amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2026

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Dariusz Brakoniechi, Vinicio Brigante, Dariusz Budrowski, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela cautelare spagnola oltre il paradigma sospensivo. Profili critici alla luce dell´esperienza italiana

di **Eduardo Marcos Martínez**

(Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Internacional de Valencia VIU)

Sommario

1. La funzione della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa: tra effettività della protezione giurisdizionale e provvisorietà della decisione. 2. La tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea dal pluralismo procedurale al principio di effettività. 3. Il bilanciamento costituzionale della tutela cautelare tra diritto di difesa ed effettività della giustizia. 4. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: dalla tipizzazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* alla loro reinterpretazione sostanziale. 5. Il bilanciamento degli interessi come terzo parametro del giudizio cautelare: dalla comparazione al controllo di proporzionalità. 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

This article examines interim relief in Spanish administrative proceedings through the tension between the broader statutory framework introduced by Ley 29/1998 and the continuing reluctance to grant certain forms of relief, particularly positive or anticipatory measures. Although the general clause in Article 129 LJCA formally ended the exclusive reliance on suspension of the administrative act, this change does not appear to have been matched by a corresponding shift in how courts identify and use the interim measures available to them. The analysis begins with the constitutional and European foundations of interim relief before examining the particular structure of the requirements under Spanish law: the risk that the appeal may lose its legitimate purpose and the balancing of competing interests. It distinguishes this structure from the more clearly defined relationship between *fumus boni iuris* and *periculum in mora* in Italian law. The comparison with Italy calls into question the equation, still found in some judicial practice, of a positive measure with an improper anticipation of the decision on the merits.The article argues that provisionally granting some of the effects sought in the final judgment is not, in itself, incompatible with the function of interim relief, provided that the measure remains ancillary, proportionate and reversible. From this perspective, proportionality is treated as a method for exercising judicial discretion in selecting the measure needed in the particular case, rather than as an additional, independent requirement for interim relief. This leads to a critical reading of the Spanish system, in which the move from a formally recognised *numerus apertus* to one applied in practice still appears incomplete.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. La funzione della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa: tra effettività della protezione giurisdizionale e provvisorietà della decisione.

Il presente lavoro intende occuparsi della tutela cautelare. Lo studio della tutela cautelare è un ambito di approfondimento classico propio della giustizia amministrativa ed è stato oggetto di un interesse tradizionale sia da parte della dottrina spagnola[1] e sia dalla italiana[2]. Tuttavia la staticità per parte del contenzioso amministrativo spagnolo alla ora del scegliere le misure " tipiche" consente un marigini di analisi e di riflessioni se viene studato con il metodo compatato.

Nell'esperienza spagnola tale problema si è manifestato, per lungo tempo, attraverso la centralità della sospensione dell'atto amministrativo. Sotto la vigenza della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 1956*, la tutela cautelare rimaneva essenzialmente ricondotta alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, secondo una concezione coerente con la struttura prevalentemente impugnatoria del processo. La dottrina aveva già evidenziato, tuttavia, come una tutela provvisoria circoscritta alla sola sospensione risultasse insufficiente ogniqualvolta la conservazione dell'utilità della futura sentenza richiedesse un intervento diverso, e in particolare una misura di contenuto positivo.

La trasformazione maturata tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta deve essere letta in questo quadro. La riflessione sviluppata da García de Enterría nella sua nota «battaglia» per le misure cautelari non rimase confinata sul piano dottrinale, ma contribuì a una più ampia rilettura costituzionale della tutela

[1] Si veda, tra i contributi fondamentali della dottrina spagnola in materia di tutela cautelare, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*, in *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992, pp. 385 ss.; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Suspensión del acto y medidas cautelares (Comentarios al Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990)*, in *Poder Judicial*, n. 21, 1991, pp. 145 ss.; J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación. El «fumus boni iuris» como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990)*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 251, 1991, pp. 659 ss.; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, a. LXIX, n. 2178, 2015, pp. 1 ss

[2] Si veda A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 372 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, Il Mulino, 2002; M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 335 ss.; A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Foro amm.*, 1998, p. 1531 ss.; F. G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in S. RAIMONDI – R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, 2002, p. 229 ss.; ID., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 310 ss.; F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 58 ss.; M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *Federalismi.it*, n. 27, 2020, pp. 223–266.

ISSN 2036-7821

interinale[3]. Il riferimento alla "battaglia" elaborato da García de Enterría non deve essere inteso in senso conflittuale, bensì come espressione della costante dialettica tra l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e la tendenza dell'amministrazione a preservare uno spazio di autonomia funzionale rispetto al controllo del giudice amministrativo.[4] La forza espansiva dell'art. 24.1 della *Constitución*, insieme all'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea e in particolare dalla vicenda *Factortame*, favorì il progressivo superamento della concezione secondo cui l'esecutività dell'atto amministrativo avrebbe costituito un limite pressoché naturale all'intervento cautelare del giudice[5].

Per quanto riguarda al marco normativo, la *Ley 29/1998* ha recepito normativamente una parte essenziale di questa evoluzione. Il passaggio dalla disciplina della «sospensione» alla più generale categoria delle «misure cautelari» non costituisce una semplice modifica terminologica. L'art. 129.1 LJCA consente agli interessati di richiedere, in qualsiasi fase del processo, «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», abbandonando così il monopolio legale della sospensione e predisponendo, almeno sul piano normativo, un sistema aperto anche a misure di contenuto positivo. La funzione della tutela cautelare non viene pertanto definita dal contenuto tipico della misura, ma dal risultato che essa deve assicurare: conservare l'utilità della tutela che potrà essere accordata con la sentenza.

È precisamente su questo punto, tuttavia, che emerge la questione che giustifica una nuova riflessione sull'istituto. L'apertura normativa realizzata dalla LJCA del 1998 non sembra aver determinato, con la stessa intensità, il superamento del paradigma sospensivo nella prassi applicativa tale come osserva González-Varas Ibáñez, nell'ambito della quale si confrontano diverse concezioni del processo: da un lato, quella tradizionale o mista, collocata tra dimensione soggettiva e oggettiva; dall'altro, quella più marcatamente soggettiva del processo, tipica degli ordinamenti giuridici tedesco e italiano, nel tentativo di superare l'impostazione soggettiva del contenzioso amministrativo spagnolo, storicamente incentrata sull'atto, orientandosi verso un

[3] Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 1995.

[4] Si veda: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, p. 36:«*En el largo debate, casi cotidiano, interviene Robespierre en persona, en el momento mismo de la dictadura jacobina: "Contando con la facilidad con la cual se gobierna a los hombres por las palabras [los enemigos de la Revolución], han intentado tendernos una trampa publicando, por la expresión nueva de ciudadano pasivo, la violación más manifiesta de los derechos del hombre... No cesaré de reclamar contra esa locución insidiosa y bárbara, que ensuciaría a la vez nuestro código y nuestra lengua". Todo intento de "abusar de las palabras", dice en otra ocasión, es el de "apoderarse de todo el poder social". Pocas veces se habrá expresado tan contundentemente y en medio de una dura y cruel batalla por el poder la significación de la palabra como instrumento político directo. El poderoso ostenta el "poder de lenguas", el derecho de expresar las nuevas realidades políticas. Así las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo el proceso revolucionario, prestándole un dinamismo peculiar*».

[5] Gli *Autos del Tribunal Supremo* del 20 dicembre 1990 e del 17 gennaio 1991 rappresentano, sotto questo profilo, un passaggio significativo: la tutela cautelare viene ricondotta alla garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale effettiva e la necessità del processo non può tradursi in un pregiudizio per chi chiede tutela.

ISSN 2036-7821

modello più ampio, desunto dalle esperienze giuridiche europee[6].
La distinzione assume particolare rilievo in un processo amministrativo che non può più essere ricostruito esclusivamente attorno all'impugnazione di un provvedimento. La tutela nei confronti dell'inattività amministrativa, della via di fatto e, più in generale, delle posizioni che richiedono un comportamento positivo dell'Amministrazione pone esigenze alle quali la sola sospensione non è strutturalmente in grado di rispondere. In questa prospettiva, il problema della tutela cautelare finisce per riflettere una questione più generale relativa all'oggetto e alla funzione del processo amministrativo: quanto più la tutela definitiva si apre a contenuti diversi dal mero annullamento, tanto meno la tutela interinale può rimanere vincolata allo schema della sospensione.
Nonostante le differenze che caratterizzano le tradizioni giuridiche del contenzioso amministrativo e gli assetti istituzionali dei due ordinamenti considerati – Spagna e Italia – il presente lavoro si propone di analizzare la fase cautelare nell'ordinamento spagnolo, assumendo quale riferimento interpretativo il sistema della giustizia amministrativa italiana. Prima di procedere in tale direzione, tuttavia, si impone una precisazione di metodo: l'analisi comparata, in questo ambito, non può limitarsi a un raffronto meramente descrittivo delle rispettive discipline processuali, ma richiede, in via preliminare, la ricostruzione della struttura e della funzione del giudizio cautelare nel sistema spagnolo, al fine di individuarne le categorie operative e i presupposti applicativi, nonché di verificare se e in quale misura tali assetti siano suscettibili di essere posti in comparazione. Come avvertiva Mario Nigro, in assenza di tale operazione ricostruttiva, la comparazione rischia di ridursi a mera giustapposizione di dati normativi, priva di effettivo spessore scientifico[7].
La prospettiva comparata non sarà dunque utilizzata per ricercare una corrispondenza tra categorie formalmente identiche. L'esperienza italiana sarà impiegata quale riferimento interpretativo per verificare in che modo un sistema di tutela amministrativa possa conciliare la strumentalità e la provvisorietà della decisione cautelare con l'adozione di misure che, quando necessario, anticipino provvisoriamente alcuni effetti della tutela finale. Il punto decisivo non consiste, infatti, nell'escludere ogni anticipazione, ma nel distinguere l'anticipazione interinale necessaria a preservare l'effettività della sentenza da una decisione irreversibile che esaurisca anticipatamente l'oggetto del giudizio.

[6] S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, *Contencioso-administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2013; ID., *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, a. LXIX, n. 2178, 2015, spec. pp. 12-13 e 19-21, ove l'Autore contrappone la concezione tradizionale o mista del processo contenzioso-amministrativo spagnolo, incentrata sull'atto, a quella più marcatamente soggettiva, conforme all'art. 24 CE, propria dell'esperienza tedesca.

[7] M. NIGRO, *L'appello*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 90 e 93.L'Autore individua nel metodo comparativo come uno strumento di conoscenza giuridica che presuppone, per la sua fecondità, una base di omogeneità tra gli ordinamenti confrontati. Egli avverte, tuttavia, che tale metodo «*non può produrre risultati utili quando si verta in presenza di radicale eterogeneità tra i sistemi*»

L'indagine muove pertanto da una specifica ipotesi: la *Ley 29/1998* ha realizzato il superamento normativo del monopolio della sospensione, senza che a tale trasformazione sia necessariamente corrisposta una piena normalizzazione applicativa delle misure cautelari positive. Occorre allora verificare se la persistente difficoltà nell'adozione di tali misure dipenda dai limiti propri della funzione cautelare o, piuttosto, dalla sopravvivenza di categorie elaborate all'interno del tradizionale processo impugnatorio. Da questa distinzione dipende la possibilità di ricostruire il giudizio cautelare non come eccezione all'esecutività amministrativa, ma come componente necessaria della tutela giurisdizionale effettiva.

2 La tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea dal pluralismo procedurale al principio di effettività

Non occorre in questa sede ripercorrere l'*iter* teorico del diritto di difesa sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comunemente nota come Carta di Nizza, nè la sua effettiva proiezione applicativa[8].È tuttavia opportuno ricordare che la tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico dell'Unione spetta in primo luogo ai tribunali nazionali[9], i quali, in quanto giudici degli Stati membri, sono tenuti a garantire la protezione richiesta dalle parti per assicurare la piena effettività di tali diritti[10].

Il diritto dell'Unione europea non ha proceduto a una generale armonizzazione delle forme di tutela giurisdizionale offerte dagli ordinamenti nazionali. In assenza di una disciplina unionale specifica, spetta pertanto agli Stati membri individuare i giudici competenti e definire le modalità processuali attraverso le quali possono essere fatti valere i diritti derivanti dall'ordinamento europeo[11]. Tale autonomia procedurale non costituisce, tuttavia, uno spazio sottratto ai vincoli del diritto dell'Unione, ma opera entro i limiti tradizionalmente individuati dalla Corte di giustizia nei principi di

[8] Si veda D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 683 ss.; E. KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 683 ss.

[9] Cfr. F. J. ROLDÁN BARBERO, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, a. VII, n. 16, 2003, pp. 943-992.; G. DELLEDONNE, *Carta di Nizza e Corti costituzionali nazionali. Quali prospettive?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2013, pp. 449-467.; G. Pleuger, *Der Vertrag von Nizza: Gesamtbewertung der Ergebnisse*, in *Integration*, vol. 24, n. 1, 2001, pp. 1-7.; M. ELLIOTT, *The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 58, n. 1, 1999, pp. 129-158

[10] M. LÓPEZ ESCUDERO, *El juez nacional como juez de la Unión Europea y la aplicación del Derecho de la UE en los Derechos internos*, in *Derecho procesal europeo*, Madrid, Iustel, 2019, pp. 69-102.

[11] Corte di giustizia, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS*, 14 dicembre 1995, EU:C:1995:437, punto 14, ove la Corte ha precisato che «ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali».

equivalenza e di effettività.[12]

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, fondato sui Trattati, l'autonomia procedurale nazionale assume un rilievo particolare, in quanto consente a ciascuno Stato membro di definire, secondo le proprie tradizioni istituzionali, l'assetto della giurisdizione e delle procedure interne[13]. Nondimeno, tale autonomia non può essere interpretata come un potere sovrano e illimitato. Tale funzione è prettamente strumentale, in quanto orientata al perseguimento degli obiettivi comuni dell'integrazione europea. Di conseguenza, si evince un limite intrinseco nell'esigenza di assicurare che ogni individuo disponga di una protezione giurisdizionale effettiva dei propri diritti e interessi legittimi, come stabilito dalle sentenze *Rewe* e *Comet*, la Corte ha infatti chiarito che le modalità processuali nazionali non possono essere meno favorevoli di quelle previste per situazioni analoghe fondate sul diritto interno e non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione[14] tale costruzione, successivamente precisata dalla giurisprudenza, trova oggi un più ampio inquadramento sistematico nell'art. 19, par. 1, TUE, che impone agli Stati membri di stabilire i rimedi necessari ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.[15].

In tale prospettiva, l'autonomia procedurale degli Stati membri non implica una discrezionalità illimitata nella configurazione delle regole processuali, ma deve

[12] G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario*, in *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, a cura di G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS e D. J. LIÑÁN NOGUERAS, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 633 ss.

[13] Corte di giustizia, causa C-268/06, *Impact*, 15 aprile 2008, EU:C:2008:223, punti 46-47, ove si afferma che «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)», precisando inoltre che tali esigenze «valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto».

[14] Su questa base si fondano i due noti arresti che hanno segnato la costruzione del diritto processuale europeo: la sentenza Rewe (causa 33/76), nella quale la Corte ha affermato che, in assenza di norme procedurali dell'Unione, spetta all'ordinamento interno determinare le modalità di esercizio dei diritti conferiti dal diritto europeo, a condizione che esse non ne compromettano l'effettività; e la successiva decisione Comet (causa 45/76), che ha ribadito la necessità di un equilibrio tra autonomia nazionale e tutela effettiva dei diritti, estendendo la portata applicativa del principio.Los efectos de la sentencia Rewe vinieron intensificados una vez adoptada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el mismo valor juridicio que los Tratados (artículo 6.1 TUE), y que el propio TUE obliga a los Estados miembros a establecer las vísa de recursos necesarias para garantizar tal tutela.

[15] Le norme che regolano gli strumenti processuali per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, messi a disposizione dei justiziabili dal legislatore nazionale, non possono essere meno favorevoli rispetto a quelle previste per rimedi analoghi di natura interna.

essere esercitata nel rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione[16]. Si evidenzia, pertanto, che tale principio non può essere considerato esclusivamente come un'enunciazione programmatica. Essa risulta strutturalmente condizionata dal principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE[17], che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie a garantire l'effettività del diritto dell'Unione e di astenersi da comportamenti idonei a comprometterne l'applicazione. In tale quadro, l'autonomia nazionale assume natura funzionale, in quanto orientata alla realizzazione degli obiettivi dell'integrazione europea.

Tale principio, proiettandosi sul piano processuale, impone ai legislatori e ai giudici nazionali l'obbligo di predisporre e applicare regole procedurali che non ostacolino o rendano eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione Europea[18]. La Corte di giustizia ha progressivamente consolidato tale orientamento, trasformando i principi di effettività ed equivalenza da mere clausole generali a criteri operativi di controllo sull'autonomia processuale nazionale[19].

In virtù dei principi menzionati, ai giudici nazionali - in quanto giudici dell'Unione spetta il dovere di garantire che le pretese fondate sul diritto europeo siano effettivamente tutelabili, anche in assenza di una disciplina processuale specifica predisposta dal legislatore interno.Alla luce delle suddette decisioni, emerge come la Corte di giustizia abbia progressivamente delineato un modello europeo di tutela giurisdizionale effettiva, nel quale il giudice nazionale assume un ruolo attivo e

[16] Sul recente *Proyecto de Ley de modificación parcial de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, pubblicato il 17 ottobre 2024, volto a riformare il regime di responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europe. La riforma nasce quale risposta alla sentenza della *Corte di giustizia*, 28 giugno 2022, causa C-278/20, che aveva dichiarato incompatibile con il principio di effettività il sistema spagnolo di riparazione dei danni derivanti da atti legislativi contrari al diritto dell'Unione. Il nuovo art. 32 bis della *Ley 40/2015* introduce tre vie di reclamazione distinte e attribuisce al *Tribunal Supremo* la competenza a dichiarare la violazione del diritto dell'Unione, ma lascia irrisolti — come si osserva criticamente — i profili relativi alla competenza del *Consejo de Ministros* e alla limitazione dei danni risarcibili nella "vía de revisión", con possibili tensioni rispetto al principio di effettività sancito dalla giurisprudenza del TJUE.

[17] Si veda, inoltre, M. A. SANDULLI – G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito dell'attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. extra 12, 2010 (numero monografico dedicato a *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*), pp. 47-80.

[18] Come osserva S. de la Sierra, le modalità e la stessa denominazione della tutela giurisdizionale cautelare nel diritto dell'Unione europea si ispirano a formule proprie delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, da cui traggono legittimazione e contenuto. Cfr. S. DE LA SIERRA, *Provisional Court Protection in Administrative Disputes in Europe: The Constitutional Status of Interim Measures Deriving from the Right to Effective Court Protection. A Comparative Approach*, in *European Law Journal*, vol. 10, n. 1, 2004, pp. 42-60.

[19] Il percorso giurisprudenziale ha successivamente trovato ulteriore sviluppo nella pronuncia Factortame (cause riunite C-46/93 e C-48/93), in cui la Corte ha affermato che la garanzia di effettività richiede la possibilità per il giudice nazionale di adottare misure cautelari atte a preservare la piena efficacia del diritto dell'Unione. Sulla fondazione, nel diritto dell'Unione, della competenza dei giudici nazionali a concedere misure cautelari a tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo, si veda TJUE, *Factortame*, causa C-213/89, EU:C:1990:257, parr. 21-22, e *Zuckerfabrik*, cause riunite C-143/88 e C-92/89, EU:C:1991:65, parr. 19-21.

responsabile nella garanzia di effettività, anche mediante l'adozione di misure cautelari adeguate[20]. La lettura congiunta di tali sentenze consente di identificare la concretizzazione applicativa dei principi di effettività ed equivalenza, che costituiscono attualmente la struttura portante dell'intero sistema di tutela giurisdizionale nell'Unione europea[21].

In tale prospettiva, il principio di equivalenza stabilisce che le modalità procedurali applicabili alle azioni fondate sul diritto dell'Unione non siano meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni analoghe di diritto interno. Il principio di effettività, d'altro canto, richiede che tali regole non rendano eccessivamente difficile, o impossibile, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo[22]. Tali criteri, che non sono meramente teorici, trovano un riscontro costante nella prassi giurisprudenziale europea e nazionale, dove la Corte di giustizia ha progressivamente imposto un modello di cooperazione funzionale tra ordinamenti, al fine di garantire una tutela uniforme e pienamente efficace.

Alla luce di tale evoluzione, non si ritiene necessario soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'adozione, da parte dei giudici nazionali, di misure cautelari dirette ad assicurare l'applicazione del diritto dell'Unione[23]. L'attenzione sarà rivolta all'esame della giurisprudenza europea di natura cautelare, formatasi attraverso le ordinanze adottate in via monocratica dai Presidenti dei rispettivi tribunali dell'Unione, competenti a pronunciarsi sulle misure cautelari in tutti i procedimenti.Tale prospettiva, di natura prevalentemente operativa, permette di comprendere come il principio di effettività si manifesti in un equilibrio dinamico tra l'esecutività dell'atto amministrativo e la necessità di garantire una tutela immediata e concreta ai soggetti interessati dalla sua applicazione.[24]

---

[20] L'insegnamento desumibile da tali pronunce è evidente: il diritto dell'Unione non si limita a enunciare principi astratti, ma impone agli ordinamenti nazionali di istituire strumenti giurisdizionali efficaci, capaci di prevenire la frustrazione dei diritti riconosciuti ai singoli individui

[21] M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, *A propósito de los sesenta años de los Tratados de Roma: el impacto del sistema jurídico comunitario en el ordenamiento jurídico español tras treinta años de pertenencia a la Unión Europea*, in *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 37, 2017, pp. 117-149.

[22] J. FUENTETAJA PASTOR, *Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo*, in *Documentación Administrativa*, Nueva Época, n. 5, 2018, pp. 93–106, spec. pp. 97–99, ove si sottolinea come il principio di equivalenza imponga l'applicazione indifferenziata delle norme nazionali ai procedimenti fondati sul diritto dell'Unione e su quello interno, ma non richieda l'estensione automatica delle regole interne proprie dei casi europei a situazioni meramente analoghe; mentre il principio di effettività opera come criterio correttivo volto a garantire la piena realizzazione materiale delle norme dell'Unione.

[23] M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2003, pp. 91-125

[24] Corte di giustizia, 6 ottobre 2005, *Commissione europea c. Spagna*, causa C-204/03, EU:C:2005:588. Con tale decisione, la Corte ha dichiarato che la Spagna **non** era venuta meno agli obblighi derivanti dal diritto comunitario in materia di IVA, ritenendo compatibile con le direttive europee la disciplina nazionale che prevedeva un sistema di prorrata di deduzione del tributo per i soggetti passivi che effettuavano esclusivamente operazioni imponibili, nonché una norma speciale limitativa del diritto alla detrazione. La pronuncia è

Sul piano applicativo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale trova una delle sue manifestazioni più significative nel regime di esecuzione delle decisioni sanzionatorie adottate dalle istituzioni dell'Unione, in particolare dalla Commissione europea in materia di concorrenza[25]. In tale ambito, l'esigenza di garantire al contempo l'efficacia dell'azione amministrativa dell'Unione e la salvaguardia dei diritti dei destinatari delle decisioni sanzionatorie ha condotto, nel corso del tempo, alla formazione di un sistema equilibrato di garanzie di natura tanto finanziaria quanto processuale [26].

Nel caso in cui la decisione sanzionatoria della Commissione venga impugnata dinanzi al Tribunale o alla Corte di giustizia, l'ordinamento dell'Unione non prevede una sospensione automatica della sua esecutività. In tali circostanze, tuttavia, la Commissione, in conformità con il principio di buona gestione finanziaria stabilito dal Regolamento (UE, Euratom) 2018/1046, può autorizzare l'impresa ricorrente a posticipare gli effetti economici della decisione mediante la presentazione di una garanzia bancaria di importo equivalente alla sanzione applicata, oppure attraverso il pagamento provvisorio della stessa.Tale prassi amministrativa, particolarmente diffusa nel settore del diritto della concorrenza, non altera formalmente l'efficacia giuridica della decisione, ma ne sospende l'attuazione economica, al fine di preservare l'interesse del destinatario a evitare un danno irreparabile derivante dall'immediato esborso, senza comprometterne la tutela finanziaria.[27]

---

significativa poiché chiarisce che le modalità nazionali di attuazione delle norme unionali restano ammissibili purché non compromettano il principio di effettività e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

[25] In merito alla discrezionalità della Commissione nella determinazione e nell'applicazione delle sanzioni, la giurisprudenza unionale ha stabilito che l'autorità amministrativa dispone di un ampia discrezionalità, che le consente di valutare la situazione economica effettiva dell'impresa soggetta a sanzione e di adottare, quando necessario, parametri di riferimento diversi dall'esercizio sociale immediatamente precedente, al fine di garantire che la sanzione abbia un carattere dissuasivo e sia proporzionata alla violazione commessa. Tale potere discrezionale è funzionale anche alla prevenzione di condotte elusive delle imprese volte ad alterare artificialmente la propria capacità contributiva o a ridurre la base di calcolo della sanzione. La Corte di giustizia ha stabilito che la Commissione ha il diritto di escludere l'anno contabile precedente come base di riferimento quando si verifica che la situazione economica dell'impresa sia stata modificata in modo anomalo o artificioso. Si prenda in considerazione, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-76/10 P, Telefónica SA c. Commissione, EU:C:2011:277, punti 16-17, dove si sancisce che la discrezionalità della Commissione non può essere interpretata come arbitrio, ma piuttosto come strumento necessario per garantire l'efficacia, la proporzionalità e la funzione preventiva del diritto della concorrenza. Si veda: Per un'analisi pionieristica della discrezionalità amministrativa nel diritto spagnolo, si veda F. GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, n. 13, 1954, pp. 143-152.

[26] Corte di giustizia, ordinanza 14 luglio 2021, *Commissione europea c. Polonia*, causa C-204/21 R, EU:C:2021:593, adottata ai sensi dell'art. 279 TFUE. La Corte ha disposto misure provvisorie nei confronti della Polonia, sospendendo l'applicazione di disposizioni nazionali relative alla competenza della Camera disciplinare della Corte suprema, ritenute idonee a compromettere l'indipendenza dei giudici. La pronuncia ribadisce che il potere di adottare misure cautelari rappresenta uno strumento essenziale per garantire l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela giurisdizionale effettiva ex art. 19, par. 1, TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[27] Sul primo consolidarsi della prassi sanzionatoria della Commissione in materia di concorrenza e sull'emergere delle problematiche connesse al potere discrezionale nell'applicazione delle regole antitrust, si veda

La logica sottesa a tale disciplina si ispira chiaramente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, nella misura in cui mira a scongiurare che l'esecuzione immediata della sanzione privi di utilità la successiva decisione del giudice dell'Unione sul merito della controversia. La bilancia tra l'esigenza di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa dell'Unione e quella di preservare la piena utilità del ricorso trova il suo fondamento negli articoli 278 e 299 TFUE. Tali disposizioni conferiscono al giudice dell'Unione il potere di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato o di adottare le misure provvisorie necessarie a garantire l'effettività della tutela, nel rispetto dei presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora[28].

In tale prospettiva, il rimedio cautelare giurisdizionale e la facoltà amministrativa della Commissione di differire la riscossione della sanzione si collocano su piani distinti ma complementari: il primo opera come strumento giurisdizionale di garanzia dei diritti, il secondo come meccanismo di buona amministrazione volto a prevenire pregiudizi economici sproporzionati[29]. Il modello di cooperazione funzionale tra potere esecutivo e potere giurisdizionale, che emerge da tale analisi, si caratterizza per una tutela effettiva che si realizza attraverso un bilanciamento dinamico tra l'autorità dell'atto e la protezione del diritto[30].

Nel suo complesso, il sistema — frutto di una prassi amministrativa consolidata sin dagli anni Ottanta — configura una forma peculiare di *autotutela cautelare* dell'Unione. Essa si innesta sul principio generale di effettività e traduce, in chiave

C.H. FULDA, *The First Antitrust Decisions of the Commission of the European Economic Community*, in *Columbia Law Review*, vol. 65, n. 4, 1965, pp. 625-645, ove si analizzano le prime decisioni della Commissione nel quadro del Trattato di Roma, evidenziando le tensioni tra l'esigenza di effettività del controllo e la costruzione di un modello amministrativo autonomo di enforcement europeo.

[28] Corte di giustizia, causa C-301/19 P, Commissione / Printeos, EU:C:2021:39, punti 68, 84 ss., 94 e 104, ove la Corte ha affermato che, in caso di annullamento di una decisione sanzionatoria, la Commissione è tenuta, ai sensi dell'art. 266 TFUE, a rimborsare integralmente l'importo dell'ammenda versata a titolo provvisorio, corredato dagli interessi moratori per il periodo intercorrente tra il pagamento e il rimborso. La Corte ha specificato che tale obbligo non rientra nella discrezionalità della Commissione, la quale non può stabilire unilateralmente le condizioni per la corresponsione degli interessi, e che la garanzia bancaria o il pagamento provvisorio costituiscono strumenti di tutela effettiva, idonei a evitare pregiudizi economici irreversibili e a garantire la restitutio in integrum del ricorrente.

[29] Si veda, sulla buona amministrazione, per l'Italia, A. POLICE – E. TEDESCHI, *La class action pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativ@mente*, n. 3, 2021, pp. 1-56; per la Spagna, J. PONCE SOLÉ, *El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos: a propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017*, in *Revista de Administración Pública*, n. 221, 2023, pp. 163-182. *2020, recurso de casación 5751/2017*, in *Revista de Administración Pública*, n. 221, 2023, pp. 163-182.

[30] La giurisprudenza recente ha ulteriormente precisato la portata di tale equilibrio. Nelle cause Printeos (C-301/19 P) e Deutsche Telekom (C-221/21 P), la Corte di giustizia ha riconosciuto il diritto delle imprese al rimborso integrale e alla corresponsione degli interessi in caso di annullamento della decisione sanzionatoria, sottolineando che la tutela effettiva esige la piena restitutio in integrum. Tali pronunce confermano che la garanzia bancaria o il pagamento provvisorio non costituiscono meri strumenti contabili, bensì meccanismi di garanzia sostanziale, finalizzati a salvaguardare la parità delle parti nel processo e a mantenere integro l'equilibrio tra effettività della sanzione e effettività della tutela.

operativa, la logica di bilanciamento propria del diritto amministrativo europeo: da un lato, la Commissione è chiamata ad assicurare l'applicazione uniforme e immediata del diritto dell'Unione; dall'altro, a garantire che il ricorso giurisdizionale non sia svuotato di contenuto da un'esecuzione prematura e potenzialmente irreversibile.

Va tuttavia chiarito che la sospensione dell'operatività della decisione non discende automaticamente dalla presentazione del ricorso o dalla richiesta di garanzia, ma rimane subordinata alla valutazione dei giudici dell'Unione nell'ambito delle misure provvisorie disciplinate dall'articolo 278 TFUE[31]. Solo l'organo giurisdizionale, infatti, è legittimato a disporre la sospensione degli effetti di un atto dell'Unione, qualora sussistano i presupposti cumulativi del *fumus boni iuris*[32] e del *periculum in mora*[33]. La garanzia bancaria costituisce uno strumento di natura finanziaria, distinto dalla tutela cautelare in senso stretto ma ad essa funzionalmente connesso, in quanto consente al destinatario di evitare l'esborso immediato della sanzione e, al tempo stesso, salvaguarda l'interesse dell'Unione alla conservazione del credito fino alla decisione definitiva.

Sotto questo profilo, il ricorso alla garanzia bancaria non equivale a una sospensione *ex officio* della decisione, ma costituisce una tecnica di bilanciamento funzionale all'attuazione del principio di effettività.Essa non sospende formalmente l'atto, ma ne mitiga gli effetti economici, assicurando al contempo che, qualora il ricorso venga accolto, il diritto dell'impresa trovi una protezione concreta e non meramente teorica. In tal modo, il diritto processuale dell'Unione realizza una forma di autotutela cautelare indiretta, che non invade la sfera giurisdizionale ma si coordina con essa, rafforzando il nesso strutturale tra esecutività amministrativa e tutela giurisdizionale effettiva.

In particolare, l'impresa interessata deve dimostrare l'esistenza di un rischio concreto di gravi difficoltà finanziarie qualora fosse obbligata a versare immediatamente l'importo della sanzione; inoltre, essa è tenuta a provare di aver effettivamente proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale dell'Unione e a fornire, a

[31] S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad del Estado desde la autonomía procesal y sus límites (equivalencia y efectividad). Un modelo agotado tras la sentencia "Comisión/España" (C-278/20)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 74, 2023, pp. 111-146.

[32] Si veda, in ambito spagnolo, J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación: El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19/11/1990)*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 251, 1991, pp. 659-674,

[33] M. C. CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, cit., p. 172: «*La base determinante de las medidas cautelares es, en mi opinión, el denominado periculum in mora, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio está en la propia definición de las medidas cautelares que, como dijo Calamandrei, "son una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva dirigidas a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma"*».

garanzia del risultato finale del processo, un'idonea fideiussione bancaria[34]. Tale prassi, benché di natura amministrativa, riflette chiaramente l'influenza del principio di effettività, poiché mira a evitare che l'esecuzione immediata dell'atto renda priva di utilità la successiva decisione giurisdizionale sul merito.In tali casi, il principio di effettività della giustizia trova la propria concreta manifestazione nell'equilibrio tra l'esecutività dell'atto e la necessità di assicurare una tutela cautelare efficace sino alla decisione definitiva.

A tal riguardo, la giurisprudenza sovranazionale evidenzia come il principio di effettività costituisca attualmente il fondamento etico del sistema di tutela giurisdizionale europeo, influenzando sia la giurisprudenza della Corte di giustizia che le prassi amministrative delle istituzioni dell'Unione. Dalla dialettica tra autonomia procedurale nazionale e vincoli di effettività emerge un modello integrato di giustizia amministrativa, in cui la tutela cautelare, nelle sue espressioni giurisdizionali e amministrative, opera come strumento essenziale di equilibrio tra l'autorità dell'atto e la protezione del diritto.Tale equilibrio, raggiunto a livello sovranazionale, rappresenta il punto di partenza necessario per esaminare, nella dimensione costituzionale interna, la genesi e l'evoluzione del diritto alla tutela effettiva nei singoli ordinamenti nazionali.

3. Il bilanciamento costituzionale della tutela cautelare tra diritto di difesa ed effettività della giustizia.

Esaminata la tutela cautelare atipica maturata nella prassi della Commissione europea, occorre ora rivolgere l'attenzione ai principi costituzionali che regolano la tutela cautelare a livello nazionale. La loro analisi ne rivela la natura intrinseca, collocata a un crocevia tra il principio del diritto di difesa e l'esigenza di effettività della giustizia. Entrambi i valori, di natura costituzionale, si confrontano nel momento in cui l'amministrazione esercita il proprio potere di autotutela esecutiva e il giudice amministrativo è chiamato a garantirne il controllo. In tale tensione tra esecutività dell'atto e garanzia giurisdizionale si definisce la funzione sistematica del processo amministrativo, nel cui ambito la misura cautelare opera quale strumento di bilanciamento tra interesse pubblico e posizione soggettiva del ricorrente.

La riflessione sul bilanciamento tra potere e garanzia non può prescindere dal riferimento ai principi costituzionali che ne costituiscono il fondamento[35]. È sul

[34] C. SENÉS MOTILLA, *La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n. 2, 2017, pp. 309-316.

[35] Nel panorama giuridico spagnolo, il dibattito sulla qualificazione del procedimento cautelare rimane ancora oggi ampiamente aperto. In particolare, si discute sulla sua natura giuridica: da un lato, se debba essere considerato un processo autonomo rispetto al giudizio principale, e dall'altro, se piuttosto, debba essere considerato una fase meramente accessoria e strumentale rispetto al giudizio di merito. La suddetta dissertazione, sviluppatasi nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, trova il proprio fondamento normativo nella *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), la quale dedica agli strumenti cautelari gli articoli 129-136, raccolti nel Capítulo II, intitolato "*Medidas cautelares*". L'articolo 131.1 della

ISSN 2036-7821

terreno costituzionale, infatti, che tale rapporto trova la propria giustificazione giuridica e la sua traduzione in criteri di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, come già rilevato nel punto precedente, gli articoli 24 della Costituzione spagnola e 24 della Costituzione italiana riconoscono, in termini sostanzialmente analoghi, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, la portata effettiva di tale riconoscimento si misura non nella mera proclamazione del diritto, ma nella capacità dell'ordinamento di garantirne l'attuazione concreta, anche nella fase interinale del processo[36].

Dal punto di vista del diritto pubblico, la Spagna e l'Italia condividono una comune matrice costituzionale, che riconosce il diritto fondamentale alla tutela

---

Legge sul Processo Civile (LJCA) stabilisce che: "L'istanza cautelare sarà trattata separatamente, con l'audizione delle parti interessate, e il segretario giudiziario emetterà un'ordinanza per un periodo massimo di dieci giorni. La decisione sarà presa mediante un'ordinanza entro cinque giorni lavorativi successivi. Nel caso in cui la Administración demandada non si sia ancora presentata, l'udienza si considera tenuta con l'organo che ha emesso l'atto impugnato.Dalla suddetta disposizione emerge con chiarezza che, sebbene l'incidente cautelare presenti un'autonomia procedurale formale, in quanto viene svolto in una pieza separada, mantiene una connessione funzionale con il processo principale. Tale connessione è un meccanismo di garanzia volto a garantire l'utilità futura della decisione di merito. Il procedimento in esame può pertanto essere qualificato come un procedimento speciale di carattere strumentale, volto a prevenire l'inefficacia della tutela giurisdizionale derivante dal decorso del tempo.L'articolo 136.2 LJCA amplia ulteriormente il quadro, consentendo la richiesta di misure cautelari anche prima della proposizione del ricorso principale, purché l'attore provveda alla relativa ratifica entro dieci giorni dalla notifica della loro adozione.Il sistema delineato dagli articoli 129-136 della LJCA delinea così una concezione evolutiva dell'istituto cautelare, che, pur mantenendo la propria natura ancillare rispetto al giudiziario, si evolve in un strumento di protezione del diritto in attesa della definizione del giudizioIn questa prospettiva, il procedimento cautelare spagnolo si presenta quale concreta espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, principio che, in chiave comparata ed europea, rappresenta oggi uno degli assi portanti della giustizia amministrativa contemporanea. Si veda: A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas cautelares de especial urgencia en el proceso contencioso-administrativo español (Un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, in *Rivista Amministrativamente*, n. 1, 2023, p. 5 e ss

[36] Analogamente a quanto accaduto in Italia, anche in Spagna la "battaglia" per il riconoscimento e la progressiva definizione delle misure cautelari si è sviluppata inizialmente sul terreno dottrinale, per poi consolidarsi attraverso l'elaborazione giurisprudenziale. In Spagna, la giurisprudenza degli anni Ottanta e Novanta ha segnato una fase di consolidamento dell'istituto cautelare, con pronunce che riflettono l'influenza della dottrina europea sull'effettività della tutela giurisdizionale. Tra le decisioni più significative si segnalano gli *Autos* del *Tribunal Supremo* del 20 dicembre 1990 (RJ 10412, relatore F. GONZÁLEZ NAVARRO) e del 17 gennaio 1991 (RJ 503, relatore J. DELGADO BARRIO), nei quali si afferma con chiarezza la necessità di garantire una protezione cautelare effettiva e proporzionata, in linea con i principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Si veda, in proposito, la giurisprudenza costituzionale italiana che, a partire dagli anni Settanta, ha progressivamente affrontato il tema dell'assenza di poteri cautelari in capo al giudice tributario e amministrativo. In particolare, dopo le aperture manifestate dalle sentenze n. 227 del 1975 e n. 8 del 1982, la Corte costituzionale, con la decisione n. 63 del 1982 — resa in materia di contenzioso tributario — ha ritenuto conforme a Costituzione la riserva al solo Intendente di Finanza del potere di sospendere la riscossione coattiva, valorizzando l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla percezione dei tributi. La Corte ha ritenuto che tale assetto normativo, completato dal meccanismo della riscossione graduale previsto per legge, garantisse un equilibrio sufficiente tra le ragioni dell'Erario e la posizione del contribuente, pur non riconoscendo al giudice un potere cautelare pieno. (*Corte cost.*, sent. 1 febbraio 1982, n. 8; sent. n. 63 del 1982, in *Giur. cost.*, 1982, 41 ss.; cfr. F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, p. 311 ss.

giurisdizionale effettiva. In Spagna, l'articolo 24.1 della Constitución de 1978[37] garantisce in termini pressoché analoghi "il diritto a ottenere la tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi, senza che in nessun caso possa verificarsi una situazione di difetto di difesa"[38]. Mentre in Italia, l'articolo 24 della Costituzione[39] garantisce a ogni individuo il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, affermando che "la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

Nonostante l'elemento positivo menzionato, se si considera la giustizia amministrativa nei due ordinamenti da una prospettiva negativa, emerge uno sviluppo disomogeneo e asincrono[40]. In Italia, senza entrare nel merito, tale

[37] J. TORNOS MAS – J. SALAS, *Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona*, in *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, pp. 29-66. Gli Autori sottolineano come l'articolo 24 della *Constitución Española* rappresenti «*sin lugar a duda el artículo más complejo de la parte dogmática*» della Costituzione, in quanto diritto che «*más demandas de recurso de amparo constitucional genera*». La tutela judicial efectiva — affermano — protegge primariamente «*a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos*», ma il *Tribunal Constitucional* ne ha esteso la titolarità anche «*a las personas jurídicas (STC 19/1983) y, excepcionalmente, a las personas jurídico-públicas*», purché «*no gocen de privilegios procesales*» (SSTC 19/1983, 91/1991, 100/2000, 175/2001, 11 y 28/2008).

[38] Si precisa che le traduzioni dei testi dottrinali e normativi spagnoli riportate nel presente lavoro sono frutto di elaborazione autonoma dell'autore.

[39] A. POLICE, *Commento all'art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino, UTET, 2006, p. 502 ss.

[40] In Spagna non si è registrato uno sviluppo paragonabile a quello del concetto di *interesse legittimo* maturato nella giustizia amministrativa italiana di tradizione tedesca, non essendo questo il luogo per approfondire in modo sistematico tale istituto. Si può tuttavia ricordare che l'evoluzione della categoria dell'*interés legítimo* nel diritto amministrativo spagnolo trova le sue origini nella *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1956, la quale, pur segnando un decisivo passo avanti verso una giustizia amministrativa indipendente e di tipo giurisdizionale, conservava ancora tratti dell'impostazione oggettivista. Il sistema distingueva infatti tra diritto soggettivo e interesse legittimo, riservando solo al primo la possibilità di ottenere un ristabilimento pieno, mentre al secondo era concesso un rimedio meramente demolitorio (artt. 28.1, 41 e 42 LJCA 1956). L'azione contenziosa richiedeva inoltre un "interesse diretto" (art. 28.1 a), e talune categorie di atti – come quelli relativi alla disciplina militare o alla stampa – restavano escluse dal sindacato giurisdizionale (art. 40). Questo impianto fu gradualmente superato in tre direzioni: in primo luogo, attraverso la disapplicazione giurisprudenziale della distinzione rigida tra diritto soggettivo e interesse diretto; in secondo luogo, mediante la riconduzione dell'*interés legítimo* al concetto processuale di interesse ad agire, caratteristica propria del diritto amministrativo spagnolo degli anni Cinquanta; e infine, grazie alla teoria delle "situazioni attive dell'amministrato" elaborata da Eduardo García de Enterría, secondo la quale ogni vincolo giuridico imposto all'amministrazione genera un diritto soggettivo correlativo in capo al cittadino inciso nella propria sfera individuale. Da ciò deriva che la "legge oggettiva" si articola in una pluralità di diritti soggettivi riflessi, corrispondenti ai doveri giuridici dell'amministrazione (di motivare, di non agire arbitrariamente, di rispettare la tipicità delle sanzioni, ecc.). In tale prospettiva, l'*interés legítimo* perde la sua tradizionale subordinazione rispetto al diritto soggettivo, assumendo la fisionomia di una posizione giuridica di tutela piena, radicata nel principio di Stato di diritto e nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Sul punto, si vedano: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 6, 1975, pp. 427-448.; L. MEDINA ALCOZ, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in E. CARBONELL PORRAS, R. CABRERA MERCADO (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 257-292;L. MEDINA ALCOZ – J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (prol.), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo: derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.;A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *Revista de Administración Pública*, n. 50, 1966, pp. 27-50, e *Sobre*

giurisdizione è configurata come speciale[41], dotata di propri organi e di un Codice del processo amministrativo autonomo[42]. In Spagna[43] invece, rientra nell'ambito della giurisdizione ordinaria, con sezioni contenzioso-amministrative[44]. Tuttavia, le

la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo, in *Revista de Administración Pública*, n. 57, 1968, pp. 9-33.;R. PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968, pp. 41-70.

[41] Cfr. A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P. L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa. Il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. L'autore confuta la concezione "speciale" della giustizia amministrativa, sostenendo che essa costituisce parte integrante dell'unità funzionale della giurisdizione delineata dalla Costituzione. Il giudice amministrativo, terzo e indipendente, è il giudice naturale del potere pubblico nelle controversie sull'esercizio o sull'omissione dell'azione amministrativa. La "specialità" non è un'anomalia ma una specificità funzionale coerente con l'art. 103 Cost., che ammette un sistema duale di giurisdizione in particolari materie; la vera sfida risiede nel perfezionamento delle tutele, non nella soppressione del dualismo.

[42] Il processo amministrativo italiano, come noto, ha ad oggetto l'esercizio dell'azione pubblica, dalla quale possono derivare posizioni soggettive di interesse legittimo meritevoli di tutela giurisdizionale. Non essendo questa la sede per ricostruire in modo analitico la complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del concetto di *interesse legittimo*, è tuttavia opportuno ricordare che esso non si presenta come una nozione astratta, bensì come una posizione giuridica concreta, intrinsecamente collegata all'esercizio del potere amministrativo e alla necessità di garantirne la conformità all'ordinamento. È significativo che, pur menzionando espressamente gli "interessi legittimi" all'art. 24, comma 1, Cost., quale oggetto di tutela al pari dei diritti soggettivi, il legislatore non ne abbia mai fornito una definizione positiva, lasciandone alla giurisprudenza e alla dottrina il compito di delinearne i confini concettuali e funzionali.Il diritto dell'Unione europea, com'è noto, non conosce la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo; eppure, proprio tale distinzione rappresenta uno dei cardini strutturali del sistema italiano di garanzie nei confronti dell'esercizio del potere pubblico, influenzando tanto la configurazione delle situazioni giuridiche soggettive quanto il riparto di giurisdizione.Gli articoli 103 e 113 della Costituzione definiscono infatti un assetto giurisdizionale di tipo duale: alla giurisdizione amministrativa è attribuita la tutela degli interessi legittimi — nonché, in specifiche materie, anche dei diritti soggettivi —, mentre alla giurisdizione ordinaria spetta la protezione dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione. L'articolo 113, a sua volta, sancisce il principio dell'incondizionata accessibilità alla giurisdizione, escludendo che la tutela contro gli atti amministrativi possa essere limitata da vincoli di forma o da particolari categorie di atti. Nella sua configurazione tipica di giudizio impugnatorio, il processo amministrativo mira a garantire al soggetto leso un vantaggio effettivo e concreto: questo può consistere nel recupero della propria sfera giuridica originaria (*interessi legittimi oppositivi*) oppure nel conseguimento — o nella possibilità di conseguire — un ampliamento di tale sfera mediante l'esercizio del potere amministrativo (*interessi legittimi pretensivi*). La natura vincolata o discrezionale del potere incide sulla certezza del risultato. Si veda: M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro italiano*, 1987.; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 1990; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

[43] S. MUÑOZ MACHADO, *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Exposición de motivos*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 100, 1998 (numero monografico dedicato ai *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*), pp. 23-42.

[44] A differenza dell'Italia, dove la questione della giurisdizione amministrativa ha rappresentato – e continua a rappresentare – un terreno di intenso dibattito dottrinale e istituzionale, l'ordinamento spagnolo offre un modello di configurazione più lineare. In tale prospettiva, la giurisdizione contenzioso-amministrativa si presenta come il giudice naturale dei poteri pubblici, competente a verificare la legittimità delle loro attività soggette al diritto amministrativo.Il suo ambito materiale di cognizione è definito dagli articoli 24 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) e 1 della *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), che stabiliscono la competenza dei giudici e tribunali spagnoli sui ricorsi relativi ad atti, disposizioni e comportamenti delle pubbliche amministrazioni o di altri organi statali che esercitano funzioni di natura amministrativa.Il sistema delineato si fonda su una *cláusula general* di attribuzione, la quale assume come criterio soggettivo la provenienza

differenze strutturali tra i due modelli di giustizia amministrativa non impediscono di individuare una sostanziale convergenza[45] quanto alla funzione della tutela cautelare.

Inoltre, in entrambi gli ordinamenti, infatti, il giudizio cautelare si configura come lo strumento attraverso cui il giudice amministrativo assicura, in via interinale, l'effettività della tutela giurisdizionale, mediante un bilanciamento tra l'interesse pubblico sotteso all'esecutività dell'atto amministrativo e la posizione soggettiva del ricorrente, al fine di preservare l'utilità concreta della decisione finale.[46] Il giudice amministrativo, in sede cautelare, può anticipare gli effetti della decisione finale ovvero assicurare che la situazione del cittadino o privato non venga modificata in attessa della conclusione del processo. Pertanto si colloca in entrambi gli ordinamenti l'istituto della tutela cautelare, quale strumento volto a preservare l'utilità concreta della decisione finale[47].

---

dell'atto da un ente qualificato come amministrazione pubblica, senza richiedere ulteriori specificazioni competenziali. L'estensione della giurisdizione a organi non formalmente amministrativi – quali il *Tribunal Constitucional*, le *Cortes Generales* o il *Consejo General del Poder Judicial* – trova giustificazione nel principio di pienezza della garanzia giurisdizionale sancito dagli articoli 24.1 e 106.1 della *Constitución Española*.Sia la LOPJ sia la LJCA ribadiscono, infine, il carattere essenzialmente "revisorio" della giurisdizione contenziosa, poiché l'accesso al giudice presuppone l'esistenza di un previo atto o disposizione amministrativa, in coerenza con la tradizione del controllo di legalità sull'azione pubblica. Sul punto si v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 73, 2009, pp. 11-26; per un inquadramento sistematico più recente, cfr. J. J. MONTERO PASCUAL, *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, in M. BACIGALUPO SAGGESE, S. DEL SAZ CORDERO, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. A. FUENTETAJA PASTOR, S. MEDINA GONZÁLEZ, J. J. MONTERO PASCUAL, *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2014, pp. 37-52; sul processo di modernizzazione e digitalizzazione della giustizia amministrativa spagnola, v. L. M. GARCÍA LOZANO, *La gestión electrónica de los expedientes judiciales*, in L. M. GARCÍA LOZANO (coord.), S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, J. A. TARDÍO PATO (dir.), *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: sus cuestiones más actuales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 603-614.

[45] Sul significato concettuale del termine *Homogenität* nella dottrina costituzionalistica tedesca, cfr. F. HANSCHMANN, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte" und „Sprache"*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 4-5. L'autore evidenzia che la *Homogenität*, concetto traducibile come "omogeneità" o "uniformità", non denota una qualità assoluta, ma una relazione comparativa fondata su un criterio comune (*tertium comparationis*), che permette di individuare in quale aspetto due o più entità possano considerarsi affini. Il termine, di derivazione greca (homós – uguale, comune; genos – origine, specie), rinvia quindi a un'idea di unità nella pluralità, di coesione costruita sul riconoscimento di elementi condivisi. In ambito giuridico e costituzionale, tale concetto assume rilevanza per la definizione del grado di coesione interna necessario alla legittimazione di un ordine politico o normativo fondato sulla sovranità del popolo.

[46] Non è questa la sede per ripercorrere la complessa evoluzione storica e dogmatica dell'istituto dell'interesse legittimo. È tuttavia opportuno richiamare, quale riferimento imprescindibile della dottrina pubblicistica italiana, l'opera di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 30 e ss. Nella quale l'autore ricostruisce con rigore sistematico la genesi, la trasformazione e la funzione garantistica dell'interesse legittimo all'interno dell'esperienza giuridico-amministrativa italiana.

[47] Per una panoramica sulla teoria generale dell'oggetto del giudizio amministrativo in Italia, cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, vol. II, parte II; nonché Id., *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche*

La giustizia amministrativa, infatti, non potrebbe dirsi effettiva se la durata del processo vanificasse la protezione dei diritti, ne deriva la necessità di un meccanismo in grado di assicurare una tutela provvisoria ma tempestiva, capace di neutralizzare gli effetti pregiudizievoli dell'atto impugnato prima della sentenza di merito[48]. In questa prospettiva, la riflessione di A. Police secondo cui "*il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità, non si limita (o non si dovrebbe più limitare) al sindacato di un singolo atto, ma dovrebbe investire l'attività complessiva dell'Amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi*"[49]offre una chiave di lettura sistemica della tutela giurisdizionale. Essa consente di interpretare il processo amministrativo e, particolarmente, la funzione cautelare non come un mero strumento di controllo puntuale, ma come un mezzo di equilibrio dinamico tra il potere e la garanzia, volto a preservare la coerenza complessiva dell'azione amministrativa con i principi di legalità ed effettività.

Pertanto, sia nell'ordinamento spagnolo che in quello italiano, il giudizio cautelare si confronta con la medesima esigenza: assicurare l'effettività della protezione giurisdizionale anche durante la fase interinale del processo, attraverso strumenti diversi ma convergenti nella finalità di mantenere integro l'assetto degli interessi in gioco[50]. A tale senso, il giudice amministrativo è chiamato a un esercizio

soggettive (Atti della tavola rotonda in memoria di L. Migliorini, Perugia, 7 dicembre 2001), Torino, Giappichelli, 2003, p. 231 ss.

[48] Sul principio di efficacia, inteso come presupposto dell'unità del mercato giuridico ed economico nazionale, cfr. J. TORNOS MAS, *El principio de eficacia supone que cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional sin que quepa en principio exigir nuevas autorizaciones o trámites adicionales por parte de otras autoridades diferentes*, in *Estudios sobre la eficacia administrativa*, Civitas, Madrid, 2015, p. 150. L'autore sottolinea come il principio di efficacia, oltre a esprimere una dimensione funzionale dell'azione amministrativa, assuma una valenza sistemica nell'ordinamento spagnolo, poiché garantisce la libera circolazione dei beni e dei soggetti economici all'interno dello Stato, evitando duplicazioni procedimentali e ostacoli territoriali ingiustificati. Tale principio, quindi, si collega strutturalmente al principio di effettività della tutela, poiché entrambi concorrono a realizzare un'amministrazione orientata ai risultati e alla semplificazione giuridica. Per quanto riguarda gli effetti delle sentenze nel processo contenzioso-amministrativo, la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), dedica gli articoli 67–77 (Sección 8.ª "Sentencia") alla disciplina del regime di efficacia e dell'esecuzione delle decisioni giurisdizionali. Sebbene la materia appaia oggi di trattazione pacifica, la dottrina non è stata sempre unanime nel valutarne la portata sistematica. Come ricorda J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 297, il principio di efficacia delle sentenze non può essere ridotto a una mera conseguenza formale della pronuncia giudiziale, ma costituisce l'espressione di un potere di controllo sostanziale sulla legalità dell'azione amministrativa. Tale impostazione anticipa l'odierna visione della giustizia amministrativa come garante non solo della legittimità, ma anche dell'effettività e della stabilità degli effetti giuridici derivanti dalla decisione.

[49] A. Police, *Amministrazione di risultati e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 39 e ss.

[50]La sentenza del Tribunal Constitucional n. 148/1993, del 29 de abril, afferma che «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE».In tale prospettiva — come osserva la dottrina italiana — la "creatura" delle misure cautelari (G. SCOCA) si inserisce nel più ampio dibattito circa la possibilità che le sanzioni amministrative siano esecutive prima di acquisire piena definitività. La questione riguardava, in particolare, se agli atti sanzionatori si dovessero applicare i medesimi criteri di esecutività previsti per gli altri atti amministrativi non

particolarmente delicato di ponderazione, che non si esaurisce nella valutazione dei presupposti cautelari in senso stretto, ma investe l'intero equilibrio tra l'autorità dell'amministrazione e la garanzia dei diritti individuali. Nel contesto della giurisdizione amministrativa, infatti, il fattore tempo assume una rilevanza più intensa che in altri ordini di giurisdizione: esso non rappresenta soltanto la misura cronologica del processo, ma diviene una dimensione sostanziale dell'effettività della tutela, in quanto spazio di equilibrio tra potere e garanzia[51].

Da ciò si ricava che le misure cautelari e l'esecuzione delle sentenze costituiscono i due poli complementari di un medesimo sistema di garanzie: la prima assicura la conservazione dell'utilità della decisione finale, la seconda ne garantisce la piena attuazione. Entrambe concorrono a tradurre il diritto di difesa da principio meramente formale a strumento operativo di giustizia effettiva, realizzando così il nesso funzionale tra tutela provvisoria e tutela definitiva che caratterizza l'intero modello di giustizia amministrativa[52].

La fase cautelare, pur collocandosi in un momento preconoscitivo rispetto al merito, racchiude già in sé la sintesi di un risultato giuridicamente significativo: essa opera come una garanzia anticipata, volta a preservare l'utilità concreta della decisione finale. La suddetta esigenza di effettività, intrinseca alla funzione delle misure cautelari, rappresenta una costante strutturale di tutti i regimi di giustizia amministrativa, alimentando una copiosa elaborazione giurisprudenziale[53].

---

sanzionatori. La giurisprudenza costituzionale spagnola, a differenza di quella iniziale del Tribunal Supremo (sentenze del 17 e 21 luglio 1982), che considerava l'esecuzione anticipata delle sanzioni contraria al diritto alla tutela giudiziale effettiva, ha affermato un principio opposto. Con la STC 66/1984, del 6 de junio, il Tribunal Constitucional ha dichiarato che l'efficacia immediata degli atti sanzionatori non è contraria alla tutela giudiziale effettiva, poiché tale diritto si realizza garantendo la possibilità che la parte interessata chieda al giudice la sospensione dell'atto e che quest'ultimo si pronunci, in contraddittorio, sulla misura cautelare richiesta.Tale decisione è stata determinante, poiché sembrava escludere che l'Amministrazione potesse eseguire le sanzioni prima della loro definitività in via amministrativa, come precedentemente ritenuto da parte della giurisprudenza (SSTS 26 marzo, 11 e 20 junio 1986; ATS 5 enero 1998).In conseguenza di ciò, le sanzioni amministrative non possono essere eseguite sino a quando il giudice o il tribunale contencioso-amministrativo non si sia pronunciato sulla richiesta di misure cautelari, in conformità a quanto oggi previsto dall'art. 138.3 della Ley 39/2015 (già art. 138.3 della LRJ-PAC), secondo cui *"la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa"*."

[51]Il processo amministrativo deve essere strutturato in modo da garantire forme di tutela effettiva delle posizioni soggettive dedotte in giudizio, a cominciare da quella cautelare: sul punto, cfr. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene, 2012, p. 74 ss.; nonché Id., *Giustizia amministrativa e pandemia: il processo amministrativo tra emergenza e principio di legalità*, in *Gestione nazionale della pandemia. Misure giuridiche tra Costituzione e CEDU. Profili critici*, a cura di S. FOÀ, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 105-124.

[52] L. COSCULLUELA MONTANER, *Título Primero. Del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Capítulo II. Órganos y Competencias: Artículo 10 y 11*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 100, 1998 (Ejemplar dedicado a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*), pp. 160-171; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-20 marzo 2001)*, a cura di S. RAIMONDI, R. URSI, M. IMMORDINO e F. SALVIA, Palermo, 2002, pp. 37-68.

[53] Con l'ordinanza del *Tribunal Supremo* (Sala Tercera) del 12 luglio 2004, la giurisprudenza spagnola ha ulteriormente delineato il punto di equilibrio tra il privilegio di autotutela esecutiva dell'Amministrazione e il

Alla luce di quanto precede, la riflessione sull'effettività della tutela e sul fattore tempo del processo conduce inevitabilmente a confrontarsi con la dimensione opposta, ma strutturalmente complementare, del potere amministrativo. In tale prospettiva, l'effettività della tutela giurisdizionale trova il proprio contrappunto naturale nel principio di esecutività degli atti amministrativi, che rappresenta la forma giuridica attraverso la quale si manifesta la pretesa dell'Amministrazione di assicurare l'immediata efficacia della propria azione, in attesa del controllo giurisdizionale.

Il fondamento sistematico della suddetta regola va rintracciato nell'istituto dell'autotutela amministrativa, espressione tipica della potestà pubblica delineata dall'articolo 103 della *Constitución Española*, che legittima l'Amministrazione a dare esecuzione ai propri atti senza la necessità di preventiva convalida giudiziale[54]. Tale prerogativa, tuttavia, non si configura come potere assoluto o illimitato, ma trova un limite necessario nel diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva: una volta instaurato il giudizio e proposta la domanda cautelare, l'Amministrazione non può procedere all'esecuzione dell'atto la cui legittimità sia oggetto di contestazione. Un esercizio improprio dell'autotutela, in tal senso, finirebbe per svuotare di contenuto la funzione stessa del controllo giurisdizionale, pregiudicando la parità delle parti e il principio di effettività della giustizia[55].

---

diritto alla tutela cautelare del cittadino. In tale decisione, il Tribunal Supremo ha ribadito che il privilegio di esecutività degli atti amministrativi si mantiene, ma è sempre soggetto al controllo giudiziale, che si concretizza nella decisione giudiziaria sulla sospensione dell'esecuzione. La sospensione cautelare, pertanto, opera come limite funzionale all'autotutela amministrativa, in quanto la tutela cautelare non può anticipare il contenuto della decisione definitiva, ma deve garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale. Il suddetto principio trova espresso riconoscimento negli articoli 94, 57.1 e 111 della Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, e nella *Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, che disciplinano il regime dell'esecutività e la possibilità di sospensione giudiziale degli atti amministrativi.

[54] Si veda M. SÁNCHEZ MORÓN, *Artículo 103*, in M. E. CASAS BAAMONDE – M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer – Ministerio de Justicia, 2008, pp. 1682-1699.

[55] In merito alla rilettura del principio di esecutività degli atti amministrativi in presenza di un ricorso amministrativo pendente, si rimanda alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 28 maggio 2020, n. 5751/2017, che, facendo riferimento all'auto di ammissione del 14 marzo 2018, stabilisce che l'Amministrazione non può avviare il procedimento di appello finché non abbia risolto espressamente il ricorso (anche se meramente potestativo), poiché il silenzio rappresenta solo una fiction legal utile ad aprire la via impugnatoria, ma non legittima l'esecuzione forzata del provvedimento. La soluzione proposta si discosta dal tenore dell'art. 117.1 della Ley 39/2015, che stabilisce il principio generale di non sospensività del ricorso amministrativo, e si fonda invece su una lettura sistematica degli artt. 21-24 e 38 LPAC, nonché degli artt. 9.1, 9.3, 103 e 106 CE e del principio di buona amministrazione, anche per contrastare prassi amministrative di "*silencio-ejecución*". Si veda, in proposito, l'evoluzione della disciplina e della giurisprudenza spagnola in materia di sospensione dell'esecutività degli atti amministrativi a seguito della proposizione del ricorso contenzioso-amministrativo. Con la legislazione del 1956 (artt. 122 ss. della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), la regola generale era la non sospensione, salvo prova di un pregiudizio grave o irreparabile; mentre la Ley 29/1998, pur attenuando tale rigidità, ha mantenuto la sospensione come misura eccezionale, subordinata alla ponderazione tra interesse pubblico e privato. In precedenza, la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de 1978 prevedeva invece la

La suddetta limitazione trova un espresso riconoscimento nell'articolo 117.4 della *Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (LPAC), il quale dispone che l'Amministrazione non possa dare esecuzione a un atto impugnato qualora il ricorrente abbia richiesto l'adozione di misure cautelari. Tale disposizione, tuttavia, solleva delicate questioni interpretative circa la portata della sospensione automatica, e in particolare se essa debba permanere per tutto il periodo intercorrente tra la proposizione del ricorso e la decisione del giudice in sede cautelare[56].

---

sospensione automatica dell'esecuzione degli atti impugnati quando fossero in gioco diritti fondamentali, salvo motivata opposizione per ragioni di interesse generale. Sul punto, la STC 238/1992 riafferma la regola della non sospensione automatica, precisando tuttavia che il diritto alla *tutela judicial efectiva* (art. 24.1 CE) impone al legislatore e ai giudici di disporre di strumenti cautelari idonei a garantire l'effettività della decisione, poiché — come già affermato nella STC 14/1992 — «non esiste tutela giudiziale effettiva senza misure cautelari che assicurino l'effettivo adempimento della sentenza». In tale prospettiva, la tutela cautelare si configura come componente essenziale della tutela giurisdizionale effettiva, la cui assenza renderebbe illusoria la protezione dei diritti e degli interessi legittimi del cittadino.Come osserva Rodríguez-Arana Muñoz, la potestà di *ejecutividad y ejecutoriedad*, nella sua lettura costituzionale, non ha carattere assoluto ma relativo, soggetto a limiti e a un costante esercizio di ponderazione ed equilibrio in vista dell'obiettivo servizio dell'interesse generale. .J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el Derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores*, in *Derecho & Sociedad*, n. 49, 2017, pp. 429-445.

[56] L'articolo 117, paragrafo 4, della Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, stabilisce che: «Nel disporre la sospensione, possono essere adottate le misure cautelari necessarie a garantire la tutela dell'interesse pubblico o dei terzi, nonché l'efficacia della decisione o dell'atto impugnato. Nel caso in cui la sospensione possa dar luogo a pregiudizi di qualsivoglia natura, essa produrrà effetti unicamente previa prestazione di una cauzione o garanzia sufficiente a coprirli, secondo quanto stabilito dal regolamento. La sospensione si estenderà oltre l'esaurimento della via amministrativa quando, su preventiva richiesta dell'interessato, sia stata concessa una misura cautelare i cui effetti si protraggano nel giudizio contenzioso-amministrativo. Nel caso in cui l'interessato proponga un ricorso contenzioso-amministrativo per ottenere la sospensione dell'atto oggetto del processo, tale sospensione rimarrà efficace fino alla decisione giudiziale sulla relativa richiesta. La suddetta disposizione, in correlazione con l'articolo 90 della medesima legge, concernente le resoluciones sancionadoras, ha dato luogo a un significativo dibattito dottrinale riguardo alla natura automatica o discrezionale della sospensione della sanzione amministrativa quando il soggetto sanzionato comunica all'amministrazione la propria intenzione di proporre ricorso contenzioso-amministrativo con richiesta cautelare. Secondo l'interpretazione predominante, tale comunicazione determina ipso iure la sospensione dell'esecutività della sanzione, in quanto risulta essere la lettura più coerente con la giurisprudenza costituzionale, in particolare con le sentenze del Tribunal Constitucional nn. 66/1984, 238/1992 e 14/1992. Tali sentenze riconoscono nella tutela cautelare una componente imprescindibile del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, come previsto dall'articolo 24.1 della Costituzione spagnola. a dottrina ha inoltre precisato che l'uso del termine «podrá» nel precetto non indica una facoltà discrezionale, ma piuttosto una competenza obbligatoria condizionata. Di conseguenza, la pubblica amministrazione è obbligata a sospendere l'esecuzione della sanzione una volta ricevuta la comunicazione del ricorrente, configurandosi una «competencia permisiva» e non una «discrecionalidad permisiva».Questa impostazione trova conferma anche nell'ambito tributario: l'articolo 29.2 del Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, approvato con Real Decreto 2063/2004, stabilisce che gli organi di riscossione non possono avviare l'esecuzione forzata finché non sia decorso il termine per proporre ricorso contenzioso-amministrativo e, qualora l'interessato comunichi di averlo interposto con richiesta di sospensione, questa si manterrà fino alla decisione giudiziale sulla misura cautelare. Sulla portata e l'evoluzione del principio di esecutività delle sanzioni amministrative dopo la *Ley 39/2015*, v. M. REBOLLO PUIG, *La ejecutividad de las sanciones tras la Ley 39/2015*, in *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, a cura di J. C. LAGUNA DE PAZ, Í. SANZ RUBIALES, I. DE LOS MOZOS TOUYA, vol. II, tomo 2, Madrid, Civitas, 2017, pp. 1343-1366; C. CHINCHILLA

In tale quadro, il fattore temporale assume una valenza decisiva, il tempo dell'esecuzione incide direttamente sull'efficacia del rimedio e sulla capacità del processo di prevenire il danno, divenendo esso stesso una garanzia sostanziale dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il giudizio cautelare si configura, pertanto, come un vero e proprio esercizio di ponderazione da parte del giudice amministrativo, chiamato a bilanciare — in termini di proporzionalità e ragionevolezza — l'interesse pubblico all'immediata esecuzione dell'atto con l'interesse del privato alla sospensione dei suoi effetti.

Tale operazione di natura ermeneutica e discrezionale costituisce la proiezione processuale del bilanciamento costituzionale tra potere e garanzia, che rappresenta il nucleo dinamico della giustizia amministrativa contemporanea[57]. È opportuno, tuttavia, precisare che la tutela cautelare non comporta in alcun modo un'anticipazione del giudizio di merito. La misura cautelare, infatti, non può né deve influenzare la decisione finale, come più volte affermato dal *Tribunal Supremo*, il quale distingue con chiarezza tra il merito della controversia e la fase cautelare[58].

MARÍN, *Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015 y 40/2015*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 110-I, 2018, pp. 91-92; O. MIR PUIGPELAT, *El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, in *Revista de Administración Pública*, n. 162, settembre-dicembre 2003, pp. 47-53.

[57] Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), dedica l'intero Titolo II, dagli articoli 55 a 62, ai procedimenti cautelari, a conferma della centralità della tutela interinale nel sistema processuale amministrativo italiano. I presupposti del provvedimento cautelare restano quelli tradizionali del periculum in mora e del fumus boni iuris. Il primo — inteso come pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario per la definizione del giudizio — è esplicitamente richiamato dal comma 1 dell'art. 55; il secondo, pur non menzionato espressamente, è implicitamente riconosciuto dal comma 9, che impone all'ordinanza cautelare di motivare in ordine alla valutazione del pregiudizio e di indicare i profili che, a un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. Ne risulta che la funzione della tutela cautelare si radica non nell'accertamento dell'esistenza del diritto, ma nella sua apparenza, configurandosi come un giudizio di probabilità e verosimiglianza. La diversa intensità del periculum — qualificato come "estrema" o "eccezionale" gravità e urgenza nei casi di decreto monocratico o di tutela ante causam — mostra una modulazione del rimedio in funzione del grado di interferenza sull'atto amministrativo e del valore sostanziale della garanzia. Un'analoga logica di bilanciamento informa anche l'ordinamento spagnolo, dove la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha conferito alla tutela cautelar un rilievo sistematico del tutto paragonabile a quello italiano. L'art. 129 della Ley del 1998 recepisce la costruzione pretoria maturata sotto il vigore della Ley del 1956, ammettendo la sospensione dell'atto impugnato quando la sua esecuzione possa arrecare pregiudizio irreparabile, e subordinandola a un giudizio di apariencia de buen derecho.

[58] Un primo significativo riferimento si rinviene nell'*Auto* dell'*Audiencia Nacional* del 10 novembre 2005 (procedimiento ordinario n. 0000461/2005, *Endesa S.A.* c/ *Comisión Nacional del Mercado de Valores*), ove la Sala de lo Contencioso-Administrativo riconosce che la sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo richiede un bilanciamento attento tra il rischio di pregiudizio irreparabile e l'interesse pubblico alla pronta esecuzione, valorizzando il principio di effettività della tutela giudiziale. Tale orientamento è stato successivamente consolidato e sistematizzato dall'*Auto* del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 27 aprile 2015, che, richiamando la *Sentencia del Tribunal Supremo* del 27 marzo 2014, ha ricondotto la decisione sulla misura cautelare a un "alto grado de ponderación conjunta de criterios". In particolare, la pronuncia enuclea cinque parametri fondamentali, destinati a orientare il giudizio cautelare:a) la necessità di un principio di prova, anche indiziario, delle circostanze di fatto idonee a giustificare la sospensione, non essendo sufficiente la mera allegazione di un pregiudizio generico;b) il divieto di pregiudicare il merito della controversia, secondo la giurisprudenza costituzionale (STC 148/1993), che definisce l'incidente cautelare come giudizio di cognizione limitata;c) la

La decisione sul fondo deve essere adottata nella sentenza definitiva, a conclusione di un procedimento nel quale entrambe le parti abbiano avuto piena possibilità di esercitare i propri mezzi di difesa, consentendo al giudice di acquisire una conoscenza esaustiva della materia del contendere. Nella fase cautelare, al contrario, la cognizione del giudice è necessariamente sommaria e limitata, circoscritta alla verifica dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, con la conseguenza che ogni valutazione anticipata del merito si rivelerebbe inammissibile e contraria alla funzione propria della misura provvisoria[59].

La prerogativa di autotutela amministrativa non si presenta più come un attributo di autonomia assoluta dell'atto amministrativo, ma come un potere relativo e condizionato, soggetto al sindacato di proporzionalità e di ragionevolezza esercitato dal giudice. Il controllo giurisdizionale sull'immediata esecuzione dell'atto, fondato sull'equilibrio tra diritto di difesa ed effettività della giustizia, costituisce il punto d'incontro tra potere e garanzia, traducendo sul piano processuale quel bilanciamento che la Costituzione prescrive sul piano dei principi.

Il sindacato del giudice amministrativo non si esaurisce, pertanto, in un controllo formale, ma assume una funzione sostanziale di riequilibrio tra l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa e la protezione effettiva delle posizioni soggettive. Attraverso questo delicato bilanciamento, il processo amministrativo spagnolo realizza, sul piano procedurale, l'armonia tra potere e garanzia che informa l'intero sistema di giustizia pubblica.

È in questa prospettiva che si inserisce l'intervento del legislatore, volto a tradurre in norme positive le condizioni e i limiti dell'azione cautelare. La *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, disciplina infatti in modo

centralità del *periculum in mora*, inteso non soltanto come rischio di danno irreparabile, ma anche come pericolo di vanificare la finalità legittima del processo;d) la ponderazione degli interessi pubblici e privati in conflitto, graduata in funzione dell'intensità dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'atto;e) la *apariencia de buen derecho* (*fumus boni iuris*), introdotta dalla giurisprudenza e non prevista espressamente nella *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1998, ma riconosciuta in via pretoria nei casi di nullità manifesta, di reiterazione giurisprudenziale consolidata o di evidente resistenza amministrativa.La stessa Sala avverte, tuttavia, i rischi insiti in un'applicazione eccessivamente estensiva di tale criterio, poiché un ricorso improprio al *fumus boni iuris* finirebbe per anticipare il giudizio di merito, vulnerando il diritto al processo con piene garanzie, sancito dall'art. 24 della Costituzione spagnola.In tal modo, la giurisprudenza spagnola perviene a una concezione della tutela cautelare come strumento di equilibrio dinamico tra effettività della giustizia e rispetto dell'autorità dell'atto amministrativo, espressione di un principio comune ai moderni sistemi europei di giustizia amministrativa.

[59] Corte costituzionale, 21 ottobre 1998, n. 359, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, ove, richiamando la precedente sentenza n. 326 del 1997, si è precisato che «i provvedimenti cautelari adottati dal giudice civile (ed il discorso può essere esteso integralmente al giudizio amministrativo) costituiscono espressione del principio secondo il quale ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare, componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale», affermando altresì l'illegittimità delle disposizioni che escludono o comprimono la tutela cautelare nel processo amministrativo;Consiglio di. Stato, sez. VI, 2 luglio 2024, n. 5727, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota redazionale, ove si precisa che la presunzione di dipendenza economica introdotta dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, ha natura relativa, ammettendo prova contraria, e che la rimozione del repertorio SIAE dall'Audio Library di Meta non integra un abuso idoneo a ledere la concorrenzialità del mercato né a determinare un pregiudizio irreparabile.

espresso i presupposti giuridici per l'adozione delle misure cautelari, configurando un modello procedimentale coerente con la logica dell'effettività del controllo giurisdizionale[60].Tale positivizzazione, tuttavia, non presenta carattere uniforme, poiché la tipologia e la funzione delle misure variano a seconda che si tratti di un ricorso contro un atto amministrativo ovvero di un'azione diretta a censurare l'inattività dell'Amministrazione.In ciascuna di queste ipotesi, l'intervento cautelare risponde a una ratio propria: da un lato, evitare che l'esecuzione di un atto illegittimo determini effetti irreversibili; dall'altro, impedire che l'inerzia amministrativa svuoti di significato la decisione giudiziaria di merito.

4. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: dalla tipizzazione del fumus boni iuris e del periculum in mora alla loro reinterpretazione sostanziale.

La *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in vigore da oltre venticinque anni, ha rappresentato un notevole ampliamento rispetto alla precedente *Ley de 1956*[61], formalizzando per la prima volta, in modo espresso, la prospettiva della giustizia cautelare nel processo contenzioso-amministrativo. Essa ha infatti conferito riconoscimento positivo a una prassi giurisprudenziale che, sotto il vigore della normativa del 1956, si era già sviluppata in via pretoria.

Dalla spinta dottrinale maturata negli anni precedenti emerge la sfumatura con cui la Ley 29/1998 ha introdotto, nel sistema processuale spagnolo, la disciplina delle misure *cautelarísimas*, riconoscendo al giudice il potere di adottarle *inaudita parte* in

[60] L'evoluzione della giurisprudenza spagnola ha progressivamente delineato una concezione costituzionale della tutela cautelare, intesa come contrappeso alle prerogative dell'autotutela amministrativa. Emblematica, in tal senso, è l'*Auto* n.º 155/2023 del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, Sección Octava, che, richiamando un consolidato orientamento del *Tribunal Constitucional* (SSTC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 e 218/1994), afferma che «el principio de autotutela administrativa […] se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión».La pronuncia chiarisce che la potestà giurisdizionale di sospendere l'esecuzione dell'atto amministrativo non costituisce una deroga all'autorità dell'amministrazione, bensì un limite fisiologico al suo esercizio, finalizzato ad assicurare l'effettività della futura decisione di merito e a garantire la parità processuale tra cittadini e pubblici poteri (artt. 24.1 e 106.1 CE).Il *Tribunal Superior* evidenzia altresì che la misura cautelare nel processo amministrativo possiede una valenza costituzionale propria: rappresenta uno strumento di riequilibrio rispetto alle prerogative "exorbitantes" della pubblica amministrazione e concretizza il principio di uguaglianza delle parti dinanzi ai giudici. La decisione sulla sospensione deve, pertanto, basarsi su una ponderazione complessiva delle circostanze, in funzione della finalità di tutela effettiva che la misura è chiamata a garantire.Questo approccio, fondato sulla nozione di *efectividad de la tutela judicial*, si collega idealmente alla costruzione già delineata negli *autos* del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 27 aprile 2015 e dell'*Audiencia Nacional* del 10 novembre 2005, nei quali la giurisprudenza aveva già individuato, tra i criteri di decisione, la *apariencia de buen derecho*, la ponderazione degli interessi pubblici e privati e la preservazione della finalità legittima del processo.Il parallelismo con l'esperienza italiana è evidente. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 359 del 1998, ha riconosciuto che la tutela cautelare è parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, affermando che "ogni situazione giuridica deve poter trovare un proprio momento cautelare". Entrambi gli ordinamenti, pur muovendo da modelli procedurali diversi, convergono così verso una comune concezione della giustizia amministrativa come sistema di bilanciamento tra l'efficacia dell'azione pubblica e la protezione dei diritti individuali.

[61] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 95, 1981, pp. 125-154.

presenza di circostanze eccezionali[62].Tale facoltà rappresentava un rimedio necessario, considerata la regola generale di non sospensione automatica dell'atto amministrativo per il solo fatto della proposizione del ricorso[63]. Tuttavia, tali ampliamenti rispetto alla legge anteriore non furono completi. Come afferma J. María Baño León[64], «*è un errore ritenere che la Ley 29/1998 abbia modificato la concezione tradizionale del processo contenzioso-amministrativo, riducendola a un semplice riconoscimento della misura cautelare nei soli casi in cui ricorra il periculum in mora e*

[62] L'articolo 135 della *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* disciplina, con particolare minuzia, il procedimento volto a richiedere e, se del caso, ad adottare o rigettare le misure cautelarísimas, vale a dire le misure cautelari urgentissime che possono essere concesse *sin audiencia previa* quando ricorrano «circunstancias de especial urgencia en el caso».Nel sistema spagnolo, la decisione su tali misure comporta la considerazione di due distinti profili: da un lato, la valutazione strettamente procedimentale, relativa alla possibilità di pronunciare la misura senza previa audizione della parte contraria; dall'altro, la verifica dei presupposti sostanziali propri di ogni misura cautelare, in particolare il *peligro por la demora* e la *apariencia de buen derecho*.Tanto in Spagna quanto in Italia, la progressiva valorizzazione del principio di effettività ha condotto al riconoscimento di una tutela cautelare immediata e d'urgenza, affidata, in casi eccezionali, a un giudice unico. In Italia, la legge n. 205 del 2000, recependo le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ha introdotto la figura del provvedimento monocratico presidenziale, originariamente concepito *inaudita altera parte*. Tale modello è confluito, con significative correzioni, nell'attuale art. 56 del Codice del processo amministrativo, che consente l'adozione di misure cautelari provvisorie "in caso di estrema gravità e urgenza", tali da non consentire la dilazione fino alla camera di consiglio per la trattazione collegiale. Rispetto alla disciplina previgente, la riforma ha attenuato il carattere eccezionale del provvedimento *inaudita parte*, introducendo un principio di contraddittorio attenuato: il presidente o il magistrato da lui delegato devono verificare che la notificazione del ricorso si sia perfezionata almeno nei confronti della parte pubblica e di uno dei controinteressati. Solo qualora l'urgenza sia tale da impedire tale accertamento per cause non imputabili al ricorrente, il decreto può essere comunque adottato, restando ferma la possibilità di successiva revoca. È inoltre previsto che, se possibile, il presidente possa sentire informalmente le parti prima dell'adozione della misura. Ne deriva un sistema nel quale la tutela monocratica mantiene un carattere straordinario ma non isolato, inserendosi in un modello processuale volto a conciliare la celerità dell'intervento giudiziale con il rispetto del contraddittorio. Nella prassi, tuttavia, la partecipazione effettiva del resistente e dei controinteressati resta, il più delle volte, solo potenziale. Un'evoluzione del tutto analoga si riscontra in Spagna, dove le *medidas cautelarísimas* dell'art. 135 LJCA rappresentano la manifestazione più intensa della tutela cautelare d'urgenza: anche qui, l'intervento *inaudita parte* è ammesso solo in presenza di "especial urgencia", con l'obbligo per il giudice di comunicare immediatamente la misura alle parti e di consentire loro di essere sentite nella successiva fase di conferma o revoca. Entrambi gli ordinamenti mostrano, così, una medesima tensione verso la ricomposizione dell'equilibrio tra urgenza e garanzia: la prontezza dell'intervento giurisdizionale non si pone in alternativa al contraddittorio, ma ne rappresenta un momento funzionale, coerente con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dalle Carte costituzionali e dal diritto dell'Unione europea.

[63] Sulla nuova disciplina della tutela cautelare introdotta dalla *Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, si vedano: M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999;M.ª C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar*, in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di J. LEGUINA e M. SÁNCHEZ MORÓN, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 563 ss.;nonché J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vol. II, pp. 2019 ss.;S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, pp. 552 ss. ; si veda inoltre E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, in *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 251 ss.

[64] J. M. BAÑO LEÓN, *Medidas cautelares y ejecución de sentencias. Balance de la Ley 29/1998*, in J. CUDERO BLAS – J. PONCE SOLÉ (a cura di), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario*, Madrid, Reus, 2019, p. 106 e ss.

manchi un interesse pubblico prevalente»[65]. Su questo punto, vale la pena soffermarsi.
Negli anni immediatamente precedenti alla promulgazione della legge del 1998, si era infatti sviluppato un movimento dottrinale favorevole all'ampliamento della tutela cautelare, in quanto gli stessi organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa avevano progressivamente superato i limiti della LJCA del 1956, facendo ricorso in via suppletiva alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC). Ciò aveva consentito, in casi particolari, di ordinare misure cautelari di tipo positivo o addirittura cautelarissime, colmando un vuoto normativo che limitava l'effettività della protezione giudiziale.Da tale prospettiva, il ricorrente deve poter contare su un adeguato grado di certezza giuridica circa la soluzione processuale che intende sottoporre al giudice, disponendo dei necessari strumenti per far valere una concreta pretesa cautelare. A tal fin, l'articolo 130.1 LJCA stabilisce che:
"Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso."[66]
Dalla lettura autentica di tale disposizione si evince la presenza di una clausola limitativa, rappresentata dall'avverbio "*únicamente*", che condiziona l'adozione della misura alla sussistenza di un presupposto non esplicitamente nominato ma chiaramente implicito: il *periculum in mora*. Tuttavia, questo elemento non è sufficiente da solo. Il giudice amministrativo, nel suo processo valutativo, deve procedere a un bilanciamento tra l'interesse generale e quello del ricorrente o di eventuali terzi, come riflette lo stesso secondo comma della disposizione, secondo cui:
"La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada."[67]
Ne deriva che l'interesse del ricorrente può ritenersi prevalente solo qualora egli dimostri che non può attendere la decisione sul merito senza subire un pregiudizio

[65] Art. 55, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Misure cautelari collegiali*, che disciplina la domanda e l'adozione delle misure cautelari in sede collegiale, definendone presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), forme procedimentali e contenuti motivazionali. La norma prevede che il collegio si pronunci con ordinanza in camera di consiglio, motivando in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indicando «i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso» (comma 9); consente inoltre, per gravi ed eccezionali ragioni, di subordinare la concessione della misura a cauzione, salvo che la domanda riguardi diritti fondamentali o beni di primario rilievo costituzionale (comma 2), e collega l'adozione della misura alla sollecita fissazione dell'udienza di merito (commi 10-11).

[66] «Previa una valutazione circostanziata di tutti gli interessi in conflitto, la misura cautelare potrà essere disposta solo quando l'esecuzione dell'atto o l'applicazione della disposizione possano far perdere al ricorso la sua legittima finalità.»

[67] «La misura cautelare potrà essere negata qualora da essa possa derivare una grave perturbazione degli interessi generali o di quelli di terzi, che il giudice o il tribunale valuterà in modo circostanziato.»

ISSN 2036-7821

irreparabile, diversamente, il suo diritto verrebbe irrimediabilmente frustrato[68]. Tale logica si ricollega direttamente al principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'articolo 24.1 della Costituzione spagnola.

Tuttavia — come si è già osservato — non è sufficiente la sola dimostrazione del *periculum*. Occorre che la misura richiesta sia concretamente idonea e proporzionata allo scopo perseguito, e che si tratti di un rimedio specifico, poiché la misura cautelare e non altro strumento processuale costituisce il mezzo adeguato di protezione. Da ciò discende il carattere speciale ed eccezionale del rimedio cautelare: esso trova applicazione soltanto quando i mezzi processuali ordinari non siano in grado di assicurare un'effettiva tutela dei diritti dell'interessato[69]. Inoltre, la misura deve presentare un carattere preciso e determinato, evitando richieste meramente ipotetiche o speculative. L'interessato deve, pertanto, specificare in cosa consista il pregiudizio temuto e fornire elementi che ne dimostrino la concretezza[70].

In questo passaggio si può cogliere una sorta di traslatio della dottrina civilistica nell'ambito contenzioso-amministrativo, che comporta però un rischio sistemico: la confusione tra il conflitto di natura privatistica, tipico del diritto civile, e quello di natura pubblicistica, proprio del diritto amministrativo, soprattutto nei casi in cui l'Amministrazione limiti o incida su posizioni soggettive di diritto. Come è noto, la pubblica amministrazione non necessita di adire i giudici per il riconoscimento dei propri diritti (*autotutela dichiarativa*) né per ottenere l'esecuzione forzata dei propri atti (*autotutela esecutiva*), poiché essa stessa è titolare di tali potestà, che si manifestano come prerogative di carattere eccezionale rispetto al diritto comune. Ne consegue che spetta al soggetto inciso dall'atto amministrativo attivarsi in sede giurisdizionale per contestarne la legittimità, ponendosi così in una posizione

[68] Art. 58, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e riproposizione della domanda cautelare respinta*, che consente alle parti di chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare — ovvero di riproporre la domanda respinta — in presenza di mutamenti delle circostanze o di fatti preesistenti conosciuti successivamente. L'istante è tenuto a provare il momento della sopravvenuta conoscenza; la revoca può altresì essere domandata nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c.

[69] Art. 59, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Esecuzione delle misure cautelari*, introdotto con l'Allegato 1 al Codice ed entrato in vigore il 16 settembre 2010. La norma attribuisce al tribunale amministrativo regionale i poteri necessari a garantire l'attuazione dei provvedimenti cautelari non eseguiti, consentendo all'interessato di presentare istanza motivata e notificata alle parti. In tale sede, il tribunale esercita i poteri propri del giudizio di ottemperanza (Titolo I, Libro IV), potendo altresì provvedere in ordine alle spese, indipendentemente da quelle relative al giudizio di merito.

[70] In sintesi, la giurisprudenza ha stabilito che, nel contesto di un'impugnazione di un atto amministrativo sanzionatorio, la violazione della presunzione di innocenza non può essere invocata come un pregiudizio irreparabile, poiché tale principio trova la sua applicazione nel giudizio principale e non nella fase incidentale relativa alle misure cautelari.Il pregiudizio può invece considerarsi irreparabile nei casi di atti amministrativi che comportano, ad esempio, la demolizione di edifici, la distruzione di beni o l'espulsione dal territorio nazionale in materia di immigrazione, qualora la persona interessata abbia un radicamento stabile in Spagna.Per quanto concerne gli atti di contenuto economico, di norma — salvo circostanze eccezionali, quali la compromissione della continuità dell'impresa — non si ritiene che sussista un danno irreparabile.Il concetto di irreversibilità è strettamente correlato a quello di irreparabilità, in quanto si manifesta quando l'azione intrapresa conduce a situazioni che impediscono il ripristino dello stato iniziale (STC 238/1992, de 17 de diciembre).

ISSN 2036-7821

strutturalmente asimmetrica rispetto all'amministrazione[71].
In tale contesto, il procedimento cautelare assume la funzione di strumento di equilibrio dinamico tra l'efficacia e l'esecutività dell'atto amministrativo, assicurando che la prevalenza dell'interesse pubblico non si traduca in una negazione della tutela giurisdizionale effettiva. In questa prospettiva, il *periculum in mora* non prevale sul *fumus boni iuris*: i due presupposti assumono pari rilievo nel giudizio cautelare, di modo che la ponderazione del giudice amministrativo non si risolva né in uno svuotamento dell'esecutività dell'atto né in un sacrificio irreversibile della posizione del ricorrente.

5. Il bilanciamento degli interessi come terzo parametro del giudizio cautelare: dalla comparazione al controllo di proporzionalità.

In considerazione del principio generale secondo cui gli atti delle amministrazioni pubbliche sottoposte alla giurisdizione del diritto amministrativo godono, in linea di massima, di immediata esecutività, la proposizione del ricorso contenzioso-amministrativo non comporta automaticamente la sospensione dell'efficacia degli atti stessi. [72]Al fine di prevenire che, al momento della decisione definitiva, la situazione giuridica derivante dall'atto impugnato diventi irreversibile, ovvero che il diritto o l'interesse legittimo leso non possa essere pienamente ripristinato, l'ordinamento giuridico prevede la tutela cautelare. Tale strumento giuridico conferisce alla parte interessata, in qualunque fase del procedimento giudiziario, la facoltà di richiedere l'adozione di misure adeguate volte a preservare l'efficacia pratica della futura sentenza e, di conseguenza, a garantirne l'esecuzione concreta[73].

---

[71] Sul punto v. ATS, Sez. III, 19 dicembre 2025, RC 6165/2025, che, in applicazione *dell'Acuerdo del Pleno no jurisdiccional della Sala Tercera del Tribunal Supremo* del 26 novembre 2025, ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere della domanda cautelare proposta nell'ambito di un *recurso de casación* contencioso-administrativo, affermando che la competenza per l'adozione, il mantenimento o la modifica delle misure cautelari durante la pendenza del giudizio di cassazione spetta al giudice di istanza. Il Pleno ha distinto tra sentenze estimative, per le quali trova applicazione l'art. 91 LJCA in materia di esecuzione provvisoria, e sentenze desestimatorie, rispetto alle quali, non essendo configurabile un'esecuzione provvisoria della decisione giudiziale, eventuali misure dirette a evitare pregiudizi irreparabili devono essere richieste al tribunal a quo, ai sensi degli artt. 83 e 132 LJCA. La decisione del 2025 assume particolare rilievo sistemico in quanto chiarisce che la natura nomofilattica del recurso de casación (art. 87 bis LJCA) mal si concilia con una cognizione cautelare che implichi valutazioni fattuali e ponderazioni in ordine al periculum in mora, riservate al giudice di merito. La pronuncia si pone in linea con i precedenti ATS 30 luglio 2020, rec. 2118/2020, e ATS 27 luglio 2021, rec. 4735/2021. Per un primo commento in dottrina v. D. FIERRO RODRÍGUEZ, *Los acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelares durante la tramitación del recurso de casación*, in *Actualidad Administrativa*, n. 5, 2026.

[72] L. MÍGUEZ MACHO, *Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 38, 2015, p. 9.

[73] *Tribunal Supremo*, *Autos* 2 novembre 2000, 5 febbraio, 21 marzo e 25 giugno 2010, ove si afferma che «la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles que harían ineficaz la sentencia que se dicte». La Corte sottolinea altresì che «la ponderación de las circunstancias y de todos los intereses en conflicto ex art. 130.1 LJCA, y la posibilidad de denegar la medida cautelar cuando pueda seguirse un grave

Nella prassi contenziosa, è "naturale" per il giudice che la misura cautelare principale consista nella sospensione della validità, dell'efficacia o dell'esecutività dell'atto o della disposizione impugnata. Tuttavia, la disciplina vigente prevede un "*numerus apertus*" di misure innominate, come affermato dalla Sentenza del Tribunal Supremo del 14 dicembre 2016, ampliando il ventaglio di strumenti di tutela a disposizione del giudice[74]. È fondamentale sottolineare che i principi costituzionali del principio generale di proporzionalità rappresentano un'esigenza fondamentale per l'attività di tutti i poteri pubblici che incide sulla sfera giuridica dei cittadini, non solo nell'ambito penalistico in senso stretto. Tale principio si configura, infatti, come un parametro fondamentale di legalità dell'azione amministrativa nel diritto amministrativo contemporaneo.

Il rispetto del principio di legalità non deve essere interpretato in senso meramente formale o tipizzato, ma piuttosto come sottomissione alla proporzionalità della decisione adottata[75]. In tale prospettiva, le misure cautelari si fondano su alcune caratteristiche essenziali: strumentalità, omogeneità, temporaneità, provvisorietà, variabilità e giurisdizionalità, che ne delineano la funzione di garanzia effettiva della futura decisione giudiziale.

Nel momento in cui l'autorità giudiziaria o il tribunale procede alla scelta proporzionata della misura cautelare, è tenuto a valutarne attentamente le caratteristiche intrinseche, affinché essa risulti pienamente conforme al principio di proporzionalità. In altre parole, la strumentalità della misura si manifesta nel fatto che essa è concepibile unicamente in connessione con la proposizione di un ricorso contenzioso-amministrativo, come previsto dall'articolo *129 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.[76]

Come stabilito dal Tribunal Constitucional nella sentenza n. 148/1993, il procedimento cautelare comporta un giudizio di cognizione limitata, nel quale l'autorità giudiziaria non è tenuta a pronunciarsi su questioni riservate alla fase di

---

peligro para los intereses generales o de terceros (art. 130.2 LJCA), constituye el criterio esencial y determinante para la adopción de medidas cautelares».

[74] In senso critico sulla reale portata innovativa del sistema di *numerus apertus* v. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, cit., il quale osserva che, al di là dell'apertura formale degli artt. 129 e 130 LJCA, la prassi giurisprudenziale continua a ricondurre le misure cautelari positive al paradigma impugnatorio-sospensivo della LJCA del 1956, sicché la cautelare dell'art. 136 LJCA finisce per operare quasi come un elemento decorativo del sistema processuale e le misure positive vengono di frequente negate in quanto ritenute anticipatorie del merito.

[75] Art. 61, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Misure cautelari anteriori alla causa*, che disciplina l'adozione, in casi di eccezionale gravità e urgenza, di misure interinali e provvisorie "indispensabili" nelle more della proposizione del ricorso di merito. Il presidente del tribunale amministrativo regionale o un magistrato da lui delegato può provvedere con decreto, anche in assenza del perfezionamento della notificazione, purché per cause non imputabili al ricorrente, fatto salvo il potere di revoca. Il provvedimento perde efficacia in ogni caso decorso il termine di sessanta giorni dalla sua emissione, salvo conferma o sostituzione con misure cautelari adottate in corso di causa.

[76] Artt. 135 (medidas cautelarísimas inaudita parte) e 136.2 LJCA.

ISSN 2036-7821

merito. In merito alla temporaneità, è generalmente accettato che la misura cautelare possieda un carattere provvisorio e non definitivo, al fine di prevenire qualsiasi anticipazione del giudizio di merito. Una volta che l'interesse o la funzione per cui è stata disposta non sussiste più, la misura deve cessare di produrre effetti. Tale concetto è dunque intrinsecamente legato al risultato che si intende conseguire.[77]

Un'ulteriore caratteristica fondamentale è la variabilità, intesa come possibilità di modificare o revocare la misura in funzione del mantenimento o meno dei presupposti che ne hanno giustificato l'adozione[78]. Un ultimo profilo, di particolare rilievo, è quello dell'omogeneità: secondo la dottrina, le misure che anticipano in parte o provvisoriamente gli effetti della sentenza rispondono alla funzione di garantirne l'effettività. Tuttavia, si è discusso se la misura cautelare implichi un test anticipato di legalità dell'atto o della norma impugnata. A nostro avviso, tale impostazione snaturerebbe l'istituto della tutela cautelare, che non deve ridursi a un giudizio anticipato sul merito.

Il processo cautelare non può essere ristretto ai soli criteri tradizionali del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, ma deve tenere conto del carattere afflittivo dell'atto amministrativo, che pur godendo di una presunzione di legittimità, non è ancora definitivo. Proprio per questo, in uno Stato di diritto, la restrizione dei diritti da parte dell'amministrazione, pur legittima, trova il suo necessario contrappeso nella possibilità per il giudice di adottare misure cautelari ogniqualvolta l'interesse pubblico non imponga diversamente.L'istituto della tutela cautelare non configura dunque un processo pre-decisorio né una forma di anticipazione del giudizio di merito: le misure adottate non hanno valore di cosa giudicata, pena la denaturalizzazione del loro stesso carattere strumentale e provvisorio. La misura cautelare, come sottolinea Baño León, deve sempre superare un test di necessità, ma non può essere impiegata in modo strumentale come mezzo di anticipazione del processo principale.[79]

Il carattere strumentale e variabile della misura cautelare trova, da ultimo, una significativa conferma nella più recente giurisprudenza del Tribunal Supremo. Con l'*Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* della Sala Tercera del 26 novembre 2025 si è infatti chiarito che la competenza ad adottare, mantenere o modificare le misure cautelari durante la pendenza del *recurso de casación* spetta al giudice di istanza e non al

[77] J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ejecutividad y suspensión del acto administrativo*, cit., p. 140.

[78] A. CANOVA GONZÁLEZ, *Criterios de procedencia de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, in *Revista de Derecho Público*, nn. 61-62, 1995, p. 507. L'Autore sostiene che, in virtù del principio di omogeneità tra la misura cautelare e la decisione di merito, sia possibile anticipare, attraverso il provvedimento interinale, alcuni effetti della sentenza definitiva, in particolare quando il *periculum in mora* derivi dal ritardo nella pronuncia. Tale impostazione, tuttavia, appare discutibile nella prospettiva della funzione propriamente strumentale della tutela cautelare, che deve mirare a preservare l'utilità della decisione finale senza trasformarsi in una forma di esecuzione anticipata della pretesa sostanziale, ponendo così a rischio l'equilibrio tra *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

[79] J. M. BAÑO LEÓN, *Medidas cautelares y ejecución de sentencias. Balance de la Ley 29/1998*, cit., p. 113.

ISSN 2036-7821

Tribunal Supremo, poiché la natura nomofilattica del giudizio di cassazione mal si concilia con valutazioni fattuali e ponderazioni di interessi riservate al giudice di merito. La soluzione ribadisce, sul piano sistematico, che la sorte della misura cautelare resta ancorata al giudizio nel quale è stata adottata e che la possibilità di invocare la tutela cautelare costituisce parte integrante della tutela giurisdizionale effettiva anche nella fase di impugnazione[80].

La lettura congiunta degli artt. 129 e 130 LJCa consente, pertanto, di proporre una ricostruzione del potere cautelare fondata non sulla distinzione preventiva tra misure sospensive e positive, ma sulla proporzionalità dell'intervento richiesto rispetto alla finalità della tutela. Una volta accertato il rischio che il ricorso principale perda la propia utilità, il giudice dovrebbe individuare la misura idonea a neutralizzarlo, verificare l'assenza di alternative ugualmente efficacci ma meno invasive e pondarare, infine, il sacrificio imposto agli interessi pubblici e dei terzi. Il carattere anticipatorio della misura costituirebbe, in tale schema, non una causa autonoma di inammissibilità, ma un elemento da considerare nella valutazione della sua necessità, proporzionalità e reversibilità.

6. Considerazioni conclusive

L'analisi svolta consente di formulare alcune considerazioni conclusive sulla funzione attuale della tutela cautelare nel processo contenzioso-amministrativo spagnolo. La trasformazione avviata dalla giurisprudenza nei primi anni Novanta e successivamente recepita dalla Ley 29/1998 ha certamente superato, sul piano normativo, il precedente monopolio della sospensione dell'atto amministrativo. La formulazione dell'art. 129.1 LJCA, che consente l'adozione di «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», esprime una concezione funzionale della tutela cautelare nella quale il contenuto della misura non è predeterminato dal legislatore, ma deve essere individuato in relazione all'utilità concreta che la futura decisione è chiamata a preservare. Sotto questo profilo, la "battaglia" per le misure cautelari ha prodotto risultati indiscutibili: la tutela interinale non rappresenta più una deroga eccezionale all'esecutività dell'atto, ma una componente della tutela giurisdizionale effettiva. La stessa evoluzione era già stata individuata dalla dottrina precedente alla LJCA del 1998, che collegava l'espansione dei poteri cautelari all'art. 24 CE e all'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea.

Il superamento normativo del paradigma sospensivo non sembra, tuttavia, essersi tradotto con la medesima intensità sul piano applicativo. È precisamente in questo scarto che si colloca il problema principale esaminato nel presente lavoro. Come ha rilevato González-Varas Ibáñez, la previsione di un sistema formalmente costruito

[80] *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* della Sala Tercera del Tribunal Supremo del 26 novembre 2025, applicato dall'ATS, Sez. III, 19 dicembre 2025, RC 6165/2025, in linea con i precedenti ATS 30 luglio 2020, rec. 2118/2020, e ATS 27 luglio 2021, rec. 4735/2021; sul punto v. più ampiamente quanto osservato *supra*, al § 4.

ISSN 2036-7821

secondo un *numerus apertus* non ha eliminato le difficoltà che emergono quando la protezione richiesta assume un contenuto positivo o prestazionale; in tali ipotesi continua talvolta ad affiorare una concezione del processo cautelare modellata sulla sospensione dell'atto e sulla tradizionale struttura impugnatorio-annullatoria del contenzioso. La questione, pertanto, non riguarda più principalmente l'esistenza astratta del potere cautelare, quanto le categorie attraverso le quali tale potere viene concretamente esercitato.

Il diritto dell'Unione europea conferma la necessità di affrontare il problema in termini funzionali. Il principio di effettività non impone agli Stati membri l'adozione di una determinata tipologia di misura, né produce un modello uniforme di tutela cautelare; richiede, però, che le regole processuali nazionali non impediscano al giudice di preservare l'effetto utile della posizione giuridica fatta valere. La tutela provvisoria deve pertanto essere valutata in relazione alla sua capacità di impedire che il tempo del processo trasformi una futura sentenza favorevole in una pronuncia priva di utilità concreta. In questa prospettiva, la distinzione tra misura sospensiva e misura positiva perde parte della propria rilevanza classificatoria: ciò che assume carattere decisivo è l'idoneità della misura a garantire l'effettività della tutela definitiva.

Una conclusione analoga emerge dal piano costituzionale. L'esecutività dell'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale effettiva non costituiscono principi reciprocamente escludenti. Nell'ordinamento spagnolo, la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto il privilegio di autotutela al principio di efficacia sancito dall'art. 103.1 CE, sottoponendolo tuttavia al controllo giurisdizionale richiesto dagli artt. 24.1 e 106.1 CE. Nell'esperienza italiana, la Corte costituzionale ha analogamente riconosciuto che ogni situazione giuridica deve poter disporre di un proprio momento cautelare, quale componente della tutela giurisdizionale. Ne deriva un nucleo comune: l'esecutività amministrativa è costituzionalmente ammissibile proprio in quanto non sottragga al giudice la possibilità di intervenire tempestivamente quando l'esecuzione rischi di rendere illusoria la successiva decisione.

La comparazione ha inoltre mostrato che non è corretto sovrapporre i presupposti cautelari dei due ordinamenti. Nel sistema italiano la struttura *fumus boni iuris-periculum in mora* trova una formalizzazione normativa particolarmente riconoscibile nell'art. 55 c.p.a. Nel sistema spagnolo, invece, il legislatore del 1998 ha posto al centro del giudizio la possibile perdita della finalità legittima del ricorso e la ponderazione circostanziata degli interessi in conflitto, mentre l'*apariencia de buen derecho* conserva una matrice essenzialmente giurisprudenziale e una funzione complementare. Il *periculum* può dunque essere ricostruito, nel diritto spagnolo, in termini prevalentemente funzionali: non coincide necessariamente con l'esistenza di un danno materialmente irreparabile, ma riguarda il rischio che la durata del

giudizio impedisca alla futura sentenza di produrre il risultato utile per il quale il ricorso è stato proposto. González-Varas evidenzia precisamente come una futura sentenza estimatoria possa risultare sostanzialmente inservibile quando la finalità del ricorso sia ormai venuta meno.

È proprio la nozione di *periculum funzionale* a mostrare l'insufficienza di un modello costruito esclusivamente sulla conservazione dello *status quo*. In determinate controversie, soprattutto quando la pretesa principale ha contenuto positivo o prestazionale, non intervenire significa produrre esattamente quel risultato che la tutela cautelare dovrebbe evitare. L'ammissione provvisoria a un corso, l'erogazione temporanea di una prestazione, l'adozione di una determinata condotta amministrativa o la rimozione provvisoria di un impedimento possono costituire, a seconda delle circostanze, l'unica forma concretamente idonea a preservare la futura utilità della sentenza.

Da ciò deriva una distinzione essenziale giacchè l'anticipazione provvisoria degli effetti della tutela non coincide con l'anticipazione definitiva del giudizio di merito. Il carattere positivo o anticipatorio di una misura non può costituire, di per sé, una ragione sufficiente per dichiararne l'inammissibilità. Ciò che deve essere escluso è che il procedimento cautelare esaurisca irreversibilmente la pretesa sostanziale o trasformi la cognizione sommaria in una decisione definitiva sulla legittimità dell'azione amministrativa. La coincidenza, anche significativa, tra gli effetti della misura e quelli richiesti nel giudizio principale costituisce piuttosto un elemento da valutare nella verifica della necessità, della proporzionalità e della reversibilità dell'intervento. La difficoltà segnalata dalla dottrina spagnola deriva precisamente dal fatto che, in taluni orientamenti, il carattere positivo della misura ha finito per assumere autonomamente valore ostativo, riproponendo sotto altra forma la tradizionale regola secondo cui, in presenza di un atto negativo, non vi sarebbe nulla da sospendere.

È su questo terreno che il principio di proporzionalità può assumere una funzione ulteriore rispetto alla generica ponderazione degli interessi prevista dall'art. 130 LJCA. La proporzionalità non dovrebbe essere intesa come un nuovo requisito cautelare da aggiungere a quelli stabiliti dal legislatore, bensì come metodo di esercizio del potere cautelare. Accertato il rischio di perdita della finalità legittima del ricorso, il giudice dovrebbe individuare l'utilità concreta che la sentenza è chiamata a preservare; verificare l'idoneità della misura richiesta; accertare l'eventuale esistenza di alternative altrettanto efficaci ma meno incisive; ponderare il sacrificio imposto agli interessi pubblici e dei terzi; e, soprattutto quando la misura abbia contenuto anticipatorio, valutarne la provvisorietà e la reversibilità. L'*apariencia de buen derecho* può inserirsi in tale schema quale elemento di valutazione sommaria della consistenza della pretesa, senza acquisire il ruolo di presupposto legale autonomo né trasformarsi in una decisione anticipata sul merito.

ISSN 2036-7821

In questa prospettiva, la questione del *numerus apertus* assume un significato diverso da quello puramente classificatorio. Un sistema non può dirsi effettivamente aperto soltanto perché la legge rinuncia a elencare tassativamente le misure disponibili. Il *numerus apertus* diviene effettivo quando all'apertura normativa corrisponde una reale capacità del giudice di individuare la misura concretamente necessaria, indipendentemente dalla sua natura sospensiva, conservativa o positiva. È precisamente questo passaggio —dal *numerus apertus* formale al *numerus apertus* effettivo— che appare ancora incompiuto nel sistema spagnolo e che costituisce, in definitiva, il risultato principale della presente indagine.

Non sembra quindi necessario, almeno in prima battuta, invocare una nuova moltiplicazione legislativa delle figure cautelari. La formulazione dell'art. 129.1 LJCA contiene già una clausola sufficientemente ampia per consentire una tutela adattata alle esigenze del caso concreto. Più che un problema di quantità normativa, emerge un problema di metodo della decisione cautelare. Una lettura coordinata degli artt. 129 e 130 LJCA, orientata dall'art. 24.1 CE e dal principio europeo di effettività, consente di ricostruire un sistema nel quale la tutela cautelare non sia predeterminata dalla tipologia dell'atto impugnato, ma dalla necessità di assicurare che la futura decisione conservi una reale capacità satisfattiva. In tale ricostruzione, la proporzionalità rappresenta il criterio capace di conciliare l'apertura delle forme di tutela con la necessaria preservazione dell'interesse pubblico, della posizione dei terzi e della provvisorietà propria della cognizione cautelare.

La tutela cautelare torna così alla propria funzione essenziale: non sostituire la decisione di merito, ma impedire che il tempo necessario per adottarla ne renda inutile il contenuto. È in questo equilibrio tra effettività, provvisorietà e proporzionalità che può individuarsi la direzione verso la quale orientare l'evoluzione della giustizia cautelare amministrativa spagnola.

ISSN 2036-7821