

# **Problematiche dell'istruttoria e principio di effettività nel processo amministrativo (\*)**

di FABIO FRANCARIO

SOMMARIO: 1. Il paradosso dell'effettività. — 2. Principio di effettività e carattere strumentale del processo. — 3. I rapporti giuridici di diritto pubblico. — 4. Il processo amministrativo come fonte di beni. — 5. La distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità e le sue scorcioie.

## **1. Il paradosso dell'effettività.**

Il processo amministrativo ha sempre ingenerato negli studiosi e nei pratici che se ne sono occupati una sensazione, più o meno vaga o più o meno pronunciata, di disorientamento e d'incertezza.

Se guardiamo il momento storico contemporaneo, nel quale siamo immersi, direi che questa sensazione di disorientamento e d'incertezza permane tutt'oggi e forse si acuisce in termini tali da rivelare quello che definirei il “paradosso dell'effettività”: il principio di effettività viene impiegato ed esaltato in misura tale da vanificare la funzione propria e tipica del processo amministrativo.

Provo a spiegarmi.

Senza nulla togliere al fatto che storicamente, nel passato, il principio di effettività della tutela e la spinta pretoria della giu-

(\*) L'articolo riproduce le conclusioni del convegno tenuto il 4 giugno 2024 presso l'Università di RomaTre in occasione della presentazione degli atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Convegno di Modanella del 16 - 17 giugno 2023 “*Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*”.

risprudenza hanno svolto un ruolo di primo piano nella costruzione del processo amministrativo e degli stessi principi generali dell'attività amministrativa, è anche vero che ciò è avvenuto ed è potuto avvenire perché le leggi processuali erano molteplici e diverse e molto scarse e molto lacunose, e perché esistevano tanti procedimenti amministrativi per quante erano le funzioni da porre in essere.

Adesso le cose stanno un po' diversamente: abbiamo ormai da diversi decenni una legge sul procedimento amministrativo unitariamente considerato, legge che dal ristretto nucleo originario si è via via accresciuta disegnando una vera e propria disciplina generale non solo del procedimento, ma anche del provvedimento e più in generale dell'attività amministrativa; e da poco più di un decennio abbiamo anche un vero e proprio codice del processo amministrativo, una disciplina compiuta e organica del giudizio amministrativo tutt'altro che scarna e lacunosa.

Tutto ciò avrebbe dovuto escludere o quantomeno ridurre in ambiti marginali lo spazio dell'intervento creativo del giudice amministrativo. Eppure, nonostante il contesto ordinamentale profondamente mutato, ancora oggi e forse ancora più di ieri, il principio di effettività continua ad essere invocato a sostegno di un creazionismo giurisprudenziale che spesso sembrerebbe operare non solo *praeter legem*, ma *contra legem*, dal momento che gli spazi vuoti, le lacune, sono state ampiamente occupate.

## **2. Principio di effettività e carattere strumentale del processo.**

Per provare a spiegare questo paradosso, dirò delle ovvietà, ma, per esser chiari, a volte occorre risalire alle origini delle cose, dei concetti, dei sistemi. Per questo, quello che sto per dire potrà sembrare banale, ma non lo è.

Il principio di effettività, dunque.

Presuppone necessariamente il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale. Punto di riferimento indiscusso nell'elaborazione del principio è ancora oggi il pensiero di

Chiovenda, al quale si deve la formulazione concettuale più chiara: «il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire».

Ribadire il carattere strumentale della tutela giurisdizionale dovrebbe essere un'ovvietà. È chiaro che il diritto vive prima e al di fuori del processo, perché le norme vengono spontaneamente osservate dai *cives*. Il giudice interviene solo se e in quanto si rende necessario apprestare un rimedio contro l'inosservanza delle regole di condotta, che sono state definite e stabilite prima e al di fuori del processo perché alcuni interessi sono ritenuti meritevoli di protezione.

Prima e al di fuori del processo, l'ordinamento compie delle scelte sugli interessi meritevoli di tutela in ordine al godimento di determinati beni della vita, e decide di proteggerli rispetto ad interessi "altri", stabilendo modalità e limiti della protezione; si prefigurano le relazioni in cui questo interesse potrebbe venire a trovarsi con gli interessi "altri" e si statuisce la regola del relativo rapporto giuridico, definendo reciproci obblighi e diritti.

Come suol dirsi: gli ordinamenti di *civil law* ragionano per fattispecie. Il modello rimane sempre dinamico, in continua evoluzione; si arricchisce di sempre nuove fattispecie potendo contare al tempo stesso su un'esperienza ultra millenaria.

È per questo che, nel sistema della tutela civile dei diritti, il contenuto minimo di una sentenza è di accertamento: accertamento che sono accaduti certi fatti (fattispecie concreta) e che quei fatti sono riconducibili ad una fattispecie astratta (fattispecie giuridica) che prefigura in un certo modo il rapporto e che ha stabilito la regola del rapporto. Se necessario, e se richiesto dalle parti, il giudice condannerà le parti a tenere la condotta prefigurata dalla norma sostanziale. Le fattispecie giuridiche hanno già operato in via generale e astratta il bilanciamento tra interessi ipoteticamente in conflitto in ordine al godimento di un certo bene della vita; bisogna solo vedere chi nel concreto del caso di specie è legittimato a far valere il diritto nei confronti del soggetto obbligato, legittimato passivo.

### 3. I rapporti giuridici di diritto pubblico.

Questo avviene di regola nel sistema della tutela civile dei diritti.

Tutti noi sappiamo però che il diritto amministrativo esiste ed ha la sua ragion d'essere perché i rapporti giuridici di diritto pubblico non si creano (modificano o estinguono) secondo le regole e i principi tipici del diritto privato.

La ragione di ciò è nel fatto che l'Ordinamento può ritenere che alcuni interessi siano sì meritevoli di protezione, ma come interessi super individuali; senza cioè che i singoli possano vantare o ritenersi titolari di un diritto esclusivo al loro soddisfacimento a fronte del quale possa ravvisarsi un vero e proprio corrispondente obbligo.

Senza che il singolo *cives* possa vantare una vera e propria pretesa a godere in maniera immediata e diretta e esclusiva di quel determinato bene della vita.

Sarò perdonato se faccio alcuni esempi:

- non ho diritto a farmi un esercito personale;
- non ho diritto a che vengano installati semafori lungo le strade che percorro e che siano sempre di colore verde quando passo io;
- non ho diritto a che una determinata area del comune in cui risiedo riceva la destinazione urbanistica che preferisco;
- non ho diritto a vincere un concorso, a ottenere una abilitazione professionale o una patente guida;
- non ho diritto a che vengano previsti contributi o agevolazioni a sostegno dell'attività economica che io esercito.

Eppure l'esercito esiste, e così i semafori e la disciplina del traffico, e così i piani urbanistici, i concorsi e così via.

E soprattutto esiste la Pubblica Amministrazione; esistono tante pubbliche amministrazioni, create proprio per garantire queste cose ai *cives*: l'esercito, i semafori, i piani urbanistici, i concorsi e via dicendo.

Fare queste cose, provvedere, per la pubblica amministrazio-

ne è un'attività doverosa, senza che *cives* o operatori economici possano vantare un vero e proprio diritto soggettivo a che la funzione amministrativa venga esercitata in un determinato modo. Senza che sussista un rapporto ricostruibile in termini di diritto-obbligo.

Tutto questo sottolinea come il rapporto giuridico di diritto pubblico, regolato dal diritto amministrativo, si crea secondo la nota formula norma – potere – fatto, (formula) che riassume la dinamica di creazione del rapporto giuridico sottolineando l'importanza centrale del momento di esercizio del potere: l'ordinamento ritiene un interesse meritevole di tutela come interesse pubblico, superindividuale, e ne affida la cura ad un dato apparato amministrativo appositamente creato per curare la soddisfazione di quel determinato interesse, attribuendogli il potere di provvedere alla cura di quell'interesse e disciplinando le modalità di esercizio di tale potere. Ricordo le belle pagine scritte da Alberto Romano per spiegare questa capacità giuridica speciale delle pubbliche amministrazioni, come necessariamente condizionata dalla rilevanza dell'elemento finalistico dell'azione.

Detto in poche parole, ciò significa che in tutti questi casi le norme sostanziali non creano direttamente la regola del rapporto tra giuridico PA – cittadino in ordine a un determinato bene della vita, ma attribuiscono il potere di provvedere e ne disciplinano l'esercizio. È solo l'esercizio del potere che crea, instaura il rapporto giuridico tra la Pubblica Amministrazione e il cittadino. Diceva Giannini, per spiegare il concetto di discrezionalità: con l'esercizio del potere la pubblica amministrazione «*crea la norma del caso concreto*».

Prima di questo momento, non c'è dunque una preesistente regolazione del rapporto giuridico operata dalle norme sostanziali, che possa essere accertata dal giudice per statuire sull'effettiva spettanza o meno di un dato bene della vita.

#### 4. Il processo amministrativo come fonte di beni.

La conclusione cui voglio arrivare è che, nei rapporti di diritto pubblico, sul piano sostanziale le norme non definiscono la regolazione del rapporto giuridico, perché si limitano ad attribuire il potere e a disciplinarne l'esercizio; ma, nondimeno, in nome del principio di effettività il giudice amministrativo, sempre più spesso, arriva al punto di condannare l'Amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto o a un fare o a un dare. Senza aspettare più il momento del giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo può sostituirsi senza limiti di sorta alla pubblica amministrazione nell'adozione del provvedimento in precedenza ritenuto illegittimo e annullato.

È possibile che la tessitura delle norme sostanziali sia tale da configurare effettivamente un preesistente rapporto di diritto e obbligo, e in tal caso *nulla quaestio*. Il Giudice accerta esistenza e consistenza del rapporto giuridico e condanna a tenere le condotte conseguenti.

Il problema è quando questa tessitura non c'è; e il giudice arriva comunque a condannare al rilascio del provvedimento chiesto, a dare o a fare, in assenza dell'effettivo accertamento del rapporto, invocando appunto il principio di effettività per soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente.

Alludo soprattutto a quei filoni giurisprudenziali che statuiscano sulla fondatezza della pretesa, senza accertamento dell'effettiva esistenza e consistenza del corrispondente rapporto giuridico sul piano sostanziale; e che in realtà accertano una cosa affatto diversa; e cioè che l'amministrazione ha esaurito il potere di provvedere, che si è rotto il rapporto fiduciario tra PA e cittadino, che è *più probabile che non* che certi fatti siano accaduti o che il cittadino possenga un determinato *status*.

In questi casi si applica lo schema civilistico (che ho sopra ricordato) senza che ve ne sia il presupposto, perché il giudice amministrativo non accerta l'esistenza di un rapporto giuridico creato dalle norme sul piano sostanziale, ma crea quel rapporto

che l'amministrazione avrebbe dovuto essa creare con l'esercizio del potere. Il processo non ha più carattere strumentale, ma diventa fonte di beni, commisurati piuttosto sull'interesse ad agire (l'utilità che l'attore si ripromette di ottenere dal processo), che non sulle modalità e sui limiti in cui l'interesse è ritenuto meritevole di protezione da parte dell'Ordinamento (ovvero *in primis* attraverso l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo posto dalle norme sostanziali).

In tutti questi casi non c'è un effettivo accertamento della spettanza del bene della vita secondo le norme di diritto sostanziale e secondo lo schema civilistico, ma pur sempre e solo un giudizio di ragionevolezza o meno della scelta fatta dall'Amministrazione, al quale si aggancia un contenuto di condanna facendo leva sulla formula impiegata dall'art. 34 c.p.a. per consentire «l'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio».

Sganciata da un reale ed effettivo contenuto di accertamento, la decisione del giudice amministrativo è destinata ad aumentare il suo margine d'imprevedibilità e a giustificarsi sempre più per il fatto di essere semplicemente la soluzione ritenuta più "giusta" per il caso di specie.

Se proprio si vuole anticipare il momento rescissorio, della sostituzione della decisione amministrativa, rispetto alla naturale sede del giudizio di ottemperanza, questa anticipazione al momento della conclusione dell'ordinario giudizio di legittimità deve necessariamente fondarsi sull'accertamento dell'effettiva esistenza e consistenza del rapporto sul piano sostanziale. Altrimenti, la decisione giurisdizionale si imporrà su quella adottata dall'Amministrazione semplicemente perché ritenuta più "giusta" dal giudice; e quello amministrativo apparirà sempre meno come un processo giurisdizionale e sempre più come una decisione amministrativa di ultima istanza. Emblematiche sotto questo profilo le Adunanze Plenarie sulla questione delle concessioni balneari, che è veramente difficile leggere come espressioni di pronunce giurisdizionali.

## **5. La distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità e le sue scorciatoie.**

Il paradosso è dunque nel fatto che l'esaltazione del principio di effettività, svincolata dal principio di strumentalità, rischia di vanificare l'essenza stessa della funzione giurisdizionale (amministrativa).

Se il principio di effettività viene invocato per rafforzare il contenuto di condanna della sentenza di cognizione senza che vi sia un reale ed effettivo accertamento del rapporto giuridico esistente secondo il diritto sostanziale, ciò spezza il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale e produce l'effetto paradossale per cui il principio di effettività non serve a «dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire». E si potrebbe anche aggiungere che, laddove la tessitura delle norme è tale da configurare i rapporti giuridici in termini di diritto-obbligo, le eventuali situazioni contenziose ben potrebbero essere conosciute e definite dal giudice civile ordinario.

Avulso dal collegamento con il diritto sostanziale, il richiamo del principio di effettività come strumento per garantire il soddisfacimento di una pretesa sostanziale — identificata più sull'interesse ad agire che nei modi e limiti in cui l'interesse è ritenuto meritevole di tutela — alimenta i margini d'incertezza e imprevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e lo investe sempre più del ruolo di amministratore di ultima istanza più che di vero e proprio giudice dei rapporti di diritto pubblico.

Per evitare che ciò avvenga, il processo amministrativo deve recuperare e conservare ben salda la distinzione tra giurisdizione di legittimità e di merito e, al di fuori ovviamente dei casi di giurisdizione esclusiva, limitare la sentenza di condanna a un fare specifico nei soli casi di attività vincolata, effettivamente priva di margini di esercizio della discrezionalità e di necessità istruttorie (art. 31 c.p.a.); nel presupposto che in tali casi la tessitura delle norme sostanziali sia effettivamente tale da configurare il rappor-

to giuridico tra pubblica amministrazione e cittadino in termini di diritto-obbligo, senza passare per scorciatoie che propongano accertamenti di altro genere e natura.

\*\*\*

Riferimenti bibliografici essenziali:

AA.VV., *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione, Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16 – 17 giugno 2023*, F. FRANCARIO - M.A. SANDULLI (a cura di) Napoli, 2023.

Sul principio di effettività: v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4ª ed., Napoli, 1928; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. Giur.*, 1978 e in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Torino, 2017.

Sul tema del rapporto tra giurisdizione amministrativa e rapporti di diritto pubblico *ex multis*: V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in AA.VV., *L'oggetto del giudizio visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, C. CUDIA (a cura di), Torino, 2019, 215 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1992, vol. VII, 108 ss; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 110; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, ripubblicato in G. MIELE, *Scritti Giuridici*, Milano, 1987, I, 280 ss.; S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, ristampa 1965.

Tra gli studi sull'istruttoria successivi alla codificazione v. G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo tra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in AA.VV., *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, C. CUDIA (a cura di), Torino, 2020; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e soc.*, 2, 2020; G. TERRACCIANO - A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Napoli, 2021; A. GIUSTI, *Il conte-*

nuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo, Napoli, 2012; P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva temperata*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 125 ss.; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 203 ss.; L.R. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo e il principio di dispositivo*, in *Dir e proc. amm.*, 2014, 46 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 105 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 145 ss.; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013. Ante codice per tutti si veda: L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005.

Sul progressivo affinamento del concetto di efficacia meramente preclusiva in termini di effetto conformativo e di condanna e di esauribilità del potere si veda: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000 e vol. II, Padova, 2001; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013; L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020 pubblicato anche in AA.VV., *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, (a cura di) C. CUDIA, Torino, 2020; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017; G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I. *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020 e Vol. II.1 *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022.

Sulle Adunanze Plenarie nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 v. il fascicolo monotematico della rivista *Diritto e Società* n. 3, 2021 “*La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*”, cui adde F. FRANCIARIO, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 28 gennaio 2022.

Sulla giurisdizione di merito, *ex multis*: A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Torino, 1968; P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958; G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1994; U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969; ALB. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro It.*, 1985; A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Milano, 2013; F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

ABSTRACT: L'esaltazione del principio di effettività, svincolata dal principio di strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto al diritto sostanziale, da luogo ad esiti paradossali: rischia di vanificare l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, incentivando il creazionismo giurisprudenziale, foriero di incertezze giuridiche. Pertanto, nell'esercizio del sindacato del giudice amministrativo sul potere, è opportuno mantenere salda la distinzione fra giurisdizione di legittimità e di merito.

ABSTRACT: *The exaltation of the principle of effectiveness, detached from the principle of instrumental role of judicial protection concerning substantive law, leads to paradoxical results: it risks nullifying the very essence of the judicial function, fostering jurisprudential creationism, which brings about legal uncertainties. Therefore, in exercising the administrative judicial review over power, it is essential to firmly uphold the distinction between jurisdiction of legitimacy and jurisdiction of merit.*