

## IL METODO DI DECISIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

(Relazione al convegno su “*La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*” –  
Castello di Modanella, Siena, 19 e 20 maggio 2017)

**Sommario:** 1. Premessa: la responsabilità del giudice. 2. La cornice. Verità e processo: la sentenza “giusta”. 3. L’accertamento del fatto e le prove. 4. Il giudizio di diritto: metodo sillogistico e ricorso a principi e clausole generali. 5. Conclusioni.

### **1. Premessa: la “responsabilità” del giudice.**

Il tema di questo Convegno – originale nella impostazione e nella sua articolazione – riguarda la sentenza “ingiusta” e i rimedi offerti dall’ordinamento per farvi fronte, cioè per “riportare a giustizia” (o giustezza) la sentenza.

Poiché è meglio prevenire che curare, è ovvio che la prima indagine non può che riguardare come si possa avere una “giusta” sentenza, sia sul piano processuale – ed è il tema del giusto processo – sia sul piano sostanziale (ma di una sostanza che attiene al processo) – ed è il tema del farsi della decisione, con riguardo all’accertamento dei fatti, all’interpretazione della norma, all’effettività della decisione, ai (mancati) vizi della sentenza; nonché con riguardo al rapporto col merito amministrativo e a problemi più specifici, ma centrali, quali le sopravvenienze in sede di esecuzione rispetto alla sentenza di cognizione.

Preliminarmente, questo argomento evoca quello della responsabilità del giudice di fronte al dovere di prendere una decisione su un caso.

Responsabilità significa dar conto del proprio operato e, se il proprio operare implica l’assumere scelte, allora l’assunzione di responsabilità riguarda quelle scelte.

Quindi, quando si parla di sentenza giusta o ingiusta (o corretta o non corretta) si pone il tema centrale del modo in cui il giudice perviene o dovrebbe pervenire alla decisione: e ciò in rapporto al fatto, che costituisce il substrato materiale del “caso” dal quale nessun buon giudice potrà mai prescindere; e in rapporto alla norma, o

meglio all'ordinamento, in quanto il giudice è soggetto soltanto alla legge – o, come oggi si preferisce dire, al diritto – principio la cui applicazione è meno facile e scontata di quanto non credessero gli illuministi francesi e di quanto non credano, in qualche misura ancor oggi, i fautori della Scuola di diritto positivo.

Cerchiamo ora di capire cosa si chiede al giudice amministrativo e come lui risponde o dovrebbe rispondere.

La formazione della decisione è questione di tecniche decisionali, di modelli e opzioni ermeneutici. Ma non è questione solo tecnica, perché è inevitabile che sulla decisione influiscano fattori culturali del giudice, fattori di contesto dell'ordinamento, l'approccio al caso da parte dei difensori e, nei giudizi collegiali, anche il confronto con altri giudici.

Dall'impostazione data discendono alcuni corollari metodologici:

- a) che si traccino le tematiche di ordine generale che costituiscono la cornice entro cui si muovono il giudizio amministrativo e la sua decisione;
- b) che si verifichino le ricadute di questi problemi e delle loro soluzioni sugli aspetti principali del processo – di cui si tratterà in questo seminario, e che toccherò solo sommariamente in quanto saranno svolti dai relatori delle singole sessioni (revocazione, giurisdizione ecc.);
- c) che si ricostruisca il procedimento di formazione della decisione, nonché di esposizione della stessa attraverso la sentenza e la sua motivazione;
- d) che si individui un punto di equilibrio tra fattori in tensione tra loro, la cui composizione è necessaria per un ordinato svolgersi della giurisdizione: sentenza come soluzione del caso e valore del precedente; libertà e autonomia del giudice e prevedibilità della decisione; effetto conformativo esterno della sentenza, cioè capacità della sentenza di porsi come indirizzo di diritto all'esercizio del potere pubblico in altri casi.

Ci occuperemo soprattutto di questi due aspetti: formazione e motivazione della decisione, prevedibilità della decisione.

## **2. La cornice. Verità e processo: la sentenza “giusta”.**

Sentenza “giusta” (o ingiusta) è un’espressione polisensa. Tende a veicolare l’idea che a mezzo della decisione si faccia “giustizia”. Ma anche quest’ultima locuzione è polivalente, se non addirittura ambigua. Invero, la giustizia tende facilmente ad avere una valenza etica. Ciò è forse accettabile e condivisibile con riferimento alla sfera morale, seppur anche in questa sfera non può sottacersi la tendenziale relatività del concetto, essendo difficile delineare un concetto come “etico” in senso assoluto. Chi lo ha sostenuto ne ha accentuato il carattere metodologico più che contenutistico, diremmo noi giuristi “procedurale”, come spesso si è indotti a fare quando è difficile dare un contenuto certo e in qualche modo “universale” a un concetto (si pensi, nel diritto, all’evoluzione del principio di legalità, da formale a sostanziale prima, e poi al rifugio nella legalità procedurale come fonte di legittimazione della funzione).

Dobbiamo allora accordarci sull’angolo di prospettiva dell’indagine e sulla terminologia. È una scelta convenzionale, e relativa, ma non credo vi siano altri metodi di analisi.

Una preconditione è che la sentenza sia emessa da un giudice terzo e imparziale nonché, a monte, indipendente. Si tratta di elementi minimi e basilari, su cui tanto è stato detto, quindi non si insiste oltre.

“Giusta” è la sentenza corretta nel contenuto e frutto di un procedimento in cui, oltre al giudice terzo, sia garantita la pari posizione delle parti, che si concretizza in un contraddittorio pieno.

Gli elementi di una sentenza “corretta” ruotano intorno a due pilastri: accertamento del fatto e interpretazione del diritto.

Il metodo e le tecniche attraverso cui si perviene a una decisione “corretta” devono riguardare quindi questi due aspetti. Purtroppo non si tratta di una “mera operazione”: è qualcosa che richiede (e non solo nel giudice, ma anche nelle parti) una solida preparazione giuridica, capacità di indagine, sensibilità di interpretazione giuridica, dosi massicce di buon senso (quest’ultima è la dote più difficile da rinvenire). E il

giudizio, cioè questa complessa operazione, è inevitabilmente influenzato da elementi di contesto, *in primis* la qualità della normazione, intesa come chiarezza, coerenza di sistema e conformità alla Costituzione e agli ordinamenti sovraordinati della regola da applicare.

Di una cosa però occorre essere consapevoli: il giudizio non ricerca una verità “oggettiva, certa e assoluta”; è ormai consolidato che per aversi una sentenza corretta sia necessario e sufficiente una decisione frutto di una verità “processuale” acquisita in maniera corretta, nel senso dinanzi precisato. E solo se a questa realtà processuale sia possibile sostituirla, a certe condizioni, un’altra, anch’essa processuale, la prima “verità” potrà essere messa in discussione (come avviene con l’appello). Questo non vuol dire che il giudizio prescindere dall’accertamento della verità; ma solo che è connaturata allo *ius dicere* la necessità che una controversia abbia, a un certo punto, fine. E purtroppo da noi è arduo sostenere che il tempo che ci prendiamo per assumere una decisione sia troppo breve.

Esaminiamo ora partitamente le operazioni di accertamento del fatto e interpretazione del diritto, avvertendo che la tematica della qualità della normazione verrà considerata solo in quanto funzionale al problema dell’interpretazione.

### **3. L’accertamento del fatto e le prove.**

Va fatta una premessa di ordine generale: che il giudizio amministrativo accetti il fatto così come lo ha definito l’amministrazione nel provvedimento è affermazione errata, non solo alla luce dell’evoluzione delle teorie sull’oggetto del giudizio – come talvolta si dice – ma anche alla luce dell’osservazione che il giudice conosce sempre del fatto, altrimenti il suo nemmeno sarebbe un giudizio.

Le stesse fattispecie sintomatiche classiche di eccesso di potere, a partire dal travisamento dei fatti e il difetto di istruttoria, dimostrano che il giudice amministrativo ha sempre operato una *propria* ricostruzione dei fatti, senza arretrare dinanzi allo schermo del provvedimento.

Il fatto non appartiene mai alla sfera del merito amministrativo. Ancor meno della discrezionalità.

Alla base di un giudizio deve esserci una corretta e completa (nel senso che si chiarirà di seguito) ricostruzione del fatto. Solo all'esito di questa avremo il "caso", cui applicare il giudizio di diritto.

Non necessariamente il caso corrisponde al fatto naturale, anche se a questo è bene che ci si avvicini il più possibile: si parla al riguardo di "tensione veritativa"<sup>1</sup>, che sembra accontentarsi, purché il giudizio abbia fine, di una "verità probabile" che, in ogni momento del suo farsi nel corso del giudizio, ammetta sempre la prova contraria.

In senso contrario alla ricostruzione della "verità" naturale possono concorrere la complessità dei fatti (che impongono spesso di selezionare tra le circostanze quelle che il giudice ritenga rilevanti nella ricostruzione del caso), le prove legali, il meccanismo delle presunzioni, la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, la rilevanza di altri saperi.

Il giudice gode di discrezionalità (oltre che nel giudizio di diritto) anche nella ricostruzione del fatto<sup>2</sup>. "Dal fatto al caso" potrebbe essere la formula che sintetizza il percorso di ricostruzione dei fatti posto a base del giudizio di diritto.

Per dirla con Gustavo Zagrebelsky: "Il nudo fatto non è portatore di domande (...) Il fatto diventa <caso> attraverso l'inevitabile comprensione di significato e di valore da parte di colui che è chiamato a dare risposte (...) in termini di diritto"<sup>3</sup>.

Il percorso logico seguito dal giudice nella ricostruzione del fatto è *in progress* e ha andamento circolare<sup>4</sup>, giusta i canoni della filosofia ermeneutica (Heidegger e Gadamer), secondo cui si perviene a un'attività valutativa in forza di progressive approssimazioni e "pre-comprensioni": il giudice si fa un'idea, fa una prima ipotesi di

---

<sup>1</sup> B. PASTORE, *Giusto processo e verità giudiziale*.

<sup>2</sup> Per un approfondimento della tematica cfr. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice* (1989), trad. it., Milano, 1995; S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016; F. PROSPERI, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza*, a cura di P. RESCIGNO, S. PATTI, Bologna, 2016.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 191.

<sup>4</sup> Sul tema si veda F. PROSPERI, *Op. cit.*.

inquadramento giuridico, verifica se i fatti siano riconducibili a una fattispecie e comunque ne dà una prima lettura, poi cerca e verifica ulteriori elementi di fatto a supporto della ipotesi, esclude la rilevanza di certi fatti, verifica che i fatti rilevanti siano assistiti da prova adeguata.

Si assiste a ciò che plasticamente è stato definito da Joachim Hruschka – (allievo di Karl Larenz a Monaco), che a “*La costituzione del caso giuridico*”<sup>5</sup> ha dedicato un saggio – “un andirivieni continuo tra il fatto e la norma”.

E’ però fondamentale che ricerca della verità in giudizio e discrezionalità del giudice si muovano nell’ambito e nel rispetto del contraddittorio, che costituisce garanzia della correttezza della ricostruzione dei fatti che verranno posti a base della decisione, “in ragione della considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l’accertamento della verità degli enunciati fattuali formulati dalle parti”<sup>6</sup>: trattasi di un aspetto fondamentale del “giusto processo”.

Gli aspetti più rilevanti riguardano la prova e le valutazioni tecniche.

Le prove legali, innanzi tutto, condizionano pesantemente la ricostruzione del caso: ma la loro individuazione è rimessa alla responsabilità del legislatore, al pari delle presunzioni *iuris et de iure*. Più delicato è il meccanismo delle presunzioni semplici, specie se combinato con l’uso giurisprudenziale dei criteri di ripartizione dell’onere probatorio, che ha contribuito a creare la categoria definita in dottrina delle “presunzioni giurisprudenziali”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), trad.it. Bologna, 2009, 26.

<sup>6</sup> B. PASTORE, *Op. cit.*, che richiama G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, 2004, 84.

<sup>7</sup> G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, 177.

Esse consistono in “manipolazioni” giurisprudenziali della distribuzione degli oneri probatori previsti dalle norme generali. Del resto, le regole di creazione giurisprudenziale in esame sono analoghe a quelle mediante le quali il legislatore stabilisce presunzioni legali relative, presentandosi in entrambi i casi come «regole di giudizio» che incidono sulla ripartizione degli oneri di prova posti a carico delle parti, modificando o invertendo la distribuzione prevista dall'art. 2697 c.c..

Al riguardo, Salvatore Patti<sup>8</sup> richiama lo studioso tedesco Hans Stoll, autore di un saggio dal significativo titolo “Lo spostamento della responsabilità mediante strumenti probatori”, citando ad esempio il settore della responsabilità medica.

Ulteriori esempi significativi possono rinvenirsi nella giurisprudenza amministrativa, quando, ai fini della prova del danno di un’impresa non aggiudicataria di una gara ma vittoriosa in giudizio, si “presuma” che la stessa abbia lavorato altrove (sebbene in questi casi si faccia leva anche sull’art. 1227 c.c. e sul dovere di lealtà del danneggiato nella produzione del danno), oppure quando si affermi la sussistenza di una motivazione *in re ipsa* sull’interesse pubblico in sede di autotutela, spesso nemmeno consentendo alla parte di provare un fattore escludente facente leva sull’affidamento.

Più in generale, ancora, la lettura prevalentemente oggettiva della colpa dell’amministrazione, più che tradursi nella mera inversione dell’onere della prova, induce a configurare vere e proprie fattispecie di responsabilità oggettiva, esclusa – com’è noto – solo per il venir meno del nesso di causalità.

In tutti questi casi, il potere del giudice nella ricostruzione del fatto va ben oltre una mera operazione ricostruttiva, ponendosi come esercizio di vera e propria discrezionalità giudiziaria.

Ma il settore più delicato in tema di ricostruzione del “caso” è senza dubbio quello in cui la valutazione dei fatti da porre a base del giudizio di diritto riguardi pregresse valutazioni tecniche (affidate in prima battuta all’amministrazione attiva e, sempre di più, ad autorità indipendenti di regolazione e sanzionatorie) o comunque implichi la cognizione di apprezzamenti di ordine tecnico.

Con riferimento ad esse, segnatamente per quelle effettuate da autorità indipendenti, è noto che si è a lungo sviluppato il dibattito sul tipo di sindacato da ammettere o non ammettere: estrinseco o intrinseco, forte o debole, e via dicendo, con varie sfumature sul carattere “aperto” o “manifesto” del vizio sindacabile. Queste categorie fanno

---

<sup>8</sup> S. PATTI, *Op. cit.*, 42.

parte di un passato, anche prossimo, che è servito, a mio avviso, a porre il problema e ad aprire una breccia nella insindacabilità.

Ma la situazione oggi è mutata ed è giusto che sia così: se il giudice è “signore del fatto” – con la precisazione che per fatto si intende quello portato in giudizio sulla base degli enunciati delle parti (provvedimento amministrativo e contestazioni dei ricorrenti) – e se il fatto non è *dato* ma *costruito*, ne discende che il giudice non potrà che avere accesso ad esso attraverso la valutazione piena e autonoma delle circostanze.

In altri termini, il sindacato sui provvedimenti amministrativi deve essere “forte, pieno ed effettivo”, riguardare la cognizione piena del fatto; al giudice è attribuito non il compito di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere attribuito all’Autorità sia stato correttamente esercitato<sup>9</sup>: con il logico corollario che il giudice può giungere a sindacare la congruità e l’attendibilità della scelta amministrativa, mai la sua opportunità o anche solo la sua opinabilità; difatti, mai può sostituire il suo giudizio a quello dell’amministrazione.

Del resto, è stato rilevato che “il fatto che un giudizio sia stato formulato alla stregua di una scienza, in luogo di legittimare una riserva di amministrazione, costituisce all’opposto la premessa della sua verificabilità”<sup>10</sup>, sicché la riserva in capo all’amministrazione della ricostruzione fattuale “equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale”, mentre privilegiare la soluzione tecnica peggiore sol perché provenga dall’amministrazione rinuncia a ricercare e favorire la soluzione tecnica migliore.<sup>11</sup>

In altri termini, mi sembra si possa dire che la conoscenza del fatto e la sua “qualificazione” ai fini del decidere entrano strutturalmente nel giudizio amministrativo e ciò dà garanzia di “pienezza” della tutela.

---

<sup>9</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712; id. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 che ha sancito la *piena* sindacabilità della discrezionalità tecnica, distinguendola dal merito dell’azione amministrativa.

<sup>10</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, 179.

<sup>11</sup> A. TRAVI, come richiamato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, ult.cit. nota 14, 181.

Quello in esame è il campo più delicato per i rapporti tra ambito della giurisdizione e merito amministrativo; e conseguentemente per la definizione dell'eccesso di potere giurisdizionale e quindi per il sindacato della Cassazione ex articolo 111 della Costituzione. Il merito amministrativo attiene alla scelta, la giurisdizione è autonoma sulla ricostruzione dei fatti e sulla valutazione degli stessi. La "costituzione del caso" resta rimessa al giudice – e non vi può essere al riguardo distinzione tra giurisdizione di legittimità e di merito in sede di ottemperanza. Ed è per questo che il sindacato del giudice sugli atti delle autorità indipendenti va estendendosi: non perché aumenti l'area del sindacato in sé, ma perché va allargandosi l'area di cognizione dei fatti posti alla base del provvedimento dell'Autorità oggetto del giudizio. E il crescente ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio in giudizi riguardanti atti di autorità indipendenti costituisce la riprova di ciò.

Nell'accertamento dei fatti e nell'avvalersi degli strumenti istruttori permane in qualche misura una certa prudenza del giudice. Ma non so se al riguardo possa parlarsi, in senso critico negativo, di una "resistente ritrosia per l'istruttoria" del giudice amministrativo, come "residuo di un giudice immerso nell'amministrazione"<sup>12</sup>; al più può convenirsi su una qualche "timidezza". A parte che la giustizia amministrativa sopporta spesso la critica opposta – quella di un'eccessiva invadenza, talvolta, ma non spesso, sanzionata anche in sede di controllo sulla giurisdizione – va ricordato che il giudizio amministrativo resta un giudizio in cui (anche) l'accertamento del fatto è, come dire, di secondo grado; nel senso che il giudice si avvale, in positivo o in negativo, dell'accertamento compiuto dall'amministrazione, salvo a sindacarlo anche in punto di fatto e a ricostruirlo diversamente il "caso".

Concludendo in punto di accertamento del fatto, vorrei sottolineare quella che definirei la rilevanza esterna (al processo) della ricostruzione del "caso".

---

<sup>12</sup> S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di G. D. COMPORTELLI, Firenze, 2016, 135.

È noto che la sentenza amministrativa si caratterizza per ciò che si definisce effetto conformativo esterno. In altri termini, la sentenza contiene, in aggiunta alla risoluzione della controversia e alla regolazione del rapporto in sede di esecuzione/ottemperanza, una indicazione all'amministrazione su come comportarsi nei casi futuri analoghi. Ciò deriva dalla caratteristica del giudizio amministrativo quale sindacato sul potere, il quale si manifesta ripetutamente attraverso la funzione. Il giudice dunque, risolvendo una controversia, il più delle volte enuclea dal caso una *regula iuris* che l'amministrazione tende a osservare, per evitare di incorrere ripetutamente in un sindacato negativo dell'esercizio di quel potere tipico.

A questo punto è chiaro che la "corretta" ricostruzione del "caso", ancor prima della enucleazione della regola di diritto, assume rilevanza centrale per la corretta operatività del meccanismo, analogamente a quanto avviene nei sistemi in cui vige lo *stare decisis*, vincolo attenuato proprio dalla tecnica del *distinguishing* (che toglie valore al precedente) in relazione alla varietà possibile dei "casi".

La rilevanza centrale del fatto – nei termini che abbiamo visto – si ripercuote direttamente sulla "correttezza" della sentenza. La revocazione si fonda, nell'assoluta maggioranza dei casi, su un dedotto errore di fatto e ciò comprova l'importanza fondamentale di una corretta ricostruzione del "caso" in punto di fatto, tanto che l'ordinamento vi annette un'attenuazione della stabilità del giudicato.

Sono ormai noti tutti i principi consolidati sui requisiti dell'errore revocatorio e, pertanto, non li richiamo<sup>13</sup>. Vorrei però far notare come al riconosciuto incremento dei ricorsi per revocazione concorra, a mio avviso, un profilo di stile della sentenza. Mi riferisco all'abitudine, da parte del giudice, di scrivere sentenze commettendo quelli che mi sembrano due errori, al limite dell'ingenuità: confondere censura o motivo di ricorso e argomentazione; ricorrere agli *obiter dicta*.

---

<sup>13</sup> Quanto alle caratteristiche dell'errore di fatto revocatorio ex art. 395 n. 4 c.p.c. si veda, tra le altre, Cons. St., Ad. Plen, 10 gennaio 2013, n. 1, id. 24 gennaio 2014, n. 5.

Come chiarito di recente anche dall'Adunanza plenaria<sup>14</sup>, il giudice deve rispondere a ogni *censura*, la cui puntualità supera, per scomporlo, il concetto processualcivilistico di domanda; ma non deve rispondere a ogni argomentazione. Per far ciò, egli spesso abdica alla doverosa selezione dei fatti rilevanti; oppure risponde in diritto su circostanze di fatto non pertinenti. Tutto ciò, oltre a rendere “prolissa” la sentenza, aumenta il rischio di errori deducibili come revocatori (salvo poi, in sede di decisione sulla revocazione, far rilevare che quell'argomentazione e la sottostante circostanza di fatto non siano risolutivi della controversia e se ne sarebbe potuto prescindere).

Lo stesso rischio si corre con gli *obiter dicta*. Rischio minore perché in genere l'*obiter dictum* si riferisce a profili di diritto; ma l'intrinseco collegamento in ogni decisione tra fatto e diritto dovrebbe sconsigliare (oltre che per altre ragioni attinenti al buon modo di scrivere le sentenze) il ricorso agli *obiter dicta* che, nel rafforzare apparentemente la motivazione, la rendono spesso “perplessa”, diminuendone la portata di statuizione, e la espongono, quand'anche infondatamente, a istanze di revocazione.

#### **4. Il giudizio di diritto: metodo sillogistico e ricorso a principi e clausole generali.**

Sulla situazione di fatto, sul “caso” come qualificato dal giudice, si innesta e si modella il giudizio di diritto.

È senz'altro esatto dire, anche con riferimento alla sentenza amministrativa, che il giudizio di diritto consiste nella individuazione e interpretazione della norma e della sua applicazione al caso concreto<sup>15</sup>. Ma va rimarcato che, quanto meno con riferimento al processo d'impugnazione, la tecnica di sindacato per eccesso di potere

---

<sup>14</sup> Cons. St., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 21: nell'enunciare il principio di diritto secondo cui “non costituisce motivo di revocazione per omessa pronuncia il fatto che il giudice, nell'esaminare la domanda di parte, non si sia espressamente pronunciato su tutte le argomentazioni poste dalla parte medesima a sostegno delle proprie conclusioni”, ha specificato che “A sostegno del motivo – che identifica la domanda prospettata di fronte al giudice – la parte può addurre, poi, un complesso di argomentazioni, volta a illustrare le diverse censure, ma che non sono idonee, di per sé stesse, ad ampliare o restringere la censura, e con essa la domanda. Rispetto a tali argomentazioni non sussiste un obbligo di specifica pronuncia da parte del giudice (...)”.

<sup>15</sup> E. FAZZALARI, *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989.

prescinde dal metodo sillogistico dell'applicazione della norma al caso concreto, perché prescinde, in un certo qual senso, dalla norma stessa, e si avvicina a un sindacato condotto per clausole generali con il quale si verifica il rispetto di canoni quali proporzionalità, non contraddittorietà, logicità, coerenza; il che avvicina il giudizio di diritto del giudice amministrativo – non solo italiano, ritengo – alla tradizione giudiziaria dei Paesi di *Common Law* e accentua il profilo creativo, quale partecipa del processo di formazione del diritto, della giurisprudenza amministrativa. Tanto che la giurisprudenza amministrativa è stata descritta come “una giurisprudenza circolare, che fa riferimento a clausole generali, e allo stesso tempo fortemente casistica, cioè che dà rilievo agli elementi del caso”<sup>16</sup>.

Più esplicitamente, per quanto riguarda il giudizio di diritto, direi che una sentenza “corretta” si fonda su due pietre angolari: interpretazione della norma (o meglio del “diritto” cui il “caso” sia riconducibile); effettività della tutela. E qui sorgono problemi di ordine generale assai delicati, inerenti a quella che una volta era prevalentemente definita giurisprudenza “pretoria” e che ora, più apertamente, viene configurato come concorso del giudice nella produzione del diritto.

Si contrappongono sul tema più Scuole giuridiche, dalla Scuola positiva che, nella configurazione originaria di derivazione illuministica, guarda al giudice “bocca della legge”, alla Scuola storicistica, secondo la quale, semplificando, il giudice, nell'*invenire* la regola, concorre nella produzione del diritto. E si contrappongono, sul piano metodologico, metodo sillogistico e ragionamento per clausole generali.

Il dibattito non è estraneo, sin dalle sue origini, alla stessa Scuola tedesca, nella nota contrapposizione tra la sistematica di Savigny (che comunque supera la frattura tra teoria e prassi propugnata da Windscheid) e l'adesione alla Scuola storica riscontrata da alcuni autori nell'ultimo Jhering, lo Jhering, per intenderci, oppositore della *Begriffsjurisprudenz*.

---

<sup>16</sup> R. DE NICTOLIS, *La tecnica di redazione delle decisioni del giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Più interessante e attuale, è osservare che la dottrina – e la stessa lingua – tedesca riconduce all'interno del medesimo piano dell'interpretazione sia l'attività di applicazione del diritto (*Rechtsanwendung*), sia la cd. *Rechtsfortbildung*, che racchiude in sé l'idea del progresso, dell'evoluzione del diritto cui il giudice è chiamato a concorrere, sul presupposto che la norma non è un dato statico ma un punto di partenza destinato ad evolvere nel tempo<sup>17</sup>.

Il modo di ragionare del giudice amministrativo e le tecniche o modelli da questi adoperati ci consentono di esplicitare questi concetti.

Nell'impostazione positivista, che ricorre al metodo sillogistico-deduttivo, il caso, se non è suscettibile nel modello normativo, non riceve “riconoscimento” giuridico.

Ma *come* sono, o possono essere, i modelli normativi?

Direi che, accanto a modelli normativi “chiusi” nel senso di “definiti”, possono configurarsi modelli normativi “aperti”, in cui la determinatezza della fattispecie va riempita *aliunde*.

Nel diritto civile costituiscono esempi di modelli aperti:

a) l'illecito civile, che, nella sua evoluzione storica, ha consentito l'emersione “perenne” di nuove fattispecie ad opera esclusiva dell'interprete e del giudice (basti ricordare la diversa conclusione, in tema di cd. tutela esterna del credito nel sistema di responsabilità aquiliana, cui pervenne la giurisprudenza nei due casi che videro protagonista la società Torino calcio: Superga e Meroni<sup>18</sup>);

b) il ricorso, in numerose disposizioni codicistiche, a buona fede, correttezza, volontà effettiva delle parti; il che richiede al giudice, di volta in volta, e con la sola prevedibilità connessa ai canoni di interpretazione giurisprudenziale, di giudicare di un caso concreto senza poter disporre del metodo sillogistico ma, a ben guardare, nemmeno di una fattispecie;

---

<sup>17</sup> S. PATTI, *Op. cit.*, 69.

<sup>18</sup> Rispettivamente Cass. Civ., sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085; Cass. Sez. Un., 27 gennaio 1971, n. 174.

c) la figura dell'abuso di posizione dominante o il concetto di mercato rilevante, che sono di difficile definizione con il metodo sillogistico o guardando ai caratteri propri della singola fattispecie.

Passiamo ora al diritto amministrativo, dove i modelli normativi "aperti" sono assolutamente prevalenti. Anzi, forse nella maggior parte dei casi è improprio anche parlare di modelli normativi, se per normativi si intende "posti per legge".

Questo è dovuto in primo luogo a una ragione storica<sup>19</sup>.

Le vicende storiche legate alla formazione della giustizia amministrativa – giurisdizione unica nel 1865 e poi ritorno al dualismo delle giurisdizioni nel 1889, per colmare le lacune di un sistema che non riconosceva tutela alle situazioni soggettive diverse dal diritto soggettivo – hanno determinato una "inversione logica" nel sistema di tutele avverso il potere pubblico: prima è nata la tutela davanti al giudice e poi la situazione soggettiva tutelata. E ancora negli anni Settanta, Mario Nigro parla di un processo di progressiva emersione dall'indistinto giuridico, ad opera della giurisprudenza, di interessi giuridicamente tutelati e di posizioni legittimanti.

In questo processo c'è poco spazio per metodo sillogistico e fattispecie. Molto spazio per quello che Grossi definirebbe un giudice non creatore, ma "inventore" – nel senso etimologico del termine – del diritto.

Il secondo profilo riguarda proprio la tecnica di sindacato del giudice amministrativo. Il giudice amministrativo si è, sin dalle origini, trovato a dover coniugare principio di legalità e sindacato effettivo del potere. Il principio di legalità, soprattutto *sub specie* di tipicità dei provvedimenti, richiede che l'atto corrisponda al paradigma normativo. Ma il paradigma normativo raramente è predeterminato in ogni suo aspetto; e, soprattutto, il potere amministrativo è espressione di una vicenda diacronica, non una posizione statica. Limitare il sindacato alla mera violazione della legge attraverso una verifica della sua corretta applicazione vuol dire vanificare la tutela. Questa

---

<sup>19</sup> Per una sintetica ricostruzione storica, anche per le citazioni, si rinvia a F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia (amministrativa) in perenne trasformazione: profili storici e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, n. 1, 115.

considerazione è all'origine dell'eccesso di potere, sia sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica, sia soprattutto attraverso la tecnica del sindacato per figure sintomatiche.

Le figure sintomatiche di eccesso di potere – travisamento di fatto, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, discriminazione tra situazioni identiche, mancato bilanciamento di interessi, fino alle sue declinazioni più moderne della ragionevolezza, proporzionalità e correttezza – sono clausole generali, alcune delle quali corrispondenti a princìpi generali positivamente posti<sup>20</sup>, che costituiscono da sempre l'ordinaria tecnica di sindacato sul potere pubblico.

L'uso di clausole generali e di princìpi consentono al giudice di sindacare il potere nella sua concretezza dinamica, proprio perché gli elementi su cui è esercitato il sindacato mutano nel tempo, così come spesso mutano nel tempo anche i parametri *lato sensu* normativi di confronto (la disciplina urbanistica, la regolazione di un settore economico, e così via).

Si consideri inoltre che al test di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità oramai non si sottraggono nemmeno le norme. Questo è vero per le norme di legge e comunque di rango primario, nel giudizio di costituzionalità. Ma è vero anche per tutta quella disciplina, che talvolta nemmeno assume rango normativo in senso tecnico (dai regolamenti alla disciplina urbanistica fino all'attività di regolazione), rispetto alla quale il giudice, quando non ne riscontri una violazione diretta, deve verificarne la “bontà” rispetto ai parametri generali sopra richiamati. In tal modo, interpretazione “aperta” della norma ed esigenza imperativa di effettività si saldano nel giudizio di diritto, un giudizio strutturato per cogliere la dinamicità dell'esercizio del potere concorrendo a definire i contorni di una sentenza “corretta”; anzi, rispetto al giudizio di diritto, mi azzarderei a ricorrere al termine di sentenza “giusta”, intesa nell'accezione di *secundum ius*.

---

<sup>20</sup> Sulla positivizzazione dei princìpi generali dell'azione amministrativa, vd., anche per le ampie citazioni, gli scritti di M.A.SANDULLI, G.CORSO, A.MASSERA, M.R.SPASIANO, G.DELLA CANANEA, D.U.GALETTA, E.ZAMPETTI, B.MARCHETTI e F.MANGANARO nel *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A.Sandulli), a commento dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, Milano 2017.

Ma il modello in cui maggiormente il giudice amministrativo deve saper temperare interpretazione “aperta” di una norma e sindacato “fattuale” sull’esercizio concreto del potere è costituito dal ricorso al bilanciamento di interessi e al test di proporzionalità.

Quest’ultimo è principio di derivazione tedesca; in quell’ordinamento, è concepito con una strutturazione trifasica progressiva nella quale si articolano altrettanti *test*: idoneità, rispetto al fine pubblico perseguito; necessarietà, nella duplice accezione di non superamento del limite strettamente necessario e della mancanza di un’alternativa meno incisiva sul privato; proporzionalità in senso stretto, in cui si verifica la “proporzione” o ponderazione tra mezzo e fine e si effettua quindi un bilanciamento tra la rilevanza dell’interesse pubblico da perseguire e il sacrificio imposto al privato.

È stato altresì rilevato in dottrina<sup>21</sup> che la verifica trifasica del test di proporzionalità è raramente condotta fino all’ultima fase sia nella giurisprudenza europea, sia negli ordinamenti nazionali e segnatamente in quello italiano. La ragione è agevole da individuare: il test di proporzionalità in senso stretto conduce l’analisi del giudice al confine con il “merito” amministrativo.

Da noi la proporzionalità è spesso, ma impropriamente, abbinata alla ragionevolezza. La realtà è che il test di proporzionalità introduce un meccanismo decisionale di sostanziale bilanciamento di interessi ad opera del giudice e, al confine con il merito amministrativo, richiede, quanto meno, che sia giustificata, anche in punto di motivazione, non solo in positivo la scelta effettuata dall’amministrazione, ma anche la mancata scelta di un’alternativa più favorevole al privato.

---

<sup>21</sup> Sul punto cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.; D.U. GALETTA, *General Principles of EU Law as Evidence of the Development of a Common European Legal Thinking: the Example of the Proportionality Principle (from the Italian Perspective)*, in *Common European Legal Thinking*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York 2016; ma già *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* (a cura di Renna e Saitta), Milano 2012, 389-412; G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, 447 ss.

Anche sul giudizio di diritto possiamo concludere con un riferimento allo stile della sentenza.

Il modello decisorio e la tecnica che lo sorreggono influiscono infatti sullo stile, ma dovrebbero anche orientarlo.

Il giudice amministrativo può trovarsi oggi di fronte: a complicate questioni di interpretazione di norme, che disciplinano la materia e presumibilmente il “caso”; a complessi svolgimenti procedurali in cui appare incerta la stessa definizione dell’interesse pubblico perseguito e il dispiegarsi dell’azione amministrativa nei confronti dei soggetti coinvolti.

Nella prima ipotesi, una formula “classica” di “mera interpretazione” e l’uso del metodo sillogistico possono bastare, almeno per quelli che Aharon Barak definirebbe i “casi facili” e i “casi intermedi”<sup>22</sup>.

Altre volte – e sono questi i casi difficili – si richiede al giudice di cogliere la complessità del “caso” sia in punto di fatto, sia in punto di diritto, e, sotto questo ultimo aspetto, sia con riferimento alla sussumibilità del caso in una fattispecie, sia con riguardo al sindacato dell’azione amministrativa nel suo dispiegarsi concreto e fattuale; e ciò con un sapiente e accorto uso della tecnica per clausole generali.

In questi “casi difficili”, il giudice, ma anche le parti, cioè i difensori che si confrontano con le controparti ma anche con il giudice, devono rassegnarsi ad accettare una certa dose, talvolta abbondante, di “discrezionalità” del giudice, frutto della sensibilità con la quale i difensori sono capaci di prospettare e il giudice è capace di cogliere la correttezza dell’esercizio concreto del potere nell’ambito della cornice normativa data, con la consapevolezza che questa può non bastare e che il ricorrere a clausole generali determina un’inevitabile dose di soggettivismo giudiziario.

In tali fattispecie, il giudice deve rifuggire dalla tentazione, per la elasticità della tecnica decisoria usata, di convincere la parte della “bontà” della decisione, dovendo solo assicurarsi che gli strumenti siano stati adoperati correttamente.

---

<sup>22</sup> A. BARAK, *Op. cit.* spec. 40 e 223ss..

Qui vale ancora di più l'ammonimento di Gino Gorla, secondo il quale il giudice con la sentenza deve decidere, non persuadere. Mai come in questo caso la sentenza deve tornare a essere “corretta” e il giudice disponibile alla critica sia della parte soccombente, che è inevitabile, sia della dottrina e dell'opinione pubblica.

## 5. Conclusioni

Vorrei concludere la mia riflessione menzionando Aharon Barak, che nel suo *post scriptum* al libro sulla discrezionalità del giudice<sup>23</sup>, individua tre modelli di formazione delle decisioni giudiziarie:

il modello “dichiarativo” che bolla come irrealistico e “inutile”, perché è costretto a ricorrere a finzioni e non indica in concreto al giudice come decidere nei “casi difficili” nel mero rispetto della legittimità formale;

il modello “politico”, coerente con la filosofia realistica degli anni Trenta del Novecento e con la Scuola di *Critical Legal Studies*<sup>24</sup>, secondo il quale il giudice concorre alla produzione del diritto *al pari* del legislatore: sarebbe la fine, in prospettiva, del ruolo proprio della giurisprudenza.

Il terzo modello è quello che egli chiama della “discrezionalità giudiziaria limitata”; semplificando, il giudice deve essenzialmente decidere la controversia: nei casi facili e intermedi, lo fa con la più o meno semplice applicazione del dettato normativo o di principi consolidati; talvolta però, egli è chiamato a esercitare una discrezionalità *limitata* alla misura che gli serve per poter “rendere giustizia”, cioè rispondere, in termini positivi o negativi, alla domanda concreta di giustizia.

Tale schematizzazione risente del modo di ragionare dei giuristi di formazione (prevalentemente, nel caso di Barak) anglosassone.

Riportando però lo schema alla cultura giuridica e giudiziaria europea e continentale, possiamo dire, schematicamente, che il giudice, interpellato dalla parti, *deve* dare una risposta. Nel (dover) fare ciò, il problema maggiore di cui deve farsi carico il giudice oggi è saper coniugare effettività di una tutela, per lo più necessariamente condotta

---

<sup>23</sup> A. BARAK, *Op. cit.*.

<sup>24</sup> Su cui vd. G. BINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad.it. Bologna 2001, 177 ss..

per clausole generali adattate al “caso”, ed esigenza di certezza del diritto applicato, che si traduce nella esigenza di prevedibilità delle decisioni.

Il giudice per primo deve “crearsi delle fattispecie”: in questo (ben limitato) senso il giudice può e deve essere un giudice “legislatore”, in modo da rendere prevedibile il suo giudizio. Del resto, questa era la funzione propria dell’editto pretorile nel diritto romano classico.

L’effetto conformativo esterno e la ricerca della stabilità della giurisprudenza (che non vuol dire sua immutabilità) possono concorrere alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie<sup>25</sup>.

In definitiva, la sentenza amministrativa segna un percorso in cui Scuola positiva e Scuola storicistica, metodo sillogistico e clausole generali, giudice “bocca della legge” e giudice “inventore” del diritto devono imparare a convivere.

Il giudice amministrativo non può fare a meno degli strumenti della logica e del ragionamento affinati dal metodo sillogistico. Nemmeno però può fare a meno della fattualità del diritto, modellando il sindacato sul concreto dispiegarsi del potere pubblico.

Ricorrere a clausole generali sul piano pratico e a valori e principi sul piano teorico è inevitabile.

I rischi ci sono, ma non c’è da spaventarsi più di tanto.

Valori e principi, se ancorati al sistema ordinamentale complessivo e *in primis* alla Costituzione, consentono di orientare il giudice verso un allargamento dell’area di tutela che costituisce pur sempre il *proprium* della giurisdizione.

Occorre solo evitare il pericolo che dallo Stato di diritto (*Rechtsstaat*) si passi allo Stato dei giudici (*Richterstaat*): e ciò richiede in primo luogo un atteggiamento “responsabile” da parte di un giudice che faccia dell’“umiltà”, secondo il monito di Calamandrei, la virtù “correttiva” del potere a lui attribuito.

**Filippo Patroni Griffi**

---

<sup>25</sup> Come ammonisce A. BARAK, *op. cit.* 232, “La stabilità senza cambiamento significa declino. Il cambiamento senza stabilità significa anarchia”. E, citando altri Autori (*ivi*, nt. 16 e 17): “il fine ultimo consiste nell’ottenere il cambiamento attraverso la stabilità...il diritto deve essere stabile e tuttavia non può rimanere immobile”.

## **Presidente aggiunto del Consiglio di Stato**

Publicato il 3 giugno 2017