**La tutela cautelare nel giudizio amministrativo anche nella comparazione con il processo tedesco**

L’argomento che sono stata invitata a trattare è sempre stato uno dei più dibattuti in dottrina[[1]](#footnote-1).

Numerosissimi sono stati gli studi dei civilprocessualisti prima e dei cultori del diritto processuale amministrativo poi che hanno definito i contorni della fase cautelare. Senza ricostruire nel dettaglio il percorso della dottrina e della giurisprudenza, per comprendere lo sviluppo della tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo, è sufficiente prendere le mosse dalle scarne indicazioni dell’articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, per delineare l’itinerario che ha portato (attraverso la modifica del medesimo articolo 21 ad opera dell’articolo 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e l’introduzione del codice del processo amministrativo, in ispecie dell’articolo 55 e seguenti) ad un sistema di tutela provvisoria molto flessibile in cui non sono tipizzate le possibili misure adottabili dal collegio.

Per cogliere questi aspetti, basta raffrontare la formulazione degli articoli relativi per quanto riguarda, da un lato, la domanda cautelare e, dall’altro, la decisione del giudice.

Per l’originario settimo comma della legge n. 1034/1971 la tutela cautelare si esauriva nella sospensiva poiché i danni gravi e irreparabili erano collegati esclusivamente alla “esecuzione dell'atto”; la legge n. 205/2000 non precisa il contenuto dell’ordinanza, che contiene in ogni caso le misure “più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione”, al limite suscettibili di produrre effetti irreversibili, destinate ad evitare “un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione” in attesa della definizione del giudizio. Infine, l’articolo 55 del codice del processo amministrativo fornisce una definizione di danno del tutto generica, legata solo al “tempo” del processo (“un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso”).

È indubitabile che l’esigenza sottesa alla tutela cautelare sia sempre la stessa in tutti i casi di giurisdizione di diritto soggettivo: assicurare che la durata del processo di merito non vada in danno a chi (attore/ricorrente) ha ragione, per usare la classica espressione chiovendana.

L’importanza della cautela è quindi correlata all’insieme della struttura del processo che, nella sua visione paradigmatica, è un meccanismo complesso in cui devono essere garantiti il contraddittorio, il pieno diritto di difesa e la possibilità di accertare compiutamente i fatti rilevanti per giungere alla decisione della causa.

Dalla premessa si traggono alcune conseguenze.

In primo luogo, questa correlazione comporta che la rilevanza del ruolo della misura cautelare dipenda dalle attese sulla durata del processo, a sua volta determinata dalla sufficienza o meno dei mezzi, sia materiali sia di personale, apprestati per far fronte ad una domanda di giustizia che negli anni è sempre cresciuta per vari motivi[[2]](#footnote-2). Tra questi la crisi della decisione pubblica. Essa comporta una sorta di delega al giudice della risoluzione dei conflitti sociali che dovrebbero invece trovare una loro composizione a livello politico, legislativo e amministrativo[[3]](#footnote-3). Questo fenomeno rappresenta probabilmente oggi il fattore più importante per spiegare l’ipertrofia della domanda di giustizia.

I fattori storici dell’esplosione del contenzioso amministrativo, come la sottovalutazione nelle relative previsioni iniziali che accompagnarono la legge istitutiva dei tribunali amministrativi e una serie di interventi legislativi in materia di pubblico impiego e di edilizia che fecero moltiplicare i ricorsi, soprattutto negli anni ‘80, sono stati invece in parte superati di fatto o normativamente, per esempio, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego con il relativo passaggio al giudice ordinario delle controversie.

In secondo luogo, evidentemente le misure cautelari si adattano agli interessi fatti valere; in concreto, nel processo amministrativo, hanno trovato tutela dopo gli interessi oppositivi quelli pretensivi.

A ciò è correlato il fenomeno per cui le misure cautelari si conformano alle azioni processuali che possono essere esercitate e, quindi, al contenuto delle decisioni che su tali azioni decidono. Sempre rimanendo il legame strumentale tra misura cautelare e sentenza, la valenza della decisione cautelare, originariamente consistente nella sospensione dell’efficacia dell’atto lesivo impugnato, viene ad assumere anche la funzione di anticipazione degli effetti della decisione di merito (comprendendo tra gli effetti anche quello conformativo) e, secondo alcuni, addirittura di anticipazione della sentenza di ottemperanza.

Nei primi 25 anni dei tribunali amministrativi regionali tutti questi temi sono stati affrontati dalla giurisprudenza e della dottrina e hanno profondamente trasformato nelle forme e nella sostanza la fase cautelare, rafforzandola e arricchendola. È uno sforzo che ha trovato compimento nella legge 21 luglio 2000 n. 205 (una legge che, a sua volta, presentava di per sé notevoli innovazioni), per poi essere sostanzialmente riportato a schemi processuali più rigidi dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

L’insieme di questi elementi aiuta a comprendere la tutela cautelare nel processo amministrativo tedesco prevista dal *Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO*.

Prima di illustrare brevemente la disciplina, devono essere premesse alcune osservazioni di carattere metodologico e sistematico.

La prima è che spesso il risultato più utile di una ricerca di tipo comparatistico non è quello d’individuare le somiglianze e le differenze tra i due istituti ugualmente denominati come disciplinati in più ordinamenti; è invece quello di cogliere la ragionevolezza di una scelta legislativa diversa da quella effettuata nel diritto italiano per rispondere ad un’esigenza identica. E questo risultato è ancora più fruttuoso nel momento in cui l’esigenza identica consiste nella trasposizione nei diversi ordinamenti nazionali di un’unica norma di principio dettata a livello europeo[[4]](#footnote-4).

La seconda riprende delle riflessioni comuni tra gli studiosi di diritto comparato per i quali l’interpretazione e l’applicazione del diritto positivo sono influenzate da un fattore “pre-giuridico”[[5]](#footnote-5); di conseguenza, in un dato ordinamento, tende a prevalere il “criptotipo”[[6]](#footnote-6), ovvero una norma il cui significato applicativo non discende dalla sua formulazione testuale, bensì da una serie di fattori culturali a monte che funzionano come una sorta di categoria kantiana *a priori* rispetto alle operazioni ermeneutiche[[7]](#footnote-7).

Dal punto di vista sistematico, invece, occorre accennare al quadro ideologico-culturale della Germania del dopoguerra per comprendere meglio le scelte del legislatore (anche costituzionale) tedesco relative alla giustizia amministrativa.

L’odierno sistema deriva dall’estensione della legge del 1946, elaborata da Walter Jellinek, per i territori occupati dagli americani. Essa faceva prevalere, quale modello di giurisdizione amministrativa, quello della *süddeutsche Lösung*, ovvero della opzione comportante una giurisdizione di diritto soggettivo, storicamente contrapposta al sistema prussiano[[8]](#footnote-8). Questa scelta venne poi confermata dalla *Grundgesetz* del 1949. All’articolo 19, paragrafo 4, fu espressamente previsto che il soggetto leso nei suoi diritti dal potere pubblico aveva diritto al ricorso[[9]](#footnote-9). L’impostazione generale esprimeva una forte spinta anti-autoritaria[[10]](#footnote-10).

Coerentemente il *Verwaltungsgerichtsordnung* offre due diversi strumenti per assicurare la tutela cautelare[[11]](#footnote-11).

Secondo l’idea originaria della legge federale del 1960 (VwGO), la presentazione di un *Widerspruch*[[12]](#footnote-12)o di un ricorso per l’annullamento ha come effetto automatico la sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo (*vorläufiger Rechtsschutz* prevista dall’articolo 60). Naturalmente, se si tratta dell’impugnazione di un atto favorevole a un terzo, è quest’ultimo, controinteressato, a dover chiedere una tutela provvisoria.

Le eccezioni a questo automatismo si sono però moltiplicate.

In base all'articolo 80, secondo paragrafo, del VwGO, come modificato con la legge del 1° novembre 1996, infatti, l’effetto sospensivo viene a mancare non solo nelle controversie relative a tributi o contributi pubblici (*öffentlichen Abgaben und Kosten*) o a misure improcrastinabili di funzionari di polizia esecutiva (*unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten*)[[13]](#footnote-13), ma anche in altri casi previsti dalla legge federale o statale nelle ipotesi in cui la misura cautelare possa comportare un blocco degli investimenti ovvero un impedimento alla creazione di posti di lavoro oppure in cui l’immediata esecuzione venga appositamente e motivatamente disposta nell’interesse pubblico o riguardi una misura espressamente denominata "di emergenza"[[14]](#footnote-14). Nell'ambito di tali previsioni il legislatore federale ha escluso l'effetto sospensivo per i ricorsi contro l'ordine di espulsione degli extracomunitari e contro la chiamata alla leva e per tutti quelli prodotti in campo edilizio dal soggetto in rapporto di *vicinitas* (articolo 212a *BauGB*[[15]](#footnote-15)), mentre in molti *Länder* è stata esclusa la sospensione automatica per le impugnazioni da parte di amministrazioni locali di un *Einvernehemen* ai sensi dell’articolo 36 *BauGB*, ovvero del consenso del Comune al rilascio del permesso edilizio, di competenza degli uffici statali, su un progetto (*Vorhaben*) che si discosti dal piano edilizio comunale.

Per tutti questi casi in cui la tutela cautelare deve essere espressamente richiesta nel processo o debba essere comunque confermato l’effetto sospensivo automatico e quindi su di essa il giudice debba pronunciarsi, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale) e del *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale) hanno individuato i criteri d’applicare laddove sussistano realmente dubbi sulla fondatezza o infondatezza del ricorso.

Essi si concretizzano nell’elaborazione di una formula in base alla quale deve essere operato il bilanciamento tra l’interesse all’esecuzione e l’interesse alla sospensione dell’efficacia dell’atto i quali debbono essere valutati in concreto senza che sia data un’astratta e pregiudiziale prevalenza all’interesse pubblico. In base alla formula che va sotto il nome di *Doppelfiktion* devono essere confrontare le risposte a due domande ipotetiche:

1. che succederebbe se il provvedimento impugnato fosse subito eseguito e l’azione avesse alla fine esito positivo?
2. che succederebbe se, confermato l’effetto sospensivo dell’impugnazione, l’azione si rivelasse infondata?

La decisione quindi di sospendere o meno l’efficacia dell’atto è risolta facendo prevalere la posizione di chi sarebbe più danneggiato tra le parti[[16]](#footnote-16).

Nei casi diversi dalla *Anfechtungsklage* (cioè in quelli dell’azione di adempimento o di accertamento e più in generale in quello della *allgemeine Leistungsklage*, *Unterlassungsklage* inclusa) è invece previsto, dall’articolo 123, uno speciale strumento di tutela (*Einstweilige Anordnung*) che consente al giudice amministrativo di adottare su richiesta, prima o dopo l’esercizio dell’azione, provvedimenti provvisori intesi ad eliminare il pericolo di mutamenti dello stato di fatto che compromettano l’esito del giudizio.

Si tratta di una decisione dal contenuto atipico che deve però conservare la sua strumentalità rispetto all’utilità della decisione di merito e quindi rimanere nella cornice del beneficio che la sentenza può apportare.

Le misure cautelari contemplate dall’articolo 123 vengono suddivise in dottrina in due sottocategorie, previste rispettivamente al primo e al secondo periodo del comma 1: la prima è quella dei provvedimenti conservativi (*Sicherungsanordnungen*), volti a inibire un comportamento della P.A. lesivo degli interessi del ricorrente (come può essere la promozione di un impiegato pubblico in concorrenza, il trasferimento di un terzo nell’unico posto disponibile, la concessione di un beneficio con esaurimento dei fondi, il compimento in generale di atti procedurali che precludono il bene della vita); la seconda sottocategoria raccoglie i cosiddetti provvedimenti regolamentari (*Regelungsanordnungen*), finalizzati a definire provvisoriamente un rapporto controverso. Ne fanno parte le ammissioni con riserva e le misure anticipatorie dell’utilità finale conseguibile con sentenza.

Spesso le azioni di adempimento e di annullamento si combinano (perché s’impugna il provvedimento favorevole al terzo), sicché gli articoli 80a (Tutela giuridica provvisoria in caso di atti amministrativi a doppio effetto) e 123 vengono applicati entrambi.

In ogni caso, l’articolo 123 impone che, prima di decidere sull’istanza di provvedimento provvisorio, il giudice verifichi l’ammissibilità del ricorso soprattutto sotto il profilo della legittimazione, la competenza dell’autorità adita e la non pretestuosità della domanda.

Le tecniche di valutazione per la concessione della misura cautelare sono quelle esercitate da tutti i giudici sul *periculum in mora* e sul *fumus boni iuris*. La dottrina comunque evidenzia che, nel caso di provvedimenti regolamentari (*Regelungsanordnungen*), finalizzati a definire provvisoriamente un rapporto controverso, soprattutto quando l’anticipazione comporti effetti difficili da rimuovere in caso di respingimento del ricorso, l’esame finisca per essere sbilanciato, valorizzando soprattutto la prognosi sull’esito del ricorso.

Tirando le fila del discorso, è evidente che la maggiore differenza tra la sospensiva tedesca e quella italiana, consistente nell’effetto automatico di sospensione del ricorso (amministrativo o giurisdizionale), è legato ad un preciso intento politico il quale però dava per scontato che il processo si sarebbe chiuso in tempi brevi.

In realtà, la durata si è allungata oltretutto in maniera non uniforme nei vari *Länder*, per varie ragioni. Tra questi fattori i più importanti sono stati un aumento esponenziale del contenzioso riguardanti gli stranieri (problema che in realtà è stato, se non risolto, almeno mitigato anche grazie all’Italia che ha aderito al trattato di Dublino II) e i beneficiari delle varie sovvenzioni e agevolazioni accordate dopo la riunificazione della Germania. Un ulteriore aggravio è derivato da una serie di cause molto complesse relative alle opere pubbliche, in quanto, accanto ad una serie di programmi di rafforzamento e di ammodernamento infrastrutturale, si è manifestata una forte sensibilità per i temi ambientali.

La lunghezza dei processi invero ha condotto alla condanna della Germania da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo, sezione quinta, con sentenza 2 settembre 2010 (*Rumpf c. Germania*, n. 46344/06), perché una causa relativa alla concessione di un porto d’armi era durata 13 anni e 5 mesi per quattro gradi di giudizio, senza che lo Stato avesse offerto almeno un indennizzo.

Con la sentenza-pilota veniva anche chiesta l’introduzione nell’ordinamento tedesco di un rimedio effettivo che assicurasse un’adeguata e sufficiente riparazione alle vittime di processi troppo lunghi (anche considerando che dinanzi alla Corte pendevano altri 55 ricorsi che evidenziavano analoghi problemi); nello stesso senso si erano espresse le sentenze 8 giugno 2006, n. 75529/01, *Sürmeli*, e 11 gennaio 2007, n. 20027/02, *Herbst*. È stata così approvata la *Gesetz über den Rechtsschutz bei überlange Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren* (*UEVerBesG*) del 24 novembre 2011.

La realtà dei fatti ha quindi comportato sia un ridimensionamento dell’originaria disciplina della cautela, sia una serie di iniziative che hanno riportato ad un maggiore equilibrio il rapporto tra il beneficio provvisorio e quello definitivo della sentenza.

Per contenere la durata del processo, non sono mancate misure propriamente procedurali, tra le quali quelle intese ad allargare i giudizi monocratici e sommari e a velocizzare l’istruttoria, ad introdurre strumenti informatici, a creare delle preclusioni (ad esempio nei processi in materia di stranieri), nonché alcune facilitazioni nella stesura delle sentenze: nell’ipotesi di *Massenklagen*, ovvero di ricorsi multipli (da 20 in poi), è possibile deciderne con sentenza uno solo, sospendendo gli altri giudizi che vengono poi definiti con ordinanza (*Beschluss*); in generale poi il tribunale può motivare richiamando l’atto amministrativo o la decisione sul *Widerspruch* quando fa proprie le relative ragioni e può, per i dettagli relativi alle circostanze di fatto, semplicemente rinviare agli atti prodotti dalle parti, ai verbali e ad altri documenti (art. 117, paragrafi quinto e terzo, del *VwGO*).

In generale quindi, davanti a una medesima esigenza (e cioè il tentativo di evitare che il tempo del processo pregiudichi il bene della vita che il ricorrente pretende), nei due ordinamenti individuiamo due percorsi diversi che comunque si presentano individualmente comprensibili e tra loro comparabili.

Sintetizzando quanto precedentemente espresso, si può concludere che, mentre in Germania le soluzioni adottate nel codice del processo amministrativo partivano da una concezione garantista e antiautoritaria la cui assolutezza si è andata attenuando nel momento in cui è emersa di fatto una tendenza all’allungamento della durata dei giudizi, in Italia, la legislazione ha adottato soluzioni che inizialmente hanno ricalcato un approccio molto prudente rispetto alla possibilità di concedere la sospensiva (sospensiva che nel 1971 è l’unica misura ammessa), valutata caso per caso, in continuità con la tradizione del Consiglio di Stato.

Negli anni seguenti si è assistito a un boom quantitativo delle misure cautelari (che corrisponde un’esplosione del contenzioso con il relativo espandersi dei tempi processuali); l’aumento della quantità è stato accompagnato da una sempre maggiore diversificazione dei contenuti della misura cautelare che ha trovato un suo primo riconoscimento legislativo nella legge n. 205 del 2000.

Questo fenomeno è una delle espressioni di un percorso giurisprudenziale dei tribunali amministrativi tendente a rafforzare la giurisdizione e l’effettività della tutela, percorso che si è sviluppato soprattutto al di fuori del classico giudizio di annullamento: in effetti le soluzioni più innovative sono state individuate proprio nell’ambito dei giudizi camerali (soprattutto quello sul silenzio) e nella fase cautelare.

L’opera di sistemazione compiuta attraverso la legge-delega 18 giugno 2009, n. 69, e il codice del processo amministrativo ha sostanzialmente portato al termine questo ciclo di sperimentazioni processuali, approdando peraltro alla generalizzazione della cautela *ante causam*.

In definitiva il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, ha operato una sistemazione del diritto giurisprudenziale, che aveva ridisegnato molti istituti processuali, con una codificazione che richiama per molti profili il codice di procedura civile; ciò ha comportato sì una maggiore chiarezza e intelligibilità della disciplina, ma ha tuttavia introdotto una serie di rigidità e di complicazioni precedentemente non riscontrabili.

Bisogna in ogni caso tener conto della situazione in cui interveniva la legge di delega.

Negli anni era stata emessa una massa di provvedimenti cautelari su ricorsi poi mai definiti, con l’effetto da un lato di non soddisfare pienamente le aspettative del ricorrente (visto che spesso i provvedimenti cautelari, in particolare quelli più innovativi, non venivano integralmente eseguiti) e dall’altro di paralizzare l’azione amministrativa[[17]](#footnote-17).

Il problema non riguardava solo il *quando* della decisione finale (se non addirittura l’*an*). Era dubbio anche se il ricorso sarebbe stato giudicato da quella giurisdizione e dal tribunale amministrativo adito e se il principio applicato in sede cautelare sarebbe stato poi adottato nella fase di merito, rischio di discontinuità che ovviamente aumentava quanto più la definizione della contesa si allontanava temporalmente dal provvedimento cautelare.

A questi inconvenienti si è fatto fronte imponendo la previa verifica della giurisdizione e della competenza[[18]](#footnote-18), la presentazione non revocabile dell’istanza di fissazione dell’udienza e la (fin troppo automatica e generalizzata) fissazione dell’udienza nel corpo dell’ordinanza cautelare di accoglimento della relativa istanza. Misure poi rafforzate dall’articolo 55, comma 11, ormai di sempre più comune utilizzo.

Il quadro delle misure cautelari si era inoltre arricchito, anche prima del codice, attraverso contaminazioni con istituti di provenienza non italiana. Il fenomeno della circolazione dei modelli è stato studiato dai comparatisti ma, in sistemi improntati al positivismo giuridico, la sua portata era molto limitata. Esso oggi però si amplia e si complica attraverso la mediazione di regole comuni europee che assorbono e disseminano, rielaborati e trasformati, istituti e concetti giuridici propri dei vari diritti nazionali, in un processo che è stato denominato di *cross fertilization* tra sistemi giuridici diversi.

In materia processuale, ne abbiamo traccia sia nel cosiddetto *stand-still*, che non è altro che una sospensione automatica, sia nell’introduzione (sempre ispirata a direttive europee sugli appalti) della tutela cautelare monocratica, che, perlomeno nella forma del decreto in corso di causa, già esisteva nel *Verwaltungsgerichtsordnung*.

Il raffronto tra le norme tedesche e italiane non può però trascurare il dato oggettivo della differente situazione di fatto. Basta citare la diversa dimensione della dotazione di giudici: mentre attualmente l’organico globale dei magistrati amministrativi italiani di primo e secondo grado è limitato a 443 unità (ma la copertura effettiva non è mai andata al di là dell’ottanta per cento), in Germania sono attivi 2000 giudici nei *Verwaltungsgericht* e altri 2000 nei *Sozialgericht* (tribunali questi ultimi che, dal 2005, hanno assorbito una parte delle competenze di quegli amministrativi, specificamente in relazione alle prestazioni di assistenza e previdenza e alle misure di ausilio e sostegno sociale).

Un altro tratto distintivo che non si deve sottovalutare è la capacità tutta italiana di reazione nei momenti di emergenza, che ha consentito di escogitare formule giuridiche nuove servendosi di uno strumentario antico.

Il primo esempio è la sentenza immediata.

Nel momento in cui emerse in tutta la sua gravità il problema del lasso di tempo tra cautela e merito ci furono giuristi (e tra questi, primo fra tutti, il presidente Renato Laschena) che riuscirono a realizzare quell’opera di semplificazione e accelerazione, tesa azzerare questo intervallo temporale, quando possibile, con le modalità già prefigurate dai due pareri dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato 8 febbraio 1990, n. 16, e 6 ottobre 1994, n. 236.

La novità introdotta con l’articolo 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (il cui testo aveva sostituito il settimo comma dell’articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034) recepiva in effetti una formula che era stata sperimentata in alcuni tribunali e soprattutto presso il TAR Veneto e che comunque corrispondeva ad un’esperienza diffusa e consolidata. Prima del 2000, spesso infatti capitava di studiare approfonditamente le cause già in sede cautelare e di essere coscienti di poter immediatamente definire la controversia ma di non poterlo fare, con l’effetto di sprecare così l’impegno profuso.

L’innovatività della sentenza in forma semplificata risiede infatti soprattutto nell’immediatezza del giudizio. La brevità e la sinteticità invece erano già previste nelle norme processuali precedenti sulla forma e sul contenuto della sentenza: l’articolo 65, punto 3º, del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, parlava di “una *succinta* esposizione dei motivi di fatto e di diritto”; per l’articolo 132, secondo comma, n. 4, del codice di procedura civile, anche nella sua versione originale, nel provvedimento giurisdizionale doveva risultare “la *concisa* esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione” e significato analogo assumeva l’articolo 265, secondo comma, del r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641 (regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del codice di procedura civile, di quello di procedura penale e della legge sull'ordinamento giudiziario). D’altra parte la sintesi connotava già lo stile, ad esempio, del Presidente Giovanni Vacirca, le cui sentenze erano sicuramente molto più brevi di quelle che si scrivono nel vigore dell’articolo 74 del codice del processo amministrativo e comunque, pur essendo precedenti alla legge n. 205/2000, non sollevavano alcun rilievo.

Non è questa la sede idonea per affrontare il tema della sinteticità[[19]](#footnote-19). Si può però accennare all’esigenza d’interpretare diacronicamente queste norme tenendo conto delle strumentazioni oggi a disposizione. A titolo esemplificativo, è sufficiente soffermarsi sul testo dell’articolo 74 del codice del processo amministrativo, per il quale “la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento […] ad un precedente conforme”.

La disposizione è tuttora oggetto di dibattito[[20]](#footnote-20): una delle obiezioni che viene sollevata si fonda sul codice di procedura civile del 1865 (articolo 361, secondo comma), per il quale la motivazione che si limitava a riferirsi ai motivi di un’altra sentenza era nulla (perché reputata carente di qualunque motivazione)[[21]](#footnote-21).

Si potrebbe al proposito disquisire della formulazione della norma, della sua mancata riproposizione nel codice di procedura civile del 1940 o del ruolo giocato dalla rigida visione francese del giudice come la *bouche de la loi* che tuttora rende restie le corti d’Oltralpe a citare i precedenti[[22]](#footnote-22).

Forse però, se è vero che *ex facto oritur ius*, è sufficiente riflettere più prosaicamente su quanto siano diventate incomparabilmente differenti le modalità di scrittura, di pubblicazione e di riproduzione dei provvedimenti giurisdizionali. Nel 1865 la minuta era manoscritta per essere ricopiata dall’amanuense giudiziario, sicché il malcapitato destinatario di una sentenza che si riferiva ad un’altra sarebbe stato costretto a recarsi in cancelleria sperando di rintracciare la seconda sentenza che sarebbe stata poi di nuovo riprodotta in bella grafia; oggi il precedente richiamato è accessibile e scaricabile da casa con un semplice *click*. Se allora le sentenze si possono rintracciare con facilità e si possono leggere per intero, il mero riferimento ad un precedente deve ritenersi in generale una motivazione sufficiente e comprensibile a condizione che la questione sia chiaramente delineata nella sentenza, il riferimento alla pronuncia richiamata sia pertinente, coerente e specifico e che, in definitiva, il percorso argomentativo (nella combinazione dei due testi, come d’altronde dovrebbe avvenire sempre, con o senza rinvio) risulti comprensibile ed esauriente[[23]](#footnote-23).

Il secondo esempio d’inventiva italica in materia processuale è la tecnica del *remand*, sulla quale invero la giurisprudenza non si è espressa in modo chiaro e univoco, mentre la dottrina non si è particolarmente occupata del tema[[24]](#footnote-24).

Per quanto non sia possibile affrontare approfonditamente la complessa questione, si può tuttavia dubitare che sia applicabile in modo generalizzato all’atto dell’amministrazione che si adegua all’ordine di riesaminare l’affare la giurisprudenza sull’esecuzione dell’ordinanza cautelare secondo la quale tale attività, in quanto doverosa, non comporti acquiescenza e non determini l’improcedibilità del ricorso. Infatti, se è vero che l’atto di esecuzione è necessitato nell’*an*, esso tuttavia costituisce pur sempre un atto nuovo: esiste uno spazio tra l’atto meramente confermativo e il recepimento supino ed espresso di quanto indicato dal giudice nell’ordinanza nel quale è individuabile una valutazione autonoma dell’amministrazione che rende l’atto un nuovo provvedimento che quindi dovrebbe chiudere immediatamente la controversia (perlomeno quella in corso), senza attendere che la sentenza di merito confermi la misura interinale. Altrimenti il fatto che, in conseguenza di un’ordinanza cautelare, l’amministrazione resistente assuma un atteggiamento diverso (*in toto* o in parte) rispetto alla vicenda sarebbe privato nel processo di un vero significato e di una reale utilità.

In realtà è il meccanismo logico del *remand* che dovrebbe essere approfondito. Viene utilizzato in quei casi in cui sicuramente il collegio individua un vizio: probabilmente un difetto nella motivazione o nell’istruttoria, attraverso i quali s’intravede un’erronea valutazione dei fatti o una perplessa ponderazione degli interessi.

Spesso tuttavia al giudice manca la conoscenza di tutti gli elementi della fattispecie e si trova a sindacare un provvedimento connotato da un alto tasso di discrezionalità; in questi casi, perciò, il collegio è giustamente restio, soprattutto in quella fase iniziale rappresentata dal giudizio cautelare, a sottrarre all’amministrazione la valutazione che fisiologicamente le sarebbe riservata. Opta allora per un percorso che offre l’occasione all’autorità di definire in modo compiuto l’istruttoria e di emettere una determinazione amministrativa emendata dagli errori e dai vizi presenti nell’atto originario.

In alternativa, se il *remand* non esistesse, il giudice sarebbe presumibilmente costretto a pronunciarsi solo su vizi procedimentali, con un risultato evidentemente non satisfattivo delle ragioni del ricorrente. Dopo l’ordine di riesame, invece, l’esito potrà consistere o in un nuovo atto che, a seguito della rimeditazione dell’amministrazione, riconosca le ragioni dell’interessato o un atto che, pur atteggiandosi a confermativo (ma non meramente confermativo), produce pur sempre un effetto positivo. Esso permette al giudice di pronunciarsi sulla *sostanza* della controversia, occupandosi del reale bene della vita preteso, senza arrestarsi agli aspetti formali. E ciò immediatamente, in quello stesso processo (eventualmente arricchito da motivi aggiunti), senza attendere che l’amministrazione rinnovi il procedimento dopo la sentenza di merito.

Questa ricostruzione svela il senso del *remand*, che è quello di richiamare le parti alle loro responsabilità nel procedimento amministrativo, un procedimento (in concreto, quello che è sfociato nell’atto impugnato) evidentemente non adeguato a quei canoni di lealtà e di accuratezza nell’esame del materiale istruttorio, comprensivo delle controdeduzioni, per i quali è stato introdotto come regola dell’agire amministrativo, un procedimento che, in definitiva, non si è sviluppato correttamente perché le parti non si sono realmente ascoltate, non hanno superato le loro posizioni precostituite per arrivare ad una corretta sintesi nella decisione pubblica.

Le considerazioni svolte inducono a riflettere anche sulla funzione della stessa udienza cautelare.

In un processo in cui normalmente viene celebrata un’unica udienza di discussione della causa, l’udienza cautelare svolge varie funzioni: non solo quella di trattazione dell’istanza cautelare, ma anche quella di udienza-filtro (in cui il giudice può verificare l’esigenza di un’istruttoria, affrontare la questione della giurisdizione e competenza, stabilire di pronunciarsi immediatamente nel merito, di fissare l’udienza, in cui il ricorrente può rinunciare ai motivi di ricorso ai fini della fissazione prioritaria del merito di cui all’articolo 72 del codice o comunque assumere tutte le determinazioni che il principio dispositivo le consente).

Essa rappresenta comunque un’udienza di prima comparizione in cui i soggetti si esprimono sul *thema decidendum* e perciò anche, come accennavo prima, il luogo in cui deve concretizzarsi la lealtà delle parti e il dovere di cooperare per la realizzazione della ragionevole durata del giudizio, in cui gli attori del processo debbono assumere le proprie responsabilità nel precisare le domande, nel sollevare le eccezioni e nell’esplicitare le conclusioni, in cui devono rendere i chiarimenti necessari richiesti dal giudice (a somiglianza di quanto previsto dall’articolo 183 del codice di procedura civile). È dunque anche il luogo dovrebbe in senso lato essere tentata la conciliazione, come, ad esempio, avviene nel processo olandese[[25]](#footnote-25).

A questo proposito non si vogliono sottovalutare le differenze tra il processo amministrativo e quello civile[[26]](#footnote-26) né si intende porre in dubbio l’indisponibilità dell’interesse pubblico; si intende solo sottolineare che è funzione di ogni giudice quella di preservare il ruolo del processo come soluzione della patologia dei rapporti e di favorire, quando è possibile, la fisiologia dell’applicazione spontanea dei precetti giuridici.

In questa prospettiva (e l’osservazione finale scaturisce dalla presenza del professor Caputi Jambrenghi, che si è interessato del tema anche nell’ambito dell’elaborazione delle proposte di riforma dell’Unione nazionale avvocati amministrativisti), non sembrano fruttuosi gli sforzi degli avvocati tendenti a coltivare l’idea che soluzioni di stampo anglosassone, come le ADR, possano attecchire nell’ordinamento italiano e possano sortire dei veri effetti benefici. Una mediazione extraprocessuale (priva di qualsiasi avallo da parte del giudice), in quanto tale, infatti non potrebbe aiutare, nelle condizioni attuali, a superare gli ostacoli che l’amministrazione (oggi etichettata come “difensiva”) e soprattutto i propri dirigenti e funzionari incontrano nell’intraprendere strade conciliative.

*Giuseppina Adamo*

consigliere Tar Bari

pubblicato il 12 agosto 2019

1. Il testo riproduce, con alcuni adattamenti, il contributo presentato al seminario di aggiornamento in diritto amministrativo processuale dedicato alla tutela cautelare, organizzato dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università degli studi Aldo Moro di Bari in collaborazione con la Camera amministrativa distrettuale e tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza il 3 ottobre 2018. [↑](#footnote-ref-1)
2. Si pensi che nel 1999 si è toccato il picco dell'arretrato che ammontava a 800.000 ricorsi pendenti, poi gradatamente diminuiti fino al più ragionevole numero attuale di 165.000. [↑](#footnote-ref-2)
3. Il discorso è sviluppato dal Presidente Alessandro Pajno nella relazione d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del Consiglio di Stato, in particolare, nei paragrafi 2.4 e 2.5, in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/57784/Relazione\_2018.pdf/233815fc-4c5f-24b6-51c6-659d9d4e9ace. [↑](#footnote-ref-3)
4. Su questi temi: G. Recchia, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, CEDAM, 2000, pag. 39 ss.; A. von BOGDANDY, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, in Juristenzeitung (JZ), 2011, pag. 1, spec. pag. 3; A. von Bogdandy, *Prospettive della scienza giuridica nell’area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in Foro it., 2012, V, p. 54. [↑](#footnote-ref-4)
5. G. Gorla, voce *Diritto comparato e straniero*, Enciclopedia giuridica Treccani, spec. par. 2.4. [↑](#footnote-ref-5)
6. Per l'esplicitazione di questo concetto: R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, U.T.E.T., 1992. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per una diversa prospettiva: G. Adamo, *Gli scambi EJTN come nuova esperienza di comparazione giuridica*, in www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dottrina?p\_p\_id=GaSearch\_INSTANCE\_z2FIt148GEAx&p\_p\_lifecycle=1&p\_p\_state=normal&p\_p\_mode=view&\_GaSearch\_INSTANCE\_z2FIt148GEAx\_javax.portlet.action=searchContributi&p\_auth=u8zbFpCL, 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. Esso corrispondeva, in uno stato di polizia a forte impronta paternalistica, all'esigenza di controllo oggettivo della legittimità degli atti amministrativi, apprestato nell'interesse pubblico, sicché gli eventuali vantaggi per il privato erano meramente riflessi e non radicavano alcuna posizione giuridica, per lo meno fino al *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892) in cui Georg Jellinek delineò appunto i diritti pubblici soggettivi. [↑](#footnote-ref-8)
9. Specifica poi la norma che, se il caso non è affidato a un'altra giurisdizione, l’interessato può agire in via ordinaria, con ciò applicando la distinzione tra la tutela primaria (quella di annullamento e costitutiva) e la tutela secondaria (limitata al risarcimento dei danni e allo strumentario civilistico) nei confronti dell'amministrazione. [↑](#footnote-ref-9)
10. Essa era confermata da una visione fortemente soggettivistica fondata sulla tradizionale *Schutznormtheorie*: un soggetto può impugnare l’atto illegittimo solo quando la disposizione violata sia diretta a tutelare (oltre che l'interesse pubblico) anche il suo interesse individuale. [↑](#footnote-ref-10)
11. Occorre tener presente il quadro delle azioni esperibili che si può così sinteticamente delineare:

- *Anfechtungsklage* (azione di annullamento attraverso l'impugnazione di un provvedimento sfavorevole che pregiudica un interesse oppositivo);

- *Verpflichtungsklage*, ovvero l’azione di adempimento spettante - in termini italiani - al titolare di un interesse pretensivo con la quale si contesta il diniego o un silenzio-inadempimento (*Unterlassungsklage*) sulla richiesta di un atto amministrativo favorevole ovvero il rigetto del ricorso amministrativo (denominato *Widerspruch*), ove previsto, o il silenzio rigetto (*Untätigkeitsklage*); in senso generale, appartiene alla categoria delle *Leistungsklagen* (azioni di condanna o di prestazione);

- *Allgemeine* *Leistungsklage* rappresentaun'azione di condanna con la quale si chiede che sia prestata un‘attività non consistente in un provvedimento amministrativo (rilascio di documenti, di attestazioni e certificazioni, pagamento di una somma di denaro);

- *Feststellungsklage*: è un'azione (meramente residuale) di accertamento (ad esempio, per far dichiarare la nullità dell‘atto) che presuppone l'esistenza di un rapporto amministrativo;

- *Fortsetzungsfeststellungsklage*: consiste nell'accertamento dell’illegittimità del comportamento successivo alla sentenza di annullamento derivante dall’interpretazione della sentenza emessa.

Per ulteriori indicazioni: R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, CEDAM, 1996, pag. 255; G. Adamo, *Il processo amministrativo tedesco visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147937/nsiga\_007412.pdf/b928742a-41d8-097a-ceab-b39ced22537d?version=, 2012. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ovvero di un (previo) ricorso amministrativo in opposizione. [↑](#footnote-ref-12)
13. Si tratta sostanzialmente di ordini di polizia, come il divieto di transito o l'ordine di sgombero immediato o quello impartito per impedire un assembramento. [↑](#footnote-ref-13)
14. In Italia invece, non producendo la presentazione del ricorso automaticamente la sospensione dell'atto impugnato, il codice si è limitato a richiamare l'attenzione del giudice sugli effetti della pronuncia cautelare in alcune materie, così da suggerire una particolare prudenza, soprattutto in materia di appalti pubblici, come avviene nell'articolo 119, commi 3 e 4, e nell'articolo 125, comma 2, dedicato alle infrastrutture strategiche. [↑](#footnote-ref-14)
15. Codice dell'edilizia (*Baugesetzbuch*). [↑](#footnote-ref-15)
16. La complessa operazione di comparazione e di bilanciamento degli interessi della parte ricorrente e di quella pubblica – argomento sul quale il professor Vincenzo Caputi Jambrenghi ha formulato alcune pregevoli osservazioni introduttive dell'odierno incontro di studio – ha condotto ad affermare che, in quest'occasione, il giudice amministrativo italiano "svolga anche una funzione di merito" (così: F. Freni, in *Il codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli), Giuffré, 2015, pag. 614, specie pag. 618). D'altronde, seppur con riferimento alla normazione all'epoca vigente, è stato sostenuto da A. Romano (*Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, Foro it., 1985, I, col. 2491) che nella tutela cautelare si esercitasse la giurisdizione di merito in un'ipotesi non legislativamente tipizzata. Un bilanciamento di tal fatta è sicuramente agevolato dalla circostanza che il giudice amministrativo decide in un collegio in cui si fondono varie esperienze. I singoli provengono dall’avvocatura, dall’amministrazione, da altre magistrature e ciò consente l'esame della fattispecie, della vicenda in un'ottica non unidirezionale. [↑](#footnote-ref-16)
17. Il permanere a tempo indefinito dell'ordinanza cautelare era stato annoverato fra le ingiustizie della giustizia amministrativa da F. Merusi, G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo*, il Mulino, 1986, pag. 45. [↑](#footnote-ref-17)
18. Le scelte draconiane del codice in tema di competenza territoriale e funzionale, operate con la dichiarata intenzione di evitare il *forum shopping* (non considerando che tale espressione nasce negli ambienti dei tribunali internazionali nei quali il livello d’indipendenza e d’imparzialità dei corpi giudicanti non è omogeneo) sembra condurre a un'applicazione distorta dello stesso articolo 125 della Costituzione. Sminuisce infatti la natura territoriale con dimensione regionale dei tribunali amministrativi, producendo un accentramento del contenzioso presso il TAR Lazio, che ormai assorbe circa il 25 per cento delle cause amministrative. [↑](#footnote-ref-18)
19. Per un'esposizione più ampia di questi argomenti si rinvia a G. Adamo, *La redazione della sentenza nell’era del processo digitale*, maggio 2019, in https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/adamo-la-redazione-della-sentenza-nell-era-del-processo-digitale-15-maggio-2019 e in corso di pubblicazione sulla rivista *Diritto e processo amministrativo*, 2019. [↑](#footnote-ref-19)
20. I meccanismi previsti negli articoli 74, e 129, comma 6 ("La relativa motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie"), non sono comunque ignoti all'ordinamento tedesco, come si è accennato a proposito dell'articolo 117, paragrafi quinto e terzo, del *VwGO*. [↑](#footnote-ref-20)
21. M. Taruffo, *Addio alla motivazione ?*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, pag. 375 ss., spec. pag. 385. [↑](#footnote-ref-21)
22. M. L. Dutheillet de Lamothe, *Uno sguardo oltralpe: l’esperienza del Conseil d’État*, relazione al corso *su I provvedimenti del giudice amministrativo*, organizzato dall’Ufficio studi, massimario e formazione a Roma, presso la sede del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il 24 e il 25 maggio 2018. Le relazioni sono pubblicate sul sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it e comunque integralmente videoregistrate (https://www.youtube.com/user/GiustAmministrativa). [↑](#footnote-ref-22)
23. A tal fine sarebbe d’ausilio un’ordinata ripartizione in distinti paragrafi del contenuto delle sentenze, perché attualmente viene utilizzato il formato PDF in una versione che non mostra i numeri di pagina. [↑](#footnote-ref-23)
24. Se si eccettua G. Saporito, *Esecuzione dei provvedimenti cautelari e rapporti tra giudice ed amministrazione*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di M. Rossi Sanchini), Giuffré, 2006, pag. 87. [↑](#footnote-ref-24)
25. André Verburg, Ben Schueler, *Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings*, Utrecht Law Review, http://www.utrechtlawreview.org, nov. 2014, pag. 56, spec. pag. 60 ss. [↑](#footnote-ref-25)
26. Non si può ignorare peraltro la sostanziale disapplicazione delle norme riguardanti la conciliazione, perlomeno nei settori comuni, di cui ha presso atto anche il legislatore trasformando il relativo tentativo, *ex* articolo 183 del codice di procedura civile, da obbligatorio a facoltativo, *ex* articolo 185, con le modifiche apportate dalle leggi 14 maggio 2005, n. 80, e 28 dicembre 2005, n. 263. [↑](#footnote-ref-26)