

Tutela cautelare e processo amministrativo: la tecnica del remand.

Analisi teorica e giurisprudenziale.

Di ANNA LAURA RUM

Abstract: *Con il presente contributo, s'intende offrire un'analisi della tecnica cautelare del c.d. "remand", tipicamente utilizzata nel processo amministrativo, proponendone una ricostruzione teorica ed il riferimento ad alcuni fra i pronunciamenti giurisprudenziali sul punto, dai più risalenti ai più attuali.*

Sommario: **1.** La tutela cautelare nel processo amministrativo: il principio di atipicità. **2.** La tecnica del remand. **3.** Le pronunce giurisprudenziali sul punto.

1. La tutela cautelare nel processo amministrativo: il principio di atipicità.

La tutela cautelare, come noto, ha natura e funzione strumentale: per mezzo di essa, infatti, la parte istante persegue l'obiettivo di conseguire l'utilità oggetto della domanda del giudizio di merito. Tuttavia, lo strumento cautelare permette di evitare che, nelle more del giudizio di merito, la situazione giuridica soggettiva che si fa valere venga irrimediabilmente pregiudicata.

La disciplina della tutela cautelare nell'ambito del processo amministrativo è offerta dagli artt. 55 ss. c.p.a.: essa è ispirata al principio di atipicità.

Le misure cautelari, pertanto, vengono adottate come risposta specifica alle esigenze del caso concreto, sì da assicurare in modo efficace, e sin dalle more del procedimento di merito, l'utilità perseguita dall'istante.

La struttura della tutela cautelare si compone di due presupposti: il *periculum in mora*, ovvero il rischio di un grave pregiudizio, che si prospetti come irreparabile, al bene o interesse giuridico che l'istante intende conseguire, nelle more del giudizio; il *fumus boni iuris*, cioè, la ragionevole probabilità circa il buon esito del ricorso principale, la verosimile fondatezza della domanda.

Nel processo amministrativo, è prevista la possibilità, come disposto dall'art. 55 c.2 c.p.a., che il giudice subordini la concessione della misura cautelare al rilascio di una cauzione, qualora dalla decisione sulla domanda cautelare possano derivare effetti irreversibili.

2. La tecnica del *remand*.

Oltre a misure caducatorie dell'atto amministrativo, si è fatta strada, nella prassi dei tribunali amministrativi, la tecnica processuale del c.d. *remand*.

Ed, infatti, dalla previsione dell'atipicità delle misure cautelari, discende che il contenuto specifico dell'ordinanza cautelare vari a seconda della fattispecie applicativa del caso concreto.

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 misura cautelare sospensivo-propulsiva, in particolare, è basata sul *remand*, una tecnica 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.

Tale tecnica processuale è particolarmente utilizzata dai giudici amministrativi di primo grado: l'amministrazione viene nuovamente investita della questione già portata al vaglio del giudice amministrativo attraverso l'impugnazione del primo provvedimento amministrativo adottato.

La p.a. è chiamata a riedire il potere, ma stavolta legittimamente.

Questa tecnica ha iniziato ad emergere in alcuni pronunciamenti cautelari degli anni ottanta.

Tuttavia, inizialmente, la maggior parte degli interpreti si mostrò perplessa circa l'ammissibilità del *remand*, non apparendo conforme ai principi di strumentalità e interinalità che governano la materia cautelare.

3. Le pronunce giurisprudenziali sul punto.

A fronte di interventi favorevoli alla scelta propulsiva da parte dei TAR, il Consiglio di Stato ha inizialmente manifestato una preferenza per un contenuto dispositivo delle pronunce cautelari, dunque, per l'anticipazione degli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione.

Il Consiglio di Stato con le risalenti ordinanze nn. 1210/1996¹ e 2586/2000² affermò che, in caso di impugnazione di un provvedimento negativo, il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato, affinché sia adottato un nuovo atto con diversa motivazione, ma può disporre autonomamente misure d'urgenza di contenuto positivo, sì da anticipare gli effetti del provvedimento anelato dall'interessato.

Con l'entrata in vigore della L. 205/2000, si iniziarono, invece, a registrare segnali di apertura rispetto ad una compatibilità fra misure propulsive e principio di strumentalità e interinalità, anche

¹ In www.giustizia-amministrativa.it

² In www.giustizia-amministrativa.it

da parte del Consiglio di Stato: la novella, infatti, valorizzò gli effetti della sentenza definitiva, la quale, se demolitrice del provvedimento impugnato, implica comunque un dovere per la p.a. di riedire il potere, nel rispetto delle statuizioni del giudice.

Ed, infatti, l'annullamento dell'atto negativo, di rifiuto, adottato dalla p.a., non può ritenersi sostitutivo di una nuova attività dell'amministrazione, che è chiamata, comunque, alla riedizione del potere.

Allora, si giunge a sostenere che la misura cautelare propulsiva è garantista del principio di strumentalità.

Questa evoluzione interpretativa, tuttavia, non poteva valere per l'ipotesi in cui l'ordinanza cautelare producesse effetti irreversibili, con un consolidamento degli interessi in gioco e la cessazione immediata della materia del contendere.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per questa ipotesi, propose la tesi della c.d. strumentalità allargata: con la sentenza n. 17/1982³, affermò, riguardo il diniego di ammissione all'esame di maturità, per evitare che il tempo occorrente per il processo vanificasse la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 24 e 113 Cost., che potesse operare l'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, fino all'esito del giudizio.

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.

La sospensione, secondo il supremo Collegio, intervenendo sugli effetti scaturenti dal diniego di ammissione alla procedura, avrebbe prodotto gli effetti negati dall'atto stesso, pur se in via interinale.

Già allora, questo tipo di risposta cautelare dette la stura ad un dibattito sul rischio di sconfinamento del potere giudiziario nelle competenze della pubblica amministrazione.

Sulla tecnica del *remand*, più di recente, il TAR Lombardia, con sentenza n. 2110/2013⁴ si è pronunciato 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: infatti, il *remand* si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo, così, all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale.

³ In www.giustizia-amministrativa.it

⁴ In www.giustizia-amministrativa.it

Dunque, può accadere che il nuovo atto, se non meramente confermativo, 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.

Sulla stessa linea, successivamente, si è espresso il TAR Lazio – sede di Roma, con sentenza 27 luglio 2015⁵: la pronuncia ha riguardato la possibilità per il G.A. di accogliere la domanda cautelare mediante la tecnica del *remand* e le conseguenze che si verificano nel caso in cui l'amministrazione, proprio a seguito del *remand*, emetta un provvedimento non meramente confermativo.

Il TAR Lazio ha affermato che, essendo il *remand* una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo, come nel caso di specie, nuova espressione di una funzione amministrativa - e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale – porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente, oppure d'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo.

A seguire, il TAR Calabria – sede di Catanzaro, con sentenza 19 gennaio 2017⁶, si è espresso sull'applicabilità o meno dell'istituto del c.d. *remand*, in mancanza di espressa previsione da parte del c.p.a. e sulle conseguenze processuali che si producono nel caso in cui il nuovo atto adottato dalla p.a. non sia meramente confermativo di quello sottoposto ad impugnazione, addivenendo a conclusioni analoghe.

Nel 2018, il TAR Lazio – sede di Roma, sez. III B, con sentenza n. 12453⁷, pronunciandosi in tema di riedizione del potere della P.A. a seguito del *remand* del G.A. ed in particolare sull'illegittimità dell'esclusione di una ditta da una gara di appalto per anomalia dell'offerta, 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".

⁵ In www.giustizia-amministrativa.it

⁶ In www.giustizia-amministrativa.it

⁷ In www.giustizia-amministrativa.it



Nella stessa pronuncia, il Tar Lazio fa riferimento alle sentenze di altri tribunali amministrativi che hanno statuito in modo simile, fra le quali, quelle dei TAR. Campania, sede di Napoli, sez. VII, 07 marzo 2017, n. 1307 e TAR Campania, sede di Salerno, sez. I, 5 luglio, 2017, n. 1125.

Infine, nel 2021, il TAR Campania, sede di Napoli, sez. II, con sentenza n. 3242⁸, ha ancora affermato che l'ordinanza cautelare che impone 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 all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale: ne consegue 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.

Con la medesima pronuncia il TAR Campania rinvia alle decisioni analoghe espresse dai TAR Emilia Romagna, sede di Parma, sez. I, 12 marzo 2018 n. 75 e TAR Campania, sede di Salerno, Sez. I, 5 luglio 2017 n. 1125.

⁸ In www.giustizia-amministrativa.it