



DANIELE D'ALESSANDRO \*

## LA STORICITÀ DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA E IL RUOLO CREATIVO DEL GIUDICE \*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Non solo giudicare ed amministrare. La funzione creativa del giudice. – 3. Prospettive. Giurisdizione, creazione giurisprudenziale, ruolo dell'incertezza.

### 1. Premessa

**M**ario Nigro: pur essendo ben noto, non si può iniziare una riflessione senza tributargli con gratitudine il riconoscimento per essere stato uno dei maestri che hanno consentito lo sviluppo del diritto amministrativo nella dimensione attuale, a partire da ciò che ci appare consustanziale al rapporto «che non si esaurisce nel noto momento di sintesi autorità – libertà, costituita e espressa dall'atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento (...) una relazione stabile fra amministrazione e cittadino, (...) rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano, da una parte e dall'altra, poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.»<sup>1</sup>.

Risulta anche difficile scrivere sulla sua opera, a fronte degli autorevoli tributi resi dalla dottrina<sup>2</sup> e dello sterminato panorama delle citazioni, ma, accogliendo il prezioso invito della Fondazione Paolo Galizia e di questa rivista colgo, nel suo ampio e fondamentale

\* Professore associato di Diritto amministrativo – Università della Calabria.

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

<sup>1</sup> M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.*, n. 5/1987, 469.

<sup>2</sup> Con consapevolezza dell'incompletezza dei riferimenti, cfr. le monografie AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Milano, Giuffrè, 1991; P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, Milano, Giuffrè, 1998. Fra i saggi, cfr. P. MUSACCHIO, *L'evoluzione del diritto di accesso nel nostro ordinamento (in memoria di Mario Nigro)*, in *Ambeinteditritto.it*, n. 1/2023; A. MENICONI, *Mario Nigro. Un profilo biografico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, n. 3/2010, 629 ss.; S. CASSESE, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, *Ibid.*, 685 ss.; R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, *Ibid.*, 666 ss.; G. NAPOLITANO, *I modelli di pubblicizzazione e le prospettive dello stato amministrativo*, *Ibid.*, 655 ss.; A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, *Ibid.*, 641 ss.; ID., *Mario Nigro e l'impegno costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010, 10; E. CARDI, *I maestri della seconda metà del xx secolo: Mario Nigro*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, n. 2/2007, 539 ss.; G. MICARI, *Mario Nigro, il giudice amministrativo “signore della prova” e novellazione legislativa*, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 11/2005, 2471 ss. (lavoro, significativamente, non in onore di Mario Nigro, ma in cui il Maestro è presente sin dal titolo per l'attualità del suo insegnamento, a circa sedici anni dal suo pensionamento); F. PIGA, *Mario Nigro*, in *Foro amm.*, 1989, 473 ss.

lavoro, un profilo particolare dell'analisi che conduce sul sistema della giustizia amministrativa e sui suoi problemi, trattato con maggiore ampiezza nel saggio *“Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo”*<sup>3</sup>, al quale per questo guarderò in via prevalente, ma con richiami ad altri studi del nostro Autore. Si tratta della prospettiva affascinante data dalla funzione creatrice del giudice e quindi del rapporto fra giudice, amministrazione e legge<sup>4</sup>, che rinvia inevitabilmente alla comprensione della storicità della funzione giurisdizionale<sup>5</sup>.

Data l'ampiezza della materia, identificherò nel lavoro in questione alcune parole chiave<sup>6</sup> che segnano alcuni passaggi essenziali dell'impostazione di Nigro, ragionando del suo contenuto originale per svolgere poi alcune considerazioni sugli sviluppi della giurisdizione, ma sempre nella prospettiva privilegiata che conduce alla questione della funzione creatrice ed alle sue relazioni con il binomio certezza/incertezza del diritto.

## 2. Non solo giudicare ed amministrare. La funzione creativa del giudice

Mario Nigro si colloca in una posizione di confronto con le esperienze comparate e con altre scienze<sup>7</sup>, con la consapevolezza, già emersa nella dottrina italiana a cavallo fra '800 e

---

<sup>3</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1974, 1371 ss., poi in *Scritti giuridici in onore di S. Pugliatti*, II, Milano, Giuffrè, 1978, 993 e ss., infine in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, 1051 ss.

<sup>4</sup> Un momento già valorizzato da P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2015, che richiama l'indicazione contenuta, invece, in M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976. Osserva Nigro come *«l'opera creativa della giurisprudenza nella fissazione dei lineamenti della giustizia amministrativa vada attribuita non tanto e non solo alla insufficienza del diritto scritto quanto proprio alla storicità e problematicità di tale giustizia. Laddove un settore della vita quotidiana è dominato dall'incertezza e dalla instabilità è, per forza di cose, del tutto predominante»*. Tale prospettiva era comune, per taluni versi, a M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, ora in ID., *Scritti giuridici*, V (1963-1969), Milano, Giuffrè, 2004, 216 ss., pure citato da P. GROSSI, *Ibidem*, nella parte in cui riferisce *«delle vere e proprie scelte creative, delle costruzioni del sistema»* da parte della giurisprudenza, fino ad affermare che *«la costruzione imposta dalla giurisprudenza è ormai una costruzione normativa»* e conseguentemente, *«dobbiamo accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla giurisprudenza»*.

<sup>5</sup> Ed alle implicazioni in materia di divisione dei poteri, che resteranno sullo sfondo, dato l'oggetto selezionato. Sul tema, invece, efficacemente cfr. G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 3/2011, 965 ss., che sottolinea la centralità del tema della separazione dei poteri per comprendere sia la nascita che l'evoluzione della giurisdizione, procedendo in un'analisi serrata di questa specifica ed originale prospettiva e delle relazioni che essa ha con il permanere di modelli di tutela oggettiva e non solo e definitivamente soggettiva. Per una recente riflessione sul connesso problema, cfr. P. BONINI, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consultaonline*, n. 3/2022, 1114 ss.

<sup>6</sup> Con citazioni diretta fra virgolette basse.

<sup>7</sup> Cfr., al riguardo, la sorpresa espressa da P. GROSSI, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 3 ss., nel rinvenire in M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., II, 763 ss. un saggio, quasi monografico, sulla scienza dell'amministrazione nord americana. A parte l'evidente attenzione culturale verso altre scienze, Grossi osserva come si tratti di un lavoro, innanzitutto in chiave di attenta ricostruzione della riflessione frutto di «una palese arroganza di certa sociologia e politologia nordamericana che pretendeva di togliere ai giuristi la legittimazione a parlare in tema di “amministrazione”», alla quale Nigro si appropria in chiave innanzitutto di comprensione dell'avversa posizione e di autocritica, per poi procedere però ad una decisiva e non replicabile rivendicazione del ruolo del giurista, fondata sulla considerazione che la storicità del fatto amministrativo e dell'amministrazione è una storicità che dipende dalla sua giuridicità. Su tale prospettiva tornerò nel testo.

‘900<sup>8</sup>, che l’autonomia del diritto amministrativo come scienza è sorta dal contributo peculiare dovuto al formarsi del suo sistema di giustizia e dall’impegno della dottrina, entrambi condizionati dalla presenza di una legislazione disorganica, in genere di scarsa qualità, intervenuta in risposta a nuove e pressanti esigenze organizzative e funzionali in una materia che non aveva maturato una propria tradizione scientifica, priva di principi propri e di propri paradigmi, intendendo con essi l’insieme degli strumenti dogmatici necessari per quel costante movimento circolare che il diritto e la riflessione sul diritto deve compiere fra interessi concreti, norme e tutele<sup>9</sup>.

Nigro si muove agilmente all’interno di questo processo con ferma consapevolezza della funzione del diritto amministrativo e del ruolo dei principi (quelli nel frattempo acquisiti e quelli da rafforzare o ancora da indicare, comunque nella centralità della Costituzione<sup>10</sup>), con una sua speciale attenzione al profilo del rapporto fra interessi degli amministrati e interesse pubblico, quella stessa che emerge nell’essenziale contributo alla ricostruzione dell’interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale<sup>11</sup>, e lo fa, quando si occupa della giustizia, guardando al sistema nella sua dimensione storica, politica e sociale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico* (1889), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1954, 3 ss. La citazione, qui, di V.E. Orlando non deve fuorviare, in quanto, per quell’autore solitario e singolare che è stato Mario Nigro, i diretti ascendenti riconosciuti dalla dottrina, più elettivi che diretti, sono stati altri (cfr. S. CASSESE, *Gli «Scritti giuridici» di Mario Nigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 193; cfr. pure, sull’originalità del percorso accademico, F. PIGA, *Mario Nigro*, cit.). Per questo suo tratto A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, cit., lo paragona a Cammeo, lo colloca con questi fra i grandi come Orlando, Ranelletti e Santi Romano ed osserva come il suo referente remoto è piuttosto quest’ultimo Maestro.

<sup>9</sup> Cfr. la ricostruzione di questo profilo, nel più ampio contesto del contributo di V.E. Orlando in M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in F. APERIO BELLA - A. CARBONE - E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico: atti del Convegno del 1° marzo 2022 Università degli Studi Roma Tre*, Napoli, ES, 21 ss.

<sup>10</sup> Un’attenzione costante, con alcuni scritti dedicati direttamente a questioni costituzionali, cfr., M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; ID., *L’art. 113 della costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa (nota a C.d.S., IV, 27 luglio 1948, n. 351)*, in *Foro amm.*, 1949, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, 29 ss. ID., *Le norme - principio della costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, n. 4/1952, 169 ss.; ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, 109 ss.; ID., *Sull’efficacia delle norme direttive della costituzione (nota a C.d.S., V, 13 luglio 1951, n. 656 e C.d.S., VI, 2 maggio 1951, n. 208)*, in *Giust. Penale*, 1952, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, 139 ss.; ID., *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., II, 837 ss.; ID., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 162 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., III, 1843 ss. Per la speciale attenzione di Nigro alla Costituzione, Cfr. D. SORACE, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 33 ss.

<sup>11</sup> Noto il suo intervento innovatore in M. NIGRO, *Ma che cos’è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit. Sull’evoluzione della posizione giuridica soggettiva, per tutti cfr. F.G. COCCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>12</sup> Come mostrano le stesse introduzioni alle edizioni del suo manuale, ogni volta consapevole della mobilità della materia. Cfr. già la prefazione alla seconda edizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976. L’attenzione alla dimensione storica del diritto amministrativo è univocamente riconosciuta dagli studiosi che hanno avuto modo di proporre una riflessione su Mario Nigro, per tutti cfr. A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, cit. che, peraltro, segnala come l’inizio della riflessione sulla giustizia amministrativa possa essere individuato in M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953 (ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., 497ss.). In effetti, la riflessione ivi condotta parte, come Nigro stesso evidenzia nel lavoro poi ulteriormente sviluppato in quello ultimo citato, dalla necessità di come “gli atti sopra esaminati (...) presentano la caratteristica comune di essere degli atti amministrativi in qualche modo assimilabili agli atti giurisdizionali dal momento che l’assegnazione di essi alla sfera del diritto amministrativo sostanziale è avvenuta dopo qualche iniziale perplessità”, sicché sorge la necessità di individuare il relativo discrimine (innanzitutto la terzietà del giudice, d’accordo con Carnelutti), ma emergono anche i tratti comuni, come l’obbligo di motivazione e la procedimentalizzazione (M. NIGRO, *Sulle decisioni amministrative*, in *Il foro amministrativo*, 1950, ora in *Bilancio, comunità persona*, n. 2/2021, 175 ss., il passaggio citato è a p. 182). Procedimentalizzazione e partecipazione che rappresentano altro elemento indagato in maniera decisiva da Nigro, fino

*Judger l'administration, c'est oussi administrer*, questa è la massima da cui parte Mario Nigro per proporre subito una sua metafora, quella della «embricazione»<sup>13</sup> di giurisdizione ed amministrazione, un termine medico che indica le operazioni di rafforzamento, mediante sovrapposizione, di tessuti aponeurotici, cioè di quei tessuti membranosi che ricoprono i muscoli e sono destinati a garantire, essendo un'espansione dei tendini, l'attaccamento alla struttura ossea.

La metafora è, in tutta evidenza, rivolta a mostrare la presenza di più di una continuità funzionale, a tratti appunto di una sovrapposizione che vale a reciproco rafforzamento e reazione a patologie, ma non senza profili problematici. Una critica elegante, che coglie gli aspetti di tensione, al contempo dando spazio alla consapevolezza delle giustificazioni storiche e delle utilità, vere o presunte, che sottostanno alle scelte discutibili<sup>14</sup>.

L'embricazione – costituzionalmente riprodotta dalla sua dimensione storica dall'art. 100 Cost.<sup>15</sup> - emerge nel fatto che il Consiglio di stato è giudice e consigliere, è composto per sistema meritocratico ma anche con l'intervento governativo, ha un sistema di «evasione» ed è legato ad un «fenomeno di corpo»<sup>16</sup>.

Evasione è la possibilità di lasciare temporaneamente la posizione giudicante per svolgere altre funzioni, di consulenza, pur rimanendo nel corpo. Nigro lo vede come uno straripare del modello francese del *tour extérieu*<sup>17</sup>; coglie, tuttavia, prima l'utilità dell'istituto, poi guarda all'eccesso che è un effetto della nostra prassi.

L'essere Corpo è un carattere peculiare dell'organizzazione, che deriva da una «selezione severa»<sup>18</sup> e dalla condivisione della tradizione storica, del codice deontologico, di una filosofia della funzione, dall'autocoscienza della differenza rispetto al resto dell'amministrazione, dalla condivisione di un sistema anche di privilegi fra i quali ricadono la stessa modalità di nomina e la possibilità di evasione, con una unità di fondo alla quale contribuisce anche la progressione di carriera fondata sull'anzianità piuttosto che su altri criteri.

Vorrei soffermarmi brevemente sul valore della selezione e del codice deontologico, in quanto sono gli elementi che consentono di riequilibrare le questioni che pure oggi avvertiamo poter derivare dagli altri elementi che connotano il Consiglio di stato come corpo (l'embricazione, i diversi criteri di nomina e la possibilità di evasione, per richiamare

---

a renderlo il padre dell'evoluzione in tal senso, prima ancora dell'adozione della relativa disciplina normativa in Italia, come osserva R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, cit. (al riguardo cfr. pure E. CARDI, *I maestri della seconda metà del xx secolo: Mario Nigro*, cit.).

<sup>13</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 995, proprio in apertura.

<sup>14</sup> Sul ruolo critico di Mario Nigro nelle trasformazioni del diritto amministrativo cfr. G. NAPOLITANO, *I modelli di pubblicizzazione e le prospettive dello stato amministrativo*, cit.

<sup>15</sup> L'attenzione alla costituzione è stato anche impegno politico (cfr. A. MENICONI, cit.), oltre che scientifico, come riconoscono quanti si sono occupati della sua opera (cfr. in particolare A. SANDULLI, *Mario Nigro e l'impegno costituzionale*, cit.), che sottolineano anche il rapporto, ideale più che accademico, con il conterraneo Costantino Mortati.

<sup>16</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1001; 1004 ss.

<sup>17</sup> *Ivi*, 1003.

<sup>18</sup> *Ivi*, 1001.

quelli ancora maggiormente attenzionati da quanti richiedono una riforma delle giurisdizioni<sup>19</sup>).

La selezione e la deontologia possono garantire l'autonomia e l'indipendenza, giacché l'alta specializzazione, quale espressione di un sapere che poggia su conoscenze tecniche non comuni rende il magistrato autorevole, al tempo stesso lo espone ad un'*accountability* legata alla sua scienza, così ponendolo al riparo da pressioni estranee a tale sfera in quanto inidonee ad interferire con i relativi processi decisionali o a scalfire la fiducia nel suo operato. La condivisione del codice deontologico, peraltro anche essa visibile e misurabile, completa sotto il profilo individuale le garanzie di autonomia e indipendenza, manifestandosi come elemento ulteriore rispetto a quelle di carattere strutturale e funzionale che devono circondare la giurisdizione<sup>20</sup>.

Non intendo con ciò negare la problematicità del contesto, del resto lo stesso Nigro sottolineava come la Costituzione abbia lasciato al legislatore ordinario la definizione dell'indipendenza del giudice amministrativo, diversamente che per il giudice ordinario<sup>21</sup>, ma non c'è dubbio che si tratta dei parametri che hanno consentito la tenuta del sistema e che dovrebbero sopravvivere, quali principi, anche in un contesto di riforma, sebbene con forme e metodi applicativi variati ed implementati.

Nigro coglie anche i limiti, come dimostra il riferimento a due ulteriori caratteristiche della giurisdizione del Consiglio di stato, «estrema ambiguità»<sup>22</sup> e «conciliazione»<sup>23</sup>.

Gli elementi di tensione propri dell'essere corpo corpo consentono di definire ambigua la posizione del consiglio di stato. Un'ambiguità derivante dal fatto che si tratta del «miglior giudice possibile in un regime a diritto amministrativo»<sup>24</sup>, non potendosi offrire di meglio, per giudicare l'amministrazione, che utilizzare chi la conosce e ne è in qualche modo anche

---

<sup>19</sup> In quella lettura che divide le opinioni della dottrina ancora oggi sugli esiti della riforma Crispi, cfr. A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 814 ss., con sostenitori della soluzione adottata per la sua capacità non solo di offrire, ma anche di contribuire alla costruzione della tutela (cfr. in tal senso F. SAITTA, *È ancora attuale un sistema a doppia giurisdizione?*, in *Lexitalia.it*, 19 novembre 2018; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, ES, 2008) e di rappresentare un'espressione del pluralismo istituzionale (cfr. E. SCODITTI - G. MONTEDORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*). Per la tesi contraria, oltre alla bibliografia contenuta nei due lavori appena citati, cfr. R. GRECO, *L'indipendenza del giudice amministrativo tra falsi problemi e criticità reali*, in *Dir. e proc. amm.*, 27.09.2023; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015. Per una preferenza per la concentrazione davanti al giudice amministrativo anche della tutela dei diritti soggettivi perfetti, per restare nell'ambito dei tributi verso Mario Nigro, cfr. G. CRISCI, *Spunti in tema di giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, cit., I, 187 ss. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009 si interroga sulla dimensione ormai sovranazionale delle relazioni giuridiche, anche in senso ampio di diritto amministrativo, ritenendo evidentemente inadeguato il sistema della giustizia amministrativa, per la dimensione e per la funzione legata al territorio interno ed allo stato.

<sup>20</sup> È un problema da sempre avvertito quello approfondito in G. PIPERATA - A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, ES, 2012, 96 ss. Quanto agli strumenti indicati nel testo, il legislatore li ha fatti propri in altra materia estremamente delicata e di confine del diritto amministrativo, quello delle autorità indipendenti, cfr. gli scritti in G. AMATO (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997. Per una visione più ampia delle problematiche relative ai conflitti di interesse nell'economia di mercato, cfr. G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, che valorizza il dato morale individuale, fattore certamente parte della questione deontologica.

<sup>21</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 303.

<sup>22</sup> *Ivi*, 997.

<sup>23</sup> *Ivi*, 1026.

<sup>24</sup> *Ivi*, 997.

parte (qui traspare la radice della vicenda della IV sezione, nella sua storicità<sup>25</sup>). L'ambiguità si esprime però nella dimensione concreta, perché l'interesse del singolo è solo nei fatti che si distacca dall'astratta perfezione in cui l'interesse dell'amministrazione coincide con quello dell'amministrato, quell'astrazione che può ammettere che per entrambi si tratta di realizzare l'interesse obiettivo alla legalità. Così non è nella vita quotidiana, ed è quindi sul piano concreto che il Consiglio di Stato emerge nella sua ambiguità di parte dell'amministrazione, di consigliere e di giudice.

Ma è anche un'ambiguità in certo modo utile, perché consente di avere una critica dall'interno («*on object plus volontiers a soi meme qu'autrui*»<sup>26</sup>) e senza timori reverenziali, proponendo il Consiglio di stato come guida per l'amministrazione stessa ed al contempo facendogli assumendo il compito di realizzare il bilanciamento fra legalità ed efficienza. Il rilievo del relativo equilibrio, additato da Nigro, come tutti sappiamo è rimasto oggetto di discussione e su di esso è intervenuto più volte e con attenzione crescente il legislatore, attraverso riforme tese a dare maggiore risalto al secondo dei due principi<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Il riconoscimento della natura giurisdizionale, come noto, seguì con l. 7 marzo 1907, n. 62, anticipata dalle SS.UU. della Cassazione (sentenza 24 giugno 1891, *Laurens*, in *Giur. it.*, 1/1891, I, III, 181 e in *Foro it.*, n. 1/1891, 961, seguita dalle decisioni 24 giugno 1897, *Trezza*; 21 marzo 1893, *Società per le Opere Pubbliche del Mezzogiorno d'Italia*, in *Foro it.*, n. 1/1897, 1363 ed altre). Per le vicende che hanno portato all'evoluzione della tutela da amministrativa in giurisdizionale, F.G. SCOCA, *La scelta giurisdizionale*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2023, 4 ss.; AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004; cfr. pure la storica analisi di E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964 (II ed. riveduta) e le indicazioni sull'evoluzione giurisprudenziale alle pp. 94 ss., il quale parla di «un'interpretazione eversiva della legge Crispi e restrittiva» della legge abolitiva del contenzioso (p. 15). In effetti, già i primi attori della vicenda hanno letto le tendenze al posizionamento dell'attività del consiglio di stato nell'ambito dell'amministrazione, ritenendo che ciò potesse contribuire a consentire un effetto della riforma che incontrava ferme opposizioni (cfr. V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 1/1931, 410 ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, UTET, 1904, specie 512; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, 1905, specie 59). È nota la posizione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1042 ss., 1062, che originariamente negava la natura giurisdizionale della IV sezione ragionando sull'incapacità delle relative decisioni di passare in giudicato e sull'incompatibilità di configurare una supremazia del giudice sull'amministrazione nella distinzione fra i poteri, un'impostazione letta come fondata – così per l'analoga posizione di Santi Romano – sul timore che la tutela del consiglio di stato potesse essere appiattita su quella del giudice ordinario, con minore efficacia in favore del cittadino da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, ESI, 2018. Si trattò, volendo usare un termine caro a Giannini, di una «istituzione dell'ingerenza» (M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*, 1986, 8), tenuto conto del fallimento iniziale del percorso di giurisdizionalizzazione del Consiglio di stato.

<sup>26</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 997.

<sup>27</sup> Soprattutto dagli anni '90 dello scorso secolo. Per restare solo ad alcuni dei molteplici interventi normativi, basti ricordare l'evoluzione delle discipline del procedimento e delle semplificazioni, dell'invalidità, dei contratti pubblici, dei controlli di gestione negli enti territoriali, del pubblico impiego, delle società pubbliche. Il riferimento, naturalmente, è alla legalità amministrativa, quale limite interno ed esterno per l'amministrazione ed all'equilibrio con i costi che essa determina in termini organizzativi e di efficienza della risposta all'obbligo di cura degli interessi pubblici. Quello del rapporto fra legalità ed efficienza è un tema toccato anche da M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formule*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 1/1985, 162 ss., sotto il profilo del dialogo, senza possibilità di definitiva prevalenza, fra i tre modelli di amministrazione proposti dalla costituzione, quello dell'amministrazione servente rispetto al governo, quello dell'amministrazione come organizzazione distinta, quello dell'amministrazione nel disegno delle autonomie, creando una dialettica necessaria, ma estremamente complessa rispetto ai compiti assegnati (sul tema, proponendo anche tale sintesi del pensiero di Nigro, è tornato N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *Amministrazioneincammino*, 12 maggio 2017). Non è questa la sede per entrare nel merito della questione degli equilibri in esame, sempre attuale e trattata da ampia dottrina che sarebbe impossibile ricordare. Con una selezione naturalmente arbitraria dati i limiti di oggetto e spazio, ma almeno organizzata per interesse verso le particolari prospettive affrontate, cfr., per una visione a più autorevoli voci delle problematiche della materia, AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, 2008; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e*

Certo, non può negarsi che la duplice osservazione di una guida quasi interna e del legame fra giudicare e amministrare lascia emergere una forte criticità, non solo per chi ritiene necessario giungere ad una giurisdizione unica<sup>28</sup>. Non c'è dubbio che l'embricazione, così come l'attenzione all'interesse pubblico, diventano elementi problematici nel momento in cui sono riferibili alla cura degli interessi di una sola parte, l'amministrazione, e non anche del privato<sup>29</sup>. Il rischio paradossale è, come autorevolmente osservato, di imbattersi in una giurisdizione che, fattasi portatrice dell'interesse, lo ricostruisca a suo modo e quindi sconfini nel merito riservato all'amministrazione anche contro la volontà da quest'ultima di volta in volta manifestata<sup>30</sup>.

Se vista sul piano puramente effettuale, e quindi salvo critica del relativo assetto, questa dinamica, indubbiamente innegabile, ed il ruolo di miglior giudice possibile, costituiscono probabilmente la premessa di quella che definirei normalità della giurisdizione amministrativa rispetto al potere, che è premessa storicamente necessaria all'ulteriore sviluppo in direzione di una giurisdizione soggettiva che potrà inverarsi quando l'interesse legittimo sarà inteso (con l'apporto decisivo di Nigro) come altrettanto normale posizione

---

*amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004; per l'indagine sul rapporto fra risultato, semplificazione e principio di legalità, F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, ESI, 2000. Per prospettive specifiche, cfr. A. BATTAGLIA - S. BATTINI - A. BLASINI, "Burocrazia difensiva": cause, indicatori e rimedi, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2017, 1295 ss., per ragioni rese già evidenti dal titolo; R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI - M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La giuridificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2017, 445 ss., che si occupa proprio dell'emersione del principio anche in relazione al tema del presente lavoro; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare-Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 266, per una visione della legalità come prodotto relazionale delle dinamiche determinate dalle relazioni piuttosto che dai rapporti di competenza o gerarchia (in tal senso, cfr. pure A. RUGGERI nella costante impostazione di una serie di studi che è stata aperta con il primo volume "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91, Torino, Giappichelli, 1992, giunto al XXVI volume nel 2023); F. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001 che tratta un tema che si spinge ai confini del principio esplorando un istituto che può trovare la sua ratio anche nell'esigenza di colmare possibili vuoti nella cura di interessi da parte dell'amministrazione (sul medesimo tema. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.); F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005, per l'approfondimento delle ragioni che giocano a favore di una limitazione dell'applicazione del principio del risultato e che quindi devono essere considerate nel bilanciamento con quello di legalità; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «Amministrazione di risultato»*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, p. 63, per la prospettiva giureconomica; per una enucleazione del principio trattato, S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *GDA*, 2004; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, che avverte del rischio di uno scambio non ponderato fra legalità ed efficienza e si interroga su quale sia la giurisdizione più adeguata alla tutela delle relazioni giuridiche che sorgono nell'attività dell'ipotizzata amministrazione di risultato; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, anche in tal caso per l'evidenza dell'angolazione della riflessione.

<sup>28</sup> Pur esprimendosi per il mantenimento della giurisdizione amministrativa, solleva le questioni indicate nel testo F. SAITTA, *È ancora attuale un sistema a doppia giurisdizione?*, cit.; fra quanti auspicano una radicale riforma, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, cit.

<sup>29</sup> In tal senso, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, Giuffrè, 2005, 61 ss.

<sup>30</sup> A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, ES, 2013, 476. D'altra parte, come ciò possa concretamente avvenire è espresso chiaramente, per il caso della giurisdizione sul silenzio e sulle illegittimità non viziati, da E.M. MARENGHI, *Il processo senza modello fra tempo e tutela*, Giappichelli, Torino, 2004, 87 ss. Cfr. pure sul tema posto nel testo R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "Cavalieri dell'Apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss. (la metonimia si riferisce a servizio giustizia, ragionevole durata, abuso del processo); L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 293 ss.

giuridica sostanziale opponibile all'amministrazione<sup>31</sup> (peraltro il nostro studioso proporrà una visione ancora più ampia, cfr. oltre).

È lo stesso Nigro a definire irrazionale sul piano teorico voler comporre il dissidio fra l'essere giudice ed amministrare, la soluzione può aversi solo sul piano della prassi e viene raggiunta in forza di una «storicizzazione estrema»<sup>32</sup> delle vicende della suprema magistratura amministrativa e dell'opera di «conciliazione»<sup>33</sup> che essa realizza. La necessità di comporre l'ambiguità, trattandosi di un dato sostanziale e non ideale, pratico e non dogmatico, porta il Consiglio di Stato ad assumere una dimensione che è storicizzata, cioè a definire la propria posizione sul piano dell'esperienza che, come detto, è connotata dall'embricazione. Questo determina un'evoluzione che è scarsamente basata sulla mobilità della normativa, ma piuttosto su pochi principi cardinali: la guida c'è, ma lascia ampio spazio per giustificare sul piano sostanziale e casistico un'operazione di integrazione, di creazione di regole volte ad offrire una soluzione pratica che possa apparire giustificata in termini di risposta alla vicenda, per quanto non razionale se messa a sistema sul piano teorico. Si tratta di ridurre ad unità, meglio a compatibilità, a bilanciamento, il coacervo di prospettive ed altri interessi che la legalità sul piano concreto offre quando misurata sulla posizione dell'amministrato o dell'amministrazione. Questo, naturalmente, porta la funzione del G.A. su un piano che la rende anche in una buona misura autonoma rispetto all'evoluzione normativa (persino rispetto all'allora assente codice del processo, che pure Nigro fortemente auspicava<sup>34</sup>).

Il passaggio cruciale, a questo punto naturale e quasi necessitato, è la «creazione della regola», la funzione creatrice del giudice amministrativo, che Nigro ribadisce anche nella sua giustizia amministrativa<sup>35</sup>. Nel contesto della storicità e problematicità della giustizia amministrativa, «diventa umoristica la ricerca, per l'interpretazione, della volontà del legislatore» e spetta al Giudice «la identificazione della regola vigente (...) e questa identificazione innegabilmente, è, nella perplessità e polivalenza dei precetti scritti, vera e propria creazione della regola»<sup>36</sup>.

Per realizzare la composizione sul piano concreto di quella che solo sul piano astratto è una coincidenza dell'interesse alla legalità in capo ad amministrazione, privato e giudice amministrativo, quest'ultimo deve mettere insieme le sue doti e le sue funzioni (amministrare, consigliare, giudicare). Nigro accoglie l'ipotesi che quelle consultive e giurisdizionali non abbiano sostanziale diversità di natura<sup>37</sup>, ma va oltre le riflessioni di

<sup>31</sup> cfr. M. NIGRO, *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., *passim*.

<sup>32</sup> *Ivi*, 998 ss.

<sup>33</sup> *Ivi*, 1026.

<sup>34</sup> Cfr. M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, CEDAM, 1990, 17 ss. identifica nella stabilizzazione degli effetti virtuosi di giurisprudenza e dottrina la prospettiva della codificazione del processo. Al tempo stesso, ritiene necessaria una riforma che tenga conto del diverso ruolo che ha assunto nel tempo l'amministrazione, indicando chiaramente l'insufficienza del rimedio di annullamento e della giurisprudenza di legittimità. Cfr. pure su questi temi ID., *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, n. 5/1978, 166 ss.

<sup>35</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., prefazione, p. 7.

<sup>36</sup> ID., *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1015.

<sup>37</sup> Richiamando i dubbi di G. LANDI, *Rapporti fra funzione consultiva e giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1960, 826 ss, e le convinzioni di S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Il Consiglio*

quanti lo avevano preceduto. Le tesi sull'unità della funzione non abbracciavano la funzione amministrativa che, invece, riconosce individuandone la natura e le radici. Inoltre, rispetto alle ipotesi che rinvenivano la giustificazione dell'unità nella neutralità della funzione consultiva e quindi nella tendenziale giurisdizionalizzazione di tutta l'attività, Mario Nigro individua una diversa ragione. Osserva, infatti, che è in realtà l'attività di creazione del diritto amministrativo a fare da comune denominatore per le funzioni del Consiglio di Stato, un'attività che in realtà non è comune a tutta la funzione giurisdizionale del medesimo giudice. I membri del Consiglio di Stato devono avere proprio questa capacità, trasversale alle loro funzioni, «creare di giorno in giorno, con piena aderenza alle concrete situazioni di fatto e mediando incessantemente la tutela degli interessi dello Stato nei confronti dei cittadini e di quelli dei cittadini nei confronti dello Stato, le regole di disciplina dell'azione amministrativa, il diritto amministrativo»<sup>38</sup>.

È questa una chiave di lettura autonoma, anche rispetto al riconoscimento del ruolo creativo del Giudice amministrativo proposto da altri Maestri, come M.S. Giannini<sup>39</sup>, che pure identifica la natura di diritto positivo vigente dell'attività giurisdizionale, o, ancor prima, da V.E. Orlando, che ne lega la necessità al deficit qualitativo e quantitativo della normativa positiva, ma anche alle esigenze di una nuova materia (e di una nuova scienza) che deve individuare i propri paradigmi<sup>40</sup>. Credo, infatti, che Nigro, nella storicità della ricostruzione, razionalizza che il collante delle funzioni, ma anche della possibilità della conciliazione, è nel prodotto creativo della giurisprudenza perché esso dovrà trovare applicazione da parte di tutti e tre i soggetti coinvolti nella dinamica processuale, il giudice (per l'autovincolo derivante dal precedente), il privato (a tutela dei propri interessi, in una giurisdizione pretoria), l'amministrazione (per la quale la sottoposizione alla legge viene declinata in termini di soggezione al diritto vivente costruito dalla giurisprudenza).

Creazione del diritto, tuttavia, non sempre e non comunque.

La funzione creatrice del diritto è collocata all'interno delle questioni di tecnica e di metodo, la tecnica intesa come «universo di strumenti» - con J. Habermas, M. Weber -, il metodo invece, su un rapido accenno cartesiano, come «procedimento di ricerca, di elaborazione e di esposizione di un pensiero»<sup>41</sup> nel dialogo con gli autori d'oltralpe a lui cari (Gaudemet, Lautornerie, Geny).

Centrale è la distinzione fra «metodo giurisdizionale» e «metodo giurisprudenziale», che lascia emergere la diversità dell'impegno sapienziale necessario a dirimere soltanto una lite

---

*di Stato, Studi in occasione del centenario*, Roma, IPS, 1932; l'indicazione dei presidenti A. PAPALDO, *La IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. Amm.*, 1956, 5; C. BOZZI, *Relazione al presidente del consiglio dei ministri sull'attività svolta dal Consiglio di Stato nel 1966*, in *For. Amm.*, n. 3/1967, III, 325 ss., ma entrambe nel riferimento alle funzioni consultiva e giurisdizionale.

<sup>38</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1007.

<sup>39</sup> Ad esempio, la nozione di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522, che non solo fa riferimento alle scelte creative, ma riconosce un ruolo di legislatore, nel momento in cui vi legge «una costruzione normativa» da «accettare come diritto positivo vigente».

<sup>40</sup> Cfr. la ricostruzione di M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, cit.

<sup>41</sup> I riferimenti nel testo sono tutti in M. NIGRO, *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1009.

(appunto, l'attività giurisdizionale) da quello volto, invece a «dar vita ad una nuova regola»<sup>42</sup>, a fronte di particolari difficoltà di decisione (attività, quest'ultima, giurisprudenziale).

L'attività giurisprudenziale discende dal contesto normativo ed ordinamentale, dalle tensioni che derivano dalle esigenze dell'applicazione concreta; essa non è ordinaria e richiede un'attenta individuazione dei casi in cui tale opera si rende necessaria.

In ciò emerge una peculiarità del giudice amministrativo, che è legata principalmente a due fattori, da un lato la necessità di confrontarsi con un potere spesso discrezionale e dall'altro l'assenza di un apparato normativo adeguato a consentire il controllo dell'attività discrezionale<sup>43</sup>. In tale contesto, si delinea una diversità di metodo e tecnica del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario<sup>44</sup>. È diverso, infatti, il percorso del ragionare per giungere al risultato legato alla funzione, espresso dall'abbandono del sillogismo per entimema<sup>45</sup> per preferire invece il ricorso agli «*standar*»<sup>46</sup>, ovvero alle figure sintomatiche ed ai principi, essi stessi, pur nell'attenzione ai limiti normativi, costruiti dal giudice amministrativo.

Mi ha molto colpito l'utilizzo del termine *standard* rispetto ai riferimenti al modo di operare del Consiglio di Stato. Era un termine che mi era apparso particolarmente utile a descrivere l'atteggiarsi del reale rispetto alla perdita della centralità del principio di legalità in forza del mutato contesto sociale e costituzionale<sup>47</sup>. Questo termine sembra, infatti,

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> In ciò un punto di contatto con la riflessione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, sul rapporto fra discrezionalità e legge, connotato dalla legittima ricerca di soluzioni compatibili con la norma. Se amministrare è già giudicare (cogliendo l'essenza del bilanciamento di interessi nell'attività discrezionale, cfr. G. TROPEA, *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit.), la giurisdizione amministrativa deve trovare le regole sulla compatibilità e proprio quando individua uno spazio non disciplinato dal legislatore inevitabilmente crea la regola.

<sup>44</sup> Nigro mostra un costante dominio del processo civile, elemento certamente necessario per un'ampia visione di quello amministrativo, come osserva A. ROMANO, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 23 ss.; peraltro, è stato un raro esempio di studioso di diritto amministrativo accettato e stimato dalla dottrina processualcivile, come nota A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, che lo assimila per questo tratto a Cammeo. Cfr., oltre al sempre ineludibile volume sul processo ed a partire dai lavori monografici, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960; ID., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980; ID., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 683 ss.; ID., *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss.; ID., *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, n. 5/1978, 166 ss.; ID., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 410; ID., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, n. 5/1983, 251 ss.; ID., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *For. it.*, n. 5/1985, 121 ss.; ID., *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, cit.

<sup>45</sup> Per l'argomentazione giuridica, non solo per l'entimema e la logica aristotelica, cfr. C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979, e poi ID., L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 2011, con introduzione di N. BOBBIO; M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, Il Mulino, 1999. Sull'argomentazione della decisione e sulla prova, di recente e per maggiori indicazioni bibliografiche, S. PATTI, R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>46</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1011.

<sup>47</sup> La ragione è che lo *standard* è il motivo famoso oggetto di eterne rielaborazioni, ma sempre riconoscibile nella sua originalità in quanto richiama sentimenti individuali radicati; ovvero è il vessillo, attorno al quale ci si sente appartenenti ad un'unica tradizione, ad un unico tempo, ad un'unica storia, radicata nell'individuo al di là delle appartenenze contingenti, anche se è l'autorità di chi ne è portatore a giustificare il cambiamento e l'accettabilità della evoluzione dei contenuti rispetto all'origine, al principio. Su tale base si innesta la funzione critica dello *standard* rispetto alla norma giuridica, persino rispetto a quelle norme che, come i principi, con il loro eccesso di contenuto assiologico riescono a generare altre norme; lo *standard* richiama l'idea di metro di giudizio, di misura media, di ragion pratica, ma secondo un processo di revisione critica e di valutazione della sua attualità, praticabilità, accettabilità che è tipicamente sottratto alle norme, persino a quelle norme alle quali si può decidere di aderire o non aderire. Per tali considerazioni,

maggiormente idoneo a definire tali dinamiche, in quanto ha capacità evocativa di una duplice funzione, quella critica<sup>48</sup> e quella di richiamo a valori comuni in termini di risultato finale di un'elaborazione e di un'interpretazione dovute ad un'autorità riconosciuta<sup>49</sup>.

Il problema, di fronte ad un'interpretazione per *standards*, è la direzione del riconoscimento e dell'applicazione del principio che, certamente, nell'evoluzione della giurisdizione ordinaria è accettabile purché radicata in una visione solidarista e di attuazione del disegno costituzionale dell'uguaglianza sostanziale, che è la giustificazione stessa della delega di sovranità effettuata dal popolo ovvero dei modi e dei limiti di esercizio previsti in costituzione<sup>50</sup>.

L'analisi di Nigro mostra come per il giudice amministrativo questa non sia sempre l'unica attenzione nella sua attività di significativa mediazione rispetto all'interesse pubblico, ma in questa sua dimensione storicizzata in cui lo spazio creativo è ampio sia per il contesto che per l'effetto, non mantiene libertà piena, perché c'è comunque un riferimento dato da norme e principi. D'altra parte, la mediazione, anche quando usa i parametri di riferimento solo quale occasione per scorgere la necessità di cambiamento, produce spesso effetti significativi in direzione del crescere delle tutele se, guardando ai nostri giorni, possiamo ammettere che gli stessi contenuti normativi, anche di principio, sono cresciuti per quantità e qualità in parte rilevante proprio grazie ad una dinamica circolare nella quale è coinvolto il legislatore, che è stato attore di un meccanismo di consolidamento, sostanzialmente raccogliendo periodicamente i risultati dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (nel senso creativo di cui si è detto)<sup>51</sup>.

La crescente specializzazione del giudice amministrativo, in ogni caso, lo spingeva a lavorare non soltanto sul rapporto – come pure si chiede oggi<sup>52</sup> – ma soprattutto sull'atto,

---

sia consentito il rinvio a D. D'ALESSANDRO, *Legalità, certezza del diritto ed effettività della tutela*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, 359.

<sup>48</sup> cfr. E. PATTARO, *Aspetti etici del concetto di standard giuridico*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del 900*, Milano, Giuffrè, 2000, 115 ss., che affronta il tema anche sotto il profilo del rapporto con l'etica.

<sup>49</sup> Cfr. F. INNAMORATI, note della traduttrice in D.J. CALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>50</sup> Centrali le riflessioni di L. Ferrajoli, che qualifica i diritti fondamentali, compresi i diritti sociali come “frammenti di sovranità popolare in capo a tutti e a ciascun cittadino” (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2007, t. II, 12); per come a ciò sia servente l'impostazione del disegno delle autonomie, cfr. C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954. Come osserva E. CHELI, *I fondamenti dello stato costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006, 262 ss., 269, costituisce carattere proprio dello stato democratico e costituzionale il fatto che l'iniziale affermazione del frazionamento della sovranità in capo al singolo cittadino tende poi ad aggregarsi in una dimensione pluralista, sia nella società che nelle istituzioni, facendo perdere il primato allo stato stesso ed assegnando il ruolo ordinatore alla costituzione. In questa dimensione costituzionale, in termini di valorizzazione di una sovranità che non promana più dallo stato, decisiva anche la lettura di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM, 1996.

<sup>51</sup> M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, cit., inquadra la codificazione del processo in una funzione di stabilizzazione degli effetti virtuosi di giurisprudenza e dottrina. Tale profilo è fatto proprio da P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, specie 51 ss.

<sup>52</sup>cfr., nell'ampio dibattito, F. APERIO BELLA, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania. Vol. I*, Napoli, ES, 2023; ID., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, ES, 2017; B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in *Federalismi.it*, 8.2.2023; L. FERRARA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, in AA. VV., *L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cernilli Irelli*, Torino, Giappichelli, 2021, I, 83 ss.; C. CUDIA (a cura di),

meglio sul provvedimento, meglio ancora sul potere<sup>53</sup>, per quanto in una maniera particolare, che, del resto, è perfettamente coerente con il tipo di apparato normativo che il Consiglio di Stato contribuiva a realizzare e con il quale interloquiva. Ma nella sua evoluzione, per Nigro non c'è ragione di una separazione concettuale, perché la realtà si dimostra presto molto più complessa, emergono interessi rispetto ai quali non c'è più né rapporto né atto (com'è per gli interessi diffusi), sicché «l'oggetto del processo nei nostri casi è, tipicamente, l'esercizio del potere, l'accertamento del corretto modo di esercizio del potere. Questo è poco e generico, ma è quanto di sicuramente esatto possiamo affermare»<sup>54</sup>.

Si tratta di cambiamenti che, per un'ottimale tutela, devono avvenire insieme nel giudice e nell'amministrazione<sup>55</sup>, emergendo, come è stato osservato, una costante attenzione al fatto che senza organizzazione non può esserci tutela degli interessi e che tale elemento costituisce il fondamento delle moderne democrazie<sup>56</sup>, allo stesso modo in cui non c'è diritto sostanziale senza processo<sup>57</sup>.

Negli effetti, gli schemi concettuali del Consiglio di Stato sono destinati a modificare e conformare la realtà, tanto più che si pongono come un antecedente dell'azione amministrativa, non solo nell'attività creativa ed in quella di consulenza o di evasione, ma anche con la sentenza, in quanto essa è pur sempre diretta a conformare, appunto, la futura azione della PA.

---

*L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione. Atti del secondo colloquio fiorentino di diritto amministrativo Firenze, 13 maggio 2019*, Torino, Giappichelli, 2020; G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, ES, 2017, 27 ss.; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>53</sup> Una posizione dalla quale il giudice amministrativo ha difficoltà a distaccarsi, nonostante le aperture come quella di Consiglio di st., A.P., 23 marzo 2011, n. 3, cfr. Consiglio di st., IV, 04 agosto 2022, n. 6899; *Id.*, 05 maggio 2021, n. 3517 (anche se con conclusioni o argomenti che in realtà lasciano trasparire l'impatto della diversa visione). Cfr. però la netta affermazione di Consiglio di st. 29.11.2023, n. 10245 «da tempo la giurisprudenza ha dato atto della trasformazione del processo amministrativo “da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata» (Adunanza Plenaria, 2011, n. 3). La dimensione più ampia, preconizzata da Nigro, può leggersi nell'ancora molto problematica messa a punto della tutela in materia di autorità indipendenti o in materia ambientale o di pianificazione, con criticità che derivano anche, come aveva intuito Nigro, da una non soddisfacente configurazione, a monte, della pubblicità e dei diritti di partecipazione.

<sup>54</sup> Cfr. M. NIGRO, *Esperienze e prospettive nel processo amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1981, ora in *ID.*, *Scritti cit.*, 1451 ss., 1463, in cui l'analisi è fondata sui problemi della giustiziabilità di interessi diffusi, programmi ed indirizzi, fatti organizzativi. Sugli interessi diffusi tornerà in *ID.*, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro italiano*, n. 1/1987, 7 ss.

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> E. CARDI, *I maestri della seconda metà del xx secolo: Mario Nigro*, cit.

<sup>57</sup> È un'altra lezione che si ricava dagli scritti di Mario Nigro, cfr. in tal senso A. ROMANO, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 25. Significativamente, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, studi*, vol. VII, Firenze, Firenze University Press, 2016, Nigro è visibilmente uno fra gli studiosi più richiamati.

Si aggiungono fattori ancora legati alla storicizzazione del giudice amministrativo, cioè alla sua tradizione, al suo sentirsi un po' legislatore per l'attività di consulenza, un po' amministratore per il suo inserimento nell'organizzazione attraverso l'evasione (quindi con partecipazione anche alle attribuzioni di normazione secondaria<sup>58</sup>). Nigro parla, in tale contesto, di mancanza di timori reverenziali verso il legislatore o verso l'amministrazione.

Pur essendo, comunque, presenti limiti anche normativi e principi costituzionali, e pur registrando una forte attenzione del G.A. per la ricerca del dato positivo, tuttavia sotto il profilo della creazione del diritto è ulteriormente significativo che l'effetto di tutto lo sforzo – mi pare di poter dire, sia giurisdizionale che giurisprudenziale – sia diretto a realizzare «un compito paralegislativo»<sup>59</sup>, che il Consiglio di stato pone quale «delegato-nato» del legislatore<sup>60</sup>, che non solo registra i dati provenienti dalla realtà, non solo ne fa applicazione, ma interpreta tali dati (che, pertanto, non fungono da dati grezzi) e li utilizza per modificare e conformare la realtà (e dunque l'azione amministrativa). Il tutto, in un'attività connotata da segretezza, imprevedibilità, aristocraticità, un giudice isolato, con «il segreto, dunque, (che) è la serra in cui sboccia l'ibrido fiore della conciliazione fra amministrazione e giurisdizione»<sup>61</sup>.

Nigro non dà, fin qui giudizi, ma descrive condizioni oggettive che in sé consentono al lettore di inventare, nel senso proprio latino del trovare, la ragione per un giudizio sulla funzione storicizzata del giudice amministrativo.

In una parte della riflessione in cui cresce l'atteggiamento critico, è individuata una «filosofia del GA» che esprime una «politica amministrativa»<sup>62</sup>, pur restando dubbio se ciò lo conduca a diventare un vero e proprio contropotere, cioè ad opporsi agli altri e a lavorare per l'inveramento di un risultato voluto. Un giudizio sospeso solo su quest'ultimo profilo, perché la posizione di Nigro, definita la filosofia politica amministrativa del Consiglio di stato, diventa, si diceva, più netta nel riflettere sugli effetti e sul realizzarsi della conciliazione di libertà ed autorità.

Di tale filosofia individua senza dubbi il carattere liberale e pragmatico in risposta all'esigenza di adattamento ad una realtà mutevole e problematica, ma non esita a sottolineare come «la mediazione è sviluppata sotto il segno del “senso dello stato”»<sup>63</sup>. Si tratta di un momento qualificato di «rottura»<sup>64</sup> del metodo della conciliazione, tanto più perché per il Supremo giudice amministrativo lo stato è l'amministrazione e, soprattutto, l'amministrazione centrale, in un processo definito di «transustanziazione» che riduce, appunto, l'interesse dello Stato a quello dell'amministrazione<sup>65</sup> e poi di «coincidenza»<sup>66</sup>, giacché appartiene a tale filosofia il ritenere che l'interesse generale non sia distinto da quello

<sup>58</sup> Sappiamo oggi anche degli interventi rispetto alla normativa primaria.

<sup>59</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1019.

<sup>60</sup> Qui M. NIGRO, *Ibid.*, 1018, utilizza l'espressione di B. GENY, *De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif*, in *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, 277 ss.

<sup>61</sup> M. NIGRO, *Ibid.*, 1020.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

dell'amministrazione. Se, quindi, l'elemento focale della filosofia del Consiglio di Stato è la conciliazione operativa fra interessi dell'autorità e garanzia della libertà e per quanto essa si fondi sulla teoria della coincidenza dell'interesse, si è di fronte ad una contraddizione che si perpetua anche sul piano concreto<sup>67</sup>.

Il Maestro, infatti, sottolinea che la coincidenza dipende dal punto di vista dell'amministrazione, dalle sue scelte, da ciò che essa «*ritiene ed afferma*» essere interesse primario; è *tranchant* quando aggiunge che il riferimento ad «un interesse “generale”, “obiettivo”, è solo una formula che copre una diversa realtà»<sup>68</sup>.

Per collocare storicamente il rilievo di tali critiche, che esprimono un condivisibile sostanziale rifiuto della coincidenza fra interesse pubblico generale e interesse dell'amministrazione, è utile ricordare come alla fine degli anni sessanta Berti proponeva la sua ricostruzione dell'amministrazione, nella prospettiva indicata da Benvenuti, come espressione della società<sup>69</sup>. Nigro sembra, quindi, misurare il ruolo del consiglio di Stato in un momento di passaggio, dall'opposta concezione dell'amministrazione come potere a quella dell'amministrazione come funzione e risultato, e ne individua i limiti.

Nota come la filosofia del Consiglio di Stato, prodotto dell'embricazione, finisce con l'attribuire la prevalenza alla visione della P.A. ogni volta che nel bilanciamento pubblico privato appaia una sostanziale parità derivante, evidentemente, dalla difficoltà di individuare regole o ragioni di prevalenza. L'impatto, in termini dichiaratamente patologici, è un *self restraint* – all'epoca dell'analisi - in temi quali l'estensione dell'obbligo di motivazione o l'espropriazione per pubblica utilità (rapporto fra sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità e legittimità dell'atto di esproprio) o ancora in tema di prove, di provvedimento cautelare, di silenzio rigetto. La ragione per cui tali pretese non riescono a trovare spazio attraverso la giurisprudenza amministrativa è lucidamente identificata in una concezione monistica dell'amministrazione e nel rifiuto della visione pluralista che il loro accoglimento avrebbe comportato.

Si tratta, peraltro, di questione che non ha perso interesse, se si pensa ai temi di confine della motivazione degli atti generali, di quelli normativi, delle valutazioni concorsuali e soprattutto della tecnica di valutazione della sufficienza della motivazione e della riedizione del potere. A quest'ultimo proposito, pur registrando l'enorme progresso da parte del consiglio di Stato, residui di tale filosofia possono scorgersi anche nella materia dell'espropriazione che, pur nell'eccezionale evoluzione legata anche all'intervento della Corte costituzionale e della Corte EDU, tuttavia ha visto una definizione dei confini della giurisdizione legata evidentemente ad una filosofia di massima espansione del giudizio sul

---

<sup>67</sup> Nigro individua, in particolare, nella teoria di Piccardi la piena teorizzazione della coincidenza fra l'interesse generale e quello della pubblica amministrazione (cfr. L. PICCARDI, *La distinzione fra diritto ed interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato, studi in occasione del centenario*, cit., II, 115 ss.).

<sup>68</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di Stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1029.

<sup>69</sup> In tal senso cfr. U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Ritorno al diritto*, n. 5/2007, 71 ss. Cfr. le riflessioni di G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1861 ss. D'altra parte, Mario Nigro rifletteva su tale evoluzione sotto la specifica angolazione del rilievo della partecipazione e della procedimentalizzazione dell'attività.

potere fino a spingerla anche ai casi in cui il relativo esercizio è difficile da distinguere rispetto all'attività di mero fatto.

Il fatto è che il «giudice amministrativo» (nota: qui Nigro non fa più riferimento al Consiglio di Stato soltanto) predica e pratica una dimensione monistica dell'interesse pubblico caratterizzata dal ritenerne portatori, ad un tempo, l'amministrazione, i cittadini, il giudice, sicché quando questi decide è, insieme, «giudice e parte»<sup>70</sup>.

La critica di Nigro a tale concezione monistica è sempre al contempo una critica alle posizioni che la manifestano, come il rifiuto al diritto di accesso procedimentale, o le limitazioni alla legittimazione processuale, che affronta con riferimento agli interessi diffusi. Una problematica risalente, quella delle legittimazione processuale, che anche oggi mantiene una sua connotazione problematica proprio per le ragioni della filosofia delineata, basti pensare alle tensioni nell'applicazione della partecipazione in processi decisionali che riguardano l'ambiente eppure dovrebbero essere connotati, secondo la disciplina internazionale, da forti aperture verso la considerazione del carattere viziante dell'omessa pubblicità<sup>71</sup>; o al persistente rifiuto del rilievo dell'interesse alla qualità dell'insediamento abitativo per qualificare, in uno alla *vicinitas*, l'interesse ad agire in materia urbanistica<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1035.

<sup>71</sup> Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 17 luglio 2023 n. 602, in materia di pubblicità legata alla realizzazione di impianti di telefonia mobile. Pur essendo questione diversa, ma comunque connessa al tema della visibilità dell'azione attraverso accesso e pubblicità, è utile qui segnalare che il Maestro è stato un sostenitore dell'istruttoria pubblica in materia di esecuzione di opere capaci di incidere in modo significativo sul territorio, cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 14 ss. In proposito cfr. P. MUSACCHIO, *L'evoluzione del diritto di accesso nel nostro ordinamento (in memoria di Mario Nigro)*, cit., 19, che richiama anche T. BONETTI, *La partecipazione strumentale, Seminario giuridico dell'Università di Bologna, CCCXV*, Bologna, BUP, 2022, 205 ss.

<sup>72</sup> In tal senso Consiglio di st., A.P., 9 dicembre 2021, n. 22. Sul rilievo di tale peculiare aspetto, ma con valutazione complessivamente positiva del percorso dell'Adunanza Plenaria, F. TESI, *"Vicinitas", tra tutela proprietaria e interesse alla «qualità dell'insediamento abitativo»*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2022, 445 ss. In realtà, la considerazione espressa nel testo è motivata dal fatto che l'A.P. richiama, come criteri già sufficientemente ampi, quelli relativi alla qualità dell'ambiente ed alla tutela della salute, ma poi richiede al terzo la prova di come tali eventuali lesioni rechino danno alla sua sfera giuridica, con l'effetto di porre in realtà non un ampliamento, ma piuttosto un doppio filtro rispetto alla garanzia dell'interesse alla qualità dell'insediamento, che consente facilmente al giudice amministrativo di condurre un'analisi comparativa di interessi privati bilanciati, spesso, a favore dei poteri economici, come dimostrano sotto questo profilo le vicende legate alla localizzazione dei ripetitori per la telefonia mobile e la trasmissione dei dati via etere (cfr. TAR Lazio, Roma, 17 ottobre 2023 n. 15328). Cfr. pure L. FERRARA – G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2023, 303 ss., per una decisione, sottoposta a vaglio critico, che esclude la tutela in sede amministrativa se è stata ottenuta quella in sede civile; G. PANATTONI, *La "vicinitas" è di per sé idonea a fondare la legittimazione al ricorso?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2022, 617 ss., che coglie nella sentenza profili di contrasto fra la visione oggettiva e quella soggettiva della giurisdizione amministrativa; B. GILIBERTI, *"Vicinitas" e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.*, n. 2/2022, 168 ss., che pone il problema nella diversa prospettiva del titolo e riflette sulle difficoltà che attraversano anche la legittimazione degli enti esponenziali in presenza di conflitti fra associati ed associazione e fra associazioni. Nella dimensione della *vicinitas* quale fondamento della legittimazione in materia ambientale, cfr. B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2020; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Roma, FrancoAngeli, 2018; cfr. pure sul nesso fra partecipazione e tutela, S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, Giuffrè, 2000. Per una lettura nella prospettiva dell'art. 118, IV co., Cost., cfr. F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, 413 ss., il quale evidenzia come l'operatività della sussidiarietà orizzontale, facendo venir meno l'esclusività della cura da parte dei soggetti pubblici dell'interesse generale, ha l'effetto di determinare l'implementazione della legittimazione alla tutela degli interessi diffusi (anche) in materia ambientale; in maniera analoga, con diverse argomentazioni, cfr. P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale*

Una imparzialità anomala, dunque, quella del giudice amministrativo, i cui poteri inquisitori rappresentano, piuttosto che uno strumento di parificazione delle parti, un mezzo per implementare la funzione rivolta ad individuare e guidare il giusto e vero interesse dell'amministrazione.

Non mancano «slittamenti» in direzione di una prevalenza dell'interesse del privato, ma ciò avviene in due macroaree: da una parte quelle che Nigro definisce rotture «pietose», «assistenziali»<sup>73</sup> (i casi individuati riguardano la materia della ripetizione dell'indebito verso dipendenti o il recupero degli immobili di proprietà pubblica quando si tratta di esigenze private legate alla prima abitazione). Dall'altra, le rotture legate, invece, al rapporto con il mondo dell'economia (artt. 41 e 42 Cost). In quest'ultimo ambito, è ritenuta da Nigro assai indicativa la giurisprudenza che ha relegato il CIP in posizione non di regolatore ma di notaio dell'andamento dei prezzi, con ciò ritenendo che essi siano di derivazione dal mercato e non governabili dalla politica; o ancora il caso delle licenze di commercio (il rifiuto è l'eccezione). Ancora più ampia la casistica inquadrabile in tale dimensione in materia urbanistica: il rifiuto di catalogare i vincoli della pianificazione come strumenti di riconoscimento di elementi conformativi interni anziché esterni alla proprietà, problema ancora persistente<sup>74</sup>; la “sentenza del chiunque”<sup>75</sup>, o la collocazione dell'allora licenza edilizia nelle normali facoltà proprietarie (visione poi consolidata e rafforzata). Si tratta di una filosofia che tende a ridurre alla relazione proprietaria gli interessi dei privati in materia urbanistica (quando la Cassazione già parlava di partecipazione dei proprietari alla realizzazione dell'assetto urbanistico, cfr. Cass. 2906/1969). Insomma, una lettura in cui l'amministrazione ha la funzione di bilanciare l'interesse contrapposto di più proprietari, rimanendo sullo sfondo l'interesse pubblico.

Nel quadro delle avvertite difficoltà legate sia alla mancanza o alla scarsa qualità di parametri normativi, sia alla inconciliabilità teorica dell'operazione di conciliazione, il «formalismo» diventa un altro strumento per semplificare sul piano pratico l'opera e risparmiare la più faticosa e complessa attività giurisprudenziale. Ciò si esprime, per Nigro,

---

*tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688 ss. Cfr. pure L.A. SCIALLA, *Il complesso rapporto tra responsabilità ambientale e legittimazione ad agire. Una visione comparata*, in *Dpceonline*, n. 5/2018, 981 ss. In chiave comparata, utile l'interrogativo di L. GIROUX, *L'intérêt a poursuivre et la protection de l'environnement en droit québécois et canadien*, in *Revue de droit de McGill*, n. 2/1977, 292 ss. nei seguenti termini «*On se trouve alors devant un dilemme en apparence insoluble. Si le ministre accorde une autorisation illégale, qui d'autre que lui a l'intérêt requis pour en demander la nullité puisqu'un simple usager du parc n'a pas un intérêt spécial et distinct de celui des autres citoyens?*» (p. 296, in nota), impostazione condivisa da M. BÉLANGER, P. HALLEY, *Acces a la justice pour protéger l'environnement au Québec: réflexions sur la capacité a agir des particuliers et des groupes environnementaux*, in *Ibid.*, 5 gennaio 2018, in riferimento al dibattito sulla legittimazione ad agire in materia ambientale in Québec.

<sup>73</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1036.

<sup>74</sup> Sulla distinzione fra vincoli urbanistici e vincoli morfologici o ricognitivi e sul progressivo ridimensionamento dei primi ad opera della giurisprudenza (specie di quelli sostanziali, ma anche di quelli strumentali, c.d. localizzativi e di rinvio), cfr. P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2023, 266 ss.

<sup>75</sup> Consiglio st. 9 giugno 1970 n. 523, in *Foro it.*, 7-8/1993, 201 ss. che ammette la legittimazione della moglie del proprietario rispetto ai provvedimenti urbanistici che ledano gli interessi fra confinanti. È indicativo che tale decisione si inseriva in un dibattito con ampia ed autorevole dottrina che sosteneva l'ampliamento in direzione di un'azione popolare della tutela in materia di illeciti edilizi, cfr. F. SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Lexitalia*, nn. 7-8/2007. L'adunanza plenaria cit. in nota precedente sembra arretrare da tale visione per ricollocare la questione in un ambito meramente privatistico.

in una «fedeltà burocratica» al precedente<sup>76</sup>, nell'attenzione alle forme procedurali o processuali, nella tipizzazione dei comportamenti amministrativi (l'esempio proposto è quello delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere).

Qui le forme diventano lo strumento per lasciare che vinca la parte più ligia a regole che, comunque, sono comuni ad entrambe.

Conclude Mario Nigro che, nonostante tale dinamica, la filosofia del giudice amministrativo è una filosofia coerente con l'anima liberale<sup>77</sup>, che conduce il Consiglio di stato a definire una mappa delle aree a prevalente interesse privato e delle altre a prevalente interesse pubblico, mantenendo comunque una funzione di conciliazione e mediazione anche attraverso questo primo strumento di *screening*.

### 3. Prospettive. Giurisdizione, creazione giurisprudenziale, ruolo dell'incertezza

Mario Nigro sulla giurisdizione amministrativa propone una riflessione aperta, critica, che culmina nell'ultima sua lezione universitaria nel dubbio sulla sua attualità<sup>78</sup>, al contempo segnando con riflessioni serrate il confronto e l'avvicinamento fra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo<sup>79</sup>. Precorre, quindi, i temi della giurisdizione unica, individuandone i presupposti<sup>80</sup>.

Il suo lascito, tuttavia, non è di sola apertura di prospettive, ma di indicazione di metodo, un metodo attento alle altre scienze sociali, ma nella dimensione storicizzata che emerge dalle riflessioni fin qui proposte.

La storicità della giurisdizione non è il risultato di un'ovvia dimensione diacronica, ma è espressione della relazione fra gli interessi, le istituzioni, il giudice. Esprime una vicenda che è storica non perché si svolge nel tempo, ma in quanto è il crisma della giuridicità a qualificare i fatti rilevanti ed a farli entrare nella storia: come ha espresso con il suo fare cristallino, «la giuridicità del fatto amministrativo ne determina la storicità»<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> M. NIGRO, *Il consiglio di stato giudice ed amministratore. Aspetti di effettività dell'organo*, cit., 1042.

<sup>77</sup> Il che non è un inchino verso la relativa ideologia, ma un momento di comprensione, considerato il diverso orientamento di Nigro. Sull'orientamento e l'esperienza politica di Nigro, cfr. A. MENICONI, *Mario Nigro. Un profilo biografico*, cit., nonché P. GROSSI, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 9 ss., il quale ne evidenzia comunque l'onestà di analisi quale giurista nel riconoscere i meriti dello stato liberale e del relativo sostrato ideologico.

<sup>78</sup> M. NIGRO, *Ma è ancora attuale una giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, n. 11/1983, 249 ss.

<sup>79</sup> Riflessione alta, in ID., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione* cit., ma prima ancora nel suo manuale del processo.

<sup>80</sup> Le indicazioni in tal senso di A. ROMANO, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 23 ss. Sulla questione della riforma della giurisdizione cfr. *supra*, nota 18.

<sup>81</sup> M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 780, ma si tratta di un'affermazione che ricorre nella ricostruzione proposta innanzitutto, quanto alla giustizia, in ID., *Giustizia amministrativa*, cit., ma ogni volta che fa riferimento al diritto, quando ricostruisce periodi ed ideologie, cfr. ID., *Il ruolo dei giuristi nello stato liberale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 325 ss., così come quando si occupa di costituzione anche in chiave comparata, cfr. ID., *Costituzione ed effettività costituzionale*, cit. Cfr. P. GROSSI, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 7 ss.

La giuridicità è, poi, un fatto circolare, che cresce nel dialogo fra istituzioni e comunità, ed ha una sua «buona causa»<sup>82</sup>, per la quale occorre attivarsi. Mario Nigro offre strumenti per valutare il possibile, ma indica sempre un'unica direzione, la migliore e massima tutela, necessariamente in una dimensione che non è più solo soggettiva ma si innerva in maniera crescente delle aperture e delle corrispondenti attese sociali per i nuovi diritti e le nuove funzioni emergenti nel processo di attuazione della costituzione<sup>83</sup>. Una simile evoluzione, peraltro, dimostra un altro degli elementi portanti del suo pensiero e cioè che non può esserci posizione sostanziale senza processo<sup>84</sup>.

Su queste premesse ed ancora ragionando sulle indicazioni del Maestro possono cogliersi alcune prospettive.

Nel modo di intendere e di esercitare la propria funzione il giudice amministrativo, come presentato da Nigro, anticipa quello ordinario per molti aspetti (anche in tema di prova, potendosi rinvenire l'applicazione del principio di vicinanza<sup>85</sup>) e, allo stesso tempo, il riferimento all'entimema mostra un profilo della storicità anche di quest'ultima giurisdizione<sup>86</sup>.

L'elemento più innovativo della giurisdizione civile<sup>87</sup> è, in particolare, quello che la sostanza del processo amministrativo ha, invece, da sempre nel proprio patrimonio, una costante genetica, «la sostanza del giudizio è tale che il giudice amministrativo, per sua intima natura, si è posto (e si pone) come un giudice non meramente ricognitivo, ma attivo, creativo; non un semplice reintegratore di un ordine violato, ma un costruttore, un coautore dell'ordine»<sup>88</sup>.

Un'indicazione utile a porre un ulteriore tassello nel complesso dibattito sulla possibile riforma in termini di giurisdizione unica proviene, quindi, proprio dalla dimostrazione che la creazione è momento unificatore dell'attività del Consiglio di Stato, perché essa è originaria, sicché nulla in più in tal senso potrebbe apportare l'ordinarietà della giurisdizione.

<sup>82</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 16.

<sup>83</sup> Cfr. *supra*, nota 10, per la speciale attenzione di Nigro alla costituzione.

<sup>84</sup> In tal senso ancora A. ROMANO, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., p. 25. Si tratta, peraltro di un'impostazione che apre ad una inversione del brocardo *ubi ius, ibi remedium*, con la giuridicità che scaturisce dalla pronuncia (cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001), sostituendo l'impostazione che vuole, invece, predisposte in via legislativa le situazioni sostanziali sottoponibili a tutela giurisdizionale.

<sup>85</sup> Non lo individua in tali termini, ma cfr. le decisioni Consiglio di St., 18 maggio 1964, n. 256, in *For. It.*, 3/1964, 356 e sez. V, 2 aprile 1966 n. 537, in *Cons. stato*, 1/1966, 735, entrambe citate in M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., che osserva come tali decisioni dimostrino come Palazzo Spada si mostri incline a porre l'onere della prova a carico della parte che sembra poterla fornire più facilmente, individuandola in genere nell'amministrazione. Nella giurisprudenza civile l'applicazione è fatta risalire a Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, anche se non mancano episodiche decisioni (già in Cass. 6 giugno 1968, n. 1720), con teorizzazione già proposta da G. Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1934, 316 ss. (cfr. in tal senso R. MAZZARIOL, *Fatti costitutivi e vicinanza della prova*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, febrero 2023, 578 ss.). Il fatto è che l'uso che ne fa il giudice amministrativo è parte del suo modo di essere, è uno strumento "normale" di giudizio, si inserisce in quella signoria sulla prova di cui parla Nigro, peraltro atta ad ampliare l'effettività della tutela di una delle parti, quella privata.

<sup>86</sup> Che il giudice amministrativo abbia avuto *ab origine* sia i caratteri tradizionali che quelli più innovativi della giurisdizione ordinaria è espressamente affermato in M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., colonna 164.

<sup>87</sup> Sulla particolare padronanza del Maestro in materia di processo civile e sul suo rilievo nella formazione e produzione dell'amministrativista, cfr. *supra*, nota 43.

<sup>88</sup> M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., 164.

Altro argomento, è la possibilità di immaginare un miglior giudice, a meno di mutamenti radicali. La ragione è che il relativo fondamento, legato alla storicità del diritto amministrativo, presenta proprio nella giuridicità un *deficit* originario, passato in Costituzione con l'art. 100 e non colmato dal legislatore, ma coerente con il significato del principio di legalità come inteso proprio da Nigro in riferimento all'art. 97 Cost.<sup>89</sup>

A ciò si aggiunge una posizione del Consiglio di Stato, rafforzata dalle riforme processuali e solo marginalmente toccata dalla limitata ricorribilità in Cassazione, che lo pone, proprio grazie alla funzione creatrice, saldamente al vertice della giurisdizione e conseguentemente dell'ordinamento amministrativo, per giunta anche attraverso un meccanismo evolutivo del ruolo delle corti legato alla forza del precedente. Si tratta di una dinamica che è comune a tutte le giurisdizioni, espressione di un processo di avvicinamento dei paesi a diritto scritto a quelli di *common law*<sup>90</sup>, che è particolarmente efficace nel diritto amministrativo per essere uno dei fondamenti del percorso di unificazione europeo, grazie al ruolo della Corte di Lussemburgo.

Si aggiungono, insomma, nuove ed attuali basi legate alla storicità e socialità del diritto e del diritto amministrativo in particolare, a fronte delle quali diventa problematico pensare che la giurisdizione unica sarebbe in grado di comporre in modo diverso dall'attuale giudice specializzato il pluralismo che innerva la relazione fra Stato istituzione e Stato comunità al punto che la stessa amministrazione è da considerare ormai espressione della comunità e non del potere statale<sup>91</sup>. Per meglio precisare, la giurisdizione unica non potrebbe offrire risultati migliori di quella specializzata se non in un contesto di riforma che dovrebbe riguardare lo stesso rapporto fra Costituzione, giudice, legge, comunità ed equilibrio fra i poteri<sup>92</sup>.

Ad ogni modo, il Giudice amministrativo anticipa quello ordinario perché indubbiamente il decidere per principi, nell'attuale contesto di uno Stato costituzionale di diritto pluralista e pluricentrico, che trova il suo momento di unità nella costituzione e, in maniera crescente, nelle Carte sovranazionali, porta indubbiamente non solo ad utilizzare la tecnica giurisprudenziale (creativa) nel modo qualificato da Nigro, ma soprattutto ad auspicarla ancora all'attualità come strumento per la migliore soddisfazione possibile degli interessi dei cittadini, specie nella dimensione della crescente domanda di tutela in una

<sup>89</sup> ID., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.

<sup>90</sup> In realtà credo sia manifestazione di un processo per larghi tratti originale e diverso di risposta al pluralismo sociale ed istituzionale dei paesi a diritto scritto. Per osservazioni autorevoli sulla crisi della legge, che dipende anche dalla complessità della legalità costituzionale e del suo impatto sul sistema delle fonti e sul rapporto fra giudice e legge, in un processo anche di avvicinamento con il modello anglosassone, cfr. E. CHELI, *I fondamenti dello Stato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, 262 ss.

<sup>91</sup> Secondo la visione di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit.; ID., ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, cit. e di G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, cit. D'altra parte, come detto, Mario Nigro rifletteva su tale evoluzione sotto la specifica angolazione del rilievo della partecipazione e della proceduralizzazione dell'attività.

<sup>92</sup> Qui ritorna utile l'indicazione di G. TROPEA, *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, cit. Deve aggiungersi che, come già ricordato, questo *deficit* era stato già individuato da Nigro come nodo difficile da sciogliere ed elemento di ostacolo ad una utile riforma. Mi sembra che l'attualità dell'indicazione di Nigro in direzione di una lettura delle riforme storicizzata e tesa innanzitutto all'evoluzione della tutela trovi autorevole conforto in A. POLICE, *La mitologia della specialità eed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, n. 3/2015.

dimensione collettiva e di soluzione di conflitti sociali e di conseguente impegno dell'amministrazione rispetto ad attività a ciò strumentali, evidentemente non aventi sempre natura di provvedimento individuale, ma espresso in atti generali, programmi, atti di pianificazione, regolazione, controlli e nella normazione secondaria<sup>93</sup>.

Nello scritto al centro del presente lavoro, è utile sottolinearlo, Nigro non ci pone di fronte alla pratica di un diritto mite<sup>94</sup> da parte del giudice amministrativo, perché il rapporto non è fra l'uso della legge e l'interesse del cittadino, con un'applicazione valoriale diretta, bensì investe la contemplazione dell'interesse generale su un piano pratico e da parte di una magistratura che se ne ritiene diretta portatrice, per alcuni versi somigliante al terribile ritratto tratteggiato da Eisenmann<sup>95</sup>.

La critica di Mario Nigro è attuale nella *pars destruens* perché ci rende una figura di giurisdizione, meglio di giudice, che certo non è più *bouche de la loi* (probabilmente non lo è mai stato), ma rischia di diventare potere autoreferenziale con venature pedagogiche (direi paternalistiche), un'analisi che sorprende ritrovare pressoché riprodotta come valutazione della realtà dei nostri giorni nella letteratura francese<sup>96</sup>. È, tuttavia, altrettanto attuale per la *pars costruens* perché indica come la funzione creatrice può essere usata per la tutela maggiore possibile dell'interesse del privato, con un ruolo propulsivo decisivo affidato proprio alla dottrina, come si vedrà, anche qui con una soluzione che, sempre fatte le dovute differenze, è riscontrabile oggi oltralpe, forse non con altrettanta riserva critica, quando si osserva che «*la pédagogie du juge est loin d'être un phénomène condamnable*»<sup>97</sup>. Insomma, è una questione di direzione verso la quale la giurisdizione si muove o meglio ancora verso la quale può essere mossa con il contributo essenziale della dottrina ed il riferimento ai principi che è, innanzitutto, riferimento alla Costituzione<sup>98</sup>.

La consapevolezza della storicità della giurisdizione, dell'interpretazione e della produzione normativa, come si presenta ulteriormente variata all'attualità, mostra che la certezza, come piena e rigida adesione della sentenza alla legge, non solo è venuta meno, ma, per di più, non sia sempre e comunque auspicabile, né come impostazione assiologica,

<sup>93</sup> È la prospettiva individuata, oltre che nella monografia sul processo, negli scritti sulla giurisdizione e sul giudice (cfr. M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit.; ID., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit.; ID., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit.).

<sup>94</sup> Secondo la nota espressione di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Giappichelli, 1992. Sul tema della convivenza dei diritti costituzionali, cfr. pure le classiche ricostruzioni di P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia, 1993 (a cura di P. RIDOLA); R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982. Avverte dei rischi della creazione giurisprudenziale, segnandone anche ascendenze totalitarie, P.L. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2021, 232 ss., ma conclude per un possibile corretto uso nel progresso delle tutele, suggerendo la prospettiva del superamento della *vicinitas* per la proposizione di azioni di protezione di interessi superindividuali.

<sup>95</sup> «*Le juge n'agit (...) pas en logicien: il n'est pas dans les liens; il use au contraire de liberté, il exerce un pouvoir à lui personnel; la logique, en tout cas la déductive et syllogistique, ne gouverne pas alors sa pensée ni son action*», C. EISENMANN, *Juridiction et logique selon les données*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 477 ss.

<sup>96</sup> Cfr. E. BURDIN, *La pédagogie du Juge contre la Loi*, in P. RAIMBAULT, M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2011, 357 ss., scritto dal quale è tratta la sottolineatura di EISENMANN riportata alla nota precedente.

<sup>97</sup> E. BURDIN, *IBID.*, § 9.

<sup>98</sup> Un'attenzione costante, si diceva, cfr. *supra*, nota 10.

né per i suoi risultati. Certo, tale dimensione funzionale è probabilmente minore nel giudice civile, non tanto per il contesto quantitativo e qualitativo di norme che questi si trova ad applicare, quanto, credo, soprattutto, perché l'autonomia negoziale è uno strumento libertario che consente in ogni caso un assetto degli interessi che può prescindere in larga parte dalla legge e dal giudice<sup>99</sup>. Ciò finisce anche per favorire una più rapida evoluzione dell'ordinamento civile rispetto al riconoscimento degli interessi e dei bisogni da parte del giudice e dello stesso legislatore (lo dimostra emblematicamente il passaggio di molti contratti dall'atipicità alla tipicità).

D'altra parte, il riferimento all'entimema come strumento argomentativo tipico del giudice ordinario (e, purtroppo, anche di quello penale, basti pensare ad alcune ricostruzioni del nesso di causalità) mostra come la decisione anche di tale Giudice non parte sempre da premesse certe e vere.

Senza dubbio, il ricorso agli *standard* ed ai principi agisce come fattore moltiplicatore della mobilità della disciplina di diritto amministrativo, finendo con l'implementare necessariamente la creazione giurisdizionale.

Potrebbe, peraltro, apparire che Nigro individui criticità significative senza prendere una posizione di netta distanza, ma non è così, è semmai, alla ricerca di possibili mediazioni non per mantenere lo *status quo*, ma per raggiungere il migliore traguardo possibile<sup>100</sup>. Come ho anticipato, il Maestro conduce un'analisi tanto elegante nell'esposizione quanto spietata nei contenuti e fornisce al lettore ogni utile elemento di giudizio, evidentemente dissociandosi dalle patologie in cui incorre il giudice amministrativo quando diventa parte e assume a portatore dell'interesse pubblico generale, ma nel caso concreto.

Resta, comunque, la domanda se possa esistere un miglior giudice.

Metodologicamente, per ragionare con Mario Nigro, questo significa interrogarsi ancor oggi se effettivamente l'essenza della questione sia la giurisdizione unica, oppure non perdere gli *acquis* del percorso che il giudice amministrativo ha intrapreso, con l'indubbio contributo della dottrina e dei pratici, per cercare di spingere per una sua ulteriore evoluzione<sup>101</sup>. Questo percorso non significa contrarietà preconcepita a riforme, ma attività immediata per il migliore risultato possibile (per il «miglior giudice possibile»), in una dimensione che esalta e ripropone uno dei ruoli primari della dottrina, in quanto «deve, la dottrina, adoperare la propria magia per conferire forza e persuasività all'azione dei giudici che operano per la buona causa»<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Maggioli, Santarcangelo di R., 1995.

<sup>100</sup> Per i profili di mediazione, in una dimensione storica, dell'opera di Nigro, cfr. D. SORACE, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE cit., 34 ss. e gli scritti di M. NIGRO, *L'avvocato amministrativista*, *Ibid.*, 47 ss.; ID., *Il ruolo dei giuristi nello stato liberale*, cit.

<sup>101</sup> Mi limito, per ragioni di spazio senza ulteriore argomentazione, rimettendomi alla sensibilità di ogni studioso ed alla sua esperienza, a ricordare i tempi della giustizia civile e l'enorme distanza che corre fra il giudice civile e quello amministrativo nella capacità di offrire la tutela cautelare, che a me appare tutta sbilanciata a favore di quest'ultimo, sia per tempi che per tecnica di giudizio, pur con i suoi limiti legati alla contemplazione dell'interesse pubblico alla maniera indicata da Nigro.

<sup>102</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit, 16. Non c'è dubbio, ancora oggi, che la riflessione sulle inefficienze della giurisdizione amministrativa non può esitare in una condanna, ingiusta anche perché «esse non nascono nell'ordine processuale ma vi sono indotti da quello sostanziale» (*Ibid.*, in prosieguo), un altro segnale della storicità del giudice

Del resto, nella sua ultima lezione, Nigro si interrogava negando l'attualità della giustizia amministrativa così come gli appariva, costruita su una non più esistente separazione fra stato e società e connotata come giurisdizione generale di legittimità sui provvedimenti, perché il provvedimento non era più al centro dell'attività, perché gli sembrava necessario in buona parte dell'attività guidare e prevenire la manifestazione dei vizi dell'esercizio del potere, perché riteneva doversi garantire i profili di legalità-giustizia, attraverso la partecipazione, perché in alcune materie il ricorso alla giurisdizione civile appariva già la soluzione più razionale<sup>103</sup>.

Tutte queste prospettive richiedono ulteriore riflessione sulla funzione creatrice del giudice.

La creazione giurisprudenziale, se risponde per un verso alle difficoltà storiche limpidamente individuate da Mario Nigro, per altro verso impatta sul tema della certezza del diritto, nel modo di intenderla quale attributo necessario e centrale dell'ordinamento in quanto, in tesi, sistema ordinato e non contraddittorio, strumento di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti e quindi delle tutele apprestate, presupposto primo ed imprescindibile dell'ordinato vivere civile, spesso messo in relazione con la legge e con la declinazione del principio di legalità nell'ambito del diritto amministrativo<sup>104</sup>. Un

---

amministrativo, ma anche un tributo ad essa. L'attenzione, anzi l'afflato verso il tema delle tutele è ben messo in luce da A. ROMANO, in D. SORACE, in P. GROSSI - S. CASSESE - A. ROMANO - D. SORACE, *Mario Nigro giurista*, cit., 31 ss.

<sup>103</sup> Con riferimento soprattutto agli atti di programmazione, cfr. M. NIGRO, *Ma è ancora attuale una giustizia amministrativa*, cit.

<sup>104</sup> cfr. F. LOPEZ DE Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano, 1968, (sulla cui opera cfr. S. Cassese, *Recensione* a F. Lopez de Oñate, "La certezza del diritto", Milano, Giuffrè, 1968, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1969, 1187 ss.) per il quale la centralità della certezza, tale da integrare "la specifica eticità del diritto", rappresenta l'attributo dell'ordinamento necessario a garantirne i fini ed a realizzare la giustizia. Centralità della prevedibilità dei comportamenti e delle garanzie erano elementi considerati anche in J.J. ROSSEAU, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, La Terza, (trad. it.), 2006, così come può riportarsi al nostro tema il riferimento a "leggi promulgate e fisse", "leggi dichiarate" quale strumento per garantire dalle aggressioni che altrimenti, nello stato di natura, subirebbero pace, tranquillità e proprietà, in J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino, UTET, trad. it., 1982. Cfr. pure A. RUGGERI - C. SALAZAR, voce *Certezza del diritto*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 2006; M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1988; cfr. pure L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto, Disc. Priv.*, vol. 2, Torino, UTET, 1998; C. FARALLI, *Crisi del sistema tradizionale delle fonti e certezza del diritto*, in P. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del novecento*, Milano, Giuffrè, 2004, 69 ss.; E. CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un 'principio comune'*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1177 ss., 1188; A. RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio, il 'gioco' dei valori e le 'logiche' della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1993, 137 ss.; P. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; S. COTTA, *Certezza del diritto, una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1993, 321 ss. Cfr. pure gli approcci appartenenti anche a discipline diverse, proposti da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1/1942, 343 ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 647 ss.; E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. ec.*, 1956, 1198 ss.; M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1960; G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1985, XXXIV, 670. Sul rilievo ed attualità dell'impostazione di Lopez de Oñate, con diversità di approccio, cfr. F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, Giuffrè, 2010; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005; in senso critico, cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in <http://www.diritto-amministrativo.org>; ID., cfr. *Introduzione al novecento giuridico*, Bari-Roma, Laterza, 2012. La problematicità del tema, peraltro, è sentita da più tempo e da Autori di diversa formazione: cfr. G. BALLADORE PALLIERI - P. CALAMANDREI - A. CAPOGRASSI - F. CARNELUTTI - G. DELITALA - A.C. JEMOLO - A. RAVÀ - G. RIPERT, *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953.

principio, quest'ultimo, ampiamente in crisi, proprio ed innanzitutto nell'uso limitatissimo che ne fa lo stesso giudice amministrativo<sup>105</sup>.

La certezza del diritto è un'esigenza soggettiva dei cittadini (cui l'ordinamento deve dare risposta e tutela)<sup>106</sup> sulla prevedibilità dei comportamenti<sup>107</sup> e dell'esercizio del potere<sup>107</sup>, una garanzia per la tutela della dignità umana<sup>108</sup>.

Si potrebbe essere tentati di affermare che il metodo e la tecnica del Consiglio di stato individuati da Nigro corrispondono a quelli diretti a garantire tale dimensione della certezza.

Gli strumenti proposti, infatti:

- rinviano ad una verifica che la decisione non contraddica la norma (*consistency*) e sia integrata nel sistema dei precedenti (*coherence*), come suggerisce N. MacCormick<sup>109</sup>;
- valorizzano la dimensione procedurale della certezza come risultato di una dialettica che deve giustificare la sua pertinenza rispetto al fatto ed al diritto, come suggerisce Habermas<sup>110</sup>;
- nella dialettica e nel bilanciamento del diritto per principi, fanno riferimento ad una verifica della coerenza logica delle argomentazioni utilizzate, per garantire che la certezza continui ad essere uno dei valori fondamentali dell'ordinamento<sup>111</sup>.

Credo, tuttavia, che rispetto a tali indiscutibili valutazioni, all'interno dello stato costituzionale di diritto, pluriclasse, policentrico, con la Costituzione (e aggiungo subito, le Carte internazionali) quale momento di garanzia di un diverso modo di essere della legalità, una legalità per principi, debba essere considerata anche la possibilità, espressa nell'approccio linguistico di Hart<sup>112</sup> che, oltre alla certezza, l'incertezza sia uno dei possibili stati derivanti dai caratteri dei singoli enunciati e dal vincolo solo parziale che essi riescono a rappresentare per l'interprete.

Mi sembra che tale riflessione sia comune a diverse scienze del diritto<sup>113</sup>, anche se non è condivisa da tutti gli studiosi la conseguente considerazione che, in tale ottica, la certezza non riesce ad essere il valore di riferimento dell'ordinamento, ma solo uno fra i valori che ad essa possono anche validamente contrapporsi, come ad esempio la flessibilità.

<sup>105</sup> Come autorevolmente osservato da A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, 1995, 95 ss.

<sup>106</sup> S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2001, 131 ss., che in proposito richiama N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1986), Giuffrè, Milano, 1990

<sup>107</sup> G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>108</sup> E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale* (1994), Torino, Giappichelli, 1998, 37.

<sup>109</sup> N. MacCormick, *Formal Justice and the Form of Legal Arguments. Logique et analyse*, Oxford, Clarendon Press, 1976, 103 ss., che si ritiene ed è ritenuto appartenente alla corrente giuspositivistica.

<sup>110</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme* (1992), Bologna, Il Mulino, 1996. Peraltro Nigro, in riferimento alla tecnica, cita dell'Autore *Tecnica e scienza come ideologia*, in *Id.*, *Teoria e prassi della società tecnologica*, Bari, Laterza, 1969.

<sup>111</sup> S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico contemporaneo*, cit.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1994; A. AARNIO, *Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, Reidel, 1987.

<sup>112</sup> H. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., Torino 1965.

<sup>113</sup> Cfr. per altre due anime delle scienze giuridiche, cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile riv. trim.*, 2014, 4, oltre agli scritti già cit.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 55 ss.

Il punto è come la si intende. La flessibilità può aprire alla consapevole rassegnazione al mutamento quotidiano, magari con ossequio alle procedure formali di produzione delle fonti<sup>114</sup>, con il rischio del nichilismo giuridico che può spingersi fino a puntare su una quotidiana lotta per far valere l'interpretazione sganciata da qualsiasi contesto valoriale ed ancorata esclusivamente alla ricerca della soluzione favorevole, secondo quel criterio fatto di verosimiglianza e convincimento caro alla retorica, anche giuridica<sup>115</sup>. La vittoria dei più dotati di risorse, dei poteri forti, pubblici e privati, sul progetto di uguaglianza sostanziale contenuto nella nostra carta costituzionale.

Esiste, tuttavia, una diversa prospettiva, che è quella della storicità del diritto e passa dalla ragion pratica, dalla consapevolezza che l'interpretazione è frutto di un contatto fra il suo oggetto e l'operatore, una certezza quindi della storicità e variabilità di questo flusso costante non come dato patologico, ma come dialogo fra gli interessi, i valori ed il diritto<sup>116</sup>. Si tratta della storicità del diritto nella sua dimensione sociale che è cara a studiosi di diversa epoca e di diversa impostazione<sup>117</sup>.

Intesa come flessibilità, l'indubbia condizione di incertezza che può derivare dalla presenza di un giudice amministratore con funzione normativa, come definito da Mario Nigro, può essere guardata anche in un'accezione positiva, se – come del resto emerge implicitamente dalla sua analisi – si guarda al Consiglio di stato come una corte di vertice e ad ulteriore condizione che la sua giurisprudenza venga inserita all'interno di quel dialogo fra le corti che accompagna la realizzazione dell'effettività e della massima attuazione delle tutele offerte dai diversi ordinamenti. Non c'è dubbio che di dialogo fra le corti si parla in una dimensione «intercostituzionale»<sup>118</sup>, ma il fenomeno, nella sua dinamica reale di costruzione delle tutele attraverso il formante giurisprudenziale (sempre nell'accezione di Nigro) lascia emergere un protagonismo diffuso di ogni singolo giudice che, tuttavia, tende ad essere diretto o quanto meno fortemente influenzato dalle supreme magistrature di ciascuna giurisdizione per la funzione nomofilattica loro affidata e per il valore, quanto meno in termini di autorevolezza, del precedente<sup>119</sup>. Il Consiglio di stato, del resto, è da più

<sup>114</sup> Cfr. N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; cfr. P. GROSSI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

<sup>115</sup> Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 68 ss.

<sup>116</sup> Cfr. N. LIPARI, *Ibid.*, 68 ss., particolarmente 70.

<sup>117</sup> Per indicare solo alcuni fra i Maestri, a cominciare da M. Nigro, nel lavoro qui maggiormente citato; V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali* (16 maggio 1914), in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, 296; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Milano, Quodlibet, 2018 (ma cfr. la più ricca edizione del 1946).

<sup>118</sup> Per tutti, di recente, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le corti, identità "intercostituzionale"*, in *Gruppo di Pisa*, 2022, 2.

<sup>119</sup> Legge in chiave di contiguità, se non di sovrapposizione, nomofilachia e creazione del diritto, identificando una stagione che prosegue ma è segnata anche da ritorni al primato della legge, A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, n. 2/2015, 345 ss. Cfr. pure A. BARONE, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2020, 557 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 11 ottobre 2017; G. MORBIDELLI, *Commento all'art. 99*, in *Id.*, *Codice della Giustizia Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 909 ss.; E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, n. 2/2015, 103 ss.; G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, ES, 2012; M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 20/2009, 21 ottobre 2009.

tempo un necessario, a volte difficile, interlocutore nel dibattito europeo, tanto che è giunto ad ipotizzare l'abuso di coordinamento e ha cercato di disegnarne le regole<sup>120</sup>.

Il contenuto valoriale dell'incertezza, in tale prospettiva, consiste nella possibilità di adeguamento costante, attraverso l'interpretazione per principi, dell'assetto normativo all'evoluzione economico-sociale, consentendo che essa possa essere governata alla luce della Costituzione e delle carte fondamentali<sup>121</sup>.

Ciò rappresenta, appunto, l'*acquis* offerto dall'incertezza, sulla quale può anche prospettarsi l'interrogativo di una qualificazione in termini di possibile principio costituzionale: il diritto di ricercare ed ottenere una diversa soluzione, la garanzia che siano i diritti fondamentali a dover giustificare la legge e non viceversa (sulla strada indicata da Grossi)<sup>122</sup>, la possibilità che il Consiglio di Stato guidi il formarsi dell'attività dell'amministrazione ed indichi le condizioni per la legalità-giustizia, anche perché il legislatore non ha gli strumenti tecnici e la tempestività necessaria a seguire l'evoluzione storico-sociale e tecnico-scientifica.

In termini diversi, si potrebbe parlare di certezza della centralità della costituzione (e delle carte dei diritti) rispetto alla centralità della legge. Se si osserva il fenomeno dal lato del titolare della posizione giuridica soggettiva ("l'interesse all'incertezza") in questa prospettiva avere la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni (cioè avere "certezza") non è, da un punto di vista valoriale, più rilevante che poter mettere in discussione quell'esito prevedibile (anche nel diritto vivente), ma non coerente con i diritti fondamentali<sup>123</sup>.

Deve aggiungersi che l'incertezza, tuttavia, non coincide né si sovrappone al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi, giacché quest'ultimo vale sia per giungere a confermare la "certezza", cioè il dato prevedibile, sia per fare valere l'incertezza,

---

<sup>120</sup> Cfr. Consiglio di St., III, 12 ottobre 2021, n. 6839, secondo cui «ove il giudice di ultima istanza applicasse acriticamente e rigidamente la regola dell'obbligo di rinvio non gioverebbe, nella sostanza, a quel reale e proficuo dialogo fra le Corti cui il rimedio è preordinato, paradossalmente producendo – per un fenomeno di eterogenesi dei fini – il descritto risultato di abuso dello strumento di raccordo processuale fra gli ordinamenti» (in senso analogo, cfr. Consiglio di st. 5 marzo 2012, n. 1244 e 15 luglio 2019, n. 4949). Molto istruttive, pure, sul dialogo con la Corte di giustizia UE le decisioni dell'Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 19 e n. 20, che intervengono sul rapporto fra nomofilachia e rinvio pregiudiziale, prendendo atto (con un'evidente sostrato di non condivisione) dell'indirizzo della Corte di giustizia in ordine all'incompatibilità con il diritto comunitario di vincoli alla rimessione derivanti dalla giurisprudenza di un giudice interno superiore (Corte giustizia UE 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interedil*), con esclusione quindi della necessità di attendere l'ultimo grado o di rimettere la questione dalla sezione semplice all'Adunanza Plenaria, ma ha definito anche in tale ambito il proprio ruolo affermando, per ragioni di economia processuale, di poter valutare essa stessa, a fronte della rimessione della sezione, se effettuare il rinvio pregiudiziale, decidere nel merito rivedendo la propria posizione o, in pendenza di altri rinvii pregiudiziali, sospendere il processo. Sulla possibilità di rimediare all'omesso rinvio pregiudiziale tramite revocazione cfr. M.A. SANDULLI, "Rinvio pregiudiziale e giustizia amministrativa: i più recenti sviluppi", in *Giustizia insieme*, 20 ottobre 2022. Cfr. pure, in tema di ritagli di autonomia da parte del Consiglio di Stato rispetto alla Corte di giustizia UE, nel caso di specie attraverso il *prospective overruling*, M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *Ceridap*, n. 1/2022, 32 ss.

<sup>121</sup> Spunti in tale direzione sono in P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit.

<sup>122</sup> Sia consentito il rinvio a D. D'ALESSANDRO, *Crisi e diritti fondamentali: l'incertezza come principio dell'ordinamento?* in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Dossier di DPCE, Torino, Giappichelli, 2015, 481 ss.

<sup>123</sup> Come evidenzia P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

cioè la possibilità di demolire quel prevedibile assetto dei rapporti in favore di una diversa soluzione maggiormente adeguata rispetto ai diritti fondamentali.

Non mi sento di dire che Nigro guardasse all'incertezza nel modo indicato, ma certamente ha riconosciuto il ruolo della funzione creatrice ed ha manifestato la convinzione che l'incertezza è un fatto storico perché è qualificato dalla giuridicità, che ha necessità di una risposta nelle decisioni (del giudice e dell'amministrazione<sup>124</sup>), come elemento di mediazione fra la legge e la vita, in una relazione in continua evoluzione che impedisce una loro reciproca concordanza. La norma in sé non riesce ad esprimere la giuridicità che rende il fatto rilevante storicamente, semplicemente perché essa non offre risposta all'interesse, l'inconciliabilità fra legge e vita mostra «la deficienza della legge e la deficienza della vita»<sup>125</sup> ed è in questa dimensione che si muove il giudice amministrativo non meramente ricognitivo, ma attivo, creativo, costruttore, coautore, per usare i termini di Nigro<sup>126</sup>.

Naturalmente, il problema che permane per il giudice amministrativo è se e quando l'incertezza sia effetto di una rottura nella conciliazione ispirata alla prevalenza della norma fondamentale e quando, invece, sia il mero effetto di uno slittamento a favore di poteri pubblici o privati derivante da una filosofia liberale che si risolve in una giustificazione postuma di una mappa delle prevalenze tralasciata, o del ricorso alla forma quale strumento di soluzione della lite imparziale, ma sordo ai valori.

L'ibrido fiore, appunto, di cui parlava Nigro.

---

<sup>124</sup> Istruttivo è, in tal senso, il saggio M. NIGRO, *Sulle decisioni amministrative*, cit. Per una rivalutazione della materia, cfr. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2/2018, 551 ss.

<sup>125</sup> M. Nigro, *Ibid.*, si esprime con le parole di Capograssi, che cita nella nota 35. Riporto la nota: «Si leggano le belle pagine del CAPOGRASSI sulla «incertezza obbiettiva» in *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1938, pag. 263. Dice l'illustre filosofo del diritto: «Da tutto questo risulta infine, e il processo dimostra, che l'incertezza, il non ingranarsi della legge e della vita se non attraverso integrazioni e mediazioni che danno luogo a nuove forme di realtà, è forse la più saliente caratteristica dell'esperienza giuridica. Sembra che la manifestazione specifica di questa esperienza sia l'incertezza, e l'incertezza significa insomma la deficienza della legge e la deficienza della vita». Nell'introduzione della sua monografia sulla giustizia, osserva come «l'opera creativa della giurisprudenza nella fissazione dei lineamenti della giustizia amministrativa vada attribuita non tanto e non solo alla insufficienza del diritto scritto quanto proprio alla storicità e problematicità di tale giustizia. Laddove un settore della vita quotidiana è dominato dall'incertezza e dalla instabilità è, per forza di cose, del tutto predominante» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., prefazione, 7).

<sup>126</sup> Presi ancora da M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., colonna 164.