



Rivista N°: 2/2024  
DATA PUBBLICAZIONE: 02/05/2024

AUTORE: Filippo Patroni Griffi\*

*“Non con l’inganno, per quanto sublimato, può prosperare l’umanità. Ma solo con un saldo coraggio rivolto alla ricerca del vero” (Bertrand Russell)*

## QUID EST VERITAS? LA “CONOSCENZA” DEL FATTO E DEL DIRITTO: LA DIALETTICA TRA VERITÀ E CERTEZZA NELL’ESPERIENZA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO \*\*

### QUID EST VERITAS? KNOWING THE FACTS AND THE LAW: THE RELATIONSHIP BETWEEN TRUTH AND CERTAINTY IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

*Sommario: 1. Accostiamoci al tema: alcune considerazioni generali in ordine più o meno sparso - 2. La dialettica tra certezza e verità nei rapporti regolati dal diritto amministrativo - 2.1 Conoscenza dei fatti e del diritto nel procedimento - 2.2 Conoscenza dei fatti e giudizio di diritto nel processo - 3. Conclusioni: il confronto tra certezza e verità nell’esperienza giuridica e la centralità dell’argomentazione. Per un diritto non neutrale ma rispettoso del patto costituzionale*

#### 1. Accostiamoci al tema: alcune considerazioni generali in ordine più o meno sparso

*Quid est veritas?*<sup>1</sup> È la domanda che Ponzio Pilato pone in replica a Gesù, il quale ha appena affermato di essere nato “per rendere testimonianza alla verità”. I due non si capiscono: Pilato si riferisce probabilmente a una verità che definiremmo oggi processuale, relativa alle evidenze probatorie di colpevolezza; Gesù si riferisce a una verità che definiremmo materiale, ma meglio trascendente, legata alla rivelazione e al senso del divino<sup>2</sup>. Noi non tratteremo

---

\* Giudice della Corte costituzionale.

\*\* Trattasi di una riflessione svolta nell’ambito del convegno *Quid est veritas? La dialettica verità-certezza nell’esperienza giuridica* (73° Convegno nazionale di studio dell’UGCI, Catania 24-26 novembre 2023), destinata anche alla pubblicazione nei relativi atti.

<sup>1</sup> Giov. 18, 38.

<sup>2</sup> Come osserva U. Breccia, *Diritto, verità, giustizia*, in *Immagini del diritto privato*, Torino 2013, I, 295 ss. spec. 301, il diritto contemporaneo, nella tradizione occidentale, tende a emanciparsi non solo dalla verità come

ovviamente della verità religiosa; proveremo ad occuparci, in qualche modo, di una verità “umana”: che pure non è impresa agevole. Vi è però un tratto che sembra accomunare in qualche misura ricerca della verità religiosa e ricerca di “umana verità” nell’esperienza giuridica e segnatamente nel processo, ma anche nella stessa concezione del diritto: la consapevolezza dei rischi di un relativismo etico o dei valori, che è assolutamente inconciliabile anche con la più “aperta” delle posizioni dogmatiche della Chiesa;<sup>3</sup> ma che deve preoccupare pure il giurista, positivo o meno che sia, perché non credo sia più il tempo (se mai lo è stato) di una concezione del diritto completamente neutrale, un diritto che, privato di ogni aspirazione assiologica, si fa mero strumento del potere, di un potere “quale che sia”. La costituzionalizzazione del diritto, nell’epoca contemporanea delle Carte scritte, induce, a parer nostro, a prestare adeguata considerazione ai “valori”, ai principi e ai “diritti” costituzionalizzati: le Costituzioni contemporanee, e la nostra in particolare, non sono “neutrali”, non sono per tutte le stagioni, semmai fanno del pluralismo di cui sono intrise un valore in sé della vita della comunità che esse fondano e poi regolano.<sup>4</sup>

Il tema generale (*Quid est veritas?* La dialettica verità-certezza nell’esperienza giuridica) richiama termini e concetti – verità, dialettica, certezza, esperienza – che, ciascuno considerato, richiederebbero una trattazione individuale, attesa anche la polivalenza degli stessi, prima di poter esplorare le possibili combinazioni tra tali termini, una volta che li si definisca. Questa considerazione richiede un approccio in qualche misura “convenzionale” e quindi qualche assioma su cui convenire, perché non è possibile partitamente trattare ciascun termine in sé considerato e dar conto di tutti i possibili significati degli stessi. La cosa è resa ancor più complicata dal facile, e per certi versi inevitabile, sconfinamento della tematica in una più generale riflessione di ordine filosofico, che ci condurrebbe su terreni molto scivolosi.

Analizziamo brevemente questi concetti, partendo dall’ultimo.

L’esperienza giuridica, cioè l’esperienza del diritto per come esso viene vissuto, presuppone un atto cognitivo, che conduce cioè a una forma di conoscenza: per meglio dire, l’esperienza è la componente sensibile del processo cognitivo, da cui non è possibile prescindere quanto meno per una verifica sul campo di elementi di conoscenza acquisiti altrove. È

---

evidenza metafisica (o, aggiungo, religiosa), ma anche dalla concezione della verità come manifestazione di un’evvidenza che si imponga, unica e assoluta, in punto di fatto. E richiama U. Scarpelli (*L’etica senza verità*, Bologna 1982), G. Zagrebelsky, *Contro l’Etica della Verità*, Roma-Bari 2008) e N. Irti (*Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011). Tuttavia, l’A. precisa che “il problema del nesso con la manifestazione di una Verità...sembra riproporsi, piuttosto, in termini di nuova affermazione, in forma di diritti, di principi universali univoci e cogenti...con (e anche senza) il tramite di una positivizzazione testuale nelle carte costituzionali”.

<sup>3</sup> Sul tema, e in particolare sul pensiero di Benedetto XVI, cfr. M. Luciani, *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI*, in *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI* (a cura di M. Cartabia e A. Simoncini), Milano 2013, 98 ss..

<sup>4</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 2023, 629 ss., spec.684, ad altro proposito, e cioè nel discutere “la piega scopertamente ideologica” assunta dal dibattito sull’originalismo – su cui non è possibile indugiare in questa sede –, sottolinea come “Il segno ideologico dell’originalismo, insomma, dipende dal segno ideologico della Costituzione cui si applica”, sicché “l’originalismo italiano è progressista perché la Costituzione italiana è molto più avanti della realtà politico-sociale che è stata ed è chiamata a governare”. A. Schiavello, *Conoscere il diritto*, Modena 2023, 59 ss., nel contesto generale di un confronto tra diritto e morale, tra una “prospettiva etica non cognitivista di matrice positivista” e una “meta etica soggettivista”, da una parte, e un “oggettivismo e un cognitivismo etico esigenti”, dall’altra, ha modo di “metterci in guardia da tutte quelle concezioni del diritto che enfatizzano il ruolo di quest’ultimo come baluardo contro il potere e trascurano il fatto che il diritto è anche inevitabilmente uno strumento di potere” (p. 64).

questo un carattere che l'esperienza giuridica condivide con altre forme di esperienza pratica ma anche con quelle forme di scienza che, a partire quanto meno dal metodo galileiano, richiedono un processo di scambio tra ipotesi logiche ed evidenze pratiche perché un fenomeno possa dirsi "conosciuto". Al di là delle dispute strettamente filosofiche tra empirismo<sup>5</sup> e razionalismo, a seconda della prevalenza che si attribuisca all'esperienza o alla ragione nel processo gnoseologico, l'intuizione kantiana – sviluppata dalle correnti neokantiane e nella fenomenologia di Husserl – della coesistenza di esperienza e ragione nel processo conoscitivo possono condurre (superando il modello iconico della conoscenza kantiana, giustificata dalla rispondenza del fenomeno, oggetto di conoscenza, a forme *a priori* dell'intelletto) a un modello proposizionale, in forza del quale "oggetto della conoscenza non sono le cose, ma le loro relazioni, ossia i fatti; e, se anche il fine della conoscenza è fatto consistere nella sua conformità ai fatti, la sua giustificazione è identificata con la derivabilità da principi"<sup>6</sup>.

L'idea di conoscenza come corrispondenza, o conformità, ai fatti ci conduce al concetto di verità, altro termine polivalente, o almeno ambivalente. Vi è infatti una conoscenza come conformità ai fatti, che ci induce a parlare di verità materiale; ma se l'idea di corrispondenza, di conformità, la spostiamo con riferimento a elementi pre-dati, quali i principi o un sistema di regole, alla verità "materiale", intesa come verità dei fatti o verità reale, si accosta un'idea di verità "formale", la quale, più che prescindere dalla verità materiale, rispetto a essa si pone su un piano diverso, determinando una diversa idea di conoscenza<sup>7</sup>.

Anche la certezza – come meglio vedremo – è un termine ambivalente. In senso statico, la certezza si pone come conoscenza vera di un fatto, *rectius*: come conoscenza di un fatto "vero";<sup>8</sup> in senso dinamico, la certezza può intendersi come prevedibilità di un accadimento o di un giudizio sulla base di alcune premesse date, auspicabilmente vere. Come meglio vedremo, entrambe le accezioni di certezza sono assunte nel diritto.

Certezza e verità sono tra loro distinte: la certezza, oltre a delineare uno stato soggettivo non necessariamente corrispondente alla realtà, è forma di conoscenza, quand'anche oggettiva, non problematica dei fenomeni, il che può distaccarla dalla realtà perché la realtà è

---

<sup>5</sup> Da tenere in considerazione anche il pragmatismo di stampo nordamericano, secondo il quale la verità si rinviene nelle esperienze concrete, che danno vita – secondo lo strumentalismo di Dewey – al pensiero dell'individuo, come frutto dell'elaborazione dell'esperienza.

<sup>6</sup> Così D. Marconi, *Gnoseologia*, in *Enciclopedia di filosofia*, Milano 2004, *ad vocem*.

<sup>7</sup> La teoria cd. della corrispondenza, di derivazione aristotelica e tomistica, implica una corrispondenza tra il pensiero (o discorso) e la realtà. Sottolinea la relatività della distinzione tra verità formale e verità materiale P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv.dir.proc.* 1955, I, 165, secondo cui "la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e verosimiglianza".

<sup>8</sup> Per P. Amato, "Per certezza intendiamo ciò che è saputo, *ciò che è pensato*, la nostra percezione delle cose: in quanto *pensiero*, la certezza è una *determinazione soggettiva*, uno stato del pensare. Per *verità*, invece, intendiamo *ciò che è*, le cose *in sé*: in quanto *determinazione oggettiva*, la verità è uno stato delle cose, è *l'essere*" (in *Hegel per Severino: certezza e verità*, in *Consecutio temporum*, *Riv. Crit. della postmodernità*, n.17/2020). Ma non è l'essere immobile parmenideo, bensì l'Essere-identità che assume dentro di sé la consapevolezza del molteplice attraverso l'altro da sé e il divenire (B. de Giovanni, *Figure di apocalisse*, Bologna 2022, 55 ss.). Infatti "il Molteplice scuote il sapere nella sua identità perché lo misura come relazione" (p.59); e il platonico mito della caverna – nella lettura di Heidegger secondo De Giovanni (p.55) – rivela che "la verità è <velata>, bisogna svelarla. Bisogna vincere il dominio dell'ombra...La tenebra è il negativo, si diceva, che nasconde la verità, *alétheia*, con alfa privativo, ovvero <svelatezza>".

L'accezione di certezza come determinazione soggettiva non è utile nel contesto del dibattito giuridico, dove la certezza appare, anch'essa, aspirare a rivestire un contenuto e una valenza oggettivi.

per lo più complessa e intessuta di *relazioni*; e tale distacco si accentua nelle ipotesi in cui vi siano certezze “legali”, cioè tali definite dalla legge, per atto di autorità o perché sancite in una sentenza irrevocabile.<sup>9</sup> L’epistemologia ha posto in discussione l’idea stessa di una verità assoluta e oggettiva come oggetto di conoscenza, ma la contrapposizione che ne è seguita in termini radicali tra correnti relativistiche e coloro che vorrebbero risolvere l’idea di verità nella sola dinamica del percorso persuasivo, senza ancoraggio ai fatti<sup>10</sup>, non esime il giurista dal – e anzi lo induce a – ricercare una verità convenzionale, quand’anche approssimativa, che sia in grado di produrre certezze, ancorché rivedibili e “graduabili”<sup>11</sup>.

In altri termini, se la complessità sociale induce a separare il diritto da altri sistemi alla ricerca di apprezzabili gradi di certezza e verità; e se assistiamo a un contesto di crisi “permanente” della conoscenza “vera” anche nel campo delle scienze esatte (come è dimostrato dall’evoluzione delle conoscenze scientifiche e del mondo fisico), può essere inevitabile che chi abbia a cuore la “certezza” di rapporti sociali, tra i privati o tra la persona e il potere, si accontenti di una verità come “accertata” più che di una verità “vera”. In altre parole, “la certezza come stabilità, sicurezza conservazione, definisce, in sostanza, uno spazio di attendibilità convenzionale”<sup>12</sup>. Sono però decisive, nella consapevolezza della relatività delle certezze così raggiunte, la qualità del percorso argomentativo e la rivedibilità, sia pure limitata, delle statuizioni, tanto nel processo<sup>13</sup>, quanto all’esito di una decisione amministrativa<sup>14</sup>; e ciò al fine di evitare o attenuare la definizione di un assetto affatto non corrispondente con la realtà, e cioè una certezza “affidabile” per legge ma vuota nei contenuti.

Se queste schematiche premesse le riferiamo al mondo del diritto, possiamo ben dire che la conoscenza giuridica, la conoscenza del diritto, intesa come coscienza del suo essere e del suo divenire in una realtà concreta, può essere (anche) riguardata come risultato di un processo dialettico tra verità e certezza.

## 2. La dialettica tra certezza e verità nei rapporti regolati dal diritto amministrativo

La dialettica tra certezza e verità nell’esperienza giuridica attinge, dal punto di vista filosofico, alla problematica gnoseologica: la “conoscenza” dei fatti e del diritto che regola (o

---

<sup>9</sup> Per tale ordine di considerazioni, cfr., anche per ampi richiami, E. Carloni, *Le verità amministrative*, Milano 2011, *passim* e spec. 24 ss..

<sup>10</sup> Vedi, per riferimenti, ancora E. Carloni, *ibidem*.

<sup>11</sup> L’idea di più gradi di conoscenza risale a Platone; è stata ampiamente ripresa nel dibattito filosofico e presuppone una concezione di conoscenza come operazione di identificazione, direi graduata e progressiva della realtà. Della distinzione di “gradi differenti di certezza in generi differenti di conoscenza” parla B. Russell, *La conoscenza del mondo esterno*, (trad.it.) Milano 1975, 67. Per le riflessioni del filosofo inglese sulle tematiche della conoscenza vd. M. Di Francesco, *Introduzione a Russell*, Roma-Bari 2003, spec. 124 ss., il quale descrive il percorso attraverso il quale Russell introduce nel processo induttivo l’elemento della probabilità: “sebbene i fatti particolari non possano rendere *certa* una legge generale, essi possono renderla *probabile*”, purché – avverte – si parta “da un certo *grado di credibilità* preliminarmente assegnato alla generalizzazione” peraltro difficilmente individuabile (p.129).

<sup>12</sup> Così E. Carloni, cit., 31.

<sup>13</sup> Ci si riferisce agli istituti della revocazione per errore di fatto, nei processi civile e amministrativo, alla revisione del processo penale, alla querela di falso e a istituti analoghi nel diritto civile.

<sup>14</sup> Ci si riferisce agli istituti di autotutela e alla “rivedibilità” (intesa come *judicial review*) nella sede giurisdizionale.

non regola) quei fatti conduce alla conoscenza del “caso”; e ciò contribuisce alla conoscenza dell’ordinamento in rapporto alla realtà da esso regolata (cioè consente di conoscere la *regula iuris* che disciplina quei fatti, quegli accadimenti, quei comportamenti). Ma la conoscenza del “caso”, nei termini anzidetti, consente anche la soluzione della controversia in caso di conflitto: sotto questo profilo, la conoscenza, auspicabilmente “giusta”, del caso dà luogo a certezze, in termini “soggettivi”, in relazione alle parti del giudizio, e in termini oggettivi, se si guarda all’ordinamento nel suo complesso.

Nel diritto amministrativo la fattispecie costitutiva del rapporto tra soggetto di diritto e potere pubblico è il risultato di una vicenda diacronica, non statica, e complessa, che – secondo una concezione tradizionale ma ad oggi largamente condivisa – si snoda nel procedimento amministrativo e nella successiva (ed eventuale) fase del processo. E’ con riferimento a queste due fasi delle interazioni tra persona e potere pubblico che occorre esaminare il tema della rilevanza dei fatti, all’origine della vicenda e nel corso del suo dispiegarsi, e della valutazione in diritto degli stessi, da parte dell’amministrazione prima e del giudice poi, in caso di insorgenza del conflitto.

Pur essendo la seconda fase eventuale, e in un certo senso patologica perché denota il conflitto, il processo – ancorché nelle peculiarità proprie del processo amministrativo rispetto a quello civile e penale, che derivano dalla presenza del potere tra le figure soggettive coinvolte e dalla sua interferenza con le situazioni soggettive del destinatario dell’azione amministrativa – il processo amministrativo, dunque, si appalesa di particolare interesse nella lettura della dinamica tra certezza e verità; e ciò, per una serie di fattori: la cd. crisi della legge e i suoi riflessi sulla visione tradizionale del principio di legalità; l’adozione, prevalentemente e fisiologicamente, di un modello normativo “aperto” nella disciplina dei rapporti regolati dal diritto amministrativo; il ruolo assunto dal giudice amministrativo nel processo e *oltre* il processo. Di questi fattori si rinvergono i prodromi già nella fase del procedimento amministrativo, la quale è fortemente caratterizzata dalle trasformazioni che il potere pubblico, inquadrato nella cornice costituzionale, ha subito negli ultimi decenni.

## **2.1 Conoscenza dei fatti e del diritto nel procedimento**

Come è stato giustamente detto, “Il rapporto tra conoscenza e potere pubblico si presenta con tratti peculiari” perché “la capacità dell’amministrazione di ricercare la verità ed al tempo stesso la capacità dei cittadini di accedere a questa verità, il flusso della conoscenza tra governanti e governati definiscono un sistema non solo in quanto razionale, ma anche in quanto democratico”<sup>15</sup>.

Il luogo della dialettica tra verità e certezza è il procedimento amministrativo. In esso si definisce l’assetto concreto degli interessi alla base della scelta decisionale dell’amministrazione ed è in questo luogo che la conoscenza, ma prima ancora la “lettura” degli elementi di fatto e la individuazione del diritto da applicare da parte dell’amministrazione, ma anche degli

---

<sup>15</sup> E. Carloni, *op.cit.*, 41s.. L’Autore affronta poi il tema delle “verità nascoste del potere: il segreto” e delle “false verità del potere: mistificazioni e propaganda”.

altri attori, consente di pervenire alla decisione in teoria più adeguata nel caso concreto; dove l'adeguatezza è data sì dalla ponderazione degli interessi in gioco alla luce dell'interesse pubblico determinato dalla legge, che è la causa attributiva del potere, ma presuppone la corretta valutazione, e ancor prima rappresentazione, dei fatti e del quadro normativo. E' questa la finalità di quella che è definita l'istruttoria procedimentale<sup>16</sup>; ed è ovvio che l'accuratezza e la completezza dell'istruttoria si pongono come elementi costitutivi di quel processo cognitivo che è alla base di una corretta scelta decisionale amministrativa, di "un potere esercitato in virtù del sapere".<sup>17</sup>

La conoscenza, sub specie di corretta rappresentazione, dei fatti e del diritto è dunque centrale nel processo decisionale e a essa si perviene nel corso del procedimento.

Al riguardo dobbiamo però fare una (apparente) digressione, concernente un aspetto della trasformazione subita dal potere pubblico in forza, da una parte, della sua "matrice costituzionale", cioè del suo ancoraggio ai valori e ai principi della Costituzione, nonché, dall'altra, della crisi del principio di legalità sostanziale, nel più ampio contesto della cd. crisi della legge.

Il percorso lineare "*interesse pubblico – norma di attribuzione del potere – provvedimento*", alla base del principio di legalità del secolo scorso, si è da tempo irreversibilmente modificato. L'interesse pubblico non è più "singolare" e predeterminato dalla legge, ma è ormai il frutto del complesso temperamento tra interessi pubblici "plurali", spesso contrapposti, e a loro volta "bilanciati" con gli interessi dei privati. Il "luogo del confronto", in cui i diversi interessi pubblici in gioco si compongono, anche con quelli dei privati, è per l'appunto il procedimento, ambito in cui si realizza l'aristotelica unità di tempo, spazio e azione del rapporto tra privato e pubblico potere, e in cui l'interesse pubblico in concreto perseguito "si fa", nella dinamica del confronto. Di conseguenza, anche il potere pubblico non è più puntualmente prefigurato; e quindi, quanto meno nei casi più complessi, la stessa decisione dell'amministrazione, che si manifesta nel provvedimento, non costituisce una pedissequa applicazione di quanto disposto nella norma attributiva del potere e può avere contenuto mutevole e articolato, poiché deve riassumere istruttorie procedimentali ad elevata complessità.

Come si riflette questa situazione sulla dialettica verità/certezza?

Il primo e maggiore studioso del procedimento amministrativo in Italia, Aldo Mazzini Sandulli, pur escludendo esplicitamente che il procedimento possa essere concepito "come una categoria di natura sostanziale"<sup>18</sup>, pone in luce che occorre tener conto, nel procedimento, anche "del valore *sostanziale* delle relazioni che si instaurano tra i diversi *fatti* che in esso si coordinano"<sup>19</sup>, sicché lo studio del procedimento va impostato "in immediata coordinazione

---

<sup>16</sup> Su cui, E. Carloni, *op.cit.* e, prima ancora, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1965, il cui *incipit* (p.7) è: "Questo lavoro si propone di porre in luce alcuni problemi concernenti, *sub specie iuris*, l'attività svolta dalla pubblica amministrazione per conoscere la situazione di fatto, in senso lato sociale, in cui si trova ad operare" (sottolineatura nostra). E ancora: "una teoria del procedimento non è compiuta se non si accompagna e si integra con un'analisi dell'attività conoscitiva che ne costituisce in parte il substrato" (p. 8).

<sup>17</sup> M. Weber, *Economia e società*, (trad.it.) Milano 1961, II, 289.

<sup>18</sup> A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 (rist.1964), 35.

<sup>19</sup> A.M.Sandulli, *Il procedimento amministrativo, cit.*, spec. 23; il corsivo è nostro.

con lo studio delle relazioni sostanziali, le quali intercorrono tra le varie attività, che nel procedimento si susseguono<sup>20</sup>. Non mi sembra dunque azzardato dire, utilizzando una terminologia più moderna, che il procedimento, già nella visione sandulliana, si attegga a contenitore del rapporto giuridico amministrativo (le “relazioni sostanziali”) che intercorre tra amministrazioni o tra amministrazione e individuo (o soggetto di diritto in genere).<sup>21</sup>

Tener conto delle relazioni sostanziali coinvolte nel procedimento presuppone, in primo luogo, una corretta rappresentazione dei fatti e degli interessi in gioco, pubblici e privati. La conoscenza di questi fatti è dunque una condizione preliminare e imprescindibile per far sì che il bagaglio conoscitivo oggetto dell'istruttoria procedimentale corrisponda, o si avvicini il più possibile, alla realtà. E' significativo che, tra i vizi che tradizionalmente rendono illegittima l'azione amministrativa, la giurisprudenza abbia da sempre individuato nel travisamento dei fatti e nel difetto di istruttoria due fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere, che rende illegittimo il provvedimento. Così come mi sembra significativo che dottrina e giurisprudenza amministrative, nel sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa, abbiano da tempo spostato l'attenzione dalla decisione finale, il provvedimento, all'attività amministrativa riguardata nel suo complesso, come si è svolta nel procedimento: l'attenzione alla complessiva vicenda amministrativa, infatti, consente meglio all'amministrazione di prendere la decisione più adeguata ai fatti e agli interessi in gioco e al giudice di sindacare tale corrispondenza o la mancata corrispondenza.

Sotto questo profilo, mi sembra potersi dire che la verità dei fatti quali risultano dall'istruttoria conferisce una maggiore certezza, in termini di stabilità, alla decisione amministrativa. Con un'avvertenza, però: si tratta di una verità “procedimentale” che può essere contestata anche sotto il profilo della falsa rappresentazione dei fatti che ne sono alla base – e della conseguente errata applicazione delle norme del caso – ma che tale rimane fino a che, secondo le procedure previste, quella verità non sia “rimossa” ad opera del giudice o della stessa amministrazione. E in ciò, ma soltanto in ciò, la verità procedimentale assume il carattere di “certezza” nella definizione dei rapporti giuridici, o meglio delle “relazioni sostanziali” coinvolte nel procedimento.

Verità e certezza si disallineano invece nelle ipotesi di “certezze formali” previste per legge, le quali, se non ne determinano la mancanza, nondimeno prescindono da una corrispondenza “tra decisione e conoscenza, tra fatti e loro qualificazione, tra verità scientifica e scelta politica” e sono “espressione dell'idea di un potere che dispone non solo del diritto, ma anche del fatto”<sup>22</sup>. E costituiscono elementi di criticità rispetto alla verità acquisita nel procedimento anche gli istituti della semplificazione procedimentale e quelli basati sul principio di au-

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, 38.

<sup>21</sup> Si consenta il rinvio a F. Patroni Griffi, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *federalismi.it*, n. 5/2015.

<sup>22</sup> E. Carloni, *op.cit.*, 249s. L'A., che parla anche di “verità precarie”, rileva che la conoscenza fondata su una presunzione legale pone in essere “una formidabile semplificazione della complessità, ma questo meccanismo può reggersi solo nella misura in cui ciò che è certo e ciò che è vero sono tra loro a una distanza *ragionevole* (tale che ciò che è dato per certo è *presumibilmente* anche vero” (p. 285) (il corsivo è nostro).

toresponsabilità dei privati, se il legislatore, nel prevederli per esigenze di efficienza o di certezza, non tenga conto dell'esigenza di non sacrificare, in un'ottica di bilanciamento, le istanze di verità e di conoscenza in maniera incongrua o sproporzionata.<sup>23</sup>

La ricostituzione di una dialettica virtuosa tra verità e certezza, nel senso di una loro (tendenziale) convergenza, pur in un contesto caratterizzato, nel processo decisionale pubblico, dal crescente ricorso a concetti giuridici indeterminati e a parametri tecnici, presuppone la costruzione dei fatti, in una fase anteriore e distinta rispetto a quella della ponderazione degli interessi, ponderazione che invece va svolta alla luce del quadro normativo applicabile. Questo è uno snodo importante: la distinzione tra costruzione (e qualificazione) dei fatti e ponderazione di interessi sottolinea il rilievo centrale della "conoscenza" nel processo decisionale pubblico e, al tempo stesso, consente di sottrarre questa fase di ricerca "oggettiva" alla pressione delle parti, portatrici di interessi, che entrano nel procedimento.

Se dunque una verità "negoziata", o semplicemente concordata, sulla base della composizione degli interessi coinvolti corre il rischio di fuorviare il percorso cognitivo (al pari delle certezze legali, in cui tale processo resta "ingabbiato"), non va sottaciuto il rilievo che la partecipazione procedimentale, sia pure attraverso la rappresentazione degli interessi dei partecipanti, può arrecare alla costruzione del fatto nel procedimento, specie nelle ipotesi in cui al procedimento partecipino parti private con interessi contrapposti.

In altri termini, verità negoziata o concordata è cosa diversa dalla verità partecipata: la prima è il risultato della ponderazione degli interessi e può essere che prescindendo, se non la contraddica, dalla verità materiale, in tutto o in parte; la seconda invece tiene conto degli interessi come elementi utili alla ricostruzione dei fatti e quindi alla loro conoscenza.

## **2.2. Conoscenza dei fatti e giudizio di diritto nel processo**

Uno dei principali dilemmi del giudicare, e quindi del processo, consiste nel come temperare l'esigenza di "certezza" che si rinviene nelle fattispecie astratte (condizione *a priori* del diritto e di ogni sistema normativo) con l'irripetibile "singolarità" del fatto storico. E' il principio di certezza – che muove dall'ottica di assicurare "l'uguaglianza nella diversità, la permanenza nella variazione"<sup>24</sup> – che si trasforma in un diritto, il diritto alla sicurezza giuridica<sup>25</sup>.

La certezza che deriva dalla sentenza che risolve il conflitto (tra privati o tra privato e pubblico potere) presuppone o, quanto meno, trae origine dalla verità dei fatti accertati nella sede processuale<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Per tale ordine di considerazioni, cfr. E. Carloni, *op.cit.*, 270 ss..

<sup>24</sup> F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 38.

<sup>25</sup> Su cui vd. i lavori collettanei *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica* (a cura di F. Francario e M.A. Sandulli), Napoli 2018, e *Calcolabilità giuridica* (a cura di A. Carleo), Bologna 2017.

<sup>26</sup> A. Mengali, *Preclusioni e verità nel processo civile*, Torino 2018, 2, si propone di dimostrare, nello studio, l'enunciato che così formula: "uno degli scopi del processo civile è quello di rendere giustizia ed a tal fine è necessario che il processo accerti, per quanto è possibile, la verità dei fatti come realmente accaduti". Per l'accostamento tra decisione giusta e ricostruzione veritiera dei fatti, vd. A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv.dir.proc.* 2003, 27 ss..



Il sistema positivo delle prove influisce fortemente sul modello processuale, rispetto al quale si contrappongono il metodo cd. inquisitorio (che abilita il giudice a indagare “da sé” sui fatti) e il metodo cd. dispositivo (in cui sono le parti a potere e dovere disporre del regime delle prove nel ventaglio offerto dalla legge).<sup>27</sup> E’ chiaro che il metodo dispositivo risponde a un modello in cui la ricerca della verità “oggettiva” è recessiva, in forza della (tendenziale) disponibilità delle situazioni soggettive coinvolte nel processo. Ciò che si è già osservato per le cd. certezze legali a proposito del procedimento vale anche per le cd. prove legali nel processo: queste, infatti, contribuiscono a fornire certezze in punto di fatto, con il meccanismo delle presunzioni, anche a scapito della verità materiale dei fatti.

La sentenza è il risultato della conoscenza dei fatti e di una valutazione degli stessi in diritto, alla luce delle disposizioni normative applicabili a quei fatti.

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

Partiamo dal fatto e dalla conoscenza del fatto nel processo.

Secondo un “realista critico”<sup>28</sup>, Michele Taruffo, il processo, in quanto orientato alla “scoperta della verità”, costituisce uno “strumento epistemologico” volto ad acquisire “conoscenze veritiere dei fatti rilevanti per la soluzione delle controversie”<sup>29</sup>.

Il giudice è “il signore del fatto”, perché il fatto posto nella sentenza alla base della decisione è il fatto quale risultante dagli elementi acquisiti nel corso del processo, secondo regole ben definite che governano il processo medesimo; e la verità di fatto acquisita nel corso del processo è una verità “processuale”, cioè una verità – come abbiamo detto – “accertata” più che una verità “certa”.

Nell’esperienza del processo tendono ad attenuarsi quelle contrapposizioni teoriche che sembrano più simili a posizioni ideologiche che rispondenti alle esigenze dell’accertamento dei fatti nel processo e quindi alla loro conoscenza “per quel che serve” o, mutuando un linguaggio da ricettario alimentare, “quanto basta”. Mi riferisco, per esempio, alla contrapposizione tra correnti neorealistiche e pensiero costruttivistico post-moderno<sup>30</sup>. Le prime “predicano l’esistenza di una realtà inemendabile, quella dei fatti, che esistono autonomamente e che non possono essere mutati ricorrendo a schemi concettuali o cognitivi”; il secondo intende “criticare il tentativo di pervenire alla conoscenza della realtà in modo oggettivo” e rivendica “piuttosto la dimensione costruttiva mediante l’uso di categorie che...ci consentono di teorizzare intorno alla realtà in modo verificabile”<sup>31</sup>.

Gli spunti costruttivistici sembrano privilegiare la conoscenza dei fatti nel processo, attraverso il loro accertamento, mentre la corrente realista sembra muoversi su di un piano epistemologico di ordine filosofico, se non metafisico. Tuttavia, la riflessione costruttivistica

---

<sup>27</sup> Nel processo penale permane (a tutt’oggi) il metodo inquisitorio pur nell’adozione di un modello accusatorio, mentre il codice del processo amministrativo ha attenuato la prevalenza del metodo inquisitorio nel relativo giudizio, in coerenza con il processo di graduale soggettivizzazione della tutela dinanzi al giudice amministrativo.

<sup>28</sup> La definizione è di A. Abignente, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Napoli 2017, 113, da cui è tratta la citazione di Taruffo, sulla quale riflette l’Abignente.

<sup>29</sup> M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 135.

<sup>30</sup> Su cui, A. Abignente, *op.cit.*, 111 ss..

<sup>31</sup> *Ibidem*, 112.

sembra dare una rilevanza centrale, nella costruzione dei fatti, al linguaggio, inteso come forma narrativa; conclusione che può essere condivisa solo se si precisi che l'accertamento dei fatti non costituisce frutto di una retorica opera di *persuasione* ma è il risultato di un'auto-noma e oggettiva *valutazione* del giudice, sulla base delle risultanze processuali che illustrano e "provano" le allegazioni delle parti; valutazione sempre sindacabile nel sistema delle impugnazioni sino a che non diventi incontestabile. In ciò consiste quella "relazione dinamica tra la norma e il fatto"<sup>32</sup> "che non entra nel processo nella sua materialità empirica... [bensì come]... enunciati che la descrivono o, più spesso, sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*", tra le quali il giudice è chiamato a selezionare<sup>33</sup>.

Nella rivalutazione del fatto all'interno del processo e nel sistema delle impugnazioni sta il punto di raccordo tra fatto e diritto. Perché il diritto non può che essere "calato" sui fatti come accertati. Questi, sotto questo profilo, assumono il carattere di "verità", nel senso che se ne *assume* la corrispondenza al "vero", alla verità reale.

E passiamo al "giudizio di diritto".

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

Ma non sempre le cose sono così "facili".<sup>34</sup>

I modelli normativi, nei quali il metodo sillogistico sussume i casi, possono in effetti essere chiusi e definiti; ma possono essere "aperti" e in essi trovano spazio le clausole generali, le quali "vengono concretizzate dalla giurisprudenza"<sup>35</sup>. Autori "classici" evidenziano, con riferimento alle clausole generali, come il ricorso a esse sia una componente irrinunciabile di alcune specie di norme e osservano che esse si traducono in una delega del legislatore al giudice "perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta"<sup>36</sup>; e che esse si caratterizzano per "un'eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema"<sup>37</sup>. Appare difficile negare che sia rimesso al giudice un ampio margine di "discrezionalità" quando occorra, per decidere una controversia, fare ricorso a clausole generali o anche a concetti giuridici indeterminati, la cui distinzione non vede concordi gli autori e non è facile nella pratica<sup>38</sup>, ma che sono accomunati dallo spazio deliberativo lasciato al giudice. Si pensi ai canoni di ragionevolezza e di proporzionalità, spesso impropriamente

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, 114.

<sup>33</sup> M. Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, in *Rev.fac.dir. Sul de Mina*, 2, 2010, 196 ss..

<sup>34</sup> Sulla graduazione di difficoltà dei casi giudiziari, in relazione al margine valutativo rimesso al giudice, cfr. il classico A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, 1989, (trad.it.) Milano 1995.

<sup>35</sup> S. Patti, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P. Rescigno e S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna 2016, 166.

<sup>36</sup> P. Rescigno, *Le clausole generali; dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, cit., 135 ss..

<sup>37</sup> F. Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1983, 8.

<sup>38</sup> Per alcuni spunti e riferimenti, vd. S. Patti, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, cit., 171 ss..

tra loro confusi, o al bilanciamento di interessi, soprattutto nel giudizio, costituzionale o amministrativo, sui poteri, o alla buona fede o al legittimo affidamento nel diritto privato<sup>39</sup>.

I modelli normativi “aperti” sono assolutamente prevalenti nel diritto amministrativo.<sup>40</sup> Forse nella maggior parte dei casi è improprio anche parlare di modelli normativi, se per normativi si intende “posti per legge”.

Tale assetto, oltre che a ragioni di ordine storico,<sup>41</sup> è dovuto alla circostanza che il giudice amministrativo si trova a dover coniugare principio di legalità, la cui consistenza è mutata nei termini che si sono detti, e sindacato effettivo del potere.

La mancata puntuale predeterminazione del paradigma normativo e la “storicizzazione” (o concretizzazione) dell’interesse pubblico nel confronto procedimentale degli interessi non consentono, a costo di vanificare la tutela effettiva, di limitare il sindacato alla mera violazione della legge attraverso una mera verifica della sua corretta applicazione. Questa considerazione è all’origine dell’eccesso di potere, sia sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica, sia soprattutto attraverso la tecnica del sindacato per figure sintomatiche. Le figure sintomatiche di eccesso di potere possono essere trattate alla stregua di clausole generali, alcune delle quali corrispondenti a principi generali positivamente posti, che costituiscono da sempre l’ordinaria tecnica di sindacato sul potere pubblico. Questo dato – comune a tutte le Corti amministrative europee, in particolare a quelle di derivazione dal modello francese – costituisce invero il punto di comunanza tra giudici amministrativi continentali e giudici di *common law* (i quali ultimi di queste clausole fanno costante uso) e si pongono nella scia di una tradizione risalente al diritto romano classico e al diritto comune. In ciò i giudici amministrativi italiani ragionano più come un giudice inglese che come un giudice civile italiano.

In definitiva, possiamo dire che il “dilemma del giudice”, nell’applicazione del diritto (che presuppone una, distinta o meno che la si consideri, attività interpretativa) non riguarda ovviamente l’applicazione di norme puntuali e specifiche, i “casi facili” direbbe Aharon Barak: per questi l’adozione del metodo sillogistico-deduttivo è ovvia e risolutiva. Il problema si pone rispetto ai casi “difficili”, tali resi anche dalla complessità di un quadro normativo spesso oscuro<sup>42</sup>.

Ancor prima che la interpretazione del diritto, la cd. discrezionalità del giudice, cioè lo spazio valutativo riconosciuto al giudice anche in forza del regime positivo delle prove, riguarda poi anche l’accertamento del fatto: “dal fatto al caso” è la formula che potrebbe sintetizzare il

---

<sup>39</sup> Fermo restando che queste clausole costituiscono oramai patrimonio comune ai vari rami del diritto si da poter essere considerate alla stregua di categorie di teoria generale. Sottolinea la comunanza della problematica anche con riferimento al diritto penale, da ultimo R. Garofoli, *Il giudice tra creatività interpretativa ed esigenze di legalità e prevedibilità*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Vd., tra i tanti, H. Ehmke, *“Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo*, Tubingen 1960, (trad.it.) Napoli 2011; M. Clarich e M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa 2021.

<sup>41</sup> E’ stato rilevato in dottrina (M. Clarich) che nel giudizio amministrativo si è verificata una singolare “inversione logica” per cui prima è nata la tutela davanti al giudice e poi la situazione soggettiva tutelata. M. Nigro, ancora negli anni 70, parla di un processo di progressiva emersione dall’indistinto giuridico, ad opera della giurisprudenza, di interessi giuridicamente tutelati e di posizioni legittimanti. In questo processo c’è poco spazio per metodo sillogistico e fattispecie; molto spazio per quello che Grossi definirebbe un giudice non creatore, ma “inventore” – nel senso etimologico – del diritto.

<sup>42</sup> A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., spec. 115 ss..

percorso di ricostruzione dei fatti posto a base del giudizio di diritto; e il percorso logico seguito dal giudice ha “andamento circolare”, giusta i canoni della filosofia ermeneutica (Heidegger e Gadamer), secondo cui – com’è noto – l’attività valutativa si snoda lungo un percorso fatto di progressive approssimazioni e pre-comprensioni, sicché la “costituzione del caso giuridico” è “un andirivieni tra fatto e norma”<sup>43</sup>.

Questa tecnica di accertamento esalta l’aspetto della “processualità” del diritto, che, senza negarne gli aspetti formali, rifiuta l’idea del diritto come “vuota forma” e introduce il concetto di “giustizia come valore del diritto”; una idea della giustizia quale “conformità a un ordine oggettivo” sotto tre profili: “giustizia legale, se si tratta di conformità all’ordine oggettivo delle norme; giustizia ideologica, se si tratta di conformità all’ordine dei fini ritenuti validi nell’ambito di una determinata società in un determinato periodo storico; giustizia come accertamento della verità, se si tratta di conformità all’ordine degli accadimenti”. Quest’ultimo profilo, predominante sul piano del processo, denota la “giustizia giuridica” e qualifica la <lotta per il diritto>, di cui parlava Jehring, come “una lotta per la verità. Non certo per la Verità con la v maiuscola”, ma per “le piccole, quotidiane verità degli accadimenti”<sup>44</sup>.

### **3. Conclusioni: il confronto tra certezza e verità nell’esperienza giuridica e la centralità dell’argomentazione. Per un diritto non neutrale ma rispettoso del patto costituzionale**

Natalino Irti, forse con qualche sofferenza ma con la consueta lucidità, osserva che, in una società giuridicamente pluralistica, il diritto si sveste di quel contenuto determinato e garante della certezza, per diventare “artificiale”, contingente e sempre possibile, flessibile; in una, potremmo dire, sempre meno “vero”<sup>45</sup>. Con la conseguenza che “l’ideale di certezza si è così infranto e il diritto si è trasformato da sistema gerarchico in sistema *eterarchico*, spontaneo, proveniente dal basso... Il diritto, terraferma salda ed indiscussa fonte di certezza, si frantuma assumendo la forma di un arcipelago, lasciando all’interprete, al giudice, al cittadino il gravoso compito di muoversi tra le isole che lo compongono”<sup>46</sup>.

Il tema che abbiamo affrontato non consente conclusioni certe e men che mai vere.

Tra certezza e verità vi è una dialettica “aperta”, in continuo divenire, e il divenire, oltre che generare “dolore”, a partire dal pensiero greco classico<sup>47</sup>, determina quell’incertezza che deriva da ciò che non si sa (e non si può compiutamente pre-vedere)<sup>48</sup>.

Il quadro normativo di sistema, la fisiologica esperienza del processo, il mutamento dei riferimenti valoriali ancorché positivizzati nelle Carte costituzionali, le diverse e mutevoli sensibilità nella “lettura”, che si vorrebbe “oggettiva”, dei principi e delle regole che di quei valori si pongono come attuazione sono tutti fattori che costringono “il diritto <legale> e statuito in

---

<sup>43</sup> J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico*, trad.it. Bologna 2009, spec. 26.

<sup>44</sup> E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1983, 310 ss..

<sup>45</sup> N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011.

<sup>46</sup> A. Abignente, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Napoli 2017, 88.

<sup>47</sup> E. Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo*, Milano 1996, vol. I, 38 ss.; ma vd. pure, sul “senso della verità”, 21 ss.. Il filosofo nella disputa tra l’eternità e il “diventar altro” vede il “destino della verità” (*Dispute sulla verità e la morte*, Milano 2018, 34 ss.).

<sup>48</sup> Di fronte ai diversi gradi di incertezza, si è parlato di *radical uncertainty* (J. Kay, M. King, *Radical Uncertainty: decision-making for an unknowable future*, ed. Little, Brown Book Group 2021).

margini sempre più invasi...dalla funzione ri-equilibratrice dei principi giuridici”, tanto da potersi affermare che “il diritto sposta il centro delle sue prestazioni dalla certezza, che presuppone un mondo di soluzioni giuridico-positive date, una sorta di olismo giuridico, all’equilibrio, che dal canto suo è in grado di produrre, secondariamente, anche adeguati e non trascurabili surrogati di certezza, tenendo fermi i margini di giustizia, che nelle società liberal-democratiche non possono essere travolti”<sup>49</sup>.

Il quadro descritto porta a un tasso di inevitabile imprevedibilità della decisione giudiziaria, specie quando questa si confronti con modelli normativi aperti. E ciò indubbiamente mina il tasso di certezza del diritto. Che fare? Io credo sia impossibile tornare a ciò che peraltro mai è stato: il giudice “bocca” di un legislatore capace di regolare da solo tutto. Occorre allora lavorare su più fronti: migliore qualità della legge, formazione del giudice, *self-restraint* di questi nell’applicazione della legge, meccanismi volti ad assicurare un’apprezzabile dose di prevedibilità della giurisprudenza per il tramite della funzione nomofilattica delle Corti di ultima istanza<sup>50</sup>.

Resta però centrale il problema della “conoscenza” nell’esperienza del diritto. Non in chiave gnoseologica, ma in un’ottica “pratica”, che è quella propria di una scienza sociale. Una conoscenza che nasce proprio dalla dialettica tra certezza e verità nelle diverse accezioni che si sono illustrate.

Ciò non esclude che l’approccio filosofico, e soprattutto il contributo dei filosofi del diritto, svolga un ruolo importante nel determinare la visione che anche il pratico del diritto, e in primo luogo il giudice, ha inevitabilmente nel suo approccio all’esperienza giuridica.

Io non credo che si possa fare a meno di una visione assiologica del diritto per abbracciare una concezione scevra da ogni considerazione “valoriale”, che non risponde alle esigenze non solo dell’uomo come singolo, ma nemmeno dell’uomo “situato” in una comunità, che condivida tra i suoi componenti i valori portanti e fondativi della comunità medesima. “La norma giuridica pone un dover-essere che si riferisce al piano dei valori” e “l’effetto giuridico esprime una necessità assiologica, la necessità di un valore”<sup>51</sup>.

Se è vero che le visioni assiologiche del diritto, almeno quelle fondate su un “assiologismo generico”, oscillano tra concezioni formali e sostanziali<sup>52</sup>, può forse trovarsi un ragionevole punto di equilibrio tra sostanza e forma, grazie al quale la realizzazione degli interessi materiali dei soggetti possa trovare soddisfazione al di là di una teoria (insoddisfacente) dei meri concetti, ma nondimeno all’interno di un sistema formale in cui quegli interessi ricevano riconoscimento e tutela. Il che consente di dare una valenza “reale” al diritto, inteso come valore unitario di sintesi su cui si fonda una comunità (*GrundWert*), in cui il profilo assiologico

---

<sup>49</sup> G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, 6 ss.. L’incipit del saggio recita: “Piuttosto che la garanzia della <certezza>, al diritto contemporaneo si chiede principalmente la garanzia dell’<equilibrio>”.

<sup>50</sup> Vd. *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni* (a cura di Italiadecide), Bologna 2018; *Il vincolo giudiziario del passato* (a cura di A. Carleo), Bologna 2018.

<sup>51</sup> A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano 1965, 438. E continua: “L’espressione dover-essere (*Sollen, Ought*) ci porta immediatamente all’idea di valore. Ogni norma di condotta, giuridica o etica, definisce un valore dell’agire umano”. Secondo l’A., “nelle proposizioni giuridiche sono espressi rapporti di condizionalità tra un fatto e un valore; più analiticamente: tra un fatto del mondo reale e un valore dell’agire umano”.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

si veste di materialità, senza dismettere l'abito formale che gli deriva dalla positività. E consente, ancora, di dare un senso alla "giustizia" del diritto, intesa come "quel che è adeguato, nella misura più ampia e più certa possibile, al fatto e alla norma pertinente al fatto", sicché il giusto giuridico non può dirsi "affrancato dall'accertamento pregiudiziale della verità fattuale e dalla verifica oggettiva di elementi conoscibili da cui si possano trarre valori giuridici. Il giusto giuridico può bensì esistere senza la verità...ma sempre tende alla verità"<sup>53</sup>.

L'esposta convinzione si muove, altresì, nell'ambito di un approccio "fattuale" all'esperienza giuridica<sup>54</sup> in cui, nella centralità del processo come luogo in cui "si fa valere" il (proprio, ritenuto) diritto, si instaura una dialettica tra fatti e norme alla ricerca di una verità, pur "accertata" e non sicuramente "vera", che dia certezza a quel rapporto, ma anche, in una proiezione ulteriore, ai rapporti consimili in quel sistema giuridico<sup>55</sup>.

Da questo punto di vista, non sembrano potersi condividere le preoccupazioni di coloro i quali temono una "sovrapposizione" logica e terminologica tra valori e principi, per cui negano la valenza giuridica dei primi e mettono in guardia da una deriva di contaminazione tra foro interiore ed esteriore, in cui "il <principio> (de-oggettivizzato in <valore>) richiede al giudice-interprete adesione interiore", sicché "la pretesa regolativa del principio-valore abbraccia e invade la sfera interna", mentre, sul versante opposto, si ha "l'irruzione dei conflitti di valore nella sfera pubblica"; per il giudice, così, "perderebbe di senso il compito doloroso di dover dare applicazione a norme sulle quali non si è <internamente> d'accordo", con la conseguenza così di contraddire democrazia e giurisdizione al tempo stesso".<sup>56</sup>

Le dispute tra Scuole (di pensiero) servono ad analizzare le "ideologie" (non gli ideologismi) che ciascuna Scuola abbraccia o tende a condividere, rilevandone criticamente similitudini e differenze. Ma l'approccio pratico e, per certi versi, pragmatico, tende a cogliere nelle diversità delle concezioni i tratti comuni utilizzabili nell'applicazione e nell'interpretazione, nel nostro caso, del diritto.

Non può che condividersi l'osservazione che, sul piano dell'interpretazione, i valori in tanto rilevano in quanto si positivizzano in regole e principi, diventando a loro volta "criteri giuridici di riconoscimento e di validità di altre regole giuridiche, e non hanno più nulla a che fare

---

<sup>53</sup> U. Breccia, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?* in *Immagini del diritto privato*, Torino 2013, 285 ss..

<sup>54</sup> Su cui E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., il quale significativamente fa riferimento al diritto come valore in sé: "il diritto vale come valore in quanto fa valere le finalità dell'intera esperienza pratica" (p. 299) e sottolinea "l'enorme importanza del <metagiuridico> per la vita del diritto" (p.298); concetto questo che non va confuso con quello di metafisico, o di ideologico, o di morale: il <metagiuridico> indica il rapporto che lega il diritto con le finalità dell'azione.

<sup>55</sup> Nella stessa ottica di processualità del diritto si muove G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, 150 ss.: "nel segreto della controversia è dunque implicita la intuizione che la verità deve vincere e deve regolare la vita, e che la verità consacra, per così dire, la pretesa".

<sup>56</sup> N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.* 2015, 919 ss, spec. 923 ss.; ma vd. già, dello stesso A., *Premesse ad uno studio sui <principi supremi> di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur.cost.* 1998, 1891 ss..

con (*meri*, aggiungerei) valori<sup>57</sup>. Però, senza arrivare a “un esplicito riconoscimento della necessità di *un moral reading of the Constitution*”<sup>58</sup>, senza dimenticare la “fondamentale distinzione tra il mondo dei valori (o <valutati>) e la sfera dei principi di carattere normativo”<sup>59</sup>, non possono non riconoscersi alcune realtà che caratterizzano la sede interpretativa e applicativa del diritto (quanto meno) ai tempi nostri. E cioè: la differenza qualitativa tra Costituzione e legge, in quanto la prima incorpora valori etico-morali, certo nella misura in cui li recepisce e li positivizza in principi; il rilievo per cui l’interpretazione costituzionale (ma anche quella delle norme che disciplinano il potere amministrativo, in conseguenza del modello “aperto” della loro struttura) richiede un consistente purché appropriato uso del bilanciamento di interessi (a livello legislativo o amministrativo) nonché dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità; la distinzione tra principi e regole, non perché alle seconde si ubbidisca e ai primi si aderisca<sup>60</sup>, ma per la sensibile differenza “strutturale” tra disposizioni, in ambedue i casi aventi valenza normativa, che pongono regole, inevitabilmente puntuali, e disposizioni che pongono principi, inevitabilmente soggetti a una “storicità” non già in base al sentire personale dell’interprete, ma al mutare del complesso dei principi che si ricavano dall’ordinamento quali si desumono anche da una diversa “lettura” delle disposizioni costituzionali, indotta dalle trasformazioni dell’ordinamento e dello stesso “sentire” sociale nella misura in cui esso sia “oggettivabile” (e in certa misura lo è, altrimenti le società sarebbero immutabili)<sup>61</sup>.

Ed è l’analisi della giurisprudenza costituzionale (e non solo) degli ultimi decenni che suggerisce di prendere atto dell’evoluzione che in sede applicativa si è data di principi rimasti immutati: una presa d’atto non rassegnata, bensì consapevole di una caratteristica di ogni ordinamento giuridico che trovi fondamento nell’organizzazione sociale, e non nel “sistema” (che risiede nelle teste) dei giuristi.

Nel delineato contesto, la crescente rilevanza del cd. diritto giurisprudenziale, al di là dell’aspetto patologico che deriva dalla crisi della legge o dai dogmi del creativismo giudiziario e dei fautori del cd. diritto libero, si pone come un fenomeno fisiologico che, ben governato, costituisce un fattore di innovazione dell’ordinamento e di adeguamento costante alle esigenze della società cui il diritto è chiamato a dare risposte. E a ciò risponde la logica di una struttura “aperta” di alcuni modelli normativi invalsi nella disciplina dei rapporti, costituzionali e amministrativi, di natura pubblicistica. Infatti, i modelli normativi aperti richiedono, al di là della integrazione contenutistica propria delle clausole generali, il ricorso a strumenti e tecniche interpretative capaci di ridurre l’indeterminatezza dell’ordinamento o della norma, nel senso dianzi precisato; e i principi sono pur sempre “norme tra norme”<sup>62</sup> e, al più, rispetto alle norme, si

---

<sup>57</sup> N.Zanon, *op.cit.*, 920.

<sup>58</sup> R. Dworkin, *Freedom’s Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 1996.

<sup>59</sup> N. Zanon, *op.loc.ult.cit.*.

<sup>60</sup> In tal senso G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 148 ss., su cui svolge critiche N. Zanon.

<sup>61</sup> Per G. Capograssi, grazie ai principi, la perenne pretesa degli ordinamenti di essere completi” cede il passo alla “inesauribilità della vita” (così in G. Marino, *Analisi azione diritto uomo comune*, Napoli 2006, 41).

<sup>62</sup> N. Irti, *I cancelli delle parole*, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 57 ss., definisce i principi “norme di grado superiore” e chiarisce che, poiché i testi normativi presentano spesso un certo grado di indeterminatezza, “da essi è ricavabile una pluralità di norme. Il giudice sceglie, non oltre, ma tra i significati ricavabili dal testo”. Diverso è il rapporto, però, tra principi costituzionali e norme, da una parte, e principi generali dell’ordinamento e

collocano in posizione poziora nell'ambito di una "gerarchia assiologica"<sup>63</sup>, con la conseguenza che, nel caso di più significati possibili di una norma, si sceglie il significato maggiormente coerente con il pertinente principio generale. Trasponendo la rilevanza dei principi dal piano della mera interpretazione delle norme interne a un sistema – cui fanno propriamente riferimento i principi generali dell'ordinamento – al piano dei principi costituzionali – diversi dai "valori", *rectius* che sono valori positivizzati – può nondimeno osservarsi che tali principi, proprio in virtù del loro carattere assiologico, orientano l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni che ne costituiscono attuazione, con quel grado di "adattabilità" necessario a far vivere il principio nella mutevole realtà ordinamentale.

La dialettica tra verità e certezza dal piano giudiziale si sposta al piano legislativo, dove non si ricerca *la* verità, e nemmeno *una* verità, ma si effettuano *scelte*, alcune delle quali "imposte" dal piano dei valori costituzionali positivizzati in principi, come avviene nel campo della bioetica.<sup>64</sup>

Viene a questo punto, e in fine, un aspetto centrale della giurisdizione: la responsabilità della decisione. Con la sentenza il giudice decide una lite "responsabilmente", cioè "dando conto" della propria decisione attraverso la "motivazione". Questa – come ben sottolinea Guastini<sup>65</sup> – non consiste nella esposizione dei "motivi", che richiamano qualcosa di psicologico, bensì di "ragioni", che sono "argomenti, ossia enunciati, che fanno parte di un ragionamento...e che *giustificano* una decisione".

L'argomentazione giuridica diviene dunque centrale in quella che è stata definita l'età dell'incertezza, per parafrasare il titolo di uno studio. E serve, "nell'eclissi del formalismo giuridico", per condurre il giurista "nell'oceano di incertezze" che derivano dalla complessità del presente, ma in "una nuova prospettiva che dia modo di percepire la complessificazione come luogo di possibilità"; il "percorso motivazionale" dell'interpretazione consente di assumere l'incertezza "come origine di apertura all'inatteso"<sup>66</sup>. Se, infatti, in una disposizione "la creazione dei significati primari deve sempre ricondursi alla sovranità popolare"<sup>67</sup>, è soltanto "il momento della giustificazione razionale e quindi dell'argomentazione che può segnare la compatibilità e quindi la legittimità dei <significati secondi>"<sup>68</sup>.

L'argomentare serve a ridurre la distanza tra norma e sua interpretazione; serve a legittimare la decisione e lo stesso giudice che l'ha adottata; serve a rendere (più) determinato

---

norme, dall'altro: se nel secondo caso la definizione di "norma tra norme" appare senz'altro appropriata, i principi costituzionali, proprio in virtù della loro connotazione "valoriale" nei sensi esposti, si collocano su un piano diverso dalle disposizioni che di quei principi costituiscono attuazione.

<sup>63</sup> R. Guastini, *Prima lezione sull'interpretazione*, Modena 2019, 41 ss..

<sup>64</sup> Cfr. A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli 2016.

<sup>65</sup> R. Guastini, *op.cit.*, 27, che richiama opportunamente A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958.

<sup>66</sup> A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, cit., spec. 9 ss..

<sup>67</sup> P. Barcellona, *Diritto senza società. Dal discorso all'indifferenza*, Bari 2003, 191.

<sup>68</sup> A. Abignente, *op.cit.*, 30. L'A. continua così (p. 33): "In questi termini...credo possa essere riletta l'antica e sempre viva questione della certezza del diritto, non per sancirne l'estinzione in nome di una propugnata arbitrarietà, ma per ricondurla negli argini del controllo della ragionevolezza argomentativa. Pur riconoscendo così la certezza come valore per il nostro tempo, siamo in grado di concepirla non in modo statico ma dinamico...Per dirla parafrasando le parole di Habermas, la certezza come *fine* sussiste ma più che esserci *data* ci è assegnata come *compito*".



il modello normativo aperto; serve a fronteggiare l'incertezza attraverso il dubbio che non arresta il processo ma sfocia nella sentenza (Si ricorderà Kafka nel *Processo*, quando il sacerdote dice allo sventurato protagonista: "La sentenza non viene a un tratto; è il processo che si trasforma a poco a poco in sentenza").

In una, l'argomentazione serve a riferire al giudice e al processo interpretativo e applicativo il duplice fondamento di validità del diritto moderno secondo Habermas: "un fondamento poggiate sia sul principio di statuizione sia sul principio di giustificazione"<sup>69</sup>.

Serve, in definitiva, a giustificare *una* verità per esigenze di certezza.

---

<sup>69</sup> J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, (trad.it.) Torino 1992, 75.