



GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La motivazione e i presupposti nella tutela cautelare monocratica

Le decisioni cautelari monocratiche pronunciate dal TAR Lombardia, sede di Milano (anno di riferimento 2024).

Parte prima

di [Fabiola Maccario](#)

9 gennaio 2026

La Rivista è lieta di ospitare nella Sezione Diritto e Processo Amministrativo lo studio compiuto in collaborazione tra l'Università statale di Milano e l'Università di Milano Bicocca sulle decisioni cautelari monocratiche del Tar Lombardia, Milano, relative all'anno 2024. Lo studio si compone di diverse parti, che verranno pubblicate dalla rivista con cadenza settimanale.

Questo articolo ?? la prima parte ed ?? stata gi?? pubblicata l???[Introduzione](#) a cura Alfredo Marra e Margherita Ramajoli.

Seguiranno nell'ordine: *Il contenuto dei decreti cautelari monocratici tra sospensione del provvedimento amministrativo, creatività giurisprudenziale e*

rapporti con la successiva ordinanza collegiale, di Christian Bianco; Studio teorico ed empirico dei decreti presidenziali cautelari audita altera parte, di Carlo Fidato; Delle sorti del decreto presidenziale che dispone misure cautelari, ovvero della sua non impugnabilità, di Lorenzo Grossi; Report analitico statistico finale.

ABSTRACT

Warning: Undefined array key "abstract" in
/var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo_pdf.php on line 358

Warning: Undefined array key "sommario_indice" in
/var/www/vhosts/giustiziainsieme.it/httpdocs/print/articolo_pdf.php on line 359

1. Introduzione

Il presente contributo illustra i risultati di un'indagine svolta sull'intero numero dei decreti presidenziali cautelari emessi dal T.A.R. Milano nell'anno solare 2024. L'analisi si focalizza, in particolare, sulla motivazione delle decisioni, tenendo conto dei rapporti tra la fase cautelare d'urgenza *ex artt.* 56 (decreti cautelari presidenziali in corso di causa) e 61 (decreti *ante causam*) e le fasi processuali successive. L'obiettivo è quello di identificare, attraverso lo studio dettagliato delle singole pronunce dei Tribunali Amministrativi, i principali orientamenti e le linee di tendenza di un istituto che rappresenta una «cartina di tornasole»^[1] di evoluzioni di più ampia portata che stanno interessando la pubblica amministrazione nel suo complesso. In particolare, l'analisi si concentra sulle procedure cautelari monocratiche, la cui introduzione nel Codice del processo amministrativo configura il vertice di un tragitto evolutivo^[2] portato avanti, in buona parte, dal diritto vivente, talvolta anche in contrasto con le indicazioni legislative^[3] (circostanza

che sembra ripetersi, attualmente, con riferimento all'appellabilità dei decreti cautelari presidenziali *ex art. 56 c.p.a.*)[\[4\]](#).

2. Il *periculum in mora*

Seppur non si rinvenga una definizione normativa unitaria della nozione di *periculum in mora*[\[5\]](#), il presupposto si identifica abitualmente in quel «pregiudizio grave e irreparabile» allegato dal ricorrente e richiamato dall'attuale art. 55 c.p.a. Il requisito ha assunto, nel corso del tempo, diverse denominazioni: così l'art. 39, R. d. 26 giugno 1924, n. 1054 si riferiva originariamente a «gravi motivi», mentre l'art. 21, c. 7, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 richiamava il concetto di «danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto»; formula sostituita, a seguito della riforma operata dall'art. 3, c. 1, della l. 21 luglio 2000, n. 205[\[6\]](#), con il più generico riferimento al «pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato».

Con l'entrata in vigore del c.p.a., il concetto di *periculum* si scompone in tre gradi di urgenza differenti[\[7\]](#): 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.*

La trattazione che segue si concentra proprio sulla motivazione dei decreti cautelari emessi in situazione di estrema ed eccezionale gravità e urgenza, cercando, anzitutto, di sottolineare alcune osservazioni di carattere generale, per poi analizzare nel dettaglio gli orientamenti dei singoli Presidenti di sezione.

È un dato certo che il *periculum* rappresenti, nelle motivazioni dei decreti cautelari, il presupposto fondamentale, rivestendo un'importanza centrale e imprescindibile. In tutti i decreti analizzati la motivazione dà conto, in modo più o meno sintetico[\[8\]](#), del rischio urgente che il ricorrente subisca un pregiudizio grave e irreparabile nel periodo di tempo necessario ad ottenere una prima decisione cautelare collegiale.

Dagli orientamenti giurisprudenziali emerge la necessità che il pregiudizio sia individuato in modo preciso e specifico, determinando, in caso contrario, il rigetto della domanda[\[9\]](#). La gravità e l'urgenza vanno valutate «in modo oltremodo rigoroso», 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»[\[10\]](#).

L'evoluzione lessicale del presupposto, identificato originariamente come danno e successivamente come pregiudizio, apre la strada ad una prima riflessione sull'oggetto del *periculum*. È possibile anzitutto osservare che il concetto di pregiudizio non equivale alla nozione di danno. Al contrario, il pregiudizio indica un nocumento, non limitato alla sfera patrimoniale [\[11\]](#), che può riguardare la lesione di situazioni giuridiche soggettive di diversa natura: diritto soggettivo, ma anche interesse legittimo, diritto della personalità, diritto potestativo, o addirittura *chance* [\[12\]](#).

Rispetto alla formula contenuta nell'art. 55 e relativa alla procedura cautelare ordinaria, è interessante notare che il legislatore, nel disegnare le situazioni di estrema gravità e urgenza *ex* art. 56 e di eccezionale gravità e urgenza *ex* art. 61, si limiti a considerare la gravità del pregiudizio, non menzionando il predicato tradizionale dell'irreparabilità. I Presidenti di sezione, tuttavia, sembrano dare per presupposta la necessità che il nocumento subito dal ricorrente non sia solo grave [\[13\]](#), bensì anche irreparabile [\[14\]](#). Talvolta, l'irreparabilità del pregiudizio è esclusa in considerazione del comportamento delle parti, che abbiano omesso di proporre l'istanza di fissazione dell'udienza [\[15\]](#).

Sembrano delinearci, rispetto al requisito dell'irreparabilità, 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 nocumento [\[16\]](#). Si enfatizza in tal modo 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. Per l'orientamento opposto, invece, l'irreparabilità non equivale ad irrisarcibilità: 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, avallato da tempo anche dalla dottrina [\[17\]](#), 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 [\[18\]](#).

Ben potrebbe accadere che il pregiudizio che si vuole evitare sia, nel momento in cui è presentata la domanda cautelare, soltanto temuto, e dunque di prossimo accadimento, purché non meramente ipotetico [\[19\]](#). Al contrario, il nocumento non può derivare da atti e provvedimenti di futura adozione [\[20\]](#), dovendo fondarsi su provvedimenti già esistenti. La

correttezza dell'affermazione è testimoniata dal fatto che non risultano casi in cui la tutela cautelare sia concessa avverso atti generali, a cui non abbia fatto seguito un provvedimento immediatamente lesivo della posizione giuridica del ricorrente.

Il ricorso alle due procedure monocratiche si giustifica sempre in ragione della particolare esigenza di indilazionabilità, mentre non si riscontrano in giurisprudenza casi in cui la «gravità ed urgenza» sia giustificata dalla macroscopicità del vizio del provvedimento impugnato, ovvero dall'eccezionalità della richiesta[21].

L'osservazione può riferirsi, in misura rafforzata, anche ai decreti *ante causam*. Come noto l'art. 61 c.p.a., nell'introdurre nel nostro ordinamento la tutela *ante causam*, ne individua il presupposto nell'eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso. Il codice del processo amministrativo, conformandosi alle indicazioni eurounitarie in materia di appalti pubblici[22], ha generalizzato questa forma di tutela anticipata per tutte le controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Anche nella motivazione presidenziale dei decreti *ante causam*, il presupposto dell'«eccezionale gravità ed urgenza» non si giustifica mai in ragione di un contesto fattuale o giuridico eccezionale, ma presuppone sempre l'immediatezza dell'esigenza di provvedere al fine di evitare il pregiudizio irreversibile. Nella tutela *ante causam*, al ricorrente sembrerebbe dunque addossato un onere dimostrativo anche negativo, spettando all'interessato dimostrare non solo il rischio immediato di subire un pregiudizio grave e irreparabile, bensì anche l'inidoneità delle ordinarie procedure cautelari ad evitare il verificarsi del nocumento.

Da un'analisi dettagliata dei singoli decreti monocratici d'urgenza, risulta che alcuni elementi trovano particolare considerazione della valutazione presidenziale del *periculum*: ad esempio, nelle controversie in materia di affidamenti, appalti e concessioni, le conseguenze per il personale impiegato e per l'organizzazione del servizio[23]; in materia di immigrazione, la circostanza che il soggetto si troverebbe a rischio di espulsione[24], o in una situazione potenzialmente lesiva dei suoi diritti fondamentali, atteso il rischio di danni gravi alla persona [25], con particolare attenzione ai casi in cui il ricorrente si troverebbe «senza fissa dimora e vivrebbe per strada durante la stagione invernale»[26]; in materia di edilizia, la presenza di figli minori o soggetti fragili[27]; rispetto alle attività economiche, il rischio della cessazione definitiva dell'attività[28].

Altri elementi di pregiudizio, invece, non giustificano l'emissione di decreti d'urgenza. In un caso affrontato dal T.A.R. Milano, ad esempio, viene chiarito che il prodursi di un danno all'*immagine*, per il breve periodo intercorrente fino alla camera di consiglio, non integra danno irreparabile ai

fini dell'eccezionale tutela cautelare monocratica[29]. La giurisprudenza amministrativa si pronuncia anche a proposito dell'impossibilità, per il ricorrente privato, di dedurre un pregiudizio per l'interesse pubblico a sostegno delle proprie ragioni. Il tema è affrontato dal decreto n. 285 del 25 marzo 2024[30], in cui è stata proposta una domanda cautelare all'interno del rito dell'ottemperanza. Dopo aver specificato che una simile ipotesi è da riservare a casi eccezionali, posto che i termini del rito speciale sono stati configurati al fine di attribuire pronta risposta di giustizia, il Presidente chiarisce che «la parte può dedurre il solo pregiudizio che concerne la propria sfera giuridica, e non certamente quello afferente all'interesse pubblico». In secondo luogo, specifica che nemmeno l'eventuale necessità di coltivare rimedi giurisdizionali, alla quale si era richiamata parte ricorrente, può integrare danno irreparabile[31].

In definitiva, il *periculum in mora* costituisce, anche rispetto ai decreti monocratici cautelari, il presupposto fondamentale per la concessione delle misure cautelari. La motivazione dei decreti si concentra, nella maggior parte dei casi, proprio sull'*urgenza* del provvedere, a fronte del rischio che si verifichi un pregiudizio grave nel breve periodo di tempo che intercorre dalla proposizione del ricorso alla successiva discussione collegiale cautelare.

Comparando la procedura monocratica con la procedura cautelare ordinaria, appare evidente come la valutazione svolta dal giudice rispetto al *periculum* abbia sempre ad oggetto il rischio del verificarsi del pregiudizio grave e irreparabile. A variare, invece, è il binario temporale in cui il pericolo viene valutato. Rispetto all'ordinanza, il *periculum* corrisponde a quel danno provocato dalla durata dell'intero processo, ossia il margine temporale che intercorre dall'istanza cautelare fino alla sentenza di merito. Rispetto al decreto, i binari temporali si restringono, e il pericolo andrà misurato in relazione a quel ristretto margine temporale che intercorre tra la proposizione del ricorso e la decisione collegiale. Infine, rispetto al decreto *ante causam*, i binari si restringono ulteriormente, dovendo il Presidente valutare se ricorre il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile in quel breve lasso temporale che occorrerebbe per la proposizione del ricorso. Di conseguenza, nel caso in cui un pericolo sussista, ma non sia talmente urgente da dover essere affrontato in sede presidenziale, ben potrà il Presidente rigettare la domanda cautelare, la quale potrà essere riproposta e valutata – ed eventualmente accolta - direttamente dal collegio[32]. D'altro canto, il differente oggetto della valutazione presidenziale e collegiale rappresenta sicuramente uno dei motivi per cui, in un'ampia percentuale di casi, la decisione assunta in sede monocratica è disattesa nell'ordinanza[33].

3. Il *fumus boni iuris*

Il secondo presupposto per la concessione di una misura cautelare, come è noto, si identifica nel *fumus boni iuris*. Tuttavia, né l'art. 56 né l'art. 61 c.p.a. fanno un riferimento espresso al *fumus*. La definizione del requisito, piuttosto, si rinviene leggendo il comma 1 dell'art. 55 in combinato disposto con il comma 9 del medesimo articolo, in base al quale l'ordinanza «indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso».

Pur nel silenzio del codice, non sembra revocabile in dubbio che il legislatore abbia inteso confermare la necessaria sussistenza di entrambi i tradizionali presupposti della tutela cautelare (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) anche per le procedure monocratiche[34], confermando l'insegnamento tradizionale secondo cui la misura cautelare può essere disposta dal giudice solo ove sussistano entrambi i requisiti[35]. Rispetto a tale osservazione, verrà evidenziato nel prosieguo come la giurisprudenza dei T.A.R. si sia in buona parte discostata dalla *ratio legis*.

A livello introduttivo, pare necessario sottolineare che la statuizione circa la fondatezza della domanda dovrà comunque essere preceduta dalla previa valutazione dell'ammissibilità e della ricevibilità del ricorso, che finiscono per configurarsi come precondizioni rispetto al sommario vaglio previsionale sulla fondatezza della domanda[36].

In secondo luogo, si ripropone anche per la tutela cautelare monocratica il dibattito relativo al significato da attribuire al *fumus*, che tradizionalmente ha impegnato la dottrina rispetto alla procedura cautelare collegiale. Secondo una prima impostazione, la valutazione del giudice si dovrebbe limitare ad escludere la manifesta infondatezza del ricorso[37]. Secondo altro orientamento, per soddisfare il requisito del *fumus* sarebbe necessario un sindacato più approfondito sulla valutazione probabilistica circa la possibilità di accoglimento del ricorso[38].

Rispetto all'ordinanza collegiale, un'interpretazione letterale e sistematica condurrebbe a ritenere preferibile il secondo orientamento. Da una parte, infatti, la formula contenuta nell'art. 55 c.p.a. sembra richiedere una valutazione più approfondita del *fumus*, non limitata alla sola non manifesta inaccogliibilità del ricorso; in secondo luogo, il principio di strumentalità tra la fase cautelare e di merito, particolarmente enfatizzato dal c.p.a., induce a prestare particolare attenzione al requisito del *fumus*.

Se questo è vero rispetto all'ordinanza, il decreto cautelare pone dei profili differenti. Pare infatti irragionevole sostenere che il giudice debba valutare la probabilità di accoglimento del ricorso in una fase così precoce, caratterizzata da un contraddittorio estremamente scarso – se presente – e da un accesso al fatto pressoché inesistente. E in effetti la giurisprudenza sembra orientarsi proprio in questo senso, seppur con delle differenze anche all'interno delle singole sezioni dei

T.A.R. Considerando l'insieme dei decreti *ex art. 56* emessi dal T.A.R. Milano nel 2024, è possibile constatare che alcuni Presidenti focalizzano l'onere motivazionale esclusivamente sul *periculum in mora*, inteso come rischio che il pregiudizio si verifichi nel breve lasso di tempo necessario ad addivenire ad una decisione cautelare collegiale^[39]. Così, ad esempio, il Presidente della IV Sezione si limita a motivare in ordine al rischio del formarsi di situazioni gravemente pregiudizievoli e altresì irreversibili. L'irreversibilità della situazione, peraltro, è intesa come l'impossibilità di porre rimedio al danno tramite l'utilizzo della procedura cautelare ordinaria. La scelta di non pronunciarsi in ordine al *fumus*^[40], riservando la valutazione al collegio, si evince bene dalla formula spesso reiterata all'interno dei decreti emessi dalla IV Sezione: «*atteso che la funzione del provvedimento cautelare monocratico d'urgenza non è di anticipare l'esito del giudizio, bensì di prevenire il formarsi di situazioni gravemente pregiudizievoli e altresì irreversibili, ossia tali da non poter essere rimediate neppure con una ordinanza collegiale emessa alla prima camera di consiglio utile [...]; ritenuto insussistente nel caso di specie, alla luce delle riferite acquisizioni giurisprudenziali, il presupposto dell'estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla prima Camera di consiglio utile, ove potranno essere più approfonditamente esaminati i motivi dedotti*»^[41].

Data la scelta di non pronunciarsi in ordine alla ragionevole probabilità di accoglimento del ricorso, non è infrequente che, nelle fasi successive del giudizio cautelare, la domanda, respinta nel decreto, sia accolta nell'ordinanza proprio in funzione della valutazione positiva in ordine alla sussistenza del *fumus*, che il Presidente aveva espressamente riservato al collegio^[42]. L'osservazione contribuisce a spiegare l'elevata percentuale di casi in cui la decisione monocratica è ribaltata in sede collegiale^[43]. Interessante che in alcuni casi il Presidente respinge l'istanza cautelare, pur «con impegno dell'Amministrazione ad astenersi dall'esecuzione del provvedimento», in attesa della trattazione collegiale dell'istanza cautelare^[44]. In altri casi, pur respingendo l'istanza di misure cautelari monocratiche, addossa all'amministrazione un incombente istruttorio in vista della camera di consiglio^[45].

Orientamento simile si rinviene anche dalle pronunce monocratiche cautelari emesse dal Presidente della V Sezione, che generalmente non motiva rispetto alla ragionevole probabilità di accoglimento del ricorso, specificando che la valutazione in ordine al *fumus boni iuris* non è consentita in sede monocratica^[46], rinviandola sempre al collegio^[47]. Anche in questo caso non è infrequente che la decisione monocratica sia ribaltata in sede collegiale, proprio in considerazione della valutazione del *fumus* compiuta per la prima volta nell'ordinanza^[48]. In alcuni casi, il Presidente ordina già in questa fase l'audizione delle parti^[49] o l'integrazione istruttoria^[50].

Simile anche l'orientamento della Presidente della Sezione II, che si limita a motivare facendo generico riferimento alla gravità e urgenza. Anche in questo caso il *periculum* è inteso come il rischio del verificarsi di un pregiudizio grave e irreparabile nel solo periodo di tempo necessario ad ottenere l'ordinanza collegiale.

L'orientamento dei Presidenti della IV, V e II Sezione evidenzia, in tal modo, il carattere residuale della tutela cautelare monocratica, ammissibile solo ove le ragioni di tutela non possano essere soddisfatte con ordinanza.

Differente, invece, l'orientamento della Sezione III, il cui Presidente tende a motivare, in un buon numero di casi, sia in ordine al *periculum*, sia in ordine al *fumus*[\[51\]](#). Quando è considerato, il *fumus* è sempre inteso nell'accezione della non manifesta infondatezza[\[52\]](#); quando invece il Presidente ritiene, allo stato, di non poter valutare il *fumus*, lo specifica in motivazione[\[53\]](#). Nel caso in cui la l'istanza di misure cautelari monocratiche sia del tutto immotivata, la richiesta è dichiarata inammissibile[\[54\]](#). In alcuni casi, già in fase monocratica è disposta l'integrazione istruttoria[\[55\]](#).

In alcuni casi anche il Presidente della I Sezione si esprime in ordine al *fumus*[\[56\]](#), mentre in altre circostanze ne rinvia espressamente la valutazione al collegio[\[57\]](#). Anche in questo caso non è infrequente che, qualora sia il Presidente stesso a riservare ogni valutazione al collegio in ordine alla non manifesta infondatezza del ricorso, la decisione cautelare sia ribaltata[\[58\]](#). L'osservazione sembra confermare una tendenza generale del collegio, comune ad ogni sezione, a decidere con maggiore libertà sulla domanda cautelare qualora non ci siano precedenti valutazioni in ordine al presupposto del *fumus*; tendenza, peraltro, invertita laddove la motivazione presidenziale sia particolarmente dettagliata in ordine ad entrambi i presupposti [\[59\]](#).

Non si riscontrano, invece, casi in cui i Presidenti abbiano motivato espressamente il decreto fondendo la valutazione del *fumus* e del *periculum* in un'unica valutazione, come accade, in alcuni casi, nella procedura ordinaria[\[60\]](#). Si tratta, in sostanza, di ipotesi in cui la gravità e la irreparabilità del pregiudizio sociale ed economico non può essere valutata se non in stretta connessione con il *fumus*. In simili circostanze, la valutazione è l'esito di una combinazione e sovrapposizione dei due requisiti. Il fatto che una simile motivazione non si rinvenga in nessuno dei decreti esaminati è probabilmente dovuto alla tendenza, assunta da molti dei Presidenti di sezione, ad escludere la valutazione in ordine al *fumus*, riservandola sempre al collegio.

In conclusione, è interessante notare che nei decreti presidenziali si rinviene, in un ampio numero di casi[61], un riferimento indiretto a quell'orientamento che interpreta la gravità e urgenza come un'endiadi, concludendo che l'unico vero presupposto per la tutela interinale d'urgenza si identifichi sostanzialmente nell'immediatezza dell'esigenza di provvedere. In base a tale orientamento, l'istanza di misure cautelari monocratiche viene sempre respinta qualora «le esigenze di tutela invocate dall'istante possano essere utilmente esaminate in sede di trattazione collegiale della domanda cautelare»[62] e, generalmente, senza prendere espressa posizione in ordine al *fumus*. Come già rilevato, non è infrequente che la valutazione in ordine al *fumus*, che il Presidente espressamente riserva al collegio, conduca al successivo accoglimento dell'istanza cautelare in sede collegiale. Talvolta, è proprio l'immediatezza dell'esigenza del provvedere l'unico elemento motivazionale alla base del decreto di accoglimento della misura cautelare monocratica[63].

L'orientamento si pone in chiara discontinuità rispetto alla *ratio legis* e alla tradizionale visione, sicuramente valida per la procedura ordinaria, in base a cui per la concessione di una misura cautelare devono sussistere entrambi i requisiti[64]. In realtà, la tendenza del giudice a disporre la sospensione sulla base del solo *periculum* si rinviene talvolta, motivando in ordine all'esigenza di mantenere inalterata la situazione di fatto sino alla trattazione in udienza pubblica del merito del ricorso, anche nella procedura cautelare ordinaria[65].

4. La ponderazione degli interessi: un terzo requisito implicito?

Analizzati i due requisiti tradizionali della cautela, occorre ora soffermarsi sulla tendenza dei giudici amministrativi, al di fuori di una espressa indicazione normativa, a subordinare la concessione delle misure cautelari al bilanciamento degli interessi delle varie parti in causa con l'interesse pubblico.

Data la diffusione dell'orientamento, pare necessario domandarsi se l'attività di bilanciamento degli interessi identifichi un terzo requisito implicito della tutela cautelare. Considerando l'insieme dei decreti cautelari emessi dal T.A.R. Milano nell'anno solare 2024, è possibile constatare che l'attività di ponderazione è presente in un numero di pronunce rilevante[66]. Talvolta la prevalenza dell'interesse pubblico appare talmente assorbente da essere l'unico elemento posto alla base della motivazione dell'intero decreto[67].

Limitando l'analisi ad alcune pronunce emblematiche, un bilanciamento dell'interesse pubblico si rinviene, ad esempio, nel decreto n.225 del 2024 del T.A.R. Milano. La vicenda ha avuto origine dall'impugnazione di un provvedimento da parte dell'associazione U.N.A.V. (Unione Nazionale

Attrazionisti Viaggianti) e di alcuni esercenti l'attività di spettacolo viaggiante, con cui il Commissario prefettizio nominato per l'amministrazione provvisoria del Comune di Ugiate con Ronago disponeva di non consentire lo svolgimento del Luna Park connesso alla Fiera locale. Il provvedimento era motivato dalla mancanza dei requisiti di sicurezza dell'area deputata all'evento, come attestato dal parere tecnico della Commissione provinciale di vigilanza sui pubblici spettacoli, istituita *ex art. 80 t.u.l.p.s.*, dell'anno precedente. I ricorrenti, data la situazione di estrema urgenza, richiedevano al Presidente della Sezione di disporre misure cautelari monocratiche. Dapprima, con decreto n. 224, il Presidente convocava le parti in audizione tramite piattaforma Teams per il 4 marzo (giorno in cui avrebbe dovuto avere inizio il Luna Park)[\[68\]](#). A seguito dell'audizione delle parti, nel successivo decreto n. 225 del 4 marzo 2024, il Presidente respingeva l'istanza cautelare in base ad una valutazione fondata sulla ponderazione degli interessi. In motivazione veniva specificato che «la valutazione dei presupposti di estrema gravità ed urgenza previsti dall'art. 56 c.p.a. va svolta non solo con riferimento agli interessi invocati dalla parte ricorrente, in quanto questi vanno comunque comparati con quelli fatti valere dalla parte resistente», concludendo che «allo stato, anche alla luce dell'audizione odierna, sembrano prevalere i profili di sicurezza segnalati dal Comune resistente»[\[69\]](#).

Poiché la successiva camera di consiglio cautelare veniva fissata in data 21 marzo 2024 (ultimo giorno in cui si sarebbe dovuto svolgere il Luna Park), il collegio non poteva che rilevare che era ormai «trascorso il periodo temporale [...] per il quale era programmato lo svolgimento del Luna Park, evento inibito con il provvedimento impugnato», dichiarando improcedibile la domanda cautelare[\[70\]](#).

Infine, con sentenza n. 2519 del 2024[\[71\]](#), il T.A.R. accoglieva il ricorso, potendo, tuttavia, accertare l'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori. Il ricorso sarebbe infatti risultato improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse all'annullamento dell'atto, essendo ormai stato superato il lasso temporale di svolgimento della Fiera di San Giuseppe e del connesso Luna Park.

Dalla vicenda in esame risulta chiaramente come l'unico mezzo a disposizione dei ricorrenti per ottenere una tutela effettiva e non limitata ai soli fini risarcitori fosse proprio la tutela cautelare d'urgenza *ex art. 56 c.p.a.* Si tratta, evidentemente, di uno dei casi in cui il decreto presidenziale, a causa degli effetti irreversibili prodotti dal decorrere del tempo necessario a pervenire a una decisione collegiale, assume il carattere della decisorietà.

L'osservazione è particolarmente evidente nel caso di specie, poiché i ricorrenti, nel tempo intercorrente tra la decisione monocratica e la camera di consiglio collegiale, procedevano ad impugnare il decreto cautelare n. 225 innanzi al Consiglio di Stato, che tuttavia dichiarava inammissibile l'appello, in considerazione del fatto che «il sistema vigente risulta globalmente congegnato in modo da prevedere che la tutela monocratica cautelare in primo grado sia, sussistendone i presupposti, revocabile o modificabile solo all'interno del grado di giudizio in cui essa è attivata, senza violare il principio di "non impugnabilità" (davanti al giudice di secondo grado), chiaramente espresso da una scelta legittima e insindacabile del legislatore»[\[72\]](#).

È opportuno sottolineare che, in simili casi, la vicenda finisce per essere definita sulla base di una valutazione discrezionale di ponderazione di interessi, svolta dal giudice amministrativo nel decreto monocratico, che in primo luogo non tiene conto del requisito del *fumus*, e peraltro sarebbe preclusa in sede di decisione di merito, con evidenti problemi di coordinamento con il principio di strumentalità strutturale tipico della fase cautelare.

Parte della dottrina, con riferimento alle ordinanze cautelari collegiali[\[73\]](#), evidenzia il rischio che l'attività di ponderazione degli interessi svolta dal giudice conduca a privilegiare l'interesse dell'amministrazione, a discapito di quello del ricorrente[\[74\]](#). Per un caso differente, in cui l'attività di bilanciamento conduce a ritenere prevalente l'interesse del privato, si veda il decreto n. 228 del 2024[\[75\]](#). La vicenda aveva origine dall'istanza, presentata dall'Associazione Culturale Assalam di Cantù, volta ad ottenere dal Comune di Cantù l'utilizzo di uno spazio pubblico o, in alternativa, l'autorizzazione all'uso temporaneo di un immobile ove poter svolgere le attività connesse al Ramadan. A fronte del rigetto dell'istanza, l'associazione impugnava il provvedimento innanzi al T.A.R., richiedendo allo stesso tempo l'adozione di misure cautelari presidenziali *ex art. 56 c.p.a.* Il Presidente del T.A.R. accoglieva la domanda cautelare, svolgendo un'attività di comparazione degli opposti interessi. Nella fattispecie, riteneva prevalente l'interesse «al libero esercizio dell'attività di culto rispetto a quello legato all'accertamento della compatibilità urbanistica del temporaneo mutamento di destinazione d'uso dell'immobile».

Come nella vicenda analizzata in precedenza, anche in questo caso il decreto presidenziale, deciso sulla base di una ponderazione degli interessi, finisce per definire l'intera vicenda e assumere, nei fatti, il carattere della decisorietà. In effetti, la successiva ordinanza n. 369 del 12 aprile 2024 prendeva atto che, a causa del decorso del tempo necessario a giungere a una decisione collegiale, si era ormai concluso il Ramadan, dichiarando di conseguenza improcedibile l'istanza per il venir meno delle esigenze cautelari.

Un caso simile, sia dal punto di vista della domanda cautelare (relativa all'utilizzo di un campo sportivo comunale per la celebrazione della festività "*Eid al-Fitr*"), sia dal punto di vista dell'attività di ponderazione degli interessi, è quello deciso con decreto n. 587 del 10 giugno 2024 [\[76\]](#).

Ampliando lo sguardo, l'attività di bilanciamento degli interessi non è limitata alla giurisprudenza del T.A.R. Milano, rinvenendosi storicamente fin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato [\[77\]](#), nonché, di recente, nelle decisioni monocratiche di altri Tribunali Regionali [\[78\]](#).

Richiamati alcuni casi significativi, pare ora necessario svolgere qualche considerazione di carattere generale. L'attività di ponderazione degli interessi, come già rilevato, non è inclusa tra i requisiti tipici richiamati dal legislatore, il quale, peraltro, ha trasfuso nel codice del processo amministrativo un gran numero di principi e acquisizioni di matrice giurisprudenziale. Di conseguenza, l'omessa considerazione del bilanciamento degli interessi coinvolti e, nello specifico, della prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, potrebbe far dubitare della volontà legislativa che una simile attività ponderativa sia compiuta dal giudice amministrativo in sede cautelare. La giurisprudenza, tuttavia, pare dare tale potere valutativo per presupposto, ritenendolo, in alcuni casi, addirittura necessitato. Come rilevato da alcuni autori rispetto alla procedura cautelare ordinaria, l'omesso esplicito riferimento al canone dell'interesse pubblico «pone in luce una evidente criticità del sistema del diritto vivente» [\[79\]](#).

In base a un primo argomento a favore di questo inedito potere di bilanciamento, la presenza di un interesse pubblico al mantenimento dell'atto consentirebbe di ritenere insussistente, o comunque non grave e irreparabile, il pregiudizio del ricorrente. Nel pronunciarsi sull'istanza cautelare, il giudice amministrativo sarebbe tenuto a valutare non soltanto il pregiudizio grave e irreparabile del ricorrente, bensì anche l'interesse dell'amministrazione resistente, dei controinteressati e, in generale, l'interesse pubblico [\[80\]](#). In tale modo, il bilanciamento dei contrapposti interessi non costituirebbe un requisito autonomo, bensì rientrerebbe nel tradizionale presupposto del *periculum*, che finirebbe per assumere una struttura non soltanto bilaterale [\[81\]](#), ma addirittura plurilaterale.

Il potere di bilanciamento del giudice potrebbe giustificarsi, in seconda istanza, in base al criterio generale, comune anche al processo civile e penale, secondo cui il giudice è tenuto a valutare le conseguenze della pronuncia su tutte le parti in causa. Ciò varrebbe, a maggior ragione, in forza del rinvio esterno contenuto di cui all'art. 39 c.p.a.

Infine, ulteriore argomento posto a fondamento della tesi giurisprudenziale che ammette tale valutazione comparativa è la considerazione che l'ordinamento eurounitario impone di rispettare il principio di proporzionalità; di conseguenza, la decisione cautelare dovrebbe sempre tenere conto degli effetti sui controinteressati e sulla parte pubblica[82].

La tesi, tuttavia, non pare supportata da una base normativa giustificatrice solida; al contrario, la giurisprudenza pare piuttosto darla per presupposta[83], nonostante il principio di parità delle armi processuali imporrebbe di escludere che la ponderazione degli interessi sia un requisito connaturato e necessario della fase cautelare[84].

Si potrebbe allora sostenere che non rientri nel novero dei poteri del giudice cautelare la valutazione in ordine all'interesse pubblico, perlomeno nei casi in cui la decisione cautelare non sia strettamente provvisoria e strumentale, ma si riveli, nei fatti, in grado di definire la vicenda in senso sostanziale.

È vero che, come evidenziato dalla dottrina, la verifica dei requisiti richiesti per l'adozione della misura interinale, tanto più se imperniata sull'ipotesi del danno, non è mai configurabile come giudizio di diritto, nel senso di applicazione alla fattispecie di norme giuridiche[85]. Il che, tuttavia, sembra motivato dall'espressa previsione normativa che autorizza il giudice a compiere tale valutazione in ordine al giudizio ipotetico di danno, mentre un simile potere di ponderazione dell'interesse pubblico non è giustificato da una specifica base normativa. E in effetti, ove il legislatore ha inteso imporre al giudice un bilanciamento che coinvolga l'interesse pubblico, l'ha espressamente specificato, come nel caso del decreto semplificazioni[86].

In secondo luogo, la soluzione sembra imposta anche dal rispetto del principio di strumentalità, inteso nella sua accezione strutturale: se l'operazione di bilanciamento dell'interesse pubblico non rientrasse tra i poteri del giudice nel merito, non dovrebbe rientrare nemmeno nella valutazione cautelare, se non espressamente previsto[87].

In terzo luogo, è necessario considerare che la ponderazione degli interessi, presente anche nel giudizio cautelare civile e in particolare nella tutela d'urgenza *ex art. 700 cpc*, si connota di problematiche particolari nel processo amministrativo. Se è vero che in ambito civile il giudice mette usualmente a confronto il pregiudizio che subirebbero entrambe le parti del rapporto (nel caso tipico, debitore e creditore), è inusuale che tenga in considerazione gli effetti che deriverebbero sulla collettività, o sulla sfera giuridica di soggetti estranei al processo[88]. Il che si verifica, invece, nei casi in cui il giudice amministrativo pondera, in sede cautelare, l'interesse non solo del privato e dell'amministrazione, ma anche l'interesse pubblico generale, rischiando

di sconfinare nel merito di scelte discrezionali riservate al solo soggetto pubblico. Ovviamente il problema è tanto più sentito nei casi in cui la decisione cautelare finisce per acquisire i caratteri della decisorietà, definendo in senso sostanziale l'intera controversia e riservando al giudizio di merito, tutt'al più, l'accertamento in ordine al risarcimento dei danni.

In quarto luogo, ritenere che la ponderazione giudiziale degli interessi sia un requisito connaturato e necessario trasformerebbe la giurisdizione cautelare, sostanzialmente, in giurisdizione di merito^[89]. Circostanza smentita, ovviamente, dal fatto che il codice del processo non include il giudizio cautelare tra le ipotesi di merito tassativamente previste.

Infine, occorre considerare che l'operazione di bilanciamento degli interessi compiuta dall'amministrazione in sede procedimentale segue un'istruttoria completa ed esaustiva. Non si vede per quale motivo, allora, al giudice sarebbe consentito ponderare l'interesse pubblico, ritenendolo prevalente rispetto all'interesse privato, in una fase cautelare d'urgenza in cui la cognizione è necessariamente sommaria e parziale, il contraddittorio, over presente, risulta estremamente limitato e l'accesso al fatto da parte del giudice è sostanzialmente escluso. A ben vedere, nel caso del decreto *ante causam* non si trova nemmeno di fronte un vero e proprio ricorso contenente l'enunciazione completa delle ragioni di fatto e di diritto. A dimostrazione di ciò, in alcuni casi il giudice si astiene dall'effettuare una ponderazione degli interessi, proprio al fine di adottare una deliberazione cautelare che rischierebbe di sostituirsi all'amministrazione competente, «senza un'adeguata fase istruttoria e di contraddittorio processuale, anche in ragione delle delicate valutazioni da svolgere nel caso di specie»^[90]. Si vedano, ad esempio, i decreti n. 320 e 334 del 2024, in cui la misura propulsiva disposta in sede cautelare non si configura come ordine di riesame, bensì, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, come onere al Comune di concludere celermente l'istruttoria. Nella vicenda in esame un'associazione religiosa aveva proposto istanza affinché l'ente locale provvedesse a mettere a disposizione, in data 9 e 10 aprile 2024, uno spazio nel quale poter festeggiare la festività musulmana dell'Eid al-Fitr. A fronte del silenzio serbato dall'amministrazione, il giudice amministrativo aveva onerato il Comune di concludere celermente l'istruttoria, specificando altresì che, in caso di risposta negativa, l'amministrazione avrebbe avuto cura di indicare gli eventuali potenziali spazi che sarebbero stati idonei all'utilizzo rappresentato dall'associazione ricorrente e le ragioni della loro indisponibilità. Con provvedimento del 5 aprile 2024, il Comune aveva respinto nuovamente l'istanza, ritenendo gli spazi non idonei allo svolgimento della festività. Nonostante il Presidente, a causa della prossimità della celebrazione, avesse ritenuto sussistenti i presupposti di urgenza di cui all'art. 56 c.p.a., si è altresì astenuto dall'effettuare una ponderazione degli interessi. Dalla motivazione del decreto si evince infatti l'impossibilità per il giudice di adottare una

deliberazione cautelare che rischierebbe di sostituirsi all'amministrazione competente, «senza un'adeguata fase istruttoria e di contraddittorio processuale, anche in ragione delle delicate valutazioni da svolgere nel caso di specie»[\[91\]](#). Al contrario, ad avviso del magistrato le esigenze di tutela invocate dalla ricorrente, nonché quelle contrarie opposte dal Comune intimato, avrebbero potuto essere adeguatamente temperate ordinando al Prefetto di Milano di avviare un confronto tra le parti, al fine di valutare la sussistenza o meno di «comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica» in grado di impedire lo svolgimento della festività. Il decreto, dunque, contiene una doppia indicazione propulsiva: un primo ordine di avviare un confronto con il Prefetto, nonché, alla luce delle risultanze del predetto confronto, un secondo ordine al Comune intimato, al fine di valutare l'adozione delle relative determinazioni in tempo utile per l'avvio o meno della festività. All'esito del confronto, il Comune ha in effetti concesso l'utilizzo di un centro sportivo nel quale si è svolta la festività. In ragione di tale evoluzione, la sentenza breve ha dichiarato improcedibile il ricorso principale, in ragione dell'adozione del primo provvedimento negativo, nonché la domanda cautelare contenuta nei motivi aggiunti, essendo stato concesso lo spazio richiesto[\[92\]](#).

Alla base del criterio di bilanciamento degli interessi, che la giurisprudenza dà per presupposto pur in assenza di una specifica base normativa, sembra porsi, in definitiva, il tradizionale costruito dell'interesse legittimo come posizione giuridica soggettiva necessariamente correlata all'esercizio di un potere pubblico. Cosicché, nel valutare la posizione giuridica soggettiva del privato in fase cautelare, il giudice non potrebbe esimersi dal considerare, spesso a spese del ricorrente, l'interesse pubblico correlato.

5. Conclusioni. La sinteticità della motivazione. Un inedito potere di valutazione “discrezionale” del giudice cautelare. La tendenza giurisprudenziale a “cautelarizzare il merito” o, al contrario, a “stabilizzare la fase cautelare”.

In conclusione, dall'analisi svolta sulla motivazione dei decreti cautelari monocratici emergono alcuni profili d'interesse. Anzitutto, il tradizionale requisito del *periculum in mora* si conferma come presupposto principe per la concessione di misure interinali, seppur, nella procedura d'urgenza ex art. 56, la valutazione sia limitata a quel breve lasso temporale intercorrente dalla proposizione dell'istanza allo svolgimento della successiva camera di consiglio. La diversità dell'oggetto valutativo sembra spiegare, almeno in parte, l'elevata percentuale di ipotesi in cui la decisione presidenziale è ribaltata dall'ordinanza collegiale. A questo si aggiunge, d'altra parte, la tendenza di alcuni Presidenti a motivare il decreto facendo riferimento al solo requisito del *periculum* e riservando, in questa fase anticipata caratterizzata da una cognizione estremamente

limitata, la valutazione in ordine al *fumus* al collegio. Tale orientamento giurisprudenziale interpreta il requisito della «gravità e urgenza» essenzialmente come un'endiadi, con la conseguenza che l'unico vero presupposto per la tutela interinale d'urgenza finisce per coincidere, sostanzialmente, con l'immediatezza dell'esigenza di provvedere. L'indirizzo, tuttavia, non è unitario all'interno del T.A.R. Milano, posto che alcuni Presidenti si esprimono, perlomeno ove ne appaia evidente la sussistenza o carenza, anche sul *fumus*. In questi casi, il requisito è sempre inteso nell'accezione della non manifesta infondatezza del ricorso.

Ai due requisiti classici della tutela cautelare, sembra tuttavia affiancarsi un terzo presupposto di creazione giurisprudenziale, in quanto non legislativamente previsto: la ponderazione dei diversi interessi delle parti in causa con l'interesse pubblico. Come evidenziato, l'emersione di questo terzo presupposto attribuisce al giudice un potere «discrezionale ed equitativo» di cui non dispone in sede di legittimità, contribuendo alla progressiva assunzione da parte del giudice amministrativo, anche in sede cautelare, di un ruolo di supplente dell'amministrazione, che «ha perso in qualche modo i connotati di autorità»[\[93\]](#). Nel momento in cui l'interesse pubblico innominato[\[94\]](#) entra nel processo[\[95\]](#), diventa inevitabile un rischio di commistione tra funzione giurisdicente e amministrativa, ponendo evidenti questioni in tema di separazione dei poteri. Questioni tanto più manifeste nei casi in cui il decreto cautelare non disponga misure puramente interinali, ma finisca per acquisire, nei fatti, il carattere della decisorietà, definendo la questione sostanziale in modo irreversibile e senza possibilità di appellare il decreto innanzi al Consiglio di Stato[\[96\]](#).

Il ruolo di «regolatore della funzione amministrativa»[\[97\]](#) si enfatizza particolarmente nel momento in cui il giudice non si limiti a disporre la misura principe della sospensione, ma indirizzi e integri l'azione sostanziale dell'amministrazione tramite misure atipiche con effetti conformativi e propulsivi[\[98\]](#). È il noto tema del *remand*[\[99\]](#). Il problema sembra porsi, in particolare, nei casi in cui il decreto costituisce l'unico mezzo per ottenere una tutela effettiva e non limitata esclusivamente a un risarcimento per equivalente. In queste circostanze, il rischio che il processo cautelare anticipatorio diventi sommario è evidente.

Per contrastare il rischio di un'indebita commistione tra la funzione giurisdicente e la funzione amministrativa, parte della dottrina evidenzia l'opportunità di privilegiare la valutazione in ordine al requisito del *fumus*, assegnando un ruolo secondario alla ponderazione degli interessi [\[100\]](#). La soluzione non sembra tuttavia praticabile per i decreti presidenziali d'urgenza *ex art.* 56 c.p.a., stante il diffuso indirizzo giurisprudenziale che riserva tale valutazione direttamente all'ordinanza collegiale; per i decreti cautelari *ante causam*, poi, la valutazione del presupposto

della verosimile accoglibilità del ricorso risulta, se non impossibile, estremamente difficoltosa, data addirittura l'assenza di un ricorso contenente la completa enunciazione dei motivi di fatto e di diritto a fondamento dell'istanza.

D'altro canto, dall'analisi dei decreti cautelari si riviene la prassi, diffusa tra i giudici amministrativi, di motivare le decisioni cautelari in maniera estremamente sintetica e stringata [101]. Talvolta, la motivazione potrebbe essere definita addirittura apparente, qualora si limiti a mere formule di rito, senza dar conto concretamente della valutazione degli elementi di fatto alla base della domanda [102]. L'osservazione sembra coerente con un fenomeno più generale, non limitato alla sola fase cautelare, ma anzi comune ad ogni decisione individuale proveniente da pubblici poteri [103].

In conclusione, l'analisi svolta evidenzia, almeno in alcuni casi, un cambiamento della funzione della fase cautelare, da strumento diretto a mantenere *adhuc integra* la *res litigiosa* fino all'esame del merito, ad un mezzo di verifica dell'esigenza di tutela e di prima - e talvolta definitiva - definizione del rapporto giuridico amministrativo [104].

Emerge, in particolare, una continua commistione tra la fase cautelare e quella di merito. Da una parte, ciò avviene in forza della generalizzazione del c.d. "merito breve". Ai sensi dell' art. 55, co. 10, il giudice amministrativo è chiamato a valutare, in camera di consiglio, l'opportunità di fissare la data di discussione del ricorso nel merito, purché le esigenze del ricorrente siano tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito e «apprezzabili favorevolmente» (ossia, in sostanza, se sussista il *fumus boni iuris*). In tal modo la valutazione di un presupposto cautelare incide sul merito, quantomeno condizionando la forma semplificata assunta dalla sentenza e la sollecitudine della decisione [105].

La contaminazione, tuttavia, avviene anche in senso inverso, a causa della tendenza delle decisioni cautelari a stabilizzarsi, definendo nei fatti l'assetto sostanziale degli interessi fatti valere dal ricorrente. Come visto, ciò accade nei casi in cui il decreto rappresenta l'unico mezzo per il ricorrente per ottenere una tutela effettiva in una situazione d'urgenza e, in caso del rigetto dell'istanza, al privato non resta che domandare l'accertamento nel merito dell'illegittimità del provvedimento, ai soli fini risarcitori; ma accade anche qualora la deliberazione cautelare contenga indicazioni propulsive, pur sulla base di un accertamento sommario, in grado di guidare l'amministrazione nell'emissione di un nuovo provvedimento. In questo caso, il ruolo della sentenza rimane relegato esclusivamente a dichiarare l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere. Viene così certamente ad attenuarsi il carattere strumentale della cautela, che pure il codice riafferma con convinzione. Il rischio è quello di

ottenere una decisione che, seppur tempestiva, risulti inevitabilmente sommaria e per di più fondata, in alcuni casi, su un inedito potere del giudice di ponderazione degli interessi che sarebbe precluso in sede di merito.

[1] L'espressione è utilizzata da. M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Diritto processuale amministrativo*, n.1/2011, 199.

[2] Cfr. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi*, n. 5/2017, 5, secondo cui «la disciplina della tutela cautelare, ormai stabilizzata nel codice del processo amministrativo (C.P.A.), sembra avere chiuso definitivamente il proprio tragitto evolutivo. Le questioni storiche più risalenti appaiono risolte: la piena tutelabilità cautelare degli interessi legittimi pretensivi; l'esecuzione delle pronunce, l'atipicità e varietà delle misure adottabili; la regolamentazione strettamente processuale del giudizio e la sua relazione di strumentalità con il merito; il rapporto con la disciplina di derivazione europea; il procedimento monocratico e *ante causam*. Si potrebbe ritenere che il codice, in ultima analisi, abbia ormai toccato il livello massimo di difesa degli interessi legittimi realizzabile nel processo amministrativo di urgenza».

[3] Cfr. M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo*, cit., 201.

[4] Per un'analisi dettagliata circa l'appellabilità dei decreti cautelari monocratici si rinvia al contributo di L. Grossi, *Delle sorti del decreto presidenziale che dispone misure cautelari, ovvero della sua non impugnabilità*, in questa *Rivista*.

[5] Cfr. S. Recchioni, voce *Periculum in mora* (nel processo cautelare civile), in *Digesto Sez. civ.*, vol. II, Torino, UTET, 892. Nello stesso senso anche M. Ricciardo Calderaro, I. A. Chesta, *Riflessioni in ordine alla tutela cautelare nel processo amministrativo e nel giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2023, 71.

[6] L'art. 3, c. 1, della l. 21 luglio 2000, n. 205 ha sostituito il termine danno, contenuto nella formula originaria dell'art. 21, c. 7, l. T.A.R., con il più generico concetto di pregiudizio.

[7] Cfr. Camera dei Deputati, Dossier di documentazione, XVI legislatura, *Schema di decreto legislativo*, n. 212, in base al quale i tipi di tutela cautelare si articolano «in relazione al diverso grado di urgenza (rispettivamente "pregiudizio grave ed irreparabile", "estrema gravità ed urgenza" ed "eccezionale gravità ed urgenza")».

[8] Si rimanda, a tal proposito, al paragrafo conclusivo.

[9] V. Tar Lombardia, Milano, sez. I, 26 novembre 2024, decr. n. 1371.

[10] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 15 ottobre 2024, decr. n. 1190.

[11] V. M. Sanino, *Il processo cautelare*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2000, 256.

[12] Cfr. D. Piccione, *I presupposti*, in F. Freni (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 33.

[13] In alcuni casi si evidenzia la necessità che il pregiudizio alla base della domanda cautelare sia grave, non potendo altrimenti giustificare «l'attivazione del potere cautelare monocratico, di carattere del tutto eccezionale» (Tar Lombardia, Milano, sez. V, 14 agosto 2024, decr. n. 860). Nel caso di specie, il Presidente ha ritenuto che un ritardo di pochi giorni non costituisse un pregiudizio connotato dal carattere della gravità.

[14] Qualora ritenga di escludere il carattere dell'irreparabilità, infatti, il Presidente respinge sempre la domanda cautelare. Si veda, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 30 giugno 2024, decr. n. 688, che respinge l'istanza cautelare sulla sola base del fatto che «non sussiste allo stato pregiudizio irreparabile».

[15] V. ad esempio Tar Lombardia, Milano, sez. III, 19 dicembre 2024, decr. n. 1501.

[16] Nella giurisprudenza del T.A.R. Milano si veda Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 gennaio 2024, decr. n. 2, che esclude espressamente il *periculum in mora* «considerato che il danno paventato ha natura patrimoniale, ed è perciò risarcibile»; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 febbraio 2024, decr. n. 129, che ritiene che l'istanza sia «inammissibile, posto che non reca alcuna motivazione sulle specifiche ragioni che giustificano la tutela cautelare monocratica» ma «che, in ogni caso, essa sarebbe da rigettare, posto che il danno lamentato ha carattere patrimoniale ed è risarcibile»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 26 aprile 2024, ord. n. 416, secondo cui «quanto al *periculum*, l'incidenza economica degli effetti del provvedimento impugnato non può costituire un pregiudizio irreparabile stante la sua natura patrimoniale, per sua natura reintegrabile se ravvisati sussistenti i presupposti di legge»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 23 aprile 2024, decr. n. 407, che, nel respingere l'istanza di misure cautelari monocratiche, motiva in ordine al fatto che «anche i prospettati danni di natura economica, per loro stessa natura, potranno trovare adeguata tutela, oltre che nella predetta sede collegiale di trattazione della domanda cautelare, nella successiva fase di merito, laddove ritenuti sussistenti i presupposti di legge»; Tar

Lombardia, Milano, sez. III, 29 aprile 2024, decr. n. 425, per cui «considerato che l'esiguità dell'importo richiesto ai fini della partecipazione, per giunta ripetibile in caso di accoglimento del ricorso, [...] evidenzia l'assenza di profili di danno irreparabile ai fini della presente decisione»; si veda anche Tar Lombardia, Milano, sez. V, 30 aprile 2024, decr. n. 426; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 10 luglio 2024, decr. n. 706; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 26 luglio 2024, decr. n. 831; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 13 dicembre 2024, decr. n. 1474.

[17] Cfr. M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, cit., 198, che rilevano che non solo il concetto di irreparabilità è più ampio di quello di irrisarcibilità, ma anche che riguarda utilità diverse; per cui «la tutela risarcitoria non sempre è idonea a soddisfare pienamente le pretese dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa, atteso che non tutte le voci di danno possono essere riparate in via successiva e per equivalente».

[18] È il caso, ad esempio, dei danni prodotti prima che il giudice amministrativo disponga la misura cautelare. Cfr. F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. app.*, 2001, 251.

[19] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. V, 24 maggio 2024, ord. n. 509, che respinge la domanda cautelare sulla base del fatto che la possibile incidenza della sanzione della sospensione sul voto negativo in condotta «costituisce, allo stato, un pericolo solo ipotetico, riferendosi ad un potere non ancora esercitato dall'istituto scolastico».

[20] Si veda, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. V, 6 agosto 2024, decr. n. 852, in cui il Presidente respinge la domanda cautelare specificando che non sussistono «i presupposti indicati dall'art. 56 c.p.a. per l'adozione dell'invocata misura cautelare, posto che le comunicazioni impugnate sono comunque atti endoprocedimentali, prive allo stato di un contenuto lesivo»; similmente anche Tar Lombardia, Milano, sez. I, 13 settembre 2024, decr. n. 1056, in cui il Presidente ritiene «insussistente il pregiudizio irreparabile nelle more della convocazione del collegio per la valutazione della domanda di tutela cautelare, in considerazione del carattere infraprocedimentale dell'atto contestato» e Tar Lombardia, Milano, sez. V, 31 marzo 2024, decr. n. 319, che respinge la domanda cautelare «ritenuto che, allo stato, non sussistono i presupposti imposti dall'art. 56 c.p.a. per l'adozione dell'invocata misura cautelare monocratica posto che [...] il Comune di Milano ha solo avviato la procedura di scorrimento della graduatoria di che trattasi ma ha, per ora, subordinato l'eventuale autorizzazione "una volta esperiti i termini per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento di decadenza" [...], facendo con ciò

ipotizzare che ogni ulteriore decisione è rimandata almeno allo spirare di quel termine».

[21] Cfr. D. Piccione, *I presupposti*, in F. Freni (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, cit. 41.

[22] Come è noto, la tutela cautelare *ante causam* è stata introdotta nel nostro ordinamento a seguito della pronuncia della Corte di giustizia CE del 29 aprile 2004, causa C-202/03.

[23] Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 gennaio 2024, decr. n. 3.

[24] Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 febbraio 2024, decr. n. 152.

[25] Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2024, decr. n. 4, secondo cui «l'istanza appare meritevole di accoglimento quanto alla circostanza che il ricorrente sarebbe senza fissa dimora e vivrebbe per strada, peraltro durante la stagione invernale».

Sempre in materia di immigrazione, misurano il *periculum* in ordine al danno grave e irreparabile che l'espulsione provocherebbe alla persona Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 2024, decr. n. 21, e Tar Lombardia, Milano, sez. III, 20 gennaio 2024, decr. n. 73, che peraltro motivano anche in ordine al *fumus*; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 25 gennaio 2024, decr. n. 98.

[26] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 novembre 2024, decr. n. 1338.

[27] Tar Lombardia, Milano, sez. III, 24 aprile 2024, decr. n. 409; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 25 giugno 2024, decr. n. 655.

[28] Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2024, decr. n. 504.

[29] Tar Lombardia, Milano, sez. III, 25 marzo 2024, decr. n. 286.

[30] Tar Lombardia, Milano, sez. III, 25 marzo 2024, decr. n. 285.

[31] Le medesime osservazioni sono contenute anche nella successiva ordinanza collegiale (Tar Lombardia, Milano, sez. III, 19 aprile 2024, ord. n. 383). Si veda anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 maggio 2024, ord. n. 543, per cui «come è ovvio, parte ricorrente non è titolata a dedurre in causa altro danno che quello che ne concerne la sfera giuridica, sicché gli eventuali pregiudizi che potrebbero derivare all'interesse pubblico dai provvedimenti impugnati sono del tutto estranei alla valutazione del danno irreparabile posto a base della domanda cautelare».

[32] Per richiamare un solo caso esemplificativo tra i tanti, si veda Tar Lombardia, Milano, sez. V, 12 gennaio 2024, decr. n. 20, secondo cui «non si ricavano le ragioni di estrema gravità ed

urgenza che non consentono di attendere la trattazione in sede collegiale della domanda cautelare».

[33] Per le percentuali statistiche si rinvia al *report* di accompagnamento.

[34] Come conferma anche il Dossier di documentazione della Camera dei Deputati, XVI legislatura, *Schema di decreto legislativo*, n. 212, secondo cui l'intervento apportato dal Codice reca in primo luogo una sistemazione organica della materia e «conferma la necessaria sussistenza dei due tradizionali presupposti della tutela cautelare (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) e la struttura del giudizio cautelare articolato in una fase collegiale ed una fase monocratica, eventuale ed anticipatoria».

Del resto, anche nel sistema normativo previgente il requisito del *fumus boni iuris* non era espressamente menzionato nella *littera legis*. Eppure, proprio la giurisprudenza prevalente l'aveva interpretato come requisito essenziale, in quanto desumibile dai principi generali sulla tutela cautelare. Si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato, ad. plen., 8 ottobre 1982, n. 17. Sul punto cfr. F. Freni, *Artt. 55-62*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, 550.

[35] Cfr. C. Mignone, *Il giudizio di primo grado*, in C. Mignone, P. M. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, 219 e M. Ricciardo Calderaro, I. A. Chesta, *Riflessioni in ordine alla tutela cautelare nel processo amministrativo e nel giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti*, cit., 71.

[36] V. ad esempio Tar Lombardia, Milano, sez. V., 8 giugno 2024, decr. n. 582. In dottrina cfr. D. Piccione, *I presupposti*, in F. Freni (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, cit., 45.

[37] Per la ricostruzione del dibattito tradizionale cfr. R. Juso, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, 253. Aderiscono al primo orientamento Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2020, n. 3508, Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1240; Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6134, Tar Calabria, Catanzaro, 25 giugno 2020, n. 1135.

[38] Tra gli Autori che si ritengono necessaria una valutazione più rigorosa del presupposto, interpretandolo in termini di probabilità di successo, A. Travi, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329; G. Moneta, *L'evoluzione involutiva della tutela cautelare amministrativa*, ivi, 1994, 416 ss.

[39] Per un caso in cui il Presidente accoglie l'istanza cautelare monocratica, pronunciandosi sul solo pregiudizio e rinviando la valutazione del *fumus* al collegio si veda, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 agosto 2024, decr. n. 849. La successiva ordinanza n. 1006 del 12 settembre 2024, peraltro, ordina all'amministrazione di procedere in contraddittorio con la parte ricorrente a un riesame della situazione, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per concludere positivamente la procedura di emersione del rapporto di lavoro irregolare, precisando anche che la parte più diligente dovrà versare in atti la prova dell'esito della nuova fase procedimentale. La sentenza *ex art.* 60 n. 1605 dell'8 maggio 2025 si limita a dare atto che, a seguito dell'adozione di un nuovo provvedimento di rigetto fondato su una rinnovata istruttoria, è definitivamente venuto meno l'interesse delle ricorrenti a censurare il precedente provvedimento negativo (trasferendosi tale interesse nei confronti del nuovo provvedimento sfavorevole), con conseguente improcedibilità del ricorso originariamente proposto, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a.

[40] In alcuni casi il Presidente rinvia espressamente la valutazione del *fumus* al collegio. Si veda ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 agosto 2024, decr. n. 846 («Ritenuto di accogliere la predetta istanza in riferimento al pregiudizio e rimesso al collegio l'approfondimento del *fumus*»); similmente Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 agosto 2024, decr. n. 851 («Ritenuto che gli argomenti dedotti sono meritevoli di approfondimento in sede collegiale, mentre può essere concessa la misura della sospensione interinale in considerazione del pregiudizio»).

Eccezionalmente, in realtà, anche la IV Sezione si pronuncia in ordine al *fumus*: in Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 agosto 2024, decr. n. 861, si dà atto che «a quanto risulta dagli atti depositati allo stato, non emerge che la domanda di protezione internazionale sia stata ritenuta manifestamente infondata; che in relazione a tale profilo il ricorso non appare manifestamente infondato; che sussiste *periculum in mora*, alla luce del pregiudizio alla persona che può derivare dalla cessazione delle misure di accoglienza». Tuttavia, è opportuno sottolineare che il decreto, che presenta delle differenze nello stile motivazionale rispetto agli altri decreti emessi dalla Sezione, è stato deciso da un magistrato delegato; il che sembra evidenziare il carattere personale dell'orientamento dei singoli Presidenti di Sezione, anche per quanto riguarda lo stile motivazionale nella tutela cautelare monocratica. L'osservazione è confermata in altri casi in cui a decidere non è il Presidente di Sezione, ma un magistrato delegato (ad esempio, i decreti Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 agosto 2024, decr. n. 867 e 29 agosto 2024, decr. n. 869 richiamano la formula tipicamente impiegata dal Presidente della Sezione IV, che decide i casi di specie, in sostituzione della Presidente della sezione II).

[41] La formula si rinviene in Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 febbraio 2024, decr. n. 127; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 febbraio 2024, decr. n. 130; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 febbraio 2024, decr. n. 139; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2024, decr. n. 148; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 febbraio 2024, decr. n. 172; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 febbraio 2024, decr. n. 194; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 marzo 2024, decr. n. 227; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 marzo febbraio 2024, decr. n. 235; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 marzo 2024, decr. n. 249; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 marzo 2024, decr. n. 273; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 aprile 2024, decr. n. 339; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 19 aprile 2024, decr. n. 393; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 22 aprile 2024, decr. n. 396; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 maggio 2024, decr. n. 428; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 maggio 2024, decr. n. 431; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 maggio 2024, decr. n. 454; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 maggio 2024, decr. n. 493; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 maggio 2024, decr. n. 518; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 31 maggio 2024, decr. n. 548; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 4 giugno 2024, decr. n. 553; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 giugno 2024, decr. n. 560; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 6 giugno 2024, decr. n. 567; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 giugno 2024, decr. n. 581; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, decr. n. 588; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 giugno 2024, decr. n. 611; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18 giugno 2024, decr. n. 627; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 25 giugno 2024, decr. n. 654; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 giugno 2024, decr. n. 677; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 29 giugno 2024, decr. n. 687; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 luglio 2024, decr. n. 691; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 6 luglio 2024, decr. n. 693; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 luglio 2024, decr. n. 755; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 26 luglio 2024, decr. n. 821; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 29 luglio 2024, decr. n. 835; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 luglio 2024, decr. n. 838; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 luglio 2024, decr. n. 839; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 22 ottobre 2024, decr. n. 1210 e 1211; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 ottobre 2024, decr. n. 1266; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 novembre 2024, decr. n. 1284; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 novembre 2024, decr. n. 1287; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 dicembre 2024, decr. n. 1442; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 10 dicembre 2024, decr. n. 1466; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 dicembre 2024, decr. n. 1475; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 dicembre 2024, decr. n. 1518; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 dicembre 2024, decr. n. 1527.

[42] È il caso, ad esempio, di Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 febbraio 2024, decr. n. 130: la successiva ordinanza del 29 febbraio 2024, n. 206 accoglie la misura in forza del fatto «che, ad un primo sommario esame, il ricorso appare fornito di *fumus bonis iuris*» e successivamente, il ricorso è accolto anche nel merito. Similmente anche l'ordinanza n. 299 del 27 marzo 2024, che

accoglie l'istanza cautelare ritenendo sussistente il *fumus bonis iuris*, facendo seguito al decreto del Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 marzo 2024, n. 227; l'ordinanza, peraltro, ordina all'amministrazione di riesaminare la situazione «al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per concludere positivamente la procedura di emersione dal lavoro irregolare del ricorrente». Il procedimento, avviato su impulso dell'ordinanza collegiale, si è concluso positivamente, con ciò determinandosi l'improcedibilità del ricorso e, pertanto, la successiva sentenza ex art. 60 ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso, posto che «nessuna ulteriore ragione residua per una decisione del giudizio nel merito» (Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 dicembre 2024, n. 3442). Si veda anche Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 giugno 2024, decr. n. 581; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, decr. n. 589; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 giugno 2024, decr. n. 643; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 3 luglio 2024, decr. n. 691.

[43] Come si evince dal *report* di accompagnamento al presente contributo.

[44] Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 febbraio 2024, decr. n. 130; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 febbraio 2024, decr. n. 139, in cui il Presidente respinge l'istanza cautelare «con impegno dell'Amministrazione ad astenersi medio tempore dall'attuare anche in termini di acquisizione quanto oggetto di controversia»; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 febbraio 2024, decr. n. 153; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 febbraio 2024, decr. n. 194; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18 marzo 2024, decr. n. 260; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 marzo 2024, decr. n. 317; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23 marzo 2024, decr. n. 503; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, decr. n. 588; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 settembre 2024, decr. n. 1123.

[45] Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 febbraio 2024, decr. n. 172, che, pur respingendo l'istanza, onera «le Amministrazioni intime per quanto di rispettiva competenza di relazionare il Tribunale circa lo stato della procedura per cui è controversia».

[46] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. V, 15 maggio 2024, decr. n. 455, che specifica che nella camera di consiglio «potrà essere valutato, insieme al *periculum in mora*, anche il *fumus boni iuris*, non consentito in questa sede». Similmente anche Tar Lombardia, Milano, sez. V, 21 maggio 2024, decr. n. 492, per cui «nella comparazione degli opposti interessi, non sembra troppo gravoso per il Comune intimato, anche alla luce della attuale situazione di fatto [...] lasciare per un breve spazio temporale (30 gg. circa) la *res adhuc integra*, in attesa dell'esito della camera di consiglio convocata per la deliberazione collegiale dell'istanza cautelare proposta con il ricorso in esame, durante la quale potrà essere valutato, oltre al *periculum in mora*, anche il *fumus boni*

iuris (non consentito in questa sede)». Si esprime chiaramente anche Tar Lombardia, Milano, sez. V, 19 luglio 2024, decr. n. 754, secondo cui «alla richiesta invocata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 56 c.p.a., può darsi adeguata tutela, sospendendo l'esecuzione della sanzione disposta con il provvedimento impugnato [...], rimandando alla trattazione collegiale della domanda cautelare la valutazione – anche se in forma sommaria - della fondatezza delle doglianze proposte con il ricorso in epigrafe (non consentita in questa sede, dovendosi valutare in via prioritaria la estrema gravità ed urgenza della situazione)».

[47] *Ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. V, 3 agosto 2024, decr. n. 850, che rigetta la domanda cautelare ritenendo che l'approfondimento della questione possa essere riservato al collegio alla prima camera di consiglio utile, mentre non sussiste imminente pregiudizio.

[48] Ad esempio, l'ordinanza n. 288 del 25 marzo 2024 (che fa seguito al citato decreto *ex art* 56 del Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, n. 216), accoglie la domanda cautelare anche in considerazione della sussistenza *del fumus boni iuris*. Il *periculum*, che nel decreto era valutato in relazione allo stretto margine temporale intercorrente tra il decreto e l'ordinanza, nella decisione collegiale è valutato in relazione al tempo necessario per giungere alla decisione di merito. Similmente avviene anche nell'ordinanza n. 283 del 25 marzo 2024, che fa seguito al già citato Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, decr. n. 223.

[49] Un caso interessante, analizzato nel dettaglio in seguito, in cui il Presidente ritiene di dover sentire le parti al fine di acquisire elementi in relazione alla vicenda in esame, si rinviene in Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, n. 224, in cui le parti sono convocate in audizione tramite la piattaforma Teams. Il Presidente dispone l'audizione delle parti anche in Tar Lombardia, Milano, sez. V, 12 dicembre 2024, decr. n. 1467. A proposito dell'audizione delle parti, si rimanda all'approfondito contributo di C. Fidato, *Studio teorico ed empirico dei decreti presidenziali cautelari audita altera parte*, in questa Rivista.

[50] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 23 aprile 2024, decr. n. 408; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 20 maggio 2024, decr. n. 488; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 22 maggio 2024, decr. n. 502; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 14 giugno 2024, decr. n. 614; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 21 giugno 2024, decr. n. 644; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 23 luglio 2024, decr. n. 758; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 31 luglio 2024, decr. n. 843; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 20 agosto 2024, decr. n. 864; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 11 settembre 2024, decr. n. 911; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 12 settembre 2024, decr. n. 1035; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 3 dicembre 2024, decr. n. 1401.

[\[51\]](#) La motivazione in ordine ad entrambi i presupposti si rinviene in Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 2024, decr. n. 21; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 20 gennaio 2024, decr. n. 19; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 febbraio 2024, decr. n. 152; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2024, decr. n. 504; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 giugno 2024, decr. n. 576; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2024, decr. n. 583; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 6 settembre 2024, decr. n. 873; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 settembre 2024, decr. n. 1068; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 settembre 2024, decr. n. 1079; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 24 ottobre 2024, decr. n. 1244; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 25 ottobre 2024, decr. n. 1252; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 dicembre 2024, decr. n. 1417; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 6 dicembre 2024, decr. n. 1426.

[\[52\]](#) V. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 2024, decr. n. 21; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 20 gennaio 2024, decr. n. 73; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 febbraio 2024, decr. n. 152; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 maggio 2024, decr. n. 486; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2024, decr. n. 504; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2024, decr. n. 583; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2024, decr. n. 1195.

[\[53\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 22 febbraio 2024, decr. n. 183, che accoglie l'istanza «nella comparazione degli interessi e non potendosi allo stato valutare il *fumus boni iuris* del ricorso».

[\[54\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 20 febbraio 2024, decr. n. 178; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 marzo 2024, decr. n. 1234.

[\[55\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 22 febbraio 2024, decr. n. 183, che, accogliendo l'istanza, impone al il Comune di depositare ex art. 46 c.p.a. tutti gli atti del procedimento, incluso uno specifico parere, la cui omessa allegazione al provvedimento sanzionatorio comunicato al ricorrente, «pur non costituendo vizio di legittimità, ugualmente è di impedimento al pieno esercizio del diritto di difesa in fase cautelare». V. anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 9 dicembre 2024, decr. n. 1460.

[\[56\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. I, 10 aprile 2024, decr. n. 347; in Tar Lombardia, Milano, sez. I, 3 maggio 2024, decr. n. 429, il Presidente respinge l'istanza cautelare motivando esclusivamente in ordine all'insussistenza del *fumus*, pur «con riserva di valutazione in sede collegiale»; v. anche Tar Lombardia, Milano, sez. I, 22 giugno 2024, decr. n. 652.

[\[57\]](#) Si consideri Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 marzo 2024, decr. n. 239; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 13 settembre 2024, decr. n. 1064.

[58] Ad esempio, il decreto presidenziale del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 15 marzo 2024, n. 259, nel rigettare la domanda, rinvia espressamente al collegio ogni valutazione in ordine al *fumus*, peraltro chiarendo che una pronuncia favorevole in sede monocratica sarebbe *ultronea allo scopo*, potendo lo stesso esito favorevole al ricorrente essere raggiunto anche in caso di giudizio favorevole del collegio; la successiva ordinanza collegiale n. 449 del 10 maggio 2024, ritenendo sussistente il *fumus*, ribalta la decisione presidenziale.

[59] Sul punto v. anche M.A. Sandulli, *Art. 56. Misure cautelari monocratiche*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 513, che evidenzia il rischio che una motivazione sul merito, da parte del Presidente, possa influenzare la successiva decisione del collegio; similmente S. Monzani, *La tutela cautelare a contenuto decisorio nel processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2021, 146.

[60] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5836.

[61] Si orientano in questo senso soprattutto i Presidenti della II, IV e V Sezione del T.A.R. Milano, i quali motivano prevalentemente in ordine al *periculum*, respingendo la domanda cautelare ogniquale volta non riscontrino i requisiti dell'estrema gravità ed urgenza tali da non poter attendere nemmeno la prima camera di consiglio collegiale utile.

[62] La formula si ritrova, *ex multis*, in Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, decr. n. 216; si veda anche Tar Lombardia, Milano, sez. V, 18 luglio 2024, decr. n. 750, che chiaramente statuisce che «non sussistono i requisiti di estrema gravità ed urgenza previsti dall'art. 56 c.p.a., tali cioè da non poter attendere la definizione in sede collegiale della domanda cautelare»; similmente anche Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, decr. n. 223; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 14 marzo 2024, decr. n. 249; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 23 aprile 2024, decr. n. 401, la cui motivazione si limita ad osservare che «non sussistono i presupposti di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione della trattazione della domanda cautelare alla prima c.c. utile».

[63] V. Tar Lombardia, Milano, sez. V, 28 maggio 2024, decr. n. 520, che accoglie l'istanza.

[64] Cfr. C. Mignone, *Il giudizio di primo grado*, in C. Mignone, P. M. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 219. In dottrina, ritengono che i decreti debbano essere motivati in ordine ad entrambi i requisiti E. Follieri, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, 395; R. Leonardi, op. ult. cit., 231 ss.; D. De Carolis, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali, tra atipicità ed effettività della tutela*, in F.

Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, Dike Giuridica, 2012, 230; M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Milano, Cedam, 2012, 258.

[65] Cfr ad esempio Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30 giugno 2011, n. 283.

[66] V. Tar Lombardia, Milano, sez. V, 8 gennaio 2024, decr. n. 1, che, nel respingere l'istanza, specifica che «invero, nella valutazione della estrema gravità ed urgenza di cui all'art. 56 c.p.a., non può non assumere rilievo preminente l'interesse pubblico a non procrastinare l'avvio dei predetti lavori di riqualificazione, lasciando all'esame collegiale della domanda cautelare e, poi, del merito della controversia, nella verifica del corretto esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione comunale, la valutazione circa le misure più idonee da adottare per tutelare gli interessi del privato ricorrente, laddove compatibili con quello pubblico»; il decreto è confermato dalla successiva sentenza *ex art. 60 c.p.a.* Tar Lombardia, Milano, 15 febbraio 2024, n. 385, che ha rigettato la domanda di annullamento, accertando la legittimità dei provvedimenti impugnati; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 22 febbraio 2024, decr. n. 183 che accoglie l'istanza «nella comparazione degli interessi e non potendosi allo stato valutare il *fumus boni iuris* del ricorso»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 22 febbraio 2024, decr. n. 184, che accoglie l'istanza posto che «la sospensione ora disposta non sembra ledere in maniera irragionevole gli interessi del Comune intimato»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 20 marzo 2024, decr. n. 271, che, accogliendo l'istanza cautelare, specifica che «anche nella comparazione degli opposti interessi, sussistono i presupposti per la concessione dell'invocata misura cautelare monocratica»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 28 marzo 2024, decr. n. 312, secondo cui «nella comparazione degli opposti interessi, appare prevalente quello alla sicurezza pubblica, posto peraltro che gli interessi fatti valere dalla parte ricorrente possono comunque trovare adeguata tutela in sede di trattazione collegiale della domanda cautelare». In Tar Lombardia, Milano, sez. I, 30 marzo 2024, decr. n. 316, il Presidente accoglie la domanda di sospensione, rilevando che il modesto carattere dell'esercizio esclude che, nelle more della convocazione del collegio per la valutazione della domanda di sospensiva, possano derivare gravi pregiudizi all'interesse pubblico dalla sospensione del provvedimento interdittivo. La valutazione, tuttavia, è completamente ribaltata in sede collegiale, con ordinanza n. 715 del 12 luglio 2024 e, successivamente, nel merito. La comparazione è presente anche in Tar Lombardia, Milano, sez. V, 21 maggio 2024, decr. n. 492, per cui «nella comparazione degli opposti interessi, non sembra troppo gravoso per il Comune intimato, [...] lasciare per un breve spazio temporale la *res adhuc integra*, in attesa dell'esito della camera di consiglio [...]»; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 24 agosto 2024, decr. n. 866, secondo cui «la valutazione svolta in questa sede ai sensi dell'art. 56 c.p.a. si deve limitare alla verifica della

sussistenza dei requisiti di estrema gravità ed urgenza di cui alla norma citata che, comunque, non può essere effettuata senza operare un adeguato bilanciamento tra i contrapposti interessi che, nel caso di specie, sembra deporre a favore di quelli vantati dall'amministrazione regionale (oltre che da un numero rilevante di controinteressati, in gran parte non ancora evocati in giudizio) a non vedere sospesa, in questa fase, la procedura concorsuale [...]; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 settembre 2024, decr. n. 903, che ritiene «prevalenti le esigenze collettive di sicurezza nella rimozione dei luoghi di spaccio di stupefacenti»; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 settembre 2024, decr. n. 936, che ritiene «prevalenti le esigenze collettive di sicurezza dei luoghi»; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 23 settembre 2024, decr. n. 1083, che ritiene «anche in considerazione del breve spazio temporale per la pronuncia del collegio sulla domanda di cautela, che sia preminente e maggiormente pregiudicato dalla interruzione dell'avviato servizio di ristorazione scolastica l'interesse amministrativo alla continuità della gestione ora operativa»; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 4 ottobre 2024, decr. n. 1143; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 novembre 2024, decr. n. 1279, che ritiene «prevalenti le esigenze di sicurezza pubblica»; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 27 novembre 2024, decr. n. 1382: «Ribadito che, nella comparazione degli interessi, prevale quello all'immediata esecuzione dei lavori»; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 14 dicembre 2024, decr. n. 1467, in cui si ritengono prevalenti le esigenze di sicurezza. In alcuni casi la valutazione degli interessi, non presente nel decreto cautelare, sussiste nella successiva ordinanza: si veda, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23 aprile 2024, ord. n. 405, per cui «ritenuto, con riguardo al danno grave e irreparabile, che, nella comparazione degli interessi, appare prevalente quello dell'Ente procedente e che, ai sensi dell'art. 125 cod. proc. amm [...] si deve tenere conto degli interessi che possono essere lesi e del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera». In Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 19 aprile 2024, decr. n. 393, la comparazione dell'interesse pubblico è presente sia nel decreto che nella successiva ordinanza, conducendo al rigetto dell'istanza in entrambi i casi a fronte della prevalenza delle esigenze di ordine pubblico.

[\[67\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 agosto 2024, decr. n. 847, la cui motivazione si limita a «Ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla sicurezza dell'area».

[\[68\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. V, 1° marzo 2024, decr. n. 224.

[\[69\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. V, 4 marzo 2024, decr. n. 225.

[\[70\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. V, 22 marzo 2024, ord. n. 279.

[\[71\]](#) Tar Lombardia, Milano, sez. V, 30 settembre 2024, n. 2519.

[72] Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2024, n. 849.

[73] V. G. Poli, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Federalismi*, n. 12/2022, 323 ss.

[74] Cfr. S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 64, per il quale i comportamenti imposti dal giudice cautelare sono adottati «talvolta, anche al fine di *difendere* gli interessi dell'Amministrazione nonostante quelli privati del ricorrente, come accade emblematicamente attraverso il c.d. *remand*».

[75] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 5 marzo 2024, decr. n. 228.

[76] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 10 giugno 2024, decr. n. 587. Anche in questo caso l'intera controversia è decisa in fase cautelare, poiché la successiva ordinanza collegiale n. 705 del 10 luglio 2024 dichiara improcedibile l'istanza, essendo trascorso il periodo indicato nella richiesta di parte ricorrente nonché la festività "Eid al-Adha".

[77] V. S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit. 67 ss.

[78] Cfr. Tar Piemonte, Sez. III, 14 dicembre 2024, decr. n. 515, che, «nel necessario bilanciamento degli interessi contrapposti», considera «prevalenti le ragioni di interesse pubblico»; Tar Piemonte, Sez. II, 4 novembre 2024, decr. n. 427, che ritiene «nella comparazione dei contrapposti interessi e alla luce delle motivazioni del gravato provvedimento e della documentazione attualmente visionabile, prevalente l'interesse pubblico alla tutela di sicurezza e incolumità».

Tra le pronunce emesse nel periodo di emergenza epidemiologica, è emblematica un'ordinanza del Tar Lazio, in cui il giudice amministrativo ha rigettato la domanda cautelare, ritenendo insussistente il presupposto del *periculum in mora* in considerazione della prevalenza dell'interesse generale diretto a salvaguardare la salute rispetto all'interesse individuale dell'istante, che domandava la riapertura della propria attività economica (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 4 giugno 2020, n. 4160). Sul punto si veda anche l'analisi svolta da M. Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, cit., 237.

[79] M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 12.

[80] V. N. Longobardi, *La motivazione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 350 secondo cui la motivazione della decisione cautelare «si inserisce, inoltre, restandone influenzata, nel bilanciamento tra gli interessi in

gioco, che, secondo una prassi consolidata, il giudice amministrativo opera valutando il pregiudizio che l'eventuale concessione della misura cautelare arrecherebbe all'interesse pubblico (ed eventualmente ad altri soggetti privati) in rapporto al pregiudizio che la negazione della tutela cautelare arrecherebbe al ricorrente».

[81] Cfr. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 14 e V. D. Piccione, I presupposti, in F. Freni (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, 39.

[82] Cfr. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 16. Nel suo contributo, l'A. analizza nel dettaglio tutti gli argomenti a favore della tesi giurisprudenziale che ammette il bilanciamento dei contrapposti interessi e dell'interesse pubblico in sede cautelare.

[83] Si veda ancora, a tal proposito, quanto evidenziato da M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 10, il quale, riferendosi alla sola procedura cautelare ordinaria, rileva che «la centralità del principio è data per acquisita e, nelle ordinanze cautelari sembra superfluo spiegarne la giustificazione sistematica. La “concretezza” della decisione cautelare e la sinteticità della motivazione non incoraggiano, del resto, percorsi argomentativi diffusi».

[84] Per G. Poli, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 323 «occorre, fin da subito, che si elimini dallo schema mentale del decidente (e, prima ancora, dall'ordinamento, ove – lo si è visto con gli artt. 120 e 125, c.p.a. – e ancora presente e molto avvertita) l'idea stessa che la ponderazione degli interessi, quale terzo requisito ombra valutato dai tribunali amministrativi ai fini della concessione della misura cautelare, costituisca un elemento connaturato e irrinunciabile del giudizio cautelare amministrativo. In un processo realmente paritario e strumentale alla tutela dei diritti, il coinvolgimento del giudice nella valutazione degli interessi in causa non è mai un momento di ulteriore garanzia per il cittadino, bensì un elemento di dubbio sulla reale imparzialità di chi assume le decisioni».

[85] Cfr. M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, 105.

[86] V. A. Coiante, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 20 luglio 2020.

[87] Anche la Cassazione, riferendosi al precedente art. 21 l. tar, ha osservato che «se è vero, infatti, che la tutela cautelare amministrativa, alle origini, era valutata soltanto alla luce dell'interesse pubblico, tanto è vero che l'esame del giudice avveniva nella prospettiva di un danno grave, che l'amministrazione avrebbe potuto subire se la sospensione non fosse stata riconosciuta, questo requisito non ricorre nella disciplina contenuta nel nuovo testo dell'art. 21 della legge t.a.r., il quale prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato dalla giurisprudenza amministrativa» (Cass., Sez. un., 26 giugno 2004, n. 11750).

[88] L'osservazione è di G. Poli, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 323 ss.

[89] Già A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2500, parlava di «un caso, sia pure non legislativamente previsto, di giurisdizione amministrativa estesa al merito».

[90] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 31 marzo 2024, decr. n. 320.

[91] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 6 aprile 2024, decr. n. 334.

[92] Tar Lombardia, Milano, sez. V, 23 aprile 2024, n. 1233, sent. ex art. 60.

[93] La citazione è di F. Benvenuti, *Diritto e ordinamento amministrativo, alcuni problemi de jure condendo, o quasi*, in *Jus*, 1988, 13 ss. Sul punto anche R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, 4.

[94] Cfr. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 10, il quale rileva che uno degli elementi innovativi di matrice giurisprudenziale «può essere descritto, sinteticamente, come la progressiva e prepotente riaffermazione dell'interesse pubblico, quale criterio necessario di valutazione della domanda cautelare formulata a protezione dell'interesse legittimo. Si tratta di un interesse pubblico innominato, suscettibile di penetrare nel giudizio cautelare secondo molteplici aspetti, riferiti all'an e al quomodo della pronuncia di accoglimento. [...] Sembra radicalmente invertito l'indirizzo del percorso storico compiuto dalla giustizia amministrativa: il processo cautelare, nella sua attuale realtà, non è più il luogo nel quale l'interesse legittimo si irrobustisce e cresce nella sua proiezione sostanziale, ma, all'opposto, diventa il terreno in cui questa posizione

giuridica soggettiva è ridimensionata, profondamente condizionata dal ruolo prevalente, se non dominante, dell'interesse pubblico».

[95] Secondo M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 18 ss., «nel processo amministrativo si tutela l'interesse pubblico solo in quanto interesse di parte, che si concreta in precise situazioni soggettive: [...] l'interesse pubblico che non sia di parte non ha alcuna tutela nella giustizia amministrativa».

[96] Il legislatore ha espressamente escluso l'appellabilità del decreto cautelare ex art. 56 c.p.a..

[97] L'espressione, riferita in realtà al ruolo del giudice cautelare a seguito delle modifiche apportate dalla 21 luglio 2000, n. 205, è di A.M. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 10.

[98] Il principio di strumentalità risulta particolarmente attenuato in presenza del *remand*. Per alcuni casi di *remand* nella giurisprudenza analizzata v. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2024, decr. n. 4; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 febbraio 2024, decr. n. 153; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 22 marzo 2024, decr. n. 281; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 12 settembre 2024, decr. n. 986; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 17 settembre 2024, decr. n. 1075, in cui, a fronte della motivazione carente contenuta nel provvedimento recante il giudizio di non ammissione dello studente, si chiede al consiglio di classe di riesaminare la posizione del minore; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 26 settembre 2024, decr. n. 1108 (che, peraltro, converte d'ufficio l'istanza, qualificata dalla parte come domanda cautelare ai sensi dell'art. 56 c.p.a., come istanza ai sensi dell'art. 61 c.p.a.); Tar Lombardia, Milano, sez. V, 9 dicembre 2024, decr. n. 1458.

In casi simili, l'intera controversia finisce per essere definita in fase cautelare, producendo una certa tensione con il principio di strumentalità della fase cautelare.

Per una disamina dettagliata del *remand* nella giurisprudenza recente si rimanda a C. Bianco, *Il contenuto dei decreti cautelari monocratici: tra sospensione del provvedimento amministrativo, creatività giurisprudenziale e rapporti con la successiva ordinanza collegiale*, in questa Rivista.

[99] Sul *remand*, in dottrina, si veda M. Lisanti, *La natura del remand: tra misura cautelare atipica e sentenza sommaria*, in *Nuove Autonomie*, n.3/2022, 1131 ss; A. Police, *La tutela cautelare di primo grado*, in G. Santaniello (diretto da), *Il processo amministrativo - Trattato di diritto amministrativo*, vol. XLII, Padova, 2014, 490; R. Caponigro, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Federalismi*, n. 19/2015, 20 ss; M. Andreis, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb. e app.*, 2009, 630 ss.; G.M. Di Lieto, *Limiti e ammissibilità del "remand". Tutela*

cautelare degli interessi pretensivi e poteri del giudice, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 2002, 205 ss.; 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 ss.

[100] G. Poli, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 326.

[101] Il Consiglio di Stato, in una pronuncia risalente, ha avuto modo di affermare che la sinteticità delle motivazioni delle ordinanze cautelari non è da stigmatizzare, viste le difficoltà di motivare in maniera diffusa la decisione cautelare in questo stadio preliminare, in cui spesso manca anche la documentazione. Cfr. Cons. Stato, ad. gen., 8 febbraio 1990, n. 16.

Anche le opinioni della dottrina, relative invero alle sole ordinanze collegiali, sono divise. Mentre alcuni autori dubitano della legittimità della prassi di motivare le ordinanze in maniera estremamente sintetica, altri ritengono che sia necessaria la motivazione in ordine al *periculum*, mentre sarebbe legittimo non motivare in ordine al *fumus*, nel rispetto del principio di strumentalità e al fine di non anticipare la decisione di merito. Per il primo orientamento si veda F. Bartolomei, *Sulla domanda di sospensione del provvedimento amministrativo davanti al Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 494 e G. Falzone, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, 1921; per il secondo orientamento cfr. G. Paleologo, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, 727 e V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, UTET, 1994.

[102] Si veda, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 giugno 2024, decr. n. 599 («Rilevato che sussistono i presupposti di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione della trattazione della domanda cautelare alla prima c.c. utile»); Tar Lombardia, Milano, sez. I, 9 febbraio 2024, decr. n. 147 («Ritenuto che non emergono profili di pregiudizi immediati e irreversibili nelle more della convocazione del collegio giudicante»); Tar Lombardia, Milano, sez. II, 12 febbraio 2024, decr. n. 150 («Rilevato che non sussistono i presupposti di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione della trattazione della domanda cautelare alla prima c.c. utile»); Tar Lombardia, Milano, sez. II, 12 febbraio 2024, decr. n. 151 («Rilevato che non sussistono i presupposti di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione della trattazione della domanda cautelare alla prima c.c. utile.»); similmente anche Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 marzo 2024, decr. n. 233; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 15 marzo 2024, decr. n. 255; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 21 marzo 2024, decr. n. 272; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 giugno 2024, decr. n.; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8 giugno 2024, decr. n. 580; Tar Lombardia,

Milano, sez. II, 11 giugno 2024, decr. n. 590; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 21 giugno 2024, decr. n. 641; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 3 luglio 2024, decr. n. 690; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 luglio 2024, decr. n. 696; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 18 luglio 2024, decr. n. 753; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 29 luglio 2024, decr. n. 833; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 31 luglio 2024, decreti n. 841 e 842; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 7 agosto 2024, decr. n. 853; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 7 agosto 2024, decr. n. 854; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 agosto 2024, decr. n. 855; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 9 agosto 2024, decr. n. 856; Tar Lombardia, Milano, sez. V, 10 agosto 2024, decr. n. 857; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 4 settembre 2024, decr. n. 872; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 settembre 2024, decr. n. 1082; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 18 ottobre 2024, decr. n. 1202; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 25 novembre 2024, decr. n. 1370.

In alcuni casi, la decisione cautelare non motiva in ordine ai presupposti, limitandosi esclusivamente a rilevare che si ritiene opportuno che la situazione di fatto resti immutata fino alla trattazione collegiale dell'istanza cautelare. Si veda, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 10 aprile 2024, decr. n. 353.

[103] Sul punto cfr. M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2017, 894 ss, secondo cui «l'attuale epoca storica è caratterizzata dal declino delle decisioni dotate di motivazione. Questo fenomeno sta investendo ogni tipo di decisione individuale proveniente dai pubblici poteri e quindi riguarda sia i provvedimenti amministrativi sia i provvedimenti giurisdizionali. Vi è un parallelismo tra crisi della motivazione provvedimentale e crisi della motivazione giurisdizionale: si decide anche senza motivare, forti di un'istanza efficientista che condiziona norme di legge e principi di diritto».

[104] Cfr. E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, 34, che individua l'interesse tutelato nel giudizio cautelare amministrativo come l'interesse materiale del ricorrente, e non come l'interesse strumentale correlato alla validità dell'atto amministrativo; si veda anche il commento alla monografia di R. Villata, *Tutela cautelare e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 361 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2015, 1137.

[105] Parlano di «una sorta di cautelarizzazione del merito», con riferimento all'art. 119 c.p.a., M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, cit., 232.