



PAOLA CHIRULLI*

PROCESSO E SOSTANZA NEL PENSIERO DI MARIO NIGRO **

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. L'emersione del conflitto di interessi sottostante la controversia: le situazioni legittimanti e le questioni giustiziabili. – 3. Sostanza e processo nel giudizio amministrativo di cognizione: i motivi di ricorso, l'istruttoria e l'accertamento del fatto. – 4. L'attività ricostruttiva: contenuto ed effetti della sentenza, attività conformativa e giudizio di ottemperanza. – 5. La natura dinamica ed evolutiva del rapporto tra sostanza e processo.

1. Il tema

Il contributo intende approfondire il rilievo e il significato che il rapporto tra sostanza e processo riveste negli scritti di Mario Nigro, con particolare riguardo ai contributi in materia di giustizia amministrativa, nei quali è massimamente evidente l'impronta del giurista innovatore, oltre che studioso della complessità.

È un tema centrale, si potrebbe quasi dire “il tema”, perché è esplicitamente o implicitamente sotteso a ogni scritto dell'Autore sul processo amministrativo.

Nella *Giustizia amministrativa*¹, la connessione tra sostanza e processo è la principale ragione che porta il nostro studioso a preferire tale denominazione a quella di diritto processuale amministrativo, e si tratta di una scelta non casuale, profondamente voluta dall'A. che resta ad oggi uno dei più acuti studiosi del processo amministrativo e della dinamica degli istituti processuali, delle quali aveva quella conoscenza capillare, ma al tempo stesso complessiva e d'insieme, che solo le doti dello studioso unite a una eccellente pratica forense possono offrire.

Nel suo contributo al volume *Mario Nigro giurista*, che raccoglie gli interventi di pregevoli studiosi in occasione del convegno di presentazione dei tre volumi che contengono gli scritti non monografici di Mario Nigro, Alberto Romano scrive: “per Nigro, diritto sostanziale e

* Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo – Sapienza Università di Roma

** Relazione presentata al Convegno “Mario Nigro Giurista della complessità”, tenutosi a S. Fili (CS) il 4-5 ottobre 2023.

¹ I riferimenti sono all'edizione Il Mulino del 1983.

relativa tutela processuale fanno veramente un tutt'uno. Anche se egli, pur dando grande importanza al processo, gli riconosce solo carattere strumentale”².

Fin dagli studi giovanili il muovere da un istituto processuale è spesso pretesto per portare alla luce le vicende sostanziali, le situazioni soggettive che si agitano dietro la controversia, il rapporto tra amministrazione e cittadino: come nello scritto sull'impugnabilità dell'atto confermativo, che viene studiata indagando sui diversi comportamenti dell'amministrazione che danno forma all'atto di conferma, che implica un riesame, e alla semplice replica dell'atto precedentemente emanato, che caratterizza invece l'atto confermativo³. Ma dalla “forma” degli istituti l'A. volge alla sostanza, nel tentativo di fare della richiesta del cittadino una domanda sia pur “embrionalmente” giustiziale, e di portare alla luce l'interesse del privato a chiedere il riesame del provvedimento senza necessariamente rivolgersi al giudice.

È la stessa intitolazione del volume *Giustizia amministrativa*, che solo riduttivamente può essere definito un manuale, a “resistere” alle pressioni della processualizzazione. Essa vuole sottolineare proprio la connessione tra processo e sostanza⁴. Tale espressione, già nella scelta terminologica, mette in connessione due realtà diverse: non è un caso peraltro che l'A. parli di sostanza e non di diritto sostanziale. Certo vi è sottesa l'idea che le specificità del processo amministrativo siano ineliminabili perché derivano largamente dalla specificità del diritto amministrativo sostanziale rispetto al diritto privato⁵.

Ma vi è di più. Processo e sostanza sono materiali diversi, non sono soltanto due branche del diritto complementari. Il processo è uno strumento raffinato di tutela (anche se all'epoca caratterizzato da una disciplina vecchia, lacunosa e grossolana⁶), tendente comunque alla formalizzazione, alla creazione di un sistema autonomo⁷, quasi dotato di capacità autopoietica, mentre la sostanza è tutt'altra cosa⁸. Non è certamente solo il diritto amministrativo come noi lo conosciamo attraverso i suoi istituti, più o meno codificati (all'epoca peraltro in gran parte non lo erano, e sappiamo quanto l'A. si spese perché lo

² A. ROMANO, in *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998, 25.

³ Note sull'atto confermativo, originariamente in *Foro amm.*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, Tomo I, 18, dove l'A. vede nell'atto confermativo il “frutto dell'illusione e di un errore del cittadino il quale, non potendo o non volendo (e non sapendo di poter) ricorrere al giudice amministrativo contro un atto lesivo dei suoi interessi, si rimette fiduciosamente nelle mani dell'amministrazione e invoca un riesame della sua posizione”.

⁴ *Giustizia amministrativa*, cit., 22, laddove l'A. spiega che è una connessione presente ovunque si organizzino strumenti particolari di reazione contro l'azione amministrativa. Sulle due manifestazioni principali di questa connessione, ossia da una parte il fatto che il processo incide sull'azione amministrativa e la integra, e dall'altra il fatto che esso contribuisce a creare le stesse situazioni soggettive che intende proteggere, si tornerà nel prosieguo.

⁵ Sono le parole di A. ROMANO, in *Mario Nigro giurista*, cit., 27.

⁶ Così definita in *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978 e poi in *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, 116.

⁷ “Il processo dà vita ad una distinta realtà...e i suoi fenomeni si ordinano, si muovono ed operano in un sistema autonomo, e quindi ne risulta la possibilità, anzi la necessità di una considerazione processuale autonoma e formale indifferente, almeno per via diretta ed immediata, ai possibili contenuti sostanziali”: così nella monografia *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 9.

⁸ La domanda è dunque, com'è possibile e fin dove è possibile la processualizzazione dei mezzi di tutela del cittadino contro l'amministrazione: *Giustizia amministrativa*, cit., 24.

fossero⁹), ma è innanzitutto ciò che vive fuori e prima del processo, talvolta in una forma ancora magmatica, quasi non identificabile, e non di rado priva di giuridicità. È la realtà dell'amministrazione, ma non solo, perché è al tempo stesso quella dell'amministrato. D'altra parte, il nostro Studioso, in un denso scritto dedicato ai rapporti tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo¹⁰, aveva sottolineato come vi fosse una stretta connessione tra il diritto amministrativo e il fatto amministrativo, derivante dalla trasformazione del rapporto tra Stato e società, e come a sua volta la scienza giuridica stesse diventando scienza del concreto vivere dell'amministrazione come espressione della società¹¹.

È dunque una realtà viva, del mondo sociale prima ancora che di quello dell'amministrazione, quella che spetta al giudice far emergere, conoscere e ricostruire. Ecco, far emergere, conoscere e ricostruire sono la sintesi del compito del giudice all'inizio, durante e alla fine del processo: riconoscere e far emergere ciò che chiede di essere tutelato, individuare attraverso questa azione la fattispecie sostanziale, e poi ricostruirla, concorrendo a indirizzare e a integrare l'esercizio del potere. Infine, ad assicurarne il reale impatto sull'attività amministrativa: "il processo non è che strumento di attuazione e di tutela di situazioni di diritto materiale, trae cioè il proprio contenuto e la propria stessa consistenza da queste situazioni al cui servizio è posto, mentre dal canto suo influisce in modo decisivo su di esse rafforzandone o addirittura concretandone la giuridicità"¹².

A proposito dei motivi di ricorso, sulla cui rigida articolazione dice di aver cambiato idea, citando una frase del pittore Francis Picabia, scrive: "sono convinto che l'impianto e il corso del processo amministrativo debbano essere guidati da tecniche che consentano la maggiore possibile aderenza del processo alle situazioni concrete, la cui realizzazione o protezione è il fine reale di esso sia nell'interesse del privato sia in quello della pubblica amministrazione"¹³.

Quello tra sostanza e processo è tuttavia un rapporto molto problematico, non agevolato peraltro dalla disciplina degli istituti processuali¹⁴. Nella monografia sull'appello, l'A. afferma che esso è uno dei principali problemi da cui discendono le difficoltà ricostruttive di molti istituti, tra cui, appunto, l'appello. Il punto di vista processual-sostanziale è di rilevanza fondamentale e tuttavia esso viene spesso erroneamente risolto individuando la

⁹ Tuttavia, nonostante l'attenzione dedicata alle riforme necessarie da introdurre nel processo amministrativo, fu sulla disciplina dell'azione amministrativa, e segnatamente del procedimento, che il contributo dell'autore fu concretamente decisivo.

¹⁰ *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, originariamente in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 765.

¹¹ Le trasformazioni del diritto amministrativo davano conto di come la scienza giuridica non fosse affatto manchevole nel raggiungere e indagare il fatto amministrativo, che invece si riteneva la scienza dell'amministrazione fosse in grado di analizzare con maggior rigore. Al contrario, il giurista era consapevole del collegamento esistente tra l'amministrazione e la società in cui essa agisce.

¹² Così scriveva nelle prime pagine della monografia *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 9.

¹³ *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 1115: secondo il pittore francese, le teste sono rotonde proprio perché le idee possano cambiare direzione.

¹⁴ Disciplina alla quale non risparmiò critiche, come, all'indomani dell'entrata in vigore della legge sui TAR, nello scritto *La legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali (prime considerazioni con particolare riguardo alle norme sulla procedura)*, originariamente ne *Il Consiglio di Stato*, 1972 e ora negli *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 913, nel quale, pur sottolineando l'importanza dell'introduzione della legge, vi rilevava la presenza di gravissime lacune.

sostanza, ovvero l'oggetto, nello scopo del giudizio. Ad avviso dell'A. queste intrusioni teleologiche non aiutano, e il contenuto o l'oggetto del processo vanno individuati in ciò su cui cade la potestà decisoria.

Quest'oggetto non è né l'interesse sostanziale di chi chiede tutela, né la validità dell'atto e nemmeno l'interesse alla legittimità, ma l'affermazione di un diritto all'invalidazione di un atto; in particolare, quello specifico diritto che si caratterizza in relazione ai vizi, che a loro volta si nutrono anche del sostrato fattuale dell'attività amministrativa¹⁵.

Tre sono gli snodi più rilevanti delle connessioni tra sostanza e processo nel pensiero di Mario Nigro: il momento dell'emersione, quello della cognizione e quello della ricostruzione. Ad essi sono dedicati i paragrafi che seguono.

2. L'emersione del conflitto di interessi sottostante la controversia: le situazioni legittimanti e le questioni giustiziabili

Il primo momento di emersione della sostanza nel processo è quello nel quale le situazioni soggettive da tutelare, e in particolare l'interesse legittimo, trovano ingresso dinanzi al giudice amministrativo.

Il nostro A. ha più volte sostenuto che l'interesse legittimo vive più nell'ordine giudiziale che nell'ordine normativo, ma non per sostenere la tesi della natura processuale di tale situazione giuridica, tesi di cui non è stato mai convinto. Ritiene invece che sia il giudice a estrarre dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione; egli, ritenendo ammissibile l'azione, riconosce l'esistenza dell'interesse¹⁶.

L'interesse legittimo, come situazione sostanziale, appare frammisto con la pretesa processuale. Dobbiamo naturalmente pensare che è un quadro legato al diritto sostanziale dell'epoca. Oggi la, o meglio, le situazioni soggettive dei privati sono delineate assai più chiaramente dallo stesso diritto sostanziale, e spesso vengono configurate come veri e propri diritti, ma si radicano comunque sempre nella "sostanza", così come la intendeva il nostro autore, ossia nel concreto rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, nel quale prendono vita.

Le situazioni giuridiche soggettive sono il primo punto di contatto tra sostanza e processo, ma anche il punto dove queste sembrano più lontane tra loro. La sostanza, invece, vede l'interesse privato e l'interesse pubblico strettamente connessi, pur nell'esistenza di interessi legittimi molto diversi tra loro. Infatti, ci ricorda l'A. nel notissimo scritto *Ma che cos'è quest'interesse legittimo?*¹⁷, le trasformazioni della società incidono molto sul modo di essere, dentro e fuori dal processo, dell'interesse legittimo, che è legato alla potestà

¹⁵ Op. ult. cit., 18.

¹⁶ Così in *Il giudice amministrativo oggi*, originariamente in *Foro it.*, 1978, e poi ne *La riforma del processo amministrativo*, cit., 17. L'autore affermava dunque che "non è l'interesse legittimo che "crea" il giudice amministrativo, ma accade il contrario.

¹⁷ *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1988, ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1883.

amministrativa da un nesso strettissimo, e che nasce insieme al procedimento, dunque si colloca nel vivo dell'azione amministrativa prima del processo, nonostante esso sia “un'arma di guerra e non un fiore di pace”¹⁸.

La legittimazione al ricorso è inscindibilmente legata alla qualificazione e, prima ancora, all'identificazione delle situazioni soggettive coinvolte dall'episodio di azione amministrativa preso in considerazione. Il giudice, insomma, non fa che riconoscere e ricostruire l'originaria struttura dell'interesse legittimo che già implica vincoli per l'azione amministrativa.

Il processo è strumento per rafforzare le molte dimensioni dell'interesse legittimo che si legano anche al procedimento, e che derivano dunque dalla sostanza. La chiave sta nel non perdere di vista che l'interesse legittimo è un mezzo di partecipazione del singolo all'esercizio del potere e come tale concorre a definire (cioè a conformare) concretamente la figura del potere.

L'ampliamento della legittimazione è ciò che consente al giudice di fare emergere le situazioni tutelabili e di divenire strumento di controllo sociale. La strada non passa tuttavia per una progressiva assimilazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo¹⁹.

Com'è noto, Nigro non sarà il solo in quegli anni a sostenere la necessità di ampliare il novero delle situazioni legittimanti al fine di aumentare le possibilità di accesso al giudice amministrativo: pur con accenti diversi, anche Eugenio Cannada-Bartoli²⁰ e Alberto Romano²¹ saranno sostenitori della necessità di interpretare in modo elastico i requisiti di legittimazione, presupposto a loro volta per l'estensione dell'attività amministrativa sottoposta a sindacato.

In quest'ambito, Mario Nigro prenderà particolarmente a cuore il problema dell'interesse diffuso, per sua natura un'entità oggettiva, intorno alla quale “si stringe un cerchio di isolamento e di impenetrabilità che nel modello tradizionale è insuperabile”. Di qui i tentativi della dottrina e della giurisprudenza di soggettivarlo onde in qualche modo cancellarne o stemperarne il “peccato originale”, che lo renderebbe incompatibile con la soggettività delle situazioni tutelabili nel giudizio amministrativo. Anche in questo caso, il legame dell'interesse con la sostanza emerge fin dalla sua definizione come “stato psico-

¹⁸ Op. loc. ult. cit., laddove l'A. spiegava che il titolo del saggio prendeva spunto da un romanzo umoristico intitolato “Ma che cos'è quest'amore”, di Achille Campanile, precisando subito dopo che “con l'amore l'interesse legittimo, che fra l'altro è un'arma di guerra e non un fiore di pace, non ha nulla in comune, tranne forse una cosa: che sulla piccola scena delle giustizia amministrativa si parla molto di interesse legittimo, come sul grande palcoscenico del mondo si parla molto d'amore, e l'uno e l'altro restano, nonostante ciò, fenomeni piuttosto misteriosi.”

¹⁹ Dice a proposito dell'interesse legittimo (*Il giudice amministrativo oggi*, cit., 19): “Se al fine di determinarne i caratteri distintivi o i canoni di individuazione, lo si avvicina troppo il diritto soggettivo, se ne sottolineano oltre misura i caratteri individuali, la sua radice sociale viene dimenticata. Si finisce per non cogliere la differenza con il diritto soggettivo e soprattutto ci si preclude la possibilità di conquistare all'ordine giuridico nuovi strati di interessi, nuovi e gravi conflitti, nuove domande di tutela, particolarmente pressanti nella nuova società”.

²⁰ E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 1.

²¹ A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, vol. II, 435 ss.; con specifico riferimento alla legittimazione processuale dei titolari di interessi diffusi *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, atti del XXIII convegno di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna il 22-24 settembre 1977, Milano, 1978, 32 ss.

sociale di tensione fra un bisogno e un bene ripetuto all'infinito"²². Ed è allora nella ripetitività di situazioni che hanno un carattere individuale che va trovata la legittimazione, piuttosto che nella forzata soggettivazione all'interno della categoria dell'interesse collettivo. L'A., pur riconoscendo l'esistenza di un limite dato dall'azione popolare, propone la ridefinizione dell'interesse diffuso come interesse legittimo di tipo puro e la sua piena tutelabilità dinanzi al giudice amministrativo con conseguente ampliamento della legittimazione a ricorrere²³. La "sostanza" stavolta non è il potere amministrativo nel suo reale esplicarsi, ma la persona nella sua individualità e nei suoi bisogni, nel pieno svolgimento della sua personalità, coerentemente con quanto riconosciuto dalla Costituzione.

L'emersione della sostanza, in termini di situazioni soggettive, porta l'A. a riflessioni importanti sulla situazione legittimante non solo il ricorso, ma anche l'intervento, a proposito del quale scrive²⁴, ritenendosi favorevole ad ammettere l'intervento adesivo anche di chi fosse legittimato a ricorrere e si fosse fatto scadere il termine: "anche se decolorato ed affievolito dopo e per la (inutile) scadenza del termine, un simile interesse si distacca pur sempre dalla massa degli interessi indifferenziati e conserva un'autonoma rilevanza che lo rende idoneo a legittimare l'intervento". E perché? Perché, dal punto di vista della sostanza, l'interesse in questione non perde quella "collocazione nella situazione su cui ha inciso l'atto amministrativo e che costituisce la circoscrizione in cui vanno identificati gli interessi collegati con l'atto amministrativo".

La maggior presa del giudizio amministrativo sulla materia che ne forma l'oggetto non passa soltanto per un utilizzo adeguato della legittimazione attiva, ma anche per l'estensione del controllo giurisdizionale a frammenti di azione amministrativa che potrebbero sfuggirvi: da osservatore attento della realtà giuridica ma anche fattuale e sociale, l'A. riconosce la necessità di consentire talora il sindacato di atti "oggettivamente amministrativi" ancorché non promananti da amministrazioni: ad esempio, gli atti del concessionario di opera pubblica oppure quelli di assegnazione delle case popolari²⁵.

E poi, ancora, la necessità di acquisire al processo amministrativo i rapporti privatistici di lunga durata ma anche i comportamenti e l'inerzia, che oggi possiamo dire ampiamente recepita, ma frutto di un lungo lavoro della giurisprudenza e, appunto, della dottrina. La giustiziabilità, insomma, è un altro strumento per sussumere nel modo più ampio possibile la sostanza dell'azione amministrativa e del rapporto con gli amministrati nel processo.

²² *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, originariamente in *Foro it.*, e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1860.

²³ Op. ult. cit., 1874.

²⁴ *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, originariamente in *Jus*, 1963, e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo I, 566. L'A. precisa poi che la regola processuale, di derivazione costituzionale, fa del processo una realtà riservata alle situazioni individuali che attengono al patrimonio personale dei soggetti; e tuttavia il ripudio del criterio dell'interesse di fatto come canone unico e generale di identificazione degli interessi legittimati all'intervento, non esclude che si possa e si debba tenere conto di valutazioni di mero fatto per giungere a tale identificazione. E ciò proprio per la particolare fisionomia del processo amministrativo. Aggiunge poi che "resta fondamentale il compito della giurisprudenza che nella discriminazione degli interessi legittimati, ad intervenire come a ricorrere, trova uno dei migliori terreni di svolgimento della sua attività creativa".

²⁵ Spunti in questo senso in *Giustizia amministrativa*, cit., 215.

3. Sostanza e processo nel giudizio amministrativo di cognizione: i motivi di ricorso, l'istruttoria e l'accertamento del fatto

Se le situazioni legittimanti consentono di portare all'attenzione del giudice uno spaccato di azione amministrativa, l'articolazione dei motivi di ricorso e gli strumenti di cognizione di cui il giudice dispone rappresentano strumenti indispensabili di travaso della sostanza nel processo.

Anche qui molti sono gli spunti innovativi offerti dal nostro A. Limitandoci all'essenziale, vi è innanzitutto l'atto introduttivo del giudizio, che esprime la *causa petendi* ed è il primo veicolo di ingresso della sostanza nel processo. L'articolazione dei motivi di ricorso è importante – lo si vedrà poi nell'appello – ma è spesso troppo rigida da ingabbiare il ricorrente e quindi lo stesso giudice in un controllo rigido, soprattutto con riferimento all'eccesso di potere, declinato in figure, per ognuna delle quali il giudice ha finito per richiedere standard probatori ad hoc.

Sottolinea invece quanto sia importante la narrazione, e come, alla fin fine, i motivi di ricorso vadano letti nel loro complesso, poiché ognuno racconta una parte della storia, svela un dettaglio di un quadro più ampio, che deve essere osservato e conosciuto nel suo insieme. Scrive che consentire elasticità dei motivi di ricorso non è solo agevolare le astuzie processuali dell'avvocato, ma è, appunto, consentire, anche attraverso la massima collaborazione tra giudice e parti, l'emersione dell'intera vicenda oggetto del giudizio²⁶.

Ancora, grande attenzione, sempre nell'ottica dell'inscindibile legame sostanza-processo, lo studioso indirizza all'importanza dell'istituto della connessione, che, al di là dei tecnicismi legati alle regole della competenza, rappresenta per lui uno strumento fondamentale per portare all'attenzione del giudice – dello stesso giudice – parti di un medesimo episodio di vita. Si vedano gli scritti su cumulo oggettivo per connessione e sul tentativo di dare ampio spazio, nell'individuazione delle connessioni, alla *causa petendi*²⁷.

Infine, i motivi aggiunti, altro veicolo che impedisce al giudice di arrestare la sua cognizione ad una singola parte dell'episodio amministrativo, ignorandone altre parimenti importanti per valutare la legittimità della condotta sottoposta al suo sindacato²⁸: sappiamo quanto sia stata lunga per rendere i motivi aggiunti uno strumento per ampliare l'oggetto del giudizio e non costringere il ricorrente a incardinare tanti giudizi quanti i singoli segmenti di attività amministrativa attinenti a un'unica vicenda complessiva.

L'A. è consapevole di quanto peso, ai fini dell'accertamento del fatto, che è momento centrale dell'attività di cognizione, possa avere un'adeguata attività istruttoria, in un

²⁶ Sono le considerazioni svolte nello scritto su *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 1122: "L'atto di critica nasce idealmente unitario: il frazionamento in separati motivi è posteriore e strumentale e l'ambizione del ricorrente "è che il giudice sappia ricreare, al momento del giudizio, l'unità celata ma non soppressa dalle partizioni del documento."

²⁷ Ad esempio lo scritto *Sul ricorso oggettivamente complesso*, pubblicato sul *Foro amm.*, 1957 e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo I, 409. Alla connessione sono dedicate numerose pagine anche nella *Giustizia amministrativa*, cit., 360 ss.

²⁸ Op. loc. ult. cit.

processo nel quale essa appare estremamente compressa, per lo più limitata all'acquisizione di documenti.

E proprio per questo, dà un ruolo fondamentale al potere del giudice di ammettere la prova, pur in un processo retto dal principio dispositivo²⁹, ed è favorevole anche all'effettuazione di un'attività istruttoria preventiva, utile per accertare la realtà prima che essa muti, ed eventualmente disporre misure conservative.

Trova che sia assolutamente da abrogare la formula contenuta nell'art. 44 del t.u. CDS, secondo la quale il giudice dispone l'istruttoria solo laddove quella compiuta dall'amministrazione gli appaia incompleta³⁰. L'A. è radicalmente contrario a una tale regola, non solo perché essa sembra escludere che il giudice possa formarsi una idea autonoma dei fatti di causa, diversa da quella dell'amministrazione, ma perché postula una continuità, meglio una contaminazione, tra procedimento e processo che non gli pare condivisibile. Questi spunti fanno riflettere sull'approccio, talora seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a fare del giudizio un momento di prosecuzione dell'attività amministrativa "dentro" il processo, con conseguente commistione tra ciò che è attività del giudice e ciò che è attività dell'amministrazione.

Sui mezzi di prova da ritenere ammissibili, afferma che non solo nella giurisdizione esclusiva, ma anche in quella di legittimità debbano trovare ingresso praticamente tutti i mezzi di prova utilizzati nel processo civile, al fine di consentire la giudice in modo indipendente di accedere al fatto e di verificare l'attendibilità di fatti che si pongono in netto contrasto con quanto affermato dall'amministrazione. Riconosce i gravi limiti del sistema istruttorio del giudizio di legittimità. E tuttavia, guarda criticamente alla possibilità di rinvenire una regola stabile circa l'onere della prova, che dipenderà, in concreto, anche dal tipo di procedimento amministrativo e dall'interesse che rispetto ad esso si delinea³¹.

La "signoria della prova", del resto, non è che un logico accessorio della funzione "inventiva" del giudice amministrativo, sia sul terreno della individuazione (che spesso è appunto creazione) delle situazioni giuridiche, sia sul terreno della stessa formazione della regola giuridica, e che fa del giudice uno dei produttori del diritto amministrativo³².

La cognizione è dunque un momento importantissimo, perché è quello in cui il giudice riesce a "squarciare il velo" dell'atto per attingere, anche attraverso la conoscenza diretta

²⁹ Ritiene che il giudice abbia un amplissimo potere di intervento sul materiale introdotto dalle parti, attraverso il noto metodo acquisitivo e sottolinea che il giudice sia *maître de l'instruction*: *L'ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1966 e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo I, 676.

³⁰ *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *La riforma del processo amministrativo*, cit., 129.

³¹ *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, originariamente in *Foro it.*, 1967 e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo I, 695 ss. Qui l'A. traccia la distinzione, che poi verrà data per acquisita, tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi: "tutti i casi di connessione fra cittadino e amministrazione, che danno vita a interessi legittimi sostanziali, si possono distinguere in due grossi gruppi: il gruppo dei casi in cui il cittadino "pretende" qualcosa ("interessi pretensivi") ed il gruppo dei casi in cui esso "resiste" a qualcosa ("interessi oppositivi)." Da ciò ne ricava qui un diverso atteggiarsi dell'onere della prova posto a carico del ricorrente. Ancora, è lo stesso ruolo degli interessi all'interno del procedimento ad avere conseguenze sulla distribuzione dell'onere della prova processuale.

³² *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 693, laddove l'A. sottolinea che "in questa duplice veste, esso giudice è uno dei produttori del diritto amministrativo, anzi il più importante: produzione che è un'opera delicata di estrazione della regola giuridica dalle particolarità stesse del fatto e di continuo collaudo di tale regola attraverso le mutevoli fattispecie dell'esperienza amministrativa".

dei fatti e del procedimento, alla sostanza. Il tema ricorre in quasi tutti gli scritti, e soprattutto in quelli dedicati alla riforma del processo amministrativo: il superamento del processo da impugnazione, che diviene soltanto l'occasione per la proposizione della domanda (e spesso nemmeno quello), è uno dei principali strumenti per portare il giudice più vicino alla piena conoscenza del conflitto di interessi³³.

4. L'attività ricostruttiva: contenuto ed effetti della sentenza, attività conformativa e giudizio di ottemperanza

Sostanza e processo trovano il momento di massima compenetrazione nell'attività decisoria del giudice e nell'accertamento che il giudice compie. È forse la parte più nota del contributo del nostro studioso all'avanzamento della giustizia amministrativa e degli studi su di essa. Il tema della sentenza, dei suoi effetti, del giudicato e del suo rapporto con il giudizio di ottemperanza, è centrale e su esso l'autore tornerà sia in singoli saggi³⁴, sia nell'ambito del disegno più ampio della giustizia amministrativa. Anche qui, si muove dalla premessa che il processo deve essere servente rispetto alle esigenze della sostanza e fedele al suo oggetto³⁵.

Il primo originale contributo del nostro A. al tema sta nel rimuovere l'idea che l'obbligo di conformarsi al giudicato sia lo stesso nel giudizio civile e in quello amministrativo, e nel mettere al centro l'accertamento contenuto nella sentenza, gli effetti del giudicato e, solo quale momento necessariamente connesso ma successivo, la sua esecuzione attraverso il giudizio di ottemperanza, superando la diffusa opinione che per rendere il processo amministrativo più effettivo si dovesse concepire il giudizio di ottemperanza come un giudizio di vera e propria esecuzione.

È qui che si ha il più tangibile superamento del modello del processo da annullamento dell'atto. Il giudice, attraverso l'accertamento compiuto nella sentenza, indica all'amministrazione con il contenuto ordinatorio insito nell'effetto conformativo, la regola del suo futuro agire. Incide dunque sulla sostanza, perché conforma il potere dell'amministrazione. E questo proprio in quanto, a differenza di quanto accade nel processo civile, il giudice amministrativo verifica la congiunzione dinamica tra l'interesse

³³ Scriveva in *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 1118: "...andando molto al di là dell'atto, dell'atto come fatto, il processo amministrativo tende a cogliere l'atto nel suo farsi, tende cioè ad aggredire il potere nel suo svolgimento, nel suo complessivo esercizio." E sottolinea l'esigenza di "considerare l'atto amministrativo non come il vero e definitivo oggetto del processo, ma come l'oggetto per così dire "immediato", rappresentando esso solo il punto di emersione dell'esercizio del potere che è l'autentico termine dell'accertamento giurisdizionale."

³⁴ Si veda in particolare *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, originariamente in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981 e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1521.

³⁵ Scrive in *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi*, in *La riforma del processo amministrativo*, cit., 86: "Per l'interesse legittimo non si può fare un discorso diverso da quello che si fa per il diritto soggettivo – e atteso che l'interesse legittimo (*rectius*, interesse materiale connesso con il potere amministrativo) è richiamato esclusivamente un'attività di annullamento né può ritenersi senz'altro soddisfatto dal mero svolgimento di questa, invita a ricercare le forme processuali più idonee ad assicurare a più ampia tutela dell'interesse con il solo limite che esse siano compatibili con il *modus operandi* del potere amministrativo." Una formula simile verrà ripresa solo dall'attuale c.p.a. nell'art. 34.

sostanziale del cittadino e il potere dell'amministrazione, e così facendo "concorre a creare l'oggetto stesso della verifica"³⁶.

Effetto ripristinatorio ed effetto conformativo, prima che effetti, sono pertanto contenuti stessi della sentenza³⁷.

Per quanto elastica possa essere la regola del giudicato, e per quanto essa possa lasciare degli spazi liberi³⁸, la sostanza esce sempre ricostruita e mutata dal processo³⁹. L'incompletezza della regola comporta che il ruolo del giudice dell'ottemperanza sia in primo luogo quello di rendere esplicito quanto accertato nella sentenza "traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo delle ripristinazioni, risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze"⁴⁰: un misto dunque, di cognizione ed esecuzione, e in ogni caso funzione giurisdizionale vera e propria.

La pronuncia dovrebbe accertare quanta più parte possibile dell'azione amministrativa aggredita dai motivi di ricorso. Per questo, l'assorbimento dei motivi, definito "un problema terribile"⁴¹ anche per la sua complessità, andrebbe limitato il più possibile, perché esso consente al giudice di lasciare all'amministrazione la maggior salvezza possibile degli ulteriori provvedimenti. Ma questa è una tentazione alla quale il giudice non dovrebbe cedere. Il punto di equilibrio deve essere individuato dallo stesso giudice, ma i motivi di ricorso andrebbero considerati quali elementi di un medesimo ordito critico e ricostruttivo dell'esercizio del potere amministrativo, per cui omettere l'esame di qualcuno di essi significherebbe scomporre l'unità dell'episodio.

Su quanta parte dell'azione amministrativa il giudice debba "catturare" nella sua pronuncia, e gli avvocati debbano cercare di sottoporre a sindacato al fine di ampliare l'effetto di accertamento e conformativo, lo spiega in un saggio recante alcuni consigli a giovani avvocati amministrativisti (che potrebbe essere letto anche come un consiglio ai giudici stessi): più che colpire il provvedimento, ossia il corpo, bisogna attaccare l'anima, ossia il potere. Di qui la metafora del processo che spesso somiglia più a un'autopsia: "il giudizio amministrativo si riduce allora alla "uccisione" di una materia inerte", non più viva, mentre "l'amministrazione ha già abbandonato quel corpo al suo destino ed è pronta a dar

³⁶ *Giustizia amministrativa*, cit., 313.

³⁷ *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, cit., 1525.

³⁸ L'A., op. ult. cit., 1535, raffigura in quattro cerchi concentrici l'efficacia del giudicato.

³⁹ L'A. interpreta criticamente anche la clausola di salvezza degli ulteriori provvedimenti contenuta nell'art. 45 t.u. del Consiglio di Stato, osservando che, se è vero che dopo l'annullamento l'affare torna nella disponibilità dell'amministrazione, "prima di restituire la funzione all'amministrazione, il giudice amministrativo ha operato su di essa e non può quindi restituirla a "coefficiente zero", ma, a seconda delle prospettive, arricchita dei valori del giudicato o impoverita in qualche profilo di discrezionalità": così, in *Problemi veri e falsi della giustizia*, cit., 77.

⁴⁰ *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, cit., 1548.

⁴¹ *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 1123 ss.

vita a un altro corpo, cioè a un altro atto, libero dalla schiavitù dei vincoli derivanti dalla pronuncia giudiziale”⁴².

Mario Nigro non era un sostenitore della giurisdizione di merito, che trovava al limite dell’incostituzionale, con una sola eccezione, il giudizio di ottemperanza, a proposito del quale scrive: “dell’antica ma polverosa stirpe delle competenze di merito, un solo esemplare si dovrebbe salvare: la competenza in materia di esecuzione di giudicato, ordinario e amministrativo”.

Favorevole, dunque, a un ruolo creativo e ricostruttivo del giudice, ma decisamente contrario a una “contaminazione” delle funzioni giurisdizionali con quelle amministrative⁴³: la posizione costituzionale del giudice come soggetto che interpreta, regola e soddisfa interessi altrui come organo diretto e imparziale dell’ordinamento generale, in quanto soggetto soltanto alla legge, non tollera che esso possa operare come “compartecipe e partigiano convalutatore degli interessi sui quali giudica”. Così facendo, rientrerebbe in quell’indistinto tra amministrazione e giurisdizione da cui è appena uscito⁴⁴.

Anche la alternativa giudizio sull’atto- giudizio sul rapporto viene filtrata attraverso la visione che l’A. ha della relazione tra sostanza e processo. Si augura che, nell’opera di modifica del diritto sostanziale prodotta dal processo amministrativo, possa svilupparsi un diritto amministrativo basato sul rapporto, e sente “la tentazione di parlare di una relazione stabile fra amministrazione e cittadino”⁴⁵. Ma, conclude, i tempi non sono ancora maturi. Non si è più nel processo all’atto, ma non si è ancora nel giudizio sul rapporto⁴⁶. Ma l’A. non sottovaluta affatto la possibilità che il diritto amministrativo possa trasformarsi mettendo al suo centro, anche attraverso il procedimento, il rapporto tra cittadino e amministrazione; dice anzi che tale tema va ripreso e ristudiato. Nel diritto amministrativo attuale è ormai pacifico che vi sia un rapporto amministrativo, e che tale rapporto si proietti poi sul processo, ma, come sappiamo, non è ancora del tutto pacifico che il giudizio amministrativo sia un processo sul rapporto, anche se molte delle trasformazioni auspicate dall’A. si sono poi effettivamente verificate.

5. La natura dinamica ed evolutiva del rapporto tra sostanza e processo

Mario Nigro è consapevole del fatto che il rapporto tra sostanza e processo ha una natura dinamica, che asseconda le trasformazioni dell’amministrazione. Il processo deve adeguarsi a quelle trasformazioni per non rimanere indietro nell’effettività della tutela. L’A., nel saggio

⁴² *Alcuni consigli (scarsamente ortodossi) a giovani avvocati amministrativisti*, in I TAR, 1976, ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 1185.

⁴³ Si è qui presa in prestito l’espressione di P. CANE, *Controlling Administrative Power*, CUP, 2016, 341.

⁴⁴ *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 866. L’A. riteneva molto più proficuo aumentare la presa del giudizio di legittimità sulla sostanza dei rapporti fra cittadino e amministrazione, non solo rafforzando certi istituti processuali, ma ampliando il contraddittorio durante il procedimento, così dilatando la parte di realtà conoscibile dal giudice amministrativo.

⁴⁵ *Ma che cos’è quest’interesse legittimo?*, cit., 1897.

⁴⁶ Lo affermava già in *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 1118.

sull'attualità della giustizia amministrativa, e poi in quello su trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata⁴⁷, esprime tutta la preoccupazione che alla giustizia amministrativa sfuggano i cambiamenti dell'amministrazione, perché ciò che entra nella sostanza è mutevole e dunque anche per questo la giustizia amministrativa è “un mondo di tutele differenziate”: di qui, la necessità di un'azione di adempimento, la necessità di misure cautelari ampiamente anticipatorie anche rispetto al ricorso, e la diffusione di attività amministrative di prestazione o svolte in forma privatistica, con la correlata sensazione che il giudizio di legittimità finisca per diventare uno dei capitoli meno importanti del libro delle tutele giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione. Ad oggi, ciò non è avvenuto, ma l'estensione della giurisdizione esclusiva è testimoniata dal numero di casi elencati nell'art. 133 c.p.a.

Al tempo stesso, l'A. mostra la consapevolezza che il passaggio da una giustizia amministrativa, quale l'hanno delineata i legislatori del 1865 e del 1889 e i giudici che hanno applicato queste leggi, a una giustizia coerente con i connotati dell'amministrazione “vivente” non potrà essere né facile né indolore. Sappiamo bene quanto questo sia vero e quanto le risposte date dal codice del processo amministrativo siano per certi versi ancora inadatte a svolgere appieno questo compito. Ma sappiamo anche che il volto autoritario e unilaterale dell'esercizio del potere oggi continua ad essere ben presente accanto a quelle forme paritetiche che il nostro studioso, forse stavolta un po' troppo sognatore, immaginava come destinate a prendere il posto dell'azione autoritativa. Egli, del resto, pur auspicando una maggior fungibilità tra le giurisdizioni, ipotizza un'unità della giurisdizione, in quanto espressione di esercizio diretto della sovranità popolare, ma non una unicità degli organi giurisdizionali, ossia un ritorno al giudice unico⁴⁸. Con la consapevolezza che “l'esercizio della giurisdizione è sempre contorto e drammatico, perché drammatici e confusi sono i conflitti e le esperienze umane da cui esso origina e trae il proprio oggetto”⁴⁹.

Pur nelle difficoltà e nelle contraddizioni, il giudice amministrativo deve sempre mantenere il contatto con la realtà sociale, che egli spesso “manipola”. Lo scioglimento dei problemi del processo amministrativo e l'acquisizione da parte di esso di una piena funzionalità vanno cercati nella direzione di una piena valorizzazione della sostanza “sociale” dell'opera del giudice⁵⁰. Deve collocarsi al centro dell'amministrazione, della società in quanto anche amministrazione. E non contribuire a creare un'amministrazione onnipotente e onnipresente, che dà all'amministrazione l'arresto della signoria sul conflitto e al cittadino il fumo del procedimento regolare⁵¹.

⁴⁷ *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *La riforma del processo amministrativo*, cit., 177.

⁴⁸ V. *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, e ora in *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1865. Nello scritto, per descrivere la difficile opera di stravolgimento degli istituti di giustizia amministrativa nel tentativo di farli rispondere alle esigenze di una società così profondamente differente da quella in cui gli istituti stessi sono venuti in vita, l'A. riprende la trovata di un comico che, di fronte al problema di avvicinare fra di loro un enorme pianoforte a coda e un sediolino, collocati ai due estremi di un palcoscenico, voleva risolvere il problema spingendo il pianoforte verso il sediolino.

⁴⁹ *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, 1984, ora in *Scritti giuridici*, III, 1685.

⁵⁰ *Il giudice amministrativo oggi*, cit., 25.

⁵¹ Op. ult. cit., 24.

Solo un'attenta e continua osservazione della realtà amministrativa e delle sue trasformazioni può dunque consentire un vero progresso del sistema di giustizia amministrativa: "Il giurista oggi sa che deve fare i conti con un'amministrazione la quale opera in una società estremamente complicata nelle strutture e in continua e rapida trasformazione e sa che, se vuole comprendere il diritto che studia, non può fermarsi alla considerazione di alcune categorie formali, ma deve estendere la sua osservazione all'intera esperienza amministrativa e penetrare la genesi, la sostanza, i fini dei fenomeni studiati, avvertendo la responsabilità di essere, per giunta, non semplice testimone, ma protagonista di tale esperienza"⁵². E non vi è dubbio che Mario Nigro abbia per primo seguito questo sempre attuale insegnamento.

⁵² Così in *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 801.