**Dello scrivere del giudice: brevi note su cause ed effetti dell’argomentazione giudiziaria** [[1]](#footnote-1)

*Il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente fin dove la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare: proseguirle al di là può essere non solo inutile, ma pericoloso, se si giunge a conseguenze che, logicamente impeccabili, contrastano con quegli scopi che sono quelli che l’ordinamento giuridico si propone per le sue esigenze le quali non sono quelle della logica astratta*”.

Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Glissez, mortels, n’appuyez pas*

Sommario: 1. Premessa: l’importanza della tecnica redazionale - 2. I provvedimenti in materia di appalti. – 3. I provvedimenti in materia di responsabilità civile. – 4. Conclusioni.

1. L’insistenza, in sede formativa, sulla tecnica redazionale delle sentenze può apparire come relativa ad un dato minore: così non è.

La redazione (della motivazione) della sentenza è un elemento non marginale della qualità del lavoro del giudice, ed un attributo indefettibile del processo.[[2]](#footnote-2)

La sentenza “chiude” una vicenda,[[3]](#footnote-3) e – con il suo effetto conformativo – pone le basi per “andare oltre”[[4]](#footnote-4): di qui la necessità di una tecnica redazionale che privilegi sinteticità e soprattutto chiarezza sugli effetti del giudicato (come si vedrà, tale ultima esigenza in materia di appalti è stata, di recente, normativamente scolpita dal legislatore).

Se è vero, dunque, che “il diritto e le norme positive – nonché l’istituto del giudicato – s’impossessano, o tornano a impossessarsi, di *qualsiasi criterio di decisione*, sicchè applicazione di leggi e realizzazione di valori trovano autorità in un ‘espediente’ positivo, nella fine tecnica del contendere e del disputare”,[[5]](#footnote-5) è altrettanto vero che tale fine, per poter essere valida ed efficace, deve tener conto della funzione (o delle funzioni) cui essa assolve, secondo la stessa indicazione normativa, e deve quindi essere redatta secondo una tecnica redazionale a ciò funzionale.

La capacità della sentenza di assolvere validamente ed efficacemente alla sua funzione si gioca in buona parte sul terreno della tecnica redazionale: il contenuto decisorio va infatti espresso in una forma strutturale tale da costituire una reale risposta alla domanda di giustizia delle parti, e al tempo stesso da risultare conforme al regime normativo della specifica azione.

All’indomani dell’entrata in funzione dei TT.AA.RR., un magistrato e giurista attento e sensibile come Giovanni Paleologo pubblicò un contributo in cui spiegava con chiarezza come e perché le sentenze del giudice amministrativo dovessero scriversi secondo una tecnica redazionale che tenesse conto sia della “forma” e della “autorità” delle sentenze amministrative, che del “ruolo didascalico dell’attività del Consiglio di Stato e delle sentenze dei T.A.R. per le Amministrazioni pubbliche”.[[6]](#footnote-6)

Lo stesso Paleologo, qualche anno più tardi, nella sua fondamentale monografia su “L’Appello al Consiglio di Stato”, ben illustrava le funzioni della sentenza, e le connesse problematiche anche sul piano redazionale: la sentenza come “certezza”, come “rimedio” e come “risultato (ed il regime delle imperfezioni)”.[[7]](#footnote-7)

Semplificando può dirsi che, a maggior ragione circa un quarantennio dopo tale elaborazione, la sentenza mantiene la sua fondamentale funzione endoprocessuale, ma ha visto accresciuta la rilevanza pubblica, metaprocessuale (tanto che, opportunamente, la relazione che segue è dedicata a “L’impatto delle decisioni amministrative sulla società odierna”).

Di qui, ad esempio, le connotazioni redazionali in negativo (ad esempio, gli oscuramenti a tutela della privacy), ma anche quelli in positivo (la necessità di una pur sommaria illustrazione del fatto e del contenuto e degli effetti del provvedimento impugnato, propedeutica alla comprensione, anche da parte di un pubblico più ampio, delle ragioni della decisione).

Di qui, insomma, l’esigenza di una tecnica redazionale consapevole di tutte le funzioni della sentenza.

L’attenzione a una corretta ricostruzione del fatto è peraltro rilevante già su un piano strettamente giuridico-processuale, posto che “La parte della motivazione in fatto che include gli enunciati relativi alle circostanze che costituiscono i fatti principali della causa rappresenta un aspetto essenziale di ciò che si può definire come giustificazione interna della decisione presa nel suo complesso: si tratta infatti della così detta fattispecie concreta che viene ricondotta entro il campo di applicazione della regola giuridica adottata come criterio di decisione. La giustificazione interna della decisione finale è costituita dalla correlazione (deduttiva, sussuntiva) che si instaura tra la premessa di diritto e la premessa di fatto, dalle quali discende la decisione”.[[8]](#footnote-8)

Partendo da una plausibile e coerente enunciazione (e ricostruzione, eventualmente anche in termini qualificatori) del fatto, la redazione della motivazione deve evidentemente anzitutto superare un “controllo di razionalità della decisione”, dal momento che “il procedimento giudiziario forma il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema del diritto. Nessun sistema giuridico può definirsi come razionale se non è capace di produrre decisioni giudiziarie in qualche modo definibili come razionali”[[9]](#footnote-9).

Infine, non è estraneo al tema (generale) di un’efficace tecnica redazionale il riferimento ad un accorto ed appropriato uso del linguaggio giuridico:[[10]](#footnote-10) evitando di indulgere al “nuovismo” lessicale,[[11]](#footnote-11) conseguenza applicativa del “nuovismo argomentativo”[[12]](#footnote-12) (tale fenomeno essendo nient’altro che una manifestazione di carenza del metodo),[[13]](#footnote-13) specie se non necessario.[[14]](#footnote-14)

Nella presente relazione ci si occuperà dei modelli di redazione dei provvedimenti nelle materie della responsabilità civile e della contrattualistica pubblica, secondo gli indici normativi di riferimento.

Non ci si occuperà né dei profili generali, normativamente riconducibili agli art. 34, 74 e 88 cod. proc. amm.,[[15]](#footnote-15) né dei possibili profili patologici che la redazione di tali provvedimenti comunemente presenta: non perché quest’ultimo riferimento non sia particolarmente rilevante,[[16]](#footnote-16) ma anzi perché - molto opportunamente - si è inserita in queste giornate di formazione una apposita sessione dedicata agli “errori più comuni nella redazione dei provvedimenti giurisdizionali”.

2. Per quanto riguarda la redazione dei provvedimenti in materia di appalti, l’art. 120 del codice del processo amministrativo contiene una serie di indicazioni relative ad altrettanti contenuti necessari, rispetto ai quali va parametrata la tecnica redazionale degli stessi.

2.1. Sul piano generale, stabilisce l’art. 120, comma 10, che “Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”.

Si tratta di una specificazione del generale princìpio sancito dall’art. 3, comma 2, dello stesso codice: “Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione”.

La ragione della specificazione e della sottolineatura nella materia degli appalti si deve probabilmente, più che ad esigenze di tecnica redazionale in quanto tali, all’esigenza di speditezza nel deposito della sentenza (anche in ragione del supposto ruolo del contenzioso in materia di contratti pubblici, che secondo una narrazione – forse non aggiornata ai dati reali - avrebbe l’effetto di frenare l’economia del settore).

Tuttavia, la seconda parte della disposizione (“la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”) è probabilmente mal coordinata con le caratteristiche della motivazione da redigere.

La sentenza in forma semplificata, la cui disciplina generale è recata dall’art. 74 cod. proc. amm., [[17]](#footnote-17)trova i suoi presupposti nella manifesta semplicità della decisione della lite (“Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme”).

Nel contenzioso in materia di appalti, al contrario, si pongono molto spesso una serie di questioni, anche di natura tecnica, che richiedono uno sviluppo argomentativo difficilmente conciliabile con il canone *ex* art. 74 cit.

Nondimeno, si tratta di una indicazione quanto meno tendenziale rivolta al giudice sul piano della tecnica di redazione: peraltro almeno astrattamente rilevante nello scrutinio della sufficienza motivazionale rispetto al parametro normativo specifico, laddove nei successivi gradi di giudizio dovesse essere dedotto un vizio di carenza o insufficienza di motivazione.

Il legislatore ha comunque tenuto conto del fatto che in alcuni casi la stesura della motivazione possa essere “particolarmente complessa” (pur concependo tale eventualità in chiave di eccezione al carattere “semplificato” della sentenza negli altri casi): la conseguenza disciplinare è in tal caso il solo slittamento del termine per il deposito (da quindici a trenta giorni) della motivazione, purchè nel termine di quindici giorni si depositi comunque il dispositivo (art. 120, comma 9).

2.2. Una prima indicazione normativa specifica riguarda il provvedimento da adottare all’esito della camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare.

Come sopra ricordato, il testo attualmente vigente dell’art. 120, comma 6, cod. proc. amm - come da ultimo modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 – prevede che di norma, sussistendone le condizioni, il giudizio venga definito nel merito, con sentenza in forma semplificata adottata all’esito dell’udienza camerale fissata per l’incidente cautelare.

Laddove non ricorrano le condizioni previste dalla disposizione da ultimo richiamata, la motivazione dell’ordinanza che decide unicamente sulla domanda cautelare deve evidentemente e preliminarmente contenere un riferimento alla sussistenza dei presupposti per la sua adozione, *id est* alla insussistenza dei presupposti per pronunciare sentenza.

2.3. In tale decisione, inoltre, la motivazione deve essere redatta, in punto di *periculum in mora*, tenendo conto del *dictum* del comma 8*-ter* dell’art. 120: “*Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all’esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*”.

2.4. L’art. 120, comma 9, stabilisce che ove il giudice depositi il dispositivo, debba indicare in esso “le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione”.

La disposizione - così modificata dall'art. 4, comma 4, lett. b), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, sopra citato – è probabilmente il frutto di un’aggiunta mal coordinata.

Il contenuto obbligatorio del dispositivo è infatti previsto per la sola ipotesi in cui lo stesso venga pubblicato ad iniziativa del giudice: nella fattispecie, sopra richiamata, di particolare complessità della motivazione da redigere.

La medesima *ratio*, legata alla necessità di conoscere sollecitamente cosa il giudice ha deciso e cosa questo comporta per l’azione dell’amministrazione e per gli interessi delle parti, probabilmente ricorre anche (e forse ancor più) nella fattispecie di cui all’art. 119, comma 5 dello stesso codice del processo amministrativo: laddove una delle parti richieda la “pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza”.

In entrambi i casi vi è evidentemente una ragione di urgenza, connessa all’aggiudicazione e all’esecuzione del lavoro, del servizio o della fornitura, che rende particolarmente importante conoscere con sollecitudine non solo il tenore formale della decisione del giudice, ma anche le sue ricadute sostanziali.

La norma in questione (art. 120, comma 9) circoscrive inoltre la prescrizione contenutistica (relativa alla indicazione e descrizione degli effetti della decisione) al solo dispositivo: sul presupposto implicito che invece tale indicazione si evinca ordinariamente dalla motivazione della sentenza.

Anche questa, pur se implicita, mi sembra una indicazione normativa di tecnica redazionale.

È pertanto evidente che, anche al di fuori dell’ambito applicativo del citato comma 9, nel redigere la motivazione il giudice debba comunque dar conto con chiarezza degli effetti (in particolare, di quello caducatorio e di quello conformativo) di tale giudicato: indicando “le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione”.

3. Il giudice amministrativo è, com’è noto, competente a conoscere la domanda di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria; e, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche delle domande di risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi.

Tale compito gli è stato attribuito in epoca relativamente recente: la giurisdizione amministrativa non può pertanto vantare una solida tradizione in tema di risarcimento e, conseguentemente, di utilizzo di tecniche (redazionali) risarcitorie.

Com’è stato recentemente osservato, si registra da alcuni “una certa “timidità” del giudice amministrativo, cui spetta il compito di custodire ed esercitare con maggior slancio la tutela risarcitoria che gli è stata affidata dal legislatore, adeguando a questo compito la struttura del suo giudizio, modificando per quanto occorre la propria formazione culturale, nella convinzione, non sempre chiara a tutti, che il giudizio risarcitorio non coincide con quello annullatorio e non può ridursi ad una mera appendice, racchiuso in poche righe di motivazione”[[18]](#footnote-18).

In questa analisi il riferimento alla tecnica di redazione della motivazione della sentenza che pronuncia sull’azione risarcitoria ha rilievo – in senso critico - sul senso complessivo della tutela: dal che la necessità di una riflessione consapevole.

La struttura della sentenza in questa materia riflette la struttura dei presupposti dell’azione: la quale, secondo la qualificazione recentemente accolta dall’Adunanza Plenaria (sentenza n. 7 del 2021), ha natura extracontrattuale.

Occorrerà pertanto trasferire, nel modello redazionale, gli elementi dell’illecito aquiliano.

L’onere della prova (della sussistenza) dei presupposti della domanda incombe sul preteso danneggiato.[[19]](#footnote-19)

Date le superiori premesse, e riscontrato – positivamente o negativamente – l’assolvimento ad opera del ricorrente dell’onere probatorio, andrà pertanto anzitutto esposta la decisione del collegio sull’elemento oggettivo della fattispecie, vale a dire sull’esistenza di una condotta antigiuridica (*non iure*, e *contra jus*) dell’amministrazione.

Su questo piano, il primo riferimento è all’accertamento della illegittimità del provvedimento amministrativo che si assume essere veicolo di lesione.

Tale accertamento, che com’è noto è condizione necessaria ma non sufficiente per l’affermazione della fattispecie di responsabilità, può essere oggetto:

- del giudizio in cui venga chiesto sia l’annullamento del provvedimento che il risarcimento del danno (art. 30, comma 5, prima parte);

- incidentalmente, del giudizio in cui venga chiesto il solo risarcimento del danno, senza che sia stato chiesto l’annullamento del provvedimento lesivo (art. 30, comma 3).

Nel giudizio in cui venga chiesto il solo risarcimento del danno, ma a seguito di giudicato di annullamento formatosi in separato giudizio (art. 30, comma 5, ultima parte), l’accertamento dell’illegittimità provvedimentale è invece portato proprio da detto giudicato.

Occorrerà poi indagare la sussistenza dell’elemento soggettivo,[[20]](#footnote-20) tranne che della materia dei contratti pubblici (*ex multis*, Consiglio di Stato, sentenze nn. 772/2016, 4381/2018, 2429/2019, 912/2021).

Quindi, va dato atto del nesso di causalità fra condotta e danno.[[21]](#footnote-21)

Infine, andrà identificato e liquidato il danno risarcibile, oltre agli accessori del credito risarcitorio.

Sul punto il ricorrente non può invocare “la pretesa ad una valutazione equitativa del danno, atteso che l’art. 1226 c.c. si riferisce al solo *quantum debeatur*, aprendo alla valutazione equitativa “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”; non certo all’*an debeatur*, ovverosia alla prova della sussistenza del danno, che resta ovviamente a carico del ricorrente, ma che nel presente giudizio non è stata offerta (se non in termini alquanto generici)” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4514/2021).

Lo stesso dicasi per la prova del danno non patrimoniale.[[22]](#footnote-22)

La mancata prova del danno non è surrogabile nemmeno, come pure talvolta si tenta di fare, ad opera di una richiesta di consulenza tecnica d’ufficio.[[23]](#footnote-23)

In materia di liquidazione delle singole voci di danno, la struttura (e il contenuto) della sentenza non differisce dall’analogo provvedimento redatto dal giudice civile.

In particolare, per quanto riguarda specificamente la voce di danno solitamente più controversa (il danno da lucro cessante), la più recente giurisprudenza ha superato il criterio della liquidazione forfetaria di una misura percentuale del prezzo a base d’asta, escludendo la rilevanza di parametri automatici e ritenendo “sempre necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria” (Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 4102/2021: che chiarisce peraltro come analoghe considerazioni valgano altresì per il c.d. danno curriculare, consistente nella “perdita di peso imprenditoriale per la negativa ricaduta, in termini di minore redditività, sulla propria immagine commerciale, ad esempio per la preclusione di acquisire ulteriori commesse pubbliche”).

Sempre in materia di danno da lucro cessante, va rammentato che tale voce non può essere sovrapponibile rispetto al danno da perdita di *chance*, in quanto “i due tipi di danno sono alternativi: il danno da perdita di chance è alternativo rispetto al danno da lucro cessante futuro da perdita del reddito in quanto o la vittima dimostra di avere perduto un reddito che verosimilmente avrebbe realizzato, ed allora le spetterà il risarcimento del lucro cessante, ovvero la vittima non dà quella prova, ed allora le può spettare il risarcimento del danno da perdita di chance” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4336/2020).

L’unica regola positiva che il codice del processo amministrativo detta in materia di liquidazione del danno è la seconda parte del terzo comma dell’art. 30: “*Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti*”.

Si tratta, evidentemente, dell’applicazione alla materia della responsabilità civile della pubblica amministrazione del canone di cui all’art. 1227, secondo comma, cod. civ. (in realtà la prima parte della disposizione sembra evocare – anche - il primo comma dell’art. 1227).[[24]](#footnote-24)

Nel determinare l’ammontare del danno risarcibile, il giudice può ricorrere al meccanismo della c.d. condanna generica *ex* art. 34, comma 4, cod. proc. amm.: anche in questo caso, tuttavia, per evitare che il successivo giudizio di ottemperanza sia in realtà un (nuovo) giudizio di cognizione volto a colmare le lacune della sentenza condannatoria, occorre che i criteri siano quanto più analitici, e di facile applicazione.

4. Nel 1983, dunque quasi quaranta anni or sono, nell’introdurre la terza edizione del volume “Giustizia amministrativa”, Mario Nigro stigmatizzava “*certe resistenze della giurisprudenza, certi avvitamenti di essa intorno agli immortali princìpi di un diritto amministrativo ormai consunto, che vengono recitati come le poste di un rosario*”.[[25]](#footnote-25)

Alle nuove generazioni di magistrati amministrativi si chiede, quanto meno, di abbandonare quel modello di conformismo giudiziario, e di non redigere più le decisioni invocando princìpi “recitati come le poste di un rosario”,[[26]](#footnote-26) ma di prendere coscienza del ruolo e della funzione della sentenza amministrativa, oltre che nell’ordinamento giuridico, nel rinnovato panorama istituzionale e sociale.

Occorre tuttavia guardarsi dall’eccesso opposto,[[27]](#footnote-27) vale a dire da tentazioni creazioniste,[[28]](#footnote-28)più o meno mimetizzate “*nel discorso intelligente, nel discorso problematico e capillare*”,[[29]](#footnote-29) e non perdere mai di vista il fatto che i fondamentali valori dell’autonomia e dell’indipendenza del collegio nell’assumere la decisione, e quello dell’autonomia dell’estensore (conformata comunque dal contenuto della decisione medesima) nella successiva redazione, devono confrontarsi con i connotati della funzione, senza mai trasmodare – per ciò - in eccessi di soggettivismo o di creazionismo che, per quanto accattivanti, nuocciono ad un corretto esercizio della stessa.[[30]](#footnote-30)

La redazione dei provvedimenti, in assenza di una tecnica di riferimento, rischia infatti, fisiologicamente, di risentire dell’inevitabile soggettivismo che riflette le motivazioni, e dunque l’approccio alla professione, del singolo magistrato: la ricerca dell’equilibrio fra la decisione “inanimata” della controversia (rispetto al significato del comando normativo), e l’anima (intesa come *humanitas* – più nell’accezione di Terenzio, che in quella ciceroniana – e come *habitus* culturale e senso critico) che ciascuno (nei limiti consentiti da un’interpretazione leale ed intellettualmente onesta delle norme)[[31]](#footnote-31) deve mettere nel proprio lavoro, in effetti non è semplice, e richiede un’adeguata consapevolezza culturale della professione, ma anche di ciò che essa non è o non deve essere.[[32]](#footnote-32)

In questo percorso è sicuramente di aiuto per un verso la stretta consequenzialità fra la decisione (propedeutica) e la successiva redazione[[33]](#footnote-33) (posto che, evidentemente, una cattiva decisione non può produrre – almeno sul piano sostanziale – una buona redazione)[[34]](#footnote-34).

Sotto questo profilo va peraltro tenuto presente che la redazione, e la relativa tecnica, possono in concreto non essere necessariamente un *posterius*, sicché i due momenti potrebbero interagire anche in senso inverso, dal momento che una certa attitudine a scrivere (troppo) poco, ovvero – all’inverso – a scrivere le cc.dd. “sentenze-titolo”,[[35]](#footnote-35) rischiano di snaturare la funzione della sentenza e anche di condizionarne il contenuto decisorio.[[36]](#footnote-36)

Per altro verso, un ulteriore ausilio – come si è visto - è dato dal riferimento alla conformità (non solo formale e strutturale, ma soprattutto funzionale) dell’attività redazionale al modello legale, vale a dire a *che cosa* la norma vuole che la sentenza dica, e talvolta anche a *come* lo dica, nelle specifiche materie.

Come ha ricordato il prof. Travi, nella relazione introduttiva, la sentenza non è una forma di autocelebrazione del giudice: anche perché nel diritto nessuno può avere mai l’ultima parola.[[37]](#footnote-37)

La sentenza, al contrario, rende merito al suo estensore se ha saputo risolvere con correttezza ed efficacia (e dunque in modo non elusivo) il conflitto intersoggettivo fra le parti, recando una spiegazione chiara e sintetica (ma completa) delle ragioni della soluzione adottata, e della consequenzialità di tali ragioni all’applicazione di un metodo necessariamente oggettivo.

L’invito all’umiltà del giudice, rivolto stamattina dal Presidente Patroni Griffi nel suo indirizzo di saluto, va declinato in questo specifico ambito come invito a sviluppare un adeguato senso del relativo (logico-argomentativo), il solo antidoto alla tentazione dell’ “*ivresse et le vertige du solipsisme*”[[38]](#footnote-38) che sembra connotare la lotta del giudice contro se stesso nell’età contemporanea.

**Giovanni Tulumello** [[39]](#footnote-39)\*

Consigliere di Stato

Pubblicato il 21 ottobre 2021

1. Bozza della relazione sul tema “La redazione dei provvedimenti nei giudizi amministrativi in materia di contratti pubblici e di risarcimento del danno”, svolta al Corso di Formazione per Magistrati amministrativi di nuova nomina su “Tecniche di redazione dei provvedimenti giurisdizionali”; Roma, Palazzo Spada, Sala di Achille, 20 ottobre 2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sul nesso - in chiave di verifica della correttezza della sentenza - fra (ragioni della) decisione e (redazione della) motivazione, M. Taruffo, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in AA.VV., *L’Attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 151: “ciò che si tratta di controllare non è ciò che il giudice ha pensato, ma la razionalità delle ragioni che egli adduce per giustificare ciò che ha deciso”.

   Con specifico riguardo al processo amministrativo, M. Luciani, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, in giustizia-amministrativa.it: “Quando si parla di giusto processo si deve ricordare che almeno uno dei suoi princìpi riguarda direttamente la sentenza: quello della motivazione. Una sentenza non motivata, che non ha tenuto conto degli argomenti delle parti, che si è pronunciata oracolarmente sulla questione decisa, potrà anche essere considerata moralmente soddisfacente o anche condivisibile sul piano della corrispondenza fra il decisum e i parametri normativi di giudizio (epperciò “esatta” o “corretta”), ma non sarà mai giusta. Insisto: non si tratta del mancato rispetto dei paradigmi della giustizia sostanziale, ma di quello di un precetto attinente al processo. Solo in questi termini può avere senso distinguere la sentenza esatta o corretta dal (solo) punto di vista del diritto sostanziale dalla sentenza giusta perché è rispettosa (anche) del diritto processuale”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Non c’è più luogo a parlare di ‘verità formale’ o di ‘finzione di verità’, giacchè il centro del fenomeno è nella *decisione*, cioè, a ben vedere, nell’umano bisogno di non fermarsi su singole vicende, di archiviarle nel passato, e di andare oltre. Tutti i modi di argomentare, tutte le scelte dei criteri giudiziari, sembrano confluire, e quasi neutralizzarsi, nella finale autorità della decisione” (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pag. 103). [↑](#footnote-ref-3)
4. N. Irti, op e luc. ultt. citt.; in diritto amministrativo la vicenda è sintetizzata con estrema chiarezza da M. Trimarchi, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pag. 124: “L’annullamento determina una preclusione rispetto al successivo esercizio del potere ma, in ragione della struttura stessa della tutela costitutiva, l’estensione di questa preclusione è commisurata al motivo di ricorso accolto”. [↑](#footnote-ref-4)
5. N. Irti, op e luc. ultt. citt. [↑](#footnote-ref-5)
6. G. Paleologo, *Forma ed autorità delle sentenze amministrative*, in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, pagg. 1933 e segg. [↑](#footnote-ref-6)
7. G. Paleologo, *L’appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1989. [↑](#footnote-ref-7)
8. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pag. 240. [↑](#footnote-ref-8)
9. M. Taruffo, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, cit., pag. 139. In argomento N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pag. VII, osserva che “Il circolo logico, che di sopra si è discorso, assicura la calcolabilità delle decisioni giudiziarie, le quali dipendono dal paragone fra schema normativo e fatto concreto. La descrizione del legislatore (la ‘fattispecie’) si protende verso il futuro, si sforza di pre-vedere e ingabbiare ciò che può avvenire”. [↑](#footnote-ref-9)
10. In argomento N. Irti, *Moralita dell’analisi linguistica*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1/2017, pagg. 119 e segg.; Id, *Su un detto di Martin Lutero:* Scriptura sui ipsius interpres, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 4/2020, pagg. 1147 e segg. [↑](#footnote-ref-10)
11. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, VIII ed., Napoli-Roma, 2000, pag. XXXI): “Del resto oggigiorno va di moda il giurista-giornalista, quello che lavora con il computer, immettendo dati presi qui e là, per poi premere il tasto e trasformare così la ‘strisciata’ in saggio o monografia (…..). Ecco perché sempre più spesso sento il bisogno di rifugiarmi nella lettura degli scritti dei Grandi, come Nicolò, Giorgianni, Natoli, Pugliatti, Sacco, i quali non solo hanno avuto molto da dire, ma lo hanno detto con un linguaggio cristallino. Di fronte a tali giuristi noi tutti siamo dei nani e, se vogliamo elevarci, dobbiamo rifiutare la facile strada del giornalismo, per salire sulle spalle di questi giganti e farci trasportare. Ma ci sono anche coloro i quali, più nani degli altri, si credono giganti sol perché inventano un linguaggio astruso ed autoreferenziale, con il quale incartano un prodotto già reperibile sul mercato a condizioni migliori, ottenendo così di essere letti per non più di dieci righe, limite massimo raggiungibile da qualsivoglia lettore di buona volontà. Gli scritti di costoro sono perciò tassativamente da evitare”. [↑](#footnote-ref-11)
12. A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in Riv. dir. civ., 4/2021, pagg. 633 e segg., il quale sottolinea l’importanza che “i giudici nelle loro sentenze”, e i giuristi in genere, non abbandonino – nell’argomentazione giuridica – il riferimento alle categorie: “ (…) a me pare che lo scarto del percorso argomentativo secondo le consuete categorie non dimostri affatto che queste non siano più capaci di governare i casi ma, molto semplicemente, comprovi una cosa completamente diversa: che molti interpreti non sanno o non vogliono usare le tradizionali categorie. Non le sanno usare. (…) Una valutazione critica delle tesi ‘nuoviste’ è infatti molto difficile. Perché i loro fautori non sempre si preoccupano di tradurle in proposizioni definite. Procedono per suggestioni, allusioni, esempi, con un metodo pamphlettistico più che scientifico. (…) Domandiamoci ora: non sapere, non volere usare le categorie, determina una crisi delle categorie? Mi pare proprio di no. Quanto al non sapere, non si è mai sentito che l’aritmetica entri in crisi se qualcuno non sa fare i conti. E quanto al non volere c’è dell’ironia: i giudici creativi forse non se ne rendono conto ma quando creano possono farlo solo grazie alle solite categorie, usate come sempre, solo per storto invece che per dritto, perchè non creando *ex nihilo* è grazie ad una diversa combinazione delle categorie con norme, princìpi e valori che ottengono l’effetto. Solo che lo ottengono grazie ad un *non sequitur*”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Per questo va seguito l’invito, rivolto stamattina dal Presidente Frattini nel suo indirizzo di saluto, a “non smettere di studiare”: invito al quale mi permetto di aggiungere quello di continuare coltivare lo studio anche di materie giuridiche diverse dal diritto amministrativo (come il diritto civile, o la teoria generale del diritto), e soprattutto a coltivare letture non giuridiche (per brevità sia consentito, in argomento, il rinvio a G. Tulumello, *Brevi riflessioni sulla formazione culturale del giurista, e sulle sue conseguenze*, in corso di pubblicazione in *Diritto e questioni pubbliche - Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*). [↑](#footnote-ref-13)
14. Vale anche per l’argomentazione giudiziaria il monito autorevolmente rivolto al legislatore, a proposito delle riforme non necessarie di norme ed istituti: “chi si limita a criticarne la vecchiaia non s’accorge d’indicarne, se mai, un pregio. *What is not necessary to change, is necessary not to change*” (G. Paleologo, *L’appello al Consiglio di Stato*, cit., pag. XIX). [↑](#footnote-ref-14)
15. Oggetto delle due relazioni immediatamente precedenti, del prof. Travi e del Cons. Neri. In argomento, si vedano altresì C. Volpe, *Dovere di motivazione della sentenza e sinteticità degli atti delle parti processuali*; e R. de Nictolis, *La tecnica di redazione delle decisioni del giudice amministrativo*, entrambi in giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-15)
16. La ricognizione di una “tassonomia degli errori tipici in cui cadono i giudici” (C. Bona, *Sentenza imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, il Mulino, 2010, pag. 8) è fondamentale sia per renderli prevedibili e dunque per prevenirli, sia per costruire un “metodo” di decisione e di redazione dei provvedimenti giurisdizionali “che permetta di prevedere gli errori, di indagare le ragioni del loro verificarsi e di prevenirli” (C. Bona, op. cit. pag. 9). [↑](#footnote-ref-16)
17. In argomento, R. de Nictolis, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, e F. Risso, *La sentenza in forma semplificata*; entrambi in *giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-17)
18. H. Simonetti, *Dualismo delle giurisdizioni e delle nomofilachie nel danno da ritardo della PA*, in giustamm.it., 9/2021. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 5643/2020: “In materia di onere della prova incombente sul danneggiato va rammentato, come recentemente riaffermato dalla Sezione nella sentenza n. 4336/2020, il pacifico orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo il quale “nel processo amministrativo l’azione risarcitoria, sebbene connotata da alcune peculiarità, rientra nel genus della responsabilità aquiliana, sicché ai sensi del principio generale contenuto nell’art. 2967 c.c., il danneggiato deve offrire la prova in ordine a tutti gli elementi costitutivi della domanda” (Sez. VI, sentenza n. 5387/2020)”; la già citata sentenza n. 3269/2020 della II Sezione ha poi in proposito specificato che “Per ogni ipotesi di responsabilità della p.a. per i danni causati per l'illegittimo esercizio (….) dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise e quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito (Cons. Stato Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271)”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Per un’applicazione, Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 8813/2019 “lo standard di assolvimento dell’onere probatorio relativo all’elemento soggettivo attiene ad un profilo diverso rispetto alla corretta prospettazione dell’esistenza di tale elemento. Il ricorrente può in tesi invocare una minore intensità dello sforzo probatorio: ma non può eludere la prospettazione della concreta violazione del canone di diligenza che, in aggiunta all’elemento oggettivo dell’illegittimità provvedimentale, rende la condotta dell’amministrazione, sul (diverso) piano soggettivo, assistita (anche) da una componente volitiva (o comunque dalla violazione dei canoni di diligenza, prudenza e perizia)”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Per giurisprudenza pacifica “In tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dai principi di cui agli art. 40 e 41 c.p. per i quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cosiddetta teoria della condicio sine qua non) nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base della quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiono - ad una valutazione ex ante - del tutto inverosimili. Il principio dell'equivalenza delle cause, di cui all'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, viene temperato dalla causalità efficiente, desumibile dal secondo comma dell'art. 41 c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto” (Corte di cassazione, sez. III civile, sentenza n. 21086/2015). [↑](#footnote-ref-21)
22. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 6546/2020: “Va richiamato in argomento, “il consolidato orientamento della giurisprudenza che nega, in ogni caso, la sussistenza di un danno non patrimoniale in re ipsa: superata infatti la teorica del c.d. “danno evento” (elaborata dalla sentenza n. 184/1986 della Corte costituzionale in tema di danno biologico, ma oggetto di revirement, da parte dello stesso giudice delle leggi, con la sentenza n. 372/1994), il danno risarcibile, “nella sua attuale ontologia giuridica... non si identifica con la lesione dell’interesse tutelato dall’ordinamento, ma con le conseguenze di tale lesione” (così Cass. 15/7/2014, n. 16133). Il danno non patrimoniale non è dunque risarcibile in re ipsa né se deriva da reato (Cass. 12/4/2011, n. 8421); né se è tipizzato dal legislatore (in tema di tutela della privacy: Cass. 26/9/2013, n. 22100; Cass. 15/7/2014, n. 16133; in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo: Cass. 26/5/2009, n. 12242); né se, come nel caso che ci occupa, trova fonte in un’asserita lesione di diritti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla libertà di iniziativa economica o alla reputazione professionale: sul punto, in termini chiarissimi, si veda, tra le tante, la recente Cass. 6/12/2018, n. 31537, secondo la quale “In tema di responsabilità civile derivante da pregiudizio all’onore ed alla reputazione, il danno risarcibile non è “in re ipsa” e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato”. Né la circostanza per cui il danno non patrimoniale sia liquidato in via equitativa dal giudice può supplire al difetto di prova, atteso che l’art. 1226 c.c. si riferisce al solo quantum debeatur, aprendo alla valutazione equitativa “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”; non certo all’an debeatur, ovverosia alla prova della sussistenza del danno, che resta ovviamente a carico del ricorrente, ma che nel presente giudizio non è stata offerta, né prospettata in concreto” (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4336/2020)”.

    Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4336/2020: “Va peraltro osservato, in aggiunta a quanto ritenuto dai primi giudici, che nel senso – dirimente – del rigetto della domanda per mancata dimostrazione di tale voce di danno milita il consolidato orientamento della giurisprudenza che nega, in ogni caso, la sussistenza di un danno non patrimoniale in re ipsa: superata infatti la teorica del c.d. “danno evento” (elaborata dalla sentenza n. 184/1986 della Corte costituzionale in tema di danno biologico, ma oggetto di revirement, da parte dello stesso giudice delle leggi, con la sentenza n. 372/1994), il danno risarcibile, “nella sua attuale ontologia giuridica... non si identifica con la lesione dell’interesse tutelato dall’ordinamento, ma con le conseguenze di tale lesione” (così Cass. 15/7/2014, n. 16133). Il danno non patrimoniale non è dunque risarcibile in re ipsa né se deriva da reato (Cass. 12/4/2011, n. 8421); né se è tipizzato dal legislatore (in tema di tutela della privacy: Cass. 26/9/2013, n. 22100; Cass. 15/7/2014, n. 16133; in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo: Cass. 26/5/2009, n. 12242); né se, come nel caso che ci occupa, trova fonte in un’asserita lesione di diritti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla libertà di iniziativa economica o alla reputazione professionale: sul punto, in termini chiarissimi, si veda, tra le tante, la recente Cass. 6/12/2018, n. 31537, secondo la quale “In tema di responsabilità civile derivante da pregiudizio all’onore ed alla reputazione, il danno risarcibile non è “in re ipsa” e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato”. Né la circostanza per cui il danno non patrimoniale sia liquidato in via equitativa dal giudice può supplire al difetto di prova, atteso che l’art. 1226 c.c. si riferisce al solo quantum debeatur, aprendo alla valutazione equitativa “se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare”; non certo all’an debeatur, ovverosia alla prova della sussistenza del danno, che resta ovviamente a carico del ricorrente, ma che nel presente giudizio non è stata offerta, né prospettata in concreto. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5643/2020: “Per costante giurisprudenza, infatti, “la C.T.U. non può essere invocata per supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 marzo 2020, n. 2121; Sez. IV, 15 dicembre 2011 n.6598). La consulenza tecnica non esonera, infatti, la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c., avendo la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute, anche in relazione alle modalità di quantificazione di un danno già provato, al fine di verificare i criteri di quantificazione forniti dalle parti (Cons. Stato Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271)” (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 3269/2020)”. [↑](#footnote-ref-23)
24. Per un’applicazione, Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 8813/2019: “va osservato che dal 2003 al 2011 l’odierno appellante ha subìto gli effetti del provvedimento asseritamente lesivo, senza tentare di limitarne le conseguenze in tesi pregiudizievoli con un’impugnativa giurisdizionale, o altro mezzo. Secondo la pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato tale circostanza, se non preclude l’ammissibilità dell’autonoma azione risarcitoria, tuttavia ne comporta il rigetto in ragione proprio della portata della disposizione in esame: “ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza e perciò un fatto da considerare in sede di merito, ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3). La scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe probabilmente evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione del canone di buona fede e dell'obbligo di cooperazione, spezza il nesso causale fra provvedimento e pregiudizio e, per l'effetto, in forza del principio di auto-responsabilità codificato dall'art. 1227, comma 2, c.c., comporta la non risarcibilità del danno evitabile” (in questo senso, ex multis e da ultimo, VI Sezione sentenza n. 3246/2018). Non sussistono ad avviso del Collegio ragioni per discostarsi dal richiamato orientamento: anche in considerazione del fatto che, come correttamente rilevato dal primo giudice, all’epoca dell’adozione del provvedimento che si assume lesivo, non essendo ancora vigente il citato art. 30 cod. proc. amm., la materia era regolata dalla regola pretoria della c.d. pregiudiziale d’impugnazione. Sicché la scelta dell’appellante di non impugnare tale provvedimento ancor più manifesta una volontà di non cooperare nella elisione dei profili di danno connessi agli effetti dello stesso. [↑](#footnote-ref-24)
25. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna il Mulino, 1983, pag. 7. [↑](#footnote-ref-25)
26. Con riferimento al processo e alla motivazione della sentenza civile stigmatizza “il carattere posticcio e autoreferenziale delle massime ripetute”, B. Capponi, *Recensione* a Michele Taruffo, Verso la decisione giusta, Torino, 2020, in Rass. esecuz. forzata, n. 3/2021, pag. 950. [↑](#footnote-ref-26)
27. L’approccio culturale, e la stessa tecnica redazionale, combinandosi e influenzandosi reciprocamente, condizionano inevitabilmente la decisione; il rischio è quello dell’oscillazione fra formalismo e antiformalismo: a proposito del processo civile, e della giurisprudenza della Corte di Cassazione, si è recentemente segnalata che “la singolare schizofrenia che stiamo vivendo, in cui antiformalismo estremo e iperformalismo si danno la mano. (….) un iperformalismo protezionistico moltiplica le fattispecie di inammissibilità, dando un senso perverso alle regole processuali fuori da ogni ragionevolezza. Il bello è che il diritto delle trappole viene condito con l’ambizione di “fare diritto”, cosa che, per la Corte di cassazione, significa pretendere di svolgere oggi una funzione più elevata e nobile di quella del mero controllo del rispetto della legge” (R. Vaccarella -B. Sassani – B. Capponi, *Editoriale*, in *Rass. esec. forz.*, n. 3/2021, pagg. 607 e segg.). [↑](#footnote-ref-27)
28. Non è questa, ovviamente, la sede per un simile approfondimento: ma è un fatto che i due estremi del conformismo e del creazionismo giudiziario risentono, quale fattore eziologico, non solo del momento della decisione, ma anche di quello della (tecnica di) redazione.

    Recentemente si è in argomento osservato (A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit.) che “Il biasimo deve colpire non l'attitudine dei giudici a "creare" (vedremo dopo se davvero creino) quanto a creare male. Domandiamoci allora: quando "creano"? e quando creano male? (…) Esiste perciò una "spia" non solo della creatività, ma della cattiva creatività. Esiste perché anche nella discrezionalità con cui si individuano valutativamente le premesse c'è una regola. In breve: nel valutare resta fermo che conta solo quel che il legislatore dice o implica, che nulla di ciò può significare tutto, e che nel valutare preferibili certi significati delle disposizioni (regole o principi), o certe analogie, intervengono ragioni

    per cui questo tiene più di quello e quell'altro non tiene affatto. La spia perciò è semplicemente nel fatto che nella vera creazione, che è cattiva creazione, qualcosa non sequitur. E si comprende: "creazione" (vera!) è sempre un salto logico, e quindi è ovvio che la catena argomentativa in un punto non tenga. Due sono i casi in cui l'argomentazione non sequitur: i) quando un argomento non segue (non deriva) dal discorso legale (compreso ciò che vi è implicito): "il debitore non è obbligato a restituire il prestito perché è povero", "l'uxoricida non è reo se ha ucciso per gelosia" sono esempi; e ii) quando ne segue (ne deriva) ma non razionalmente: "il creditore che in passato ha ritardato nell'esigere il pagamento non può esercitare il diritto alla scadenza della rata, perché ciò è contrario a buona fede", può essere un esempio”.

    Con particolare riguardo al processo e al giudice amministrativo, R. Garofoli, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in giustizia-amministrativa.it; F. Patroni Griffi, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*; Id., *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*; Id., *"Usi e consuetudini giudiziari" e diritto giurisprudenziale*, tutti in giustizia-amministrativa.it [↑](#footnote-ref-28)
29. L. Sciascia, *Nero su nero*, 1989. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ancora N. Irti (*Un diritto incalcolabile*, cit. pag. VII) opportunamente ricorda che “Decidere la controversia è porvi termine, sciogliere dubbi di fatto e ambiguità interpretative, preferire una soluzione fra le molte possibili. Il decidere si appoggia sul giudicare; non nasce dal nulla, non è puro atto di volontà, ma risultato d’un raffronto fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, tra antecipazione di ieri e realtà di oggi. In codesto raffronto risiede l’applicazione della legge. È famosa la proposizione del barone di Montesquieu, irrisa da zelanti e incolti innovatori: ‘Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des etres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la riguer’ (*Esprit des Lois*, XI, chap. VI). Vi si esalta e garantisce la *grandezza del giudizio legale*, la relazione di coerenza e lealtà fra norma e decisione del caso concreto. Il giudizio, convertendo le ‘parole della legge’ in ‘parole della sentenza’, decide la controversia, in modo ‘inanimato’, cioè oggettivo e impersonale.

    Nello stesso senso, pur a fronte della presa d’atto di un legislatore “smarrito e certo incapace”, che detta norme “di ardua comprensione e di ancor più ardua applicazione ed usa a casaccio le parole in cui si articola la disposizione”, R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm*., n. 2/2021, pag. 394: “credo doveroso riaffermare “il primato della legge, pur macchinosa, difettosa e lacunosa possa apparire” per evitare il pericolo che lo Stato costituzionale di diritto sia sostituito da uno Stato aristocratico di giurisdizione . Difesa dunque del principio di legalità e del più modesto ruolo del giurista, non “inventore” del diritto, ma ricercatore del significato dello ius positum  in un quadro sistematico coerente, (…..) dovendosi ribadire come non sia consentito sostituire una volontà democraticamente posta con il principio del comando di uno solo supportato dai (presunti?) valori condivisi dalla comunità”.

    In senso analogo, A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., osserva che “Le tesi nuoviste rifiutano questo metodo. Disprezzano quella logica come vieto formalismo. E invocano giudizi di valore. La più strutturata, come detto, lamentando che le categorie tradizionali trascinino con sé una assiologia superata, vuole che si giudichi partendo "dal basso", cioè a partire dalle esigenze diffuse, filtrandole in base a criteri di ragionevolezza che dipendono da valori condivisi. La decisione è giusta in base all'esito (condivisibile), non al percorso (corretto). (…) Vorrei tanto che i fautori della tesi mi facessero una lista di questi pretesi valori condivisi. Il semplice presupporli e proporli come elemento decisivo è un appello all'integralismo, e un'aggressione a chi la pensa diversamente ed ha il diritto di fare come vuole fino a che non fa del male ad altri”.

    Gli esempi solitamente utilizzati dalla dottrina evidenziano come, singolarmente, pur essendo il diritto amministrativo (per ragioni storiche, legate alla peculiare relazione fra i formanti) un diritto di formazione ampiamente giurisprudenziale, e dunque maggiormente “a rischio” da questo punto di vista, tuttavia le critiche si rivolgono soprattutto nei confronti della giurisprudenza civile: che pure ha solitamente a che fare, sia pure in contesti e scenari mutati, con istituti plurimillenari.

    In argomento, si vedano altresì A. di Majo, *Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione, Giuffrè Lefebvre 2019. “Il dirito incerto*”, in *Europa e diritto privato*, 4/2019, pagg. 1227 e segg., e L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018 [↑](#footnote-ref-30)
31. “Anche nell’esercizio della c.d. ‘discrezionalità’ (….) l’interprete resta soggetto alle valutazioni legislative ed è ad esse costantemente vincolato in ordine alla scelta della soluzione più conforme alla *ratio juris* del precetto che applica” (E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pagg. 59,60). [↑](#footnote-ref-31)
32. “Ai miei studenti, in Università, a conclusione del corso di giustizia amministrativa nell'ultimo anno del corso di laurea magistrale, mi permetto di raccomandare: se cercate nella vita una posizione di prestigio sociale, non fate i magistrati; se vi interessa il benessere economico, non fate gli avvocati; se vi interessa un lavoro formale e di routine, non fate i notai. Mentre spiego queste cose colgo in molti studenti un'espressione di delusione o addirittura di malcelata insofferenza. Sono però convinto che anche nelle professioni legali certe motivazioni comuni, purtroppo diffuse, siano disastrose sia per i singoli che per la società. Soprattutto quando si intenda dedicare la propria attività al diritto, si deve ricercare una ragione forte in un progetto che sia al di là dell'affermazione individuale. E così per un vero avvocato il vero magistrato si distingue non solo per la sua bravura, ma anche per il suo tratto, per il suo modo di comportarsi, magari anche per la sua pazienza, e in questo modo acquista autorevolezza: le sue sentenze non sono la fine di un grado di giudizio, o magari ‘precedenti' che si identificano con un numero, ma hanno un valore in più. Sono le sentenze scritte da ‘quel' magistrato e si leggono con attenzione perché, anche quando danno torto, sono sempre di insegnamento. Aiutano a capire, innanzitutto: e questo è, a ben vedere, un risultato che trascende anche lo stesso significato formale della motivazione di una sentenza sancito dall'art. 111 della Costituzione” (A. Travi, *Riflessioni sulla deontologia del giudice*, in *Dir. proc. amm*., 3/2020, pagg. 795 e segg). [↑](#footnote-ref-32)
33. Si tenga presente che “La sentenza è 'atto complesso' (perché composto dalle volizioni dei tre componenti il collegio)” (E. Fazzalari, voce *Sentenza civile*, In Enc. Dir., vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pag. 1246): laddove la successiva redazione della motivazione è compito individuale dell’estensore, con il contributo del Presidente. Nondimeno, come osserva A. Travi, *Riflessioni sulla deontologia del giudice*, cit., “la collegialità è un confronto di coscienze che in una camera di consiglio hanno la possibilità e il dovere di esprimersi liberamente, nella certezza che per il magistrato che esercita la sua funzione con coscienza decidere è sempre, in linea di principio, un peso e una responsabilità impegnativa. La sentenza, anche quella del giudice amministrativo, non è mai una pronuncia su questioni astratte, come è rappresentato invece nei testi di diritto, ma è innanzi tutto una pronuncia che riguarda vicende di persone. Anche nella formazione di una decisione collegiale il magistrato interviene sempre in modo individuale, senza perdere a causa dell'abitudine il confronto con la propria coscienza. È la coscienza che fa la differenza fra l'indipendenza intesa in senso formale, che non deve mai mancare, e l'indipendenza effettiva che deve accompagnare la prima e che è anche qualcosa di più”. [↑](#footnote-ref-33)
34. “Domandiamoci anzitutto: perché i giudici creano? A mio avviso le risposte sono due. La prima è banale: a volte creano semplicemente perché falliscono nel seguire il percorso logico. Anche i giudici sbagliano. Ora lo vedremo. Più interessante è la seconda: spesso, nei casi difficili, lo scarto è intenzionale. Il giudice crea (intrufolando materiale extra-giuridico, facendo scartare l'argomentazione) perché non è soddisfatto dell'approdo *secundum legem*, e allora magari con le migliori intenzioni fa dire alla legge quel che non dice, coprendo lo scarto con artifizi argomentativi” (A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit.). [↑](#footnote-ref-34)
35. Il problema è avvertito dagli studiosi, ad esempio, a proposito della giurisprudenza della Corte di cassazione: “Troppo spesso si perde di vista che nelle sentenze (o nelle ordinanze) a parlare è la Suprema Corte di cassazione e non questo o quell’estensore: i quali hanno molte altre sedi (dalle Accademie alle Scuole) in cui poter liberamente dibattere, smessa la toga, i problemi giuridici che sono o saranno chiamati ad affrontare da giudici” (B. Capponi, *Recensione*, cit., pag. 951); il quale osserva peraltro che “nessuna raccomandazione tecnica potrebbe suggerire all’estensore di una sentenza, fosse anche delle sezioni unite, di scrivere un trattatello in cui esibire la propria cultura o le proprie preferenze scientifiche sena collegamenti o ricadute espliciti rispetto al caso deciso”. [↑](#footnote-ref-35)
36. “Il lettore che con pazienza mi abbia seguito sino a questo punto potrebbe avvertire un moto di fastidio: "evoluzione", "crisi", … ma è poi così importante? In pratica, che differenza fa? Non sarà solo questione di parole? Rispondo: no, non lo è. Perché modifica il metodo del ragionare in diritto. E modificare il metodo modifica l'esito” (A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit). [↑](#footnote-ref-36)
37. Analogamente, osserva B. Capponi, *Recensione*, cit., pag. 946, che “Taruffo dubita di tutto, e dimostra con abilità che qualsiasi argomentazione del giurista è reversibile, qualsiasi opinione per quanto consolidata può essere ridiscussa sin dalle premesse, qualsiasi conclusione può rivelarsi fallace quando assoggetata a verifica serrata con autonomia e indipendenza di giudizio”. [↑](#footnote-ref-37)
38. J.M. Sauvé, *Le contrôle de constitutionnalité en Europe* (allocution d’ouverture lors du colloque de droit comparé organisé à Paris par la Fédération européenne des juges administratifs le 19 mai 2011), in https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-controle-de-constitutionnalite-en-europe: “*Le droit est bien un combat, ainsi que l’écrivait Rudolph von Ihering. Mais pour les juges, il n’est pas un combat contre l’autre; il est un combat contre soi-même, contre la tentation de ne regarder que son pré carré et sa propre pensée, contre l’ivresse et le vertige du solipsisme. Ce n’est qu’à cette condition que la paix pourra être le terme du droit*”. [↑](#footnote-ref-38)
39. \* *Componente dell’Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa* [↑](#footnote-ref-39)