

MASSIMILIANO BELLAVISTA

Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena

massimiliano.bellavista@unisi.it

IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI NELLA CONTINUITÀ FRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS IN THE CONTINUITY BETWEEN PROCEDURE AND PROCESS

SINTESI

L'argomento principale che è stato usato per negare la continuità fra procedimento e processo deriva dal principio di separazione dei poteri. Da questo principio in realtà, se correttamente inteso, non è possibile trarre tali conclusioni. La distinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale sta solo nel diverso ruolo che le stesse hanno nel disegno organizzativo dei poteri derivante dalla costituzione. La prima, infatti, è indirizzata al futuro ovvero a costituire quel regolamento di interessi per la cura non solo dell'interesse pubblico concreto, ma pure degli interessi delle persone coinvolte; mentre la seconda è volta al passato ossia a dirimere una lite fra la pubblica amministrazione e la persona, poiché il regolamento di interessi, del quale si è detto, non si è formato correttamente. Per rendersi conto di ciò, è sufficiente volgere lo sguardo ad altri ordinamenti giuridici (ad esempio lo statunitense, l'austriaco, quelli dei paesi di lingua spagnola ecc.) dove la continuità fra procedimento e processo è pacifica ed è ritenuta in armonia che il principio in questione. Tale continuità si articola sia sul piano formale sia su quello sostanziale. Su quello formale, essa è data dall'adozione di modelli processuali, fondati sul contraddittorio, anche per la decisione amministrativa; pur con le dovute differenze, derivanti dalla diversa natura delle due funzioni. Su quello sostanziale, essa è data dall'apertura della cognizione del giudice all'intero processo formativo del regolamento di interessi sostanziale (ovviamente nei limiti delle domande delle parti). La continuità formale garantisce che, pure nella funzione amministrativa, la persona goda delle garanzie proprie di quella giurisdizionale; da sola essa, però, non è in grado di offrire dei livelli di protezione sufficienti alla persona che entra in contatto con la p.a. D'altro canto, la continuità sul piano sostanziale è assicurabile solo a mezzo di quella formale. Sicché, dalla presenza di ambedue è possibile salvaguardare tutti gli interessi, che danno contenuto ai diritti inviolabili della persona, sia nella fisiologia (ossia nella funzione amministrativa) sia nella patologia (ovvero nella funzione giurisdizionale). Su questo doppio piano si gioca

l'effettività dei diritti inviolabili; questo sembra essere il contenuto ed il compito della *full jurisdiction*.

ABSTRACT

The main argument that has been used to deny the continuity between administrative procedure and process derives from the principle of separation of powers. From this principle indeed, if correctly understood, it isn't possible to reach these conclusions. The distinction between administrative function and jurisdictional function is found only in the different role that they have in the organizational design of the powers deriving from the constitution. The administrative function, in fact, is aimed at the future, that is to constitute that regulation of interests for the care not only of the concrete public interest, but also of the interests of the people involved; while the jurisdictional function is aimed at the past since it gives rise to a dispute between the public administration and the person, since the regulation of interests, of which we have said, has not formed correctly. To realize this, it is sufficient to look at other legal systems (for example, the US, the Austrian, those of the Spanish-speaking countries, etc.) where the continuity between the process and the procedure is peaceful and is considered harmony that the principle in question. This continuity is articulated both on the formal and on the substantive level. On the formal one, it is given by the adoption of procedural models, based on the contradictory, also for the administrative decision; even with the due differences, deriving from the different nature of the two functions. On the substantive level, it is given by the opening of the judge's knowledge to the whole formative process of the regulation of substantial interests (obviously within the limits of the questions of the parties). Formal continuity ensures that, even in the administrative function, the person benefits from the guarantees of the jurisdictional one; however, it is not able to offer sufficient levels of protection to the person who comes into contact with the public administration. On the other hand, continuity on the substantive level can only be ensured through the formal one. Therefore, from the necessary presence of both, it is possible to safeguard all interests, which give content to the inviolable rights of the person, both in physiology (that is in the administrative function) and in pathology (that is in the jurisdictional function). On this double plane the effectiveness of inviolable rights is played and this seems to be the content and the task of full jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: Separazione dei poteri, continuità formale, continuità sostanziale, pretese, decisione amministrativa.

KEYWORDS: Separation of powers, formal continuity, substantive continuity, pretensions, administrative decision.

INDICE: 1. Premessa – 2. Il principio di separazione dei poteri – 3. Procedimento e processo – 4. (Segue) Caratteri comuni e caratteri differenzianti – 5. Il diritto come pretesa: le utilità che la persona viandante si aspetta dal procedimento e dal processo – 6. La struttura delle pretese – 7. *Full Jurisdiction* come presidio della continuità fra procedimento e processo – 8. Conclusioni.

1. Premessa.

Per molto tempo la dottrina (ed in parte la giurisprudenza) italiana, a differenza di quella di altri paesi (come l’Austria, l’Inghilterra e la Spagna)¹, si è interrogata, prima, sull’esistenza e, poi, sul contenuto del procedimento amministrativo.

La questione non era, certo, un mero esercizio di capacità accademiche, giacché molte erano le implicazioni sia con riguardo alla conformazione dell’attività amministrativa, sia con riferimento (oggi diremmo) alle tecniche di tutela sostanziali dei diritti e degli interessi della persona *viandante* che entrava in contatto con i pubblici poteri.

Non è questo il luogo per ripercorrere tali percorsi storici², ma qui serve solo precisare che l’ambiente culturale italiano, per gran parte del secolo scorso, non era certo favorevole alla teorizzazione ed alla costruzione del procedimento amministrativo; difatti, il *grande stile*³ delle imponenti opere del tecnicismo giuridico, sulla spinta della dottrina germanica, aveva come tema lo studio degli atti amministrativi piuttosto che delle procedure⁴.

Tutto ciò, però, non solo ebbe un effetto negativo sugli studi, determinando un notevole ritardo della scienza italiana rispetto a quella straniera (in

¹ Prima di tutto, si deve fare riferimento alla classica opera di F. TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, Manz, 1896. Si veda, in proposito, la notazione sull’appartenenza della teoria del procedimento (e la sua processualizzazione) alla *Kulturstaat* moderna di H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. LUTHER e E. DALY, Milano, Giuffrè, 2013, p. 539. Cfr. pure R. WALTER, R. THIENEL, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 2004; K. RINGHOFER, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 1978. Sul versante della dottrina inglese si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, tenth edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2009, p. 402 ss.; J. BEATSON, M. MATTHEWS, M. ELLIOT, *Administrative Law*, fourth edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2010, p. 342 ss. Con riguardo alla dottrina nordamericana, si veda K. WERHAN, *Principles of Administrative Law*, St. Paul, Thomson/West, 2008, p. 158 ss. Sul versante spagnolo, cfr. D. J. VERA JURADO, *Questiones generales del procedimiento administrativo*, in *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del sector público*, diretto da EDUARDO GAMERO CASADO, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1273 ss.

² Sul punto ci si permette il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo, parte I: Contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2012, p. 7 ss. e bibliografia ivi citata.

³ Con il sintagma *grande stile* non si intende il migliore stile, ma quello che permette di conferire ad un insieme di conoscenze, ad una trama narrativa, unità di tono ed essenzialità. Sul punto cfr. C. MAGRIS, *L’anello di Clarisse*, Torino, Einaudi, 1999, p. 13.

⁴ Per rendersi conto di ciò, è sufficiente fare riferimento alle osservazioni in proposito fatte da Giovanni Miele: «Ma l’occasione è buona per prospettare alcuni rilievi intorno a un concetto, di cui non sono bene stabiliti in dottrina il contenuto e i limiti, né con esattezza specificati i relativi principi; di cui è dubbio perfino se si tratti di un vero e proprio istituto giuridico o se l’accezione vada presa in un significato meramente empirico», cfr. G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119.

special modo con riferimento a quella austriaca), ma soprattutto lo ebbe sul piano della fatticità del diritto amministrativo.

Infatti, sul piano sostanziale permaneva lo stato di insoddisfazione per il perdurare della carenza di tutela delle situazioni soggettive coinvolte od investite dall'attività amministrativa.

La carenza di tutela sul piano sostanziale avrebbe, anche, potuto essere giustificata ed accettata a condizione che l'ordinamento avesse contemplato un efficace sistema di tutele giurisdizionali, in caso di inutile (e, quindi, di illegittimo) sacrificio delle pretese della persona viandante che, suo malgrado, aveva avuto la ventura di imbattersi con il pubblico potere.

Con altro modo di dire, l'asimmetria di tutela fra amministrazione e giurisdizione poteva essere giustificata solo nell'ipotesi, mai avverata, di un recupero di tutela, appunto, in ambito giurisdizionale.

Ma ciò non fu ed in definitiva non era possibile, atteso che la carenza di tutela sostanziale condizionava, in maniera inequivocabilmente negativa, le possibilità della giurisdizione.

Tutto ciò per la ragione che la centralità dell'atto amministrativo (inteso da taluni come manifestazione della sovranità)⁵, a discapito dell'attività e del procedimento, impediva l'accesso al fatto da parte del giudice di legittimità.

Per molto tempo, si è intesa e si è difesa tale limitazione come se fosse la logica implicazione dell'ordinamento costituzionale vigente.

La parola, per così dire magica, che evocava siffatto sistema era *legittimità*: l'atto amministrativo si presumeva legittimo (salvo, poi, accorgersi che suddetta presunzione era tutt'altro che conforme all'ordito costituzionale), gl'interessi erano legittimi in rapporto di conformazione con l'interesse pubblico astratto ed il sindacato del giudice era di legittimità (salvo che nella giurisdizione di merito). In maniera tale da tenere separata l'amministrazione dal consorzio sociale e, di conseguenza, dal suo elemento costitutivo, ossia dalla persona.

Ma alla persona che, una volta entrata in contatto con il soggetto pubblico, si lamentava del cattivo esercizio del potere poco importava di tutto ciò; giacché la sua pretesa non era volta a far affermare il formale rispetto della legge, ma ad ottenere da parte della giurisdizione la protezione del proprio bene della vita che riteneva ingiustamente sacrificato.

Con altro modo di dire, ciò che ha sempre connotato l'oggetto della domanda processuale del viandante insoddisfatto, oltre le formalità di rito, è la

⁵ Sul punto si veda F. LEVI, (voce) *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 132.

concretezza del fatto e non l'astrattezza delle forme; il fatto, però, sul piano sostanziale, in assenza di procedimento, era di esclusiva cognizione della p.a., mentre sul piano processuale al giudice era precluso accedervi grazie allo sbarramento dato dall'opacità dell'atto amministrativo.

Dagli anni cinquanta in poi del secolo scorso, si avviò un periodo di revisione negli studi del diritto amministrativo; infatti, da un lato, si incominciò a prendere in seria considerazione il fenomeno del procedimento e, dall'altro lato, si iniziò a recuperare spazi di tutela attraverso la completa rilettura dell'eccesso di potere⁶.

Il panorama normativo e culturale, oggi rispetto ad allora, è completamente mutato e ciò è avvenuto grazie al movimento innescato, proprio in quegli anni, da una parte della dottrina che ha, alla lunga, determinato l'attuale quadro normativo (grazie alle riforme degli anni novanta del secolo scorso e di quelle di inizio dell'attuale, sino al c.p.a.) ed alla completa rivisitazione del concetto di interesse legittimo⁷.

Sicché, la centralità del procedimento, come luogo di incontro e scontro fra gli interessi in gioco (in forza della l. 7 agosto 1990, n. 241), e l'accesso del fatto nella cognizione del giudice amministrativo (grazie al principio di concentrazione delle tutele, disposto dall'art. 7, co. 7, c.p.a.) risulta essere di difficile discutibilità. Nondimeno, rimane sullo sfondo la relazione fra procedimento e processo, con particolare riguardo al rapporto fra le pertinenti tutele.

Il tema non sembra essere di poco conto dal momento che l'effettività delle tutele sostanziali dipendono dalla quantità e dalla qualità della cognizione del giudice amministrativo sulla procedura amministrativa; d'altro canto, l'effettività della tutela giurisdizionale discende dalla reale cognizione del giudice stesso sulla fattispecie, per come essa è stata trattata nella procedura amministrativa e non solo come contenuto della decisione amministrativa.

⁶ In realtà la costruzione concettuale del procedimento amministrativo avvenne un decennio prima, grazie alla possente opera di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), rist., Milano, Giuffrè, 1958. Sulla teoria della funzione e sull'eccesso di potere, cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, p. 1 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 118 ss. Per una recente lettura dell'opera del maestro veneziano, cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99 ss.

⁷ Sul punto, anche per l'evoluzione storica del concetto, si veda per tutti F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Torino, Giappichelli, 2017. Il concetto di interesse legittimo è stato, però, completamente e fruttuosamente rivisitato (con un approccio in chiave comparata) dalla dottrina spagnola, cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

2. Il principio della separazione dei poteri.

È fuori dubbio che una lettura formalistica e rigida del principio della separazione dei poteri⁸ (o delle funzioni)⁹ abbia determinato una forma di pre-comprensione tale da portare, talune volte, alla negazione, da un lato, della sindacato giurisdizionale *tout court* sull'attività amministrativa¹⁰ e, dall'altro lato, dell'esistenza di una reale attività valutativa dell'amministrazione nell'applicazione della legge¹¹; ma al di là di tali estremizzazioni¹², anche nelle letture meno formalistiche, una certa mitologia che si è creata attorno a tale principio ha indubbiamente fatto segnare il passo all'analisi dei nessi fra giurisdizione e amministrazione¹³.

In realtà, il tema così è mal posto, poiché il principio montesquiviano è uno dei criteri di organizzazione delle funzioni pubbliche che interagisce con altri principi, come quello costituzionale di sovranità del consorzio sociale, o con i sistemi di contrappesi costituzionali.

In questo senso, esso può essere preso a pretesto per negare ogni nesso fra giurisdizione ed amministrazione; ma, allo stesso tempo, il medesimo può

⁸ Sul punto cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 61 ss.

⁹ Sul principio, la bibliografia è sterminata, fra le altre si segnalano le seguenti opere H. KELSEN, *Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Arch. für Rechts und Wirtschaftphilos.*, 1923 – 1924, p. 374 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 48 ss.; G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 673 ss. Per un singolare spunto critico rispetto alla teoria montesquiviana, si veda L. PEREGO, *La dinamica della giustizia*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 331 s.

¹⁰ È nota la polemica di Toqueville avverso Macarel (contro la pretesa insindacabilità, da parte del giudice, dell'attività amministrativa) che sfociò nella relazione tenuta, nell'anno 1846, presso l'Accademia di scienze morali e politiche. Cfr. A. DE TOQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata: «Corso di diritto amministrativo»*, in *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, vol. I, Torino, Utet, 1968, p. 234 ss.

¹¹ Cfr. il saggio critico di F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. It.*, 1895, p. 83 ss.

¹² Proprio in reazione alle concezioni formalistiche del principio della separazione dei poteri, si è affermato che, più che rincorrere la separazione, si dovrebbe disegnare un armonico equilibrio fra i poteri o le funzioni dello stato, sul punto N. MATTEUCCI, *Lo stato moderno*, Bologna, Il mulino, 1993, p. 157 ss.; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, p. 166 ss. Sulla funzione amministrative nell'ottica della separazione dei poteri, cfr. G. MARONGIU, (voce) *Funzione. II) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss. Per una lettura discorsiva del principio, cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, trad. it., *Fatti e norme*, Milano, Guerini e associati, 1996, p. 207 s.

¹³ Sebbene il principio di separazione delle funzioni non postuli la negazione dei nessi essenziali fra amministrazione e giurisdizione ossia fra procedimento e processo, come è stato riaffermato di recente. Sul punto si veda F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 31 ss.

essere preso in considerazione, pure, per ottenere il risultato opposto.

Sicché, il tema deve essere declinato in maniera diversa, ovvero lasciando sullo sfondo il principio, per verificare il contenuto e la struttura della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale.

È fuori dubbio che le due funzioni abbiano caratteri differenziali, ma ciò non significa che gli stessi siano incomunicabili.

La loro pretesa assoluta separazione non trova ragione nell'ordinamento giuridico, ma essa affonda le radici nei motivi che hanno portato alla creazione del diritto amministrativo moderno.

Per rendersi conto di ciò, sembra sufficiente fare riferimento ad un'incursione operata sul tema da parte della dottrina processualcivilistica, nella prima parte del secolo scorso¹⁴.

L'Autore ricava la distinzione concettuale ragionando, prima di tutto, sul contenuto delle corrispondenti funzioni in ragione degli interessi dello stato dalle stesse tutelati.

In questo senso, sia l'amministrazione sia la giurisdizione hanno la funzione di attuare il diritto obbiettivo, ma tale notazione non è sufficiente ad individuare il contenuto dei due concetti; difatti, esso è individuato nelle differenti modalità di attuazione, appunto, del diritto oggettivo.

Con l'amministrazione, lo stato si muove in vista dell'utilità sociale e non di quella individuale, la quale tutt'al più può trovare guarentigia in via indiretta¹⁵; con la giurisdizione, invece, lo stato si muove in vista dell'utilità individuale delle parti, nel concedere alle stesse lo strumento giuridico per dirimere un conflitto di interessi.

Su questa linea, nell'amministrazione lo stato ha un interesse diretto all'attuazione del diritto obbiettivo, giacché esso è cogente; mentre nella giurisdizione, lo stesso ha un interesse mediato, perché il diritto oggettivo non è cogente, ma è dispositivo (e quindi necessità dell'iniziativa di almeno una delle parti)¹⁶.

Il tema qui è declinato (pur con la perfezione geometrica del tecnicismo giuridico) in chiave evidentemente autoritaria; si potrebbe essere tentati di affermare che l'opera (vista la data di pubblicazione: il 1926) sia in ordine con lo spirito del tempo. Ma, se lo si facesse, sarebbe un errore, non solo per la storia personale dell'autore (processualcivilista allievo di Calamandrei ed alieno dal

¹⁴ Cfr. A. RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1926.

¹⁵ Cfr. A. RASELLI, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁶ Cfr. A. RASELLI, *Op. cit.*, p. 18.

potere e dall'ideologia fascista), ma proprio per il contenuto della tesi stessa¹⁷.

Infatti, essa è pur sempre fedele al principio della separazione dei poteri (come portato dello stato di diritto); se è vero che fra stato di diritto e stato totale vi è una differenziazione nell'allocazione quantitativa del potere piuttosto che una distinzione qualitativa (con riguardo al potere pubblico)¹⁸, è altrettanto corrispondente a realtà che la forza delle istituzioni dello stato di diritto in Italia, se non furono in grado di evitare la deriva, riuscirono quanto a porvi un freno.

A differenza di ciò che avvenne al tempo in Germania, da noi si arrivò, certamente, allo stato totale, ma mai a quello totalitario.

Non è questo il luogo per un approccio non approssimativo sulla questione, ma ai fini del discorso che si va facendo è sufficiente ricordare che una parte del merito di ciò lo si deve alla dottrina; la quale rimanendo fedele al metodo (che si era formato negli ultimi decenni del secolo precedente) pose più di un ostacolo all'ingresso delle teorie totalitarie. Con altro modo di dire, se è vero che l'*ethos* dello stato legislativo arretrò di fronte al *pathos* dello stato amministrativo¹⁹, è pure vero che l'ideologia sottesa a quest'ultimo non pervase interamente l'organizzazione pubblica e, con essa, quella del consorzio sociale (che riuscì a non snaturarsi del tutto).

In questo senso, pure gli intellettuali, anche oltre il margine giuridico, vicini al regime (salvo rare eccezioni di personaggi di minore rilievo) raramente ebbero atteggiamenti radicali; si pensi al costituzionalista Carlo Alberto Biggini²⁰ oppure al filosofo Giovanni Gentile²¹.

La fallacia, quindi, dell'incursione teorica di Alessandro Raselli non è dovuta al periodo ed all'ambiente politico culturale in cui essa nacque, ma è data dalla comune lettura che al principio della separazione dei poteri (e di quello della distinzione fra amministrazione e giurisdizione, come sua implicazione

¹⁷ In senso contrario si veda L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, p. 61 s.

¹⁸ Sul punto ci si permette il rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, p. 69 ss.

¹⁹ Cfr. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in G. PECORA (a cura di), *Potere politico e legittimità*, Milano, SugarCo Edizioni, 1987, p. 151 s.

²⁰ Cfr. C.A. BIGGINI, *Dei principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pagnini Mariotti, 1943.

²¹ Il padre dell'attualismo nel suo saggio del 1943, dal titolo *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, quando affronta il tema della contrapposizione fra democrazia e stato autoritario, pur riferendosi nominalmente al modello totalitario di organizzazione statale (e non alla forma più addomesticata di quello totale), di fatto gli sbarrò la strada, facendo salva in qualche guisa la figura ed il ruolo dell'individuo (*rectius* della persona). Sul punto G. GENTILE, *L'attualismo*, Milano, Bompiani, 2014, p. 1361 ss.

logico – giuridica) fu propria dei cultori del tecnicismo giuridico²², la quale era pur sempre autoritaria.

In realtà, la funzione amministrativa, nella procedura amministrativa, implica la tutela degli interessi in gioco in guisa imparziale, ossia alla stessa maniera nel momento in cui si forma la c.d. *compossibilità*; solo successivamente, nella definizione del regolamento d'interessi finale (che identifica la cura dell'interesse pubblico concreto), con il passaggio dalla *compossibilità* alla *decisione* approda alla differenziazione degli stessi²³.

Lo schema è lo stesso della giurisdizione, la differenza sta nella discordante qualità che si ha nel dialogo fra i vari interessi in gioco: nella giurisdizione vi è una lite fra parti; nell'amministrazione no, per quanto vi possa essere in un procedimento concorrenza od antagonismo fra i vari interessi pertinenti alla fattispecie.

Amministrare significa dare seguito concreto all'equilibrio disegnato in maniera astratta dall'ordinamento giuridico; giudicare, invece, equivale al ristabilimento di quell'equilibrio turbato in concreto dall'amministrazione con una decisione illegittima.

La conferma di quanto si va dicendo si ritrova nel diritto positivo e, in particolare nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248 All. E).

Gli articoli 2 e 3 della medesima disciplinano in maniera semplice e precisa la distinzione fra giurisdizione e amministrazione; dalla lettura delle due norme, si ricava l'ambito dell'amministrazione per esclusione rispetto a quello di giurisdizione. Infatti, l'espressione iniziale della norma contenuta nell'art. 3 (*Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative*), il cui valore precettivo è indiscutibile, indica in maniera chiara che è oggetto dell'attività amministrativa tutto ciò che non è riservato a quella giurisdizionale.

E cosa è riservato alla giurisdizione? Semplicemente la risoluzione di una lite fra l'amministrazione e la persona.

Quindi, il criterio della lite è l'unico idoneo per individuare con sicurezza ciò che è amministrazione e ciò che è giurisdizione.

A tale lettura, possono essere fatte due obiezioni: la prima attiene al fatto che l'art. 2 dell'All. E della L. 2248/1865 disciplina l'ambito della giurisdi-

²² Sul metodo, e sull'ideologia ad esso sottesa, propria del tecnicismo giuridico, si perdoni l'ulteriore rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, cit. p. 55 ss.

²³ Sul concetto di *compossibilità* nella determinazione e sul rapporto fra questo e quello di decisione si rimanda a M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, in *PA persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 45 ss. In questo senso, pure con approccio divergente, si veda P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in *PA persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 98 ss.

zione ordinaria e non di quella amministrativa; la seconda concerne il fatto che in alcuni casi, non irrilevanti, l'oggetto del procedimento amministrativo è, proprio, una lite.

A ben vedere, ambedue le obiezioni sono facilmente superabili.

Con riguardo alla prima, è fuori dubbio che quello sia il contenuto pre-cettivo dell'art. 3 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, ma lo è oggi e non lo era nel 1865; a quel tempo la norma in questione non disciplinava una giurisdizione, ma la giurisdizione in caso di lite fra amministrazione e cittadini.

Con riguardo alla seconda, è vero che i procedimenti di giustizia amministrativa hanno per oggetto una lite, ma essi sono procedimenti di secondo grado finalizzati al sindacato su una decisione amministrativa presa; in questo caso la p.a. non amministra, ma giudica (e lo fa, pure, quando ha il potere di riformare nel merito il provvedimento impugnato, nel caso del ricorso gerarchico).

Quindi, ciò che conta per definire la distinzione fra amministrazione e giurisdizione è la comparazione fra l'attività di primo grado della prima e quella della seconda: in questo senso, ci si rende conto che la prima guarda tendenzialmente al futuro, perché è suo compito costituire il regolamento di interessi per la cura dell'interesse pubblico concreto; mentre la seconda guarda tendenzialmente al passato, dal momento che la sua missione postula la risoluzione di una controversia.

Una volta definita in siffatta guisa la linea di confine fra i due settori dell'esperienza giuridica, ci si rende conto che essa non offre alcun argomento per negare l'adozione di modelli processuali per la decisione amministrativa; tanto è vero che, da un lato, l'art. 3 della ricordata legge contiene la disciplina dei principi sul procedimento amministrativo e, dall'altro lato, tali principi modellano la trattazione nel procedimento sulla falsariga del contraddittorio e dove vi è contraddittorio il procedimento diventa rito (sulla traccia del processo), mentre dove questo è assente il procedimento acquisisce una connotazione inquisitoria²⁴.

3. Procedimento e processo.

La circostanza che procedimento e processo possano essere assimilati, pure, dal punto di vista linguistico, significa che i due modelli di decisione, pos-

²⁴ Sul punto si rimanda ad E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; E. FAZZALARI, *La dottrina processualciviltistica italiana: dall'azione al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 919 ss.

sono in taluni casi avere dei caratteri comuni, ma ciò non significa che essi siano completamente assimilabili²⁵.

Prima di tutto, procedimento e processo possono essere posti sullo stesso piano, a condizione che il primo sia conformato al principio del contraddittorio; in caso di assenza di contraddittorio, invece, nessun apparentamento è possibile fra i due.

L'assenza di contraddittorio si può avere per ragioni attinenti ad un certo ordinamento giuridico, perché conformato a principi autoritari, oppure essa può essere una delle possibili forme del procedimento amministrativo.

Ogni ordinamento, democratico e liberale, contempla, infatti, pure la possibilità che si verifichi il caso di procedimenti in assenza di contraddittorio; ciò non dipende dalla struttura del procedimento, ma discende dalla fenomenologia dello stesso: le procedure amministrative possono essere avviate o su domanda di parte oppure d'ufficio; nel primo caso, in presenza della parte interessata, il contraddittorio sussiste sempre; nel secondo caso non è detto, giacché a fronte dell'iniziativa dell'amministrazione, la parte interessata (ossia il destinatario del provvedimento oppure il controinteressato) è libero di scegliere come meglio curare l'interesse oppositivo di cui è portatore e, quindi, decidere se costituirsi (ovvero partecipare) oppure no.

Sicché, nel caso di assenza di partecipazione procedimentale, l'amministrazione deve comunque procedere in maniera unilaterale ossia in guisa inquisitoria.

Ne consegue che se la giurisdizione, nel nostro ordinamento, si attua solo ed esclusivamente mediante il giusto processo (art. 111 cost.) conformato al principio del contraddittorio, la stessa cosa non può dirsi per l'amministrazione, la quale si attua solo tendenzialmente mediante il principio del giusto procedimento.

Si tratta, a questo punto, di appurare se i sintagmi *giusto processo* e *giusto procedimento* abbiano lo stesso significato.

Prima di tutto, però, è necessario chiarire l'accezione del lemma *giusto* in relazione ai lemmi procedimento e processo. Normalmente il primo lo si riferisce (come si è visto) al contraddittorio (in concordanza al testo dell'art. 111 cost.), ma tale apparentamento potrebbe non essere così scontato.

L'aggettivo giusto rimanda al significato che qualcosa è conforme a giu-

²⁵ A tal proposito si rimanda a L.R. CARRANZA TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires, Legis, 2008, p. 31 ss.

stizia²⁶; questo qualcosa riferito ad una procedura (indifferente che si tratti di procedimento o di processo) è un'attività giuridica.

Questa attività è costituita da una trattazione (ossia dal modo in cui essa condotta) e da una decisione (ovvero da come essa è conclusa); da ciò consegue che il lemma giusto potrebbe essere ascrivito all'una od all'altra oppure ad ambedue.

Non a caso, in teoria generale, si è soliti distinguere i procedimenti (si usa il lemma in questo caso in un'accezione atecnica) a giustizia procedurale pura, perfetta ed imperfetta²⁷.

La prima forma implica che al rispetto delle regole procedurali consegua sempre un risultato giusto; quindi in questo caso l'aggettivo giusto è riferito tanto all'attività quanto decisione. È oltremodo rara l'esistenza di procedure giuridiche conformate a criteri di giustizia pura, giacché alla astratta e potenziale non fallibilità della procedura si oppone la concreta fallibilità di chi le conduce ossia dell'uomo²⁸.

Si può ipotizzare che un procedimento di certazione oppure quello attraverso il quale lo studente universitario si iscrive agli esami siano a giustizia pura; dal momento che dati i presupposti (ad esempio, per questo, essere in pari con il pagamento delle tasse universitarie, essere iscritto all'anno di corso per quel determinato esame ed avere rispettato le propedeuticità) il risultato è sempre giusto. Ma in realtà nell'uno e nell'altro caso non si è in presenza di vere procedure (giacché né c'è trattazione, né c'è decisione), perché esse non sono assistite da alcun tipo di valutazione (neppure discrezionale in senso tecnico), ma solo da attività di accertamento che, oramai, sono condotte tramite sistemi informatici (la presenza umana è limitata alla rettifica di errori, sempre possibili, del sistema).

La seconda forma comporta che il lemma giustizia sia apparentato alla decisione; la qual cosa significa che, per ottenere ciò la struttura del procedimento deve essere conformata al raggiungimento del risultato; ovvero che trattazione non può essere assistita da troppe garanzie per la parti, se queste si frappongono al raggiungimento del risultato finale.

La terza forma sottende che l'aggettivo in questione sia ascrivito alla trat-

²⁶ Sul concetto di giustizia la bibliografia è sterminata, qui ci si limita a rimandare a M. ASCOLI, *La giustizia. Saggio di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1930; e, con un approccio diverso, ad H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, Macerata, Quodlibet, 2015.

²⁷ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, p. 84 ss.; J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1996, p. 202 ss.

²⁸ Cfr. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 111.

tazione, il ché presuppone che essa sia sostenuta da tutte le garanzie possibili affinché le parti possano essere poste in condizione di poter efficacemente far valere le proprie ragioni.

Se si esclude la prima (per le ragioni poste in evidenza), la seconda forma, che si ritiene ripiegata sull'efficienza, si contrappone alla terza, permeata dalle garanzie; tale opposizione, però, è frutto di una finzione²⁹; tenuto conto del fatto che garanzia ed efficienza non sono termini fra di loro comparabili.

Infatti, garanzia significa protezione o difesa, mentre il lemma efficienza³⁰ implica un giudizio di adeguatezza di uno strumento rispetto alla sua funzione (o di una persona al suo compito). Quello dell'efficienza è, pertanto, un parametro di giudizio, in sé assolutamente neutrale, e che assume un determinato contenuto in ragione dell'oggetto di giudizio di volta in volta dato.

In questo senso, esso può essere riferito alla mera decisione amministrativa (considerata come separata dal resto del procedimento) ed allora il peso delle garanzie nella trattazione, può determinare un giudizio negativo sul punto. Ma lo stesso può, pure, essere ascritto alla trattazione, in generale, ed alle garanzie, in particolare; allora il risultato è all'opposto di quello sulla decisione *tout court*.

Con altro modo di dire, l'enunciato che acquisisce significato grazie al lemma efficienza ha natura *constativa*, dal momento che esso implica la descrizione di un fatto in termini di vero/falso³¹.

Invero, l'enunciato *le garanzie, proprie della trattazione nel procedimento amministrativo, offrono protezione adeguata alle parti interessate* significa un giudizio di vero/falso sull'efficienza delle stesse; il quale, però, presuppone un'ulteriore giudizio, con riguardo tanto all'esistenza di tali garanzie quanto allo loro completa attuazione.

In questa ipotesi, pertanto, il giudizio di adeguatezza di uno strumento rispetto alla sua funzione (efficienza) è inscindibilmente legato a quello di effettività o meglio di fatticità³² dello stesso. Con altro modo di dire, non è pratica-

²⁹ Sulla teoria delle finzioni si veda la nota opera di Hans Vaihinger del 1911 oggi ripubblicata in lingua originale, Cfr. H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Paderbon, Salzwasser, 2013 nonché F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, Cedam, 1979.

³⁰ Sull'efficienza in senso giuridico, nel margine del diritto amministrativo, si vada D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, Wolters Kluwer – Cedam, 2018.

³¹ Sulla distinzione fra enunciati constativi ed enunciati performativi, cfr. J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962. Gli enunciati performativi sono sottoposti a condizioni di *riuscita* (io sto compiendo un'azione nella maniera in cui deve esserlo), mentre quello *constativo*, che descrive uno stato di cose, è sottoposto a condizione di verità.

³² Sull'autentico significato dei lemmi *effettività* e *fatticità*, si rimanda a M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001, § 29.

bile il giudizio di efficienza di uno strumento giuridico, se esso è solo immaginato o desiderato (ossia se lo stesso è *de iure condendo*), oppure se il medesimo è disciplinato, ma tale norma è inattuata o non correttamente attuata.

Sicché, l'enunciato sull'*effettività* ha natura mista (constativa - performativa)³³: constativa sul fatto che le garanzie procedurali siano previste dalla norma giuridica; performativa sulla riuscita applicativa delle stesse; mentre l'enunciato sull'*efficienza*, di natura meramente constativa, esprime il giudizio di adeguatezza sul livello di protezione dei diritti procedurali delle parti interessate, nel caso di corretta attuazione delle previste garanzie.

Con altro modo di dire, il giudizio di efficienza potrebbe avere, anche, esito negativo, ancorché l'ordinamento predisponga delle garanzie procedurali ed alle stesse sia dato seguito.

Dalle osservazioni fatte, dunque, risulta chiaro che la dicotomia fra *giustizia procedurale perfetta* e *giustizia procedurale imperfetta* si gioca non sull'opposizione *garanzia/efficienza*, ma sull'enunciato tipicamente misto che attiene all'*effettività* delle garanzie procedurali.

Nel nostro ordinamento, il sintagma *giusto processo* è riferibile alla *giustizia procedurale imperfetta*, tanto è vero che l'art. 111 cost. contiene l'espreso riferimento alla garanzia del contraddittorio; la stessa cosa può dirsi per quello del *giusto procedimento*³⁴, ma la via per raggiungere tale approdo è stata maggiormente cosparsa di ostacoli, rispetto a quella del processo.

La conformazione del procedimento al processo, mediante il modello del contraddittorio³⁵, è stato un cammino lento³⁶, costellato pure di momenti di arresto: la dottrina maggiormente sensibile al tema delle garanzie ne ha gettato le basi, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, ed oggi con la L. 241/1990 (soprattutto a seguito delle novelle intercorse a partire dal 2005), con il diritto comunitario e con il Trattato EDU³⁷, la questione sembra essere non più discutibile.

D'altro canto, l'estensione delle garanzie del processo al procedimento non poteva essere un'operazione semplice, non solo in Italia, ma pure in altri

³³ Spesso gli enunciati non sono distinguibili, in maniera rigida, secondo il criterio indicato, ma sono di natura mista, ovvero sono in parte performativi ed in part constativi. Sul punto si rimanda a J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit. p. 132 ss.

³⁴ Cfr. L.R. CARRANZA TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, cit., p. 73 ss.

³⁵ Sul tema si veda fra gli altri A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2016, in specie p. 34 ss.

³⁶ Per la descrizione di tale percorso, ci sia permesso il rimando a M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 618 ss.

³⁷ Sul punto si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

ordinamenti; a tal proposito si pensi all'Inghilterra, dove solo a seguito della sentenza della *House of Lords* del 1966 (resa nella causa *Ridge v. Baldwin*) si è avviato quel percorso che ha portato ad estendere le garanzie della *Natural Justice* (prima fra tutte quella del *fair hearing*) alle procedure amministrative³⁸.

4. (Segue) Caratteri comuni e caratteri differenzianti.

In conseguenza di ciò che si è visto, i caratteri comuni al procedimento ed al processo sono la logica implicazione del principio che si esprime con il sintagma *giusta procedura*, la quale non postula solo il generico diritto di difesa delle parti.

Essi attengono tanto alla trattazione quanto alla decisione possono essere così semplificati:

a) la qualità di parte in una procedura si acquisisce o grazie alla domanda o grazie alla conoscenza diretta dell'avvio della stessa (nel processo con la notificazione, nel procedimento con la comunicazione);

b) la domanda implica sempre una decisione sul merito o sul rito, l'obbligo di provvedere (tanto per i procedimenti avviati su domanda di parte, quanto per quelli avviati d'ufficio) vale, anche, nelle procedure amministrative ai sensi dell'art. 2. co 1, della L. 241/90;

c) le parti concorrono alla formazione progressiva del *thema disputandum ac decidendum*, ovvero pure nel procedimento amministrativo esso è dato sia dall'atto di avvio (che contiene la domanda), sia dalle allegazioni successive, ai sensi dell'art. 10 e 10 *bis* della l. 241/90;

d) il dialogo procedurale, nella trattazione è condotto nel rispetto del contraddittorio anche nel procedimento amministrativo, permettendo ad ogni parte interessata la conoscenza degli atti e dei documenti del procedimento ed a presentare memorie contenenti deduzioni o controdeduzioni (artt. 10 e 10 *bis* della legge sul procedimento amministrativo);

e) le parti concorrono alla formazione progressiva del *thema probandum*, sebbene la legge italiana sul procedimento amministrativo non contenga una disciplina di dettaglio sul punto (a differenza della legge austriaca del

³⁸ In tema cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 327 ss. e p. 335 ss.; T. HENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford – New York, Oxford Press, 2011, p. 113 ss. In generale, cfr. G. GANZ, *Administrative procedures*, London, Sweet & Maxwell, 1974. Per la portata della *Natural Justice* prima del 1963, si veda W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, Stevens & Sons limited, 1951, p. 1 ss. e 325 ss. Per la descrizione delle garanzie procedurali della *Natural Justice*, anche, prima della sentenza *Ridge v. Baldwin* cfr. G. VALENTI, *Natural Justice e giusto procedimento* in www.ilmerito.org.

1925³⁹ e di quelle dei paesi di lingua spagnola), è fuori dubbio infatti che le allegazioni probatorie delle parti (ai sensi dei ricordati artt. 10 e 10 *bis* della L. 241/90) siano obbliganti per l'amministrazione;

f) anche nel procedimento amministrativo, la procedura è nella disponibilità delle parti; difatti, non solo l'amministrazione può rinunciare, archiviando il procedimento avviato d'ufficio, ma pure la parte interessata può farlo, quando lo stesso è stato avviato su sua domanda;

g) la decisione amministrativa deve essere fondata, al pari di quella giurisdizionale, non a caso l'art. 3, co 1, della legge sul procedimento amministrativo contiene stringenti prescrizioni in tema di motivazione del provvedimento finale.

Amministrazione e giurisdizione, però, assumono a ruoli diversi, poiché, come si è visto nel precedente paragrafo, le pertinenti funzioni hanno natura eterogenea; cosicché, pure, procedimento e processo hanno caratteri differenzianti.

Prima di tutto, il processo (con l'eccezione di quello penale) è strumentale alla soluzione di una lite, fra parti, su un regolamento d'interessi già formato (con l'eccezione dei giudizi di natura costitutiva); mentre il procedimento deve appena formare un regolamento d'interessi che garantisca la cura (oltre agli interessi scaturenti delle pretese fondate delle parti interessate) dell'interesse pubblico concreto. Ciò implica che il processo è tendenzialmente a contenuto soggettivo (ad esclusione di quello penale), mentre il procedimento è a contenuto tendenzialmente oggettivo.

Da qui scaturiscono significative differenze fra i due percorsi decisori:

a) il c.d. rapporto processuale si instaura fra tre soggetti (due parti con interessi antagonisti ed un terzo, il giudice, che funge da arbitro); nel procedimento amministrativo, quand'anche il responsabile del provvedimento sia un soggetto diverso da quello del procedimento, colui che decide, pur se imparziale, non ha la posizione del giudice;

b) il procedimento ha natura costitutiva⁴⁰ al contrario del processo (con l'eccezione, come si è detto, dei giudizi di natura costitutiva);

c) nel procedimento amministrativo l'intensità della garanzia del contraddittorio può affievolirsi ed in alcuni casi esso può addirittura scomparire: nei procedimenti a cognizione differenziata (quali quelli previsti dall'art. 13 della L. 241/90) l'intensità del contraddittorio non è certo pari a quella prevista

³⁹ Sulla legge austriaca si rimanda a G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.

⁴⁰ Cfr. G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 80 ss.

dalla legge sul procedimento amministrativo; in caso mancata partecipazione al procedimento, come si è accennato, l'assenza del contraddittorio è fisiologica, mentre per taluni procedimenti a cognizione differenziata (quali quelli volti all'adozione di misure contingibili ed urgenti) l'assenza del contraddittorio esiste di fatto e sembrerebbe essere strutturale, sebbene si possa dubitare della correttezza di tale ricostruzione e della legittimità di tali procedimenti con riferimento alla questione;

d) la formazione della prova sembra essere nella disponibilità attenuata delle parti interessate, visto che il principio acquisitivo, di cui all'art. 6 della L. 241/90, è di maggiore estensione rispetto a quello vigente nel processo

5. Il diritto come pretesa: le utilità che la persona viandante si aspetta dal procedimento e dal processo.

La persona è un viandante nel modo del diritto che, nel suo peregrinare, intreccia rapporti e relazioni per ottenere quelle utilità necessarie al soddisfacimento dei suoi bisogni.

Talune volte l'instaurazione di certe relazioni non solo è necessitata, ma è l'unico modo per provvedere alla cura dei suoi interessi.

La qual cosa accade quando in questa relazione è coinvolto il potere pubblico⁴¹; in siffatti casi, il viandante è costretto a condividere parte del suo percorso con la pubblica amministrazione.

Ma cosa si aspetta il viandante in tale situazione?

Egli si attende da siffatta relazione (o da cosiffatto rapporto) che l'amministrazione non gli tolga ciò che invece vuole togliergli (ad es. nel caso dell'espropriazione), oppure che la stessa gli dia ciò che l'ordinamento, al momento, gli nega (ad es. nella concessione) od anche che la medesima rimuova quegli ostacoli che l'ordinamento frappone fra lui ed il soddisfacimento dei suoi interessi (come nel caso dell'autorizzazione) oppure che, in caso di bisogno, la p.a. (o chi per essa) gli fornisca una prestazione di carattere patrimoniale oppure personale (in caso di servizi pubblici).

Tutte queste aspettative, di carattere sostanziale, innervano i suoi interessi (pretensivi od oppositivi) che confluiscono in delle pretese di carattere sostanziale (a loro volta di contenuto oppositivo oppure pretensivo).

Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se non limitare il discorso al rapporto fra aspettative ed interessi senza coinvolgere la pretesa, ossia ci po-

⁴¹ Forse al lemma relazione andrebbe sostituito quello di rapporto, anche in costanza di procedimento, come sottolinea M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

trebbe interrogare se sia necessario, oppure no, allungare di un tanto la catena logica.

La risposta è intuitiva: l'aspettazione è l'anticipazione di un fatto futuro, a sua volta quel fatto futuro (che è oggetto di quell'aspettazione), per avere un senso, deve essere collegato ad un fatto attuale che determina una situazione d'interesse in ragione di un bene della vita che non è nella completa disponibilità della persona (o che corre in rischio di un esserlo più, come nel caso dell'espropriazione).

Quindi l'aspettazione senza la situazione d'interesse non avrebbe alcuna concretezza, potendo al più ridursi a mera immaginazione; per canto suo, la situazione d'interesse senza la prima non avrebbe alcun senso pratico, dal momento che solo l'aspettazione, nell'anticipare l'evento futuro, prepara all'azione.

Ambedue, però, mancano dell'elemento dinamico che è dato dalla cura (come essere dell'esserci)⁴² che, al contrario, si trova nella pretesa, la quale postula un esigere, un reclamare.

Non caso la teoria del diritto come pretesa (abbozzata da Cesarini Sforza e declinata da Bruno Leoni)⁴³ evidenzia il lato dinamico dell'esperienza giuridica, permettendo così di cogliere la sorgente viva delle relazioni giuridiche e, di conseguenza, dell'ordinamento giuridico nel suo complesso⁴⁴.

In questa accezione, la pretesa della persona ad un certo comportamento dell'amministrazione colora giuridicamente sia la situazione d'interesse, sia l'aspettazione; giacché solo con essa le ultime due si arricchiscono di utilità pratica.

Ciò vale per il momento sostanziale, ma lo stesso ragionamento può essere condotto, pure, per quello procedurale.

La procedura amministrativa non esiste per se stessa, ma ha natura strumentale con riguardo ad una o più relazioni giuridiche sostanziali.

Con altro modo di dire, senza il procedimento amministrativo, esiste l'aspettazione ed esiste la situazione d'interesse, ma non la pretesa; il tutto per la ragione che l'attività amministrativa rimane, in questo caso, estranea alla partecipazione della parte interessata.

Sicché, si può ben dire che il procedimento amministrativo è lo strumen-

⁴² Cfr. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., § 41.

⁴³ Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 1947, p. 181 ss.; B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2004, p. 119 ss.

⁴⁴ Cfr. C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2011, p. 64.

to giuridico che conferisce effettività sia all'aspettazione sia alla situazione d'interesse, rendendo possibile la pretesa sostanziale.

In questo senso: l'aspettazione, sotto il profilo della procedura, è dunque l'anticipazione che prepara ad un evento strettamente di rito, la situazione d'interesse (sempre sotto tale profilo) prefigura l'ottenimento di un'utilità concreta ed attuale dall'uso degli strumenti propri della procedura in ragione della formazione della decisione amministrativa; la pretesa postula il raggiungimento di determinate utilità pratiche dal comportamento, nel rito dell'amministrazione tanto per ciò che attiene la trattazione (ad es. ottenere l'accesso agli atti del fascicolo; depositare memorie e documenti ecc.), quanto per ciò che concerne l'epilogo (cioè che le deduzioni e le prove siano correttamente valutate, al fine che la decisione sia fondata).

Qualora l'esito dell'epilogo sia corretto, quella particolare relazione fra persona ed amministrazione si estingue; in caso contrario essa permane, dal momento che questa non ha ottenuto tutto ciò che l'ordinamento giuridico permette, per carenza di collaborazione da parte della pubblica amministrazione.

A questo punto, entra in gioco il processo che ha la funzione di dirimere la lite con riguardo al regolamento di interessi che la p.a. ha erroneamente costituito, con la decisione infondata, quindi illegittima.

Il collegamento logico fra aspettazione, situazione di fatto pretesa descritta con riguardo al rito amministrativo sostanziale, vale, pure, per il processo, con un arricchimento in più.

Il primario scopo di ogni pretesa processuale è che il giudice dia completo e corretto seguito alla garanzia contenuta nell'art. 7, co 7, c.p.a., il quale postula la concentrazione di tutte le tutele processuali di fronte al giudice amministrativo; dal momento che, solo in tale maniera, è possibile stabilire la continuità fra sostanza e processo ossia fra questo ed il procedimento amministrativo.

6. La struttura delle pretese.

Come si è visto, la persona viandante, che si trova ad entrare in relazione con l'amministrazione, si aspetta che la stessa tenga un certo comportamento.

Quando dalla semplice aspettazione (ove si prepara l'azione in ragione di un futuro evento) si passa alla dinamica della pretesa si ha la pratica prefigurazione del suddetto comportamento.

Com'è stato correttamente rilevato, nell'ambito della teoria del diritto come pretesa, ogni forma di manifestazione della stessa ha immanente la pos-

sibilità che il destinatario della medesima tenga quella certa e desiderata linea di condotta⁴⁵.

A livello pratico, per il margine che qui interessa ossia nell'ambito di una procedura, la pretesa trova il suo luogo nella domanda (in via di azione oppure in via d'eccezione); dal momento che essa, alla fine, altro non è che l'esercizio in una procedura della pretesa stessa.

Il terreno dell'azione e dell'eccezione, che normalmente è pertinente al processo, è estensibile, pure, al procedimento (per quelle linee di continuità teoriche e normative indicate nei precedenti paragrafi); in definitiva, la richiesta di avvio del procedimento altro non è che una domanda in via di azione, come la risposta della parte interessata (nel primo atto partecipativo) all'avvio del procedimento d'ufficio è una domanda in via d'eccezione.

Ambedue in casi, trovano fondamento nella pretesa della parte interessata finalizzata ad imporre alla p.a. quel determinato comportamento che solo le può permettere di conseguire una decisione amministrativa favorevole.

La previsione, quindi, si struttura in due momenti: il primo attiene alla previsione del comportamento; il secondo al vantaggio da conseguire per effetto di tale comportamento. È ovvio che il momento previsivo determina il contenuto di quello dispositivo.

Non ogni comportamento può essere, però, oggetto di previsione; esso deve essere assistito sia dal requisito della possibilità, sia da quello della non necessità⁴⁶.

Il comportamento, quindi, deve essere possibile e non necessitato, affinché la pretesa possa essere valutata nel merito.

Ad esempio, non è possibile il comportamento, che pur essendo di natura astrattamente amministrativa, concretamente non rientra fra quelli possibili di quella p.a., in ragione della sua competenza; non è possibile la pretesa volta ad ottenere un permesso di costruzione, se la domanda è presentata ad un comune territorialmente incompetente.

Se il comportamento è necessitato (ad esempio, in caso di attività vincolate che rispondono al rigido criterio di vero/falso, presupponendo solo attività accertative ed in nessun caso valutative anche solo in senso tecnico), essa non può essere oggetto di previsione; perché, in questo caso, né ci può essere una vera pretesa (e conseguentemente una vera domanda, in senso tecnico, della parte interessata) né ci può essere una vera decisione della p.a., dal momento che, se in possesso dei requisiti previsti dal diritto, alla domanda dell'interessato

⁴⁵ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, p. 61 ss.

⁴⁶ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit. p. 63 ss.

corrisponde meccanicamente quel risultato a lui favorevole, indicato nella norma.

Una volta che il fatto è stato correttamente identificato (esso è possibile e non è inevitabile), la pretesa è sottoposta ad un giudizio di probabilità; il quale si esplica sia con riguardo alla previsione, sia con riferimento momento dispositivo della stessa.

Con altro modo di dire, il comportamento oggetto della previsione, ancorché possibile, devono essere probabile, affinché la domanda possa essere accolta.

Se la condotta in questione è possibile, ma non probabile nel caso di specie, la pretesa è illegittima (si usa il termine in senso atecnico)⁴⁷, come nel caso di assenza dei requisiti soggettivi della parte interessata (è illegittima, ad es., la pretesa ad un permesso di costruzione se chi la formula non ha titolo per chiederla).

Tanto i requisiti per la validità della previsione quanto quelli di legittimità della pretesa attengono alla possibilità della decisione nel merito; ne consegue che, in caso di invalidità della previsione o di illegittimità della pretesa, la decisione sarà in rito sul punto della non ammissibilità.

Ritenuta la pretesa (e la concernente domanda) assistita dai necessari criteri di validità, in generale, e di legittimità, particolare, ciò non significa che la stessa sia fondata; dal momento che la valutazione nel merito del suo contenuto può avere esiti negativi per la parte interessata che l'ha formulata.

La pretesa sostanziale è, di solito, assistita da una o più pretese procedurali o sul rito.

Se è vero che la procedura è strumentale a dare effettività al diritto sostanziale, è altrettanto vero che anche i singoli strumenti procedurali lo sono.

Nella trattazione, la formulazione delle pretese procedurali è finalizzata all'uso degli stessi strumenti nell'intento pratico di supportare quella sostanziale; normalmente, tali tipi di pretese si esplicano con riferimento all'avvio, alla trattazione o ad ambedue; nondimeno, la pretesa di carattere procedurale può assistere la sostanziale, anche, in ragione alla decisione.

In questo caso, il suo contenuto è rivolto verso la formazione della decisione amministrativa, in maniera tale che essa sia fondata; giacché, da un lato, la decisione infondata è generalmente sfavorevole e, dall'altro lato, nel caso in cui, al contrario, essa sia di contenuto favorevole per la parte interessata, espone la stessa al rischio dell'annullamento.

Nel caso in cui la questione cambi luogo giuridico e divenga oggetto di cognizione e di decisione del giudice, pure sul versante del processo si avranno

⁴⁷ ID., *Op. cit.*, p. 75 s.

pretese sia di carattere sostanziale sia di carattere processuale, secondo lo schema appena indicato.

7. Full Jurisdiction come presidio della continuità fra procedimento e processo.

Si è visto nei paragrafi precedenti, il contenuto del principio del giusto processo e quello del giusto procedimento, sia nei caratteri che li accomunano sia in quei che li differiscono.

Ma l'esistenza del giusto procedimento e del giusto processo (sebbene facenti parte di un più ampio principio che si è esemplificato con la locuzione giusta procedura) potrebbero implicare livelli di protezione minori di quelli che ci si aspetterebbe.

Per chiarire, se ambedue, oltre a quello logico giuridico, non implicato pure il collegamento fra gli ambiti di loro pertinenza, ossia fra il procedimento ed il processo, si corre il rischio che non tutti i profili sostanziali della fattispecie possano trovare ingresso nel momento giurisdizionale.

La qual cosa comporta, da una parte, un minore grado di tutela delle situazioni giuridiche soggettive e, dall'altra parte, implica una minore forza propulsiva delle pretese individuali nel processo, rispetto a quelle del procedimento.

A ben vedere, sino alle riforme del processo amministrativo avviate con la L. 205/2000 questa era la situazione in cui si trovava chi avesse voluto ricorrere alla tutela giurisdizionale amministrativa.

I motivi sono noti. Essi attenevano per lo più alla carenza di strumenti processuali idonei allo scopo (la tutela era, nel giudizio di legittimità, solamente demolitoria; l'istruzione era differenziata, per qualità e quantità, a seconda del tipo di giurisdizione amministrativa ove il giudizio si allocava; il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non era dotato di riti a cognizione differenziata, in ragione della particolarità della fattispecie ecc.).

Oltretutto, persistevano forme di precomprensione che determinavano una vera e propria cesura fra procedimento e processo. Quella maggiormente pervasiva era data dalla convinzione che la funzione si risolvesse interamente nel provvedimento amministrativo e che, per questa ragione, la cognizione del giudice amministrativo dovesse essere incentrata su questo piuttosto che sull'intero procedimento.

Oggi, gli strumenti processuali contenuti nel codice di rito permettono al giudice amministrativo la completa cognizione sull'attività amministrativa esercitata tramite la procedura amministrativa; nondimeno, rimangono ancora

momenti di precomprensione, dati dalla tradizione, che mettono ancora in discussione la continuità fra procedimento e processo.

Su di essi pesa, pure, la concezione statica di ordinamento e con essa quella del rapporto fra sostanza e processo (ossia tra diritto sostanziale e diritto processuale); in tale ottica, la stessa concezione strumentale del processo nei confronti dei rapporti giuridici che si formano grazie al diritto sostanziale certamente aiuta, ma non risolve il problema.

Per poter individuare una soluzione che sia, da un lato, accettabile e, dall'altro lato, coerente con il sistema, è necessario cambiare l'ottica e guardare all'aspetto dinamico dell'ordinamento.

La dottrina, maggiormente sensibile alla questione, ha notato che esso trova senso giuridico nella sua effettività, la quale è data dall'azione umana che vi si adegua ed in quanto si adegua⁴⁸.

Senza l'azione umana l'ordinamento non è semplicemente ineffettivo, ma è privo di contenuto; quindi, l'ordinamento si risolve, volta per volta, nell'azione umana che nell'adeguarsi lo rende vivo. In questo senso, com'è stato giustamente rilevato, c'è perfetta unione fra ordinamento ed azione umana⁴⁹.

In caso crisi, ossia qualora non ci sia spontanea adeguazione, l'ordinamento necessita di essere, comunque, attuato in concreto, pena la sua inesistenza. In questo caso entra in gioco la giurisdizione, la quale nel dire il diritto (*ius dicere*) per il caso concreto supplisce al mancato spontaneo adattamento delle parti.

In questo senso, la decisione del giudice è attuazione concreta dell'ordinamento al pari dell'azione della persona.

Se così è, e si ritiene di non doverne dubitare, l'unità dell'ordinamento pone sullo stesso piano la prima e la seconda.

Amministrazione e giurisdizione, perciò, non solo appartengono allo stesso ordinamento, ma sono parte dello stesso sistema di attuazione concreta dell'ordinamento; solamente, come si è visto, hanno ruoli diversi: nell'ambito della prima si dà concretizzazione all'ordinamento formando un regolamento di interessi; nell'ambito della seconda si gestisce la crisi determinata dalla mancata spontanea attuazione dell'ordinamento stesso, o con il sanzionare il regolamento illegittimamente formato, oppure con il rigetto della domanda del ricorrente, perché infondata.

Infatti, è utile sottolineare che il mancato adeguamento può dipendere

⁴⁸ Cfr. S. SATTA, *Trattatello di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 32.

⁴⁹ ID., *Op. cit.*, p. 33. La volontà della persona e la conseguente sua azione non è mera soggezione, come sottolinea l'Autore, ma è forza creatrice dell'ordinamento.

tanto dall'azione del titolare di pubblici poteri che decide in maniera scorretta (quindi illegittima), quanto da quella della persona che entra in contatto con la p.a., la quale, pur a fronte di una decisione corretta (di conseguenza legittima), provvede in ogni modo a ricorrere al giudice amministrativo.

Nella relazione che intercorre fra persona e amministrazione (sia nel momento sostanziale, sia in quello giurisdizionale) la prima pone una domanda sempre nei confronti dell'amministrazione; la differenza sta nel fatto che, nel primo, quest'ultima non è avversario, ma è soggetto imparziale, mentre nel secondo essa è avversaria della persona, dal momento la decisione spetta al giudice (che non solo è imparziale, ma è soggetto terzo).

Su questa linea, la connessione fra sostanza e processo è sistemica e la conseguente continuità è non solo logicamente necessaria, ma è addirittura praticamente contingente.

Essa è logicamente necessaria, atteso che il procedimento ed il processo non possono prescindere dall'amministrazione e dalla persona.

Nel primo caso: il responsabile del procedimento ed almeno una parte interessata (ossia il destinatario della decisione amministrativa); e ciò vale al contempo in caso di avvio su domanda di parte oppure d'ufficio (ed anche se, in questa ultima ipotesi, il destinatario non si costituisce – ossia non partecipa; dal momento che la mancata partecipazione, al pari della contumacia, è frutto o della non conoscenza dell'esistenza della procedura oppure di una libera scelta).

Nel secondo caso: la persona ricorrente e l'amministrazione resistente.

Sicché, l'azione della parte interessata (che chiede l'avvio del procedimento) o quella del responsabile del procedimento (che lo avvia d'ufficio) sono formazione dell'ordinamento giuridico al pari dell'azione esercitata nella sede della giurisdizione.

Quindi, se è vero che il funzionamento dell'azione nella giurisdizione altro non è che il funzionamento dell'ordinamento giuridico in quanto tale⁵⁰, è altrettanto vero che la stessa cosa può dirsi con riferimento all'azione nel procedimento amministrativo (rectius procedura o rito).

Essa è praticamente contingente, dal momento che, sia nel procedimento sia nel processo, la pretesa della persona, che da adito all'azione è sempre volta ad ottenere un provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) di vantaggio, rispetto alla particolare cura di un determinato bene della vita.

Difatti, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, l'azione deve essere assistita dall'interesse ad agire; non a caso alla sentenza di rito per

⁵⁰ ID., *Op. cit.*, p. 97.

inammissibilità (ai sensi dell'art. 35, co 1, c.p.a.) corrisponde il provvedimento di rito per inammissibilità (ai sensi dell'art. 2, co 1, seconda alinea, L. 241/90).

L'azione della persona rivolta all'amministrazione, nel momento sostanziale, è postulazione del procedimento, mentre in quello giurisdizionale è postulazione del giudizio; in ambedue i casi essa è parte della decisione, come suo momento genetico.

La qual cosa non cambia nel caso in cui la persona subisca l'azione (perché il procedimento è stato avviato d'ufficio); giacché la stessa (se decide di agire) lo fa postulando il procedimento in contraddittorio, al fine di poter difendere il proprio l'interesse ad un bene della vita che è aggredito dall'amministrazione.

Se il bene della vita (che riempie di contenuto la situazione giuridica soggettiva della persona) entra a pieno titolo nel procedimento amministrativo, non si comprende per quale motivo oggi la stessa cosa non debba valere per il processo di fronte al giudice amministrativo.

La pretesa nel processo, sulle questioni di merito, è volta ad ottenere una pronuncia favorevole da parte del giudice amministrativo, a protezione proprio di quell'interesse al bene della vita già fatto valere in sede amministrativa; e con ciò a ristabilire quell'equilibrio che è stato turbato dalla mancanza di collaborazione dell'amministrazione nell'attuazione concreta dell'ordinamento giuridico.

Il codice sul processo amministrativo, attualmente, è dotato di tutti gli strumenti idonei per ottenere tale risultato.

Oltre quello tradizionale dato dall'effetto conformativo del giudicato demolitorio ed a quello del risarcimento (anche in forma specifica) c'è la condanna al rilascio del provvedimento amministrativo negato in sede sostanziale (ai sensi dell'art. 34, co 1, lett. c), c.p.a.), nonché un numero adeguato di processi a cognizione differenziata a seconda dei particolari interessi tutelati dalla norma ed, infine, un sistema di formazione della prova che può dirsi soddisfacente.

Non serve altro che dare concreta attuazione a tali strumenti. A ciò non può essere opposto il classico argomento che ritroverebbe, proprio, nel concetto di azione nel processo amministrativo l'ostacolo decisivo per impedire che tutto ciò che è stato oggetto della relazione sostanziale trovi ingresso nel momento processuale, dal momento che è stato dimostrato che tale lettura dell'azione (o meglio del correlato diritto) non è più attuale⁵¹.

⁵¹ Sul punto si rimanda integralmente a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

D'altro canto, il principio del giusto processo (art. 2 c.p.a.), quello di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.), quello di concentrazione delle tutele di fronte al giudice amministrativo (art. 7, co 7, c.p.a.) o non hanno alcun senso giuridico (riducendosi a mere petizioni di principio) oppure hanno l'effetto di riportare la giurisdizione dal potere alla funzione ossia allo *ius dicere*⁵².

L'effettività della tutela nel procedimento amministrativo dipende, in tutto e per tutto, da quella nel processo amministrativo; per tale motivo, si può sostenere che oggi la full jurisdiction è non solo logicamente necessaria, ma è praticamente contingente.

8. Conclusioni.

Il tema della continuità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo non è solo esercizio di competenze accademiche.

Esso ha una portata pratica relevantissima. Il legislatore, anche costituzionale, può ben stabilire l'inviolabilità dei diritti della persona e, a cascata, delle situazioni giuridiche corrispondenti; ma tali principi perdono, anzi non acquistano, alcun significato giuridico se lo stesso non offre alla persona idonei strumenti giuridici di tutela.

Tali strumenti giuridici sono il procedimento amministrativo ed il processo amministrativo.

Ambedue contengono tecniche di tutela volte a gestire il formarsi dell'esperienza giuridica nel suo momento dinamico e, con essa, a dare seguito alle pretese della persona viandante che in un certo momento entra in contatto con la pubblica amministrazione.

Essi, per rispondere al ruolo che l'ordinamento gli affida, devono essere conformati alla stessa maniera, ossia sul modello del contraddittorio; perché solo tramite questo, nei due momenti del fenomeno amministrativo, ci può essere effettivo diritto di difesa per la persona.

Sul versante del processo il contraddittorio è scontato; la stessa cosa non può dirsi su quello del procedimento.

In quest'ultimo caso il contraddittorio è una conquista recente; infatti quando alla locuzione procedimento amministrativo si sostituisce quella di procedura amministrativa o di rito sostanziale amministrativo, lo si fa non solo per meglio descriverne il contenuto e la portata, ma anche per l'effetto simbolico che tali sintagmi hanno.

⁵² Di recente è stato addirittura sostenuto che la giurisdizione, più che funzione, sarebbe un servizio, sul punto G.D. COMPORI, *Dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in AA.VV., *La giurisdizione amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 7 ss.

Tutto ciò, però non è sufficiente.

Adeguati livelli di tutela si possono ottenere solo a condizione di abbattere quelle residue barriere che, ancora oggi, sembrano osteggiare la continuità fra il momento sostanziale e quello processuale del fenomeno amministrativo.

Non è più una questione di disciplina di diritto positivo (il codice sul processo amministrativo è dotato, a tal fine, di adeguate tecniche di tutela), ma di approccio condizionato alla lettura delle norme.

Solo rimuovendo antiche e persistenti forme di precomprensione, si può ottenere tale risultato.

In definitiva la lotta per la full jurisdiction è di natura squisitamente culturale, sebbene la sua realizzazione sia di pratica contingenza.