.................................................................................... 273

**Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione (\*)**

*Se la giustizia scompare, non ha più valore*

*la vita degli uomini sulla terra*

(E. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto*)

**SOMMARIO: 1. Ruolo della giurisprudenza amministrativa e principio di legalità. — 2. Risvolti concreti della problematica. — 3. Il problema dell’improprio ruolo del precedente giurisprudenziale. — 4. Conclusioni**

# Ruolo della giurisprudenza amministrativa e principio di legalità.

La riflessione sul processo amministrativo assume nell at- tuale congiuntura massima rilevanza.

Non soltanto perché la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione (e, più in generale, dei titolari del potere pubblico) costituisce una conquista fondamentale di civiltà giuridica ed è, come tale, connotazione imprescindibile dello Stato di diritto, ma anche per il ruolo, estremamente importante, ma improprio, di «bilancia dei diversi interessi» che la crisi della politica vede inevitabilmente affidato al giu- dice amministrativo, lasciandolo frequentemente «senza rete» nell individuazione delle regole del caso concreto, salvo poi frustrare la delicatissima e complessa funzione che la Costitu- zione lo ha chiamato a svolgere, imponendogli decisioni *iper* rapide e ipo motivate, e ingiustamente imputargli le conse- guenze negative delle pronunce che, riscontrando l illegittimo

(\*) Lo scritto è pubblicato sul primo numero (n. 3/2018) della nuova rivista giuridica “Il processo” (Giuffrè Francis Lefebvre).

*Il Processo* - 2018

esercizio dei poteri pubblici, ne blocchino gli effetti; e ciclica- mente «intimorirlo», paventandone la soppressione (1).

Si sente purtroppo frequentemente sostenere, anche da fonti autorevoli, che l’evoluzione del sistema socio-economico e le nuove tecnologie (2) implicano, per un verso, il superamen- to delle fonti tradizionali — le regole fissate, in modo generale e astratto dagli organi rappresentativi della volontà popolare

— per lasciare il posto alle «pratiche amministrative», alla giurisprudenza e alle «regole leggere e flessibili» (circolari e linee guida) elaborate dalle stesse amministrazioni o dalle autorità indipendenti; e, per l altro verso, l inadeguatezza dei principi storici a spiegare i nuovi fenomeni e la conseguente esigenza di elaborare nuovi principi, tratti di volta in volta da queste nuove «sorgenti» (e, dunque, inevitabilmente, a loro volta, «flessibili») (3); e di modificare anche il metodo di inse- gnamento delle nostre materie, allontanandolo dai riferimenti alle tradizioni e al diritto positivo (4).

Se il concetto di certezza giuridica (5) non è più esclusiva-

* 1. Sul punto v. *amplius* M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto***,** in *federalismi.it*, 2017.
  2. Sulle delicate problematiche del rapporto tra diritto e scienza, cfr. per tutti, N. COGGIOLA, *Danno da processo tecnologico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, VI aggiorn., Torino, 2011; M. TALACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto fra validità metodologica e credibilità civile*, in *Politeia*, XIX, 2003; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici, La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001.
  3. Cfr. da ultimo la Relazione di S. CASSESE, al XXII Congresso Italo- Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Messina, 17-19 maggio 2018, che segnala come il fenomeno si estenda anche al diritto costituzionale, come dimostrato dalle pratiche che limitano la libertà di manifestazione del pensiero. Il fenomeno del nuovo diritto «flessibile» e delle sue conseguenze sul sistema è molto ben rappre- sentato nei volumi di A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015 e di G. MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma, 2015.
  4. Ancora S. CASSESE, nella summenzionata Relazione, osservava che l inse- gnamento del diritto amministrativo deve seguire questa evoluzione e non può essere ancorato al diritto nazionale, al metodo giuridico, all ordinamento positivo (si apprezza l esempio dell Olanda, in cui si tengono dei corsi interamente in inglese in cui non si fa alcun cenno al diritto olandese); non dovremmo quindi più partire dai principi, ma dai problemi e se mai costruire da quelli e dalle possibili soluzioni i nuovi principi.
  5. La letteratura in materia è evidentemente sterminata. Si richiamano,

mente ancorato, secondo la teorizzazione illuministica, alla corretta formulazione della legge, ma inevitabilmente com- prende, come testimonianza della sua perdurante valenza o della sua necessaria evoluzione, la dimensione giudiziaria (6), la dissoluzione del primato della legge scritta sugli atti che devo- no darvi attuazione o farne applicazione non è accettabile, perché «il legame fra imparzialità e legalità, e quindi fra im- parzialità e democraticità tramite appunto la legalità, implica naturalmente che quest ultima venga assunta nel suo valore sostanziale, venga intesa cioè nell unico senso idoneo a con- sentire l adeguarsi dell amministrazione all indirizzo posto, at- traverso la legge, dall organo direttamente rappresentativo del- la comunità popolare» (7) e «nel sistema delle fonti del diritto la legge è sovraordinata alla giurisprudenza anche allo scopo di garantire l uniformità e la certezza delle regole di comporta- mento, sottraendole alle ondivaghe opinioni e tendenze inter- pretative» (8).

E alcuni recenti interventi degli organi legislativi, consultivi e giurisdizionali danno significativa conferma della perdurante attualità delle riportate affermazioni e l ineludibilità del «mo- dello di legittimazione espresso nella sequenza: sovranità po-

pertanto, solo le principali voci enciclopediche (M. CORSALE, voce *Certezza del diritto.*

*I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988, 5; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013, 248 e gli atti dei Convegni annuali AIPDA su «*Incertezza delle regole*» (Napoli 2014) e «*Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo in Italia*» (Padova 2015), rispetti- vamente in Annuario AIPDA, Napoli, 2015 e 2016.

* 1. Per tutti, sempre, V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, 890; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, 1990, 445 ss.
  2. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974, 132 ss. Sulla crisi di identità del principio di legalità v. invece anche M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, 2013, 402, che propone una moderna categoria di legalità «ibrida», non più «pura», prevalente rispetto a quella democra- tica.
  3. Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 2011 n. 6514.

polare-rappresentanza democratica-legge-definizione del rap- porto autorità/libertà» (9).

Nel parere reso il 26 giugno scorso (10) sulla modifica del Regolamento per il rilascio dei pareri precontenzioso ANAC, la Commissione speciale del Consiglio di Stato si è espressa in senso negativo su diverse disposizioni elaborate dall Autorità, in quanto prive di legittimazione da parte della normativa primaria.

Qualche giorno dopo, con le tre ordinanze gemelle nn. 374, 375 e 376 del 29 giugno, il Consiglio di Giustizia Amministra- tiva per la regione siciliana ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di l.c. dell art. 3, co. 3, della legge regionale 11 agosto 2016, n. 17 (recante *inter alia* «*Disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale e di cessazione degli organi comunali*»), laddove stabilisce che «*Le disposizioni del presente articolo si applicano anche per l’elezione dei con- sigli circoscrizionali*», in riferimento agli artt. 3 e 101, co. 2, Cost., per ciò che, per la sua imprecisione e vaghezza, contrasta col principio di ragionevolezza e con la soggezione del giudice alla legge, evocando l immagine del «*gregge privo di pastore*» prospettata dalla Consulta nella sentenza n. 204 del 1982.

Significativamente, anche l Adunanza plenaria, chiamata a pronunciarsi sull idoneità delle nuove regole acceleratorie del

* 1. La citazione è tratta da A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, 649, che rileva l opportunità di riflettere sul «modello di struttura istituzionale, articolata su due essenziali caposaldi. Questi sono da un lato l amministrazione ampiamente svincolata dalla legge [...]; dall altro lato, un rapporto diretto principi-giudice che tende a sminuire il valore delle regole e di una scienza che autonomamente, sistematicamente e costruttivamente, se ne occupi».
  2. Parere n. 1623/2018, in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it/)e *www.l’ammini- strativista.it.* Sull istituto del precontenzioso ANAC come riformato dal Codice del 2016, si vedano E. FOLLIERI, *Le novita` sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 8-9, 2016, 873 ss.; M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 754 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, spec. 466 ss. Sui previgenti pareri dell AVCP, sia consentito rinviare a M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell’AVCP*, in *federalismi.it*, 13/2013.

rito super speciale sui contratti pubblici a giustificare l onere di immediata impugnazione del bando anche per le clausole non immediatamente escludenti, nella sentenza n. 4 del 2018, disat- tendendo la posizione assunta dalla III Sezione (11), ha preci- sato che, in assenza di chiare disposizioni in tal senso «laddove (il che non è, come meglio si chiarirà di seguito) venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione) dell inciso del comma 5 dell art. 120 “autonomamente lesivi”».

Nel commentare il d.m del 17 gennaio 2018, n. 35, recante il «*Regolamento sulle modalità di composizione e funzionamen- to dell’Osservatorio nazionale sul fenomeno degli atti intimida- tori nei confronti degli amministratori locali*» previsto dall art. 6 della l. del 3 luglio 2017, n. 105 (12), Alberto Cisterna ha rimarcato con favore come, rispetto alla precedente cornice di *soft law*, tale articolo abbia previsto «in modo significativamen- te più stringente e accurato» che all Osservatorio fosse attri- buito, tra gli altri, il compito di «c) promuovere iniziative di formazione rivolte agli amministratori locali e di promozione della legalità, con particolare riferimento verso le giovani ge- nerazioni*»,* sottolineando che «Si tratta di una *mission* molto più ampia e, soprattutto, coerentemente orientata verso la formazione degli amministratori (troppe volte totalmente igna- ri della complessità normativa che presiede la *governance* locale...) nella corretta consapevolezza che trasparenza ed ef- ficienza si muovono all unisono e che la legalità non deve

* 1. Cons. Stato, sentenza n. 2014 del 2017, seguita poi da numerosi giudici di primo grado (sul punto, *amplius*, M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a*

*«Principi e regole dell’azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale» (federalismi.it, 6 dicembre 2017)»*, in *federalismi.it*, 2018.

* 1. *Guida al diritto*, n. 23/2018.

essere uno strumento che rallenta l azione amministrativa, ma piuttosto la spinta che le consente di realizzare effettivamente la più equa ed equilibrata gestione delle risorse umane e finanziarie a disposizione»; e che con il nuovo Regolamento il Ministero dell interno «ha voluto sottolineare in modo eviden- te come sicurezza e legalità siano — a livello locale e non solo

— un connubio inscindibile e che su questa endiadi si fondano le prospettive di affrancazione delle amministrazioni locali da condizionamenti interni ed esterni».

# Risvolti concreti della problematica.

La questione dei rapporti tra sicurezza giuridica e garanzia della legalità (intesa nel suo valore sostanziale, come garanzia del cittadino a non subire limiti, vincoli o altre forme di condizionamenti dei propri diritti e delle proprie azioni che non trovino chiaro fondamento nelle scelte dell organo rappre- sentativo della volontà popolare) (13), al di là del suo innegabile interesse teorico (14), presenta risvolti concreti di massima ri- levanza (15).

1. Sulla crisi di identità del principio di legalità democratica v. *inter alia* M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit.
2. Da ultimi, per tutti, le Relazioni e gli Interventi alle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa* su *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdi- zionali e diritto alla sicurezza giuridica*, (a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI), Modanella (Siena), 8-9 giugno 2018, Napoli, 2018 e in parte leggibili sul sito istituzionale della giustizia amministrativa (*www.giustizia-amministrativa.it*) e in *federalismi.it* e la Relazione di M. D AMICO su «*L’amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*» al I Convegno biennale AIC-AIPDA svoltosi a Roma Tre il 20 aprile 2018 su «*Governo e amministrazione*», in [*www.diritto-amministrativo.org.*](http://www.diritto-amministrativo.org/)Il delicato tema dei limiti del potere giurisdizionale è stato peraltro autorevolmente affrontato anche nei contributi raccolti nel fascicolo 2/2016 della rivista *Diritto Pubblico*, significativamente dedicato a «*Giudice e legislatore*», nonché nel Conve- gno annuale AIPDA svoltosi a Trento nel 2012 e in diverse relazioni e interventi dei Convegni annuali AIPDA tenutisi a Napoli nel 2014 e a Padova nel 2015 (Annuari 2012, 2014 e 2015, Napoli, 2013, 2015 e 2016). Vd. anche E. FOLLIERI, *Il* deficit *di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 505 ss.; S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo tra storia e attualità*, Torino, 2014.
3. Per qualche esempio, si vedano, da ultimi, la citata Relazione di M.

Ferma la difficoltà di rinunciare ai valori di civiltà giuridica che presiedono alla separazione dei poteri e al primato della legge, anche come limite e «binario» (16) della funzione giuri- sdizionale (17), non si può invero non rappresentare che uno dei più seri fattori di rischio per l economia di un Paese sia costituito dall incertezza delle regole che presiedono al corret- to esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rap- portarsi (18).

Gli operatori economici e, in termini più generali, i soggetti che investono le proprie risorse lavorative ed economiche in un determinato ambito territoriale o settoriale hanno infatti biso-

D AMICO, la breve casistica su alcune più recenti questioni di diritto processuale in

M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi*, cit., il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1127 del 27 aprile 2018 sulle modalità di applicazione dell art. 14-*ter*, co. 4, della l. n. 241 del 1990, come sostituito dall art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 127 del 2016, in merito al rappresentante unico delle amministrazioni statali in seno alla conferenza di servizi simultanea.

1. Si richiama ancora una volta la significativa immagine del «*gregge senza pastore*» prospettata dalla Corte costituzionale nella sentenza 204 del 1982. In argomento, sono particolarmente pregnanti anche le considerazioni del Presidente della Corte di cassazione Vincenzo Carbone nel discorso di Inaugurazione dell anno giudiziario 2010: «L esclusiva soggezione alla legge è il fulcro dell autonomia e dell indipendenza del Giudice. Il «primato della legge» è il primato della *Lex* sullo *Jus*, delle regole scritte dal Parlamento sulle altre regole morali, religiose, ideologi- che, politiche. E l applicazione al caso concreto di una «legge» (scritta da un soggetto «altro da sé») consente al Giudice di apparire - oltre che di essere - terzo, super partes, indipendente da altre regole e anche «da se stesso», al fine unico ed essenziale di risolvere il conflitto insorto. E di risolverlo mediante una risposta tempestiva, funzionale ed efficiente alla domanda di Giustizia posta dal cittadino che bussa alla porta dell Ufficio, utile ad archiviare il passato e ad essere disponibile per un futuro migliore».
2. Il tema è trattato più diffusamente in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto e realtà giurispruden- ziale*, in *federalismi.it*, 2017, cui si rinvia anche per i richiami a scritti precedenti.
3. Ne danno, di recente, ennesima conferma i rilievi del parere n. 1127 del

27 aprile 2018 espresso della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul rappresentante unico in seno alla Conferenza di servizi e le sentenze della V e della VI Sezione del Consiglio di Stato nn. 2853 e 3940 del 2018 in tema di limiti all operatività del termine di 18 mesi per l esercizio del potere di autoannullamento (mentre manifesta una maggiore attenzione per l affidamento degli amministrati la sentenza della stessa Sezione VI n. 4502 dello scorso 23 luglio).

gno di potersi fidare del relativo sistema, senza essere esposti al rischio che i detentori dei poteri pubblici rivedano, modifican- dole «in corsa», le condizioni per l esercizio dell attività intra- presa o per la fruizione dei benefici economici originariamente previsti o addirittura contrattualmente riconosciuti per incen- tivarla (come è accaduto con la deprecata legge «spalma incen- tivi») (19); oppure (come purtroppo molto frequentemente ac- cade in tutti i settori di attività soggetti al controllo pubblico) rilevino, a distanza di anni, il difetto dei relativi presupposti, perché non effettuano tempestivamente i prescritti controlli o perché improvvisamente si determinano a propugnare più ri- gide chiavi di lettura di disposizioni e contesti ordinamentali oggettivamente ambigui, che magari, proprio per la declamata e apparente «apertura» e «semplicità» di accesso, avevano attratto l impiego di risorse che gli stessi operatori o investitori avrebbero altrimenti destinato ad altre attività o ad altri ambiti, territoriali o settoriali.

L incertezza sulla stabilità e sulla stessa originaria validità e sussistenza dei titoli abilitanti all esercizio di un attività profes- sionale o economica e/o delle condizioni per accedere a con- tributi pubblici e/o godere dei risultati dell investimento delle proprie risorse economiche è sicuramente uno dei più alti fattori di rischio per l economia di un Paese.

Essa si lega inevitabilmente all incertezza delle regole che dovrebbero garantire il corretto esercizio dei poteri pubblici, tanto amministrativi, quanto giurisdizionali, offrendo a quanti

1. Il riferimento è al d.l. del 24 giugno 2014, n. 91, convertito nella l. dell 11 agosto 2014, n. 116, con il quale lo Stato italiano ha disposto la drastica riduzione, a partire dal 1 gennaio 2015, delle tariffe incentivanti già riconosciute ai produttori di energia fotovoltaica in base alle vigenti convenzioni stipulate con il GSE e sono state peggiorate, a partire dal mese di luglio 2014, le relative modalità di erogazione: misure che la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevoli in quanto giustificate dalle superiori esigenze dell economia, negando che l impegno convenzionalmente assun- to dallo Stato a corrispondere le tariffe nella misura e con le modalità previste dalla legge che aveva attratto quegli operatori ad investire nel nostro Paese fosse idoneo a far sorgere negli stessi un legittimo affidamento alla relativa stabilità per l intera durata del contratto.

devono interfacciarvisi un reale affidamento nella sua impar- zialità e prevedibilità .

In un contesto normativo oggettivamente complesso (an- che per l impatto delle fonti e della giurisprudenza sovranazio- nali (20)) e poco chiaro, l amministrazione è maggiormente esposta al rischio di darne un applicazione errata, e per l effet- to, negare ingiustamente i titoli necessari all esercizio di attività o al conseguimento di beni o benefici, escludere o scegliere indebitamente i propri contraenti, rilevare inconsistenti viola- zioni di precetti, imporre inique e sproporzionate sanzioni, ma anche, e in direzione esattamente opposta, trovarsi a conferire o a lasciar consolidare titoli o benefici che, in un successivo momento, i propri stessi organi e/o uffici decidono di «ricon- trollare» con occhio più rigoroso, privando, ora per allora, anche a distanza di anni, il relativo beneficiario della fonte di reddito e/o di lavoro nella quale aveva fiduciosamente investito e/o addirittura imponendogli la restituzione di quanto aveva fino ad allora contrattualmente percepito.

Il problema assume contorni viepiù preoccupanti, allonta- nando ancora di più gli operatori e gli investitori che ne acquistano progressivamente consapevolezza, per effetto della cd «semplificazione» dei controlli sulle attività economiche, attraverso la sostituzione dei tradizionali provvedimenti auto- rizzatori con titoli «virtuali» di assenso, fatti «implicitamente» conseguire all inerzia serbata dalle amministrazioni sulle rela- tive richieste (inerzia a sua volta incentivata dalla preoccupa- zione dei pubblici funzionari di assumersi la responsabilità di

1. Su cui v. da ultime le Relazioni di R. BIN, A. BARONE e P. GENTILI alle già richiamate Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018 e il significativo rinvio alla CGUE della questione di compatibilità eurounitaria delle ricordate norme spalma incentivi, disposto dal Consiglio di Stato (IV, nn. 1306-1307/2018)

«pur consapevole della manifesta infondatezza della pretesa della società ricorrente e della ingiustificata protrazione dei tempi del processo collegati alla pendenza della questione pregiudiziale, al solo fine di ottemperare al dovere di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice nazionale di ultima istanza ed in considerazione del fatto che l inosservanza di siffatto dovere determina una diretta responsabilità dello Stato membro di carattere sostanzialmente oggettivo».

scelte interpretative complesse) (21); e, soprattutto e in ambiti sempre più ampi, con titoli derivanti da mere autocertificazioni private della conformità delle attività intraprese al (complesso) quadro normativo di riferimento (in passato «*Dichiarazione*» o

«*Denuncia di inizio di attività*», oggi «*Segnalazione certificata di inizio di attività*»), che, come accennato, rischiano di essere qualificate come totalmente abusive se, anche a distanza di lustri, l amministrazione che avrebbe dovuto controllarne la legittimità, rilevi — o, semplicemente, optando per una posi- zione più severa, reputi — che l attività intrapresa non rientra- va in realtà tra quelle direttamente autocertificabili perché non rispondeva all uno o all altro dei numerosi requisiti sparsi tra le diverse fonti di riferimento o magari soltanto perché il dichia- rante aveva, anche incolpevolmente, commesso qualche errore od omissione — più o meno rilevante — nella dichiarazione/ certificazione (22).

Le misure che, progressivamente (a partire dalle leggi 311 del 2004, 80 del 2005 e, soprattutto, con la l. del 7 agosto 2015,

n. 124), il legislatore ha cercato di elaborare per circoscrivere tali rischi, ponendo rigorosi limiti motivazionali e temporali ai suddetti interventi postumi su titoli già consolidati, sono state e continuano a essere a loro volta oggetto di interpretazioni contrastanti, foriere di ulteriori incertezze, con l effetto che — in un quadro normativo oggettivamente incerto — i riferiti declamati istituti di semplificazione e liberalizzazione si sono trasformati in un *boomerang* per gli operatori, privati delle

1. I timori già espressi in occasione del ventennale della legge istitutiva dei TAR (M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della p.A.*, in *Giust. civ.*, 1994, 485 ss.) si sono tristemente rivelati fondati. Per un maggiore approfondimento della questione, si rinvia a quanto osservato in *Le novità in tema di silenzio,* in *Treccani. Il Libro dell’anno del diritto*, Roma, 2014, 220 ss.; *L’istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter; Nuove Autonomie,* 2013; e in *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 301 ss.
2. Sul tema, M.A. SANDULLI, *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Treccani. Il Libro dell’anno del diritto 2016*, Roma, 2017; e, *amplius*, La *segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, 2ª ed., Milano, 2017, 215 ss.

garanzie del controllo preventivo espresso sulla legittimità di quanto si avviano a intraprendere o realizzare, e incapaci per l effetto di dare certezza della validità e stabilità del titolo ai potenziali contraenti o finanziatori.

Pur a fronte della netta scelta legislativa (art 21-*nonies* l. 241/1990, come modificato dalla l. n. 124/2015) nel senso di limitare il potere di autoannullamento dei titoli autorizzatori e degli atti attributivi di vantaggi economici entro 18 mesi dal loro rilascio/formazione, con eccezione soltanto delle ipotesi cui il titolo o il beneficio sia stato conseguito sulla base di false rappresentazioni della realtà o dichiarazioni false o mendaci accertate con sentenza penale di condanna passata in giudicato (co. 2-*bis*) (23), le amministrazioni e gli stessi giudici (attraverso

1. Sul punto, per tutti, C. DEODATO, *L’annullamento d’ufficio,* in M.A. SAN- DULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss. e *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, 2017; E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’Azione amministrativa*, Milano, 2017, 987 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A.SANDULLI, (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, cit., 435 ss. e M.A. SANDULLI, *Segnalazione certificata di inizio di attività*, cit. In termini più generali, sulla nuova disciplina dell annullamento d ufficio e sui relativi effetti sulla natura dell istituto, F. FRANCARIO, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA.VV., *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010; *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it*, 2015; *Profili evolutivi dell’autotutela (decisoria) amministrativa*, Relazione al Convegno AIPDA, Campobasso, 8 aprile 2016, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione, procedimento amministrativa e attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016; *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, Relazione al Convegno annuale AIPDA 2016 su *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in *Annuario* 2016, Napoli, 2017; M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; *La sospensione del provvedimento amministra- tivo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *federalismi.it*, 2016; M. ALLENA, *L’annul- lamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Napoli, 2017, nonché, per un esame dell istituto alla luce dei profili comparatistici, S. PELLIZZARI, *L’illecito dell’ammini- strazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell’indagine comparata*, Napoli, 2017. Sul tema sia inoltre consentito rinviare anche alle riflessioni svolte in

M.A. SANDULLI, *L’autotutela perde i limiti temporali imposti dalla «Madia»*, in *Il sole 24 ore*, 9 luglio 2018; *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappre- sentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?* (*focus*), in *lamministrativista.it*; *Poteri di autotutela della pubblica ammini- strazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2016; *Gli effetti della l. 7 agosto 2015, n. 124*

le loro pronunce o attraverso i loro scritti) tendono invero a ridurre la portata della riferita eccezione, limitando la necessità della condanna (dato «certo») alle dichiarazioni ed escluden- dola per le false rappresentazioni della realtà, estese a loro volta all erronea rappresentazione di circostanze o qualità giu- ridiche spesso derivante dalla già rilevata complessità e incer- tezza del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimen- to (24).

Sotto un diverso profilo, nonostante il legislatore abbia inequivocabilmente legato il termine di 18 mesi al «momento dell adozione» del provvedimento (e, nel caso della SCIA, nel d.lgs. del 25 novembre 2016, n. 222 al suo «consolidamento»),

*sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in

*federalismi.it, 2015.*

1. Si segnala, a questo riguardo, la sentenza 27 giugno 2018 n. 3940, in cui la V sezione del Consiglio di Stato ha proposto una ricostruzione del sistema che possa contemperare l affidamento nella stabilità dei titoli autorizzatori o attributivi di vantaggi economici con l oggettiva difficoltà dell amministrazione di effettuare i necessari controlli nei termini indicati dal legislatore, giungendo alla conclusione che, alla luce del dato letterale e teleologico, e della considerazione che la negazione di un autonomia di valutazione all autorità procedente sarebbe «in realtà, frutto della [ad avviso del collegio non condivisibile] petizione di principio secondo cui l accertamento della falsità dei presupposti di fatto competa sempre e solo al giudice penale» il disposto dell art. 21-*nonie*s, co. 2-*bis*, «andrà interpretato nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito: *a*) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l accertamento definitivo in sede penale; *b*) sia nel caso in cui l (acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispon- dente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso - non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva - si dovrà esclusi- vamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la conflig- gente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». La soluzione, pur astrattamente

«ragionevole», non sembra rispondere alla scelta legislativa di offrire effettiva certezza di stabilità dei titoli contro interventi tardivi di autotutela non basati su

«falsi» oggettivamente dimostrati con le garanzie delle regole penalistiche (*in dubio pro reo*, principio di innocenza, onere della prova, ecc.) e avrebbe, più opportuna- mente, dovuto essere rimessa al Giudice delle leggi.

significativamente non prevedendo alcuna deroga per la fase transitoria (neppure dopo gli espressi e reiterati inviti dei pareri del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti attuativi), la giurisprudenza ha autonomamente coniato la diversa — e contrapposta — *regula iuris* che, in fase di prima applicazione, il termine di 18 mesi debba farsi decorrere dall entrata in vigore della legge (ciò che peraltro dovrebbe determinare la reviviscenza, nelle more della maturazione di tale termine, dell art. 1, co. 136, l. del 30 dicembre 2004, n. 311, che signifi- cativamente ne anticipava la portata (25)).

E ancora, con riferimento ai provvedimenti di autotutela non soggetti (*ratione temporis* o *materiae*) a detto limite tem- porale massimo, l Adunanza plenaria (sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017) (26) ha addirittura recentemente affermato che

«il termine (nella sua dimensione ‘ragionevole ) decorre dal momento in cui l amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell atto: una soluzione che, se ancorata al dato fattuale dell avvenuta conoscenza del vizio e non a quello della sua astratta «conoscibilità» (con la diligenza che gli interessati hanno diritto di pretendere da una

1. La disposizione, per quanto poco attenzionata, è della massima impor- tanza, in quanto, già dimostrando (addirittura prima della riforma del 2005) il valore dato dal legislatore all affidamento degli operatori economici, stabiliva significati- vamente che «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le ammi- nistrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante».
2. Su cui v. i commenti di N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un’autotutela doverosa*, in *federalismi.it*, 2017; E. ZAMPETTI, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione dell’annullamento d’ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 2018; *Motivazione* in re ipsa *e autotutela decisoria*, in *Libro dell’anno del diritto 2016*, Roma 2017, 245; G. MANFREDI, *La plenaria sull’annullamento d’ufficio del permesso di costruire: fine dell’interesse pubblico* in re ipsa*?,* in *Urb. e App.*, 2018;

M. TRIMARCHI, *Il contrasto all’abusivismo edilizio tra annullamento d’ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018.

«buona amministrazione»), si pone parimenti in netto contra- sto con lo spirito della riforma.

La stessa sentenza, pur formalmente contestando l orien- tamento giurisprudenziale che, contro l espresso obbligo moti- vazionale imposto dall art. 21-*nonies*, ammetteva ipotesi di annullamento con motivazione *in re ipsa*, lo ha del resto sostanzialmente riproposto, coniando — in senso opposto alla lettera e alla *ratio* della legge — la nuova categoria dei «pre- minenti valori pubblici di carattere — per così dire — autoe- vidente», ai quali riconduce, estendendone «a raggiera» la portata, «il complesso di interessi e valori sottesi alla disciplina edilizia e urbanistica».

Il tema dei limiti all autotutela si aggrava per le autodichia- razioni di conformità, con riferimento alle quali, nonostante l espresso rinvio alla suddetta disciplina generale sull autoan- nullamento come limite ai controlli *ex post* sulla legittimità del ricorso a tale strumento (art. 19, l. n. 241 del 1990, cit.), gli interpreti propongono sempre nuove chiavi di lettura per cir- coscriverne la portata, in senso più o meno rigoroso per il privato segnalante (27).

1. Così, ai sostenitori della perdurante possibilità per l amministrazione vigilante di rilevare, senza limiti di modo e di tempo, l erronea rappresentazione dei presupposti per avviare l attività con una mera segnalazione, in forza dell omessa abrogazione/modificazione della disposizione (art. 21, co. 1, della stessa legge), che tuttora prevede che «Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato» (sulla questione, cfr.

M. LIPARI, *La s.c.i.a. e l’autotutela nella l. 124/2015: i primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2015; nonché i contributi di E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, e N. PAOLAN- TONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*,, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Il Codice dell’azione amministrativa*, cit.), si contrappone la tesi che il rinvio all art. 21-*nonies*, facendo riferimento solo alle condizioni per l esercizio dell autotutela, non si estende alle eccezioni di cui al richiamato co. 2-*bis* (C. CONTESSA, *L’autotutela amministrativa all’indomani della «legge Madia»*, 4 aprile 2018, in *www.giustizia- amministrativa.it*).

Se davvero si ritiene che il sistema della semplificazione e della «para-liberalizzazione» delle attività produttive attraver- so l autodichiarazione della loro conformità al quadro norma- tivo di riferimento costituisca un percorso necessario per la crescita del Paese e per il ripristino del rispetto dei principi eurounitari di libertà di circolazione e di stabilimento enunciati dalla Direttiva Bolkestein del 2006 (28), tale sistema non può e non deve però tradire la fiducia degli operatori e non deve esporli a rischi più alti di quelli ai quali è normalmente esposto il titolare di un provvedimento esplicito (29).

A più forte ragione, quindi, la validità e la stabilità dei titoli e/o dei benefici legati all esercizio di attività economiche deve trovare fondamento in regole chiare, previe, generali e astratte fissate dagli organi che costituiscono espressione della volontà popolare e non può essere rimessa alla «scelta» che l ammini- strazione e/o il giudice reputi più «opportuna», più «ragione- vole» o anche semplicemente più «equa/giusta» nel caso con- creto, invece di rimettere alla Corte costituzionale (esclusivo

«Giudice delle leggi») la questione di compatibilità della regola

1. Su cui v. M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle proce- dure amministrative a seguito dell’attuazione della direttiva Bolkestein*, in *Monografie Aragonesa Journal of public administration*, *Governo di Aragona*, 2010.
2. È significativo a tale proposito il confronto con il sistema francese, che, come illustrato da Jean Bernard AUBY in una recente Lezione (10 maggio 2018) nell ambito del Dottorato in Discipline Giuridiche del Dipartimento di Giurispru- denza dell Università di Roma Tre, fissa addirittura in quattro mesi il limite temporale massimo per l esercizio del potere di autotutela degli atti ampliativi, senza deroghe di sorta; mentre la giurisprudenza afferma l inesistenza dell atto (rilevabile in ogni tempo) soltanto quando esso sia stato frutto di una evidente frode sulle circostanze di fatto (es. straniero che afferma di essere algerino per avvalersi dei più facili sistemi di accesso alla cittadinanza francese), in nessun caso estensibile all erronea rappresentazione dei presupposti in diritto. Coerentemente, una recente proposta nel senso di estendere le autodichiarazioni alla conformità delle istanze di permesso di costruire alla normativa urbanistica non ha trovato accoglimento. Ed è all esame del Parlamento un progetto di legge per assicurare maggiore fiducia agli amministrati ([*http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/etat\_service\_societe-*](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/etat_service_societe-)

*\_confiance*).

legislativa eventualmente ritenuta contrastante con il principio di ragionevolezza (30).

Come anticipato, la propugnata «liquidità» e «flessibilità» delle regole è poi particolarmente grave quando investe la formulazione dei divieti e la disciplina delle conseguenze della relativa violazione.

Il rischio di incorrere in pesanti sanzioni amministrative — pecuniarie e/o interdittive — è ormai spesso più alto (per i presupposti temporali, soggettivi e oggettivi della loro applica- zione) di quello di subire e concretamente scontare quelle penali: si pensi soltanto all effetto devastante di un interdittiva a percepire incentivi economici sul cui riconoscimento (anche in via contrattuale) l operatore aveva fondato le proprie scelte personali e imprenditoriali o, più generalmente, a contrarre con le pubbliche amministrazioni quale conseguenza di pretese violazioni di divieti di portata oggettivamente incerta o addi- rittura di lettura oggettivamente difficile (tanto da essere causa di continui contrasti giurisprudenziali, come dimostra, tra le altre, l ampia casistica sull art. 80, co. 5, del nuovo codice dei contratti pubblici) o a quello dell escussione delle cauzioni corrisposte a garanzia di un offerta ritenuta inammissibile, o, ancora, a quello di alcune più elevate sanzioni pecuniarie applicate dall Antitrust.

In termini più generali, la scarsa chiarezza del sistema normativo e l estrema confusione delle formule giuridiche uti- lizzate (che non trovano più la necessaria corrispondenza nelle categorie e negli istituti tradizionali, sicché ad esempio si parla spesso impropriamente di «decadenza» o di «revoca» o, maga- ri, di «sanzione», per descrivere un «annullamento»; o di «esclu- sione dalla gara» per descrivere in realtà una «espulsione» dalla medesima in considerazione dell emersione di una causa osta- tiva alla relativa aggiudicazione; o, ancora oggi, di «provvedi- menti» o «atti» di autorizzazione con riferimento a una

«SCIA», ecc.) non consente di prevedere con sufficiente grado

1. Sul punto, *amplius*, ancora M.A. SANDULLI, *Principi e regole*, cit.

di attendibilità se un operatore potrà effettivamente essere ammesso a una selezione pubblica o potrà effettivamente ot- tenere i permessi o dichiarare/certificare la sussistenza dei presupposti necessari per avviare un attività o realizzare un opera e, come si è visto, se potrà poi confidare nella stabilità di tali atti o titoli.

E l incertezza si riflette, in termini non meno gravi, sulla giurisprudenza (31), che viene ingiustamente e spesso consape- volmente lasciata ad assolvere un ruolo «creativo» che non le è proprio (32) e che, pur sforzandosi di raggiungere e rispettare indirizzi univoci, offre invece frequentemente soluzioni inter- pretative eterogenee (33), dettate dalla inevitabile difficoltà di coniare proprie «regole generali» in sede di risoluzione di controversie necessariamente legate alle peculiarità del caso concreto (34) e, come si è visto per l autotutela, ma si verifica

1. Lo rilevano, tra gli altri, anche R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitoria» della giurisprudenza* e M. MAZZAMUTO, *L’incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, entrambi in *L’incertezza delle regole. Annuario AIPDA 2014*, cit., 33 ss. e 301.
2. Un evidente esempio di intervento «creativo» della giurisprudenza è dato dalla nota sentenza n. 24883 del 2008 in cui le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione hanno ritenuto che l art. 37 c.p.c., il quale testualmente dispone che il difetto di giurisdizione «è rilevato, anche d ufficio, in qualunque stato e grado del processo» dovesse essere «riletto», in nome dei principi di economia processuale e del giusto processo, attraverso il cd. giudicato implicito: sul punto si rinvia a M.A. SANDULLI, *Dopo la* translatio iudicii*, le sezioni unite riscrivono l’art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l’unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass., sez. un., 24883 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia giurisdizione sui contratti pubblici)*, in *Giust. amm.*, 2008, 309 ss.; e G.G. POLI, *Le sezioni unite e l’art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, 810 ss.. Il principio è stato poi recepito dall art. 9 c.p.a.
3. Fortemente critico sull effetto di incertezza derivante dalle eccessive oscillazioni giurisprudenziali, F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio,* in *Dir. amm.*, 2005, 651, che parla al riguardo di «*sfrenata fantasia dell’interpretazione giuridica*».
4. F. PATRONI GRIFFI, *Usi e consuetudini giudiziari e diritto giurisprudenziale*, in *giustizia-amministrativa.it*, ha in quest ottica giustamente ricordato l importanza di favorire meccanismi che rafforzino l uniformità di interpretazione delle Corti superiori, osservando che non è accettabile che casi identici siano decisi in maniera difforme e che «quello che per il giudice è sacrosanta autonomia di giudizio, per il cittadino corre il rischio di apparire schizofrenia». Pur riconoscendo che «*nel nostro*

evidentemente in vari altri campi (*in primis* quelli delle cause di esclusione dai contratti pubblici), finisce talvolta per contrap- porre la «propria» regola a quella tracciata dal legislatore. Il problema si aggrava quando si consideri la valenza retroattiva che, come mera «interpretazione», viene riconosciuta alla re- gola giurisprudenziale (35), parzialmente temperata dal cd *pro- spective overruling*, riconosciuto dalla Corte di cassazione sol- tanto in ambito processuale (36), ma per il quale l Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sembra mostrare maggiore

*ordinamento non esiste il valore vincolante del precedente*», egli ammette pertanto

«*forme di rafforzamento della funzione nomofilattica*» (anche attraverso strumenti diretti a «incentivare l adeguamento al precedente per esempio prevedendo una motivazione semplificata delle sentenze con riferimento ai precedenti conformi») e

«la fissazione al giudice di criteri rigidi per discostarsene».

1. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4077, ricordando che «In un sistema di diritto scritto e non giurisprudenziale, il giudice dice e non pone il diritto». Il problema è molto ben evidenziato dalla III Sezione civile della Corte di cassa- zione, (ord.) 22 marzo 2011, n. 6154, rilevando come vada «tenuto presente che, mentre una legge che innovi al diritto preesistente contiene normalmente anche le norme transitorie e la disciplina dei rapporti in corso - e, se non le contiene, è comunque soggetta ai principi generali in materia (art. 10 e 11 delle preleggi, art. 25 Cost., ecc.) - una nuova regola giurisprudenziale nasce del tutto scollegata dai problemi di diritto intertemporale, pur venendo di fatto a rivestire, nella formazione del diritto vivente e concretamente applicato, una rilevanza spesso non inferiore a quella della legge» e che «La mancata, espressa previsione e disciplina del problema si ricollega al principio generale per cui le regole di origine giurisprudenziale, non avendo forza di legge, non possono formalmente vincolare le parti o gli interpreti, quindi possono essere disattese in qualunque momento, precedente o successivo alla loro formulazione». In dottrina, per tutti R. RORDORF, *Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell’anno del diritto 2011*, Roma, 2012, 661. Per un parallelismo tra giurispru- denza creativa e disposizione di legge, sotto il profilo della valenza temporale, E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell’Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1143 ss.
2. Cfr. la nota sentenza Sez. Un. n. 15144 del 2011 e l ampia attenzione dedicata dalla dottrina processualcivilistia al tema dell *overruling* giurisprudenziale negli anni 2011 e 2012, con importanti contributi (cfr. per tutti, tra gli altri, di C.M. BARONE, R. CAPONI, G. COSTANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. RUFFINI, G. SCARSELLI e G. VERDE), leggibili soprattutto sulla *Rivista di diritto processuale.* Al principio si affianca quello del cd *anticipatory overruling*, che consente al giudice di rango inferiore di non seguire l orientamento dell organo di nomofilachia quando appaia ragionevolmente certo che questo non lo seguirà più. Di nuovo, il criterio della

«ragionevole certezza» è però ben lontano dall offrire le garanzie tipiche della legalità.

sensibilità (cfr. la sentenza n. 4 del 13 aprile 2015 e, da ultimo, la sentenza n. 13 del 22 dicembre 2017).

Il tema è della massima rilevanza, in quanto non vi è dubbio che, come ben sottolineato dalla stessa Corte di cassa- zione, «il principio per cui il giusto processo deve essere rego- lato dalla legge richiede e presuppone che il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenzia- li» (37).

Pur riconoscendo l importanza e l utilità della funzione di nomofilachia (38), riconosciuta sin dal 1941 (art 65 r.d. n. 12)

1. Corte di cassazione, (ord.) 22 marzo 2011, n. 6154 cit.
2. Il lemma deriva dal greco «nomofilace», cui sembra fosse attribuito il compito di custodire il testo ufficiale della legge. La bibliografia sulla nomofilachia è, a partire da P. CALAMANDREI (*Opere giuridiche. VII. La Cassazione civile*, Napo- li,1965), amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano *ex multis*, oltre agli AA. già citati, C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo* ius litigatoris, in *Rass. for.*, nn. 3 - 4, 2014, 621 ss.; G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in *Giur. Amm.*, 2012, 253 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.* 2014, 641 e ss., G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; A. Barone, The european *«nomofila- chia»* network, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 315 ss.; G. LAMBERTI, Stare decisis, *nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 976 ss.; F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell’età dell’incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 587 ss.; A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, 693 ss.; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofila- chia e tentativi di* enforcement *del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, 157 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L’adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (Art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (Ad. Pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 1043 ss.; G. PESCE, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; L. ROVELLI, *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *Rass. for.*, 2014, 659 ss.; nonché i contributi in E. FOLLIERI e A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo*, Padova, 2015 e, da ultimi, A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, in *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, *Quaderni* di *Diritto e processo amministrativo*, 27, 2018 e G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, Relazione alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018, cit.

alla Corte di cassazione (quale giudice «distaccato» dal fatto) ed estesa nel 2010 (art. 99 c.p.a.) all Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per assicurare una maggiore uniformità dell interpretazione giurisprudenziale, non si può dunque rite- nere che essa possa sostituire — neppure soltanto in termini di certezza e di prevedibilità — la garanzia data dalla legalità.

# Il problema dell’improprio ruolo del precedente giuri- sprudenziale.

I problemi posti dal diritto giurisprudenziale vanno nel tempo aumentando.

Accade così che le Sezioni semplici del Consiglio di Stato (che pure non possono prescindere dal fatto) affermino la funzione «nomofilattica» delle proprie pronunce per giustifi- carne un impropria forza semivincolante (39); che le controver- sie, a prescindere dalla rilevanza e complessità delle questioni sollevate, vengano sempre più spesso decise in via «semplifica- ta», mediante il semplicistico e superficiale richiamo a presunti

«precedenti» che, a un più attento esame, si rivelano resi su fattispecie e/o su domande e censure oggettivamente diver- se (40) (sicché il giudice dovrebbe piuttosto seguire la logica che

1. Così Cons. Stato, Sez. V, nelle citate sentenze n. 4077 del 2017, cit., nonché, nella 3940 del 2018 (laddove afferma che, in forza delle proprie considera- zioni, indica in quali termini la legge applicata «*dovrà essere*» interpretata).
2. Sul tema, più ampiamente, V. MANES, Relazione al Convegno organizzato dal CNF e dalla Scuola Superiore dell Avvocatura il 13 ottobre 2017 sul valore del precedente, ricordando che «alle parole non si può torcere il collo: ogni fattispecie ha un carapace semantico che nessuna interpretazione può perforare»; M.A. SAN- DULLI *Principi e regole dell’azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»*, cit. e AA. ivi richiamati; nonché, da ultimi, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit. (anche per una completa rassegna bibliografica, alla quale si rinvia, non senza richiamare i fondamentali lavori di G. GORLA, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia,* in *Quaderni* de *«Il Foro italiano»*, 1966, 8 ss.; voce *Precedente giudiziale in Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990; *Postilla su*

*«l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»,* in *Foro it.*, 1976, V, 127 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincanto*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, 75 ss.; V. MARINELLI, *Precedente giudiziaro,* cit.; A. PIZZORUSSO, voce

anche i sistemi di *common law* definiscono del «*distin- guishing*»); e che l Adunanza Plenaria e la Corte di Giustizia UE siano frequentemente investite anche di questioni relative a profili processuali, rispetto alle quali il diritto alla sicurezza giuridica raggiunge all evidenza i massimi livelli, incidendo sul diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti dei poteri pubblici (41).

Si crea in tal modo un «cortocircuito», in forza del quale proprio l incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale alimenta l accesso ai giudici, nella speranza di poter comunque ottenere una pronuncia favorevole o addirittura, nella ricerca, in ogni caso, di una pronuncia che, indipendentemente dal suo esito, «scarichi» l attore o le stesse amministrazioni resistenti dalla responsabilità della decisione assunta (42). Le risorse del sistema giurisdizionale sono però limitate e l aumento del contenzioso, ricadendo in termini inversamente proporzionali sul livello di approfondimento delle questioni affrontate, ali- menta a sua volta l incertezza e, dunque, in generale l insod-

*Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, 1988; U. MATTEI, *Il diritto giurisprudenziale globalizzato e il progetto imperiale. Qualche spunto*, in *Pol. dir.*, 2005, 85 ss.; voce *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIV, 1996, 148 ss.) e le Relazioni e gli Interventi di A. TRAVI,

G. SEVERINI, A. LAMORGESE, F.G. SCOCA e C. ZUCCHELLI alle già richiamate Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018.

1. Negli ormai quasi otto anni di vita del c.p.a., su un totale di 183 provvedimenti, ben 81 (32 ordinanze e 49 sentenze) investono questioni di rito, di cui 19 negli ultimi tre anni (2015-2016-2017) e già 4 nel 2018 (cui si aggiunge la questione attualmente pendente sull interpretazione dell ambito del potere di rinvio *ex* art 105 c.p.a.). Mentre soltanto dal 2013 a oggi la Corte di Giustizia UE ha emesso ben 11 pronunce su questioni di rito sollevate dai nostri giudici amministrativi (con una media di oltre due l anno).
2. Emblematica, in tal senso, la circostanza che, nell ordinanza con cui aveva sollevato la questione di l. c. dell art. 44, co. 3, c.p.a. (valenza *ex nunc* dell effetto sanante della costituzione della parte destinataria di una notifica), accolta dalla Corte costituzionale nella recentissima sentenza n. 132 del 26 giugno 2018, il TAR Veneto avesse indicato tra le ragioni a supporto dell incostituzionalità della disposizione, il fatto che la sanatoria *ex nunc* pregiudicherebbe anche i diritti di difesa dell amministrazione resistente, la quale, ove avesse interesse ad una decisione di merito che accerti la legittimità del proprio operato, di fatto non sarebbe nelle condizioni di poter sanare il vizio della notificazione.

disfazione: ché rendere giustizia non è evidentemente soltanto risolvere in qualche modo la controversia, ma risolverla in modo che le parti e la collettività ne comprendano le ragioni e, possibilmente, le accettino: un risultato oggettivamente difficile da raggiungere attraverso pronunce succintamente (e non di rado inadeguatamente) motivate che trascurano di approfon- dire o addirittura di considerare elementi essenziali di fatto o di diritto, si limitano a impropri richiami a precedenti inconferenti o, all inverso, più o meno dichiaratamente contraddicono pre- cedenti su casi simili.

E l insoddisfazione aumenta quando i giudici, di ultima, ma anche di prima istanza, rifiutano indebitamente di entrare nel merito delle questioni loro sottoposte, dichiarandole aprioristi- camente inammissibili. Quest ultimo profilo è, come noto, par- ticolarmente attuale, tanto per il dibattito aperto dalle recenti sentenze con le quali le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno, con diversi approdi, affrontato il tema della sussumibilità nell ambito dell art. 111, comma 8, Cost., dei ricorsi diretti a contestare le sentenze con le quali il Consiglio di Stato e la Corte dei conti esprimano un aprioristi- co giudizio di inammissibilità della domanda in «abnorme» e

«radicale» contrasto con le norme del diritto europeo unitario o convenzionale quali risultanti dall interpretazione della Cor- te di Giustizia UE o dalla Corte EDU (su cui, in questo fascicolo, lo scritto di Antonio Barone) (43), quanto per il

1. Cfr. Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226 (cassatoria per diniego di giustizia della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284) e

C. cost. 18 gennaio 2018 n. 6, ampiamente commentata sulle principali riviste: *inter alia*, M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. ital.*, n. 3/2018; L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità sostanziale della questione di legittimità*, in [*www.forumcostituzionale.it*,](http://www.forumcostituzionale.it/) 2018; P. TOMAIUOLI, *L’«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurco- st.org*, n. 1/2018; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2018; ID., *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018. Sul tema, si vedano anche A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie*

«plurimo» rinvio all Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della questione concernente l esatto ambito applicativo del- l obbligo di rimessione al primo giudice previsto dall art. 105

c.p.a. per violazione del diritto di difesa, con specifico riferi- mento alla sua estensibilità a tutti i casi in cui i TAR defini- scono ingiustamente le controversie in rito od omettono di pronunciarsi su una parte delle domande, privando così le parti del doppio grado di giurisdizione sulle questioni sostanziali (44). Il tutto mentre, per la terza volta, i giudici amministrativi (in questo caso la stessa Adunanza plenaria) hanno investito la Corte di Giustizia della (sempre più) *vexata quaestio* dei rap- porti tra ricorso principale e ricorso incidentale (45).

Per queste ragioni, il principio costituzionale di legalità democratica, purtroppo in crisi e messo pericolosamente in discussione, non può ritenersi superato, ma è l ultimo valore al quale possiamo permetterci di rinunciare, così come il «servi- zio» legislativo è l ultimo «servizio» di cui una società può fare a meno, tanto più se, come nell attuale congiuntura, ha asso- luto bisogno di far ripartire la propria economia e di riacqui- stare credibilità nel contesto internazionale, e dunque di dare prevedibilità e certezza a quanti, nonostante il momento di difficoltà, decidano di investirvi studio, lavoro e beni. Rinun- ciarvi in favore di un «nuovo diritto giurisprudenziale» significa tornare al sistema dei «giudici sacerdoti» dell antica Roma, che, come recentemente ricordato da Filippo Salvia (46), risol- vevano le controversie sulla base di regole «segrete», e distrug- gere il valore della codificazione che, a partire dagli antichi codici romani, si è andato progressivamente sviluppando, fino

*di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017, 31 ss.

1. Su entrambe le questioni, e su altri, significativi, esempi, di incertezza delle regole processuali e di confusione dei ruoli, si rinvia alle considerazioni svolte in *Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, cit..
2. Cons. Stato, Ad. Plen., (ord.) 11 maggio 2018 n. 6.
3. Nella *Presentazione* dell Incontro di studio su «*Pianificazione e tutela della natura: il caso della gestione delle coste*», svoltosi a Lecce il 25 giugno 2018.

a raggiungere, negli Stati moderni post illuministi, un ruolo fondamentale di garanzia per la stabilità e imparzialità del sistema (47). E significa altresì rinunciare alle conquiste dello Stato costituzionale di diritto, che, con la tecnica di normazione per principi, impone una netta distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore (unico titolare, in nome dell investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali) e l affida- mento della seconda all amministrazione e ai giudici. Non si vuole qui negare il ruolo fondamentale svolto dalla giurispru- denza per la formazione progressiva del cd «diritto viven- te» (48), e in particolare di quella amministrativa, nell afferma- zione e nella costruzione di fondamentali garanzie dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, euro unitario, ma non si può dimenticare che il compito del giudice deve essere quello di applicare (e interpretare) la legge, non di

«costruirla» (49) e tanto meno di «ricostruirla» in nome di una pretesa lettura «costituzionalmente orientata» del quadro nor-

1. Il valore della codificazione è richiamato da ultimo da R. BIN, *Relazione introduttiva* alle già ricordate Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018.
2. Cfr. da ultimo A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della p.A.*, cit., 129 ss., sottolineando (130) che «*fin troppo spesso, appurare in concreto se l’attività interpretativa sia andata oltre il limite suo proprio equivale a una vera e propria scommessa*».
3. Così anche A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione* (intervento al Seminario di studi organizzato dalla Struttura di formazione decen- trata della Corte di cassazione, Roma, 21 settembre 2017), in *giustizia-amministra- tiva.it*, 2017, che, nel ribadire le proprie perplessità sulla pluralità di giurisdizioni, ricorda che «una cosa è ragionare, in termini giuridici, su un certo sistema per la sua riforma, e altra cosa è applicare le norme vigenti» e acutamente aggiunge che «la distinzione è fondamentale, perché coinvolge il ruolo della legge e, profilo ad esso strettamente legato, l indipendenza del giudice». Lo stesso F. PATRONI GRIFFI, *op.* cit., dopo aver affermato che «la giurisdizione può rispondere all emersione di nuovi bisogni e correlate istanze di tutela; può supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in cui la pancia del popolo prevale sulla testa» (un ruolo che va dunque evidentemente a sovrapporsi a quello del legislatore), osserva, consapevole del problema che ne discende, «Ma tutto ciò può avvenire per un tempo limitato. Nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore».

mativo che non può in ogni caso essere fondata su un principio

«liquido» come quello di «ragionevolezza» (50) (sul quale è addirittura in discussione l ambito del sindacato della Corte costituzionale). Con la ricordata aggravante che, trattandosi di

«interpretazione», la «regola giurisprudenziale» viene invocata come retroattiva.

Come rappresentato in altra occasione (51), il fenomeno assume dimensioni tanto più gravi quando la creazione giuri- sprudenziale finisce col limitare la garanzia degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico, tradendo una più o meno consapevole preoccupazione di mostrare l infondatezza delle più volte deprecate critiche espresse in alcuni ambiti politici e inopportunamente enfatizzate dalla stampa quotidia- na nei confronti della giustizia amministrativa che annulla o sospende gli atti amministrativi (come se le terapie fossero responsabili del male che vanno a prevenire o a curare) (52). Perché la *regula iuris* giurisprudenziale è inevitabilmente — e

1. La bibliografia in argomento è evidentemente vastissima. Ci si limita pertanto a richiamare, per tutti, la profonda voce «*Ragionevolezza*» di L. PALADIN sull *Enciclopedia del diritto* e il più recente saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, leggi- bile anche sul sito della Corte costituzionale (*www.cortecostituzionale.it*).
2. Il rischio era già stato rappresentato in M. A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, cit.
3. Esempi in questo senso si rinvengono purtroppo frequentemente nella materia dei contratti pubblici, dove l interpretazione evolutiva (*recte* creativa) della giurisprudenza determina nuove cause di inammissibilità dei ricorsi e/o avalla l introduzione di nuove cause di esclusione dalle gare Cons. Stato, sez. V, sentt. 4425 del 2014 e 828 del 2017, con conseguenti sanzioni interdittive dal potere di contrarre prive dell indispensabile base legale, quando non addirittura in contrasto con quella costituita dalle fonti UE (Significativa la sentenza 5 settembre 2017, n. 4192, che ha riconosciuto valenza interpretativa (e dunque retroattiva) alla individuazione, per la prima volta, da parte dell ANAC (nelle Linee guida n. 6), delle sentenze penali non ancora definitive quali mezzi di prova per l individuazione di eventuali illeciti professionali commessi dai concorrenti, idonei ad implicarne, in caso di omessa dichiarazione, l esclusione dalle gare *ex* art. 80, comma 5, lett. *c*), del 18 aprile 2016,

n. 50, per un periodo di tre anni decorrente dal deposito della sentenza, quando l art. 57 della direttiva 24/2014 (come opportunamente segnalato dal parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016 sulle stesse Linee guida) individua il *dies a quo* nella commis- sione del fatto e il Codice aveva omesso di dare specifiche indicazioni al riguardo).

doverosamente — condizionata dalla «fattispecie» (53) cui si riferisce, tanto più, aggiungo, se, come in questo periodo, il giudice è esposto, talvolta, alle pressioni legate alle ricadute delle sue decisioni sull economia (54).

Non si possono, ancora una volta, non richiamare a questo proposito le belle pagine di Guido Corso che, nel tracciare le linee del principio di legalità enunciato dalla nostra Costituzio- ne, si sofferma diffusamente sull inadeguatezza delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in nome di un malinteso parallelismo con i sistemi di *common law*, e, richiamando Platone, Aristotele, Locke, ma anche Fuller, sottolinea il valore irrinunciabile della garanzia derivante dalla legge, previa, ge- nerale e astratta («*ragione senza passione*»), diversa dalla de- cisione estemporanea relativa al caso concreto e precondizione imprescindibile per una regola giusta (in questo senso, ricorda Corso, Fuller parla di «*moralità del diritto*») (55).

Si deve quindi guardare con particolare preoccupazione agli esiti dell inerzia del legislatore a fronte delle c.d. sentenze additive di «principio» o di «meccanismo» della Corte costitu- zionale: al fine di non vanificare un «principio» enunciato nel 2005 e rimasto inattuato per ben tredici anni, il Giudice delle leggi ha invero recentemente invitato il giudice ordinario che lo

1. Vd. da ultimo R. DAGOSTINO, *Giudice amministrativo, incertezza scientifica e urgenza decisoria*, in R. MARTINO, F. ALICINO e A. BARONE (a cura di), *L’impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Milano, 2017, e AA. ivi richiamati.
2. Cfr. l articolo di G. SANTILLI, «*Il Consiglio di Stato contro i freni agli investimenti*», in *Il Sole 24 ore*, 12 novembre 2017, che significativamente richiama le pronunce reiettive di ricorsi che potevano «bloccare» specifici investimenti econo- mici (come quella relativa al gasdotto pugliese e quella che ha riformato la sentenza di annullamento delle nomine dei direttori stranieri dei musei: questione non meno significativamente rimessa poco tempo dopo all Adunanza plenaria (!)) e le preoc- cupazioni espresse da chi scrive in *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016, 289 ss.; *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa. Il confronto*, in *federalismi.it*, 2017.
3. G. CORSO, *Principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, cit.

aveva nuovamente interrogato sulla compatibilità costituziona- le del contesto normativo, a «cercare» direttamente la regola nel sistema (56).

# Conclusioni.

Invece che rassegnarsi a questa confusione dei ruoli, la dottrina (57), ma soprattutto i *media*, che pure sono spesso indotti ad attaccare gli organi giurisdizionali, dovrebbero de- nunciare con forza le inefficienze del legislatore e chiamarlo davanti all elettorato alle proprie responsabilità, che non si limitano a questo punto a non disciplinare o a mal disciplinare una specifica materia, ma stanno portando allo stravolgimento dei richiamati irrinunciabili valori di legalità costituzionale e di civiltà giuridica.

Perché i «veri» giuristi, ma, prima ancora, la stessa società civile, non possono rassegnarsi a rinunciare alle garanzie di imparzialità, pubblicità e prevedibilità che derivano dal prima- to della legge e lasciare interamente alle «soluzioni» giurispru- denziali dei casi concreti o alle regole applicative flessibili elaborate dalle stesse amministrazioni la definizione dei limiti del potere amministrativo.

È significativo del resto che negli stessi sistemi di *common law* si stia riscontrando un crescente *favor* per l emersione delle regole scritte (58).

1. C. cost., sentenza n. 115 del 31 maggio 2018.
2. Così anche A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurispru- denza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss., il quale ha evidenziato l esigenza di recuperare una «dimensione culturale del fenomeno giuridico: la scienza giuridica ha una dimensione pratica, ma il fenomeno giuridico è un elemento e un fattore culturale» al fine di evitare che «la giurisprudenza diventi essa stessa un potere».
3. Il fenomeno, già ricordato da V. DOMENICHELLI nella Relazione su *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, Convegno annuale AIPDA 2015 (in *Annuario AIPDA 2015*, cit., è stato recente- mente evidenziato nella *lectio magistralis* svolta da P. CRAIG in apertura del Conve- gno annuale 2017 della stessa Associazione (*Annuario AIPDA 2017*, Napoli, 2018), dove, nell affrontare il tema della valenza della *rule of law* nella costruzione delle decisioni amministrative, ha sottolineato l importanza del contributo della legisla-

Anche la giurisprudenza delle Corti europee non è in realtà frutto di decisione estemporanea dei giudici, che estrapolano le regole dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e le restituiscono poi ai legislatori e ai giudici come criterio preva- lente.

Le suesposte considerazioni inducono a guardare con gran- de disfavore anche la ricordata tendenza a valorizzare qualsiasi

«precedente», giustificando, attraverso il richiamo a decisioni previamente assunte da giudici di pari livello, la deroga all ob- bligo di dare alle parti — e alla collettività — una chiara e convincente motivazione delle ragioni che hanno portato a una determinata soluzione della controversia (59), nonché la possi- bilità che, come previsto dall art. 360-*bis* c.p.c., il potenziale

zione anche in una prospettiva di *common law*, precisando come sia un errore credere che nel Regno Unito tutto sia regolato dalla giurisprudenza, quando, invece, ci sono specifici «codici», anche molto dettagliati, che regolano il procedimento in settori specifici (salute, educazione, tasse) e la legislazione è il punto di riferimento del giudice quando emana le sue decisioni e il punto di partenza della p.A. nella costruzione delle proprie. L autorevole studioso ha parimenti messo in luce che anche la disciplina di dettaglio, lungi dall essere integralmente rimessa al giudice, è affidata nei sistemi di *common law* alla normazione secondaria, ricordando che nel Regno Unito ci sono moltissime «*regulatory legislations*», su cui si fondano poi le decisioni amministrative. In termini non dissimili, si è poi espresso, nella successiva Relazione, M. D ALBERTI con riferimento al sistema statunitense - nel quale peraltro i giudici delle Corti federali e della Corte suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato -, sottolineando che anche lì la soluzione dei casi non prescinde totalmente dalle regole scritte e mettendo l accento sul valore che, nei sistemi di *common law*, riveste l opinione dissenziente e la conseguente lenta maturazione dei cambi di giurisprudenza che ne consente la previsione, mentre il *revirement* improvviso dovrebbe poter valere solo per il futuro. Nel già ricordato Convegno CNF-SSA del 13 ottobre 2017 sul valore del precedente, G. P. MONATERI, nel ricordare che i sistemi di *common law* sono tra loro diversissimi e quelli puri sono pochissimi, posto che ormai per *common law* si intende solo la teoria generale delle obbligazioni, ha riferito che il ruolo creativo del giudice è molto criticato anche nel Regno Unito anche dagli stessi giudici supremi e che, rispetto agli atti approvati dal Parlamento («*laws of the land*»), le Corti inglesi hanno un potere interpretativo molto più limitato di quello dei nostri giudici e le sentenze sono molto lunghe.

1. Cfr. la Comunicazione di G. PANZIRONI alle richiamate Giornate di giustizia amministrativa 2018.

contrasto con le decisioni dell organo di nomofilachia precluda l accesso al giudice naturale della controversia (60).

Il tema del valore del precedente assume contorni vieppiù delicati nel processo amministrativo, che ha normalmente a oggetto l esercizio di poteri negativamente incidenti su posi- zioni giuridiche soggettive, soprattutto con riferimento alle controversie relative a misure afflittive o, più in generale, a quelle la cui soluzione non può prescindere da un attenta valutazione dell elemento soggettivo (ai fini, ad esempio, del- l imputabilità della condotta ad una effettiva negligenza del suo autore e del diritto alla tutela dell affidamento), nelle quali il precedente ha, se mai, ragione di operare soltanto *in bonam partem*, a tutela dell amministrato contro l applicazione re- troattiva di eventuali «principi di diritto» innovativamente enunciati in senso a lui sfavorevole.

Come sottolineato in altre occasioni, per le ragioni fin qui esposte, e *in primis* per la più volte sottolineata rilevanza del

«fatto» (sostanziale e processuale), il giudice non può eviden- temente «appiattirsi» sulla decisione assunta da un diverso (ma anche dallo stesso) giudice in un altra controversia (e dunque su un diverso fatto e su diverse prospettazioni difensive), assurta per mera «ventura» di precedenza temporale a un ruolo indebitamente sovraordinato (61), che dovrebbe esonerare il giudice, che (per la stessa «ventura») si esprima in un momento successivo, dal dovere generale di approfondire, dimostrandolo con una «propria» motivazione, le stesse o altre censure e/o

1. La disposizione è ancora più grave nella lettura datane dal Documento programmatico sulla Sesta Sezione civile, in cui, richiamato il compito della stessa

«sezione filtro» di «decidere, con la massima rapidità possibile, un numero di ricorsi tali da consentire alle sezioni ordinarie di svolgere esclusivamente l attività nomo- filattica propria della Corte», (i) le si chiede di elevare la percentuale dei ricorsi ritenuti inammissibili (attualmente un terzo) e (ii) si afferma che l inammissibilità non è legata a una giurisprudenza consolidata e deve essere quindi disposta (sempre dalla stessa sezione e in camera di consiglio) anche quando vi sia «una sola sentenza se ritenuta convincente» [dalla stessa Sezione speciale sollecitata ad operare, in camera di consiglio, il massimo filtro possibile nel minimo tempo possibile!].

1. E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 113.

semplicemente gli stessi o i nuovi argomenti addotti per soste- nerle.

La garanzia di effettività della tutela e di «*giustizia nell’am- ministrazione*» (e, dunque, di «buona amministrazione») risulta evidentemente e inaccettabilmente ridotta (62).

A ciò si aggiunga che, come noto, affinché il «precedente» possa costituire una valida espressione della *rule of law*, astrat- tamente idonea a valere come fonte produttiva di regole inter- pretative (e dunque, come detto, tendenzialmente retroattive), deve avere alcune imprescindibili determinate caratteristiche:

— presupposti identificativi chiaramente individuabili (una

1. Il più volte richiamato ultimo studio sull argomento (A. DE SIANO, *op. cit.*), che, pur negando alla giurisprudenza il carattere di «*fonte*» del diritto (146), prendendo dichiaratamente le mosse dalla «convinzione dell indispensabilità del- l elaborazione giurisprudenziale quale momento di completamento prescrittivo e di sviluppo» di quest ultimo, (159) giunge poi ad affermare il valore «*normativo*» delle pronunce delle Corti cui la legge riconosce potere nomofilattico (148 s.), è stato del resto costretto ad affermarne la generalità e astrattezza, caratteri che connatural- mente sono invece estranei alla funzione dei giudici chiamati ad interpretare la disposizione in funzione della sua applicazione valutare al caso concreto. Lo stesso

A. ha peraltro cura di precisare che «a scanso di equivoci circa il ruolo qui assegnato al precedente giudiziario è opportuno ribadire che esso, proprio in quanto norma giuridica, non crea diritto, limitandosi ad esprimere l esatto significato delle dispo- sizioni normative poste dagli organi dotati del potere di regolare la convivenza; in altre parole, il precedente giudiziario è espressione di un potere (non normativo ma) interpretativo qualificato, ciò che rende le sentenze che lo contengono a loro volta di natura interpretativa» (160) e che «affinché il precedente giudiziario proveniente dalle Corti di vertice possa fungere da paradigma di legittimità della condotta della

P.A. è necessario (tra le altre cose) che il legislatore appronti un sistema strumentale alla sua diffusione *erga omnes,* così da abilitare una delle principali prerogative del trattamento giuridico della norma, *l’ignorantia legis non excusat,* dalla quale fatal- mente dipendono il dovere conformativo del destinatario e l utilizzazione del relativo apparato sanzionatorio in caso di inadempimento» (161). Ciò che, in termini di estrema sintesi, conferma che, almeno allo stato, nessun precedente può avere effetto vincolante fuori dai limiti che gli attribuisce direttamente la legge e men che mai può, come dallo stesso auspicato in nome di un maggior ordine del sistema, costituire paradigma di legittimità per soggetti diversi dai giudici che per legge sono tenuti (di norma) a uniformarvisi e avere «la medesima forza di imporsi della disposizione interpretata» rivolgendosi «a tutti i destinatari di questa che si trovano in una situazione non ragionevolmente distinguibile a .da quella oggetto della controversia che l ha generato» (153).

recente analisi ha invece identificato non meno di diciotto diversi metodi di identificazione (63));

* stabilità: Calamandrei giustificava il valore del prece- dente perché riteneva preferibile una giurisprudenza costante a una giurisprudenza giusta; ma la costanza è condizione impre- scindibile.

Il carattere semi-vincolante del precedente innovativo sul caso singolo è invece soltanto destabilizzante (64), soprattutto se utilizzato per giudicare comportamenti anteriori alla sua formazione (si pensi alla giurisprudenza sulle cause di esclusio- ne dalle procedure selettive o a quella sulle eccezioni proces- suali, delle cui problematiche offre una significativa rassegna l ordinanza con cui la III Sezione del Consiglio di Stato aveva chiesto all Adunanza Plenaria una serie di chiarimenti sull *o- verruling* effettuato dalla stessa Sezione sui termini di impu- gnazione del bando di gara (65));

1. P. CHIASSONI, *L’ineluttabile scetticismo della «scuola genovese»*, in P. CO- MANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1999, 88 ss.
2. Lo stesso A. DE SIANO, *Precedente giudiziario*, cit., all esito del suo studio, nega che il precedente possa annoverarsi nella categoria delle fonti del diritto (146) e conclude che «Insomma, la incerta natura giuridica del procedente giudiziario, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime giuridico, lo sta rendendo poco utile per la realizzazione di quegli interessi cui pare essere preordinato. Anzi, apportando un contributo piuttosto casuale (figlio sostanzialmente del *self-restraint* dei destinatari delle disposizioni interpretate), esso potrebbe paradossalmente finire per accrescere il disordine, che, viceversa, sarebbe chiamato (per lo meno) a ridurre; in altre parole - al netto della oscurità della normazione, da un lato; dei limiti propri del potere di *ius dicere*, dall altro; e delle questioni di natura culturale, da un altro ancora - il precedente giudiziario in Italia, nonostante sia indiscusso il suo ruolo (simile, sebbene non identico, a quello riconosciuto alla elaborazione giurispruden- ziale) nella formazione del diritto, attualmente non sembra costituire quell elemento ordinante che sarebbe auspicabile fosse» (137).
3. Cfr. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138: l Adunan- za plenaria - sentenza n. 4 del 2018 - non ha però affrontato le questioni sull *over- ruling* perché ha respinto in radice l orientamento che aveva innovativamente anticipato l onere di impugnazione del criterio di aggiudicazione (sui profili di instabilità conseguiti a tale *revirement*, si rinvia a M. A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell’incertezza*, cit.. Sull incompatibilità costituzionale dell applicabilità dell *overru- ling* processuale ai processi in corso si rinvia per tutti al noto scritto di R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di inter-*
   * pubblicità: il problema, rilevato da Gino Gorla (66) e ripreso da Vincenzo Marinelli (67), in particolare con riferimen- to ai profili legati alla massimazione, è segnalato anche nei lavori più recenti come incredibilmente ancora irrisolto (68);
   * prevedibilità (69): nel diritto statunitense si segue la ricordata tecnica del c.d. *anticipatory overruling* e, analogamen- te, nel Regno Unito, il *revirement* giurisprudenziale viene se- gnalato e pubblicizzato (70).

*pretazione di norme processuali come* ius superveniens *irretroattivo*, in *Foro.it.*, 2010, V, 311.

1. G. GORLA, *Introduzione* alla *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale*, cit., 8 ss.
2. V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, cit., 890. L A. critica l inclusio- ne della giurisprudenza tra le fonti di cognizione, rilevando che, nei sistemi di *civil law*, essa può essere tutt al più una fonte indiretta, dipendendo da una disposizione che, invece, ha effetti obbligatori ex se a carattere continuativo e gerarchicamente individuato. Come ben osservato da G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell’in- terpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1398 (in termini critici sull ordinanza Cass. n. 3030/2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1075 ss., con nota favorevole di G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, secondo il quale sarebbe corretto «richiedersi alla parte e, specificamente, al qualificato professionista che l assiste un onere di informazione sulla giurisprudenza, fino all ultimo momento precedente la notificazione del ricor- so»), non basta evidentemente ad assicurare adeguata forma di pubblicità il sito *web* della Corte di cassazione, che non è un archivio e su cui le novità restano segnalate per poco tempo. Non si può poi dimenticare che le «regole» sostanziali vincolano direttamente le parti, che, salvo rare eccezioni, non sono tenute a consultare il sito *web* né le riviste giuridiche, né sono normalmente in grado di accedervi. E. FOLLIERI, *Stare decisis*, cit., 23 ss. e 30 ss., riconduce alla dottrina il ruolo di individuare e diffondere il precedente mediante un repertorio ragionato.
3. Ancora A. DE SIANO, *op. cit.*, 158. Il problema delle cd massime mentitrici è stato richiamato anche da G. ALPA nella Relazione al Convegno CNF-SSA del 13 ottobre.
4. S. FÙRFARO, voce *Nomofilachia*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg. 2011, 352 ss., sottolinea che la sicurezza giuridica troverebbe la sua base negli artt. 2 e 3 Cost. e, soprattutto, 8 CEDU, che, riconoscendo ad ogni persona il «diritto al rispetto della propria vita privata», impone «la predisposizione di una legge che preventivamente definisca e giustifichi gli spazi entro i quali l individuo medesimo può aspettarsi o subire qualcosa da parte di chicchessia e principalmente da parte dell autorità e dei pubblici poteri».
5. In senso critico sulla non imputabilità della decadenza per *revirement* giurisprudenziale, C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d’interpreta- zione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1337 ss.

Anche una rapida e superficiale rassegna della nostra giu- risprudenza dimostra come il nostro sistema sia molto lontano dalla cultura anglosassone del precedente. Ma questo non può e tanto meno deve assolutamente essere visto come un difetto e spingerci verso l abbandono delle nostre migliori tradizioni in nome di una logica di globalizzazione che dovrebbe indurci a rinunciare ai nostri valori di democrazia e di libertà, che, come anticipato in premessa, sono posti anche a tutela dei giudici.

Lungi dall indebolire la funzione giurisdizionale, la riap- propriazione del ruolo legislativo e il miglioramento della qualità delle fonti tradizionali costituisce insopprimibile garan- zia della sua indipendenza e imparzialità, mettendola al riparo da critiche tanto ingiuste quanto strumentali nei casi in cui, portando avanti un percorso che l ha vista massimo fautore e garante della «*giustizia nell’amministrazione*» e dell effettività della tutela degli amministrati «*nei confronti*» dei poteri pub- blici, giustamente reagisce alla violazione dei principi e delle regole che presiedono al corretto esercizio dell azione ammi- nistrativa (71).

Se i giudici amministrativi non possono espletare con piena forza e libertà questo ruolo, anche il diritto a una «buona amministrazione» si traduce, inevitabilmente, in una mera de- clamazione, lasciando campo libero all arbitrio se non, addirit- tura, alla corruzione che ci proponiamo di combattere.

ABSTRACT: Il saggio affronta il delicato tema del ruolo di «supplenza» nella funzio- ne regolatoria che la crisi della politica vede sempre più spesso attribuito al giudice. In particolare, concentrando l analisi sul processo amministrativo, l A., anche attraverso l individuazione di alcuni risvolti concreti (in materia di autotutela, sanzioni, questioni di rito) mette in luce gli effetti negativi del fenomeno sul piano della certezza giuridica e dello stesso diritto alla buona amministrazione e le sue inevitabili ricadute sulla fiducia degli operatori e degli investitori e sull economia del Paese. L A. auspica pertanto il supera-

1. In argomento si rinvia alle considerazioni svolte in occasione della Presentazione del Convegno di Bari-Polignano su *Poteri pubblici e poteri delle parti nei processi sull’attività amministrativa (dall’unificazione al Codice)*, in *federalismi.it*, 2015.

mento della supina accettazione del ribaltamento dei principi democratici su cui si fonda la preminenza della legge, richiamando il ruolo della dottrina nella loro difesa.

ABSTRACT: *The essay deals with the «substitutive» role acquired by the jurisprudence in the law making process in the current political crisis. The analysis focuses on Administrative Court procedure and, thanks to some concrete examples (rela- ted to the exercise of Administrative powers to withdraw previous acts, san- ctioning powers and procedural issues) highlights the negative effects of the phenomenon on national economy. Objecting the submissive acceptation of the overturning of democratic principles founding the rule of law, the Author emphasises the role of scholars in defence of those principles.*

Maria Alessandra Sandulli

Professore Ordinario di diritto amministrativo Roma 3

Pubblicato il13 dicmbre 2018