mora*, dovendosi tenere conto, da un lato, dell'esigenza dello Stato di evitare assembramenti in luoghi come le tabaccherie e le edicole che possono costituire fonte, visto il contatto ravvicinato tra le persone, di una diffusione del virus, e dall'altro, dell'interesse particolare dei titolari delle relative attività all'erogazione di un servizio in un settore che non solo è particolarmente remunerativo per questi ma che genera entrate anche per le casse dello Stato.

Si osserva, quindi, in dottrina ⁽⁵⁶⁾ che il legislatore in tal modo previsto che, in queste particolari tipologie di giudizio, in sede di pronunzia del provvedimento cautelare, si deve tenere conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

La disposizione replica in modo sostanzialmente analogo quanto era stato già previsto dall'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, di attuazione della l. 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, ovvero la c.d. legge obiettivo

19) *Il giudizio cautelare nel giudizio amministrativo: il rapporto tra fumus e danno*

Il giudizio cautelare in diritto amministrativo risente di una forte evoluzione dell'ordinamento giuridico, in particolare ove si voglia confrontare la disciplina risalente al 1889, costituita da due soli commi, con i tredici dell'art. 55 e i cinque dell'art. 56 del Codice del Processo Amministrativo. Volendo tenere conto dei rispettivi contesti lessicali è dato rilevare che si è passati a 973 parole e 6000 caratteri in luogo delle 32 parole e 200 caratteri di fine '800.

Dagli orientamenti giurisprudenziali emerge la necessità che non solo il pregiudizio sia individuato in modo preciso e specifico, determinando, in caso contrario, il rigetto della domanda, ma anche che emerga la gravità e l'urgenza, considerato che la richiesta formulata ai sensi dell'art. 56 c.p.a. costituisce una misura di carattere eccezionale che deroga alla trattazione in sede collegiale della domanda cautelare, la quale costituisce, secondo il codice di rito, la sede naturale per la sua deliberazione.

In realtà la tutela ha risentito di una progressiva valorizzazione tanto da perdere le caratteristiche di un mero strumento accessorio come traspare dall'art. 55, comma 10, c.p.a. che prevede la possibilità per il Tribunale di fissare in sede cautelare e con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito qualora le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito o dall'art. 60 c.p.a. ("definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare"), utilizzato sempre di più dalla giurisprudenza quale strumento di accelerazione del processo ⁽⁵⁷⁾.

Stante la necessità, almeno in linea di principio, della positiva valutazione in ordine sia al *fumus boni iuris* sia al danno grave e irreparabile, per il primo profilo occorre verificare quali siano le conseguenze sullo stesso derivanti dalla sollevazione di una questione di legittimità costituzionale. Si osserva al riguardo in dottrina ⁽⁵⁸⁾ che essa può essere giustificata da un mero dubbio sulla legittimità costituzionale della legge applicata dall'amministrazione e la concessione della misura cautelare comporta, a sua volta, la non applicazione della legge ordinaria rispetto al caso concreto.

Va poi evidenziato che, come da preciso orientamento giurisprudenziale amministrativo, si impone la necessità di verificare la sussistenza di due requisiti preliminari del ricorso quali l'ammissibilità e la ricevibilità dello stesso, di modo che un esito negativo escluderebbe la concessione della misura cautelare nei limiti in cui tali profili si presentassero in maniera chiara ed evidente.

Viene, quindi, in considerazione il *periculum in mora* quale pregiudizio grave e irreparabile conseguente all'esecuzione dell'atto impugnato, per giunta connotato dal requisito dell'immediatezza così come previsto dall'art. 55 del codice ed interpretato dalla giurisprudenza.

⁵⁶ M.R. Calderaro, cit. pag. 79.

⁵⁷ Di minore impatto, stante la sua eccezionalità, è l'istituto di cui all'art. 61 c.p.a., che consente di chiedere al giudice di esercitare poteri cautelari prima ancora della proposizione del ricorso di merito e della relativa domanda cautelare (c.d. misura cautelare *ante causam*).

⁵⁸ A. Travi, Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale, in Giur. cost., 2014, 3249

Orbene, la ricostruzione del quadro normativo impone la necessaria sussistenza di entrambi i profili ai fini della concessione della misura cautelare e la valutazione sulla esistenza del *fumus* è logicamente anteriore rispetto a quella sul *periculum in mora* ⁽⁵⁹⁾.

Pur a fronte di tale ricostruzione del quadro normativo di riferimento, occorre rilevare non è per nulla raro che il giudice amministrativo sospenda 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, anche eventualmente nell'ottica della necessaria comparazione degli interessi in gioco ⁽⁶⁰⁾.

Si registra, quindi, una precisa tendenza del giudice amministrativo nel senso di non indulgere in una mera valutazione astratta circa il pregiudizio grave che potrebbe il ricorrente subire, ma anche, in un'ottica comparativa, una valutazione circa la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati in gioco.

Tale approccio alla materia cautelare è senz'altro meritevole di favorevole apprezzamento, anche perché tradisce un approccio alla materia non meramente sommario; occorre però comprendere se la comparazione degli interessi è, come nel caso appena descritto, un elemento di valutazione del *periculum* o se assurge ad ulteriore presupposto processuale che il giudice deve valutare per accordare o meno la tutela cautelare richiesta.

Secondo il primo approccio interpretativo si registra un consolidato orientamento del Consiglio di Stato, che, nell'accogliere gli appelli cautelari, ha valutato l'elemento del pregiudizio grave ed irreparabile subito dal ricorrente sempre facendo riferimento ad un'attenta comparazione tra l'interesse del privato ad ottenere una sospensione del provvedimento impugnato e quello dell'amministrazione a non subire un danno dalla mancata esecuzione dello stesso. La verifica circa la sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile è, pertanto, frutto di una valutazione comparativa degli interessi in gioco.

Ebbene, si osserva in dottrina ⁽⁶¹⁾ che dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale, anche laddove si intervenga con un provvedimento presidenziale. Fermo restando che il mero riferimento alla generica prevalenza dell'interesse pubblico su quello del ricorrente non sembra avere piena attitudine motivazionale.

Si può, quindi, affermare, effettuata la sintetica ricognizione della disciplina complessiva che interessa la materia cautelare, che la relativa tutela, che il Codice disciplina agli articoli 55-62, riveste un ruolo fondamentale ai fini dell'attuazione dei principi, di derivazione costituzionale e sovranazionale (CEDU e Carta di Nizza), dell'effettività della tutela e del giusto processo, sanciti agli artt. 1 e 2 c.p.a. La tutela cautelare tende a garantire una protezione rapida che non leda tuttavia le esigenze istruttorie e la pienezza del contraddittorio. Culmina con una decisione assunta a cognizione necessariamente sommaria, che non deve comportare effetti irreversibili, né influenzare il giudizio di merito a cognizione piena che potrebbe legittimamente disattendere quando statuito in sede cautelare.

⁵⁹ M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012, 113, 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”.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. V, ord. 24 marzo 2023, n. 1160: “considerato che le censure dedotte con l'appello non appaiono del tutto sprovviste di *fumus boni iuris* e necessitano di un approfondito vaglio nella trattazione del merito; che è dominante, nel caso di specie, il profilo del *periculum in mora*, data la notevole incidenza sull'attività dell'amministrazione comunale che deriverebbe dall'esecuzione della sentenza appellata”.

⁶¹ Verificare autore

[Digitare qui]

20) *La refluenza sulla giustizia cautelare del codice del processo amministrativo*

Trattasi di un tema che andrebbe affrontato ripercorrendo nel dettaglio la disciplina di riferimento. E' comunque il caso, in estrema sintesi, di precisare che la tutela cautelare nel Codice del Processo Amministrativo (CPA) si connota per il fatto che la fase d'urgenza tende a condizionare, e talvolta a sostituire, l'intera decisione di merito. A tale risultato il legislatore è approdato facendo leva sul principio di effettività della tutela e su istituti codicistici specifici, come la sentenza in forma semplificata.

Vengono, in particolare, in evidenza due norme ed *in primis* l'art. 60 CPA, che consente al collegio, in sede di discussione dell'istanza cautelare, di definire immediatamente il giudizio nel merito mediante una sentenza in forma semplificata. Tale disciplina sottende un'esigenza particolarmente avvertita dal legislatore negli ultimi anni, che è quella di assicurare una certa rapidità nella definizione del giudizio, a fronte dei notevoli ritardi avvertiti in epoca passata.

Di qui la ulteriore previsione di cui all'art. 55 CPA che prevede l'anticipazione della decisione, in quanto, laddove il giudice ritenga che le esigenze del ricorrente possano essere tutelate con una sollecita definizione del giudizio, può fissare direttamente l'udienza di merito a breve invece di concedere la misura cautelare.

In dottrina ⁽⁶²⁾, si osserva, tuttavia, come il codice abbia voluto riaffermare i caratteri propri delle misure cautelari differenziandole in modo chiaro dai provvedimenti a carattere sommario e arginando la tendenza giurisprudenziale a fare della tutela cautelare uno strumento attraverso il quale imporre una soluzione abbreviata del giudizio.

21) *Il potere cautelare mediante decreto monocratico*

Un problema che è stato affrontato in dottrina ⁽⁶³⁾, facendo leva su un peculiare decreto cautelare monocratico risalente al 5 gennaio 2005, è quello relativo alla proponibilità, innanzi al Presidente dell'organo giurisdizionale (o di una sua Sezione), di una istanza di revoca avente ad oggetto il decreto già adottato, in prima battuta, *inaudita altera parte*.

A tal riguardo si sostiene che non sarebbe consentito alla parte svantaggiata dalla misura interinale di adire nuovamente la sede monocratica con un'istanza di revoca, essendo il termine finale di efficacia del decreto provvisorio fissato al *dies* del vaglio collegiale nella prima Camera di Consiglio utile, con conseguente sostanziale "consumazione" del potere presidenziale. In tal senso si è espresso il decreto presidenziale de quo, osservando che l'istanza di revoca si fondava sull'assenza di contraddittorio per mancanza di notifica all'amministrazione ed al controinteressato.

Nel decreto presidenziale in esame si osserva che il motivo sul quale è fondata l'istanza di revoca, ovverosia l'assenza di contraddittorio per mancanza di notifica all'amministrazione ed al controinteressato, costituisce un motivo "concomitante" e non "sopravvenuto" rispetto all'istanza cautelare. Si osserva, al riguardo, che la legge menziona la 'separata istanza' ed, in particolare, la legge per cui non ha inteso introdurre una forma di tutela *ante causam*, ma riferirsi ad una istanza comunque assoggettata a notifica e depositata successivamente al ricorso introduttivo del giudizio pendente.

Altro autore ⁽⁶⁴⁾ rammenta la sentenza della Corte costituzionale che, esprimendosi in ordine all'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, ne ha dichiarato la illegittimità, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 della Carta fondamentale, "nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie

⁶² F. Goisis, Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo, in diritto processuale amministrativo, 2008

⁶³ S. Tarullo, Luci ed ombre in tema di tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo, 2005

⁶⁴ S. Monzani, cit., pag. 130

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".

Si osserva poi che anche la giurisprudenza euro-unitaria ha contribuito all'ampliamento del novero dei rimedi di natura cautelare che il giudice è abilitato a riconoscere in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale, avendo la Corte di giustizia da tempo riconosciuto la necessità che il giudice nazionale disapplichì le leggi nazionali che gli impediscano di emettere i provvedimenti provvisori di natura cautelare necessari a garantire la tutela di diritti fondati sulle norme europee, in vista di una piena efficacia satisfattiva della decisione finale di merito.

Ad ogni modo la tutela cautelare monocratica è consacrata dall'art. 56 del Codice del processo amministrativo contemplando il decreto presidenziale monocratico al fine di disporre misure cautelari provvisorie in caso di "estrema gravità ed urgenza" tale da non consentire neppure la dilazione fino alla trattazione collegiale della domanda cautelare in camera di consiglio.

Tale disciplina segna anche un percorso evolutivo non contemplando più, a differenza dell'ordinamento previgente, di emettere il decreto presidenziale "anche in assenza di contraddittorio", prevedendo la necessaria notificazione del ricorso tanto che il presidente o il magistrato dal lui designato sono tenuti a verificare, prima di emettere il decreto, che essa si sia regolarmente perfezionata "nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati". Residua tuttavia la possibilità di intervenire comunque a fini cautelari ove l'esigenza sottesa alla relativa domanda sia tanto urgente da non consentire l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente. In tal caso il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca. Inoltre, ove ritenuto necessario, fuori udienza e senza formalità, può sentire, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto.

Circa la latitudine applicativa del decreto cautelare monocratico non si può non segnalare l'intervento normativo attuatosi per fronteggiare l'emergenza Covid mediante la disciplina di cui all'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 quale tutela cautelare derogatoria con tratti peculiari rispetto a quella contemplata dall'art. 56 c.p.a. Si osserva sul punto, infatti ⁽⁶⁵⁾, che, a differenza del decreto monocratico ex art. 56 c.p.a., che si fonda sull'apprezzamento della "estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", la tutela cautelare derogatoria postula la valutazione della sussistenza di "un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario alla decisione del ricorso" ed implica pertanto la valutazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Ebbene, il decreto cautelare speciale non può non avere anche effetti, oltre che strumentali e interinali, in qualche modo anticipatori della medesima tutela cautelare collegiale che dovrà essere comunque resa cosicché occorre che detti effetti non siano assolutamente "irreversibili" e tali da compromettere o pregiudicare cioè l'esercizio del potere cautelare da parte del collegio nell'udienza camerale appositamente indicata per la trattazione.

L'istituto del decreto cautelare monocratico impone talune ulteriori riflessioni che inducono innanzitutto a rilevare che il relativo decreto presidenziale riveste una funzione strumentale rispetto alla fase cautelare collegiale, sulla falsariga del rapporto che viene a sussistere tra ordinanza collegiale e decisione di merito. Questo, tuttavia, non esclude, ove, in particolare, sia decorso un significativo lasso di tempo, che il decreto monocratico possa avere consolidato un assetto di interessi già di per sé satisfattivo degli interessi del ricorrente così da doversi escludere l'impugnabilità di tale provvedimento.

⁶⁵ C. Saltelli, Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18, 24 marzo 2020, che, con acute osservazioni, evidenzia come tale disciplina abbia inciso in maniera significativa sulla materia tanto da assumere i connotati di una tutela cautelare "speciale" (cfr. pag. 3).

Va poi osservato che l'art. 56 non dispone espressamente la necessità di evidenziare, in sede di adozione del provvedimento cautelare monocratico, i “profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso” (c.d. *fumus boni juris*), come invece testualmente previsto all'art. 55 in tema di misure cautelari collegiali.

Ebbene, tale elemento differenziale può reputarsi privo di ricaduta pratica, in quanto si ritiene che il decreto debba essere “motivato”, non solo in punto di “estrema gravità ed urgenza” (*periculum in mora*), ma anche in punto di verosimile accoglibilità del ricorso.

Per vero, anche in ordine alla valutazione del *periculum* si ritiene ⁽⁶⁶⁾ che, nel caso del giudizio monocratico la valutazione è condizionata, in massima parte, dall'eccezionalità della fattispecie e dell'utilità garantiva al ricorrente invece che al tempo che può intercorrere fino alla definizione del merito della vicenda.

Va infine evidenziato che, sempre per espressa previsione codicistica, la misura cautelare *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa.

22) L'appellabilità del decreto cautelare monocratico

Questo tema può sembrare, *prima facie*, del tutto privo di rilievo problematico stante la non impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, data la loro “ontologica” provvisorietà in vista della pronuncia collegiale da cui è destinato ad essere assorbito.

Eppure, come si osserva in dottrina ⁽⁶⁷⁾, si registra un preciso orientamento giurisprudenziale secondo cui va ritenuto ammissibile l'appello avverso il provvedimento monocratico di primo grado “quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello – la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del T.A.R. in sede collegiale” ⁽⁶⁸⁾.

Su questo tema si registrano, tuttavia, opinioni dissonanti in giurisprudenza, tendendo comunque a prevalere la tesi della non impugnabilità del provvedimento cautelare monocratico, con conseguente improcedibilità dell'appello eventualmente proposto in tal senso. Ciò in considerazione del fatto che il predetto provvedimento è suscettibile di revisione nello stesso grado o con lo stesso mezzo od in occasione della conseguente collegiale camera di consiglio. Non sarebbe, quindi, suscettibile di

⁶⁶ A. Pavan, La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo, pag. 127, secondo cui la tutela cautelare monocratica non può prescindere dalla valutazione del *fumus boni juris* e soggiunge che “la disciplina del decreto presidenziale sarà invocabile anche in sede d'appello, tanto in caso di appello contro un'ordinanza cautelare, quanto in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata ex art. 98, Codice del processo amministrativo” (cfr. pagg. 131-132). Soggiunge poi che il TAR competente è quello investito del merito della controversia e che la domanda non può essere esaminata se il ricorrente non provvede alla notificazione alle controparti sia pure a mezzo fax, fermo restando che, a norma dell'art. 56, comma 2, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca, anche quando non risulti il perfezionamento delle notificazioni

⁶⁷ S. Monzani; vedi anche F. Saitta, il quale osserva che “nonostante l'art. 56, comma 2, c.p.a. parli a chiare lettere di “decreto cautelare non impugnabile” e il successivo art. 62, comma 1, ammetta l'appello (solo) “contro le ordinanze cautelari”, da qualche tempo si è affermato un orientamento giurisprudenziale che ammette l'appello avverso il decreto cautelare. Si tratta di pronunce che hanno assegnato un valore “relativo” alle prescrizioni processuali, leggendole alla luce del principio di effettività della tutela, che nella specie si concretizzerebbe nel principio del doppio grado di giudizio al fine di rafforzare in senso effettivo la giustiziabilità del potere amministrativo

⁶⁸ Tale iniziativa impugnatoria ha una latitudine applicativa limitata, in quanto riguarda i “soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del TAR produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita”, il quale “corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato”.

[Digitare qui]

impugnazione tanto che è stato pronunciato il “non luogo a provvedere” sull’appello, essendo quest’ultimo riferibile solo ad una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale.

Il tema denota una certa incertezza in quanto riflette una diversa interpretazione da parte della giurisprudenza dei principi costituzionali in tema di diritto di difesa e di effettività della tutela (artt. 24 e 113 Cost.), con particolare riferimento ai principi di indefettibilità della tutela cautelare in ogni fase e grado del processo nonché del doppio grado di giudizio nella giurisdizione amministrativa (art. 125 Cost.), declinato anche con riferimento alla fase cautelare del processo.

Il dibattito era stato peraltro innescato da alcune pronunce dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ora ha ritenuto che è da reputare impugnabile qualsiasi provvedimento giurisdizionale che sia suscettibile di essere risolutivo di una controversia ora ha sostenuto la tesi dell’applicabilità del doppio grado di giudizio anche rispetto alla fase cautelare del processo amministrativo alla luce dell’orientamento della Consulta secondo cui il principio del doppio grado di giurisdizione trova una rilevanza costituzionale nel disposto di cui all’art. 125 della Carta fondamentale. Non si può del resto escludere anche in sede monocratica può profilarsi una decisione sul merito del ricorso così da condizionare la successiva pronuncia collegiale. Si pensi al caso in cui l’emergenza, nelle more della fissazione della camera di consiglio, sia venuta meno oppure in cui gli effetti decisori prodotti dalla decisione cautelare monocratica siano chiaramente irreversibili.

Di qui la tesi del citato autore, secondo cui l’esigenza di rinvenire un bilanciamento tra contrapposti interessi può essere soddisfatta ammettendo “l’impugnabilità dei provvedimenti cautelari monocratici aventi valore sostanzialmente decisorio quando si tratti di evitare un danno irreversibile alla sfera giuridica del ricorrente nelle more della valutazione collegiale in sede cautelare di primo grado”. Se questa è una strada percorribile si dovrebbe tuttavia soddisfare anche un’esigenza di bilanciamento dei contrapposti interessi prevedendo la facoltà di disporre una cauzione e di un, sia pure limitato, contraddittorio.

Ove, invece, si accedesse alla configurazione dell’intervento cautelare monocratico quale mero strumento provvisorio e interinale, la conseguenza sarebbe quella di escludere l’impugnabilità in sede di appello, anche allo scopo di evitare complicati “intrecci” di giudizio tra primo e secondo grado.

E’ di tutta evidenza che propendere per la tesi dell’impugnabilità del decreto monocratico implica la necessità che la decisione d’appello deve poter intervenire prima che il collegio sia chiamato a pronunciarsi in primo grado. Si è, infatti, rilevato che il Presidente della Sezione del Consiglio di Stato, o il magistrato delegato, se ritiene di accogliere l’appello e di riformare il decreto impugnato, emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile, e che comunque perde effetti quando il TAR esamina la domanda cautelare nella ordinaria sede collegiale. Ciò posto, resta fermo il fatto che quest’ultimo, ove ritenesse di non condividere il decreto reso in sede d’appello (anche se, in ipotesi, “confermato” dall’ordinanza del Consiglio di Stato in sede collegiale nella relativa peculiare fase incidentale), è legittimato a decidere la domanda cautelare posta al suo esame con la pienezza dei propri poteri.

Rimane il dubbio circa l’ammissibilità di un approccio interpretativo di tipo estensivo, che risulta però in contrasto evidente con l’art. 56, comma 2, c.p.a., che non offre spazi per tentare interpretazioni sistematiche o costituzionalmente orientate, potendosi al più sollevare una questione di legittimità costituzionale. Si potrebbe ipotizzare, infatti, un contrasto con il precetto costituzionale del giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1), stante l’inopportuno richiamo ai principi di pienezza ed effettività della tutela.

A voler accedere ad una ricostruzione del tema facendo leva sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa si osserva in dottrina⁽⁶⁹⁾ che al riguardo se ne registra uno più restrittivo, appunto basato su un’interpretazione letterale della norma di cui all’art. 56, comma 2, c.p.a. che parla unicamente di decreto motivato non impugnabile, ed un altro invece più estensivo, basato su di un’interpretazione logico-sistematica, nonché costituzionalmente orientata, al fine di garantire ogni

⁶⁹ V. Fanti, L'appellabilità del decreto cautelare monocratico nel processo amministrativo, Giustamm, 2021, pag. 1
[Digitare qui]

possibile forma di tutela, senza limitazioni o restrizioni che non siano giustificate da disposizioni di rilevanza costituzionale.

Se il primo orientamento è quello per così dire scontato, siccome suffragato dal quadro normativo di riferimento, l'altro orientamento, minoritario, ammette l'appellabilità del decreto presidenziale monocratico esclusivamente quando vi siano motivi di estrema gravità ed urgenza tali da rendere irreversibile, per il caso di mancata adozione di una misura monocratica in sede d'appello, la situazione di fatto, nelle more della camera di consiglio utile per l'esame dell'istanza cautelare collegiale da parte del giudice amministrativo di primo grado ⁽⁷⁰⁾.

Premesso che la formula dell'art. 62, c.p.a., in uno all'art. 56, comma 2, lascia intendere che il decreto cautelare monocratico non sia impugnabile, tale disciplina sembra riflettere precise ragioni giustificative e che traggono fondamento "oltre che nell'esigua efficacia temporale degli stessi, nel voler evitare che vi possa essere un incrocio tra provvedimenti cautelari monocratici in appello e decisioni collegiali in primo grado, e che tale situazione possa, in qualche modo, influire "sulla serenità della determinazione del Tar" ⁽⁷¹⁾.

Tuttavia, si è ritenuto che, qualora il provvedimento d'appello sul decreto monocratico intervenga prima che il collegio sia chiamato a pronunciarsi in primo grado, evitando così "questo pericoloso intreccio", l'appello potrebbe essere pacificamente consentito.

A questo punto occorre chiedersi se sia o meno precluso alle controparti (svantaggiate dalla misura interinale) di adire nuovamente la sede monocratica con un'istanza di revoca e se è necessaria o meno la notifica.

Ebbene la risposta non può che essere affermativa, in quanto l'articolo 56, comma 4, del Codice del Processo Amministrativo stabilisce espressamente che il decreto presidenziale è sempre revocabile o modificabile finché conserva la sua efficacia. Devono essere dimostrati mutamenti nelle circostanze oppure l'esistenza di fatti anteriori scoperti solo in un secondo momento, seguendo la logica delle tutele cautelari ordinarie, fermo restando la necessaria notifica a mezzo PEC alle parti interessate.

23) *La tutela cautelare ed il silenzio*

Anche questo costituisce un tema che meriterebbe un particolare approfondimento, in quanto si tratta di comprendere se il silenzio-inadempimento dell'amministrazione possa innescare una reazione processuale *sub specie* di richiesta di intervento cautelare da parte del giudice amministrativo. Il problema si pone per il fatto che, come si osserva in dottrina ⁽⁷²⁾ avendo entrambi i percorsi procedurali una funzione acceleratoria, in mancanza di apposita previsione normativa, l'una è destinata ad escludere l'altra.

Ebbene, proprio il mancato intervento del legislatore ha finito per suffragare un duplice contrastante orientamento, opinandosi, con il primo, nel senso che nulla preclude la possibilità di invocare una tutela provvisoria, specificamente per evitare che il decorso del tempo per la decisione sulla domanda avverso il silenzio sia foriera di un significativo pregiudizio.

L'opinione contraria, invece, è dell'avviso che l'istanza cautelare avverso il silenzio sarebbe prima di tutto inammissibile, giacché strutturalmente inconciliabile col rito di cui agli artt. 31 e 117, c.p.a.

⁷⁰ Tale indirizzo, proprio perché si pone in sostanziale difformità con il disposto normativo, prevede, comunque, particolari limiti e cautele procedurali: si legge, infatti, in una di queste decisioni[4] che il Presidente della Sezione del Consiglio di Stato, se ritiene di accogliere l'appello e di riformare così il decreto impugnato, "emette una misura che ha unicamente la finalità di evitare che una situazione di fatto diventi irreversibile, e che comunque perde effetti quando il Tar esamina la domanda cautelare nella ordinaria sede collegiale". In senso contrario si è espresso il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, che, con decreto 25 agosto 2020, n. 624, ha dichiarato il "non luogo a provvedere" sull'impugnazione di un decreto cautelare monocratico, ritenendo tale rimedio giuridico "inesistente".

⁷¹ V. Fanti, cit. pag. 3

⁷² G. Poli, Il rapporto tra tutela cautelare e il rito avverso il silenzio: *quid novi sub sole?*, 2026 [Digitare qui]

Tanto più che la ridotta tempistica di tale tipologia di giudizio sarebbe tale da suffragare *ex se* l'eventuale interesse cautelare.

Ebbene, secondo il citato autore, che peraltro richiama un precedente giurisprudenziale in tal senso ⁽⁷³⁾ “la collocazione sistematica della tutela cautelare tra le disposizioni generali sul processo amministrativo (titolo I, del libro secondo), così come il rinvio interno di cui all’art. 38, c.p.a. (che estende le disposizioni del libro secondo, ivi incluse quelle sul processo cautelare, ai riti speciali), militano per una astratta applicabilità dell’istituto anche al giudizio avverso il silenzio”. E ciò vale anche in caso di controllo dei titoli abilitativi di natura privata (SCIA e DIA) non potendosi escludere il pericolo che sopravvenienze giuridiche e fattuali intervenute nel corso del processo rendano il potere (si pensi alla sanabilità postuma *ex art. 38, d.p.r. n. 380/2001*) non più esercitabile in modo pienamente soddisfattivo per l’interesse del terzo.

24) *Le misure cautelari atipiche*

Un tratto evolutivo che ha caratterizzato la giustizia cautelare è quello che ha riguardato la consacrazione di tale forma di giustizia in chiave atipica ovverosia attuabile attraverso rimedi vari e indeterminati invece che *sub specie* di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

Se è vero che tale era la fisionomia originaria del rimedio cautelare, si è registrata una importante evoluzione che ha condotto alla sua riconfigurazione in un’ottica di atipicità, fermo restando che la sospensiva rappresenta pur sempre lo strumento privilegiato di tale forma di tutela.

Invero, l’intervento del legislatore, con l’art. 3, L. n. 205/00, è stato salutato con favore dalla dottrina ⁽⁷⁴⁾ avendo di fatto “consentito di superare l’asfittico modello monistico della tutela parentetica e consacrato in via legislativa il principio di atipicità ed elasticità delle tecniche di tutela cautelare nel processo amministrativo, facendo *ius receptum* dell’orientamento già affermatosi nelle pronunce dei giudici costituzionali e comunitari” ⁽⁷⁵⁾.

Occorre, tuttavia, osservare che tale complesso *iter* è stato frutto di una dinamica innescata da plurimi interventi della giurisprudenza i cui approdi ermeneutici sono stati infine normativizzati da parte del legislatore. Se è vero, infatti, che la tutela cautelare nel diritto amministrativo era affidata esclusivamente alla sospensione degli atti oblatori, tuttavia tale rimedio risultava non idoneo soprattutto in presenza di interessi pretensivi del privato.

Si registra al riguardo un preciso intervento dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ⁽⁷⁶⁾ secondo cui il giudice amministrativo è abilitato ad emettere misure cautelari atipiche tali da assicurare una effettiva tutela al singolo. Di cui la modifica della legge TAR in punto di misure cautelari tanto più che il principio di atipicità delle misure cautelari venne recepito nel Codice del processo amministrativo del 2010.

Si è, quindi, innescata un percorso evolutivo che ha condotto alla forma e consacrazione del principio di atipicità delle misure cautelari oggi sancita come regola ordinaria nell’art. 55 del Codice del Processo Amministrativo, tale da introdurre una importante differenza rispetto a quanto previsto nel sistema civile ove le misure cautelari atipiche (di cui all’art. 700 c.p.c.) sono applicate solo in via residuale.

Tale percorso evolutivo è peraltro segnato anche da una pronuncia della Corte costituzionale ⁽⁷⁷⁾, la quale ha riconosciuto la validità, appunto a livello costituzionale, del principio della doppia

⁷³ TAR Puglia – Lecce, sez. I, 18/01/2022, n. 40: «nel silenzio dell’art. 55 c.p.a., la possibilità di accordare tutela cautelare a fronte di comportamenti inerti dell’amministrazione non [può] astrattamente essere esclusa

⁷⁴ V. Telera, “La tutela cautelare con particolare riferimento al Codice dei contratti pubblici”, in www.ildirittoconcorsi.it.

⁷⁵ S.Siracusa, La tutela cautelare nel processo amministrativo e la riedizione del potere: patologia del provvedimento amministrativo adottato in violazione di misura cautelare, 2007

⁷⁶ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.1 del 30.03.2000

⁷⁷ sentenza n. 240 del 1982

giurisdizione nel processo amministrativo, tanto per il giudizio di merito, quanto per il giudizio cautelare.

Viene, altresì, in considerazione l'intervento della Corte di giustizia di Lussemburgo ⁽⁷⁸⁾ secondo cui il giudice nazionale deve poter disapplicare la norma interna ostativa, anche in via cautelare, per garantire la piena efficacia delle norme europee dotate di efficacia diretta.

Circa la latitudine applicativa delle misure cautelari occorre evidenziare che, per giunta, le stesse sono caratterizzate non solo da atipicità, ma anche da elasticità, tanto che si osserva in dottrina ⁽⁷⁹⁾ il relativo potere va inteso come attitudine alla protezione effettiva in sede cautelare delle varie situazioni soggettive poste all'attenzione del giudice così da risultare evidente la natura atipica della tutela cautelare approntata dal Collegio.

Tale aspetto è stato rimarcato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che “sono oggi ammissibili anche le ordinanze c.d. propulsive, ovvero quelle ordinanze che hanno lo scopo di indurre l'amministrazione ad un riesame complessivo delle proprie scelte al fine di giungere ad una determinazione che tenga conto delle osservazioni del ricorrente, eventualmente anche superandole ma superando anche l'insufficienza del primo esame cui queste sono state sottoposte” ⁽⁸⁰⁾.

25) Tutela cautelare e possibili effetti indeterminati nel tempo

Per sua natura, essendo la pronuncia cautelare meramente interinale, con effetti quindi paralizzanti nelle more della decisione di merito, dovrebbe precludere il concetto di giudicato cautelare, trattandosi comunque di una decisione reversibile oltre che transeunte.

Si osserva tuttavia in dottrina ⁽⁸¹⁾ che la realtà fattuale, invece, conosce diverse situazioni in cui la misura interinale provoca effetti irreversibili, cioè conseguenze “non superabili” con il giudizio di merito.

Si pensi al c.d. effetto di assorbimento ⁽⁸²⁾ sulla base del quale la giurisprudenza ha affermato che, nel caso di ammissione con riserva agli esami di maturità in via cautelare, il superamento di questi da parte dello studente comporta l'assorbimento e il venir meno del giudizio negativo di ammissione con conseguente improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a.

Il problema, affrontato in sede pretoria, è se l'amministrazione, dopo l'ottenimento in via cautelare della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, possa adottare un provvedimento contrastante con il comando cautelare, ancorché fondato sui medesimi presupposti dell'atto impugnato.

Sul punto si registra un preciso orientamento della giustizia amministrativa ⁽⁸³⁾ secondo cui non ricorre in casi siffatti la nullità ai sensi dell'art. 21 *septies* l. 241/90.

⁷⁸ sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990 (causa C-213/89)

⁷⁹ F. Cintioli, L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo, in *Dir. e processo amm.*, 2002, 58

⁸⁰ Consiglio di Stato, n. 161/2014

⁸¹ A. Pittoni, La centralità della tutela cautelare nel processo amministrativo, 2010

⁸² sentenza del Consiglio di Stato n. 1892 del 2009, dove la Sesta Sezione ha affermato che “il superamento degli esami di maturità assorbe il giudizio negativo di idoneità espresso dal Consiglio di classe, sospeso in sede giurisdizionale con l'ammissione con riserva del candidato agli esami stessi”.

⁸³ TAR Liguria, II sez., n. 158 del 02.02.07, che così si esprime: “L'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo prevista dalla norma invocata attiene alle ipotesi di contrasto del provvedimento con un giudicato. Ne consegue che la norma stessa non vale a disciplinare le ipotesi in cui il provvedimento contrasta con le statuizioni di un'ordinanza cautelare ancorché non più soggetta a gravame (c.d. giudicato “improprio” cautelare). Ed invero la intrinseca provvisorietà delle misure cautelari, che possono essere modificate e revocate, non consente di attribuire alle stesse la definitività nella regolazione del rapporto proprie delle sentenze passate in cosa giudicata”.

[Digitare qui]

Tale orientamento è tuttavia fortemente criticato in dottrina evidenziandosi che la strumentalità, quale esigenza sottesa alla tutela cautelare, perderebbe la propria giustificazione causale ove si ammettesse la possibilità per la p.a. di incidere sull'assetto di interessi che proprio il provvedimento giurisdizionale mirava a preservare, tanto più che sarebbe minato anche il principio di divisione dei poteri fondante l'assetto costituzionale, venendo sottratto alla sfera dei poteri giurisdizionali di vigilanza e di sindacato di legittimità dell'operato della p.a. la situazione incisa dal *dictum* giudiziale. Sarebbe da qualificarsi come nullo ed improduttivo di effetti un provvedimento amministrativo siffatto, tale da impingere in un assetto di interessi "organizzato" in conseguenza dell'esercizio di un potere giurisdizionale, anche se di natura cautelare, ed avverso il quale la parte pubblica non ha esperito i rimedi processuali previsti dall'ordinamento. Tanto più che il *dictum* cautelare giurisdizionale verrebbe svuotato di effettività.

Non è, quindi, un caso che sulla questione in termini esattamente contrari si sia espresso il Consiglio di Stato ⁽⁸⁴⁾ facendo leva su quella che è considerata "una lettura in chiave sistematica della norma disciplinante la nullità dei provvedimenti per contrasto al giudicato, ascrivendo tali ipotesi di nullità non già alla categoria delle nullità testuali bensì individuando nel precipitato dell'art. 21 *septies*, co. 2, L. n. 241/90, la *regula juris* sottesa al regime di tali tipologie di nullità; nel disposto della legge viene colta l'espressione di un principio più ampio, immanente nell'ordinamento, coincidente con la *ratio* più intima che assicura la coerenza del sistema tra tutte le tipologie patologiche derivanti dalla sostanziale inosservanza dell'amministrazione alla portata conformativa di una pronuncia giurisdizionale, quale che sia la natura, cautelare o di annullamento, della stessa" ⁽⁸⁵⁾.

Ma la refluenza sul piano temporale del provvedimento cautelare ha presentato connotati imprevisi e peculiari. Si pensi alla prassi delle c.d. sospensive appese ove il ricorrente, ottenuta la sospensione del provvedimento, revocava l'istanza di fissazione udienza in modo tale da garantire stabilità a quello che in realtà era soltanto un provvedimento temporaneo.

Ma si pensi anche al cd. *forum shopping* quale espressione del principio del carattere derogabile della competenza territoriale e che portava il ricorrente a ricercare il TAR dall'orientamento più favorevole alla propria posizione, tanto più che era legittimato, quando possibile, ad adire più tribunali nel caso di più atti, di cui uno consequenziale all'altro, aumentando così le possibilità di accoglimento del ricorso.

E' un tema, questo, che non ha più i connotati dell'attualità, avendo il legislatore, da un lato, provveduto a disciplinare l'inderogabilità della competenza territoriale e funzionale (artt. 13 e 14 c.p.a.), con riferimento anche alle misure cautelari e, dall'altro, a prevedere l'irrevocabilità della domanda di fissazione udienza (art. 71, comma 1, c.p.a.).

Ad ogni modo, denota una certa propensione ad attribuire alla pronuncia cautelare degli effetti potenzialmente stabili e permanenti sebbene si tratti di interventi per loro natura soltanto interinali e provvisori.

26) *Il remand*

Uno dei passaggi più significativi del percorso che ha segnato il giudizio cautelare amministrativo è connotato dal cd. *remand*, quale istituto atipico del processo amministrativo, noto anche come misura cautelare propulsiva, che consiste nel rinvio della questione all'autorità amministrativa affinché riesamini il provvedimento contestato, emendandolo dai vizi rilevati dal giudice in via sommaria.

⁸⁴ sentenza n. 2950 del 04.06.2007, sez. VI secondo cui "L'intervento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in costanza di una misura cautelare che tale approdo amministrativo precludeva, configura un'ipotesi paradigmatica di carenza di potere sanzionata con la nullità ai sensi della *regula juris* sottesa al disposto dell'art. 21 *septies*, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

⁸⁵ S. Siracusa, La tutela cautelare nel processo amministrativo e la riedizione del potere: patologia del provvedimento amministrativo adottato in violazione di misura cautelare, Diritto. It, 2007

[Digitare qui]

Trattasi di uno *step* evolutivo di grande rilevanza se è vero che consente al giudice amministrativo, nel provvedere alla comparazione degli interessi, di effettuare delle valutazioni comparative che impingono nel merito amministrativo e che possono abilitare il giudice amministrativo financo a sostituirsi all'amministrazione, ad esempio, in materia di concorsi e gare pubbliche, laddove, con le proprie ordinanze propulsive o di c.d. *remand*, ordina appunto all'amministrazione di attribuire diversamente i punteggi ai concorrenti o di valutare in modo differente i requisiti di partecipazione. Si osserva in dottrina⁽⁸⁶⁾ che le misure cautelari si distinguono fra sospensivo-propulsiva e positivo-sostitutiva, con cui il giudice attribuisce, in via interinale, il bene della vita cui aspira il ricorrente. La prima è appunto basata sul *remand*, quale tecnica processuale che comporta la sospensione del provvedimento gravato e il contestuale ordine all'Amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri indicati dallo stesso giudice⁽⁸⁷⁾.

Occorre formulare una duplice osservazione:

- 1) trattasi di tecnica processuale particolarmente utilizzata dai giudici amministrativi di primo grado;
- 2) circa la sua evoluzione occorre rilevare che questa tecnica ha iniziato ad emergere in alcuni pronunciamenti cautelari degli anni ottanta, epoca in cui tuttavia non mancano le perplessità di chi osservava che tale strumento di tutela appariva non conforme ai principi di strumentalità e interinalità che governano la materia cautelare.

Ebbene, la cd. "tecnica del *remand*" si connota per il fatto che la misura cautelare comporta la sospensione del provvedimento gravato e il contestuale ordine all'Amministrazione resistente in giudizio di riesaminare la situazione sulla base di parametri e criteri indicati dallo stesso giudice, stimolando in tal modo un'ulteriore attività procedimentale che, qualora posta in essere, potrà rendere il ricorso proposto improcedibile.

Secondo un preciso orientamento il provvedimento cautelare è in grado di incidere sull'atto amministrativo da esso interessato in maniera da provocarne la nullità sulla base di una interpretazione estensiva del concetto di giudicato ai sensi dell'art. 114, lett. b) c.p.a., di guisa che la mancata impugnazione (nel termine decadenziale) del provvedimento ulteriormente sfavorevole non avrebbe refluenza sull'atto previo.

Sul tema si registra una recente riflessione dottrinale⁽⁸⁸⁾ che, nel valorizzare l'evoluzione della disciplina in materia di *remand* (prima e dopo l'entrata in vigore della L. 21 luglio 2000, n. 205), dopo aver richiamato uno specifico contributo dottrinale⁽⁸⁹⁾, reputa il *remand* puro o misto, nell'attuale assetto del processo amministrativo, compatibile con la disciplina della tutela cautelare mentre è da esprimere perplessità in ordine al cd. *remand* intrusivo, stante la sua attitudine a chiudere il processo con un pieno giudizio di spettanza della pretesa in modo da sostituire il *dictum* giurisdizionale alla volontà della P.A. nella regolamentazione del rapporto. Si palesa non solo il rischio di un giudizio di merito che verte sulle (nuove) argomentazioni dell'amministrazione resistente, ma anche che la relativa decisione produca effetti ultrasatisfattivi, destinati a consolidarsi in via extraprocessuale.

⁸⁶ A. L. Rum, Tutela cautelare e processo amministrativo: la tecnica del *remand*. Analisi teorica e giurisprudenziale, Il diritto amministrativo, 2021

⁸⁷ M. Bove, La tutela cautelare nel processo amministrativo, *Judicium*. it, il quale osserva che al pregiudizio grave e irreparabile, presupposto necessario per l'emissione dell'ordinanza in camera di consiglio, si affianca un *periculum* connotato da «estrema gravità e urgenza», che consente l'adozione di un decreto cautelare monocratico ai sensi dell'art. 56 c.p.a.; nel caso in cui la gravità e urgenza si qualifichi addirittura come eccezionale, sarà giustificato un intervento interinale anche *ante causam* ex art. 61 c.p.a.

⁸⁸ C. Commandatore, Riflessioni sul *remand* cautelare nel processo amministrativo, in Giurisprudenza amministrativa, pag. 234

⁸⁹ V.S. Villamena, Il potere di sospensione amministrativa, Torino, 2012, il quale distingue, a seconda del maggiore o minore grado di intrusività, tra il *remand* intrusivo, il *remand* puro e, infine, il *remand* misto, "con cui il giudice impone contestualmente all'Amministrazione l'obbligo di motivare più analiticamente la propria scelta, e ciò sia nel caso in cui l'Amministrazione intenda confermarla, sia nel caso in cui la stessa intenda modificarla predisponendo una soluzione alternativa".

27) Le pronunce giurisprudenziali sul punto.

L'evoluzione della giustizia cautelare nel processo amministrativo non poteva non essere scandita anche dagli interventi del Consiglio di Stato, sebbene avesse inizialmente manifestato, a fronte di interventi favorevoli alla scelta propulsiva da parte dei TAR, una preferenza per un contenuto dispositivo delle pronunce cautelari, dunque, per l'anticipazione degli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione.

Si registrano, infatti, due ordinanze ⁽⁹⁰⁾ con le quali si escludeva la possibilità, per il giudice amministrativo, di ordinare all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato, affinché sia adottato un nuovo atto con diversa motivazione, potendo tuttavia disporre autonomamente misure d'urgenza di contenuto positivo, sì da anticipare gli effetti del provvedimento anelato dall'interessato. In tale quadro evolutivo particolare incidenza ha avuto l'entrata in vigore della L. 205/2000, tanto da indurre il Consiglio di Stato a verificare la compatibilità fra misure propulsive e principio di strumentalità e interinalità, esigenza percepita in considerazione del fatto che la novella valorizzò gli effetti della sentenza definitiva imponendo alla p.a., se demolitrice del provvedimento impugnato, di riedire il potere nel rispetto delle statuizioni del giudice.

Se, quindi, la misura cautelare propulsiva si pone a garanzia del principio di strumentalità non può escludersi *in toto* che l'ordinanza cautelare possa produrre effetti irreversibili dando luogo alla cessazione della materia del contendere. Sul punto si rinviene un preciso orientamento giurisprudenziale espresso sia dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ⁽⁹¹⁾ che dal TAR ⁽⁹²⁾. Si registrano, infine, diverse recenti pronunce di seconde cure sul tema di *remand* che denotano che ne denotano l'assoluta peculiarità ⁽⁹³⁾.

⁹⁰ nn. 1210/1996 e 2586/2000

⁹¹ Si osserva, in particolare, che l'Adunanza plenaria si è espressa a favore della c.d. strumentalità allargata, in particolare con la sentenza n. 17/1982, circa il diniego di ammissione all'esame di maturità, reputando ammissibile un'ordinanza di sospensione sull'effetto preclusivo del provvedimento, in modo che l'amministrazione, nel darvi esecuzione, disponesse l'ammissione del candidato all'esame di maturità, ma con riserva. Per l'effetto, l'eventuale superamento dell'esame sarebbe rimasto inoperante fino al verificarsi della condizione del giudizio positivo di ammissione, in caso di accoglimento del ricorso. Trattasi di un orientamento che ha innescato il dibattito circa il rischio di sconfinamento del potere giudiziario nelle competenze della pubblica amministrazione.

⁹² Al riguardo si registrano diverse pronunce quali quella del TAR Lombardia, con sentenza n. 2110/2013, che si è soffermata sulle conseguenze processuali che si producono nel caso in cui il nuovo atto adottato dalla p.a., a seguito dell'ordine di riesame del giudice amministrativo, non sia meramente confermativo di quello sottoposto ad impugnazione e pertanto costituisca una nuova espressione della funzione amministrativa, tale da poter condurre persino all'estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove di contenuto soddisfacente rispetto alla pretesa azionata dal ricorrente. Anche il TAR Lazio si è espresso in tal senso, ad esempio con la sentenza n. 12453, secondo cui ove l'amministrazione, nonostante il *remand* del G.A., non abbia, per ben due volte, esternato le ragioni di tale ritenuta anomalia, ha affermato che l'ordinanza cautelare che ordina il riesame dell'atto impugnato costituisce espressione del cosiddetto *remand*, cioè di una tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definito con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione "l'intero potere decisionale iniziale". Viene, altresì, in considerazione la sentenza del TAR Campania n. 3242 del 2021, secondo cui l'ordinanza cautelare che impone il riesame dell'atto impugnato, costituisce espressione del cosiddetto *remand*, di tal che non rimane precluso all'amministrazione, all'esito del disposto riesame, il pervenire, sulla base della riponderazione degli elementi istruttori e di nuovi apporti motivazionali (come avvenuto nella specie), ad una determinazione di analogo contenuto, la quale potrebbe formare oggetto di censura mediante altro mezzo di gravame.

⁹³ Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza 25.11.2024, n. 9426 : “Deve essere ribadito quanto già affermato da questa Sezione (sentenza n. 5662 del 2023), ossia che "la concessione della misura cautelare del rinvio a nuova determinazione dell'amministrazione resistente (*remand*) non solo anticipa alla sede cautelare gli effetti propri di una pronuncia di merito - come accade per ogni provvedimento cautelare c.d. anticipatorio - ma nella [Digitare qui]

maggior parte dei casi comporta che gli effetti anticipatori non abbiano carattere provvisorio, come dovrebbe essere proprio delle misure cautelari, ma, per la natura delle cose, irreversibili; infatti la nuova determinazione dell'amministrazione assunta proprio in esecuzione del rinvio disposto in sede cautelare con l'ordinanza propulsiva per il principio *factum infectum fieri nequit* dà vita ad un nuovo assetto del rapporto amministrativo sorto dal precedente e impugnato provvedimento, quante volte l'amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti un atto espressione di nuova volontà di provvedere, che costituisca pertanto un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dalla stretta esecuzione della pronuncia cautelare, con la conseguenza che il ricorso diviene improcedibile ovvero si ha cessazione della materia del contendere laddove si tratti di un atto con contenuto del tutto satisfattivo della pretesa azionata (cfr. ad es. Cons. Stato sez. V, 14 giugno 2022, n.4820). Il c.d. *remand* (*id est*, accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame) costituisce manifestazione della atipicità della tutela cautelare, ormai consolidata nell'art. 55 c.p.a., in cui non è presente riferimento alcuno a tipologie specifiche ed esclusive di provvedimenti cautelari, in ragione dell'attribuzione al giudice amministrativo, dell'ampio potere di adottare tutte le misure idonee ad assicurare in via provvisoria gli effetti della decisione sul ricorso (art. 55, comma 1, c.p.a.), il giudice della tutela può dunque modulare la misura in rapporto alla fattispecie concreta in esame e alla natura dell'interesse legittimo (di contenuto oppositivo o pretensivo) fatto valere in giudizio; è palese l'intento del legislatore, con l'esplicito superamento della tipicità delle misure cautelari, di assecondare fin da tale fase il progressivo spostamento del contenuto proprio del giudizio, non più incentrato sull'atto bensì sul rapporto sottostante tra privato e p.a.; in tale prospettiva, il c.d. *remand* costituisce una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per il fatto di rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo alla p.a. l'intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicarne il risultato finale.

Il nuovo atto, quando non sia meramente confermativo, costituendo una (rinnovata) espressione della funzione amministrativa, porta a una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto satisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente, oppure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse; e, infatti, l'interesse del ricorrente è trasferito dall'annullamento dell'atto inizialmente impugnato all'annullamento dell'atto che lo ha interamente sostituito a seguito del riesame. In sede di riedizione del potere, peraltro, l'amministrazione, fermo restando il dovere di conformarsi ai principi di diritto enucleati dal giudice, è libera di adottare un atto con identico contenuto dispositivo ma basato su una diversa motivazione o adottato all'esito di un differente procedimento".

Nessuna violazione del *decisum* cautelare può, dunque, ritenersi qui sussistere nella rivalutazione del complessivo assetto del rapporto, né, in tal senso, la decisione dell'amministrazione può dirsi in contrasto con il contenuto anche letterale dell'ordinanza propulsiva, la quale, pur richiamando il danno ambientale, ipotizzava, nelle sue linee, una riedizione del potere sul complessivo giudizio paesaggistico".

Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 04.02.2021, n. 1036: "Anche in tali ipotesi [di provvedimenti sopravvenuti adottati nell'ambito di un giudizio in cui sia stato emesso un ordine cautelare di natura propulsiva, teso a imporre la riedizione del potere secondo criteri conformativi enucleati nel provvedimento giurisdizionale interinale da eseguire.], al fine di ricostruire gli effetti sostanziali e processuali riconducibili alla decisione amministrativa sopravvenuta, occorre verificare se l'amministrazione si sia determinata autonomamente ovvero in mera esecuzione dell'ordine giudiziale, pronunciato al fine di cautelare - nelle more della definizione della controversia nel merito - la situazione giuridica soggettiva vantata dalla parte ricorrente. In particolare:

- nella prima ipotesi l'amministrazione detta una *regula iuris* del rapporto amministrativo tendenzialmente stabile, definita nel perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, autonomamente e indipendentemente dall'esecuzione di un'ordinanza cautelare all'uopo emessa, condividendo le censure contestate dal ricorrente e riscontrate in sede cautelare, al fine di attuare un nuovo assetto di interessi, sostitutivo di quello censurato in giudizio, idoneo a governare il rapporto amministrativo corrente con la controparte;

- nella seconda ipotesi, il provvedimento sopravvenuto viene assunto al solo fine di ottemperare ad un comando giudiziale, realizzando, per l'effetto, un assetto di interessi per propria natura interinale, destinato ad essere caducato in caso di esito del giudizio favorevole all'amministrazione procedente.

Il diverso atteggiarsi della volontà provvedimentale influisce non soltanto sulla stabilità, sul piano sostanziale, del provvedimento sopravvenuto, ma anche e correlativamente sull'andamento, sul piano processuale, del giudizio corrente tra le parti.

Difatti, qualora l'amministrazione adotti il provvedimento in mera esecuzione dell'ordinanza cautelare e tale provvedimento sia favorevole al ricorrente, si assiste ad una doverosa ottemperanza dell'ordine giurisdizionale, [Digitare qui]

28) *La tutela cautelare ante causam*

Un tema di particolare interesse è quello della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo di cui all'art. 61 del relativo Codice, quale misura d'urgenza eccezionale che permette di richiedere provvedimenti protettivi al giudice prima ancora di aver notificato e depositato il ricorso principale.

Segnatamente, tale norma prevede che “In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa”.

Anche tale disciplina costituisce frutto di un percorso evolutivo se è vero che la sentenza costituzionale del 1985 non prevedeva anche la possibilità di una tutela cautelare *ante causam*. Il tema, per giunta, aveva indotto un intervento della Corte di Giustizia comunitaria al fine di verificare se il sistema italiano fosse compatibile con l'art. 2, comma primo lett. a) della direttiva generale ricorsi 21.12.1989, n. 665 CEE, che obbliga tutti gli Stati membri a garantire che l'autorità nazionale investita delle relative controversie possa adottare, in via d'urgenza, i provvedimenti provvisori per riparare un danno subito e per impedire che siano causati altri danni agli interessi coinvolti.

Da parte sua la dottrina si esprimeva in senso favorevole a tale decisione dato che da tempo si auspicava l'introduzione di una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo; inoltre, grazie ad essa, nel 2006 fu emanato il D.lgs. n. 163, denominato “Codice degli appalti”, con cui il sistema italiano si è adeguato, almeno nel relativo settore degli appalti pubblici, a quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

Si osserva, quindi in dottrina ⁽⁹⁴⁾ che la tutela cautelare *ante causam* è stata introdotta nel nostro ordinamento, dapprima con riferimento ai contratti pubblici (art. 245 del previgente Codice dei

che non influirà sulla procedibilità del ricorso, ma consentirà soltanto la cautela della situazione giuridica soggettiva sottesa al ricorso in attesa dell'approfondito esame, proprio della sede di merito, delle questioni sollevate dalle parti, componenti il *thema decidendum* ancora da risolvere in sede giurisprudenziale.

Diversamente, qualora il provvedimento sopravvenuto sia stato soltanto occasionato dall'ordinanza cautelare, condividendo l'amministrazione la necessità di rimuovere i vizi di legittimità rilevati ad un sommario esame proprio della sede cautelare, alla stregua di quanto *supra* precisato, viene integrata una fattispecie di cessata materia del contendere, da dichiarare con sentenza di merito (art. 34, comma 5, *c.p.a.*), attraverso cui accertare l'avvenuta realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione del ricorso, per effetto di una determinazione amministrativa assunta autonomamente in pendenza del giudizio. Come precisato da questo Consiglio, in siffatte ipotesi, “trova applicazione il costante orientamento giurisprudenziale, applicabile anche alle ipotesi di c.d. ordinanza propulsiva, che il Collegio condivide, a mente del quale “nel caso in cui il giudice sospenda in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'Amministrazione vi si adegui, con l'adozione di un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non si ha improcedibilità del ricorso, né cessazione della materia del contendere (se l'atto, rispettivamente, sia sfavorevole o favorevole al ricorrente), giacché l'adozione non spontanea dell'atto con cui si è data esecuzione alla sospensiva non produce la revoca del precedente provvedimento impugnato e ha una rilevanza solo provvisoria, in attesa cioè che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo”. Se, invece, a seguito dell'ordinanza cautelare di sospensione, l'Amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti un atto espressione di nuova volontà di provvedere, che costituisca cioè un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dall'esecuzione della pronuncia cautelare, allora il ricorso nei confronti del precedente provvedimento gravato diventa improcedibile, ovvero si ha cessazione della materia del contendere laddove si tratti di un atto con contenuto del tutto satisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2017 n. 4188)” (Cons. Stato Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 5466).

⁹⁴ S. Monzani, cit.

contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, poi, in via generalizzata (art. 61 del Codice del processo amministrativo), ha risentito dell'impulso impresso dalla Corte di giustizia ⁽⁹⁵⁾, la quale ha statuito, sempre in tema di appalti, che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai propri organi giurisdizionali la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso nel merito, qualsiasi provvedimento provvisorio (compresi quelli volti a sospendere la procedura di aggiudicazione).

Un profilo assai problematico della disciplina in esame è quello che concerne il contraddittorio processuale, dato che il legislatore non prevede che la misura possa essere accordata *inaudita altera parte* a differenza di quanto previsto dall'art. 669 *sexies* cpc. E' pur vero, tuttavia, che va esclusa la necessità della notifica (se del caso a mezzo fax) alle parti intimato, se ricorre una estrema gravità ed urgenza che rende necessaria la misura prima della verifica del perfezionamento delle effettuate notificazioni. A prescindere da tale ipotesi, per vero del tutto marginale, la garanzia per il contraddittorio sembra qui più accentuata rispetto alla ipotesi della tutela cautelare monocratica in corso di causa, ove il perfezionamento della notifica va verificato (quantomeno) con riferimento alla parte pubblica ed almeno uno dei controinteressati pur prevedendosi – come nel caso di tutela *ante causam* – che nei casi di urgenza si possa prescindere dal verificare il perfezionamento della notificazione per cause non imputabili al ricorrente.

Si deve, quindi, osservare che va rispettato il principio del contraddittorio anche in sede di tutela cautelare *ante causam* e questa esigenza si riconnette con la specificità del giudizio amministrativo, che comporta un vaglio sull'esercizio di una funzione amministrativa

Volendo effettuare un ulteriore confronto con la disciplina civilistica sul tema in esame viene in evidenza un ulteriore profilo differenziatore rispetto al procedimento cautelare dinanzi al giudice civile, in quanto questo prevede la ultrattività della misura cautelare d'urgenza adottata ex art. 700 cpc o in caso di denuncia di nuova opera o di danno temuto, ovverossia la permanenza della sua efficacia anche in caso di estinzione del giudizio mentre la misura cautelare accordata *ante causam* dal giudice amministrativo è intrinsecamente cedevole.

Infatti, nel caso in cui non venga introdotto il giudizio di merito la misura perde efficacia dopo quindici giorni dalla sua adozione mentre ove lo stesso sia stato introdotto tempestivamente la durata di efficacia è di 60 giorni, atteso che anche in tal caso è pur sempre necessario che la misura cautelare *ante causam* sia rivalutata (ed eventualmente novata) dal giudice investito della decisione del ricorso. Il provvedimento, inoltre, non è impugnabile.

Occorre, infine, evidenziare che l'art. 98 cpa, relativo alla istanza cautelare proposta per la sospensione della sentenza di primo grado, non richiama l'art. 60 cpa ⁽⁹⁶⁾.

29) *Lo stand still*

⁹⁵ G. Castriota Scanderbeg, cit. il quale evidenzia, a sua volta, che, ai fini dell'estensione a tutte le materie la possibilità di una tutela cautelare monocratica destinata ad anticipare le determinazioni di competenza collegiale, prima dell'intervento del nuovo codice del processo amministrativo, il legislatore, con l'art. 21 bis, L. n. 1034/71, come modificato dall'art. 3 co. 1, L. n. 205/00 aveva già esteso a tutte le materie tale modello opzionale di intervento cautelare (ad opera del presidente o di un magistrato da lui delegato), per la tutela cautelare *ante causam*, sempre di stampo monocratico. Prima della sua entrata in vigore, infatti, la tutela cautelare *ante causam* era una specificità peculiare alla materia dei contratti pubblici (art. 245 d.lgs. n. 163/06) frutto una netta presa di posizione della Corte di giustizia comunitaria con l'ordinanza del 29 aprile 2004 ed alla quale peraltro ha fatto seguito la espressa codificazione, in sede di direttiva unificata n. 2007/66, di un preciso obbligo a carico dei paesi membri di prevedere strumenti capaci di assicurare interinalmente la cautela processuale, anche prima della proposizione del ricorso.

⁹⁶ Secondo G. Castriota Scanderbeg “si tratta certamente di un refuso che non ci impedisce allo stato di adottare la sentenza in forma semplificata anche in appello (anche perché si tratta dell'unica occasione di applicazione dell'istituto in secondo grado). Ma forse è un dato anch'esso sintomatico dello sfavore del legislatore del nuovo codice verso tale modalità definitoria del giudizio”.

[Digitare qui]

Con tale espressione, nel diritto amministrativo e degli appalti, si intende il termine dilatorio che impedisce alla Pubblica amministrazione di stipulare il contratto con l'aggiudicatario subito dopo la gara.

Introdotta a livello europeo dalla direttiva 2007/66/CE ha fatto ingresso anche nel nostro ordinamento per effetto dell'art. 18, comma 4, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici, stabilendo che, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante sino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione nel merito all'esito dell'udienza cautelare.

L'effetto sospensivo cessa allorquando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunziarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Se è vero che lo *stand still* postula la presentazione, contestualmente al ricorso principale, di un'istanza cautelare, in entrambi gli ordinamenti l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto è legato alla pendenza di una procedura giurisdizionale celere che verifichi la legittimità della gara e persiste finché non interviene la relativa pronunzia del giudice.

Anche nell'ordinamento italiano è previsto che il contratto resti efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, quali quelle di carattere tecnico, imponga che i suoi effetti siano mantenuti: in questo caso il contratto rimarrà efficace ma il giudice pronunzierà una sanzione alternativa, che può essere costituita dalla riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua oppure da una sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di un importo che va dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione.

30) *La pronuncia sulle spese*

Sul punto si registra una novità introdotta con il Codice del processo amministrativo, rispetto alla disciplina previgente di alla l.n. 1034/1971, in quanto l'art. 57 usa la formula "provvede", che lascia intendere la doverosità di tale pronuncia invece che una mera facoltà. Inoltre tale disciplina stabilisce che la liquidazione delle spese è indipendente dal contenuto dell'ordinanza e conserva effetti anche a seguito della sentenza che definisce il giudizio.

Ai fini della quantificazione di quanto a tale titolo dovuto, inoltre, trovano applicazione gli artt. 91 e ss. del codice di procedura civile, siccome espressamente richiamati dall'art. 26, comma 1, del Codice del processo amministrativo.

Come si osserva in dottrina⁽⁹⁷⁾ la liquidazione delle spese del giudizio non è contemplata anche con riguardo al decreto presidenziale cautelare, così come traspare dalla formula dell'art. 57 del Codice e questo pare riflettere la peculiarità di tale fase, per sua natura interinale stante la necessità che tale provvedimento sia sottoposto a disamina nella camera di consiglio di cui all'art. 55, comma 5, del Codice, cosicché la liquidazione delle spese è demandata a tale fase.

Oltretutto, deve evidenziarsi la peculiarità di tale fase, siccome connotata dal carattere dell'estrema gravità ed urgenza, fermo restando che, ove la controparte si sia costituita, può chiedere la liquidazione delle spese all'udienza camerale anche ove la domanda cautelare non venga discussa in camera di consiglio. Tale determinazione è destinata a sopravvivere a prescindere da ogni determinazione in sentenza.

31) *La sospensione automatica della stipula del contratto*

⁹⁷ A. Pavan, La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo, Teoria e pratica del diritto, Giuffrè, 2010, p.145
[Digitare qui]

La sospensione automatica della stipula del contratto negli appalti pubblici (cd. *stand still* processuale) comporta la trattazione accelerata del merito e questo solleva un delicato bilanciamento tra la tutela giurisdizionale del ricorrente e l'esigenza di celerità dell'azione amministrativa.

Nel processo amministrativo, la proposizione di un ricorso con istanza cautelare avverso l'aggiudicazione di un appalto comporta l'effetto automatico di impedire la stipulazione del contratto prima dell'ordinanza cautelare ai sensi dell'art.32 del D.Lgs. n. 50/2016). Per evitare lunghi blocchi e contemperare le esigenze di efficienza dell'Amministrazione, il legislatore (con il rito abbreviato per gli appalti) ha previsto una trattazione accelerata del merito.

Tuttavia, tale meccanismo iperaccelerato genera rilevanti problemi applicativi, in quanto la fissazione di un'udienza di merito a brevissima scadenza limita fortemente i termini a difesa delle parti e non consente un'adeguata fase istruttoria. A ciò deve aggiungersi che l'urgenza impedisce spesso alle parti e ai periti di svolgere analisi tecniche complesse, penalizzando i ricorrenti che devono contestare atti amministrativi e schemi complessi in tempi ridotti.

Inoltre, quando il giudice tenta di accelerare il giudizio di merito, si rischia di trasformare la fase sommaria (cautelare) in una decisione definitiva, pregiudicando l'approfondimento tipico del giudizio a cognizione piena. L'eccessiva accelerazione è spesso finalizzata a blindare le opere strategiche, con il rischio di sacrificare le ragioni di legalità e trasparenza a vantaggio di una realizzazione affrettata dell'opera ⁽⁹⁸⁾.

32) *La cautela nell'ambito del rito abbreviato*

Viene in considerazione l'art. 19 del Codice del processo amministrativo, che, nel ricalcare l'art. 23bis della legge n. 1034/1971, prevede un rito abbreviato per talune tipologie di controversie, connotate dalla particolare delicatezza degli interessi coinvolti. Trattasi di diverse tipologie, tra cui quelli concernenti i provvedimenti di scioglimento degli enti locali, quelli dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ovvero dal Ministero nonché i provvedimenti adottati dalla Autorità amministrative indipendenti (con esclusione di quelli "relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti", "i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali").

Trattasi, pertanto, di una gamma tipologica ampia e complessa, per la quale l'art. 119, comma 4, ultimo periodo, prevede l'applicazione della disciplina in materia di procedimento cautelare con la dimidiazione di tutti i relativi termini. La peculiarità di tale rito sta nel fatto che, verificata positivamente la sussistenza dei relativi presupposti, ivi compreso il "pregiudizio grave e irreparabile", il Tribunale amministrativo non adotta una misura cautelare bensì fissa, con ordinanza, la data di discussione del merito, con conseguente funzione acceleratoria del giudizio.

Si osserva, peraltro, in dottrina ⁽⁹⁹⁾, citando una specifica riflessione dottrinale ⁽¹⁰⁰⁾ la disciplina introdotta con il Codice ha innovato quella precedente non richiedendo più un approfondito esame del requisito del fumus, richiedendo soltanto "la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso".

Altro tema di rilievo è quello dell'appellabilità del provvedimento cautelare nel rito cd. abbreviato, in particolare nel caso in cui il TAR si sia limitato, ex art. 119, comma 3, Codice del processo amministrativo, a fissare l'udienza di discussione del ricorso, ritenendo sussistenti i "profili di

⁹⁸ M.A. Sandulli, La tutela cautelare nel processo amministrativo, pag. 22, ove osserva che "L'espressione "ragionevole" durata del processo non si identifica del resto e anzi è antinomica a quella di processo iperaccelerato, che, fuori dalle ipotesi in cui l'ordinamento già prevede la decisione in forma semplificata o addirittura con decreto presidenziale, finisce per essere "irragionevolmente" accelerato.

⁹⁹ A. Pavan, cit. pag. 241

¹⁰⁰ L. Andronio – A. Palazzo, La tutela cautelare nel processo amministrativo, Giuffrè, 2006, pag. 54

fondatezza”, ma non, invece, l’“estrema gravità ed urgenza di cui all’art. 119, comma 4 del medesimo Codice.

Ebbene, la giurisprudenza (¹⁰¹) opina in termini negativi proprio in considerazione della espressa previsione secondo cui l’ordinanza è “finalizzata” esclusivamente “alla fissazione dell’udienza di merito”, fermo restando che la parte potrebbe rivolgersi al Consiglio di Stato anche per chiedere la sospensione dell’esecutività della sentenza appellata.

33) *Il regime speciale delle infrastrutture strategiche ex art. 246, d.lgs. 163 del 2006*

Viene in considerazione la formula di cui all’art. 125, comma 2, del Codice del processo amministrativo, che circoscrive la latitudine applicativa della tutela cautelare imponendo che l’interesse sotteso alla domanda cautelare, connesso alla irreparabilità del pregiudizio paventato, sia comparato con quello, tendenzialmente preminente, del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

La norma non solo restringe, ma di certo non in maniera assoluta, la tutela cautelare, ma impone anche una specifica motivazione da parte del Giudice essendo chiamato a specificare le ragioni per le quali il ricorrente rischia di patire un pregiudizio irreparabile (¹⁰²).

Viene in considerazione anche il comma 3 dell’art. 125, in quanto prevede che la sospensione dell’affidamento non comporta comunque la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente (¹⁰³).

34) *Il problema della decisione in forma semplificata*

Si osserva in dottrina (¹⁰⁴) che mentre si può comprendere la diffidenza del legislatore per il provvedimento cautelare (nel senso che lo stesso viene da subito considerato, ove adottato, qualcosa che deve essere quanto prima superata a mezzo della sentenza di merito), non altrettanto comprensibile è lo scetticismo verso la sentenza in forma semplificata.

Si deve, quindi, prendere atto del fatto che l’istituto della sentenza breve è oggi compreso da un lato dalla possibilità di ottenere (addirittura *ante causam*) la tutela cautelare monocratica e, dall’altro, dalla prospettiva della definizione immediata del ricorso, mercè la fissazione del merito in congiunzione all’accoglimento della domanda cautelare (art. 55 comma 11) o addirittura con la fissazione del merito in sostituzione del provvedimento cautelare (art. 55 comma 10), qualora le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e adeguatamente tutelabili con la sollecita definizione del giudizio nel merito.

¹⁰¹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 29 ottobre 2002, n. 4782

¹⁰² A. Pavan, cit. pag. 272

¹⁰³ M. Santise, La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali, pag. 27, il quale evidenzia l’orientamento secondo cui “la norma di cui all’art. 125, comma 3, non impedisce *a priori*, però, l’adozione di adeguate misure cautelari, in tutti i casi in cui la stipulazione del contratto debba ancora intervenire al momento della decisione”. Saggiunge “che anche nei casi in cui il contratto non è stato ancora stipulato, il giudice amministrativo deve fare i conti con la circostanza che l’interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera è, comunque, considerato preminente e che anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente va, comunque, comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”.

¹⁰⁴ G. Castriota Scanderbeg, cit.

E' il caso di sottolineare che la decisione in forma semplificata non esime dalla necessità di articolare comunque un quadro motivazionale dettagliato ed esauriente anche per evitare sistematiche iniziative impugnatorie in seconde cure.

35) *Tutela cautelare e possibile refluenza sul giudizio di merito*

Si osserva in dottrina ⁽¹⁰⁵⁾ che la strumentalità della misura cautelare è sottoposta ad una precisa linea evolutiva.

Secondo l'orientamento tradizionale, infatti, la tutela cautelare rispetto alla decisione di merito è stata ritenuta connotarsi sotto due profili, segnatamente sia dal punto di vista strutturale che funzionale, venendo in considerazione per il primo aspetto che trattasi di effetti di natura provvisoria, essendo destinati a cessare una volta assunta la sentenza finale, mentre per il secondo che la misura in questione, essendo preordinata ad assicurare, interinalmente, gli effetti della decisione di merito, non può produrre effetti diversi o maggiori di quelli ottenibili con quest'ultima.

Ebbene, si registra una certa tendenza al superamento del rigido collegamento di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito, in quanto assume sempre più connotati anticipatori rispetto alla decisione finale, e, per certi versi pratici, anche sostitutivi della decisione finale stessa.

Del resto la possibilità che la decisione sulla domanda cautelare possa produrre effetti irreversibili trova riscontro nello stesso art. 55, comma 2, del Codice atteso che prevede la possibilità di una cauzione, cosicché la sentenza di merito può divenire superflua o comunque, nella prassi, accade che essa non viene più pronunciata.

Viene, quindi, in considerazione una sostanziale dicotomia tra la formula di cui all'art. 55 – e segnatamente i commi 1, che discorre di misure “interinali”, 4, secondo cui “La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito”, e 11, in base al quale “L'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito” – e la prassi che invece pare incline a riconoscere possibili effetti definitivi ai pronunciamenti cautelari, tanto che spesso le ordinanze cautelari non fissano la data dell'udienza appunto di merito ⁽¹⁰⁶⁾.

36) *L'interesse pubblico rilevante ai fini del giudizio cautelare*

Secondo un preciso orientamento giurisprudenziale ⁽¹⁰⁷⁾ la disamina della domanda cautelare impone al giudice amministrativo non una mera considerazione astratta in merito al pregiudizio grave che il ricorrente può subire nelle more della definizione del giudizio nel merito, ma una valutazione circa

¹⁰⁵ S. Monzani, cit.,

¹⁰⁶ Secondo Monzani la pronuncia delle misure cautelari con effetti irreversibili “deve essere limitata a quelle situazioni in cui un siffatto provvedimento costituisca l'unico modo per scongiurare un pregiudizio effettivamente grave ed irreparabile in capo al ricorrente, secondo un'interpretazione stringente circa la sussistenza di tale condizione. Diversamente, sarebbe preferibile optare per la sollecita definizione della questione nel merito ovvero per l'assunzione, già in sede cautelare, di una sentenza in forma semplificata, laddove le esigenze di urgenza o comunque di celerità sussistano, tanto da non poter attendere una pronuncia di merito secondo la procedura “ordinaria”, ma non siano estremamente stringenti, risultando, così, compatibili, con i tempi necessari al deposito di una sentenza redatta in forma semplificata o con i tempi propri di una trattazione nel merito “a breve”, fatta salva la facoltà di sospendere, nel frattempo e cautelativamente, gli effetti del provvedimento impugnato”. Il medesimo autore, nel riportare la formula dell'art. 34 cpa, osserva che “il definitivo passaggio della giurisdizione amministrativa dal modello del giudizio sull'atto a quello del giudizio sul rapporto, ha finito per dischiudere nuovi orizzonti circa il contenuto, il grado di incisività e l'ambito applicativo delle misure cautelari propulsive e sostitutive, rendendo ammissibili già in tale sede valutazioni (tendenzialmente) sostitutive dell'azione amministrativa” preordinate alla condanna nei confronti della pubblica amministrazione ad adempiere o ad assumere determinati provvedimenti.

¹⁰⁷ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 4 giugno 2020, n. 4160.

la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati in gioco. Tale evoluzione ha determinato un sostanziale avvicinamento della tutela cautelare di spettanza del giudice amministrativo rispetto a quello di competenza del giudice ordinario, tanto che si registra la conferma di tale approccio alla tema della giustizia cautelare anche da parte del Consiglio di Stato ⁽¹⁰⁸⁾ secondo cui la valutazione del pregiudizio grave ed irreparabile subito dal ricorrente deve essere effettuata facendo riferimento ad un'attenta comparazione tra l'interesse del privato ad ottenere una sospensione del provvedimento impugnato e quello dell'amministrazione a non subire un danno dalla mancata esecuzione dello stesso. Da tanto deriva che il giudice è chiamato ad effettuare la comparazione degli interessi delle parti al fine di meglio percepire il pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente potrebbe subire nelle more della definizione del giudizio. Tale circostanza va percepita non in astratto, ma in concreto, fermo restando la necessità del presupposto del *fumus* affinché il giudice accordi la misura cautelare richiesta ⁽¹⁰⁹⁾.

Rispetto al requisito dell'irreparabilità si registrano, tuttavia, due differenti orientamenti giurisprudenziali.

In base al primo, l'eventualità che il pregiudizio possa essere risarcito, eventualmente anche con la decisione di merito, escluderebbe l'irreparabilità del documento di guisa che viene enfatizzato il principio di strumentalità che lega la fase cautelare alla decisione di merito, dovendo il giudice considerare, già in questa fase, l'attitudine della sentenza a ristorare e compensare i pregiudizi sofferti dal richiedente.

Secondo un opposto orientamento, invece, l'irreparabilità non equivale ad irrisarcibilità cosicché anche un pregiudizio risarcibile con la sentenza di merito può giustificare l'adozione della misura cautelare più idonea a tutelare interinalmente la posizione del richiedente.

Questo secondo orientamento sembra porre al centro la tutela piena ed effettiva della posizione giuridica soggettiva dell'istante. In secondo luogo, testimonia il cambiamento subito negli ultimi anni dall'oggetto del giudizio amministrativo, da processo sulla legittimità dell'atto a processo sul rapporto. D'altra parte, il rimedio risarcitorio torna a rivestire una rilevanza centrale nei casi in cui la tutela cautelare non sia idonea ad evitare il prodursi del danno.

37) *La tutela cautelare tra interessi pretensivi ed oppositivi*

La diversa natura degli interessi sottesi ad una iniziativa cautelare è stata valorizzata in dottrina ⁽¹¹⁰⁾ evidenziando, *ab imis*, l'evoluzione della normativa sul processo amministrativo, a partire dalla legge istitutiva della IV Sezione nel 1889 e a finire con la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali del 1971. Il legislatore ha, infatti, previsto, come mezzo di tutela cautelare, la sospensione del provvedimento impugnato «per gravi ragioni» (così l'art. 39 del t.u.l.c.s. del 1924); ove il ricorrente alleggi «danni gravi e irreparabili»; art. 21 u.co. L. 1034/71 sui TAR).

Va al riguardo sottolineato che la proposizione del ricorso non sospende gli effetti del provvedimento impugnato rendendosi necessaria un'apposita istanza. Se questa non viene proposta o comunque non viene accordata l'amministrazione è abilitata a dare esecuzione all'atto impugnato con potenziali effetti irreversibili.

Occorre, tuttavia, operare un distinguo tra interessi pretensivi ed oppositivi, in quanto solo in tale secondo caso la sospensione del provvedimento impugnato risulta una misura efficace non anche se il provvedimento è lesivo di un interesse pretensivo.

¹⁰⁸ Cons. Stato, Sez. V, ord. 19 giugno 2020, n. 3638, che ha reputato sussistente l'elemento del *periculum in mora* in quanto prevalente l'interesse del ricorrente alla prosecuzione dell'attività economica oggetto di inibizione da parte del provvedimento impugnato.

¹⁰⁹ M.R. Calderaro, riflessioni in ordine alla tutela cautelare nel processo amministrativo e nel giudizio di responsabilità amministrativa dinnanzi alla corte dei conti, 2023, pag. 75.

¹¹⁰ G. Corso, Atti negativi, inerzia dell'amministrazione e tutela cautelare, Edizioni Scientifiche Italiane [Digitare qui]

Proprio al fine di sopperire a tale esigenza cautelare la giurisprudenza ha concepito la c.d. ordinanza propulsiva, con la quale il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di riesaminare la domanda del privato alla luce dei motivi di ricorso o di alcuni motivi di ricorso, e in questo modo piega la misura prevista dalla legge all'esigenze di tutela cautelare di colui che fa valere un interesse pretensivo ⁽¹¹¹⁾.

Di qui la previsione di cui all'art. 55 del codice del processo amministrativo secondo cui la tutela cautelare è attuata a mezzo di misure «che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso» per ovviare al «pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione». È sostanzialmente la formula dell'art. 700 del cod. proc. civ. che viene estesa al processo amministrativo.

Sul tema si registrano le precise osservazioni di chi ⁽¹¹²⁾ evidenzia che “nel nostro ordinamento la possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari atipici si pone in termini problematici soprattutto con riguardo agli interessi pretensivi (dato che negli interessi oppositivi la soddisfazione dell'interesse cautelare è ben assicurata dalla mera sospensione del provvedimento impugnato)”.

Occorre, peraltro distinguere tra esercizio di azione amministrativa discrezionale e vincolata, in quanto nel primo caso le esigenze cautelari si devono contemperare con il principio di riserva di amministrazione.

Ne consegue che la facoltà che compete al giudice è soltanto quella di adottare provvedimenti cautelari propulsivi per il riesercizio dell'azione, fermo restando che non costituisce una operazione semplice la enucleazione di indicazioni conformative in una fase di prima cognizione della causa e senza che sia consentito al giudice, tanto più in fase cautelare, di sostituirsi al giudice.

38) *La tutela cautelare tra difetto di competenza e di giurisdizione*

E' un tema che può sembrare privo di rilievo problematico, in quanto è del tutto scontato che il giudice sfornito di giurisdizione o di competenza non è nelle condizioni di fornire la misura cautelare richiesta.

Tuttavia la disciplina introdotta nel 2010 è stata sottoposta ad alcune riflessioni dottrinali ⁽¹¹³⁾ in quanto non si può escludere che l'istanza cautelare sia proposta davanti ad un giudice incompetente, così da far affiorare una questione che non può, ma deve essere affrontata per evitare il rischio che la relativa decisione sia assunta pur nel difetto di competenza con ricaduta esiziale sulla sentenza di primo grado sia pure secondo una tempistica rallentata dalla necessità di articolare la relativa contestazione nel giudizio di seconde cure.

Ebbene, non si vede per quale motivo il giudizio cautelare nel processo amministrativo non sia sovrapponibile, sotto tal profilo, con il processo cautelare innanzi al giudice civile, chiamato a verificare una volta per tutte la sussistenza dei presupposti processuali.

Nel processo amministrativo, ad esclusione del regolamento di competenza, occorre rilevare che non si materializzano le conseguenze contemplate nel giudizio civile a seguito della prima udienza di comparazione, che appunto preclude la rinnovata verifica dei presupposti processuali, di guisa che nulla esclude che la questione di competenza possa essere riproposta.

Ebbene, quali sono le iniziative che può assumere il giudice amministrativo laddove ritenga insussistente o comunque dubbia la competenza.

Premesso che laddove il TAR ritenga sussistente la propria competenza ciò non preclude al giudice di seconde cure di opinare in senso contrario, così annullando l'ordinanza e indicando il giudice competente, possono verificarsi due residue ipotesi: 1) nella prima il giudice di primo grado, se si

¹¹¹ A. Tortora, Ordinanze propulsive (*remand*) nel procedimento cautelare e consumazione della discrezionalità amministrativa in sede di giudizio, pagg. 11 e ss.

¹¹² G. Castriota Scanderbeg, cit.

¹¹³ G. Castriota Scanderbeg, cit. pagg. 9 e ss.

reputa privo di competenza, dovrà sollevare regolamento di competenza senza pronunciare sulla domanda cautelare; 2) nella seconda, non reputando la questione di competenza di facile soluzione, la rimetterà d'ufficio con ordinanza al Consiglio di Stato sollevando regolamento di competenza ed indicando il giudice ritenuto *prima facie* competente.

Trattasi di una peculiare evoluzione del giudizio cautelare, in quanto è chiamato ad assumere la relativa determinazione un giudice che potrebbe risultare privo di competenza all'esito della pronuncia del Consiglio di Stato in sede di regolamento di competenza. L'obiettivo del legislatore è evidentemente quello di evitare il deprecabile fenomeno del *forum shopping*, con la conseguenza però che ad essere investito della cautela è un giudice innanzi al quale non pende alcun ricorso cosicché occorre chiedersi "se dinanzi a questo giudice deve anche essere proposto e per esteso il ricorso cui la cautela accede o se è sufficiente la sola proposizione della istanza cautelare, anche disancorata dal ricorso" ⁽¹¹⁴⁾.

Ebbene la disciplina testé esaminata si differenzia in maniera significativa da quella che riguarda il difetto di giurisdizione, in quanto laddove tale relativa decisione sia stata assunta, ritenendo evidentemente sussistente la propria giurisdizione, la pronuncia è assistita in ogni caso di efficacia ultrattiva, anche nel caso che il giudice d'appello (art. 62) dovesse rilevare la carenza di giurisdizione del g.a.

Tale disciplina riflette una esigenza obiettiva che è quella di assicurare comunque una tempistica idonea a non incidere in maniera automatica sulle esigenze cautelari sottese alla relativa domanda, di tal che la misura cautelare perde efficacia dopo trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che ha dichiarato il difetto di giurisdizione.

39) I riflessi della cautela sui contratti d'appalto

E' dato rilevare che la riforma del Codice degli appalti pubblici del 2016 ha determinato una riconfigurazione della tutela cautelare, che incide sulle sue finalità e ne fa oggetto di un giudizio *sui generis*.

In particolare, per la prima volta, vengono in gioco, in sede cautelare, gli interessi generali, ovvero situazioni giuridiche differenti dall'interesse pubblico (dell'amministrazione) e dai diritti soggettivi e/o dagli interessi legittimi (delle parti private), che solitamente non emergono nel giudizio amministrativo.

Si osserva, infatti, che "Con la codificazione dei contratti pubblici, infatti, si è colta l'occasione per rendere esplicito e, altresì, accentuare l'obbligatorietà, in sede cautelare, di una valutazione e comparazione dell'interesse pubblico, accanto a quello del ricorrente (cfr. l'art. 246, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, sulle controversie in tema di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale. Norma successivamente trasfusa, con pressoché identica formulazione, nel c.p.a., all'art. 125)" ⁽¹¹⁵⁾.

Così l'articolo 204 (Ricorsi giurisdizionali), comma 1, Decreto Legislativo n. 50 del 2016, nel modificare l'articolo 120 (che reca disposizioni specifiche ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) del Codice del processo amministrativo del 2010, vi introduce il comma 8-ter che dispone: «Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione».

Questa novità "rappresenta una reazione all'eccesso di uso della tutela cautelare in nome dei principi di effettività, satisfattività e di pienezza di tutela" ⁽¹¹⁶⁾.

¹¹⁴ G. Castriota Scanderbeg, cit. pag. 12

¹¹⁵ G. Poli, cit. pag. 312

¹¹⁶ G. Severini

Circa i riflessi della domanda cautelare sul giudizio in materia di appalti deve osservarsi che la relativa disciplina prevede dei peculiari effetti automatici (¹¹⁷)

40) *L'appellabilità delle pronunce cautelari*

Occorre innanzitutto osservare l'appellabilità delle ordinanze cautelari non è stata sempre ammessa, ma costituisce il punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo, atteso che in un primo momento la giurisprudenza del Consiglio di Stato e parte della dottrina assunsero una posizione contraria (¹¹⁸). Si è affermato poi un orientamento di segno contrario, ancora una volta sia in ambito giurisprudenziale (¹¹⁹) che dottrinale (¹²⁰) e la questione è stata definitivamente risolta dall'intervento della Corte costituzionale con la pronuncia del 1° febbraio 1982, n. 8 secondo cui l'appellabilità è un carattere essenziale della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa, normalmente ordinato in doppio grado per tutti i provvedimenti decisori, come sono evidentemente anche le ordinanze cautelari. Bisogna, tuttavia, ribadire che l'appello cautelare è, di regola, ammesso solamente avverso le ordinanze collegiali e non anche nei confronti dei decreti monocratici (¹²¹).

La questione è stata risolta in senso positivo, cioè nel senso dell'appellabilità delle ordinanze cautelari, da Cons. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 1978, n. 1, secondo cui l'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale che definisce l'istanza di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato ha natura decisoria con effetti imperativi simili alla sentenza, con la conseguenza che è sicuramente suscettibile di appello dinnanzi al Consiglio di Stato.

A voler effettuare un confronto tra le pronunce di primo e secondo grado viene in evidenza che molto spesso il Consiglio di Stato nell'accogliere l'appello cautelare, riformando l'ordinanza di primo grado, si limita a prendere atto dell'esigenza di una celere fissazione da parte del Tribunale amministrativo regionale dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, del codice del

¹¹⁷ E. Follieri, I POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL DECRETO LEGISLATIVO 20 MARZO 2010 N. 53 E NEGLI ARTT. 120-124 DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO, 2023, pag. 1112, il quale osserva che “Il pregiudizio grave e irreparabile è stato valutato, in via preventiva e generale, dal legislatore per la tutela prioritaria dell'interesse del concorrente (illegittimamente) non vincitore ad eseguire l'appalto”.

¹¹⁸ Si è registrato in tal senso un preciso orientamento suffragato sia da pronunce giurisprudenziali (Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 1977, n. 846) che dottrinali (E.M. Barbieri, Sull'appellabilità delle ordinanze dei T.a.r. in materia di sospensione dei provvedimenti impugnati, in Riv. dir. proc., 1978, 344; E. Cannada Bartoli, Processo amministrativo cautelare e doppio grado di giurisdizione, ivi, 1977, 548; A. Albinì, Della non appellabilità *ex se* delle ordinanze dei TAR sulla sospensiva, in Foro amm., 1977, 1367; R. Lucifredi, V. Caianiello, I tribunali amministrativi regionali, Torino, Utet, 1972, 203).

¹¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, ord. 22 aprile 1977, n. 29; si rammenti anche Cons. Stato, Sez. VI, ord. 30 giugno 2020, n. 3822, che, dinnanzi ad un provvedimento sanzionatorio, di tipo pecuniario, irrogato dall'Agcm, ha accolto l'appello cautelare, sospendendo conseguentemente l'esecutività del provvedimento, ai soli fini della fissazione celere dell'udienza di merito dinnanzi al Tar, ritenendo che l'interesse di carattere patrimoniale del ricorrente potesse ritenersi adeguatamente tutelato attraverso quest'ultima misura.

¹²⁰ A. Carullo, Il doppio grado di giurisdizione nel giudizio cautelare amministrativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, 1115

¹²¹ Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 39, in Foro it., 2019, III, 117, secondo cui nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato è incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del TAR, in quanto, ai sensi dell'art. 62 c.p.a., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del Tar, essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale; *contra*, però Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, *ibidem*, che ha ammesso la possibilità dell'appello, e non solo della richiesta di modifica o di revoca, dei decreti monocratici

processo amministrativo, avendo ravvisato la sussistenza del *periculum in mora* per il ricorrente. Attraverso una comparazione degli interessi in gioco, vuole che la valutazione sulla fondatezza del ricorso venga effettuata non solamente provvisoriamente, fornendo una valutazione prognostica sul fumus, ma *re adhuc integra* entrando nel merito delle doglianze sollevate nei confronti del provvedimento impugnato, evidenziandosi così, in questo caso, la forte strumentalità della tutela cautelare rispetto al giudizio di merito. Il Consiglio di Stato utilizza oramai questo metro di giudizio non solo ove è chiamato a pronunciarsi su un appello cautelare, ovvero sull'impugnazione proposta ex art. 62 del codice del processo amministrativo avverso le ordinanze cautelari adottate in primo grado, ma anche laddove si trovi al cospetto di una richiesta di misura cautelare "propria" del secondo grado di giudizio, ovvero di un'istanza di sospensione, nelle more della definizione del merito.

Circa poi la determinazione del commissario *ad acta* resa in sede di esecuzione dell'ordinanza dell'appello cautelare ci si chiede se possa essere qualificata come un riesame nel merito della vicenda già decisa dall'amministrazione, con la conseguenza che sarebbe necessaria un'espressa impugnazione di tale determinazione innanzi al giudice dell'ottemperanza. Si registra un preciso orientamento dottrinale negativo ⁽¹²²⁾

41) *La questione di legittimità costituzionale nel corso della fase cautelare*

Occorre premettere che la Corte costituzionale ⁽¹²³⁾ è approdata al riconoscimento del significato costituzionale della tutela cautelare evidenziando che questa esercita una "funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale" e che <<la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del "principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione">>. Si sottolinea, tuttavia, in dottrina ⁽¹²⁴⁾ che potrebbe profilarsi una antinomia tra norma ordinaria e Costituzione laddove la situazione soggettiva *sub iudice* sia pregiudicata o negata da una norma ordinaria di dubbia legittimità. Il giudice della cautela sarebbe, pertanto, tenuto a rimettere la questione al giudice costituzionale, sospendendo il procedimento dinanzi a sé, ma così rischiando di vulnerare le ragioni di effettività che presiedono alla giurisdizione cautelare ⁽¹²⁵⁾.

Viene in evidenza il fatto che si registrano ben quattro differenti indirizzi ora nel senso della necessità di rigettare tout court l'istanza cautelare ora di sospendere il procedimento cautelare e rimettere la questione alla Corte costituzionale; per un terzo orientamento nel senso che sarebbe concedibile la misura cautelare previa disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale (quanto meno ai fini della pronuncia cautelare); ora, infine, nel senso che "il giudice della fase cautelare dovrebbe concedere la misura in via del tutto provvisoria (*ad tempus*), condizionandone la sopravvivenza all'esito del

¹²² A. Sandulli, Gli effetti dell'esecuzione dell'appello cautelare sulla sentenza amministrativa di primo grado, *Diritto processuale amministrativo*, 2021, pag. 733

¹²³ Corte cost., sentenza 25 giugno 1985, n. 190

¹²⁴ G. Menegus, Tutela cautelare e questione di legittimità, pag. 1

¹²⁵ G. Menegus, cit. osserva che "Sembra dunque porsi all'interprete una drastica alternativa: sacrificare l'effettività della tutela giurisdizionale, in ossequio ad un formalistico rispetto del principio di sindacato accentrato; oppure disapplicare – quanto meno ai fini cautelari – la norma di dubbia legittimità e, così facendo, violare le prerogative della Corte costituzionale". Formula, altresì, una importante riflessione laddove evidenzia che le sole misure cautelari conservative non sono idonee ad impedire che, nel tempo occorrente per portare a termine il processo, la situazione di fatto venga alterata in modo tale da rendere impossibile o molto più difficile la concreta soddisfazione del diritto, essendo così costituzionalmente necessaria la disponibilità di misure cd. anticipatorie, capaci di arginare l'eventualità che, tenuto conto della natura e della funzione del diritto, il protrarsi dell'insoddisfazione del diritto o la sua soddisfazione tardiva arrechi al titolare del diritto stesso un pregiudizio non riparabile *ex post*.

[Digitare qui]

giudizio costituzionale, che egli è comunque tenuto a instaurare contestualmente alla pronuncia cautelare” (¹²⁶). Sul punto si registra un preciso orientamento dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo cui “al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi ove ne ricorrano i presupposti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione”. La Corte costituzionale (¹²⁷) ha peraltro affermato che la concessione del provvedimento cautelare *ad tempus*, per non comportare l’esaurimento della *potestas iudicandi*, deve appuntarsi, «quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale».

Non si rinvergono, infine, ragioni specifiche che denotino la necessità di attribuire anche alla Corte costituzionale un autonomo potere cautelare.

42) *La sentenza in forma semplificata*

Viene in considerazione la formula di cui all’art. 60, comma 1, c.p.a., da cui è dato evincere che vi sia una sostanziale sovrapposizione tra i presupposti sostanziali ai fini dell’adozione della sentenza breve in sede cautelare con quelli sottesi alla sentenza succintamente motivata emessa in sede di discussione del merito, quali la manifesta fondatezza ovvero irricevibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso (¹²⁸). Va, altresì, evidenziato che l’immediata definizione del giudizio nel merito già in sede di decisione della domanda cautelare impone l’esercizio di una cognizione piena e di un completo contraddittorio. Al riguardo si registra un preciso orientamento giurisprudenziale (¹²⁹) secondo cui la decisione immediata può essere assunta anche quando le parti non siano ancora costituite, essendo sufficiente il mero decorso dei termini per la trattazione della domanda cautelare. Se è vero, infine, che è rimessa al prudente apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti la definizione immediata del giudizio nel merito è vero anche che occorre che il collegio abbia avvertito le parti della riserva di decidere nel merito la controversia (¹³⁰).

43) *Le più recenti pronunce e la possibile ulteriore evoluzione del giudizio cautelare*

Occorre rilevare che la materia cautelare è interessata da un quadro evolutivo che potrebbe condurre alla rivisitazione di alcuni profili della sua attitudine operativa. Si osserva, infatti, in dottrina che il carattere di strumentalità rispetto alla decisione di merito ontologicamente connaturato alla misura cautelare pare essere entrato in “tensione”, perlomeno in una certa misura, rispetto ad una tendenza,

¹²⁶ G. Menegus, cit., pag. 3

¹²⁷ Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25

¹²⁸ R. Leonardi, La tutela cautelare nel processo amministrativo, Giuffrè editore, 2010, pag. 243

¹²⁹ Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2007, n. 1882; Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2010, n. 1134

¹³⁰ In tema di sentenza in forma semplificata si segnala una piuttosto recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 7045 del 20 ottobre 2021, laddove osserva che “questo stesso Consiglio ha pure precisato che non può costituire motivo di appello la scelta del giudice di primo grado di pronunciare con uno od un altro dei tipi di sentenza previsti dall’ordinamento processuale e, quindi, anche con sentenza in forma semplificata, potendo solo essere censurata la motivazione che sorregge la pronuncia, quanto a congruità e correttezza. 8.1. Se una sentenza è resa in forma semplificata, con tale forma decisoria supponendosi una più stringata motivazione in relazione all’esame e decisioni assunte sui motivi di ricorso, ciò rileva non sul piano formale, poiché è irrilevante la qualificazione testuale dell’atto del giudice, bensì sul piano sostanziale e cioè, afferma la giurisprudenza di questo Consiglio, in ordine alla concreta sussistenza dei presupposti, quali la completezza di istruttoria e di contraddittorio nonché l’adeguatezza della motivazione.

[Digitare qui]

che talvolta si intravede nella prassi, ad assumere una funzione anticipatoria e quasi sostitutiva della pronuncia finale ⁽¹³¹⁾.

Ciò che viene in evidenza è che, con l'introduzione del principio di atipicità dei provvedimenti cautelari, il baricentro della relativa tutela si dirige più verso la sentenza da emanare che verso il provvedimento da sospendere. Avvertita, cioè, l'esigenza di assicurare i vari effetti utili cui il ricorrente aspira con la decisione finale, si tende ad enfatizzare il principio di atipicità delle misure cautelari sulla base dei poteri decisorii di cui il giudice dispone, con la conseguenza che si tende a superare il collegamento di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito per valorizzarlo ad altri fini e segnatamente per assumere sempre più connotati anticipatori rispetto alla decisione finale, e, per certi versi pratici, anche sostitutivi della decisione finale stessa. Si è già evidenziato che la decisione sulla domanda cautelare può produrre effetti irreversibili, tanto che l'art. 55, comma 2, del Codice prevede la possibilità di prevedere una cauzione, di guisa che la decisione di merito può divenire superflua ⁽¹³²⁾.

44) Segue: le ultime novità giurisprudenziali

Il Consiglio di Stato, sezione II, con decisione resa in sede monocratica nel procedimento elettorale ex art. 129 c.p.a. (decreto 16 settembre 2021, n. 5030 – Pres. De Francisco) si è espresso nel senso della inammissibilità della istanza di misure cautelari, ritenendo appunto che *“È inammissibile l'istanza di misure cautelari monocratiche nel procedimento elettorale ex art. 129 c.p.a., connotato da un rito particolarissimo e iper-accelerato per la definizione dei procedimenti elettorali aventi a oggetto l'esclusione di liste e candidati, nel quale l'udienza di merito si tiene entro tre giorni dal deposito dell'appello e la sentenza che definisce il giudizio è pubblicata nello stesso giorno.”* ⁽¹³³⁾

Ancor più di recente viene in considerazione una ulteriore pronuncia della Sezione II del Consiglio di Stato, (17 febbraio 2025, n. 1256 – Pres. Poli, Est. Addresso) *“Sul consolidamento degli effetti della scia e sull'ordine di sospensione dei lavori”* secondo cui *“È illegittima l'ordinanza di demolizione di*

¹³¹ S. Monzani, cit.

¹³² S. Monzani, il quale osserva che “Il carattere “anticipatamente decisorio” di talune ordinanze cautelari pare essere in qualche modo assecondato anche dal fatto che nel nostro sistema vi è corrispondenza tra il giudice cautelare e il giudice del merito: ciò determina la conseguenza che, una volta apprezzata l'esistenza del *fumus boni juris* in sede cautelare, difficilmente lo stesso giudice, o comunque lo stesso collegio, è portato a mutare orientamento nella successiva fase di merito che si svolge sulla medesima questione”. E' il caso tuttavia di precisare che la disamina *funditus* delle ragioni a sostegno del gravame avviene in piena autonomia da parte del Collegio, a prescindere dalla sua composizione, cosicché nessuna refluenza il giudizio cautelare ha su quello di merito.

¹³³ Ha chiarito il decreto che il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v'è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall'immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall'esser proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell'atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l'esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni. Il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v'è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall'immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall'essere proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell'atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l'esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni.

opere edilizie già oggetto di segnalazione certificata di inizio attività cui non ha fatto seguito – nei termini perentori di cui all'art. 19, commi 3 e 6-bis, della l. 7 agosto 1990, n. 241 – alcun provvedimento inibitorio con conseguente consolidamento degli effetti, ai sensi degli artt. 19, comma 3, l. n. 241/1990. In ragione della sua natura cautelare e temporanea, il provvedimento di sospensione dei lavori di cui all'art. 27, comma, 3 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, perde efficacia una volta decorso il termine senza l'adozione del provvedimento definitivo. Il provvedimento di sospensione dei lavori ove riconducibile – per il suo chiaro contenuto e il suo tenore letterale – all'art. 27 comma 3 d.P.R. n. 380/2001 non può qualificarsi come atto di inibizione definitiva dell'attività segnalata ex art. 19, commi 3 e 6-bis, della l. 7 agosto 1990, n. 241. (3)

Altra pronuncia inerente al tema in esame è quella che verte sulla procedibilità dell'incidente cautelare in appello con istanza di fissazione di udienza presentata dalla parte appellata. Il Consiglio di Stato (sezione II, 20 febbraio 2025, n. 1440 – Pres. Taormina, Est. De Carlo) si è espresso al riguardo ritenendo che *“Una volta che sia stato proposto appello, con richiesta di tutela cautelare, la circostanza che l'istanza di fissazione dell'udienza sia stata presentata unicamente dalla parte appellata, non preclude che venga fissata l'udienza camerale per deliberare l'incidente cautelare, visto che l'art. 55 c.p.a. rinvia alla istanza di fissazione disciplinata dall'art. 71 c.p.a. (presentabile da ciascuna parte), senza precisare che l'unico soggetto deputato a rendere procedibile l'istanza cautelare sia il soggetto che ha articolato tale richiesta; peraltro se è ben vero che dominus del petitum cautelare è unicamente la parte che lo propone, è altrettanto vero che questi è comunque tutelato in detta sua prerogativa, potendovi rinunciare in qualsiasi momento. D'altronde la parte appellata, destinataria di un provvedimento giurisdizionale, seppur non definitivo, favorevole, financo eseguibile con il rimedio dell'ottemperanza, deve potere prendere le iniziative processuali idonee a pervenire ad un giudizio favorevole sul petitum cautelare in termini solleciti, al fine di eventualmente elidere lo stato di endemica provvisorietà e incertezza che già la semplice proposizione del petitum comporta sulla stabilità del provvedimento”*.⁽¹³⁴⁾

La sezione II del Consiglio di Stato (decreto 16 settembre 2021, n. 5030 – Pres. De Francisco) si è espressa anche in tema di inammissibilità della istanza di misure cautelari monocratiche nel procedimento elettorale ex art. 129 c.p.a. ritenendo che *“È inammissibile l'istanza di misure cautelari monocratiche nel procedimento elettorale ex art. 129 c.p.a., connotato da un rito particolarissimo e iper-accelerato per la definizione dei procedimenti 339 elettorali aventi a oggetto l'esclusione di liste e candidati, nel quale l'udienza di merito si tiene entro tre giorni dal deposito dell'appello e la sentenza che definisce il giudizio è pubblicata nello stesso giorno*.⁽¹³⁵⁾

¹³⁴ Difformi: Cons. Stato, sez. III, decreto 15 gennaio 2025, n. 36 secondo cui sebbene, in applicazione dell'art. 71 c.p.a., l'istanza di fissazione di udienza proveniente da una parte diversa dal ricorrente sia idonea a conseguire il risultato e a impedire (purché tempestiva) il decorrere e il maturare della perenzione annuale, ai fini della procedibilità dell'istanza cautelare, in applicazione del disposto dell'art. 55 comma 4 c.p.a., l'istanza di fissazione dell'udienza di merito deve provenire dalla parte che ha chiesto la tutela cautelare, rientrando detta richiesta nella disponibilità esclusiva della parte, la quale solamente può valutare se farla calendarizzare o (implicitamente) rinunciarvi; peraltro nel giudizio di appello, a fronte di una sentenza esecutiva, solo la parte lesa dall'esecutività della sentenza può dolersene e chiederne la sospensione; per converso, la parte che si avvantaggia di una sentenza esecutiva può, ove la sentenza non venga eseguita, chiederne l'esecuzione nei modi di legge, ma non anche chiedere che il giudice di appello certifichi, d'ufficio e in assenza di iniziativa del soccombente, l'esecutività della sentenza.

¹³⁵ Ha chiarito il decreto che il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v'è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall'immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione [Digitare qui]

La medesima sezione (decreto 4 maggio 2021, n. 2289 – Pres. Cirillo) ha poi precisato che l'appello cautelare contro il decreto presidenziale ha carattere eccezionale. In particolare si è espressa nel senso che “E’ inammissibile l'appello cautelare contro il decreto presidenziale per il chiaro disposto dell’art. 56 c.p. a., che espressamente ne stabilisce la non appellabilità, fatta salva, nel caso del tutto eccezionale, l'appellabilità qualora abbia un contenuto decisorio tale da definire in maniera irreversibile la materia del contendere, come nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere, come negli eccezionali casi di un decreto cui non segua affatto una camera di consiglio o in cui la fissazione della camera di consiglio avvenga con una tempistica talmente irragionevole da togliere ogni utilità alla pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio (di talché residuino al limite questioni risarcitorie), dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado”.

Viene in evidenza, altresì, una recente pronuncia della sezione II del Consiglio di Stato (sentenza non definitiva 26 gennaio 2026, n. 656 – Pres. Taormina, Est. Basilico) che ha rimesso alla Plenaria le conseguenze della sospensione giudiziale dell’ingiunzione di ripristino di un abuso edilizio sul decorso del termine per adempiervi. Ha, in particolare, osservato il Collegio che “In tema di destinazione d’uso di un immobile ad edificio di culto è irrilevante, ai fini dell’accertamento della sua legittimità sul piano urbanistico (anche nella prospettiva di verificare il rispetto di un eventuale ordine di rimessione in pristino emesso dall’amministrazione ed il prodursi del connesso effetto acquisitivo al patrimonio comunale), la circostanza che l’associazione proprietaria dello stesso sia iscritta nel registro unico nazionale del terzo settore in quanto lo speciale regime previsto dall’art. 71 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 trova applicazione con riguardo alle sole attività elencate all’art. 5 del medesimo d.lgs. n.117 del 2017 tra cui non rientra l’esercizio del culto”. È pertanto deferita all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la seguente questione di diritto: “se l’emissione di un provvedimento giurisdizionale che sospenda in via cautelare gli effetti ovvero disponga l’annullamento di un’ingiunzione di ripristino di un abuso edilizio comporti la mera sospensione del termine di novanta giorni per l’adempimento, decorso il quale il bene abusivo è acquistato di diritto al patrimonio del comune, ovvero comporti l’interruzione di tale termine, che riprende a decorrere per intero solo a seguito della definizione del giudizio con rigetto del ricorso del privato”.

Si registra, poi, una altrettanto recente ordinanza di prime cure (segnatamente del T.a.r. per la Campania, sezione VII, ordinanza 2 marzo 2026, n. 613 – Pres. Maddalena, Est. Abbate) che si sofferma sull’inammissibilità del ricorso avverso un provvedimento di attuazione di un’ordinanza

delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall’esser proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell’atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l’esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni. Il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v’è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall’immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall’esser proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell’atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l’esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni.

cautelare del Consiglio di Stato. Il Collegio ha, in particolare, ritenuto che “In caso di impugnazione di un atto di annullamento in autotutela, è inammissibile il ricorso avverso un provvedimento che costituisce attuazione di un’ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, anche laddove il ricorrente lamentasse che l’autorità procedente abbia con ciò ecceduto i limiti dell’ordinanza che si dichiara di attuare. Ciò in quanto ogni questione attinente alla corretta esecuzione di una decisione cautelare è di competenza del giudice dinanzi a cui pende il giudizio di merito”.

Ancora di recente si registra la pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale (ordinanza 25 febbraio 2026, n. 106 – Pres. de Francisco, Est. Francola) secondo cui “Ai sensi dell’art. 267 TFUE, vanno rimesse alla Corte di giustizia dell’Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se i principi di proporzionalità e ragionevolezza, di cui al considerando 101 e agli articoli 18, par. 1, e 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, debbano essere interpretati nel senso che ostino all’introduzione o all’interpretazione di una normativa interna come l’art. 80, comma 5 lett. f), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che imponga alle stazioni appaltanti, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale, l’esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico in ragione di un provvedimento cautelare sopravvenuto in corso di gara che inibisce per pochi giorni la capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, recidendo soltanto per siffatto limitato periodo di tempo la continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale;

2) se le medesime norme e i predetti principi ostino all’introduzione o all’interpretazione di una normativa interna come l’art. 80, comma 5 lett. f), del decreto legislativo n. 50 del 2016 che non consenta alle stazioni appaltanti di valutare le eventuali misure di *self-cleaning* adottate dall’operatore economico che, nelle more della gara, sia attinto da un provvedimento cautelare che inibisca per pochi giorni la capacità di contrarre con la Pubblica Amministrazione”.

47) Conclusioni

In effetti assistiamo ad una incessante evoluzione della tutela cautelare e segnatamente nel processo amministrativo e ciò in considerazione di diversi fattori che denotano la specificità della stessa.

Tale tutela, infatti, ha assunto connotati di ampia e variegata atipicità tanto che ormai “non si esaurisce più nella mera sospensione di un atto – la quale, però, resta statisticamente la più frequente pronuncia del giudizio cautelare”⁽¹³⁶⁾. Vi sono dei casi, infatti, in cui l’intervento cautelare si rende necessario per assicurare interinalmente l’utilità della decisione di merito come in ipotesi di contenzioso elettorale o di provvedimenti demolitori⁽¹³⁷⁾.

Orbene, in questo processo evolutivo si evidenzia, in particolare, la tecnica del *remand* e questo per la sua potenziale attitudine ad incidere in maniera definitiva sull’esito del giudizio. E’ questo senz’altro il profilo più problematico di uno strumento che, per sua natura, dovrebbe avere una mera

¹³⁶ E. De Francisco, il nuovo codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado, pag. 2, il quale per giunta osserva che “una grande novità del nuovo rito cautelare è l’improcedibilità della domanda cautelare fino alla presentazione dell’istanza di fissazione d’udienza” (cfr. Pag. 8) e questo per evitare la protrazione per un lungo lasso di tempo di pronunce cautelari che sospendevano l’efficacia degli atti impugnati.

¹³⁷ Più complesso è il caso della domanda cautelare in materia di accesso, in quanto se è vero che la natura accelerata di tale giudizio non esclude la possibilità di presentare domande siffatte, è vero anche che l’ostensione documentale anticipata può produrre effetti irreversibili.

finalità conservativa e protettiva senza alcuna incidenza sull'esito di un giudizio che riserva al merito ogni determinazione al riguardo.

Sul tema si registrano precise riflessioni giurisprudenziali ⁽¹³⁸⁾ che inducono a ritenere che il *remand* abbia dei margini applicativi fortemente limitati. La giurisprudenza, infatti, riconosce sì la legittimità di misure anticipatorie ma purché prive di carattere irreversibile rispetto alla pronuncia di merito. Vengono in evidenza due fattispecie significative e segnatamente le misure a contenuto positivo, come l'ammissione con riserva alla prova orale di un concorso pubblico o a un corso di laurea, e misure sospensive che esercitano una funzione strumentale alla sentenza di annullamento.

Ebbene si osserva in dottrina ⁽¹³⁹⁾ che laddove il riesercizio del potere amministrativo abbia carattere eliminatorio si determina un annullamento implicito dell'atto *prima facie* viziato, con conseguente cessazione, totale o parziale, della materia del contendere. Trova, infatti, applicazione il principio *factum infectum fieri nequit*, in quanto il nuovo provvedimento costituisce esercizio di un potere autonomo e distinto rispetto alla mera esecuzione della pronuncia cautelare.

Ebbene si registra la progressiva attenuazione del carattere strumentale delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito nel giudizio amministrativo, imponendo sovente il giudice amministrativo l'adozione di un nuovo provvedimento – come nel caso di non ammissione di un alunno alla classe successiva o di diniego di trasferimento motivato con generiche esigenze di servizio – potenzialmente in grado di refluire in maniera irreversibile sull'esito del giudizio cautelare.

Di qui il recente orientamento giurisprudenziale ⁽¹⁴⁰⁾ incline a evitare il *remand*, preferendo invece sollecitare la definizione del giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

Si osserva tuttavia in dottrina che “Tale soluzione rischia di tradursi in un vuoto di tutela effettiva, soprattutto nei casi in cui la trattazione del merito subisca ritardi significativi a causa del sovraccarico dei ruoli e dell'elevato numero di ricorsi pendenti” ⁽¹⁴¹⁾.

¹³⁸ cgars, sez. Giur., 25 novembre 2025, ord. N. 362, secondo cui «in nessun caso il giudice può ordinare all'amministrazione (con misura di c.d. “*remand*”) di provvedere diversamente ancor prima d'aver annullato (con sentenza) l'atto impugnato, facendo così surrettiziamente cessare la materia controversa senza e prima di aver reso alcuna decisione sul merito».

¹³⁹ G. Taglianetti, verso un impiego eccezionale del *remand*?, In diritto e processo amministrativo, 26 marzo 2026 pagg. 4 e ss.

¹⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. IV-*quater*, 29 agosto 2025, n. 4600; CGARS, sezione giurisdizionale, ordinanza 28 novembre 2025, n. 378 secondo cui il *remand* deve essere limitato alle situazioni di urgenza non adeguatamente fronteggiabili mediante gli strumenti ordinari già approntati dal codice del processo amministrativo, come la fissazione del merito a breve ai sensi dell'art.55, comma 10, c.p.a.

¹⁴¹ G. Taglianetti, cit. pag. 12, il quale peraltro evidenzia come, proprio al fine di assicurare un livello adeguato di tutela giurisdizionale effettiva, si ritiene ammissibile l'impugnazione in appello di un decreto cautelare monocratico di rigetto ai sensi dell'art. 56 c.p.a., nonostante il secondo comma della medesima disposizione qualifichi espressamente tale decreto come «non impugnabile» (Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2020, decr. n. 6453)

[Digitare qui]