



Filippo Patroni Griffi

# Le trasformazioni della giustizia amministrativa

Presentazione di  
Giovanni Serges

7 Lezioni Magistrali  
di Roma Tre



Lezioni Magistrali di Roma Tre

7

Filippo Patroni Griffi

Le trasformazioni  
della  
giustizia amministrativa

Lezione Magistrale tenuta  
il 20 gennaio 2023

Presentazione di  
*Giovannni Serges*



*Roma TrE-Press*  
2023

LEZIONI MAGISTRALI DI ROMA TRE

7

Filippo Patroni Griffi

*Lectio*

Le trasformazioni della giustizia amministrativa

*Coordinamento editoriale*

Gruppo di lavoro *Roma TrE-Press*

*Cura editoriale e impaginazione*

**teseo**  **editore** Roma [teseoeditore.it](http://teseoeditore.it)

Caratteri grafici utilizzati: Minion Pro Regular (copertina e frontespizio).  
Bodoni 72 Book; Minion Pro Italic (testo).

Il volume è stato stampato, in un numero limitato di copie, su carta Tintoretto  
delle cartiere Fedrigoni (copertina) e Soporset (interni).

Edizioni *Roma TrE-Press* ©

Roma, dicembre 2023

ISBN 979-12-5977-280-0

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10,  
00185 Roma.

## Indice

<i>Giovanni Serges</i>	
Presentazione	7
<i>Filippo Patroni Griffi</i>	
<i>Lectio</i>	
Le trasformazioni della giustizia amministrativa	15
Nota biografica	39



Giovanni Serges

## Presentazione

Il titolo del contributo di Filippo Patroni Griffi<sup>1</sup> che abbiamo l'onore di pubblicare nella collana dedicata alle “lezioni magistrali” del nostro Ateneo – *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* – riassume efficacemente una vicenda istituzionale che si snoda dalla prima metà dell'Ottocento fino ai giorni nostri, con uno sviluppo che, forse, era difficilmente prevedibile quando si diede vita al suo nucleo originario. Se è vero che il sistema di “giustizia amministrativa” è oggi il secondo pilastro intorno al quale è costruita la funzione giurisdizionale, intorno al quale si conferisce corpo e sostanza a quei diritti di azione e di difesa che la Costituzione pone a presidio di concreta realizzazione di tutti gli altri diritti, è anche vero che alla dimensione attuale si arriva attraverso un lungo e graduale percorso di plurime e profonde trasformazioni che investe in primo luogo la stessa forma di stato e di governo.

L'angolo prospettico dal quale muove l'analisi di Filippo Patroni Griffi è dunque, in primo luogo, quello storico e coglie nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto

---

<sup>1</sup> Filippo Patroni Griffi è, attualmente, Giudice della Corte costituzionale ed è stato Presidente del Consiglio di Stato.

la condizione essenziale per la successiva affermazione di un sistema di controllo dell'attività del pubblico potere. Stato di diritto significa soggezione dello stesso Stato al diritto prodotto dai suoi organi ma ciò non implica necessariamente – osserva l'Autore – un diritto speciale (il diritto amministrativo) che disciplini i rapporti tra cittadino ed apparati dello Stato.

Tuttavia, l'affermazione del diritto amministrativo è, in realtà, fortemente legata sul piano storico all'affermazione dello Stato di diritto perché diritto amministrativo significa ancor più intensamente soggezione del potere pubblico al diritto, diritto che si impone “sia al potere, sia al cittadino, all'amministrazione come all'amministrato”. Ed è dunque proprio nella trasformazione dello stato assoluto in stato di diritto, e nella progressiva affermazione di un diritto speciale, differenziato dal diritto generale destinato a regolare l'universo degli altri rapporti, che risiede la condizione per la successiva affermazione di un giudice che dei rapporti tra cittadino e pubblico potere si faccia garante.

Lo snodo successivo è rivolto a ricostruire i momenti essenziali attraverso i quali si giunge alla costruzione di un sistema di giustizia amministrativa dotato di una precisa fisionomia, mettendo in evidenza un percorso non privo di contraddizioni e di paradossi che giunge alle soglie della Costituzione repubblicana.

La prima grande trasformazione si realizza nel 1865, poco dopo l'unificazione italiana e segna un punto di arresto di un percorso che fin dagli anni trenta dell'ottocento aveva visto una graduale mutazione del Consiglio di Stato da organo politico a organo tecnico consultivo. Si afferma, infatti, sulla scorta della ideologia di stampo liberale, l'idea che la tutela dei diritti debba essere concentrata sull'unico giudice già esistente (ossia il giudice ordinario) perché è

il giudice ordinario ad incarnare (sia pure con caratteristiche molto diverse da quelle attuali) la figura di un giudice indipendente. Scompaiono così i giudici del contenzioso amministrativo che, interni alla struttura dell'esecutivo, non potevano in realtà qualificarsi come veri e propri giudici, e il nuovo assetto voluto dal legislatore risponde, almeno in astratto, alla separazione dei poteri rigidamente intesa. Ma è proprio l'istituzione della giurisdizione unica – sottolinea Patroni Griffi – a portare con sé il germe della futura affermazione della giustizia amministrativa. L'attribuzione al giudice ordinario della tutela di tutti i diritti civili e politici, alla quale la classe politica del tempo guardava con una fiducia di stampo quasi illuministico, non solo lasciava scoperte una serie di tutele, ma avrebbe dovuto fare presto i conti con una crescente riluttanza del giudice ordinario a sindacare la discrezionalità amministrativa. Ed affiora così il paradosso di una riforma (quella della legge abolitrice del vecchio “contenzioso amministrativo”) che finisce per mettere meglio in evidenza come tutta una serie di posizioni giuridiche (che l'Autore, con felice espressione, definisce “diritti minori”) rimangano estranee alla tutela assicurata dal giudice ordinario e finiscano per essere affidate ai meccanismi interni all'amministrazione con un sostanziale regresso rispetto al precedente regime.

Qui risiede la radice per la successiva trasformazione del sistema che avverrà poco più di vent'anni dopo (nel 1889) con la istituzione della sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (la quarta sezione che va ad aggiungersi alle preesistenti tre consultive) ed alla quale viene affidata la competenza a giudicare sui diritti minori, ossia sugli interessi legittimi con il correlativo potere di annullare l'atto amministrativo. E il Consiglio di Stato – giudice ora

dotato di un certo numero di garanzie rispetto all'esecutivo e forte della esperienza maturata nell'attività di organo consultivo – si rivela in grado di elaborare costruzioni teoriche (prima, fra tutte, la dottrina dell'eccesso di potere, ossia del cattivo uso del potere da parte dell'Amministrazione) che segneranno una svolta decisiva nell'affermazione della giustizia amministrativa come sistema autonomo, affiancato alla giurisdizione ordinaria.

L'analisi di Patroni Griffi mira non solo a ricostruire la vicenda istituzionale che si traduce nella prima grande trasformazione, ma si rivolge a cogliere l'essenza di questo mutamento nei suoi risvolti sociali. L'affermazione (o, se si vuole, anche il successo) della giustizia amministrativa – Egli osserva – risponde non tanto ad una visione ideologica quanto piuttosto ad una esigenza pratica diffusa in una società che assiste ad una progressiva e, talvolta, travolgente espansione dei pubblici poteri, specie in settori vitali dell'economia, e sente il bisogno di ottenere una tutela specifica. E il Giudice amministrativo (concentrato, in quel tornante storico, nel solo Consiglio di Stato), riesce ad affermarsi e guadagnare prestigio e consenso tanto da tener testa anche allo stesso regime fascista con la forza della propria giurisprudenza.

Sarà in realtà proprio il prestigio acquisito nel sistema della tutela giurisdizionale a giocare un ruolo forse decisivo nel dibattito sviluppatosi in seno all'Assemblea costituente a favore del consolidamento della giustizia amministrativa. In quella sede si contrapposero, come è noto, due visioni opposte, l'una propugnata soprattutto da Piero Calamandrei, che auspicava fortemente la giurisdizione unica affidata al solo giudice ordinario, e l'altra, che trovò in Costantino Mortati, in Meuccio Ruini e in Aldo Bozzi (giuristi, non a caso, tutti con una significativa esperienza in

seno alle giurisdizioni speciali) un convinto sostegno, che mirava, invece, al mantenimento di alcune giurisdizioni speciali come il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. Fu quest'ultima a prevalere, anche in ragione della buona prova che queste giurisdizioni speciali avevano dato proprio durante il ventennio fascista e fu, così, che la giustizia amministrativa ne uscì non solo confermata ma anche rafforzata sul piano strutturale, dal momento che la Costituzione conteneva la previsione della istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado in tutte le Regioni (i Tribunali amministrativi regionali, poi istituiti con colpevole ritardo solo all'inizio degli anni '70).

Nella Costituzione repubblicana vi è certamente la conferma dell'assetto della giustizia amministrativa che si era andato consolidando negli anni ma, al tempo stesso, i principi costituzionali offrivano la base per aperture dalle quali era possibile intravedere una diversa collocazione del giudice amministrativo nel sistema delle tutele.

Riecheggiano, in questa parte del lavoro, le suggestioni della pionieristica (l'aggettivo è di Leopoldo Elia) indagine di Vittorio Bachelet che, forse per primo, già nel 1962 aveva tracciato le basi per una lettura delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa non meramente confermativa del passato e ne aveva sottolineato, sotto molteplici profili, il carattere innovativo e le potenzialità sia sul piano degli sviluppi legislativi, sia su quello della interpretazione ad opera del Giudice delle leggi.

Proprio allo sviluppo di quelle potenzialità racchiuse nella trama delle norme costituzionali è dedicata l'ultima parte dell'analisi di Patroni Griffi.

Dalle sentenze costituzionali che indicano nel giudice amministrativo il ruolo di "giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica" a quelle che gli riconoscono la

possibilità di rendere giustizia anche rispetto alla lesione dei diritti fondamentali, la giustizia amministrativa si apre, in realtà, ad una ulteriore e, forse, più profonda trasformazione che l'Autore analizza mettendone in luce gli aspetti più sensibili e soffermandosi sullo stretto collegamento tra questa evoluzione ed il dilatarsi delle aree di intervento dei pubblici poteri. Proprio la mutazione del contesto nel quale opera il giudice amministrativo è l'occasione per l'Autore di soffermarsi sulle più recenti e, per molti versi, radicali mutazioni del suo agire che investono snodi essenziali quali, tra l'altro, la dilatazione della cognizione, l'estensione dell'indagine sui fatti, il rafforzamento della tutela di pretese sostanziali

Sbiadisce, insomma, la giustizia amministrativa come strumento di sola garanzia della legalità e si dilata il suo potere di intervento a tutela anche dei diritti.

L'analisi si chiude con una riflessione in chiave problematica su alcuni punti nodali. Vengono messe a fuoco le crescenti difficoltà che incontra il giudice amministrativo nel confrontarsi con una normazione che lascia fin troppo estesi margini di ricostruzione e richiede intensi sforzi interpretativi e sviluppo di adeguate tecniche di giudizio. Da qui l'esigenza di un rigore dell'argomentazione e di una responsabile motivazione che al giudice amministrativo si impone forse ancor più che agli altri giudici e senza le quali la sua stessa legittimazione finirebbe per essere compromessa.

Certo dietro le grandi trasformazioni si annidano anche problemi, quali ad esempio, quelli della "convivenza" con il giudice ordinario, specie di fronte alla straordinaria espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (la giurisdizione estesa ai diritti e, dunque, "concorrente" con quella del giudice ordinario) dettata da un

legislatore che non incontra nelle norme costituzionali un limite sufficientemente preciso. Con la conseguenza che il “dualismo giurisdizionale” reca con sé il germe di possibili disfunzioni del sistema.

Ma questo nulla toglie alla straordinaria incisività sia sul piano economico-sociale che su quello più strettamente ordinamentale di quelle trasformazioni che il saggio di Filippo Patroni Griffi ci restituisce oggi in un mirabile affresco.



*Filippo Patroni Griffi*

*Lectio*  
**Le trasformazioni  
della giustizia amministrativa\***

**1. Il percorso storico della giustizia amministrativa dalle sue origini nell'Italia unita alla Costituzione repubblicana**

**1.1 Stato di diritto e correlazione tra potere pubblico e giudice amministrativo**

Stato di diritto e correlazione tra potere pubblico e giudice amministrativo sono i due riferimenti di contesto in cui collocare la vicenda storica della giustizia amministrativa. Questa, infatti, denota una costante aderenza della sua evoluzione ai momenti di trasformazione e alle vicende dei poteri pubblici nella società. Il giudice del potere pubblico non può che seguire le trasformazioni del potere, in modo da rendere sempre efficace ed effettiva la tutela offerta.

Per inquadrare la nostra riflessione nel tema odierno, quindi, credo sia opportuno un breve richiamo a questi due elementi di riferimento: Stato di diritto e trasformazioni

---

\* *Lectio* inaugurale dell'Alta Scuola dell'Amministrazione – Università Roma Tre – 20 gennaio 2023.

del potere pubblico.

La nascita della giustizia amministrativa in Italia, e non solo, può essere collocata nel percorso che dà luogo alla formazione dello Stato moderno; in particolare, nella trasformazione dello Stato assoluto in Stato di diritto.

Lo Stato di diritto, infatti, nasce storicamente come evoluzione dello Stato autoritario e si caratterizza per la soggezione dei pubblici poteri al diritto, nel senso che il potere pone il diritto ma, nel momento in cui lo pone, ne riconosce la “superiorità” e vi si assoggetta. Il motto dell’assolutismo, in cui il potere è *superiorem non recognoscens*, risulta capovolto nella transizione dallo Stato assoluto a quello di diritto. La sovranità, di cui è espressione il potere di produzione del diritto, subisce un’attenuazione, che si concretizza nella soggezione del potere al diritto posto da sé medesimo e, quindi, al giudice che del rispetto di quel diritto è il garante: l’istituzione di garanzia – quale sono sempre le istituzioni giudiziarie – serve ad assicurare il corretto esercizio del potere, e cioè il rispetto del principio di legalità, e, correlativamente, la tutela dei diritti e degli interessi delle persone con la cui sfera giuridica quel potere interferisca.

Lo Stato di diritto non è concettualmente legato allo Stato a diritto amministrativo – intendendosi con questa espressione un sistema in cui le relazioni tra Stato e cittadino sono regolate da un diritto “speciale” – ma la riflessione sullo Stato di diritto è stata storicamente associata a quella dello Stato a diritto amministrativo, proprio perché, dal punto di vista storico, lo Stato di diritto è la evoluzione in senso liberale dello Stato assoluto. Quest’ultimo conosceva solo il rapporto di supremazia del pubblico sul privato, del sovrano sull’individuo; ma è proprio riconoscendo valenza giuridica a tale rapporto che un diritto,

“speciale” rispetto al diritto comune, assume autonomia come diritto che si impone sia al potere, sia al cittadino, all’amministrazione come all’amministrato. Sotto questo punto di vista, possiamo dire che il merito storico del diritto amministrativo è quello di aver accompagnato la trasformazione dello Stato assoluto in Stato di diritto e di aver trovato uno sbocco in senso liberale alle relazioni tra cittadino e potere.

È quindi naturale collocare la nascita del giudice dell’amministrazione nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto e la sua evoluzione in parallelo con i cambiamenti di ruolo che il potere pubblico assume nella società. Ed è corretto individuare la questione politica di fondo del percorso della giustizia amministrativa nel rapporto tra individuo e potere<sup>1</sup>: la funzione del giudice amministrativo muta proprio per assicurare in questo rapporto il rispetto della legge e la tutela dei diritti e degli interessi.

## 1.2 Dalle origini alla Costituzione repubblicana

Il Consiglio di Stato, che alla sua istituzione ad opera di Carlo Alberto con l’editto di Racconigi del 18 agosto 1831 era una sorta di Consiglio del Re, si affranca e ben presto si inserisce nel sistema del contenzioso amministrativo, di derivazione napoleonica: sistema vigente, sia pure con caratteristiche proprie, nei maggiori Stati italiani (Regno di

---

<sup>1</sup> Sul tema, in una (re)prospettiva storica, restano affascinanti le pagine conclusive (spec. 123 ss.) del percorso “narrato” da W. ULLMANN, *Individuo e società nel Medioevo*, Bari 1983, percorso dal quale emerge il passaggio dal suddito al cittadino lungo la storia che va dal Medioevo all’età moderna, alla soglia del mondo contemporaneo.

Sardegna, Regno delle Due Sicilie, Ducato di Parma e Piacenza)<sup>2</sup>.

Una prima significativa tappa dell'emancipazione del Consiglio di Stato, ancora sabauda, dal potere regio si ha con la legge Rattazzi del 1859, che sanziona definitivamente «la evoluzione del Consiglio di Stato da organo politico ad organo consultivo tecnico in materia amministrativa»<sup>3</sup>, con l'abolizione della presenza del re, e con l'attribuzione di funzioni di giudice, in unico grado o di ultima istanza, del contenzioso amministrativo.

Nel 1865, con l'unificazione del regno, il percorso della giustizia amministrativa e della sua specialità si interrompe con l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo e con la istituzione anche in Italia, sul modello della Costituzione belga del 1831, di un sistema di giurisdizione unica, fortemente voluto dalla Scuola liberale.

Due i capisaldi che concorrono alla definizione della giurisdizione unica nella legge del 1865: la tutela dei diritti va affidata al solo giudice esistente, cioè il giudice ordinario (il giudice del contenzioso è un non giudice perché non è indipendente); la divisione dei poteri impone che tutto ciò che è non-diritto sia riservato all'amministrazione e al suo sistema interno di tutela, che fa capo al "ministro-giudice". In altre parole, la legge, nel deferire al giudice ordinario i diritti soggettivi ("diritto civile o politico"), pone una regola fondamentale di "riparto"; questa consiste, da una parte, nella devoluzione piena dei "diritti" al giudice

---

<sup>2</sup> Mentre un sistema assolutistico vigeva nel Lombardo-Veneto e nello Stato pontificio (secondo gli annotatori, in quest'ultimo, pur dopo la formale istituzione nel 1835 del contenzioso amministrativo); e un sistema di giurisdizione unica era presente nel solo Granducato di Toscana.

<sup>3</sup> G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli 1966, 66.

ordinario, estraneo all'amministrazione (art. 2), dall'altra – in ossequio alla teoria della divisione dei poteri, declinata rigidamente – nella devoluzione a una riserva di amministrazione (art. 3) degli “affari non compresi nell'articolo precedente”.

La regola ricomprendeva conseguentemente il divieto per il giudice ordinario di pronunciarsi in via principale sulla legittimità del provvedimento e di rimuoverlo; e, in modo più articolato, comportava tre corollari: in primo luogo, il divieto per il giudice ordinario di emettere sentenze costitutive (art. 4); in secondo luogo, la possibilità per il giudice di “disapplicare” il provvedimento amministrativo illegittimo (art. 5); infine, l'obbligo per la pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato, anche rimuovendo l'atto di cui, in sede di disapplicazione, era stata riconosciuta in via incidentale l'illegittimità (art. 4).

Lo schema in astratto era sistematico e coerente; e aveva il pregio, come gli fu riconosciuto poi da Silvio Spaventa, di ciò che «fece providamente e ottimamente questa riforma, restituendo al giudice ordinario tutte le quistioni di diritto privato, ancorché vi fosse interessata la pubblica amministrazione»<sup>4</sup>.

Lo schema si sarebbe potuto sviluppare riconoscendo un'ampia accezione di “diritto civile e politico”, ammettendo che in tale ambito il giudice avesse cognizione piena della legittimità del provvedimento, e poi sfruttando la va-

---

<sup>4</sup> S. SPAVENTA, *La giustizia nell'Amministrazione* (noto come *Discorso di Bergamo*, 1880), che si trova pubblicato, tra i vari, nel volume, curato dall'Istituto italiano per gli studi filosofici, SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. Ricci, Napoli 1993, p. 41 ss., spec. p. 54. Spaventa continua: «Ma essa ebbe la pretesa di fare molto di più: di sottoporre, cioè, al giudice ordinario anche le controversie di diritto pubblico, e questo non seppe e non poté fare se non in modo molto imperfetto».

lenza “imperativa” dell’obbligo per l’autorità amministrativa di conformarsi al giudicato mediante la rimozione (*erga omnes*) dell’atto invalido.

Nelle aspettative della classe politica del tempo, l’unicità di giurisdizione doveva assicurare una tutela maggiore nei confronti dell’amministrazione, in quanto di essa era garante il giudice ordinario, ritenuto l’unico depositario della tutela dei “diritti civili e politici”. Quella legge, con il relativo contesto di riferimento, presentava però vari fattori di criticità: a) la mancata considerazione, e anzi il disinteresse, per situazioni che non potevano essere definite diritti ma di notevole interesse per la vita dei cittadini, la cui tutela veniva affidata non più al giudice del contenzioso ma alla stessa amministrazione nella tradizionale sede dei ricorsi amministrativi (attività collegate ad autorizzazioni di polizia, quali apertura di locali o autorizzazioni a svolgere determinate occupazioni, le contestazioni inerenti agli atti di un concorso pubblico, alcune materie tributarie; e rimaneva sfornita di tutela l’area della discrezionalità tecnica, molto ampia in settori quali i beni culturali); b) l’affidamento della tutela di tali situazioni al Consiglio di Stato, non come giudice bensì nella sua funzione di rendere pareri in sede di ricorso straordinario al re: e la stessa permanenza di questa giurisprudenza consultiva fu un fattore che in qualche modo frenò l’espandersi della giurisdizione ordinaria; c) la permanenza della giurisdizione del Consiglio di Stato, in alcune rilevanti materie, dichiarate all’articolo 10 dell’allegato D quale “giurisdizione propria” (debito pubblico, i sequestri di temporalità e le controversie sulle attribuzioni delle autorità civili ed ecclesiastiche), assistita da una sorta di clausola residuale di “altre materie” deferite da leggi o già attribuite da leggi del contenzioso non specificamente abrogate (es. concessioni minerarie, vincoli

forestali, leva militare, commissioni censuarie), cui si aggiunge la giurisdizione in unico grado sulle pensioni; d) la scarsa propensione della magistratura ordinaria a sindacare la discrezionalità amministrativa.

Ben presto ci si accorse dunque che la legge del 1865, pur mossa dall'intento liberale di affidare la tutela dei diritti a un giudice terzo e imparziale, conteneva il germe di una tutela «esigua e monca»<sup>5</sup>. L'effetto paradossale della legge del 1865 fu che una larga parte di controversie con la pubblica amministrazione, al fine di sottrarle a un giudice speciale e non abbastanza indipendente, il giudice del contenzioso, finì per essere affidata direttamente all'autorità amministrativa, che rivestiva allo stesso tempo il ruolo di parte e di giudice.

Dalla consapevolezza che la svolta liberale aveva in realtà comportato un regresso nella tutela, nacque quel “movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione” (come lo definì Salandra) che condusse alla legge Crispi (31 marzo 1889, n. 5992), preceduta dai noti discorsi di Marco Minghetti a Napoli sulla ingerenza della politica nell'amministrazione e di Silvio Spaventa a Bergamo.

E così, poco più di vent'anni dopo la legge del 1865, nel 1889, la giustizia amministrativa riprende il suo cammino: viene istituita la Quarta Sezione e ai componenti del Consiglio di Stato sono contestualmente assicurate garan-

---

<sup>5</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1932, p. 157. Lo stesso legislatore sembra essere consapevole del fatto che un simile riparto tra giudice e amministrazione lascia in balia della seconda la tutela degli interessi che non possono essere qualificati come diritti. Pasquale Stanislao Mancini, nel ribattere ai fautori del sistema del contenzioso, che gli opponevano tale mancanza di tutela, ebbe a dire testualmente “questo cittadino è stato ferito, e forse gravemente nei suoi interessi? Che cosa ha sofferto... Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, ch'ei si rassegni”.

zie di indipendenza dal sovrano.

Il ragionamento sotteso alla legge del 1889 è grosso modo il seguente: la legge del 1865 mirava a sottrarre i cittadini all'arbitrio pubblico; è riuscita solo in parte nel suo intento, soprattutto perché troppe sono le posizioni individuali lasciate in balia dell'amministrazione; occorre completare l'opera individuando un giudice indipendente e autorevole che abbia il potere di annullare i provvedimenti amministrativi lesivi di quei "diritti minori" che si ritrovano privi di tutela. Si incide cioè su due elementi: riformare il Consiglio di Stato per garantire l'inamovibilità dei suoi membri; dare al Consiglio di Stato le competenze e i poteri che non aveva il giudice ordinario, e cioè competenza sugli interessi legittimi e potere di annullamento. Il quadro si completa attribuendo allo stesso Consiglio di Stato, con la neo istituita "giurisdizione anche in merito", il potere di assicurare l'esecuzione dei giudicati ordinari.

L'impressione, e forse l'intenzione, era quella di una giurisdizione amministrativa "tappabuchi"; la realtà fu una giurisdizione amministrativa da subito centrale nel sistema delle tutele avverso la pubblica amministrazione: qualcosa non molto dissimile da un tribunale ordinario del contenzioso amministrativo.

Come osserva acutamente Sordi<sup>6</sup>, il sistema era tutt'altro che in continuità, quanto meno concettuale: nel nostro ordinamento si troveranno a convivere due giudici, la cui competenza è in entrambi i casi delineata con clausola generale.

Tiriamo delle prime conclusioni di questo percorso

---

<sup>6</sup> B. SORDI, *La giustizia amministrativa nel tornante di fine Ottocento: dall'esegesi al sistema*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna 2011, p. 65 ss., spec. p. 67.

dalle origini alle soglie della Costituzione repubblicana.

Ritengo che la chiave di volta del passaggio dal contenzioso amministrativo preunitario al sistema di doppia giurisdizione del 1889 sia non tanto la reintroduzione in sé del giudice amministrativo (che avevamo visto abolito, e non del tutto, nel 1865), quanto piuttosto la trasformazione del giudice del contenzioso, pensato nella logica interna all'apparato amministrativo, in un giudice oramai reso indipendente dal sovrano e dal potere esecutivo in genere, a garanzia dei diritti e degli interessi dei privati nei casi di esercizio illegittimo del potere pubblico.

La prima giurisprudenza della Quarta Sezione si avvale dell'esperienza consultiva in sede di ricorso straordinario al re e si impadronisce della tecnica di sindacato dell'eccesso di potere che, attraverso il ricorso alle figure sintomatiche, consentirà al giudice amministrativo di caratterizzare la propria giurisdizione intorno a due elementi, che terremo presenti nel corso di questa conversazione, perché ne caratterizzeranno significativamente l'assetto:

a) Impostazione rimediale della tutela, secondo una inversione logica tra azione e situazione sostanziale. Il Consiglio di Stato fornisce tutela a situazioni prima considerate "di fatto", perché non riconducibili ai diritti, ampliando così il perimetro degli interessi tutelati e quindi la sfera della legittimazione al ricorso. "Dall'azione al diritto" sembra essere il percorso logico, inverso rispetto a quello tradizionale dal diritto all'azione. Nascono in tal modo gli interessi legittimi, specie quelli che verranno poi definiti pretensivi.

b) Le fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere consentiranno al giudice, al di là della teoria, una forte ingerenza nel fatto e un sindacato sulla scelta amministrativa

(sia pure un sindacato “estrinseco”, cioè che non impingeva nel “merito”).

Questi due elementi non vengono all’epoca inquadrati in una teoria consapevole, né in dottrina né in giurisprudenza. Restano anzi affidati alla prassi di una “convenienza giudiziaria”, a seconda di quanto il giudice intendesse penetrare nell’azione amministrativa. E le ragioni potevano essere delle più varie: ragioni di giustizia sostanziale, complessità della vicenda processuale o della vicenda sostanziale, ragioni di politica giudiziaria.

Come si pone il giudice amministrativo nella società, in questa prima fase?

Se guardiamo alle origini, notiamo che la nascita della giustizia amministrativa risponde a una precisa esigenza della società, di carattere pratico e non ideologico (anzi contro la scelta prevalentemente ideologica del 1865), di avere una tutela effettiva nei confronti di un’attività dei pubblici poteri in progressiva espansione (pensiamo alla teorica interventista nell’economia a cavallo tra 8 e 900, sostenuta anche dallo Spaventa contro il “monopolio delle ferrovie”), da parte di un giudice che, per “far parte” dell’amministrazione, potesse sindacarne gli atti.

Se guardiamo al periodo fascista, a Mussolini non riesce la fascistizzazione dell’organo cui lui mirava con la nomina di Santi Romano alla presidenza del Consiglio di Stato. Come rileva Guido Melis, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pone in dichiarata, se non enfatizzata, continuità con quella precedente, anche nello scrupoloso mantenimento di un linguaggio tecnico ben diverso da quello retorico del regime, e mira a inserire le “nuove norme” nel *corpus* normativo esistente, di matrice liberale, sottolineando la prevalenza della interpretazione tradizionale e formale sulle nuove tendenze (im)poste dal regime

e dalla sua legislazione. L'esempio delle leggi razziali è evidente: il legislatore del 1938 aveva pensato a una legislazione speciale e discriminatoria sottratta a ogni gravame giurisdizionale (art. 26 R.D.L. n. 1728 del 1938). Eppure prima la Corte di appello di Torino (sentenza 5 maggio 1939) e poi il Consiglio di Stato (Sezione IV, decisione n. 438 del 1940) arrecano un serio *vulnus* a questo impianto, negando valore costituzionale alla legge e quindi ritenendo che essa non fosse in grado di derogare al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti<sup>7</sup>.

### 1.3. La giustizia amministrativa nella Costituzione

La Costituzione sostanzialmente recepisce l'assetto della giustizia amministrativa che si era andato consolidando e prevede i Tribunali amministrativi regionali (art. 125), che verranno istituiti effettivamente solo nel 1971.

In realtà, nel tempo la giustizia amministrativa si era andata trasformando, acquisendo un marcato carattere giurisdizionale e trasformando al proprio interno, e con la propria giurisprudenza, i meccanismi di tutela.

In effetti, muta la collocazione del giudice ammini-

---

<sup>7</sup> Su tale premessa, alcune pronunce del Consiglio di Stato ammettono il ricorso dinanzi a sé di cittadini ebrei "che continuano a essere soggetti di diritto", sottolineando che il giudizio del Consiglio di Stato su questioni collegate all'appartenenza alla razza ebraica "non implica valutazioni di ordine politico, ma l'applicazione, solo, di rigorose norme di diritto"; ritiene che il licenziamento per motivi di razza debba essere assoggettato alle ordinarie garanzie procedurali e processuali, estendendo la legittimazione a ricorrere anche agli ebrei non italiani che risiedono nel regno; annulla la revoca dell'iscrizione universitaria di un ebreo tedesco; equipara ai fini del trattamento economico i professori universitari ebrei dispensati dal servizio a quelli di "razza ariana".

strativo nel sistema delle tutele e si assiste alla progressiva e tendenziale perdita di centralità del provvedimento amministrativo (sul piano sostanziale) e del carattere impugnatorio del processo. Il Consiglio di Stato viene formalmente configurato in Costituzione come un giudice speciale che sopravvive al divieto costituzionale delle giurisdizioni speciali. In realtà, questa configurazione già non era del tutto aderente alla realtà, come si è visto; la struttura impugnatoria del processo era coerente con quella idea, ma la “pratica” del contenzioso di annullamento raccontava un’altra storia: mi riferisco alla capacità di detto contenzioso di penetrare il “fatto” e di sindacare la legittimità intrinseca per mezzo dell’eccesso di potere; e, ancor più, alla giurisdizione di merito (soprattutto quella inerente alla giurisdizione strumentale di natura cautelare e all’ottemperanza) e al progressivo espandersi della giurisdizione esclusiva. Progressivamente va delineandosi l’idea del giudice amministrativo – per dirla con Mario Nigro – come “giudice ordinario degli interessi legittimi”, che porta alla configurazione della giustizia amministrativa come sistema generale di giustizia, con riferimento all’esercizio del potere pubblico.

La riprova della “nuova” lettura del sistema di giustizia amministrativa quale delineato dalla Costituzione si rinviene nella giurisprudenza costituzionale.

Le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 riconoscono la parità delle situazioni tutelate (diritto e interesse), cui deve corrispondere la parità dei giudici e delle tutele da loro offerte. Il giudice amministrativo è dunque il “giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica”, che deve poter garantire una tutela *piena* ed effettiva della situazione soggettiva; la pienezza di tutela implica che egli deve poter disporre di tutti i mezzi di tutela conosciuti

dall'ordinamento, ivi compreso il risarcimento del danno che così, nell'ottica della Corte, viene visto non come un diritto autonomo e astratto, ma come un "rimedio", cioè come uno dei possibili strumenti di reintegrazione della posizione soggettiva lesa.

La sentenza n. 140 del 2007 afferma che anche la lesione dei diritti fondamentali può essere fatta valere dinanzi al giudice amministrativo, non sussistendo nella Costituzione una norma che riservi tali diritti al giudice ordinario.

Cosa significa tutto ciò? Il giudice amministrativo si pone al centro dei rapporti tra poteri pubblici e soggetti di diritto e intercetta tutte le situazioni in cui vi sia esercizio di un potere pubblico. Ne consegue che la posizione del giudice amministrativo nella società varia a seconda della latitudine consentita ai poteri pubblici: in uno Stato liberale, il giudice diventa il garante del diritto "senza limiti", cioè della libertà, nei confronti dell'autorità: qui le sfere della persona e dell'autorità sono strutturalmente distinte, il diritto ne delimita il campo di attribuzioni, il giudice, anche il giudice unico, vigila sugli sconfinamenti, a presidio della sfera di libertà. Con la dilatazione, diretta o indiretta, dei poteri pubblici, connessa allo Stato sociale di diritto, all'intervento pubblico nell'economia e allo Stato promotore di benessere, si hanno, da un lato, una posizione preminente spesso assegnata al potere pubblico come espressione degli interessi della collettività, ma, dall'altro, la configurazione di un penetrante strumento di controllo del legittimo esercizio di questo potere, destinato a prevalere per legge sull'interesse del singolo solo se esercitato secondo i parametri, più o meno puntuali, di legittimità. Sorgono i diritti a ricevere un qualcosa dall'amministrazione, gli interessi pretensivi assumono una

fisionomia ben marcata e l'intermediazione del potere pubblico è strumentale ad avere dall'amministrazione una prestazione.

E così il giudice amministrativo oggi spesso si trova al crocevia di rilevanti questioni nel campo dell'economia e dei diritti sociali e, in generale, nei diritti a prestazioni amministrative.

## **2. I punti centrali delle trasformazione del sindacato del giudice amministrativo: (in)esauribilità del potere, la cognizione “piena” sul fatto e l’area della discrezionalità tecnica**

A questo punto abbiamo delineato il contesto di riferimento di sistema, in cui opera il giudice amministrativo. A questo contesto vanno riferite le più recenti tendenze del sindacato giurisdizionale, che possono essere sintetizzate in tre punti qualificanti.

### **2.1 La cognizione “piena” sul fatto e l’area della discrezionalità tecnica**

Nello schema originario e tradizionale della giurisdizione amministrativa, per la verità più a parole che nei fatti, il giudice amministrativo conosceva del rapporto tra amministrazione e cittadino attraverso lo “schermo” di validità dell’atto e non approdava in modo positivo e sostanziale alla risoluzione del conflitto bensì si arrestava al profilo “estrinseco” del provvedimento. Questo schema, in verità sin dalle origini eroso dall’applicazione pratica del vizio di eccesso di potere, verrà progressivamente “destrutturato” dal carattere composito della pronuncia del giudice: così, nella sentenza, al tipico effetto caducatorio dell’atto, corrispondente all’azione tipica di annullamento, si accompagneranno gli effetti ordinatorio e soprattutto conformativo rispetto all’ulteriore attività dell’amministrazione; lo spazio di operatività e di libertà di cui gode l’amministrazione nella riedizione del potere verrà depotenziato dapprima nel giudizio di ottemperanza e poi, con l’avvento del codice del processo, nello stesso giudizio di cognizione.

La cognizione, invero, assume una fisionomia ben diversa: non solo si estende alla piena conoscenza del fatto (con l'ausilio degli strumenti probatori occorrenti), ma riconduce sempre più nell'alveo della legittimità della scelta l'ambito della discrezionalità tecnica. In virtù di ciò, in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare tra loro differenti), l'area del "merito" amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, a parità di contesto, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella "giusta", cioè quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili. E la stessa inesauribilità del potere viene ridefinita – come veniamo a dire – nei termini di una sorta di potere a "inesauribilità limitata" a fronte dell'esercizio ripetutamente illegittimo del potere in concreto.

Si è osservato che, se è vero che l'art. 31, comma 3, del c.p.a., consente la definizione dell'intero rapporto sostanziale soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità; e se è altresì vero, ai sensi dell'art. 34, comma 2, del c.p.a., che il giudice non può pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», nemmeno può pensarsi che il potere amministrativo resti "inesauribile" per il solo fatto che ci si muova in un'area di discrezionalità amministrativa. I meccanismi giudiziari (per esempio, ordinanze cautelari propulsive o motivi aggiunti da proporre avverso il provvedimento successivo a quello impugnato) impongono di concentrare in un solo giudizio tutta quella attività di cognizione che

prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

In questo quadro avrà ancora senso distinguere tra giurisdizione di legittimità e di merito? Lo stesso giudizio di ottemperanza (e quello cautelare), che costituisce esercizio di giurisdizione di merito per i caratteri propri delle valutazioni e dei poteri esercitati dal giudice, vede la propria area – come si diceva – estendersi o restringersi rispetto al giudizio di cognizione (art. 34, co. 1, lett e: alla cui fase possono essere attratte misure attuative del giudicato) in quel confine “mobile” che pone in crisi la distinzione operata dalla Corte regolatrice ai fini del sindacato sull’eccesso di potere giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione.

In realtà, dopo il codice del processo, merito amministrativo e ottemperanza (o cautela) non sono (più) la stessa cosa.

## 2.2 Inesauribilità del potere e riduzione della discrezionalità

Il dibattito sulle forme di tutela azionabili nel caso in cui l’amministrazione reiteri con uguale risultato negativo gli esiti di un provvedimento annullato è risalente.

In tempi recenti sono state formulate – in giurisprudenza come in dottrina – svariate proposte “operative” ispirate ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo. Al fine di riconoscere al giudicato amministrativo l’effetto di cristallizzare situazioni giuridiche resistenti alla riedizione del potere amministrativo:

– una tesi “radicale” suggerisce di rafforzare la capacità

stabilizzante del giudicato amministrativo, ritenendo che esso copra non solo il dedotto ma anche il deducibile, con la conseguenza che, nel caso di giudicato di annullamento su vizi sostanziali, la riedizione del potere, con commissione di eventuali nuovi vizi, integra una violazione del giudicato ogniqualvolta i nuovi vizi derivino da una nuova valutazione su aspetti incontrovertibili e non indicati dal giudicato come necessitanti una nuova valutazione;

– una tesi “mediana” sostiene invece che, dopo la formazione del giudicato, la pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere discrezionale possa sì individuare ulteriori elementi sfavorevoli alla pretesa del ricorrente vittorioso, ma lo possa fare una volta sola.

Il Consiglio di Stato è tornato ancora una volta sulla questione se, dopo l’accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l’amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell’originario procedimento amministrativo, cioè se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino.

Con la sentenza n. 1321 del 2019, ha ritenuto che non sia accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto. Pertanto, la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell’affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta

precluso all'amministrazione il potere di tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

E tale sentenza è stata confermata, in sede di impugnazione per eccesso di potere giurisdizionale, dalla Corte di Cassazione (con sentenza n. 18592 del 2020), che ha rimarcato come «il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

Va segnalato infine come nel vigente comma 1 dell'art. 10-bis della legge n. 241 (come modificato dalla lettera e) dell'art. 12 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76) si legge: «In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere, l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

### 3. Conclusioni: il metodo di decisione del giudice amministrativo

Le trasformazioni di contesto istituzionale e le peculiarità di sistema delle tutele ad opera del giudice amministrativo evidenziano le caratteristiche del metodo di decisione del giudice amministrativo.

Ogni giudizio si articola in una valutazione del fatto, sulla base delle allegazioni delle parti e delle risultanze istruttorie, e in un giudizio di diritto.

Si è soliti dire – secondo un modello tradizionale di origine positivista – che il giudizio di diritto consiste in una sussunzione del fatto nella norma: cioè il fatto viene riportato alla regola contenuta nell'ordinamento, assunta come regola del caso, e la sentenza è il frutto del sillogismo tra fatto e norma applicato al caso concreto.

Ma non sempre le cose sono così “facili”. In molti casi, è la legge stessa che, utilizzando (talvolta volutamente) termini generici o espressioni con più possibili significati, rimette al giudice il compito di riempire di contenuto quei termini e quelle espressioni nella decisione del caso concreto.

I modelli normativi, nei quali il metodo sillogistico sussume i casi, possono quindi essere chiusi e definiti; ma possono essere “aperti” e in essi trovano spazio le clausole generali, le quali «vengono concretizzate dalla giurisprudenza»<sup>8</sup>. Appare difficile negare che sia rimesso al giudice un ampio margine di “discrezionalità” quando occorra, per decidere una controversia, fare ricorso a clausole generali o anche a concetti giuridici indeterminati, la cui distin-

---

<sup>8</sup> S. PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P. RESCIGNO e S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, p. 166.

zione non vede concordi gli Autori e non è facile nella pratica<sup>9</sup>, ma che sono accomunati dallo spazio deliberativo lasciato al giudice. Si pensi al canone di proporzionalità o al bilanciamento di interessi soprattutto nel giudizio amministrativo, o alla buona fede o al legittimo affidamento nel diritto privato. Fermo restando che queste clausole costituiscono oramai patrimonio comune dei vari rami del diritto sì da poter essere considerate alla stregua di categorie di teoria generale<sup>10</sup>.

I modelli normativi “aperti” sono assolutamente prevalenti nel diritto amministrativo. Forse nella maggior parte dei casi è improprio anche parlare di modelli normativi, se per normativi si intende “posti per legge”.

Tale assetto è dovuto in primo luogo a una ragione storica, di cui si è detto, cioè a quella “inversione logica” per cui prima è nata la tutela davanti al giudice e poi la situazione soggettiva tutelata. Nigro, ancora negli anni ’70, 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 fat-tispecie. Molto spazio per quello che Paolo Grossi definirebbe un giudice non creatore, ma “inventore” – nel senso etimologico – del diritto.

Un secondo profilo di analisi riguarda la tecnica di sindacato del giudice amministrativo. Il giudice amministrativo si è, sin dalle origini, trovato a dover coniugare

---

<sup>9</sup> Per alcuni spunti e riferimenti, vd. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, cit., p. 171 ss.

<sup>10</sup> Sottolinea la comunanza della problematica, anche con riferimento al diritto penale, da ultimo R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa ed esigenze di legalità e prevedibilità*, <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>.

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 diachronica, non di una posizione statica.

Il percorso lineare «interesse pubblico – norma di attribuzione del potere – provvedimento», che era alla base del principio di legalità nel secolo scorso, si è da tempo, irreversibilmente ramificato in molteplici direzioni. L'interesse pubblico non è più “singolare” e predeterminato dalla legge, ma è ormai il frutto del complesso contemperamento tra interessi pubblici “plurali”, spesso contrapposti, a loro volta “bilanciati” con gli interessi dei privati. La norma quasi mai connette direttamente un'azione amministrativa a uno specifico interesse pubblico; anzi, spesso non indica neppure una gerarchia tra gli interessi pubblici, che restano equiordinati: piuttosto, ne disegna le modalità di “assemblaggio”. Il “luogo del confronto”, in cui i diversi interessi pubblici in gioco si compongono, anche con quelli privati, è sempre più il procedimento amministrativo, ambito in cui si realizza l'unità di tempo, spazio e azione del rapporto tra privato e pubblico potere, e in cui l'interesse pubblico in concreto perseguito “si fa” nella dinamica del confronto<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Secondo un'autorevole tesi (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, 2002, p. 75 ss.), *il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa*, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì *avrebbe*

Limitare il sindacato alla mera violazione della legge attraverso una verifica della sua corretta applicazione vuol dire vanificare la tutela. Questa 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 sono clausole generali, alcune delle quali corrispondenti a principi generali positivamente posti, che costituiscono da sempre l'ordinaria tecnica di sindacato sul potere pubblico. Questo dato – comune a tutte le Corti amministrative europee, in particolare a quelle di derivazione dal modello francese – costituisce invero il punto di comunanza tra giudici amministrativi continentali e giudici di *common law* (i quali ultimi di queste clausole fanno costante uso e si pongono nella scia di una tradizione risalente al diritto romano classico e al diritto comune). In questo, i giudici amministrativi italiani ragionano più come un giudice inglese che come un giudice civile italiano.

Il quadro descritto porta a un tasso di inevitabile imprevedibilità della decisione giudiziaria, specie quando questa si confronti con modelli normativi aperti. E ciò indubbiamente mina il tasso di certezza del diritto. Che fare? Io credo sia impossibile tornare a ciò che peraltro mai è stato: il giudice “bocca” di un legislatore capace di regolare da solo tutto. Occorre allora lavorare su più fronti: migliore qualità della legge, formazione del giudice, *self-restraint* di questi nell'applicazione della legge, meccanismi volti ad assicurare un'apprezzabile dose di preve-

---

*esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili [il corsivo è nostro].*

dibilità della giurisprudenza.

Occorre però, e concludo, lavorare su un aspetto centrale della giurisdizione: la responsabilità della decisione. Con la sentenza il giudice decide una lite “responsabilmente” cioè “dando conto” della propria decisione attraverso la “motivazione”. Questa – come ben sottolinea Guastini<sup>12</sup> – non consiste nella esposizione dei “motivi”, che richiamano qualcosa di psicologico, bensì di “ragioni”, che sono «argomenti, ossia enunciati, che fanno parte di un ragionamento... e che *giustificano* una decisione».

L’argomentazione giuridica diviene dunque centrale in quella che è stata definita l’età dell’incertezza, per parafrasare il titolo di un volume<sup>13</sup>.

L’argomentare serve a ridurre la distanza tra norma e sua interpretazione; serve a legittimare la decisione e lo stesso giudice che l’ha adottata; serve a rendere (più) determinato il modello normativo aperto; serve a fronteggiare l’incertezza attraverso il dubbio che non arresta il processo ma sfocia nella sentenza (ricorderete Kafka nel *Processo*, quando il sacerdote dice allo sventurato protagonista: «La sentenza non viene a un tratto; è il processo che si trasforma a poco a poco in sentenza»).

In una, l’argomentazione serve a riferire al giudice e al processo interpretativo e applicativo il duplice fondamento di validità del diritto moderno secondo Habermas: «un fondamento poggiante sia sul principio di statuizione sia sul principio di giustificazione»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> R. GUASTINI, *Prima lezione sull’interpretazione*, Modena 2019, p. 27, che richiama opportunamente A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958.

<sup>13</sup> A. ABIGNENTE, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Napoli 2017.

<sup>14</sup> J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, trad.it., Torino 1992, p. 75.

## Nota biografica

### **Filippo Patroni Griffi**

Nato a Napoli il 27 agosto 1955, ivi svolge studi classici presso il Liceo Umberto e, nel 1977, consegue con lode la laurea in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli. A seguito di pubblici concorsi, diventa magistrato ordinario nel 1979, referendario di Tribunale amministrativo regionale nel 1984 e Consigliere di Stato nel 1985. Nel 2009 è nominato Presidente di sezione. Già Presidente aggiunto, Presidente titolare della sezione Quarta e Direttore dell'Ufficio studi massimario e formazione della Giustizia amministrativa, è stato nominato Presidente del Consiglio di Stato con decreto del Presidente della Repubblica 25 settembre 2018.

Il 15 dicembre 2021 è stato eletto giudice costituzionale dai colleghi del Consiglio di Stato in sostituzione del Presidente Giancarlo Coraggio; ha giurato il 29 gennaio 2022 dinanzi al Presidente della Repubblica.

È stato componente della Commissione incaricata della redazione del codice del processo amministrativo.

È stato, dapprima Vice Presidente, e poi Presidente di ACA-Europe, Association of Councils of State and Supreme Administrative Courts dal settembre 2018.

Componente del Comitato scientifico di varie riviste giuridiche, è autore di saggi in tema di organizzazione pubblica, prevenzione della corruzione, giustizia amministrativa, fonti del diritto, qualità della regolazione.

È stato Ministro per la pubblica amministrazione nel Governo Monti e sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri nel Governo Letta.



*Filippo Patroni Griffi*

In passato ha ricoperto gli incarichi di coordinatore del Nucleo per la semplificazione delle norme e delle procedure, di Capo del dipartimento degli Affari Giuridici e Legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri nel Governo Prodi, di Segretario generale del Garante per la protezione dei dati personali e di componente della Commissione indipendente per la valutazione e la trasparenza (Civit). È stato Capo di Gabinetto dei Ministri Amato (Riforme Istituzionali) e Brunetta (Funzione Pubblica) e Capo dell'Ufficio Legislativo dei Ministri per la funzione pubblica Cassese, Frattini, Motzo e Bassanini.

## Lezioni Magistrali di Roma Tre

1.  
ROBERTO SARDELLI  
*Dal seminario alla scelta passando per don Milani*  
Presentazione di Massimiliano Fiorucci
  
2.  
MAURO PALMA  
*Difficile dire Giustizia*  
Presentazione di Marco Ruotolo
  
3.  
EDITH BRUCK  
*La mia università si chiama Auschwitz*  
Presentazione di Paolo D'Angelo
  
4.  
MARTA CARTABIA  
*Una parola di Giustizia*  
*Le Eumenidi, dalla maledizione al logos*  
Presentazione di Luca Pietromarchi
  
5.  
MARCELA VILLARREAL, CHIARA TONELLI, CATIA BASTIOLI  
*SOSostenibilità*  
*Tre lezioni sull'Agenda 2030*  
Presentazione di Fabrizio De Filippis
  
6.  
MIMMO CUTICCHIO  
*Vivo coi Pupi*  
Presentazione di Valentina Venurini
  
7.  
FILIPPO PATRONI GRIFFI  
*Le trasformazioni della giustizia amministrativa*  
Presentazione di Giovanni Serges



*Roma TrE-Press*  
2023