

# La natura del *remand*: tra misura cautelare atipica e sentenza sommaria

di Manlio Lisanti

SOMMARIO: 1. Le ordinanze propulsive. – 2. Applicazione del remand negli orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali. – 3. Rilievi critici del Consiglio di Stato. – 4. Limiti al riesercizio del potere in sede di remand. – 5. Possibile soluzione della problematica in base alla natura assunta dal remand.

## 1. *Le ordinanze propulsive*

Il Codice del processo amministrativo ha introdotto il principio di atipicità delle misure cautelari col quale è stato attribuito al giudice quell'ampio potere volto a mantenere l'effettività del bene della vita per tutta la durata del processo<sup>1</sup>. Viene quindi consentito al giudice di calibrare la misura cautelare in base alle esigenze del caso concreto, svincolandosi dalla sola misura sospensiva dell'efficacia del provvedimento<sup>2</sup> e ammettendo ulteriori rimedi, adottabili per dare tutela interinale anche agli interessi legittimi oppositivi<sup>3</sup> (pure nei casi in cui il ricorrente invochi il potere di autotutela o comunque sanzionatorio dell'amministrazione), agli interessi pretensivi, e ai diritti soggettivi.

Proprio con questo intento hanno trovato applicazione misure a contenuto negativo, propulsive, sostitutive e ordinatorie (che hanno carattere patrimoniale e che di norma si riferiscono a diritti soggettivi).

Più nello specifico, con il meccanismo messo a punto dalla innovazione legislativa delle ordinanze propulsive, il giudice, oltre a sospendere il provvedimento, stimola allo stesso tempo il suo riesame da parte dell'amministrazione, la quale dovrà perciò ripetere la propria attività valutativa – discrezionale con un nuovo vaglio, di norma tenendo conto delle linee guida offerte dal giudice amministrativo, senza tuttavia un obbligo specifico in tal senso<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e costituzione*, Nota a Corte Cost., 1° febbraio 1982, n. 8, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 311; A. BIANCHI, *Denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 197. Quest'ultimo Autore sottolinea che la stessa fase del processo contribuisce al concreto esercizio del potere amministrativo, il quale si sostanzia nel bilanciamento di interessi, tra quelli pubblici e quelli privati, comprimibili, come spesso ricordato dalla CEDU, tenendo come riferimento principale il criterio di proporzionalità. In ordine al fondamentale criterio di proporzionalità si rinvia a S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.

<sup>2</sup> E. FOLLIERI, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, 1992, 243.

<sup>3</sup> R. MUSONE, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 316.

<sup>4</sup> M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1130. L'Autrice individua nel rapporto che viene instaurato dal giudice della fase cautelare con l'amministrazione un vero e proprio

Le prime aperture verso l'applicabilità delle ordinanze cautelari propulsive sono avvenute con riferimento all'ambito degli esami e delle procedure concorsuali, nelle quali il giudice amministrativo aveva iniziato a emanare provvedimenti cautelari di ammissione con riserva alle procedure. Si producevano, così, gli effetti che il provvedimento impugnato aveva negato<sup>5</sup>, e cioè l'ammissione ad una fase successiva della procedura selettiva o l'inserimento nella eventuale graduatoria.

La tutela che l'istituto è riuscito a garantire agli interessi dei singoli ne ha certamente favorito la diffusione, ed infatti il meccanismo delle ordinanze propulsive si è diffuso ben oltre il campo dei concorsi pubblici, estendendosi a quei casi in cui l'esercizio del potere non è risultato pienamente espletato.

Per quanto riguarda la sua origine, la tecnica del remand sembra prendere le mosse da un "trapianto" giuridico<sup>6</sup>, mutuando un istituto dall'esperienza statunitense, fondato sul concetto di «*vacation and remand*», a mezzo del quale, come per il nostro istituto domestico, si richiedeva una nuova ponderazione di interessi all'amministrazione, ma con una particolare attenzione alla motivazione del provvedimento<sup>7</sup>.

---

dialogo che gli consente di orientare il vaglio amministrativo e di raggiungere tendenzialmente, in una fase esecutiva, un ampio soddisfacimento del bene della vita, altrimenti non raggiungibile se non attraverso una forzatura dei limiti imposti dal principio di separazione dei poteri.

<sup>5</sup> Le titubanze relative alla introduzione nel processo amministrativo di strumenti cautelari diversi dalla sola sospensiva emergevano, e per vero continuano ad emergere, in dottrina in relazione alle modifiche del rapporto sostanziale, talmente radicali da rendere inutile la successiva definizione del giudizio. Proprio le ordinanze propulsive furono tacciate di essere provvedimenti a contenuto «materialmente sostitutivo» e in questo modo «esorbitando dai limiti connaturati al giudizio cautelare che dovrebbe essere improntato, pur nel caso di interessi pretensivi, all'adozione di misure d'urgenza di contenuto positivo, determinate autonomamente dal giudice con efficacia meramente interinale»: L. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 93.

<sup>6</sup> Riguardo ai cosiddetti trapianti giuridici, la dottrina comparatistica ha, per l'appunto messo a regime un complesso meccanismo per spiegare come prenderebbero l'avvio e si concluderebbero le contaminazioni giuridiche che spesso hanno accompagnato la storia evolutiva degli ordinamenti. Per G. FRANKENBERG, *Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited*, in *Int'l J. Const. L.*, 2010, 563, il procedimento di trapianto si sviluppa in più fasi che vanno dall'estrapolazione dell'istituto alla sua idealizzazione, all'adattamento nel nuovo "corpo" giuridico. A tal riguardo si veda anche R. MICHAELS, *"One Size Can Fit All" – Some Heretical Thoughts on the Mass Production of Legal Transplant*, a cura di G. FRANKENBERG, *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 2013, 56 ss.

<sup>7</sup> G. LOMBARDO, *Il controllo giudiziale dell'azione amministrativa negli Stati Uniti: considerazioni sulla "hard look doctrine"*, in *Dir. Amm.*, 1994, 543; G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 531. Secondo altri Autori il remand, come concepito nell'esperienza statunitense, non risultava vincolante per l'amministrazione, costringendola ad un *facere*. Sul punto si confronti E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1983, II, 144.

Probabilmente ispirata da quanto avveniva oltreoceano, parte della giurisprudenza, confortata anche dalla riforma della legge 205 del 2000<sup>8</sup>, aveva iniziato a considerare il *remand* come uno strumento attraverso il quale fosse possibile dare una tutela particolarmente ampia ad ogni situazione soggettiva sottoposta alla già mutata concezione del vaglio giurisdizionale, non più basato su un sindacato sull'atto ma sul procedimento<sup>9</sup>.

I dubbi che furono subito sollevati facevano riferimento, in fondo come accade anche oggi, alla tendenziale inamovibilità dell'ordinanza, al timore che con il provvedimento cautelare il giudice avrebbe potuto attribuire, col semplice vaglio sul *fumus*, ciò che solo la decisione giudiziale poteva attribuire e, infine, al timore che il giudice in questo modo si rendesse esso stesso amministratore. Per tutte queste ragioni, lo strumento cautelare propulsivo doveva e deve rimanere residuale, subordinato in ogni caso all'esistenza, nel provvedimento impugnato, di un vizio procedimentale<sup>10</sup> che ne sia il presupposto logico giuridico.

## 2. *Applicazione del remand negli orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali*

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggiormente diffuso nei Tribunali Amministrativi Regionali, il *remand* si caratterizza essenzialmente per essere lo strumento cautelare col quale l'amministrazione è incaricata dal giudice di riesaminare il proprio *iter* decisionale ed addivenire ad un nuovo atto, ovviamente non meramente confermativo del precedente, il quale, essendo espressione di una funzione amministrativa, porta ad una pronuncia di cessata materia del contendere qualora risulti soddisfacente degli interessi del ricorrente o, in alternativa, ad una pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, poiché l'interesse all'annullamento si sposterebbe sul nuovo provvedimento che, pertanto, dovrà necessariamente essere impugnato con motivi aggiunti.

Di tale meccanismo viene dato chiaramente conto, tra molte, in una deci-

---

<sup>8</sup> La legge richiamata è stata certamente frutto del recepimento di un dialogo sinergico tra dottrina e giurisprudenza, sfociato poi nella sistemazione normativa. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, 176.

<sup>9</sup> D. CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, in *Foro Amm.*, 1061. L'Autrice sottolinea giustamente come la dottrina aveva, a partire dagli anni '80, teorizzato la necessità di tutelare gli interessi legittimi pretensivi già nella fase cautelare. Come accennato, l'unica tutela cautelare possibile consisteva solo ed esclusivamente nella sospensiva. A tal riguardo, si richiama l'opera di E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 33 ss.

<sup>10</sup> Come si vedrà nel prosieguo, soprattutto riguardo alla carenza motivazionale. R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, 857; G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit.; R. MUSONE, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, cit.

sione del T.A.R. Lazio – Roma<sup>11</sup>. In quella circostanza il riesercizio del potere aveva condotto l'amministrazione resistente ad emanare un provvedimento non meramente confermativo, il quale, non impugnato dalla parte ricorrente con motivi aggiunti, conduceva all'improcedibilità del ricorso.

In un altro caso, in materia di contrattualistica pubblica, il T.A.R. Campania – Napoli<sup>12</sup> dichiarava l'improcedibilità del ricorso introduttivo, essendo stato quest'ultimo superato dal provvedimento emanato all'esito del remand. Nel caso di specie, il T.A.R. Campania riteneva che la valutazione relativa a delle false dichiarazioni sui requisiti di affidabilità professionale previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter) non fosse stata svolta seguendo i criteri dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020: secondo il Collegio la valutazione della stazione appaltante avrebbe dovuto essere scevra da qualunque automatismo, mentre, al contrario, risultava carente della valutazione in concreto dei criteri di integrità ed affidabilità della società aggiudicatrice.

Infatti, la stessa Adunanza Plenaria richiamata impone all'amministrazione una ponderazione dell'effettiva portata della dichiarazione falsa o carente offerta dall'operatore economico, rifiutando qualunque automatismo escludente, limitativo del generale principio del *favor participationis*. La valutazione, pertanto, non poteva che essere rimessa alla stessa amministrazione in virtù del principio di separazione dei poteri che trova affermazione nell'art. 34, co. 2, c.p.a.; diversamente infatti il giudice avrebbe statuito su un potere amministrativo non completamente esercitato<sup>13</sup>.

Di qui l'ordinanza propulsiva con la quale veniva disposto il remand.

Dalla sua applicazione pratica si può desumere che il perimetro entro il quale troverebbe applicazione l'istituto rientrerebbe tra quei casi in cui il provvedimento sia frutto di un incompleto esercizio del potere attribuito all'amministrazione *ex lege*. Mancherebbe infatti un tassello non irrilevante che non permetterebbe di ritenere il potere amministrativo completamente consumato per quegli elementi di fatto e diritto già esistenti al momento dell'istruttoria ma da questa non ricavabili<sup>14</sup>. In definitiva, rispetto all'impossibilità per il giudice di addentrarsi nel merito, non potendo effettuare quel bilanciamento di interessi spettante all'amministrazione, eppure a lui richiesto dal ricorrente, soccorre il rimedio cautelare del remand<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> TAR Lazio, Roma, 15 febbraio 2022 n. 1821.

<sup>12</sup> TAR Campania, Napoli, 9 giugno 2021, n. 3909.

<sup>13</sup> Si verrebbe in questo modo a determinare un "abuso" di potere giurisdizionale che eccederebbe i suoi limiti per invadere quelli dell'amministrazione. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1262.

<sup>14</sup> L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 573.

<sup>15</sup> Infatti, l'art. 34, co. 2, c.p.a. tende proprio ad evitare che il giudice si sostituisca all'amministrazione, con una palese violazione degli equilibri tra poteri, esercitando una cognizione sui

Come si vedrà in seguito, però, se da un lato tale strumento consente di ottenere il riesercizio e l'esaurimento della discrezionalità amministrativa e la conseguente possibilità per il giudice di pronunciarsi, dall'altro il carattere strumentale del rimedio cautelare si affievolisce, fin quasi a scomparire davanti a tali provvedimenti emanati all'esito dell'ordinanza. Soprattutto, appare come una contraddizione in termini affermare che una misura cautelare, per definizione rimovibile e temporanea, possa ordinare interinalmente il riesercizio del potere amministrativo<sup>16</sup>.

Tale orientamento è anche giustificato da quella circolarità che esiste tra processo amministrativo e procedimento, ravvisabile anche in sede di ottemperanza, oltre che davanti a quei provvedimenti cautelari propulsivi, tra i quali trova spazio il *remand*, attraverso il quale si rimette in gioco l'intero assetto di interessi cristallizzato inizialmente nell'atto del quale si chiede l'annullamento.

L'effetto è che l'amministrazione riceve indietro l'intero potere decisionale grazie al quale edita un nuovo provvedimento.

La conseguenza, fatta propria dalla maggior parte delle decisioni di primo grado, consisterebbe quindi in ciò: che il provvedimento adottato a seguito di *remand* sia pienamente sostitutivo di quello precedente, senza che questo possa far dubitare della natura strumentale della misura cautelare, in quanto destinata solo a stimolare il riesercizio del potere<sup>17</sup>.

Attraverso il riesercizio del potere a seguito di *remand*, si produrrebbe una sostituzione completa rispetto al precedente provvedimento (ovviamente fatta eccezione per gli atti meramente confermativi), con la conseguenza che, ponendo nel nulla il primo, si concretizzerebbe l'effetto definitivo di quella che resta pur sempre una misura cautelare.

---

rapporti amministrativi ancora non vagliati. Non sembra peraltro superata la visione di parte della dottrina, secondo la quale all'esito del *remand* si concretizzerebbe una interferenza tra il potere giudiziale e quello amministrativo: la stessa motivazione dell'ordinanza è già in sé un'indicazione per come l'amministrazione dovrà rieditare il potere, facendosi il giudice, in questo modo, seppur larvato, "discutibilmente amministratore". S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro Amm.*, 2000, 2488; L. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, cit.

<sup>16</sup> Sulla permanenza dei concetti di interinalità e di strumentalità, intesi come indefettibili si confronti R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro Amm.*, 2015, 969.

<sup>17</sup> M. ANDREIS, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 630 e 632. L'Autore riprende la distinzione fornita da Piero Calamandrei, secondo il quale la tutela cautelare ha funzione conservativa ma allo stesso tempo anticipatoria della sentenza di merito; si veda P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1936. L'Autore, nel suo commento alla sentenza T.A.R. Lecce, sez. II, del 7 gennaio 2009, n. 10, precisa inoltre che l'ordinanza cautelare richiesta, a fronte di un provvedimento negativo, ha portata innovativa, come ricorda anche A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudizio amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 167 ss., la problematica sta nella provvisoriété del provvedimento cautelare che distingue tale misura dalla decisione di merito.

Il nuovo assetto di interessi, che promana dalla restituzione del potere all'amministrazione, sarebbe quindi espressione di una funzione amministrativa e non di sola ottemperanza alla pronuncia cautelare, con la conseguenza che, come anticipato, il procedimento iniziale sarà dichiarato estinto per cessata materia del contendere qualora il nuovo provvedimento abbia carattere soddisfacente degli interessi del privato, ovvero dovrà essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, qualora sia confermativo del precedente provvedimento impugnato. Ciò sulla base del fatto che l'interesse all'annullamento trasmigrerebbe in capo al secondo provvedimento, che è frutto di un nuovo ed autonomo esercizio di potere<sup>18</sup>.

Gli approdi cui giunge la giurisprudenza dei tribunali regionali qui illustrata generano, tuttavia, una pluralità di criticità – che, come si vedrà, non sono sfuggite all'esame del Consiglio di Stato – connesse alla perdurante stabilità del provvedimento cautelare, tale da confondersi con la decisione finale, e al rispetto della perimetrazione che il giudice opera nell'ordinanza cautelare di rinvio.

### 3. *Rilievi critici del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato ha più volte affermato l'erroneità delle sentenze di primo grado che hanno dichiarato l'improcedibilità del ricorso principale sulla base del fatto che il provvedimento impugnato interamente sostituito da quello successivo emesso a seguito di remand determini o la carenza di interesse (se confermativo del provvedimento precedente) oppure la cessata materia del contendere (nel caso in cui il secondo provvedimento sia attributivo del bene della vita).

Le sentenze della Sez. VI, n. 4938 del 13 agosto 2018 e la n. 1180 del 15 marzo 2017, riprendono il costante orientamento secondo il quale il provvedimento di riesame non determini la sopravvenuta carenza di interesse alla definizione del giudizio, o la cessazione della materia del contendere, a maggior ragione quando il provvedimento "ulteriore" è del medesimo contenuto sostanziale di quello già impugnato<sup>19</sup>.

I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti rilevato che, qualora un'ordinanza cautelare disponga la rinnovazione dell'attività amministrativa, ciò non consen-

---

<sup>18</sup> In questo modo il provvedimento cautelare perderebbe la sua caratteristica di strumentalità rispetto alla statuizione venendo invece ad assumere una veste di definitività non prevista. A conferma di quanto esposto si rinvia a F. G. SCOCA., *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, a cura di S. RAIMONDI, R. URSI, Milano, 2002, 229; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1987, 2491.

<sup>19</sup> Cons. Stato, 25 gennaio 2016, n. 222; Cons. Stato, 30 luglio 2013, n. 4004; Cons. Stato, 31 luglio 2012, n. 4389; Cons. Stato, 20 gennaio 2011, n. 396.

tirebbe il superamento della necessità di una statuizione di merito. Infatti, solo con l'accoglimento del ricorso, e dunque con una sentenza che valuti e riconosca i vizi del provvedimento, sommariamente rilevati in fase cautelare, si può attribuire la necessaria stabilità al rapporto amministrativo<sup>20</sup>.

Ne consegue che le vicende successive all'emanazione di un'ordinanza propulsiva non dovrebbero incidere sulla perdurante sussistenza dell'interesse del ricorrente a conoscere della legittimità del provvedimento originariamente impugnato, rilevando inoltre rispetto all'accertamento di eventuali responsabilità a fini risarcitori e alle spese del giudizio.

Attraverso la pronuncia estintiva del processo, ciò che viene leso è l'interesse di entrambe le parti a conoscere della fondatezza o meno del ricorso introduttivo, in quanto, se questo risultasse fondato, non solo sussisterebbe un interesse specifico alla rimozione dall'ordinamento del provvedimento impugnato, ma sussisterebbe altresì l'interesse a domandare un eventuale risarcimento del danno, che in tal modo sarebbe impedito, in violazione di principi costituzionali contenuti negli articoli 3, 24 e 113 Cost.

Tuttavia, nel caso in cui il secondo provvedimento sopravvenuto abbia effettivamente soddisfatto il bene della vita, il problema relativo al profilo risarcitorio non potrebbe essere preso in considerazione, anche alla luce del fatto che una eventuale dichiarazione della cessazione della materia del contendere presupporrebbe, per stesso riconoscimento dell'amministrazione, l'illegittimità del provvedimento inizialmente impugnato. Conseguentemente non sarebbe inibita la possibilità di proporre ricorso ai fini risarcitori, fondando il presupposto oggettivo della domanda proprio sul riconoscimento da parte della stessa amministrazione della propria condotta illegale<sup>21</sup>.

I dubbi sollevati dal Consiglio di Stato resterebbero in piedi per quanto riguarda invece la sopravvenuta carenza di interesse a conoscere dell'illegittimità del provvedimento originariamente impugnato, seguito da un secondo provvedimento non satisfattivo (ma non meramente confermativo del precedente).

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, l'interesse a conoscere della fondatezza del ricorso sussisterebbe anche dal lato della pubblica amministrazione, e si concretizzerebbe nel fatto che, qualora il ricorso introduttivo risultasse infondato, la sentenza di reiezione condurrebbe alla caducazione del provvedimento succes-

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, n. 4389/2012.

<sup>21</sup> Va puntualizzato che in dottrina e giurisprudenza un certo orientamento evidenzia come il valore di statuizione può essere riconosciuto al provvedimento cautelare quando il riesercizio del potere avviene tenendo conto della discrezionalità amministrativa, e cioè quando il giudice abbia solo imposto, col suo provvedimento cautelare, il riesercizio del potere in modo formale, senza alcuna indicazione sul suo esercizio. In questo caso il provvedimento determinerà cessazione della materia del contendere. A conferma di ciò si confronti D. CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, cit.



sivo, emesso a seguito di remand, e alla reviviscenza del primo provvedimento attinto dal provvedimento cautelare.

Il remand costituisce allora lo spunto necessario per intraprendere anche un ulteriore esame del processo amministrativo. Dalle sentenze esaminate promana l'annoso problema che involge la stabilità e durezza del provvedimento cautelare: della preferibile emanazione di una rapida pronuncia di merito piuttosto che di un'ordinanza cautelare, la quale, nonostante i suoi caratteri di precarietà e rimovibilità, restituendo l'intero potere all'amministrazione, di fatto pone nel nulla un provvedimento del quale il ricorrente ha chiesto l'annullamento<sup>22</sup>.

L'utilizzo incauto dello strumento del remand potrebbe portare non solo a violare i principi fondamentali della tutela cautelare, cioè i caratteri della strumentalità, della interinalità e della contenenza dei rimedi attribuiti al giudice<sup>23</sup>, ma anche a mettere a rischio eventuali rapporti tra enti pubblici sotto il profilo del principio di proporzionalità<sup>24</sup>. In questo modo si frustrerebbe lo scopo della misura cautelare stessa, che deve servire non solo e non tanto a conservare lo stato di fatto esistente, quanto a garantire anche quegli effetti innovativi che potrebbero diventare inattuabili se differiti fino al merito<sup>25</sup>, tuttavia in modo provvisorio e anticipato.

La problematicità del meccanismo del remand si manifesta rispetto proprio al carattere servente della misura cautelare nei confronti della decisione finale, senza che possa sostituirsi a questa con effetti irreversibili, come avviene, al contrario, attraverso la declaratoria di cessazione della materia del contendere o di carenza di interesse.

Vi è poi sullo sfondo un principio particolarmente rilevante, secondo il quale l'agire dell'amministrazione non può prescindere dall'applicazione delle norme e dalla valutazione dei fatti, con un continuo rinvio dalla norma al fatto e viceversa. L'esercizio del potere quindi "o è, o non è"<sup>26</sup> e di conseguenza non può

<sup>22</sup> R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.; M. SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000, 249; E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, 479 ss.

<sup>23</sup> P. LAZZARA, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Foro Amministrativo*, 2014, 1323 ss.; A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 3.

<sup>24</sup> M. R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2020, 207.

<sup>25</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21, secondo il quale «la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a se stessi, ma sono immanicabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita».

<sup>26</sup> A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, cit.



in alcun modo essere qualificato come interinale o provvisorio, poiché questo, per sua natura, ha carattere definitivo ed è autonomamente efficace ad incidere sulla sfera giuridica dei singoli. La conseguenza sarebbe il sovvertimento del processo principale e l'inutilità della sentenza di merito.

Anche le pronunce del Consiglio di Stato che hanno inizialmente aperto la strada al *remand* hanno comunque evidenziato i limiti entro i quali lo strumento cautelare può essere utilizzato, fissando coordinate operative e sistematiche cui informare la riedizione del potere, che quindi non verrebbe restituito nella sua integrità all'amministrazione, ma solo limitatamente agli aspetti evidenziati dal giudice. Pertanto, l'amministrazione non potrebbe limitare la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo impugnato, spezzando così il legame funzionale e procedimentale sussistente tra ordine giudiziale e la conseguente conformazione allo stesso, il quale si concretizza nella riedizione del potere all'interno del perimetro concesso dal giudice<sup>27</sup>.

D'altro canto, se è vero che il giudice non può esprimersi riguardo a poteri non ancora esercitati, è anche vero che può benissimo individuarli e circoscriverli<sup>28</sup>.

Sebbene la necessità di assicurare tutela al bene della vita, nelle more del giudizio, obblighi alla conservazione della effettività della stessa, anche attraverso l'adozione delle più ampie misure atipiche, non si potrebbe comunque ammettere che una fase a cognizione sommaria come quella cautelare possa comportare effetti definitivi, azzerando la funzione del processo, riducendolo alla fine, all'obbligo di un'autotutela in capo all'amministrazione, e anticipando gli effetti della sentenza<sup>29</sup>.

Così intesa, la vera natura del *remand* non sarebbe tanto quella di misura cautelare, quanto di tutela sommaria o semplificata<sup>30</sup>.

L'orientamento del Consiglio di Stato si corrobora anche alla luce della sentenza n. 6824 dell'11 ottobre 2021, nella quale ci si domanda se l'effetto della sopravvenienza di un provvedimento favorevole possa determinare o l'improcedibilità del ricorso (in quel caso, di primo grado) per sopravvenuta carenza

---

<sup>27</sup> Cons. Stato, 4 febbraio 2013, n. 651; Cons. Stato, 19 febbraio 2007, n. 833.

<sup>28</sup> Quanto affermato discenderebbe infatti dall'idea che si è diffusa in dottrina di procedimento "aperto", in quanto la pubblica amministrazione sarebbe garante di interessi concreti, connessi al mutare delle esigenze concrete e della realtà circostante. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 298 ss.; G. SORRENTINO, *Ordinanza cautelare e jus superveniens*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 451.

<sup>29</sup> M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit. L'Autrice a tale riguardo auspica, a fronte della sempre maggiore rilevanza che ha assunto la fase cautelare, anche a causa dell'ampliamento delle misure adottabili oltre la mera sospensiva del provvedimento, una rapida definizione del giudizio attraverso il merito, anche per mezzo della sua anticipazione in fase cautelare, ove possibile, per mezzo delle decisioni in forma semplificata.

<sup>30</sup> M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 77 ss.

di interesse, o la cessazione della materia del contendere ovvero l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato ai fini risarcitori.

Per il Consiglio di Stato il punto nodale che viene ad evidenziarsi, e che dovrebbe essere preso in considerazione per poter ricostruire l'istituto del remand, riguarda proprio la differenza che esiste tra la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere e quella che dichiara l'improcedibilità per carenza di interesse. La prima, infatti, è notoriamente una sentenza di merito<sup>31</sup> e pertanto idonea al passaggio in giudicato nella misura in cui accerta che gli interessi ritenuti lesi dal privato sono stati ormai pienamente soddisfatti, mentre la declaratoria di improcedibilità rientra tra le decisioni di rito.

È in virtù di questa differenza sostanziale che andrebbe letto il dettato dall'art. 34, comma 3 del c.p.a., che prevede comunque l'accertamento dell'illegittimità dell'atto se risulta l'interesse ai fini risarcitori del ricorrente.

In queste circostanze possono essere individuate tre varianti: la prima, relativa all'impossibilità di ottenere il bene della vita sperato, conduce alla improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse; la seconda che comporta la piena soddisfazione del bene della vita conduce alla cessazione della materia del contendere; e la terza, che impone l'adozione di una sentenza di accertamento della illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.

Dunque, è lo stesso art. 34, co. 3 c.p.a. ad imporre espressamente che, per consentire la tutela risarcitoria, sia necessario accertare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, sia quello oggetto di ricorso per motivi aggiunti, sopravvenuto all'esito di ordinanza propulsiva, sia quello originariamente impugnato.

Allora, non possono essere determinate aprioristicamente e in modo automatico, sulla sola base del venire ad esistenza di un nuovo provvedimento, né la cessazione della materia del contendere, né la sopravvenuta carenza di interesse. La valutazione deve essere fatta caso per caso, pena il sacrificio dell'interesse risarcitorio del privato, divenuto incontestabile in ambito amministrativo.

#### 4. *Limiti al riesercizio del potere in sede di remand*

La tutela cautelare del remand, come visto, pone parecchi dubbi interpretativi, sulla natura stessa del rimedio in esame.

Centrale risulta la problematica connessa all'eventuale assenza di limiti che il giudice impone nell'ordinanza cautelare, nel momento in cui restituisce il potere valutativo in capo all'amministrazione.

Il rischio che si delinea è quello di consentire che un'ordinanza cautelare

---

<sup>31</sup> Si dovrà trattare di una sentenza di merito, per scongiurare il rischio di incorrere, diversamente opinando, in una elusione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda, come precisato nella decisione del Cons. Stato, 15 marzo 2021, n. 2224.

abbia una portata maggiormente soddisfattiva<sup>32</sup> rispetto alla sentenza, e che i suoi effetti si consolidino al di fuori del processo di merito, con la conseguenza che ad un accertamento sommario corrisponderebbero i vantaggi di una sentenza<sup>33</sup>.

Il procedimento cautelare, in tal modo, non risulterebbe subordinato al processo di merito, ma a questo collegato in via funzionale, avuto riguardo all'importanza che ricopre ed agli effetti che produce, talvolta non eliminabili neanche all'esito di una sentenza di segno contrario<sup>34</sup>.

Per scongiurare accavallamenti tra gli effetti del provvedimento adottato in sede cautelare e l'eventuale ultrattività della soddisfazione, è stata considerata l'ordinanza che dispone il *remand* alla stregua di una sentenza breve o sommaria.

Questo perché l'esito dell'ordinanza con la quale viene rimesso il potere all'amministrazione è per un verso potenzialmente definitivo, mentre la valutazione che il giudice è tenuto a svolgere, e che concerne concretamente la motivazione del provvedimento con riguardo al *fumus*<sup>35</sup>, dovrà già prevedere la fondata configurazione di un vizio del provvedimento.

Si nota poi nelle decisioni giurisprudenziali<sup>36</sup> che a questo particolare stru-

---

<sup>32</sup> Appare opportuno puntualizzare che gli aspetti problematici dell'applicazione dell'istituto in esame non si estendono alle misure cautelari in generale, è infatti ormai pienamente cristallizzato l'orientamento secondo il quale la tutela cautelare vada applicata a garanzia di tutte le situazioni protette sottoposte al controllo giurisdizionale. Perciò è chiaro che «essa debba poter usufruire di tutte le misure rese necessarie dalle esigenze di tutela proprie della situazione di cui si tratta», e perciò deve necessariamente essere atipica e non limitata all'adozione della misura sospensiva dell'efficacia, o dell'esecuzione, del provvedimento. V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. Dir. Pubb. Com.*, 2008, 433. Tuttavia, la necessità di dare tutela agli interessi che il cittadino lamenta come lesi, non può essere risolta solo attraverso la pronuncia cautelare. Sembra scontato ribadire che la valutazione operata in fase cautelare attiene solo ad un *fumus* e, laddove la statuizione cautelare si stabilizzasse mancherebbe ogni approfondimento necessario volto ad accertare i vizi dell'atto impugnato, vizi che sia il cittadino che l'amministrazione hanno il diritto di conoscere come fondati o meno.

<sup>33</sup> P. LAZZARA, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale*, cit.

<sup>34</sup> B. LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1187.

<sup>35</sup> S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro Amm.*, 2000, 2488. L'Autore distingue le ipotesi di *remand* dalla più ampia categoria delle ordinanze propulsive, alla quale pure afferiscono. Infatti, l'ordinanza con la quale il giudice opera il *remand* impone un *facere* all'amministrazione, che consiste nella rivalutazione del provvedimento alla luce della motivazione offerta dal giudice sul *fumus*; quindi, attraverso delle vere e proprie istruzioni fornite all'amministrazione, mentre per mezzo dell'ordinanza propulsiva l'amministrazione effettua il riesame ad ampio spettro del provvedimento, sulla base delle censure contenute nel ricorso.

<sup>36</sup> Alcuni casi di recente vagliati dal TAR Lazio hanno avuto ad oggetto il mancato esame di elementi integrativi presentati dalla parte in sede di osservazioni scritte (TAR Lazio, ord. 10 settembre 2021, n. 4907); la rivalutazione dell'obbligo per i minori di età compresa fra i 6 e gli 11 anni di indossare la mascherina in ambito scolastico alla luce delle specifiche indicazioni dettate dal

mento cautelare si fa spesso ricorso laddove venga rilevato un vizio procedimentale, consistente specialmente nel difetto di motivazione o nel difetto d'istruttoria. Il motivo risiede nella circostanza per cui l'intervento ordinato dal giudice si riferisce ad ambiti che sfuggono alla sua cognizione, trattandosi di poteri non ancora esercitati e sui quali l'amministrazione ha parzialmente esercitato il proprio potere<sup>37</sup>. Diversamente, nei casi in cui si tratti di vizi non strettamente procedimentali, il ruolo del giudice in sede cautelare non potrebbe spingersi fino al punto di indicare all'amministrazione quale sia la corretta applicazione normativa alla quale avrebbe dovuto attenersi, senza, allo stesso tempo, anticipare le considerazioni di diritto della parte motiva della sentenza, la quale verrebbe interamente assorbita dall'ordinanza.

Ad aumentare la problematicità dell'istituto si profila anche la dubbia circostanza per la quale il riesercizio del potere disposto con l'ordinanza propulsiva dia luogo effettivamente ad un nuovo provvedimento sopravvenuto, che quindi dovrà essere impugnato per vizi autonomi, per il semplice fatto che non ci si troverebbe davanti ad una violazione o elusione del giudicato<sup>38</sup> qualora l'amministrazione non si adeguasse all'ordinanza con la quale è disposto il riesame: con tutta semplicità l'amministrazione potrebbe travalicare i confini dell'ordinanza cautelare con la quale è stato disposto il remand, alla luce del fatto che lo spazio che le verrebbe concesso supererebbe i limiti dell'ordinanza stessa. L'attività svolta sarebbe formalmente e sostanzialmente amministrativo-discrezionale, e dunque necessariamente priva di un obbligo conformativo<sup>39</sup>.

---

CTS nel documento "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020-2021", prevedendo la possibilità di rimuovere la mascherina «in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)» ed anche tenendo conto, eventualmente e alla luce dei dati scientifici, della situazione epidemiologica locale come suggerito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel documento del 21 agosto 2020 richiamato dal CTS nel citato verbale n. 104 (TAR Lazio, ord. 13 febbraio 2021, n. 873); il riesame della domanda alla luce delle censure articolate con il ricorso affinché venga espressa una motivazione puntuale, afferente agli elementi di fatto e alle ragioni giuridiche (TAR Lazio, ord. n. 4996/2020); vengono ritenute fondate le censure proposte con i motivi aggiunti di eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione (TAR Lazio, ord. 10 ottobre 2019, n. 6546).

<sup>37</sup> F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 237.

<sup>38</sup> La questione riguarda essenzialmente se il mancato o errato riesercizio del potere ordinato dal giudice possa o meno costituire violazione o elusione del giudicato e, pertanto, possa essere adottato lo strumento dell'ottemperanza. La distinzione tra violazione ed elusione è andata via via sfumando, poiché si è ritenuto che il vero oggetto del giudizio di ottemperanza fosse la verifica della rispondenza tra *dictum* giudiziale e adempimento dell'amministrazione, senza che possa rilevare la natura del potere riesercitato, sia esso vincolato o discrezionale. Quindi sarebbe il ricorrente a dover "scegliere" se far valere vizi di legittimità del provvedimento sopravvenuto o piuttosto far valere la difformità rispetto al provvedimento giudiziale. D. CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, cit.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1994, 32 ss.

<sup>39</sup> P. LAZZARA, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale*, cit.

Secondo una diversa prospettiva, tale provvedimento potrebbe essere invece oggetto di ottemperanza, dato che l'applicazione del giudicato a formazione progressiva consente al giudice di esercitare ampi poteri, che gli permettono di ampliare la propria statuizione oltre la mera esecuzione della sentenza e di completare la determinazione dal punto di vista cognitivo<sup>40</sup>.

Se infatti si considerasse il rimedio come una sorta di autotutela imposta giudizialmente, l'amministrazione potrebbe senza problemi superare il dettato del provvedimento cautelare, annullando il precedente provvedimento, magari emanandone uno radicalmente nuovo, determinando alternativamente l'eliminazione o il rinnovamento della lesione al bene della vita attraverso un provvedimento totalmente differente<sup>41</sup>.

In realtà, va tenuto bene a mente che il riesercizio del potere è attribuito all'amministrazione sulla base di un provvedimento giudiziale, al quale l'amministrazione deve dare esecuzione, applicandosi il rimedio dell'ottemperanza<sup>42</sup>.

##### 5. *Possibile soluzione della problematica in base alla natura assunta dal remand*

La riedizione del potere a seguito di remand si interseca inevitabilmente con il problema della consumazione del potere a seguito di una pronuncia giudiziale.

Per parte della giurisprudenza<sup>43</sup> l'ordinanza cautelare propulsiva, secondo la teoria dello one shot temperato, impone all'amministrazione il totale riesame della vicenda; dunque, la cognizione del giudice non è più limitata soltanto a quanto dedotto nel ricorso introduttivo ma si amplia con nuove questioni afferenti alla fondatezza delle pretese del ricorrente<sup>44</sup>. Vengono così rivalutati per

---

<sup>40</sup> F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 534; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 385; C. CALABRÒ, *Giudicato, diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003. Per una diversa prospettiva, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 228.

<sup>41</sup> Cons. Stato, 5 dicembre 2013, n. 5781.

<sup>42</sup> A. SANDULLI, *Gli effetti dell'esecuzione dell'appello cautelare sulla sentenza amministrativa di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 724.

<sup>43</sup> Il connubio tra ordinanza propulsiva e motivi aggiunti incanala irrimediabilmente l'attività amministrativa esaurendo ogni spazio di discrezionalità: TAR Campania, 28 luglio 2014, n. 4339.

<sup>44</sup> Sotto questo aspetto sono riscontrabili alcuni punti di contatto con altri strumenti processuali che sono a loro volta indice del ruolo attivo del giudice amministrativo. Infatti, come avviene per gli strumenti istruttori che incidono sul riparto dell'onere probatorio e sul principio di non contestazione, anche con il remand dovrebbe venire progressivamente ridotto il potere discrezionale dell'amministrazione chiamata al riesercizio della valutazione. Per una maggior completezza sul punto, si consenta di rinviare ad A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 347. Ma si vedano anche A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza*

intero tutti quegli interessi che erano già stati definiti col provvedimento iniziale, consentendo all'amministrazione la piena riedizione del potere<sup>45</sup>.

Il problema è che, anche in sede di remand, così come successivamente alla sentenza, l'amministrazione, in assenza di un qualsiasi divieto normativo, potrebbe rieditare il proprio potere, e continuare ad emanare provvedimenti non soddisfattivi, all'infinito.

D'altra parte, il problema dei limiti alla riedizione del potere è annoso.

Per un orientamento più risalente, il potere amministrativo costituisce una fonte inesauribile e dunque neanche il giudicato potrebbe avere portata vincolante rispetto a tutte le situazioni sopravvenute di riedizione del potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza<sup>46</sup>.

Più recentemente il Consiglio di Stato, consapevole del rischio per il privato di una serie infinita di provvedimenti non soddisfattivi, ha optato per una nuova teoria della consumazione non tanto del potere quanto della discrezionalità amministrativa come effetto di un comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione<sup>47</sup>.

Si sono venuti, a questo punto, a delineare due orientamenti contrastanti.

Per un verso lo strumento del remand condurrebbe ad una sentenza semplificata o sommaria, anticipandola alla fase cautelare, ormai considerabile un procedimento a sé stante, con una conseguente pronuncia di cessata materia del contendere, nel caso in cui l'amministrazione, spiegando nuovamente il proprio potere, abbia emanato un provvedimento soddisfacente del bene della vita sperato dal ricorrente, ovvero di difetto di interesse nel caso di un provvedimento confermativo di quello precedente impugnato col ricorso introduttivo.

L'automatismo di questo assunto, come visto, porterebbe ad una impossibilità per il ricorrente di domandare l'eventuale risarcimento del danno (almeno nel caso della carenza di interesse a fronte di un ulteriore provvedimento negativo sopravvenuto).

Il secondo e contrario orientamento, proposto dal Consiglio di Stato, sul

---

*nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 55.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato nella teoria del processo amministrativo*, Milano, 2016, 202.

<sup>45</sup> A. DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 696.

<sup>46</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2. In merito a ciò, per completezza, si segnala come la Plenaria abbia riconosciuto l'impossibilità per il giudicato amministrativo di coprire fatti sopravvenuti, negando il divieto di riedizione del potere, successivamente ad una pronuncia favorevole all'amministrazione. Più diffusamente, M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in *Giur. it.*, 2014, 1705 e G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 1235.

<sup>47</sup> Cons. Stato, 28 ottobre 2011, n. 5799; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 237.

presupposto per il quale il *remand* deve continuare ad essere considerato un rimedio cautelare, e pertanto non anticipatorio del merito, non ammette che rispetto al primo provvedimento ci possa essere una cessata materia del contendere o una sopravvenuta carenza di interesse, proprio per la definitività di tali decisioni che andrebbero a frustrare lo scopo della sentenza<sup>48</sup>.

Una possibile soluzione che permetterebbe di mantenere il più possibile inalterati i caratteri di provvisorietà delle ordinanze potrebbe essere quella di circoscrivere, con l'ordinanza, l'ambito entro il quale residuano spazi che attengono alla discrezionalità amministrativa; quegli spazi che non sono stati lambiti dal provvedimento impugnato e che, nello stesso tempo, non possono essere vagliati dal giudice. Rimettere integralmente nelle mani dell'amministrazione l'intero iter valutativo permetterebbe a questa, da un lato, di trovare eventualmente ulteriori motivi di rigetto, nuovi e diversi rispetto ai vizi eccettati nel ricorso introduttivo, dall'altro, di non tenere in considerazione "il suggerimento" che il giudice amministrativo, in tali circostanze, offre proprio per orientare e stimolare l'attività amministrativa nel senso richiesto dal ricorrente.

L'ordinanza di remissione dovrà allora prevedere delle indicazioni circostanziate da parte del giudice, attraverso le quali l'amministrazione potrà completare il vaglio discrezionale carente che ha determinato l'impugnativa.

Ciò potrebbe trovare un qualche riscontro nella lettura del secondo comma dell'articolo 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo, a mente del quale un provvedimento non può essere annullato se sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato. Per poter stabilire se il provvedimento sia o meno da annullare sotto questo specifico profilo, il procedimento deve risultare necessariamente completo<sup>49</sup>, senza che però il giudice possa, stante la sommaria conoscenza della questione, attribuire un ordine che non sia circoscritto ad ottenere tale completezza, pena l'invasione nel campo della discrezionalità amministrativa.

Diversamente, il bene della vita da una parte verrebbe attribuito direttamente dal giudice sul riscontro della fondatezza di un vizio di annullabilità del provvedimento (così infatti è, come nel tipico caso delle ammissioni agli esami ed ai concorsi con riserva), dall'altra l'amministrazione si troverebbe in una situazione analoga a quella in cui subisce l'annullamento del provvedimento, dovendo riesaminare le proprie valutazioni, con la sostanziale differenza che il provvedimento originariamente impugnato non risulta caducato fintantoché non vedrà la luce il nuovo provvedimento all'esito della rinnovata valutazione.

---

<sup>48</sup> R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, cit. Se quindi si vuole aderire a questa visione, si deve anche accettare che l'ordinanza di riesame eseguita dall'amministrazione (o dal Commissario ad acta se è intervenuta ottemperanza), assorba completamente il giudizio di merito.

<sup>49</sup> F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, cit.



Si evidenzia quindi un diaframma particolarmente labile tra il limite – esterno – invalicabile dell'esercizio del potere amministrativo e il limite – interno – che invece riguarda la strumentalità del rimedio cautelare rispetto alla decisione di merito<sup>50</sup>.

Guardando poi alle singole ordinanze cautelari con le quali viene data attuazione al remand, si nota che il rinvio non è totale ma sempre e comunque circoscritto a determinati aspetti, alla luce dei quali viene riesercitato il potere ed effettuata la ponderazione. Può infatti avvenire che il giudice ordini la rinnovazione del potere avendo riscontrato l'omessa valutazione delle controdeduzioni del privato<sup>51</sup>, oppure la rivalutazione del posizionamento in graduatoria ai fini della prosecuzione di un concorso, ordinando di tenere in considerazione la correttezza di una risposta ad uno dei quesiti previsti dalla selezione<sup>52</sup>, o ancora rivalutare il provvedimento alla luce di una circolare ministeriale della quale non si era tenuto conto e la cui applicazione avrebbe inciso sull'assetto finale<sup>53</sup>.

Ecco, quindi, che se è vero che il potere valutativo che viene riconsegnato all'amministrazione non è generalizzato ma, al contrario, circoscritto, l'attività di riesame, svolta dall'amministrazione su impulso del provvedimento cautelare non potrà essere né assimilabile ad una sentenza breve, rilevandosi sempre necessaria una pronuncia giudiziale nel merito, né un'autotutela<sup>54</sup>, che è al contrario connotata dalla spontaneità con la quale l'amministrazione si ridetermina, sempre entro i termini temporali imposti dalla legge.

Recentemente il Consiglio di Stato è tornato sul punto affermando che un provvedimento adottato dall'amministrazione a seguito del remand conseguente all'ordine del giudice emesso in fase cautelare, non comporta alcun meccanismo automatico con riferimento al primo provvedimento, che quindi non viene sostituito *tout court* da quello sopravvenuto. Ciò in quanto devono restare fermi i caratteri di strumentalità e provvisorietà dell'ordinanza cautelare, che, per quanto atipica, è espressamente chiamata a spiegare i propri effetti solo e soltanto a tutela della definizione del merito, nelle more del processo, e pertanto non mira

---

<sup>50</sup> R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positive alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

<sup>51</sup> TAR Lazio, ord. 12 dicembre 2022, n. 16698.

<sup>52</sup> TAR Lazio, ord. 12 ottobre 2022, n. 6299.

<sup>53</sup> TAR Lazio, ord. 5 maggio 2022, n. 5599.

<sup>54</sup> L'alternatività dello strumento dell'autotutela e dei rimedi giudiziali emerge non solo logicamente ma anche normativamente. Infatti, l'art. 4, comma 2 bis, del decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito nella legge 17 agosto 2005, n. 168, prevede che «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela», specificando la separazione tra provvedimenti giudiziali e autotutela. Si veda anche R. CAPONIGRO *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, cit.

a far conseguire quell'utilità finale che va riservata solo al merito. La precarietà che caratterizza le misure cautelari deve estendersi ai provvedimenti adottati dall'amministrazione in ottemperanza della misura cautelare stessa, a meno che non emerga la volontà della stessa di esercitare una vera e propria autotutela<sup>55</sup>.

Perciò, il legame che intercorre tra fase cautelare e azione principale non dovrebbe mai consentire la produzione di effetti ulteriori, producibili nell'ambito della pronuncia definitiva di merito<sup>56</sup>, sola deputata a ristabilire gli equilibri lesi dal provvedimento illegittimo e restituire in modo, se non definitivo, almeno stabile, il bene della vita desiderato.

---

<sup>55</sup> Cons. Stato, 24 dicembre 2021, n. 8590.

<sup>56</sup> M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*. cit. Si ricordano brevemente le considerazioni dell'Autrice sulle conseguenze dell'adozione di misure cautelari che possano offrire una tutela sproporzionata rispetto al pregiudizio che potrebbe derivare all'interesse pubblico che deve essere bilanciato «con l'interesse privato e con le stesse esigenze di celerità della tutela, ricordando a quest'ultimo riguardo che la rapida conclusione del processo – e, all'interno di questo, la rapida decisione sulle richieste cautelari ed eventualmente, attraverso la sentenza in forma semplificata, anche sul merito – non deve in ogni caso collidere con l'adeguata cognizione della controversia».

### Abstract

Il rimedio cautelare atipico dell'ordinanza propulsiva, cosiddetto remand, permette all'amministrazione di esercitare nuovamente il potere che le è attribuito, e di riconsiderare integralmente la ponderazione di interessi all'esito della quale è stato emesso il provvedimento impugnato. Per la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali, il provvedimento emanato all'esito di questo meccanismo sostituisce integralmente il primo, determinando la carenza di interesse al ricorso principale, nel caso di successivo provvedimento confermativo, ovvero la cessazione della materia del contendere, qualora il secondo provvedimento sia satisfattivo delle istanze del ricorrente.

Le criticità che si evidenziano riguardano sostanzialmente l'assimilazione ad una sentenza breve delle misure cautelari, naturalmente provvisorie e rimovibili e l'impossibilità per il ricorrente di poter domandare il risarcimento dei danni in caso di pronuncia di cessata materia del contendere. Lo scopo del contributo è quello di tentare una ricostruzione dell'istituto pretorio e di indicare i limiti individuati dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza del Consiglio di Stato, al fine di arginare le criticità descritte.

#### The administrative remand's nature: between an interim measure and a short judgment

The remand is a propulsive order, which is not provided for by the law, consisting in an interim measure allowing the Administration to re-exercise its power and fully reconsider the balance of interests which was taken into account when the challenged measure was issued. The courts took the view that the measure resulting from this mechanism entirely replaces the first one, thereby determining a lack of interest in the main appeal, in the event of a subsequent confirmatory measure, or the termination of the matter in dispute, where the second measure meets the applicant's requests. The shortcomings arising from this procedure essentially concern the assimilation of interim measures, which are naturally temporary and revocable, to a short judgment and the impossibility for the appellant of claiming compensation for damages in the event of termination of the matter in dispute. The purpose of this essay is to outline this judicial institution and explore the limits established by scholars and the jurisprudence of the State Council, in order to overcome some of the issues raised.