

# LA CERTEZZA GIURIDICA TRA PRINCIPI E REGOLE NELLA TRANSIZIONE DAL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'EMERGENZA» AL «DIRITTO AMMINISTRATIVO DEL RISCHIO»

Giuseppina Lofaro\*

**Abstract (en):** *The essay analyzes legal certainty and legality in practice, focusing especially on behavioral rules and functional interference between the powers of the State, to reflect on the model of current institutional structure, in view of the persistent pandemic emergency which has emphasized the role of executive power. In a complex and multilevel regulatory framework, the so-called «liquidity» of the rules reverberates on the activity of the jurisprudence. The manipulative techniques of the so-called prospective overruling and distinguishing, typical of common law systems allow the judge to reconcile the needs of certainty and flexibility within the system. The legislative «service» is a duty in a rule of law where there is the need to restart the economy and regain credibility at an international level, transmitting predictability and stability to the stakeholders who, despite the Country going through an unfavorable situation, decide to rely on it through tangible and intangible investments. The rule of law dictated by the jurisprudence is conditioned by the specific case, even more if the judge is between the «emergency society» and the «risk society», often exposed to the pressures connected to the effects of his decisions on the economy. The jurisdiction can respond, in the current socio-political-economic phase, to the emergence of new needs and related instances of protection, it can compensate for shortcomings of the legislator. It is desirable that this overlapping of roles occurs purely pro tempore.*

**Abstract (it):** Il saggio analizza la certezza giuridica e la legalità in concreto, incentrandosi specialmente sulle norme comportamentali e sulle interferenze funzionali tra i poteri dello Stato, per riflettere sul modello di struttura istituzionale attuale, in considerazione della persistente emergenza pandemica che ha enfatizzato il ruolo del potere esecutivo. In un quadro normativo complesso e multilivello, la c.d. «liquidità» delle regole si riverbera sull'attività della giurisprudenza. Le tecniche manipolative del c.d. *prospective overruling* e del *distinguishing*, tipiche dei sistemi di *common law* consentono al giudice di contemperare le esigenze di certezza e flessibilità interne al sistema. Doveroso è il «servizio» legislativo in uno Stato di diritto in cui vi è l'esigenza di far ripartire l'economia e di riacquisire credibilità a livello internazionale, trasmettendo prevedibilità e stabilità agli *stakeholders* che, nonostante il Paese attraversi una congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento mediante investimenti materiali e immateriali. La *rule of law* dettata dalla giurisprudenza è condizionata dalla fattispecie del caso concreto, ancor di più se il giudice è, tra «società dell'emergenza» e «società del rischio», sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia. La giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a

carenze del legislatore. Auspicabile è che tale sovrapposizione di ruoli avvenga meramente *pro tempore*.

**Keywords:** *legal certainty - behavioral rules - «liquidity» of the rules - prospective overruling and distinguishing - rule of law - the «emergency society» - the «risk society».*

**SOMMARIO:** **1.** Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa: analisi introduttiva. – **2.** La *quaestio* dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi. – **3.** La funzione suppletiva esercitata dalla giurisprudenza tra «società dell'emergenza» e «società del rischio»: aspetti critici. – **4.** Considerazioni sugli effetti dell'emergenza sanitaria in corso tra procedimento e processo: il ruolo del potere esecutivo. – **5.** Riflessioni sintetico-conclusive propositive: il ruolo del giurista e della giurisprudenza nell'evoluzione della *rule of law* tra stato di emergenza e *spes* di ricostruzione.

## **1. Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa: analisi introduttiva.**

La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione (in acronimo P.A.) rappresenta un baluardo irrinunciabile nell'ambito della civiltà giuridica e dello Stato di diritto.

Al giudice amministrativo (g.a.) viene conferito il ruolo fondamentale, magari in teoria improprio, di contemperamento dei contrapposti interessi, complice la crisi pandemica e politica<sup>1</sup> attuale che denota, sovente, una mancanza di consapevolezza

---

<sup>1</sup>\* Dottore di ricerca in Diritto ed Economia, Cultore della materia in Diritto Amministrativo-I Contratti Pubblici, in Diritto Urbanistico, Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

Sotto un profilo collegato, L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 13-38, esamina il rapporto tra politica e burocrazia in Italia, riferendosi specialmente all'amministrazione centrale dello Stato. L'Autore ricostruisce le cause e gli effetti della mancata separazione tra politica e amministrazione nel sistema italiano, tra cui la «esondazione» legislativa — ad opera di Governo e Parlamento — nelle scelte amministrative. Dopo aver presentato i principali nodi problematici del rapporto tra politica e

nella gestione di problematiche e questioni che si pongono incessantemente all'attenzione del pubblico dibattito<sup>2</sup>. Tuttavia, il g.a. viene frequentemente lasciato senza pilastri di riferimento nello svolgimento di questo delicato compito di precisazione e/o identificazione delle regole del caso concreto.

Accade altresì di frequente che il g.a. venga frustrato nell'adempimento della sua articolata e delicata funzione conferitagli dalla Costituzione, a causa della necessità di pronunce *super* rapide e non adeguatamente motivate<sup>3</sup> che abbiano per effetto l'inibizione dell'esercizio illegittimo dei pubblici poteri. Per di più, quasi fosse un'applicazione della *teoria dei corsi e ricorsi storici*, periodicamente viene adombrato il rischio di soppressione del g.a.<sup>4</sup>, da cui scaturisce direttamente una sorta di effetto di soggezione, sia pure temporanea.

Autorevole dottrina ha reiteratamente rilevato che la progressione del sistema socio-economico, ancorata all'avanzare delle nuove tecnologie, comporta il superamento delle fonti classiche, ovvero le norme stabilite in maniera generale ed astratta dagli organi che rappresentano la volontà popolare. Ciò avviene al fine di lasciare spazio agli orientamenti giurisprudenziali<sup>5</sup> nonché a regole più flessibili, tra cui linee guida e circolari, previste dalle amministrazioni e dalle autorità amministrative indipendenti<sup>6</sup>.

---

amministrazione, l'autorevole dottrina prospetta alcuni possibili rimedi attuabili nel breve e nel lungo periodo.

2 Si cfr. per tutti il commento critico di S. CASSESE, *I problemi irrisolti e le liti quotidiane*, 26 Aprile 2019, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it) ed altresì pubblicato dall'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu). Lo scritto mette in particolare rilievo i nodi problematici scaturenti dalla situazione debitoria degli enti locali (specialmente delle città metropolitane) con le banche e la Cassa depositi e prestiti. Il celebre Giurista e Accademico italiano nonché Giudice emerito della Corte costituzionale propone un tentativo di rinegoziazione delle condizioni per scongiurare l'ipotesi di accollo da parte dello Stato, come accadde nella seconda metà degli anni '70. L'Autore evidenzia lucidamente la necessità di coordinamento delle attività di razionalizzazione, riqualificazione, revisione e tempestiva riduzione della spesa pubblica, per evitare che scatti la «clausola di salvaguardia» nonché un aumento dell'iva. Il Giurista rileva altresì le incertezze connesse alla questione del *regionalismo differenziato*, ossia della concessione ad alcune regioni di maggiore autonomia e dell'attuale e mai sopito conflitto Nord-Sud che essa ha sollevato, specialmente per la mancanza di uno studio ragionevole sottostante.

3 M. RAMAJOLI, *Verso un declino della decisione motivata?*, Relazione a Seminari pisani di diritto amministrativo, Pisa, 2018, *passim*.

4 «A fronte di tentativi di marginalizzazione, quando non di delegittimazione strisciante, della giurisdizione amministrativa, bisogna essere chiari: l'efficienza della macchina amministrativa, che è tale se si muove nella legalità, non può costituire un alibi per ridurre la garanzia dei diritti e la protezione degli interessi; l'incertezza nelle scelte politiche non può essere "scaricata" sull'amministrazione e sulla giurisdizione; l'inefficienza della macchina burocratica e l'illegittimo esercizio del potere pubblico non possono essere tollerati nemmeno in situazioni emergenziali e quindi men che mai in una fase di ricostruzione.

Alla politica e all'amministrazione il dovere di agire nella legalità in un quadro normativo chiaro e ben definito, al giudice il dovere di rispondere con tempestività e competenza alla domanda di giustizia». Cfr. Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2 febbraio 2021, *Palazzo Spada*, Roma, 13, in <http://www.astrid-online.it/>.

5 Si v. per tutti G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, *Luiss University Press*, 2015, *passim*., che esalta i valori dell'equilibrio, del dialogo e della prudenza quale metodo per affrontare problemi complessi.

6 Sulla tematica *de qua*, si v. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, contenente la relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'ufficio studi, massimario e formazione della giustizia

È stato altresì posto l'accento sull'incapacità di alcuni principi radicati di interfacciarsi con questioni recenti – specialmente quelle emergenziali – e sulla conseguente necessità di formulare principi ulteriori, attraverso queste nuove «fonti» leggere<sup>7</sup>. Illustri giuristi hanno anche messo in evidenza la necessità di modificare il metodo di ricerca nel diritto amministrativo, rendendolo interdisciplinare, anche attraverso utili riferimenti all'analisi economica, ancorandolo altresì alla giurisprudenza, disancorandolo, quando indispensabile, dai tradizionali riferimenti di diritto positivo<sup>8</sup>. Pare a chi scrive che, in concreto, la nozione di certezza giuridica<sup>9</sup> non risulti più unicamente legata alla corretta declinazione della legge<sup>10</sup> ma includa necessariamente l'ambito giudiziario, a dimostrazione della sua valenza in chiave evolutiva. Tuttavia, in astratto, nel sistema delle fonti del diritto, la legge risulta sovraordinata alla giurisprudenza anche al fine di assicurare un'applicazione

---

amministrativa in collaborazione con il Tar Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il Tar Lombardia, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che si sofferma particolarmente sulla problematica atipicità del modello di riferimento e del connesso difetto di legalità sostanziale, concludendo che nonostante si supporti la loro azione con un'attività ermeneutica che colma in via interpretativa le lacune normative, alcuni nodi problematici che il modello porta con sé non possono mai ritenersi risolti in maniera definitiva; si cfr. altresì la chiara ed equilibrata analisi ricostruttiva della *quaestio de qua* di A. MAZZA LABOCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2015, 633-648; per quel che concerne la correlata questione inerente il penetrante sindacato giurisdizionale nelle controversie in materia di provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si v. sempre ID., *La giurisdizione debole sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, 2017, spec. 1908, in cui l'Autore mette in luce che il sindacato giurisdizionale *de quo* si estende sino al «controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità», potendo sia concernere una rivalutazione delle opzioni tecniche compiute da questa sia applicare la corretta attività ermeneutica di concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in analisi.

7 V. DESANTIS, *Covid-19: il dialogo di hard e soft law e le trasformazioni della normazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 107-131.

8 Si cfr. la Relazione illuminata di S. CASSESE, «*Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*», tenuta al XXII Congresso italo-spagnolo dei Professori di diritto amministrativo, presso l'Università degli Studi di Messina, 17-19 Maggio 2018, che rileva come anche l'insegnamento del diritto amministrativo debba seguire l'evoluzione *de qua*, non rimanendo unicamente ancorato al diritto nazionale, al metodo giuridico tradizionale, all'ordinamento positivo. L'illustre Giurista cita a titolo esemplificativo positivo l'Olanda, in cui hanno luogo corsi totalmente in inglese, senza alcun riferimento al diritto olandese. L'Autore altresì sostiene che sia opportuno partire dall'analisi delle questioni problematiche (e non dai principi, come tradizionalmente si ritiene) ai fini dell'individuazione di possibili soluzioni, in modo da far scaturire, da questo percorso di analisi, la costruzione di nuovi principi.

9 Si v. sul concetto enciclopedico *de quo* M. CORSALE, voce *Certezza del diritto*. I) *Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, 5 ss.; cfr. altresì le acute riflessioni di G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006 nonché le chiare note di G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1063 ss.; più di recente, si v. le efficaci considerazioni di F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 297 ss.

10 B.G. MATTARELLA, *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2019, 714-718, analizza attentamente e criticamente la legge 19 giugno 2019, n. 56 recante «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo» rilevando che «la legge sulla concretezza» si occupa del funzionamento della pubblica amministrazione in modo piuttosto astratto, tuttavia contiene alcune norme concrete, sostanzialmente apprezzabili, per le quali l'Autore avanza perplessità in merito alla necessità della previsione per legge.

uniforme e certa (*id est*: sicura) delle norme comportamentali<sup>11</sup>, altresì al fine di sottrarle, per tale via, agli orientamenti interpretativi ondivaghi.

Allo stato attuale il nesso tra imparzialità, legalità<sup>12</sup> sostanziale e democraticità pare a tratti sospeso, allorquando l'amministrazione non è più tenuta ad adeguarsi all'indirizzo legislativo, diretta espressione della volontà popolare. Alcuni interventi legislativi, degli organi consultivi<sup>13</sup> e giurisdizionali<sup>14</sup> risultano significativi nel senso poc'anzi prospettato.

Pertanto pare opportuno riflettere sul modello di struttura istituzionale.

Si denota altresì la sussistenza di un rapporto diretto tra i giudici ed i principi che sortisce l'effetto, idealmente non auspicabile, di ridimensionare il valore delle regole, specie in assenza di un legislatore che se ne occupi in maniera costante, sistematica, autonoma e *last but not least* costruttiva.

In particolare, di recente l'Adunanza plenaria<sup>15</sup>, ha avallato l'orientamento del diritto vivente, seguito dalla giurisprudenza amministrativa, circa l'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento amministrativo, rispettivamente, nel momento di conoscenza della mera esistenza e della lesività del provvedimento per tutti i settori del diritto amministrativo e nel momento di conoscenza della motivazione del provvedimento e dei relativi atti

---

11 Per un'interessante applicazione del *behaviourismo* alle decisioni amministrative, si v. le chiare note di L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno AIPDA su «*Decisioni amministrative e processi deliberativi*», Bergamo 5-7 ottobre 2017, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), spec. par. 6; si cfr. altresì G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Milano, Il Mulino, 2017, II, *passim.*, che evidenzia in chiave critica ed al contempo ricostruttiva come il diritto amministrativo ed i suoi mutamenti siano regolati da ben precise esigenze funzionali e dalla logica dell'azione collettiva. In questa prospettiva, il diritto amministrativo, da un lato, mira ad affrontare i problemi strutturali dell'organizzazione e dell'azione pubblica; dall'altro, è l'esito, «mutevole e instabile», di interazioni ripetute tra politici, burocrati, giudici e privati. Pertanto, l'analisi giuridica degli istituti e della normazione positiva, anche in chiave comparata con altri ordinamenti, è doverosamente integrata con quella economica e politologica, al fine di evidenziare i comportamenti strategici dei diversi soggetti operanti nella sfera pubblica, nonché per valutare gli effetti delle regole del diritto amministrativo sulle condotte individuali e sul benessere collettivo.

12 In merito alla crisi di identità del principio di legalità, si v. l'analisi ricostruttiva di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, 2013, 402 ss. che avanza l'idea di un moderno concetto di legalità ibrida, non più pura, che risulti preminente sulla legalità democratica.

13 Nel Parere n. 1623 reso il 26 Giugno 2018, reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in tema di modifica del Regolamento per il rilascio dei pareri precontenziosi ANAC, la commissione speciale del Consiglio di Stato si è pronunciata in senso negativo su svariate norme elaborate dall'Autorità, poiché prive di legittimazione da parte della normativa primaria. Sull'istituto del precontenzioso ANAC aggiornato alla riforma codicistica del 2016, si cfr. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 466 ss.

14 Con le tre ordinanze gemelle nn. 374, 375, 376 del 29 Giugno 2018, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale inerente all'art. 3, comma 3, della legge regionale 11 Agosto 2016, n. 17, recante tra l'altro «Disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale e di cessazione degli organi comunali», laddove prevede che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche per le elezioni dei consigli circoscrizionali», in relazione agli artt. 3 e 101, comma 2, Cost., per la parte in cui, per la sua imprecisione e vaghezza, è in contrasto col principio di ragionevolezza e con la soggezione del giudice alla legge.

15 Cfr. Ad. Plen., Cons. St., sent. 2 luglio 2020 n.12, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

endoprocedimentali per il settore degli appalti<sup>16</sup>.

Alla luce di quanto finora evidenziato, può affermarsi che, in linea generale, trasparenza ed efficienza dovrebbero costituire un binomio inscindibile e che la legalità<sup>17</sup>, anziché causare un rallentamento dell'azione amministrativa, dovrebbe più opportunamente fungere da strumento per consentire di realizzare in concreto un'equilibrata gestione delle risorse umane e finanziarie disponibili<sup>18</sup>.

## 2. La *quaestio* dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi.

La legalità in concreto costituisce garanzia del cittadino a non doversi sottoporre a vincoli, limiti o a condizionamenti di varia natura, rispetto ai propri diritti e alle proprie azioni, che non discendano direttamente ed *ictu oculi* dalle opzioni del legislatore in qualità di rappresentante della volontà popolare.

Il principio *de quo*, oltre all'interesse sotto l'aspetto formale, disvela risvolti sostanziali rilevanti<sup>19</sup>.

16 Ancor prima, sempre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, interpellata a pronunciarsi sulle regole acceleratorie del rito super speciale sui contratti pubblici, nello specifico sulla loro idoneità a giustificare l'onere di impugnazione immediata del bando altresì per le clausole non immediatamente escludenti, nella sentenza n. 4 del 2018, disattendendo l'orientamento manifestato dalla III sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2014 del 2017, ha specificato che, in mancanza di norme chiare nel senso *de quo* «laddove 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 c.p.a. "autonomamente lesivi"». Si v. le chiare ed approfondite note di 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*, 23 Maggio 2018, *passim*; ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 3, 2018, spec. 49.

17 Per una disamina sempre attuale sulla legalità amministrativa, sia in chiave ricostruttiva che in una prospettiva futura, feconda di spunti riflessivi originali, si v. l'opera monografica di F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. 42, 60-61: in particolare, l'Autore rivaluta e riprende il pensiero di Romagnosi per cui la ricostruzione del diritto amministrativo deriva da un «fitto dialogo» con la giurisprudenza del contenzioso amministrativo, ossia con il Consiglio di Stato italiano e francese. Ancora, secondo F. Merusi, al legislatore può supplire l'integrazione dei principi generali «inverati» dalla giurisprudenza. Per cui, riprendendo un «sentiero interrotto», attraverso un ritorno a Romagnosi, è opportuno «tessere le "istituzioni" sulla base delle sollecitazioni del contesto normativo e giurisprudenziale contemporaneo».

18 Si v. sotto il profilo *de quo* il d.m. del 17 Gennaio 2018, n. 35, contenente il «Regolamento sulle modalità di composizione e funzionamento dell'Osservatorio nazionale sul fenomeno degli atti intimidatori nei confronti degli amministratori locali» previsto dall'art. 6 della l. del 3 Luglio 2017, n. 105, in *Guida al diritto*, n. 23/2018. Nello specifico, pare a chi scrive che con il regolamento di cui al pocanzi citato d.m. del 17 Gennaio 2018, n. 35, il Ministero dell'interno abbia inteso evidenziare che l'unione fra la legalità e la sicurezza possa determinare una reale prospettiva di liberazione delle amministrazioni locali da pressioni sia interne che esterne.

19 Si cfr. le Relazioni di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa su principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Modanella (Siena),

Fra i valori formali di civiltà giuridica, come in parte già rilevato, vi sono la separazione dei poteri<sup>20</sup> nonché il primato della legge che funge teoricamente anche da limite e criterio orientatore della funzione giurisdizionale.

Può ritenersi che uno tra i fattori di rischio<sup>21</sup> per l'economia di un Paese sia rappresentato dalla mancanza di certezza delle norme che esplicano il corretto esercizio dei pubblici poteri, siano essi amministrativi<sup>22</sup> che giurisdizionali, con cui gli *stakeholders* (*id est*: operatori) si interfacciano<sup>23</sup>.

Difatti, i soggetti investitori delle proprie risorse lavorative ed economiche in uno specifico settore o territorio necessitano di poter conferire fiducia al sistema di riferimento, senza essere costretti all'accettazione del rischio che i possessori dei pubblici poteri sottopongano a revisione, a titolo esemplificativo, le condizioni per la fruizione di benefici economici originariamente contrattualmente riconosciuti per incentivare l'attività intrapresa<sup>24</sup>.

Un riferimento attuale, a titolo esemplificativo, può esser costituito dai fenomeni di riconversione dell'attività produttiva di alcune note realtà industriali, orientate alla realizzazione di beni e strumenti indispensabili per affrontare la crisi sanitaria in atto.

In generale, può altresì ritenersi che la mancanza di certezza – in merito alla stabilità o alla validità *ab origine* nonché alla sussistenza dei titoli abilitanti rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa, professionale, economica, o altresì delle condizioni di accesso a contratti pubblici o in relazione all'aleatorietà della possibilità di godimento dei risultati d'investimento di risorse materiali e immateriali – rappresenti un fattore di rischio economico per il Paese<sup>25</sup>.

---

8-9 Giugno 2018, Napoli, parzialmente reperibili anche su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) nonché su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); v. altresì la lucida analisi di E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 505 ss.

20 Sul principio di separazione dei poteri e sulle sue connessioni in ambito amministrativo si cfr. F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, Roma, 2016, 149-161.

21 Sotto un profilo collegato, si v. le chiare ed attuali riflessioni di S. BUDELLI, *La società del rischio e il governo dell'emergenza. Le ordinanze extra ordinem*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, 2, 2019, 1-39.

22 Sempre illuminante, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

23 «È noto infatti che le grandi riforme hanno bisogno di tempo per essere metabolizzate compiutamente; esattamente il tempo che la giurisprudenza prende per elaborare quel reticolo di principi e criteri di risoluzione del caso concreto, necessario a dare certezza, chiarezza e concretezza all'amministrazione, alle persone e agli operatori economici». Il virgolettato è di Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 25, in <http://www.astrid-online.it/>.

24 Cfr. ad es. la c.d. legge «spalma incentivi», ossia il d.l. 24 Giugno 2014 convertito nella l. 11 Agosto 2014, n. 116, con cui lo Stato italiano ha fissato la netta riduzione, a partire dall'1 Gennaio 2015, delle tariffe incentivanti precedentemente riconosciute tramite convenzioni ai produttori di energia fotovoltaica; pertanto, hanno subito una *reformatio in peius*, a decorrere dal mese di Luglio 2014, le connesse modalità di erogazione. La Corte costituzionale ha ritenuto tali previsioni conformi al canone di ragionevolezza in quanto contenenti misure giustificate dalle superiori esigenze dell'economia del Paese. Nello specifico, essa ha negato che l'impegno convenzionalmente assunto dallo Stato fosse idoneo a far sorgere negli operatori un legittimo affidamento alla stabilità delle tariffe per l'intera durata del contratto alle condizioni stabilite dalla legge che aveva esercitato la *vis attractiva* degli investimenti in Italia.

Tale insicurezza risulta connessa all'incertezza delle norme che dovrebbero assicurare il corretto esercizio dei pubblici poteri, sia amministrativi<sup>26</sup> che giurisdizionali, ai fini di un affidamento concreto rispetto alla prevedibilità delle azioni.

Dalla legislazione più recente emerge la tendenza a corroborare la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa: l'art. 12, comma 1, lettera a), della legge n. 120/2020, introducendo l'art. 8-bis nell'art. 2 della legge n. 241/1990, ha infatti sancito che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso *tout court* adottati successivamente alla scadenza di alcuni termini previsti dalla stessa legge n. 241/1990 sono inefficaci, fermo restando il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

L'obiettivo preminente della disposizione *de qua* è quello di incoraggiare gli investimenti, conferendo agli operatori ulteriori garanzie di stabilità della situazione di vantaggio conseguita<sup>27</sup>.

La tendenza a tutelare la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche emerge *ictu oculi* altresì dall'art. 125 c.p.a. (la cui portata applicativa è stata recentemente estesa dalla legge 11 settembre 2020, n. 120). Tale norma, recante «... disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche», tutela l'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere, fissando rilevanti limiti alla caducazione del contratto in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati e, pertanto, alla piena attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>28</sup>.

Oggi il quadro normativo risulta complesso e multilivello, alla luce anche delle fonti e della giurisprudenza sovranazionale.

Sovente, la mancanza di chiarezza giuridica si ripercuote sull'azione dell'amministrazione che risulta esposta al rischio di applicare le regole in maniera errata, ad esempio imponendo sanzioni prive dei caratteri di giustizia e proporzione.

Per di più, per effetto della semplificazione dei controlli sulle attività economiche, la questione rischia di assumere un profilo allarmante, man mano che gli investitori acquisiscono consapevolezza, in seguito alla sostituzione dei provvedimenti autorizzatori *tout court* con titoli «virtuali» di assenso, che conseguono all'inerzia delle amministrazioni sulle connesse richieste.

La condizione di inoperosità *de qua* deriva altresì da una sorta di timore dei funzionari pubblici, connesso ad un'eventuale assunzione di responsabilità rispetto ad opzioni ermeneutiche connotate da un elevato grado di complessità.

25 In relazione agli effetti della pandemia sugli appalti, si v. M. MAGRI, *Il "collasso" del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, in *Istituzioni del federalismo*, Numero Speciale, 2020, 77-88.

26 Si v. su tale profilo il saggio, ancora oggi estremamente attuale, di M. D'ALBERTI, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie*, 3, 2015, 909 ss.

27 Cfr. su tale aspetto le recenti considerazioni di G. TAGLIANETTI, *Alcune riflessioni sul concetto di "certezza dell'azione amministrativa"*, in *Amministrativ@mente, Riv. scient. trim. dir. amm.*, 4, 2020, 455, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com).

28 *Id.*, *op. ult. cit.*, 452.

Le riforme normative che il legislatore ha ideato progressivamente per ridurre tali rischi, fissando oneri motivazionali e limiti temporali agli interventi *ex post* su titoli già consolidati, sono state frequentemente sottoposte ad interpretazioni contrastanti<sup>29</sup> che hanno avuto l'effetto di incrementare il grado di insicurezza giuridica<sup>30</sup>.

Per di più, nonostante il legislatore abbia chiaramente connesso il termine di diciotto mesi al «momento dell'adozione» del provvedimento – mentre con riferimento alla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), al suo «consolidamento» *ex d.lg. 25 Novembre 2016, n. 222* –, non fissando alcuna deroga per la fase transitoria, nonostante gli inviti in tal senso contenuti nei pareri del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti attuativi, la giurisprudenza ha creato la

29 Si assiste ad uno scollamento tra la netta opzione legislativa e le applicazioni amministrative e giurisprudenziali – che tendono a ridimensionare la rilevanza dell'eccezione *de qua*, delimitando la necessità della condanna alle dichiarazioni ed escludendola per le false rappresentazioni della realtà, estese a loro volta alla rappresentazione errata di qualità giuridiche o circostanze –, sovente discendente dal grado di incertezza e complessità del quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale. Si cfr. a tal proposito Cons. Stato, V, 27 Giugno 2018 n. 3940, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno avanzato la proposta di una ricostruzione del sistema che contemperi l'esigenza di affidamento nella stabilità dei titoli autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e la difficoltà oggettiva dell'amministrazione di adempiere allo svolgimento dei controlli necessari indicati dal legislatore, giungendo alla conclusione per cui: alla luce del dato letterale e teleologico nonché dell'osservazione per cui la negazione di un'autonomia nella valutazione all'autorità procedente sarebbe, in concreto, frutto dell'idea secondo cui «l'accertamento della falsità dei presupposti di fatto compete sempre e solo al giudice penale», la disposizione di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, andrà interpretata nel senso che «il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito: a) nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, [...] 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 alla colpa grave e corrispondente, 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 esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». Tuttavia, la soluzione giurisprudenziale testé evidenziata, pur risultando conforme ad un canone di ragionevolezza in astratto, non pare, in concreto, rispondere all'opzione legislativa di offrire certezza effettiva di stabilità dei titoli contro interventi tardivi di autotutela non fondati su falsi oggettivamente dimostrati con le garanzie penalistiche (tra cui a titolo esemplificativo, il noto brocardo latino *in dubio pro reo*, ossia la presunzione di innocenza, l'onere della prova) ed avrebbe, per ragioni di opportunità, dovuto essere rimessa alla Corte costituzionale quale Giudice delle leggi. Per un'analisi tecnico-giuridica approfondita ed equilibrata della pronuncia *de qua*, si cfr. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 56.

30 Pertanto, in un contesto normativo già connaturato da incertezza oggettiva, i recenti istituti di semplificazione e liberalizzazione hanno causato una sorta di effetto di «danno di ritorno», controproducente come un *boomerang* per i potenziali contraenti che si son ritrovati senza le garanzie derivanti dal controllo preventivo sulla legittimità dell'azione o dell'opera da intraprendere o realizzare ed altresì privati della certezza della validità e della stabilità del titolo, a causa dell'incapacità di tali istituti di conferire l'effetto *de quo*. La chiara scelta del legislatore *ex art. 21 nonies* della l. 241/1990, come modificato dalla l. n. 124/2015, è di circoscrivere il potere di autoannullamento dei titoli autorizzatori e degli atti che hanno la capacità di conferire vantaggi economici entro 18 mesi dal loro rilascio o formazione, eccetto i casi in cui il beneficio o il titolo sia stato ottenuto mediante rappresentazioni della realtà o dichiarazioni false o mendaci accertate con sentenza penale di condanna passata in giudicato, secondo quanto prevede il comma 2 *bis* dell'articolo da ultimo citato. Si v. per tutti F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015, spec. 4-5.

contrapposta massima per cui, in fase di applicazione, il termine debba farsi decorrere dall'entrata in vigore della legge.

In relazione ai provvedimenti di autotutela non soggetti *ratione temporis o materiae* a questo limite temporale, alcuni anni fa l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>31</sup> ha sostenuto che, alla luce di un canone di ragionevolezza, «il termine decorre dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto».

Emerge *ictu oculi* che una simil prospettazione, – ancorata al dato di fatto dell'avvenuta conoscenza del vizio e non, invece, più correttamente, a quello della sua conoscibilità sia pure in astratto, considerata la diligenza che gli interessati hanno legittimamente diritto di pretendere da un'amministrazione che possa ritenersi «buona»<sup>32</sup>, – risulti nettamente in opposizione alla *voluntas legislatoris*. Tra l'altro, la pronuncia *de qua*, in astratto, si è dissociata dall'orientamento giurisprudenziale che ammetteva casi di annullamento con motivazione *in re ipsa*, contrastando così l'obbligo motivazionale sancito *expressis verbis* dal legislatore all'art. 21 *nonies*, ma in concreto lo ha riproposto, ideando, in contrasto con lo spirito della riforma nonché con una sua interpretazione letterale, la nuova categoria dei «preminenti valori pubblici di carattere autoevidente», ai quali ha riportato l'insieme di valori ed interessi sottesi alla normativa urbanistica ed edilizia.

---

31 Ad. plen., Cons. Stato, 17 Ottobre 2017, n. 8. Per un commento sulla pronuncia *de qua*, si v. le considerazioni perplesse di N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza plenaria n. 8 del 2017)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 20/2017, spec. par. 5, 19 ss.

32 S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in [www.irpa.it](http://www.irpa.it), Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Sindic de Greuges» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009. Si v. altresì l'opera monografica di M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. 273 ss., in cui l'Autore propone una lucida ed attuale visione armonizzata per cui il risultato, ossia un'utilità effettiva, è attratto ed inglobato nella funzione ed assurge a «parametro di verifica della legittimità dell'azione» che deve rendere conto della ragionevolezza delle scelte, della loro proporzionalità sotto il profilo quantitativo, nonché dell'adeguatezza sotto l'aspetto qualitativo rispetto al risultato prefigurato. Pertanto, il giudizio di legittimità si evolve, implicando, quale canone integrativo, «un giudizio di idoneità fra fatti reali, beni della vita coinvolti, diritti della persona, principi fondamentali, interessi (concreti) e misure adottate». Ancora: «la funzione che ingloba il risultato» rinviene la propria legittimazione nell'esigenza normativamente espressa dall'ordinamento di perseguire la giustizia tra i cittadini. «[...] “L'amministrazione di risultato”, fatta di uomini e cose concreti, presuppone lo sforzo di penetrazione della realtà attuale e di proiezione della stessa in quella futura, con una capacità di ponderazione di tutte le possibili implicazioni e ricadute del proprio intervento, avendo costantemente presente che scopo finale della sua azione sono i beni della vita sui quali incidere effettivamente». Pertanto, il risultato permea e connota l'esercizio della funzione ed il suo perseguimento rappresenta il più pieno e sostanziale rispetto del principio di legalità. In tale ottica, la funzione amministrativa ne risulta «nobilitata e vivificata» mediante «la compartecipazione creativa dell'amministrazione alla giustizia dell'ordinamento», in cui legalità e risultato si implicano vicendevolmente.

La tematica dei limiti all'autotutela<sup>33</sup> è risultata ancor più problematica con riferimento alle «autodichiarazioni di conformità», in relazioni alle quali, nonostante il rinvio espresso alla disciplina generale sull'autoannullamento quale limite ai controlli postumi (*id est*: successivi) sulla legittimità dello strumento *de quo* ai sensi dell'art. 19, l. n. 241/1990, gli interpreti, specialmente la giurisprudenza, avanzano sempre nuove ipotesi di lettura per delimitarne il rilievo, in chiave significativa più o meno rigida per il soggetto segnalante privato.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, si ritiene che il meccanismo della semplificazione nonché della para-liberalizzazione delle attività produttive, mediante l'autodichiarazione della loro conformità al quadro normativo di riferimento, possa rappresentare uno strumento utile per il sistema di crescita del Paese e per il rinnovato ossequio dei principi comunitari di libertà di circolazione e di stabilimento espressi dalla Direttiva *Bolkestein* del 2006<sup>34</sup>.

Tuttavia, il quadro *de quo* non può inficiare il legittimo affidamento degli operatori, esponendoli ad un livello di rischio maggiore rispetto a quello cui di norma risulta sottoposto il soggetto titolare di un provvedimento espresso. Pertanto, la stabilità e la validità dei benefici e dei titoli connessi allo svolgimento di attività economiche d'impresa dovrebbe idealmente fondarsi su disposizioni chiare, generali, astratte, previamente stabilite dal legislatore quale organo espressivo della volontà popolare. In teoria, tale opzione non dovrebbe essere effettuata regolarmente dall'amministrazione o dalla giurisprudenza, sulla base di canoni di opportunità, uguaglianza, ragionevolezza.

In concreto, come già rilevato, la questione di compatibilità della regola posta dal legislatore ed eventualmente ritenuta in contrasto con il principio di ragionevolezza dovrebbe essere rimessa alla Corte costituzionale, unico organo avente lo *status* (*id est*: il ruolo) di «Giudice delle leggi». In linea con le argomentazioni finora espresse, si sostiene che la c.d. flessibilità nonché la «liquidità» delle regole<sup>35</sup> risulta nello

33 Sulla tematica *de qua*, rispetto alle questioni irrisolte, si v. C. CONTESSA, *L'autotutela amministrativa all'indomani della «legge Madia»*, in *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, Piacenza, La Tribuna, 2018, 117-152; si cfr. altresì la lucida analisi di E. GIARDINO, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2018, 439-452, che acutamente rileva che l'autotutela amministrativa trova fonte normativa in disposizioni che riflettono la *voluntas legislatoris* di conciliare il rispetto delle regole con la certezza del diritto, quali elementi irrinunciabili poiché costitutivi dell'ordinamento. Perciò, l'agire in autotutela soggiace ad un principio di legalità declinato mediante i vincoli dell'affidamento e della buona fede, ove il tempo e le ragioni della scelta assumono rilievo dirimente. Sebbene il legislatore abbia codificato le tipologie di autotutela, ricorrendo a chiare previsioni limitative dell'agire discrezionale dell'amministrazione, permane tuttavia, un conflitto tra la norma e la sua interpretazione, che compromette la prevedibilità e l'effettività dell'ordinamento.

34 La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, conosciuta come Direttiva *Bolkestein*, è relativa ai servizi nel mercato europeo comune, è stata presentata dalla Commissione europea nel Febbraio 2004, ed approvata ed emanata nel 2006. Per una riflessione chiara e puntuale sulle singole misure di semplificazione ivi contenute, si v. M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografias de la Revista Aragonesa de Administración pública*, XII, 2010, 47-80.

35 Per un'analisi economica della scelta pubblica in una «società liquida», si v. C. ZUCHELLI, *Il «provvedere» ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, Relazione tenuta al Convegno *Il*

specifico foriera di potenziali danni allorquando concerne i relativi divieti nella loro formulazione e la normazione delle conseguenze della connessa violazione.

Si intende qui fare riferimento al rischio di subire l'irrogazione di consistenti sanzioni amministrative, pecuniarie e/o interdittive, quali, a titolo esemplificativo, una pesante interdittiva a percepire incentivi economici sul cui riconoscimento l'operatore aveva effettuato un legittimo affidamento, fondando le proprie scelte d'impresa, basandosi sovente sullo strumento contrattuale, o ancora, al caso di applicazione di elevate sanzioni pecuniarie da parte dell'*Antitrust* (*rectius*: Autorità garante della concorrenza e del mercato, AGCM), all'interdittiva a stipulare contratti con le pubbliche amministrazioni a causa della violazione di divieti oggettivamente incerti o contenuti in norme di complessa e/o nebulosa formulazione, che prestano il fianco a continui e costanti contrasti giurisprudenziali, come disvela anche la sconfinata casistica sull'art. 80, comma 5 del D. lg. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici.

A tal proposito, utile è il riferimento alla recente sentenza dell'Adunanza Plenaria<sup>36</sup> sugli obblighi dichiarativi e sulle false dichiarazioni rese dall'operatore economico partecipante alla gara: nello specifico, la decisione *de qua* ha avuto a oggetto la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici. L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che tale comportamento sia riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora *c-bis*)] dell'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici; sicché la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima norma, senza che operi alcun automatismo espulsivo; ciò vale anche per l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo incidenti *ictu oculi* sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; mentre la lett. *f-bis*) dell'articolo 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle innanzi citate.

---

*provvedimento amministrativo tra forma e sostanza*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2017, pubblicata il 29 luglio 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), spec. 11-12, secondo cui perdita di identità sociale e riduzione della sovranità nazionale determinano «la liquidità della società e dell'etica» che significa in concreto mancanza di una qualsiasi forma. L'Autore denota che la liquidità della società si concreta nell'assenza di parametri culturali, sociali, etici connessi ai sistemi semplici nei quali la persona vive e realizza sé stessa.

«In un'ottica nazionale, la globalizzazione delle problematiche locali conduce all'accentramento statalista, in un'ottica internazionale, la globalizzazione conduce alla perdita di sovranità e al privilegio per il sistema complesso internazionale e mondiale ed i relativi interessi».

La P.A. si muove in una situazione liquida: «se in senso giuridico formalistico essa è ancora legata allo strumentario legislativo che ne disciplina l'attività, quanto ai contenuti del provvedere all'interpretazione degli obiettivi e alla scelta dei mezzi, essa si muove senza punti di riferimento locali (né territoriali né nazionali) e quindi si determina il fondato rischio che finisca per rispondere con il suo provvedere agli interessi globali e non a quelli nazionali».

<sup>36</sup> Ad. Plen. Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

In sintesi, la ridotta chiarezza del sistema normativo, accompagnata da un elevato grado di confusione delle formule giuridiche impiegate che spesso non corrispondono alle categorie ed agli istituti tradizionali<sup>37</sup>, non permette di prevedere con un sufficiente livello di plausibilità se un operatore potrà essere ammesso in concreto ad una pubblica selezione o potrà realmente ottenere i permessi oppure certificare o dichiarare la presenza dei presupposti indispensabili per l'avvio di un'attività imprenditoriale o per la realizzazione di un'opera ma, soprattutto, se potrà fare affidamento temporale in merito alla stabilità dei titoli o degli atti relativi.

Di fatto, lo stato di incertezza *de quo* si riverbera naturalmente sull'attività della giurisprudenza che viene, iniquamente, reiteratamente e consapevolmente, costretta a svolgere un ruolo creativo che formalmente non le apparterebbe, con il risultato, nonostante lo sforzo frequente di offrire un indirizzo univoco, di coniare sovente opzioni interpretative eterogenee<sup>38</sup>, a causa della connaturata ed intrinseca difficoltà di offrire regole generali in fase di risoluzione di contrasti strettamente connessi alle particolarità della fattispecie concreta in esame<sup>39</sup>.

Pertanto, spesso si contrappone la regola giurisprudenziale alla norma sancita dal legislatore.

La questione risulta ancor più grave quando viene attribuita una portata interpretativa retroattiva alla regola giurisprudenziale, in parte attenuata dalla tecnica manipolativa del c.d. *prospective overruling*<sup>40</sup>, riconosciuto dalla

37 Impropiamente, con riferimento ad un annullamento, si assiste all'uso del termine decadenza, revoca. Ancora, in relazione ad una SCIA, si utilizzano i termini provvedimenti, atti di autorizzazione.

38 F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 651, effettua considerazioni tecnico-giuridiche critiche in merito all'effetto di incertezza scaturente dalle oscillazioni eccessive della giurisprudenza che giunge così ad una «sfrenata fantasia dell'interpretazione giuridica».

39 Si esprime in tali termini, tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA 2014*, 301 ss.

40 Tra le tecniche di manipolazione del precedente vi sono l'*anticipatory overruling* ed il *prospective overruling*. Rispettivamente, mediante la prima modalità manipolativa, una corte inferiore si sottrae al rispetto del precedente di una corte superiore qualora risulti ragionevolmente certo che essa stessa non seguirà più quel particolare precedente; la tecnica *de qua* consente, in concreto, ai giudici inferiori di anticipare la futura decisione abrogativa di un precedente ormai obsoleto che ci si attende dalla corte superiore. Tuttavia, si ritiene che «il criterio della ragionevole certezza» si discosti dalla possibilità di offrire le garanzie tipiche della legalità *tout court*. La finalità del *prospective overruling* è, invece, quella di abrogare il precedente limitando l'effetto retroattivo dell'abrogazione *de qua*. Attraverso questa tecnica, il giudice decide il caso di specie attenendosi al precedente vincolante, ma la regola da questo posta, ritenuta superata, viene modificata per tutti i casi che si presenteranno *ex nunc*. La teoria inglese afferma come regola generale che il precedente è strettamente vincolante non solo in senso verticale, ma anche in senso orizzontale; tuttavia, poi però si intravedono le possibilità che le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling* offrono al giudice per discostarsi da un precedente sgradito e che gli consentono di contemperare le esigenze di certezza e flessibilità interne al sistema. Pare utile rammentare che nel sistema inglese vige il c.d. *case law*, in cui le sentenze dei giudici hanno sia la funzione di dirimere la controversia concreta che quella di creare regole di diritto oggettivo valide per il futuro. Si cfr. con riferimento alla tematica *de qua* Cass. civ., Ss. UU., 11 Luglio 2011, n. 15144, con cui si afferma in relazione alla tutela dell'affidamento, che nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata interpretazione di una regola, ritenuta fino a poco prima valida, non possa operare la preclusione introdotta dall'*overruling*. Le sezioni unite chiariscono che il fenomeno del c.d. *overruling* ricorre soltanto quando si registra «una svolta

giurisprudenza di legittimità unicamente in ambito processuale, ma per cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>41</sup> pare nutrire maggiore attenzione.

La tematica *de qua* pare di ampio rilievo, chiamando in causa il principio del giusto processo<sup>42</sup> che dovrebbe esser regolato per legge, affinché il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore allorquando agisce, siano esse dettate dal legislatore sia che derivino dalla giurisprudenza.

Certamente, la funzione nomofilattica<sup>43</sup>, riconosciuta alla Corte di cassazione nel suo massimo consesso fin dal 1941 ai sensi dell'art. 65 contenuto nel r.d. n. 12 ed altresì estesa a partire dal 2010 all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato *ex art.* 99 c.p.a., a fini di garanzia di uniforme interpretazione del diritto, ha acquisito una rilevanza ed un'utilità progressivamente crescente. Tuttavia, non pare idealmente auspicabile la prospettiva, che pure a tratti sostanzialmente si manifesta, di sostituzione della garanzia della legalità *tout court*, specialmente avuto riguardo ai parametri di prevedibilità e di certezza del diritto.

### 3. La funzione suppletiva esercitata dalla giurisprudenza tra «società dell'emergenza» e «società del rischio»: aspetti critici.

---

inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte». Elementi costitutivi della fattispecie *de qua* sono perciò: l'aver ad oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. In tali casi, alla luce della giurisprudenza di legittimità in funzione nomofilattica, si applica direttamente il valore del giusto processo mediante l'esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola medesima. La tempestività dell'atto va valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell'atto stesso. Secondo le sezioni unite, «trattasi di soluzione confortata dall'esigenza di non alterare il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroagibilità della regola, imposti dal principio di ragionevolezza: ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza». Si cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1074 ss.

41 Si v. ad es. Ad. plen., Cons. Stato, 13 aprile 2015, n. 4 ed altresì Ad. plen., Cons. Stato, 22 dicembre 2017, n. 13; si cfr. anche Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858. Si v. altresì Ss. UU. Cass. civ., sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135.

42 Considerata la sconfinata letteratura sul principio *de quo*, ci si limita qui a riportare l'indicazione della voce enciclopedica di M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 595 ss.

43 La bibliografia in tema di nomofilachia è vastissima. Pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, 157 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.* 2014, 641 e ss.; A. BARONE, *The european «nomofilachia» 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.; si cfr. altresì i più recenti saggi di F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 587 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; 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, Febbraio 2018, 41 ss.

Le questioni disfunzionali connesse alle pronunce giurisprudenziali sovente si incrementano. A titolo esemplificativo, si verifica che le Sezioni semplici del Consiglio di Stato<sup>44</sup> dichiarino di esprimersi in funzione «nomofilattica» al fine di sostenere la tesi impropria di una forza semi-vincolante delle proprie pronunce.

Accade altresì che le controversie, indipendentemente dalla complessità nonché dalla pregnanza delle questioni sollevate, vengano di frequente decise in via semplificata, attraverso il mero richiamo *prima facie* a presunti precedenti<sup>45</sup> che, in seguito ad un'analisi più approfondita, risultano in realtà pronunciati su fattispecie e/o su domande e censure differenti sotto un profilo oggettivo. In tali casi, si ritiene, opportunamente, che il giudice dovrebbe seguire la logica del c.d. *distinguishing*, tipica dei sistemi di *common law*.

Di frequente avviene anche che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>46</sup> siano investite di questioni connesse ad aspetti processuali, in cui il diritto alla sicurezza giuridica si manifesta in maniera particolarmente pregnante, incidendo sul diritto fondamentale all'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri.

Per tale via, anziché crearsi un «circolo virtuoso», si innesca un «circolo vizioso»: l'incerto quadro normativo e giurisprudenziale alimenta la necessità di accesso alla Magistratura giudicante, con l'auspicio di poter ottenere una pronuncia favorevole o una decisione che, a prescindere dal suo esito, sollevi l'attore o le amministrazioni resistenti dalla responsabilità della decisione assunta. Tuttavia, le risorse del sistema giurisdizionale sono limitate e l'incremento del contenzioso, incidendo negativamente sul livello di approfondimento delle questioni affrontate, alimenta in tal modo la situazione di incertezza giuridica e, pertanto, in linea generale, lo stato di frustrazione in quanto pronunciarsi secondo giustizia equivale a risolvere la controversia in maniera tale che le parti e la collettività ne comprendano pienamente le ragioni e, auspicabilmente, le accettino pure. Il risultato *de quo* pare oggettivamente difficilmente raggiungibile mediante pronunce succintamente motivate che sovente

44 Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 4077 del 2017 nonché la n. 3940 del 2018 in cui esso indica, alla luce del proprio percorso argomentativo, in quali termini la legge applicata «dovrà essere» interpretata.

45 Sul tema *de quo* si v. *amplius* A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, cit., spec. 139 ss.; in un'ottica storico-ricostruttiva, si cfr. 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.; la voce enciclopedica ID., *Precedente giudiziale in Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 1990; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, 1996, 148 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincanto*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, 75 ss.

46 A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2018, 1169-1208, partendo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 e dall'orientamento della Corte di cassazione sulla «concezione dinamica della giurisdizione», affronta attentamente il tema del contrasto tra giudicato amministrativo nazionale e precedente o successiva pronuncia della Corte di giustizia europea o della Corte EDU, prospettando diverse soluzioni a seconda delle possibili differenti declinazioni teoriche della questione nonché dal diverso concetto di giurisdizione. L'Autore inquadra altresì i grandi temi del «dialogo tra le Corti» e del rapporto tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato.

non soddisfano un canone di adeguatezza nella parte motiva e che a volte tralasciano di considerare o di approfondire elementi essenziali di fatto o di diritto.

Ancor più grave appare la prassi invalsa in certa giurisprudenza di limitarsi a richiami/rimandi impropri a precedenti inconferenti oppure di contraddire più o meno apertamente precedenti giurisprudenziali su casi simili<sup>47</sup>. Accade altresì che i giudici, sia di prima che di ultima istanza, rifiutino indebitamente di entrare nel merito delle questioni sottoposte al loro vaglio, dichiarandole aprioristicamente inammissibili.

Si rammenta a tal proposito il dibattito aperto dalle sentenze con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno, mediante approdi differenti, trattato la tematica della sussumibilità nell'ambito dell'art. 111, comma 8, Cost., dei ricorsi diretti a contestare le sentenze con cui il Consiglio di Stato e la Corte dei conti<sup>48</sup> esprimano un «aprioristico giudizio di inammissibilità della domanda in

47 Si cfr. Cass. civ., Ss. UU., 3 maggio 2019, n. 11747, in tema di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge da negligenza inescusabile, disallineamento dai precedenti e criticità motivazionali, alla luce di cui la grave negligenza inescusabile che determina responsabilità civile del magistrato viene integrata dall'errore del giudice che deve superare la soglia della negligenza inescusabile e deve vertere sull'individuazione della disposizione o del significante, sull'applicazione della disposizione, oppure sul significato della disposizione, ovvero l'attribuzione alla disposizione di un significato non compatibile con il significato, un non-significato. La negligenza inescusabile è in sostanza «una negligenza inesplicabile», priva di razionalità e insindacabile poiché l'interpretazione del giudice sconfinava nell'invensione, nell'abnormità, nel «diritto libero». Il mero discostamento dal precedente, come pure l'assenza di motivazione, non sono *ex se* fonte di responsabilità del giudice, la quale non sussiste quando la scelta interpretativa sia riconoscibile, mentre viene integrata quando la motivazione sia solo apparente. Il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non è vincolante per il giudice; tuttavia, in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione. La presenza di una motivazione non è condizione necessaria e sufficiente ad escludere sempre l'ammissibilità di un'azione di responsabilità, ma è di certo un ausilio alla comprensibilità della decisione e perciò di regola è un elemento per escludere, alla luce del testo originario della legge n. 117/1988, la stessa sindacabilità della scelta decisionale, in quanto consapevole frutto del processo interpretativo; per contro, non tutti i casi di mancanza della motivazione, ancorché la pronuncia si ponga in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, sono fonte di responsabilità, purché la scelta interpretativa sia ugualmente riconoscibile. La grave violazione di legge, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2, lett. a) della l. n. 117 del 1988, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015, va individuata nelle ipotesi in cui la decisione appaia non essere frutto di un consapevole processo interpretativo, ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel provvedimento abnorme o nel diritto libero, pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile, restando pertanto sottratta all'operatività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2 della legge citata, ipotesi che può verificarsi in vari momenti dell'attività prodromica alla decisione, in cui la violazione non si sostanzia negli esiti del processo interpretativo, ma ne rimane concettualmente e logicamente distinta, ossia qualora l'errore del giudice cada sull'individuazione, ovvero sull'applicazione o, infine, sul significato della disposizione, intesa quest'ultima quale fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica.

48 E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 39-59, evidenzia chiaramente che le attività della Corte dei conti hanno la capacità di pervadere l'agire quotidiano delle pubbliche amministrazioni, specialmente a livello funzionale. In merito alle principali attività svolte dalla Corte, in materia di controlli, agenti contabili e accertamento della responsabilità amministrativa, le amministrazioni si lasciano condizionare in molti aspetti della loro azione, anche sulla base di

abnorme e radicale contrasto con le norme del diritto europeo unitario o convenzionale» per come risultanti dall'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea o dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>49</sup>, o ancora si ricordi il «plurimo» rinvio all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della *quaestio* riguardante la precisa delimitazione dell'ambito applicativo dell'obbligo di rimessione al primo giudice previsto dall'art. 105 c.p.a. per violazione del diritto di difesa, con precipuo riferimento alla sua estensibilità a tutti i casi in cui i Tar definiscono ingiustamente le controversie in rito oppure omettono di pronunciarsi su una parte delle domande, sottraendo in tal modo alle parti la possibilità del doppio grado di giurisdizione sulle questioni sostanziali<sup>50</sup>.

Tra l'altro, i giudici amministrativi, anche in sede di Adunanza plenaria<sup>51</sup>, hanno reiteratamente investito la Corte di Giustizia della *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale<sup>52</sup>.

Sempre nell'ambito del sindacato *ex* articolo 111 Cost., significativa è la recente pronuncia delle Ss. Uu., Cass. civ., 4 dicembre 2020, n. 27770, che riconduce a un'attività interpretativa – come tale sottratta al suddetto sindacato – e non di creazione normativa, l'equiparazione effettuata dal Consiglio di Stato<sup>53</sup> in materia di appalti tra omissione di un obbligo dichiarativo e dichiarazione mendace.

Il principio costituzionale di legalità democratica risulta pertanto messo *funditus* in discussione. Tuttavia, si ritiene che esso non possa configurarsi quale valore rinunciabile, *tamquam* necessario e doveroso risulta il «servizio» legislativo in uno Stato di diritto in cui attualmente vi è l'esigenza di far ripartire l'economia nonché di riacquisire credibilità a livello internazionale e pertanto di trasmettere un senso di prevedibilità, stabilità e certezza a coloro che, nonostante la società attraversi una

---

riflessi condizionati o, più o meno fondati timori. L'analisi *de qua* tiene conto della complessità del dato normativo e delle disfunzioni discendenti, altresì, dalla stratificazione di compiti e ruoli. La perdurante crisi della finanza pubblica aggrava tale scenario. Tuttavia, a livello territoriale, dove le attività della Corte non riescono ad avere la stessa pervasività che raggiungono a livello centrale, cattivi usi delle risorse pubbliche risultano più diffusi.

49 Si v. Cass., Ss. UU., 29 dicembre 2017, n. 31226 (cassatoria per diniego di giustizia della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284) e si cfr. altresì C. cost. 18 gennaio 2018, n. 6, commentata *amplius inter alia*, da M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. ital.*, 3, 2018; P. TOMAIUOLI, *L'«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 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.*, 2, 2018; ID., *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, *passim*. Sulla tematica si vedano altresì A. CARBONE e C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, 31 ss.

50 Su tali questioni nonché su altri casi esemplificativi di incertezza delle regole processuali e di ruoli sovente confusi, si v. le acute considerazioni di 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»*, cit., *passim*.

51 Cfr. ad es. Cons. Stato, Ad. plen., ord., 11 Maggio 2018, n. 6.

52 G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, *passim*.

53 Cfr. Ad. Plen., Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento, attraverso investimenti<sup>54</sup> in termini di risorse materiali e immateriali, quali, a titolo esemplificativo lo studio, l'attività d'impresa. Non si può rinunciare arbitrariamente al diritto sancito dal legislatore in favore del diritto giurisprudenziale: ciò significherebbe annientare il valore della codificazione che, sotto un profilo storico-ricostruttivo, a partire dagli antichi codici romani, si è andato gradualmente sviluppando, fino a raggiungere, negli stati moderni *post* illuministi, un ruolo indispensabile di garante della stabilità ed imparzialità dell'ordinamento<sup>55</sup>. Per di più, la deriva rischiosa sin qui evidenziata comporterebbe altresì di rinunciare alle garanzie dello Stato costituzionale di diritto, che, mediante la tecnica di normazione per principi, segna una netta linea di demarcazione tra attuazione ed applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore in qualità di titolare unico, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisprudenza. Certamente, risulta centrale il compito svolto dai giudici ai fini della formazione progressiva del c.d. diritto vivente e, nello specifico, di quelli amministrativi, nell'enucleazione di garanzie fondamentali dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale nonché comunitario. Tuttavia, il ruolo formale della giurisprudenza dovrebbe concretarsi nell'applicazione ed interpretazione della legge, senza sconfinare in una costruzione o ricostruzione della medesima, invocando una presunta lettura «costituzionalmente orientata» del quadro normativo (che non potrebbe essere) fondata essenzialmente su un principio «liquido» quale quello di ragionevolezza<sup>56</sup>.

Pare opportuno ricordare l'effetto aggravante che ne consegue: trattandosi di interpretazione, la regola giurisprudenziale viene richiamata e qualificata come retroattiva. Di certo, la questione *de qua* assume contorni di maggior rischio quando la creazione giurisprudenziale causa la nefasta conseguenza di comprimere la tutela degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico. Casi esemplificativi in tal senso si verificano sovente in materia di contratti pubblici, in cui l'interpretazione etichettata come evolutiva – ma in realtà creativa – della giurisprudenza genera,

54 S. BATTINI, *La grande avventura della giustizia amministrativa, oltre lo Stato: il caso dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2019, 1003-1042, offre un interessante contributo utile per accrescere la consapevolezza della rilevanza della prospettiva del diritto amministrativo nel contesto ultrastatale, analizzando specificamente il settore della protezione degli investimenti. In particolare, l'arbitrato internazionale sugli investimenti solleva questioni certamente centrali del diritto amministrativo interno, come quello dell'ambito della giurisdizione del giudice speciale, oppure quello della profondità del suo sindacato nelle controversie di diritto pubblico. L'Autore rileva l'attuale crisi identitaria dell'istituto *de quo*: il rischio che la sovranità statale sia minacciata da giudici privati, non legittimati democraticamente, ha innescato proposte di modifica radicale o, addirittura, di rifiuto dell'arbitrato. La ricostruzione del copioso dibattito politico e scientifico è condotta in via analogica con qualche riferimento alle categorie concettuali ed alle soluzioni istituzionali, affermatesi nel diritto amministrativo interno, come risposta alle medesime questioni.

55 M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2016, 347-366.

56 La bibliografia sul canone *de quo* è chiaramente molto ampia ed anche risalente. Ci si limita in tale sede a richiamare, per tutti, il saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

come già evidenziato, nuove cause di inammissibilità dei ricorsi e/o avvalorata impropriamente l'introduzione di nuove cause di esclusione dalle gare<sup>57</sup>.

La *regula iuris* dettata dalla giurisprudenza è necessariamente condizionata dalla fattispecie cui si riferisce, ancor di più se il giudice è, come nella congiuntura attuale che il nostro Paese sta attraversando, tra «società dell'emergenza»<sup>58</sup> e «società del rischio»<sup>59</sup>, sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia<sup>60</sup>.

Autorevole dottrina<sup>61</sup>, nell'enucleare i tratti salienti del principio di legalità sancito dalla nostra Costituzione, evidenzia *funditus* l'inconferenza e l'inefficacia delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in virtù di un *misunderstanding* (*id est*: malinteso) rispetto ad un raffronto con il sistema di *common law* e pone l'accento sul valore inalienabile della garanzia che scaturisce dalle caratteristiche della legge

57 Cfr. la recente Cons. Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2020, n. 8563. Si v. altresì le pronunce Cons. Stato, V, n. 4425 del 2014 e Cons. Stato, V, n. 828 del 2017, da cui derivano sanzioni interdittive dal potere di contrarre prive della necessaria base legale, spesso addirittura in contrasto con quella costituita dalle fonti UE. Cfr. anche Cons. Stato, III, Settembre 2017, n. 4192, che ha riconosciuto valenza interpretativa (e perciò retroattiva) all'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 D. lg. 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici, per un periodo di tre anni decorrente dal deposito della sentenza, allorché 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 commissione del fatto, mentre il codice *de quo* aveva ommesso di dare specifiche indicazioni a tal proposito.

58 E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, *passim*.

59 «Il mondo contemporaneo ci mostra sempre più che il rischio è un elemento ineliminabile nell'esistenza delle società e nei loro ordinamenti. Nelle democrazie costituzionali non tutto è prevedibile a priori e riconducibile a procedure interamente predeterminate». Il virgolettato è ripreso da Consiglio di Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., in <http://www.astrid-online.it/>.

60 Si cfr. 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, Cacucci editore, 2017, *passim*.; si v. altresì l'innovativa opera di L. GIANI, M. D'ORSOGNA e A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio, nella collana Contributi di Diritto amministrativo – I Classici*, diretta da F. G. Scoca, G. Corso, M. D'Orsogna, L. Giani, M. Immordino, A. Police, M. A. Sandulli, M. Spasiano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2, 2018, 1-394: gli scritti raccolti nel volume *de quo*, nell'indagare le questioni connesse alla transizione dal «diritto dell'emergenza» al «diritto del rischio», mettono centralmente in rilievo la riflessione sulla rilevanza sistemica dei principi generali quali precauzione, prevenzione, sostenibilità e, *last but not least*, etica della responsabilità dell'amministrazione e del decisore politico nel fornire una risposta alle molteplici sfide dettate dalla complessità. Il percorso di ricerca *de quo* è poi proseguito anche nelle sedi internazionali, mediante la proposizione di uno specifico *panel*, a cura di Loredana Giani e Aristide Police, «*Tecnica, diritto e rischio: spunti per la costruzione di un sistema istituzionale resiliente*» nel contesto del Congresso organizzato dall'*International Institute of Administrative Science* (IIAS) che ha avuto luogo a Tunisi dal 25 al 28 giugno 2018. Nell'opera sono inseriti alcuni dei contributi presentati nell'ambito del convegno tunisino, mentre la rimanente parte verrà raccolta, in ideale continuazione, in un volume successivo. Si segnala, specialmente, nel *corpus* dell'opera, A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, 87 ss., per la particolare utilità che la trattazione della tematica, affrontata in chiave ricostruttiva originale, riveste.

61 G. CORSO, *Principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 39 ss.

«previa, generale ed astratta», «precondizione imprescindibile per una regola giusta», differente per natura giuridica rispetto alla decisione estemporanea connessa al caso concreto<sup>62</sup>.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva dell'analisi tecnico-giuridica sinora condotta, si ritiene opportuno operare una distinzione tra l'attività di ragionamento, in termini giuridici, rispetto alle possibilità di riforma del sistema, e, invece, l'applicazione *tout court* delle norme vigenti in quanto viene *ictu oculi* richiamato *le rôle de la loi* nonché l'aspetto interconnesso della prerogativa di indipendenza del giudice.

Il pluralismo giurisdizionale è un valore da custodire ma necessita, per scongiurare la degenerazione in conflitti, equilibrio e competenze per governare la complessità. Certamente, la giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a carenze del legislatore, specie allorquando quest'ultimo non riesca a trovare, in ambito politico, il punto di temperamento in materie sensibili. Nell'esercitare tale ruolo, la giurisprudenza si sovrappone chiaramente al legislatore; l'importante è che ciò avvenga meramente *pro tempore*. Difatti, nel medio-lungo periodo sarebbe opportunamente auspicabile un ritorno alla «fisiologia» in cui la creazione (*id est*: elaborazione, formazione) del diritto spetta al legislatore.

#### **4. Considerazioni sugli effetti dell'emergenza sanitaria in corso tra procedimento e processo: il ruolo del potere esecutivo.**

Un'analisi a parte merita lo stato di emergenza che è una situazione di fatto incompatibile con i vuoti di potere. L'affacciarsi della pandemia ha necessitato di una specifica contestualizzazione giuridica, non compresa nelle ordinarie fonti normative, legittimabile *ex post* mediante un criterio fattuale di effettività<sup>63</sup>. Può ritenersi che il nostro sistema costituzionale abbia dimostrato capacità di adattamento, rimanendo ancorato allo Stato di diritto, senza snaturarsi e senza "rotture" dei paradigmi consolidati. Difatti, la preminenza del diritto alla salute non lo ha sottratto al bilanciamento con altri valori costituzionali<sup>64</sup>.

Le misure di limitazione dell'ordinario svolgimento della vita sociale, allorquando contraddistinte da proporzionalità, temporaneità nonché rispetto della dignità della

62 Alla luce di quanto sin qui rilevato, pare opportuno considerare le conseguenze derivanti dall'inerzia del legislatore a fronte delle c.d. sentenze additive di «principio» o di «meccanismo» della Corte Costituzionale: al fine di non far cadere nel vuoto un principio sancito rimasto «lettera morta» per tredici anni, il Giudice delle leggi ha invitato il giudice ordinario – che lo aveva interrogato *ex novo* in merito alla compatibilità costituzionale del contesto normativo –, a reperire direttamente la regola nell'ordinamento giuridico. Si v. C. cost., 31 Maggio 2018, n. 115.

63 Come ricorda Crisafulli, l'«effettività legittimante» delle norme si manifesta «nel reale conformarsi dell'esperienza alle norme, nel concreto prodursi degli effetti da queste disposti». Cfr. Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 9-10, in <http://www.astrid-online.it/>.

64 Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264.

persona umana, non hanno causato alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi. Esse sono state per lo più percepite dai consociati come legittime, in quanto vissute come funzionali alla tutela della salute.

Certamente non possono non lamentarsi criticità, sia pure in una situazione oggettivamente difficile da gestire: l'incertezza del quadro normativo, eccessivamente frammentato e in taluni casi tanto complicato da rendersi difficilmente comprensibile, da parte dei cittadini; una qualche difficoltà, fonte di problematicità, nella diffusione dei dati e delle informazioni sull'epidemia, sì da renderne difficile prima la consapevolezza e poi il controllo sociale. Difatti, la comunicazione di dati e delle informazioni in merito alla pandemia non sempre è stata sicura e tempestiva in quanto caratterizzata da opacità, incertezze e mutamenti repentini che ne hanno talvolta inficiato l'efficacia.

Nello specifico, per quel che involge il procedimento amministrativo, l'art. 103, c. 1, del d.l. 18/2020<sup>65</sup> ha introdotto una sospensione *ad hoc* dei termini dei procedimenti amministrativi, concernente sia i termini perentori che quelli ordinatori sia quelli finali che quelli endoprocedimentali, nonché quelli propedeutici (preparatori) ed esecutivi. La portata applicativa della disposizione concerne, perciò, tutti i termini relativi ai procedimenti amministrativi, avviati d'ufficio o a istanza di parte, fatte salve le eccezioni indicate ai commi 3 e 4, tra cui quelli relativi a pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni, emolumenti per prestazioni a qualsiasi titolo, indennità da prestazioni assistenziali o sociali comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese<sup>66</sup>.

In relazione ai termini finali, la sospensione di cui all'art. 103 involge delle deroghe, strettamente connesse all'emergenza in atto, al regime ordinario ex l. n. 241/1990 e successive modifiche, in quanto incide sulle tempistiche (art. 2, c. da 1 a 5) e sulla sospensione (art. 2, c. 7) in generale, con ripercussioni *ictu oculi* sui rimedi nonché sulle responsabilità a tutela del mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento (artt. 2. e 2-*bis*) o della mancata azione tempestiva (art. 21, c. 2-*ter*); impatta sui controlli (art. 19 c. 3 e 4) da compiere sulla s.c.i.a.; si ripercuote sul *dies a*

65 Cfr. art. 103 del d.l. 8 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27 (in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020).

66 B. BERTARINI, *Misure di sostegno a favore delle micro, piccole e medie imprese nel contesto della pandemia covid-19. Interventi giuridici europei e nazionali per la ripresa economica*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 1-34, esamina in maniera puntuale le misure di sostegno previste in seguito al protrarsi della pandemia Covid-19 sulle micro, piccole e medie imprese, con uno specifico *focus* sui più recenti strumenti giuridici internazionali, europei e nazionali finalizzati a supportare tali tipologie di imprese. A livello nazionale l'Autore analizza da ultimo il Dpcm 24 ottobre 2020 ed il conseguente d. l. del 28 ottobre 2020, n. 137, cosiddetto "Decreto Ristori", che interviene «definendo specifiche azioni di sostegno alle attività economiche sia attraverso finanziamenti diretti (concessione di finanziamenti a fondo perduto) ma anche attraverso finanziamenti indiretti (diminuzione degli adempimenti contributivi). Le imprese di dimensione minore richiedono, ora più che mai, una particolare attenzione da parte del legislatore nazionale ed europeo che deve, *in primis*, interrogarsi sulla reale efficacia dell'attuale regolamentazione giuridica in favore di tale tipologia di imprese che a causa della pandemia Covid-19 rischiano di diminuire drasticamente la loro presenza sul mercato».

*quo* del termine di diciotto mesi nonché, su quello di cui all'art. 21-*nonies*, c. 1, l. n. 241/1990; influisce sulla formazione dei silenzi significativi.

La legge di conversione è intervenuta in modo sostanziale su tale articolo. Esula da tale lavoro l'analisi puntuale della stratificazione normativa avvenuta, nell'esigenza di gestire tempestivamente la pandemia in atto, accompagnata però dalla necessità di offrire una disciplina chiara e non contraddittoria. In tale sede pare opportuno rilevare che l'emergenza ha enfatizzato il ruolo del potere esecutivo, trattandosi di "casi straordinari di necessità e d'urgenza" *ex* art. 77 Cost., per cui formalmente il Governo attraverso lo strumento del decreto-legge può intervenire rapidamente in via normativa con una fonte primaria, fermo restando il controllo successivo del Parlamento, in sede di conversione in legge. Tuttavia, in fase di pandemia, il concatenarsi di decreti d'urgenza, a brevissima distanza l'uno dall'altro, ha di fatto relegato il Parlamento ad un ruolo assai marginale<sup>67</sup>, confinandolo nel "vortice" delle conversioni "a pioggia"<sup>68</sup>. Nel tentativo di fronteggiare l'emergenza, il susseguirsi di norme contenute in decreti-legge, riformate a brevissima distanza temporale rispetto all'intervenuta conversione in legge per il sopraggiungere di altri decreti-legge, rischia, perciò, di causare confusione e di incrementare il senso di incertezza.

Il rispetto del principio di certezza del diritto dovrebbe rappresentare un'esigenza ineludibile anche in fase pandemica. Difatti, le incertezze sui termini di svolgimento dell'attività amministrativa, alimentate dal turbinio della legislazione emergenziale, rischiano di compromettere la fase della ripresa.

In relazione al processo amministrativo, i rischi evidenziati dalla dottrina e della giurisprudenza in merito al processo cartolare coatto introdotto dall'articolo 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, sono stati tempestivamente scongiurati dal legislatore dell'emergenza mediante l'introduzione dell'udienza da remoto "ad oralità mediata" *ex* articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28. Tale opzione legislativa, a fronte della perdurante emergenza sanitaria, pare destinata a protrarsi.

L'udienza "ad oralità mediata" di cui all'articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, senza pubblicità, ma con la *chance* per i difensori di intervenire da remoto, rappresenta l'attuale assetto "ordinario nell'emergenza" del processo amministrativo, ragionevole contemperamento di esigenze contrapposte<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> A tal proposito, si v. le lucide considerazioni di A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto*, Anno XX, Fasc. 3/2020, 1-49.

<sup>68</sup> G. STRAZZA, *Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, in *Il Dir. dell'Economia*, 2, 2020, spec. 116-117.

<sup>69</sup> «I "riti dell'emergenza", succedutisi temporalmente nelle varie fasi di essa, possono essere così sintetizzati, nel segno di un passaggio da un contraddittorio cartolare alla discussione da remoto delle cause per le quali tale esigenza fosse rappresentata dalle parti:

1) sospensione di tutti i termini processuali, ad esclusione del procedimento cautelare, dall'8 marzo 2020 al 15 aprile 2020) e rinvio d'ufficio di tutte le udienze pubbliche e camerale dei procedimenti pendenti fissate dall'8 marzo 2020 al 5 aprile 2020 a data successiva al 15 aprile 2020; in questa fase la tutela cautelare collegiale, fino al 15 aprile, è stata sostituita da una tutela cautelare monocratica, da confermarsi dal collegio dopo il 15 aprile: una tutela cautelare, dunque, bifasica;

Il legislatore, attraverso i correttivi introdotti dal giudice e sulla spinta della giurisprudenza amministrativa, ha individuato in tal modo una ragionevole mediazione tra tutela del diritto di difesa di parti e difensori che abbiano impedimenti derivanti dall'emergenza sanitaria, da una parte, e la tutela dell'interesse generale a che la giustizia amministrativa, quale funzione pubblica essenziale, possa continuare ad espletarsi in modalità efficiente anche in fase di emergenza sanitaria, in ossequio ai protocolli di sicurezza.

Nell'attuale fase di emergenza "esistenziale", è altresì emerso *ictu oculi* che mentre la prevenzione si fonda sulla sussistenza di un rischio calcolabile, la precauzione invece presuppone l'incertezza sull'esistenza o sull'estensione di un rischio ossia l'incertezza anche scientifica in relazione alla verifica di un evento di danno o la mancata conoscenza degli effetti connessi ad un identificato evento di pericolo. Appare perciò indispensabile abbracciare una dimensione trasversale di solidarietà ed altresì garantire la certezza del diritto nonché la prevedibilità della reazione dei pubblici poteri in termini di c.d. legalità-prevedibilità. Difatti, in linea con quanto osservato da acuta dottrina<sup>70</sup>, nelle emergenze "esistenziali", differentemente da ordinari tempi di prosperità, i diritti e le libertà, pur sempre riconosciuti e protetti, devono necessariamente arretrare per far spazio ai doveri in un'ottica di responsabilità, al fine essenziale di garantire la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico e della persona umana (*melius*: collettività, comunità).

## **5. Riflessioni sintetico-conclusive propositive: il ruolo del giurista e della giurisprudenza nell'evoluzione della *rule of law* tra stato di emergenza e *spes* di ricostruzione.**

A conclusione del percorso di ricerca sin qui condotto, si ritiene preponderante la necessità di recuperare, accanto ad un profilo pratico equilibrato, una dimensione culturale della scienza giuridica. Non è auspicabile una passiva rassegnazione rispetto a ruoli esercitati in maniera sovente confusa. Pertanto, la dottrina ma anche i

2) dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020, "in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, sono passate in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati" con facoltà delle parti di presentare brevi "note di udienza", altrimenti non ammesse nel processo amministrativo;

3) dal primo giugno e fino al 31 luglio è stata introdotta la possibilità per i difensori di partecipare all'udienza da remoto e quella per il presidente di disporre tale partecipazione di ufficio; è rimasto, in assenza di richiesta delle parti, il passaggio in decisione delle cause sulla base degli scritti difensivi nei termini dianzi delineati;

4) dal 1 agosto 2020 è stato ripristinato il rito ordinario, sia pure con l'adozione di protocolli organizzativi volti ad evitare assembramenti ed il rispetto della distanza fisica di sicurezza;

5) dal 9 novembre 2020 si è ritornati al processo da remoto, secondo lo schema *sub* 3)». Il virgolettato è tratto da Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, 2 febbraio 2021, cit., 16-17, in <http://www.astrid-online.it/>.

70 P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il Dir. dell'Economia*, 1, 2020, spec. 167.

*mass media* e l'opinione pubblica in generale, di frequente pronti a criticare l'operato della giurisprudenza, dovrebbero piuttosto segnalare con fermezza le inefficienze del legislatore, che si manifestano in inattività (inerzia, astensione), inefficacia, produttività inutile, incapacità, inadeguatezza, specie allorquando produce disposizioni normative caratterizzate da un pessimo *drafting* legislativo. Tutto ciò, unito alla mancanza di adeguata consapevolezza nel dibattito politico e nella società civile, potrebbe causare un'alterazione dei valori di civiltà giuridica e del principio inalienabile di legalità costituzionale.

In linea generale, il giurista non può assumere un atteggiamento di acquiescenza e rinuncia a principi quali quelli di prevedibilità, pubblicità ed imparzialità che discendono dalla primazia della legge poiché, così declinando di fatto il proprio ruolo, delega sia la giurisprudenza, con la creazione di soluzioni del caso concreto, sia le amministrazioni, attraverso l'elaborazione di regole flessibili, alla delimitazione del potere amministrativo<sup>71</sup>. Pare utile rammentare che le Corti europee desumono le regole dalle «tradizioni costituzionali comuni» dei Paesi membri e le offrono ai legislatori ed ai giudici nazionali quale criterio prevalente.

Genera perplessità la propensione ad esaltare il valore di ogni precedente giurisprudenziale, tentando di legittimare, per tale via, mediante il rimando a preve decisioni di giudici di pari grado, la deroga all'onere di fornire, *in primis* alle parti ed *in secundis* alla collettività, una motivazione chiara e puntuale rispetto alle ragioni che hanno determinato il senso della risoluzione della questione nel caso concreto esaminato, nonché la possibilità, *ex art. 360 bis c.p.c.*, che il contrasto potenziale rispetto alle decisioni espresse dall'organo in funzione nomofilattica possa precludere l'accesso al giudice naturale della questione controversa, al fine di attuare il filtro con la massima rapidità possibile.

Nell'ambito del processo amministrativo, la tematica del valore del precedente acquisisce profili maggiormente delicati poiché esso ha generalmente ad oggetto

<sup>71</sup> Appare difatti significativo che nei sistemi di *common law* si stia conferendo una sempre maggiore rilevanza alle regole scritte. In particolare, con riferimento alla tematica del valore della *rule of law* nella formazione delle decisioni amministrative, risulta fondamentale l'apporto della legislazione anche in una prospettiva comparata, specialmente in relazione al *common law*: nel Regno Unito oltre alla disciplina derivante dalla giurisprudenza, vi sono codici dettagliati che disciplinano il procedimento in settori specifici (settore sanitario, tributario, dell'istruzione) e la normativa legislativa è il punto di riferimento del giudice nell'emanazione delle sue decisioni nonché *the point of start* della P.A. nella formazione delle proprie. Altresì la normativa di dettaglio è affidata alla disciplina secondaria, le c.d. «*regulatory legislations*», su cui si fondano le decisioni amministrative. In relazione al sistema statunitense, in cui i giudici delle Corti federali e della Corte suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato, la soluzione delle specifiche controversie non prescinde integralmente dalle regole scritte, vi è in genere un maturato e lento cambio di orientamento nella giurisprudenza in seguito ad un'opinione dissenziente, mentre il *revirement* improvviso dovrebbe avere unicamente valenza *ex nunc*. I sistemi di *common law* sono tra loro estremamente diversi, quelli puri sono davvero pochi; ormai per *common law* si intende unicamente la teoria generale delle obbligazioni; il ruolo creativo del giudice è considerato in maniera critica anche nel Regno Unito persino dagli stessi giudici supremi; tra l'altro, rispetto agli atti approvati dal Parlamento («*laws of the land*»), le Corti inglesi hanno un potere interpretativo assai più ridotto rispetto a quello dei giudici italiani e le sentenze sono particolarmente estese. Per gli opportuni riferimenti dottrinali, si v. le puntuali indicazioni di M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 71-72.

l'esercizio di poteri che incidono negativamente su posizioni giuridiche soggettive, specialmente in relazione alle controversie connesse a misure afflittive o, ancora, alle questioni la cui risoluzione deve fondarsi su una puntuale valutazione dell'elemento soggettivo – si faccia riferimento alle considerazioni inerenti al diritto alla tutela dell'affidamento –, in cui il precedente potrebbe utilizzarsi soltanto in *bonam partem*, ovvero a protezione dell'amministrato rispetto all'applicazione *ex tunc* di principi giuridici innovativi che opererebbero invece in senso a lui negativo, essendo retroattivi. In considerazione del rilievo del fatto sia sotto l'aspetto sostanziale che processuale, pare che il giudice non possa uniformarsi rispetto ad una decisione assunta con riferimento ad una diversa questione, poiché il fattore (di precedente) temporale non può produrre l'effetto di sovraordinare un caso concreto rispetto ad un altro solo perché il secondo risulta successivo sotto un profilo meramente diacronico. Pertanto, grava comunque sul giudice, chiamato a pronunciarsi successivamente, il generale dovere di esprimere una propria motivazione. Altrimenti i principi di effettività della tutela, di buona amministrazione – e perciò di giustizia nell'amministrazione medesima – rischiano di essere compromessi. Per di più, affinché il precedente possa rappresentare un'espressione legittima della *rule of law*<sup>72</sup>, utile in astratto quale fonte produttiva di regole interpretative tendenzialmente retroattive, esso deve possedere alcune caratteristiche necessarie: – la chiarezza nell'individuazione dei suoi presupposti; – il carattere della stabilità: secondo Calamandrei, il valore del precedente era giustificato dall'idea di ritenere preferibile una giurisprudenza costante ad una giurisprudenza giusta, anche per ragioni di certezza del diritto, ma pare che ciò non sia in assoluto apprezzabile e che il valore della giustizia e quello della costanza a fini di sicurezza giuridica andrebbero opportunamente contemperati; certamente, il carattere semi-vincolante del precedente innovativo sul singolo caso concreto risulta sovente destabilizzante<sup>73</sup>, specie se impiegato per valutare comportamenti anteriori alla sua formazione<sup>74</sup>; – la

72 Da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 41, in <http://www.astrid-online.it/>.

73 A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit., spec. 137 ss. ritiene che il precedente non rientri nella categoria delle fonti del diritto e che «l'incerta natura giuridica del precedente giudiziario, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime giuridico, lo stia rendendo poco utile per la realizzazione di quegli interessi cui pare essere preordinato. Anzi, apportando un contributo piuttosto casuale (derivante sostanzialmente dal *self-restraint* dei destinatari delle disposizioni interpretate), esso potrebbe paradossalmente finire per accrescere il disordine, che, viceversa, sarebbe chiamato (perlomeno) a ridurre; in altre parole – al netto dell'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 all'elaborazione giurisprudenziale) nella formazione del diritto, attualmente non sembra costituire quell'elemento ordinante che sarebbe auspicabile fosse».

74 Si cfr. a titolo casistico la giurisprudenza sulle cause di esclusione dalle procedure selettive o quella sulle eccezioni processuali, delle cui questioni problematiche prospetta una netta descrizione l'ordinanza con cui la III sezione del Consiglio di Stato aveva demandato all'Adunanza plenaria una serie di note chiarificatrici in tema di *overruling* effettuato dalla medesima sezione in merito ai termini di impugnazione del bando di gara. Si v. perciò Cons. Stato, III, ordinanza 7 Novembre 2017, n. 5138: l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 4 del 2018, non ha tuttavia affrontato le questioni inerenti all'*overruling* in quanto ha respinto radicalmente l'orientamento che

pubblicità: il nodo problematico *de quo*, specialmente in relazione agli aspetti connessi alla questione della massimazione, è evidenziato altresì in saggi recenti come ad oggi ancora insoluto ed aperto<sup>75</sup>; – la prevedibilità: la sicurezza giuridica troverebbe il suo fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. e, specialmente, nell’art. 8 CEDU, che, riconoscendo ad ogni persona il «diritto al rispetto della propria vita privata», sancisce la necessità della predisposizione di una legge che preventivamente stabilisca i confini entro cui l’individuo stesso può aspettarsi di dover subire qualcosa da parte di chiunque, in particolare da parte dell’autorità e dei poteri pubblici<sup>76</sup>.

Alla luce della sia pur parziale rassegna giurisprudenziale sin qui effettuata, può ritenersi che tra il nostro sistema di *civil law* e quello anglosassone di *common law* fondato sul precedente sussistano e permangano delle differenze sostanziali. Tuttavia questo dato non deve esser valutato negativamente né tantomeno condurre il sistema italiano ad accantonare i propri tradizionali valori di democrazia e di libertà al fine precipuo di uniformarsi verso l’accoglimento di una logica di globalizzazione<sup>77</sup> *tout court*. I valori appena citati sono posti anche a presidio dei poteri dello Stato, in un’ottica di rispetto della loro separazione sia pure nella consapevolezza che esistano interferenze funzionali tra essi. Ad ogni modo, sia pure senza tentare di ridimensionare il ruolo esercitato dai giudici nonché dal potere esecutivo nell’attuale fase emergenziale, la riappropriazione della funzione legislativa nonché l’implementazione della qualità delle fonti tradizionali rappresenta una necessità indefettibile ai fini della salvaguardia di principi di imparzialità ed indipendenza degli organi giurisdizionali. Difatti, la Magistratura, a volte ingiustamente criticata, ha esercitato sovente il ruolo di garante della giustizia nell’amministrazione e dell’effettività della tutela degli amministrati nei confronti dei poteri pubblici, sanzionando la violazione delle norme sancite a tutela del corretto esercizio dell’azione amministrativa, nel rapporto tra poteri pubblici e poteri delle parti.

In questa fase emergenziale, alla luce dell’esperienza italiana nonché di quella di altre Corti europee, può ritenersi che il giudice amministrativo abbia acquisito il ruolo di garante delle libertà individuali e di arbitro nel delicato bilanciamento tra esigenze di sicurezza e salvaguardia della salute e le connesse limitazioni e

---

aveva anticipato con carattere d’innovatività l’onere di impugnazione del criterio di aggiudicazione. Per un’analisi chiara degli aspetti di instabilità conseguiti a tale *revirement* nonché per ulteriori indicazioni dottrinali di riferimento, si v. 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»*, cit., *passim*.

<sup>75</sup> Per le opportune indicazioni dottrinali, ci si permette di rinviare a ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 76.

<sup>76</sup> A titolo comparato, giova ricordare che nel diritto statunitense si segue la già menzionata tecnica del c.d. *anticipatory overruling*, mentre nel Regno Unito, il *revirement* giurisprudenziale viene opportunamente evidenziato tramite pubblicità.

<sup>77</sup> Con precipuo riferimento all’attuale fase emergenziale, v. invece le chiare note di F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il Dir. dell’Economia*, 3, 2019, 577-588.

compressioni dei diritti individuali fondamentali<sup>78</sup>, effettuando un equilibrato contemperamento dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in forza dei quali ogni restrizione deve essere limitata allo stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale ed essere proporzionata e adeguata all'obiettivo di preminente tutela.<sup>79</sup>

A tal proposito, alcune recenti pronunce giurisprudenziali<sup>80</sup> dimostrano la necessità per i giudici di "maneggiare con familiarità", come evidenziato dal rapporto CEPEJ del 2 novembre 2020, i principi sovranazionali di proporzionalità, di precauzione e di ragionevolezza, necessari, assieme al sistema di riparto delle competenze tra Stato ed enti territoriali locali<sup>81</sup>, per affrontare i nuovi casi originati da una produzione giuridica fondata sulla situazione emergenziale, con specifico riferimento allo scostamento dai parametri ordinari di legalità costituzionale, all'esercizio dei poteri pubblici dell'emergenza nonché al grado di efficacia nonché al livello di efficienza delle misure introdotte per soddisfare diverse esigenze di intervento settoriale, in ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo e finanziario<sup>82</sup>.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può affermarsi che nell'attuale fase pandemica, la collaborazione tra Corti europee ha dimostrato ancora una volta la forza propulsiva dell'Unione europea<sup>83</sup>, la sua capacità di ritrovare nei momenti d'emergenza l'autentico spirito dei padri fondatori, basandosi sui valori della

78 B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il Dir. dell'Economia*, 3, 2020, 35-62.

79 Si v. Cons. Stato, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 40, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

80 Cfr. *Conseil d'Etat, juges des référés*, ordinanza 22 marzo 2020, n. 439674; *Conseil d'Etat*, ordinanza 18 maggio 2020, n. 440442; *Tribunal Supremo de lo Contencioso de Madrid, Resolución n. 1271*, 8 ottobre 2020; *England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decision 2020 EWCA Civ 1605*, 1 dicembre 2020; *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2020-808 DC 13 novembre 2020*.

81 C. TUBERTINI, *Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 89-98.

82 F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il Dir. dell'Economia*, 3, 2020, 13-34, si interroga sulle conseguenze della pandemia da Covid-19 sui rapporti di concessione di servizi, sia con riferimento agli effetti immediati delle misure di contenimento e di forzata interruzione dell'attività sia rispetto alle ricadute sostanziali che la pandemia ha causato e verosimilmente continuerà a determinare nei comportamenti degli utenti del servizio e, specificamente, sui volumi dei ricavi. L'Autore ritiene il riequilibrio economico finanziario, potenzialmente, quale oggetto di una pretesa giuridicamente fondata, a condizioni date, in capo al concessionario, esaminando, *in primis*, la disciplina del c.d. Codice dei contratti pubblici, in particolare l'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, fino a valutare le conseguenze civilistiche nonché i relativi rimedi privatistici sul tema *de qua* anche dei principi generali, analizzati in combinato disposto con l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990. Uno dei punti cardine del ragionamento tecnico-giuridico consiste nel valorizzare sia la multipolarità del rapporto di concessione sia l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio pubblico da erogare.

83 *Contra*, F. GASPARI, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il Dir. dell'Economia*, 3, 2020, 63-104, che partendo dalle origini e dall'attuale portata della crisi economica e politica dell'Unione europea, emersa *ictu oculi* in occasione del *coronavirus*, evidenzia l'inadeguatezza del sistema giuridico vigente ad affrontare le crisi economico-sociali, come quella causata dalla pandemia.

solidarietà e del dialogo. Si tratta di obiettivi ai quali l'Unione europea conferisce particolare rilevanza come dimostrato quest'anno dalla pubblicazione del primo Rapporto annuale "EU Rule of Law Report", uno strumento che, nelle intenzioni della Commissione, dovrebbe monitorare preventivamente le criticità in tema di *rule of law* dei singoli Paesi, ma anche collocare in un'ottica sistematica le loro pratiche virtuose.

Attualmente risulta ancor più indispensabile che gli Stati membri implementino l'efficacia dei loro sistemi di giustizia in linea con gli *standard* europei, in quanto soltanto sistemi di giustizia moderni, efficienti e indipendenti possono assicurare il rispetto delle regole democratiche a fronte di un rafforzamento dei poteri pubblici dipendente dalla necessità di far fronte a situazioni emergenziali di durata prolungata nonché incerta per quel che concerne i tempi di risoluzione. Appare significativo che l'Unione europea, consapevole dei rischi correlati al diritto emergenziale e alle limitazioni e/o compressioni dei diritti fondamentali ad esso *stricto sensu* connessi, abbia ritenuto di individuare, tra i parametri da rispettare per ottenere gli aiuti finanziari stanziati per far fronte alla epocale crisi economica determinata dalla pandemia, proprio un sistema giudiziario efficiente e indipendente, quale salvaguardia indefettibile della democrazia. Difatti, i cittadini necessitano di risposte chiare nello stato di incertezza che certamente non può essere governato unicamente mediante la moltiplicazione delle norme. Nel quadro emergenziale attuale, il giudice amministrativo deve perciò svolgere la propria delicata funzione contribuendo alla riduzione dell'incertezza nonché alla ricostruzione della fiducia nella capacità dell'ordinamento di fornire risposte concrete ed effettive.

Conclusivamente si ritiene che, alla luce del delicato ma necessario – poiché imposto dalla crisi politica e pandemica attuale – ruolo suppletivo del giudice<sup>84</sup> nell'esercizio della funzione regolatoria, il diritto ad una buona amministrazione si concretizzi oggi solo allorquando gli organi giurisdizionali possono svolgere

---

L'Autore si sofferma poi sulla costante erosione della sovranità degli Stati a beneficio dei mercati, mettendo altresì in rilievo il ruolo delle agenzie di *rating* del credito durante la pandemia, nonché il "vuoto di potere" in cui si trova l'Unione in relazione alle mancate tempestive risposte nell'affrontare le gravi conseguenze della pandemia. Nello specifico, attenzione è dedicata al MES e nonché al c.d. *Recovery Fund*, criticamente sostenendo il significato meramente programmatico del principio di solidarietà. «Il lavoro si conclude auspicando un ritorno alla Costituzione nazionale da parte degli Stati (membri dell'UE), intesi come veri portatori della sovranità, gli unici in grado di proteggere i cittadini di fronte alle crisi».

84 L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 189-198, evidenzia acutamente che nell'ordinamento italiano la piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione ha contribuito a rafforzare i diritti dei cittadini, a ridurre l'arbitrio nell'esercizio del potere e ad assicurare il tasso di *accountability* del potere pubblico. Il sindacato del giudice amministrativo si è perciò esteso ad una varietà di situazioni e conflitti che riflettono la complessità delle società moderne e del suo ruolo. Difatti, nel processo amministrativo si riproducono tensioni che derivano sostanzialmente dalla confusione normativa e dalla crescente debolezza dell'amministrazione italiana, che dispone di poche risorse e di modi di produzione superati, «oltre ad essere sottoposta ad un regime di responsabilità che favorisce l'inerzia rispetto all'azione». Per tale via il giudice finisce sovente per assumere un ruolo non di mero controllo, ma anche di guida e di supplenza rispetto all'amministrazione, con il rischio di contribuire ad accrescere l'incertezza e la frammentazione.

pienamente il proprio ruolo<sup>85</sup>, contrastando per tale via anche la corruzione<sup>86</sup> che tanto attanaglia l'opinione pubblica e la cronaca giudiziaria attuale<sup>87</sup>.

Certamente, fondamentale ed insostituibile rimane il doveroso ruolo del giurista<sup>88</sup> e della dottrina in generale nella difesa dei principi democratici fondanti la preminenza della legge, anche per mitigare gli effetti negativi derivanti sotto il profilo della certezza giuridica nonché per tutelare gli affidamenti legittimi di *stakeholders*, altresì al fine di incentivare gli investimenti nell'economia italiana, per una ricostruzione<sup>89</sup> ed una ripresa effettiva.

Al giurista giuspubblicista viene infatti demandato un rilevante contributo ai fini della ricostruzione, ma, allo stesso tempo, tale fase può costituire anche un'occasione per la ricostruzione del diritto pubblico, ritendendosi doveroso l'intervento del giurista quantomeno su quegli aspetti del sistema amministrativo che durante la crisi sanitaria<sup>90</sup> hanno mostrato evidenti aspetti di criticità.

In conclusione, appare opportuno, sotto l'aspetto strutturale, rimodulare le relazioni tra centro e territori<sup>91</sup>.

85 «L'efficienza del sistema amministrativo è perciò uno snodo cruciale della ricostruzione. Ma all'espansione dei poteri pubblici deve corrispondere un efficace sistema di giustizia amministrativa, in quanto è nel *proprium* degli impianti a diritto pubblico la costante aderenza dell'evoluzione della giustizia ai momenti di trasformazione e alle vicende dei poteri pubblici nella società». Cfr. Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 12, in <http://www.astrid-online.it/>.

Com'è stato acutamente messo in luce da E. SCODITTI, G. MONTEDORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa>: «Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta». L'espansione del potere amministrativo, specialmente nel campo sociale ed ambientale, lo rende ancor più permeabile allo scrutinio giurisdizionale.

86 F.F. TUCCARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 1-35.

87 M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2019, 61-76, analizzano il sistema di prevenzione alla corruzione vigente in Italia, per avanzare alcuni rilievi critici rispetto alla capacità dello stesso di offrire un apporto al miglioramento dell'azione amministrativa. «La tendenza a enfatizzare la necessità di rigore e etica ed a introdurre regole, regolazioni o atti generali al fine di garantire l'assenza di corruzione e di rapporti o pressioni dall'esterno, dimentica o finisce per non approfondire le cause strutturali e organizzative che favoriscono il malfunzionamento dell'amministrazione, contribuendo anzi allo stesso. Se i fenomeni di corruzione sono certamente corresponsabili dell'attuale crisi dell'amministrazione, essi non sono gli unici». Effettuare l'operazione di concentrare la visuale meramente su di essi non è utile a realizzare il dettato costituzionale che nell'enunciare i principi dell'imparzialità e buon andamento aspira ad un'amministrazione democratica, capace di effettuare scelte ed assumere decisioni anche complesse.

88 Si v. testualmente Cons. St., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, cit., 11-12, in <http://www.astrid-online.it/>.

89 M. CARTABIA, *De Gasperi tra Costituente e ricostruzione. Un testo di Marta Cartabia (Presidente della Corte Costituzionale)*, in <http://confini.blog.rainews.it/2020/08/24/de-gasperi-tra-costituente-e-ricostruzione-un-testo-di-marta-cartabia-presidente-della-corte-costituzionale/>.

90 M. CONTICELLI, *La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 99-106.

91 G. GARDINI, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, *Ibidem*, 7-16; F. BILANCIA, *Ragionando "a freddo": gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni*, *Ibidem*, 29-38.

Sotto il profilo della regolazione normativa, è indispensabile mutarne i paradigmi, in modo da curare, in un'ottica relazionale, sviluppo, ambiente<sup>92</sup>, salute<sup>93</sup> e solidarietà.

Sul piano dell'amministrazione<sup>94</sup>, è quanto mai necessario tentare di oltrepassare le sue connaturate questioni problematiche, attraverso nuovi investimenti, un adeguato ricambio generazionale, un'intensa opera di formazione, il rilancio di un approccio tecnico-economico e non più di mero legalismo.

---

92 D.E. TOSI, Emergenza e tutela ambientale nel sistema delle fonti tra problemi definitivi e rapporto tra ordinamenti, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 4/2019, 1-29.

93 A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero Speciale, 2020, 17-27.

94 F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa*, *Ibidem*, 67-76.