

## 1.2 Il fine del processo amministrativo e il problema della verità

Come è noto nella teoria generale del processo si contrappongono due concezioni, tradizionalmente – ma non del tutto esattamente – riferite alla dicotomia tra visione privatistica e visione pubblicistica della giurisdizione.

Per la prima concezione fine del processo è stabilire chi, tra i litiganti, abbia ragione. Dunque, essenzialmente, risolvere una controversia.

Per la seconda concezione fine del processo è l'accertamento della verità, nelle diverse accezioni che tale concetto può assumere in relazione all'ordinamento giuridico cui il processo appartiene.

La prima concezione tende a prevalere nell'ambito dell'ordinamento civile, la seconda nell'ambito dell'ordinamento penale. Per una sorta di analogia il processo amministrativo viene omologato al processo civile, mostrandosi, anzi, ancora meno attento al problema della verità, essendo la cognizione naturale del giudice amministrativo quella di legittimità.

Dal punto di vista logico-scientifico si tratta di un'impostazione fallace.

L'ordinamento giuridico rappresenta la forma razionale più avanzata nella struttura delle relazioni umane. Ciò è imposto dalla funzione cui è chiamato ad assolvere, cioè dettare regole vincolanti dell'agire umano. Di tale funzione il principio di certezza del diritto costituisce un necessario corollario.

Il nesso di strumentalità che lega il processo al diritto sostanziale fa sì che tale principio – e le categorie che lo esprimono<sup>1</sup> – orienti la costruzione delle strutture processuali. Si assiste, anzi, al fenomeno inverso, per cui l'esigenza di certezza origina direttamente nel processo e si impone sui rapporti giuridici sostanziali<sup>2</sup>. D'altronde l'idea che il processo miri alla certezza è palese nell'orientamento consolidato – fino agli anni '90 – secondo cui la decisione giurisdizionale ricalca il sillogismo deduttivo.

Fermo restando che il concetto di verità è diversamente articolato con riferimento ai due diversi modelli della realtà che vi operano (realtà di diritto e realtà di fatto), non appare sostenibile che il processo, quale forma razionale delle conoscenze sull'agire umano, possa prescindere,

---

<sup>1</sup> I fatti giuridicamente rilevanti vengono regolati da norme la cui definizione – e interpretazione – rinvia a leggi che rappresentano la migliore scienza ed esperienza del momento storico. Il diritto è una scienza sociale, ma gli strumenti di cui si avvale sono di tipo logico, in quanto “modelli di conoscenza”. Il modello nelle discipline empiriche significa rappresentazione astratta (spesso formalizzata) di fenomeni concreti. La legislazione fa ampio uso di modelli deduttivi, la giurisprudenza di modelli abduuttivi, che sono pur sempre un'inferenza logica, anche se di stampo probabilistico (Cass. I sez. penale 31456/08: «E', inoltre, nozione acquisita che per passare dal fatto noto (ovvero probatoriamente accertato) a quello ignoto (*thema probandum*), il giudice fa, più o meno consapevolmente, uso di particolari regole-ponte, tale da consentirgli di mettere in relazione i due fatti e di risalire da quello noto a quello ignoto; tale mediazione può essere assicurata da una c.d. regola di esperienza, legittimata dal patrimonio conoscitivo derivante dal senso comune e ricavata dall'osservazione ripetuta di casi simili, denotanti la costante ripetizione di un certo fenomeno in presenza di determinate condizioni, ovvero da una legge scientifica, di valenza universale o semplicemente statistica, od, ancora, da una legge appartenente alla logica, che presiede ed orienta i percorsi mentali della razionalità umana»).

<sup>2</sup> Cass. S.U. penali 11 settembre 2002 n. 30328: «È stato acutamente osservato in dottrina che il processo tende con le sue regole ad esercitare un potenziale dominio sulle categorie del diritto sostantivo [...] »

accontentandosi di quella che è denominata “verità processuale”<sup>3</sup>. La certezza del diritto, infatti, non è compatibile con una dimensione puramente estetica della verità, quale è la verosimiglianza, o, peggio, la conformità alle regole. Ciò che il processo ricerca non è la verosimiglianza, ma è la verità. Solo che tra il fatto e la sua conoscenza c’è sempre uno scarto. Il processo intende eliminare quello scarto, riducendolo alla pura differenza di nozione tra la realtà e la sua conoscenza.

Le riflessioni testé svolte consentono, dunque, di accreditare l’equazione giustizia = verità<sup>4</sup>, confermata dall’interpretazione testuale dell’art. 111: non solo perché “giusto” è, per comune accezione, ciò che risponde a verità<sup>5</sup>, quanto perché la sistematica dell’articolo non lascia spazio a conclusioni diverse, salvo a voler ipotizzare che esista un processo – quello penale – che debba essere “più giusto” degli altri, mentre invece ciò che al processo penale la Costituzione riserva più degli altri è la garanzia dei diritti della difesa e il contraddittorio nella formazione della prova (esigenza che negli altri processi si avverte meno, essendo retti dal principio dispositivo e dall’assenza di un organo – diverso dal giudice – deputato alla raccolta delle prove).

Le differenze tra i diversi processi, allora, devono apprezzarsi su un diverso piano, che è quello degli *standards* epistemologici dell’accertamento. In tal senso, come più volte anticipato, nel processo civile vige il criterio “*più probabile che non*”, il cui riflesso è nell’art. 2697 c.c.<sup>6</sup>, in quello penale il criterio “*oltre ogni ragionevole dubbio*”, espressamente contemplato dall’art. 533, comma 1 C.p.p.<sup>7</sup>.

In tale diversa prospettiva il processo amministrativo può essere assimilato a quello civile, con la precisazione che il principio di certezza per esso si pone in termini peculiari, atteso il coinvolgimento nella controversia dell’interesse pubblico e, dunque, l’esigenza di tecniche di accertamento che, da un lato, rispettino la sfera riservata all’Amministrazione, dall’altro assicurino

---

<sup>3</sup> Identificata nella mera conformità alle regole della giurisdizione, ovvero – in uno sforzo di bilanciamento con l’opposta concezione della verità reale – nella verosimiglianza della decisione giurisdizionale (Cass. S.U. penali n. 10251 del 2007: «Nella valutazione probatoria – così come, secondo la più moderna epistemologia, in ogni procedimento di accertamento (scientifico, storico etc.) – è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime di esperienza, ma, affinché il giudizio di verosimiglianza conferisca al dato preso in esame valore di prova, è necessario che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l’ipotesi all’apparenza più verosimile; ove così non sia, il suddetto dato si pone semplicemente come indizio da valutare insieme a tutti gli altri elementi risultanti dagli atti (Sez. I penale, 21 ottobre 2004, Sala)».

<sup>4</sup> Con tacito rifiuto del grottesco brocardo “*summum ius, summa iniuria*”.

<sup>5</sup> In tal senso la scelta lessicale del legislatore costituzionale nazionale appare più avanzata della fonte europea, dove il processo viene denominato “equo”.

<sup>6</sup> Da cui si evince che, nel dubbio in ordine all’esistenza di fatti costitutivi del diritto o di fatti modificativi, estintivi o impediti, si applica la regola dell’onere della prova, essendo per converso sufficiente che l’attore o il convenuto dimostrino che l’esistenza dei fatti rispettivamente allegati sia una tesi preferibile rispetto a quella della loro inesistenza.

<sup>7</sup> In forza del quale non basta all’accusa dimostrare che probabilmente l’imputato è autore del reato contestatogli, occorrendo che la sua responsabilità risulti l’unica ragionevole ipotesi esplicativa dei fatti accertati nel processo.

che l'interesse pubblico sia perseguito attraverso un'azione di cui il processo consenta di verificare la legittimità e di tutelare l'interesse individuale<sup>8</sup>, anche attraverso lo scrutinio del fatto.

La timidezza nell'usare il concetto di verità a proposito del processo amministrativo è stata giustificata proprio con il ruolo residuale che vi riveste il fatto, schermato dal procedimento amministrativo e allontanato dalla cognizione del giudice mercè la limitazione dei mezzi di prova.

Va rilevato, peraltro, come proprio il sistema di giustizia amministrativa – pur se nel residuale ambito della giurisdizione di merito – conosca testualmente il concetto di verità: l'art. 27 del R.D. n. 642 del 1907 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) prevede che *“La sezione quinta (per effetto del regio-decreto 20 dicembre 1923, n. 2840 – con cui è venuta meno la separazione di competenza tra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato – tutte le sezioni giurisdizionali) può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni”*.

Peraltro tale disposizione, istituendo una connessione tra istruttoria del giudice amministrativo e ricerca della verità, autorizza una considerazione di più ampio respiro: non è l'obiettivo della verità ad essere esclusivo della giurisdizione di merito, quanto piuttosto è l'ampiezza dei mezzi attraverso cui ricercarla a essere massima in detto ambito. La scoperta della verità, infatti, implica necessariamente un'indagine a 360° sui fatti e, quindi, una sovrapposizione alla ricostruzione che la P.A. ne ha fatto nel procedimento. Dunque un'attività sostitutiva da parte del giudice<sup>9</sup>.

Ma la verità in quanto tale è oggetto della cognizione del giudice amministrativo anche in sede di legittimità.

Al di là, infatti, dell'attenuarsi delle ragioni storiche che svalutano il ruolo della corretta percezione della realtà nell'azione amministrativa e, conseguentemente, dello scrutinio di essa da parte del giudice amministrativo, in forza di nuove emergenze della prassi e normative<sup>10</sup>, nel senso indicato milita un dato di ordine, appunto, epistemologico, che l'art. 111 Cost. ha dotato di copertura costituzionale: l'idea che il processo abbia una essenziale funzione cognitiva razionale e che, specie per i rapporti di diritto pubblico, dove le parti non hanno la disponibilità del rapporto controverso, l'interesse generale esige la conoscenza della verità, con la precisazione che il processo non può

---

<sup>8</sup> Tutela originariamente concepita in chiave costitutiva (art. 45 Regio decreto n. 1058/1924 e art. 26, comma 2 della legge n. 1034/1971, che prevedono la sentenza di annullamento di atti e provvedimenti amministrativi), poi estesa a quella dichiarativa (art. 7, comma 3 della legge n. 1034/1971, che attribuisce il potere di condanna al risarcimento del danno).

<sup>9</sup> L'accertamento dei fatti costituisce la prima prerogativa del potere amministrativo.

<sup>10</sup> Teoria sostanziale dell'interesse legittimo e previsione della tutela risarcitoria, rivisitazione della discrezionalità tecnica, nuova concezione del principio di buon andamento, ampliamento dei mezzi di prova, estensione della giurisdizione esclusiva.

attingerla in quanto tale, ma è costruito al fine di raggiungere il massimo grado di approssimazione alla stessa, nel rispetto di altri valori dell'ordinamento.

### 1.3 Il sillogismo del giudice amministrativo

Per dimostrare l'affermazione appena fatta è necessario richiamare la struttura dell'azione amministrativa pubblicistica, che in astratto appartiene al sillogismo deduttivo.

#### I'azione amministrativa

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
<b>Nota</b> i fatti e il potere	<b>Nota</b> la norma	<b>Ignoto</b> il provvedimento

Vi è, però, da rilevare che il procedimento di sussunzione del caso nella regola ha natura costitutiva e non dichiarativa. Pertanto il risultato è il prodotto di una scelta autoritativa. Ne consegue che il sillogismo non potrà mai essere pienamente deduttivo, cioè necessario, perché la norma non collega automaticamente l'effetto al verificarsi di presupposti predeterminati, ma all'esercizio di un potere. A maggior ragione se tale potere è discrezionale il provvedimento adottato è solo una delle possibili soluzioni che, *ex ante*, la P.A. poteva adottare.

Il compito del giudice amministrativo è verificare se tale soluzione sia legittima, rientri, cioè, nel novero delle scelte che il potere pubblico legalmente poteva prendere nel caso concreto. Nel sillogismo del giudice amministrativo il compito è, dunque, inversamente speculare a quello dell'Amministrazione.

#### il sillogismo del giudice amministrativo

PREMESSA MINORE caso	PREMESSA MAGGIORE regola	CONCLUSIONE risultato
<b>Nota</b> i fatti il provvedimento	<b>Nota</b> la norma	<b>Ignoto</b> la legittimità del provvedimento

Ciò significa, in generale, accertare se la pubblica amministrazione abbia correttamente interpretato la norma (giudizio di diritto) ed esattamente ricostruito i fatti (giudizio di fatto). Se, poi, il

provvedimento è discrezionale, il giudice potrà sindacare la relativa scelta – sempre che la stessa non sia illegittima sul piano del fatto o del diritto – solo con riguardo alla sua ragionevolezza.

Il giudizio di diritto ha natura deduttiva, poiché ha per oggetto la ricostruzione di una realtà formale ed astratta<sup>11</sup>. Il giudizio di fatto ha natura abduttiva, poiché ha per oggetto la ricostruzione di una realtà materiale e concreta<sup>12</sup>. Tale impostazione va, peraltro, precisata in relazione alla natura dell'attività amministrativa che la legge contempla<sup>13</sup>.

**Attività vincolata:** il giudizio di diritto ha natura deduttiva; il giudizio di fatto natura abduttiva, ma grado di probabilità prossimo alla certezza.

**Discrezionalità tecnica:** il giudizio di diritto ha natura deduttiva approssimata; il giudizio di fatto natura abduttiva, e per raggiungere un grado di probabilità prossimo alla certezza deve avvalersi della formula di Hempel  $p(HK) = r$ <sup>14</sup>.

**Discrezionalità amministrativa:** il giudizio di diritto ha natura deduttiva imperfetta; il giudizio di fatto ha natura abduttiva, grado di probabilità prossimo alla certezza se non vi è discrezionalità tecnica, altrimenti è richiesto l'impiego della formula di Hempel.

La disciplina del processo amministrativo va, dunque, letta in una duplice prospettiva: i momenti volti a far emergere gli elementi del giudizio di diritto e quelli finalizzati a introdurre gli elementi del giudizio di fatto.

Nel processo civile i due momenti trovano convergenza nella fase introduttiva del giudizio. L'art 163 c.p.c. prevede che: *“La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. L'atto di citazione deve contenere: [...]*

*3) la determinazione della cosa oggetto della domanda;*

*4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;*

*5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione”.*

Il n. 3 (*petitum*) individua l'effetto giuridico di cui si domanda l'accertamento e le statuizioni conseguenti (ordinatorie o costitutive). Nel sillogismo giudiziario è la conclusione.

Il n. 4 (*causa petendi*) individua i fatti e la norma che sono posti a fondamento dell'effetto giuridico domandato. Nel sillogismo giudiziario sono, rispettivamente, premessa minore e maggiore.

---

<sup>11</sup> Le norme giuridiche costituiscono proposizioni formali, i cui simboli (il linguaggio) esprimono un contenuto desunto dalla migliore scienza ed esperienza del momento storico. L'interpretazione avviene ex ante, sulla base del valore astratto dei simboli.

<sup>12</sup> I fatti sono accadimenti, naturali o umani, comunque, fenomeni. Di essi non si hanno simboli, ma segni storici, cioè tracce. La ricostruzione avviene ex post, sulla base del significato probabilistico di questi segni rispetto al fatto da accertare.

<sup>13</sup> Cap. XIV, § 5.1.

<sup>14</sup> Volume 1, cap. IX, § 7.2.

Il n. 5 (*deduzioni istruttorie*) individua gli elementi (e gli strumenti) di prova utilizzati perché sia accertata la verità della premessa minore.

Il giudizio civile, però, ha per oggetto un rapporto costruito secondo lo schema norma-fatto-effetto.

Il giudizio amministrativo di legittimità, invece, ha per oggetto un rapporto costruito secondo lo schema fatto-norma-potere-effetto. Ne consegue che nel primo l'effetto si accerta sulla base dell'esistenza o meno del fatto e della sua idoneità a generarlo, nel secondo l'effetto si accerta sulla base dell'esistenza o meno del potere (di cui il fatto è un presupposto) e della sua idoneità (legittimità) a generarlo. Poiché, peraltro, l'effetto si genera sol perché il potere astrattamente esiste e viene esercitato, l'accertamento sulla illegittimità del suo esercizio è destinato a sfociare nella rimozione dell'effetto, cioè l'annullamento dell'atto.

Il giudizio amministrativo, allora, non è giudizio (solo o prevalentemente) su fatti, ma sull'esercizio legittimo del potere nel caso concreto. Il che non toglie che tutti i fatti, ove rilevanti, vadano puntualmente accertati<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Già prima dei movimenti tellurici dell'universo amministrativo la Corte costituzionale (sentenza n. 251 del 1989) affermava che: «Nel processo amministrativo, la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo. Se dunque tale è la funzione del processo, il sindacato sulle modalità, con cui quel potere è esercitato, deve necessariamente muovere in primo luogo dall'esame del complesso degli elementi che l'amministrazione ha posto a fondamento delle proprie valutazioni; il che non esclude le opportune integrazioni che il giudice amministrativo, nell'esercizio dei suoi poteri ordinatori, può prescrivere onde pervenire nel modo più esauriente all'accertamento dei fatti su cui si fondano le rispettive pretese delle parti».