

Alessandro Pajno

NOMOFILACHIA E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Sommario: 1. Il mosaico della nomofilachia: la storia, l'organizzazione, il precedente, le fonti, la *governance* giudiziaria. - 2. La storia: i profili pubblicitici. - 3. Nomofilachia, organizzazione del giudizio ed organizzazione della giurisdizione: l'art. 111 Cost. - 4. Nomofilachia e rilevanza del precedente: il precedente persuasivo ed il precedente vincolante. - 5. Ordinamento e quadro normativo della nomofilachia. - 6. Giustizia amministrativa e nomofilachia: la stagione della creazione giurisprudenziale. - 7. La stagione del mutamento del sistema. - 8. La stagione della legge ed il ritorno ai principi. - 9. La stagione dell'incertezza: la nomofilachia oltre i confini.

1. IL MOSAICO DELLA NOMOFILACHIA: LA STORIA, L'ORGANIZZAZIONE, IL PRECEDENTE, LE FONTI, LA GOVERNANCE GIUDIZIARIA

Quello della nomofilachia costituisce un tema ricco di suggestioni, che chiama in causa profili diversi, la cui considerazione è necessaria per una comprensione adeguata e ulteriormente fondata del fenomeno. La considerazione di tali profili generali rende, infatti, più facile la comprensione sia dell'affermarsi della funzione nomofilattica all'interno del sistema della giustizia amministrativa, sia del mutamento che in tale sistema pare di recente, essersi verificato, e che sembra aver trovato un significativo riconoscimento nel codice del processo amministrativo, approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Quali sono, allora, i profili più ampi all'interno dei quali si inserisce la vicenda della nomofilachia, ed in particolare quella della nomofilachia nel processo amministrativo?

Vi è, innanzi tutto un profilo che attiene alla *storia* della cultura giuridica: si tratta di quello che collega la nomofilachia al primato

illuministico della legge ed all'istituzione, nel 1790, del *Tribunal de cassation*: esiste, infatti, un rapporto strutturale fra la nascita di questo nuovo organo, frutto della legislazione rivoluzionaria, e la questione della funzione nomofilattica. In un certo senso, legge, nomofilachia e *Tribunal de cassation* costituiscono, per così dire, tre lati di un unico triangolo.

Un profilo che potremmo definire *istituzionale* riguarda, poi, l'*organizzazione* della giurisdizione. L'esercizio della funzione nomofilattica e la sua eventuale *distribuzione* fra organismi diversi deve, infatti, tener conto delle scelte operate dalla Costituzione a proposito del tema dell'unità o pluralità delle giurisdizioni o, come forse appare più appropriato dire, dell'unità o della pluralità delle *forme organizzative* della funzione giurisdizionale.

Vi è poi, un terzo profilo, riguardante la questione del *precedente* e della sua storia. Si parla, probabilmente, più spesso del problema del *conflitto*, che può verificarsi sull'interpretazione di una norma giuridica, e meno frequentemente della natura, della capacità, della *forza* del *precedente*, ancorché ad esso, al suo valore sia, in qualche modo, affidato lo sviluppo del ruolo creativo del giudice, ed ancorché vi siano esperienze, come quella anglosassone, nella quale la questione del precedente ha, come è noto, una portata decisiva. Sotto questo profilo, si deve, anzi, osservare che la contrapposizione tra la prospettiva che mette al centro della questione della nomofilachia la considerazione del *conflitto di interpretazione* e l'altra che richiama l'attenzione sul *valore* e sulla *considerazione del precedente* sembra evidenziare una diversità di approccio culturale, destinata a giocare un ruolo significativo. Ed infatti, chi pone l'accento sulla questione del conflitto interpretativo, postula in realtà l'esistenza di un'*unica* norma che occorre esattamente interpretare, e richiama, in tal modo, il primato della legge, che l'esatta interpretazione contribuisce a riaffermare; al contrario, chi sottolinea il valore autonomo del precedente, postula un approccio diverso, nella quale gioca un ruolo decisivo non tanto la considerazione della norma e della sua interpretazione, quanto la considerazione del *fatto* della sussistenza di una soluzione del quesito che precede l'esame di quello demandato al giudice. Nel primo approccio, vi è così, una considerazione precisa del primato della legge, che deve essere riaffermato attraverso la sua (esatta) interpretazione; nel secondo, invece, si registra una sorta di *dequotazione* delle questioni che hanno riferimento alla *legge*, a

favore della considerazione delle testimonianze concrete del diritto vivente fornite dai precedenti.

Non vi è dubbio, poi, che la questione della nomofilachia è strutturalmente legata a quella delle *fonti*, ed anzi al moltiplicarsi ed al complicarsi di esse. Per un verso, ai mutamenti che riguardano il sistema delle fonti si accompagna un cambiamento del lavoro di chi esercita le funzioni di nomofilachia; per l'altro, quanto più si assiste al moltiplicarsi, al complicarsi delle fonti, tanto più la funzione di nomofilachia, in quanto volta all'unificazione della giurisprudenza ed all'indicazione dell'esatta interpretazione delle norme di diritto, acquista una rilevanza sempre più decisiva.

Le osservazioni sopra esposte introducono, infine, l'ultimo profilo che viene in rilievo, che con un pizzico di provocazione può essere indicato come quello del rischio del *fallimento* della nomofilachia, od almeno, dal modo ordinario di intendere la funzione ed il suo esercizio. Per tradizione, si è abituati a parlare di esercizio della funzione nomofilattica con un riferimento ad un contesto legato al diritto nazionale. Oggi, come è noto, sono cambiati gli attori del sistema: accanto ai giudici nazionali, un numero crescente di soggetti operano nel campo della soluzione delle controversie, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la Corte di Strasburgo, collegi arbitrali nazionali ed internazionali.

Si è così di fronte ad un profilo diverso da quello sopra delineato: nel primo, infatti, si è di fronte ad un aumento dello *stock* normativo che rende ad un tempo più complessa ed ancora più necessaria la funzione nomofilattica, nel secondo, invece, è la stessa platea dei giudici a cambiare, è quella che è stata definita la *governance* giudiziaria a venire in discussione: non a caso, Sabino Cassese ha intitolato un fortunato libretto I *Tribunali di Babele*.

Questo cambiamento è destinato a riflettersi non solo sull'esercizio, ma anche sullo stesso modo di configurare e di intendere la funzione di nomofilachia.

2. LA STORIA: I PROFILI PUBBLICISTICI

Se quelli sopra delineati sono, in linea generale, i profili che delimitano il campo della questione della nomofilachia, appare opportuno fare un passo avanti e provvedere ad un ulteriore approfondimento. Si è visto sopra come il *mito* della legge, che può essere soltanto applicata o violata, stia all'origine del sistema nel

quale si affermerà la funzione nomofilattica: e come a questo *mito* sia in qualche modo legata l'entrata in campo del *Tribunal de cassation*. Questo, infatti, fu costituito, come ci ricorda Salvatore Satta, per far fronte ai rischi della ribellione dal potere giudiziario al potere legislativo, sicché la stessa istituzione (il *Tribunal*) rivelava un potenziale antagonismo tra questi ultimi e quella legge, della quale occorre ristabilire il primato. È, appunto, questo modo di pensare che giustifica la nota ricostruzione della Cassazione civile operata da Piero Calamandrei in chiave tutta pubblicistica. Alla Cassazione veniva riconosciuto il ruolo di vero e proprio organo costituzionale. Coerentemente, lo strumento fondamentale di funzionamento veniva indicato nel ricorso nell'interesse della legge; il ricorso del cittadino costituiva, infatti, un caso di affidamento al privato dell'esercizio di una pubblica funzione. Questo profilo pubblicistico, progressivamente attenuatosi con l'evoluzione dell'istituzione - da organo costituzionale a organo giurisdizionale - ha adesso riacquisito un certo rilievo con le modifiche al codice di rito civile introdotte prima dal D.Lgs. n. 40/2006 e poi dalla Legge n. 69/2009 (si veda, in particolare, l'art. 360-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 47, comma 1, lett. A, Legge n. 69/2009, alla stregua del quale il ricorso è dichiarato inammissibile quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte) e con le disposizioni contenute nel codice del processo amministrativo approvato con D.Lgs. n. 104/2010, che introducendo con l'art. 99 una disciplina, sostanzialmente corrispondente a quella contenuta nell'art. 374 c.p.a., hanno configurato quella nomofilattica come una funzione di ricomposizione dell'ordinamento, che passa anche attraverso il divieto della sezione semplice di discostarsi da quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, c.p.a.) e dalle Sezioni Unite dalla Cassazione (art. 374, comma 3, c.p.a.).

3. NOMOFILACHIA, ORGANIZZAZIONE DEL GIUDIZIO ED ORGANIZZAZIONE DELLA GIURISDIZIONE: L'ART. 111 COST.

La seconda questione che merita specificazioni ed approfondimenti riguarda il rapporto tra *funzione nomofilattica* ed *organizzazione* della giurisdizione. Si tratta, infatti, di stabilire, nell'assetto introdotto dalla Costituzione, che vede la funzione giurisdizionale

esercitata da più giudici appartenenti ad ordini diversi, a chi spetta il potere di nomofilachia.

Occorre, al riguardo osservare che per lungo tempo si è ritenuto che le funzioni volte ad assicurare l'esatta osservanza della legge ed all'unificazione del diritto obiettivo, fossero strutturalmente legate ad una particolare *organizzazione* del giudizio, ed in particolare dell'organizzazione di quest'ultimo secondo moduli *cassatori*. In questa prospettiva, le funzioni di nomofilachia apparivano legate alla funzione cassatoria in senso stretto riconosciuta alla Corte, e cioè alla sua organizzazione come giudice di legittimità, chiamato ad eliminare dal mondo giuridico le pronunce non conformi a legge, e non a rifare il giudizio.

A questo originario modo di pensare se ne è, progressivamente sostituito un altro che lega le funzioni di nomofilachia non ad una particolare organizzazione (cassatoria) del giudizio, ma al ruolo ricoperto nell'ordinamento della giurisdizione, dall'organo chiamato ad esercitarlo.

In questa prospettiva, le funzioni di cui all'art. 65 ord. giud. (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) devono ritenersi attribuite alla Corte di Cassazione non in quanto organizzato come giudice di sola legittimità, ma in quanto organismo posto *in apicibus* nell'*ordo iudiciorum*. Un tal modo di pensare - che configura espressamente la funzione nomofilattica come funzione di indirizzo dell'ordinamento - consente di riconoscere funzioni del genere anche a giudici - come il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti - che, pur organizzati secondo il modulo proprio del giudice di appello, appaiono tuttavia collocati al vertice dei rispettivi ordinamenti sezionali. Risulta, così, evidente che, con riferimento ai diversi ordini (non di giurisdizione ma) di giudici la norma attributiva della funzione nomofilattica a giudici diversi dalla Corte di cassazione - e cioè al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti - è costituita dall'art. 111, ultimo comma, Cost., che, sottraendo al ricorso per cassazione per violazione di legge (ordinario o straordinario) le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, chiaramente attribuisce ai due istituti, nei rispettivi ordini, la funzione di unificazione della giurisprudenza. La disposizione di cui all'art. 111, ultimo comma, Cost., che costituisce una palese eccezione alla regola che prevede l'impugnabilità in cassazione delle sentenze dei giudici ordinari o speciali, enunciata nell'art. 111, comma 7, Cost., non si limita infatti a prevedere il ricorso in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e

della Corte dei Conti, ma positivamente esclude (il ricorso per cassazione è ammesso per *solis* motivi attinenti alla giurisdizione) la ricorribilità delle medesime per violazione di legge, con la conseguenza di attribuire ai medesimi, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire quale sia l'esatta osservanza della legge. Il ruolo della funzione nomofilattica attribuita, in particolare, al giudice amministrativo è, via via, divenuto sempre più rilevante con l'incremento delle competenze e dei poteri riconosciuti allo stesso giudice, come è testimoniato dalla disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo (artt. 99 e 110 c.p.a.); tutto ciò, peraltro, in un quadro in cui la funzione di *regolazione* della giurisdizione rimane attribuita alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Deriva da qui il particolare rilievo di questo compito, che si risolve nello stabilire quale sia il giudice dotato di giurisdizione senza invadere il ruolo, costituzionalmente riservato al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti. Quello attribuito alle Sezioni Unite è e resta un potere di regolazione, ma non si risolve nel potere di esaminare eventuali *errores in procedendo* o *in iudicando* eventualmente contenuti nelle sentenze dei due giudici speciali. Occorre, peraltro, riconoscere che questo potere è stato esercitato dalle Sezioni Unite con accortezza e prudenza, anche se non può essere sottaciuto il rischio che, attraverso una lettura della questione di giurisdizione come attinente alla pienezza della tutela assicurata al cittadino, i limiti costituzionali sopra indicati possano, in qualche modo, essere travalicati.

4. NOMOFILACHIA E RILEVANZA DEL PRECEDENTE: IL PRECEDENTE PERSUASIVO ED IL PRECEDENTE VINCOLANTE

Nell'ottica dei problemi riguardanti la nomofilachia un ruolo decisivo è poi, giocato dalla questione del *precedente*. Tradizionalmente le problematiche ad esso relative sono riferite agli ordinamenti di *common law*; non può, peraltro, non essere sottolineato come la giurisprudenza dei giudici di legittimità faceva sempre più riferimento a figure come quelle del *vincolo* del precedente e della sua portata, dell'*overruling*, proprie dell'esperienza anglosassone.

Allo scopo di comprendere ciò che sta accadendo nell'ordinamento italiano è forse utile far riferimento ad una nota distinzione, quella tra *precedente vincolante* e *precedente persuasivo*. L'opinione che per lungo tempo ha contrassegnato la riflessione

dei giuristi ed anche la giurisprudenza è che nell'ordinamento trovi posto il c.d. *precedente persuasivo*, quello cioè che, nella sostanza, agisce come opera di *formazione*, e non di *conformazione*, dell'opinione del giudice.

L'assunzione nell'ordinamento della regola del *precedente vincolante* è, invece, più recente ed appare legata al potenziamento delle funzioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed a quello dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per la quale, con il codice del processo amministrativo è stata introdotta una disciplina speculare a quella contenuta nell'art. 384, comma 2, c.p.c. per il giudizio di cassazione, con l'obbligo della sezione semplice di adeguarsi al principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, con obbligo di rimessione a quest'ultima in caso di non condizione del principio di diritto enunciato.

L'abbandono del "sistema" del *precedente persuasivo* e la scelta a favore della regola del *precedente vincolante* costituisce una scelta assai significativa perché ad essa corrisponde una diversa idea del ruolo delle Corti supreme, viste come antidoto alla dispersione e frammentazione della legge: In questa prospettiva, il precedente vincolante si risolve, ad un tempo, in una regola di funzionamento delle Corti supreme, ed in un elemento di unificazione della giurisprudenza, ed in ultima analisi, in un obiettivo incremento della sua *accountability*.

La specifica rilevanza dal precedente giurisprudenziale nell'ordinamento è, d'altra parte, testimoniante della presenza di una serie di disposizioni che il precedente prendono espressamente in considerazione ai fini della decisione del giudice. In questa prospettiva, la questione del precedente appare, talvolta, legata a forme semplificate di definizione della controversia, con riferimento all'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali.

Una funzione, per dir così, da battistrada può essere riconosciuta al processo amministrativo, dal momento che è con l'art. 19, D.L. 25 marzo 1997, n. 67 che trova ingresso la definizione del giudizio con motivazione abbreviata. Il D.L. n. 67/1997 prevede infatti che, con riferimento alle controversie riguardanti procedure di affidamento, di incarichi di progettazione ed attività tecnico-amministrative nonché di affidamento ed esecuzione di opere pubbliche, il Tribunale amministrativo, investito della domanda cautelare possa definire immediatamente il giudizio nel merito con motivazione in forma abbreviata (art. 19, comma 2). La norma non fa riferimento esplicito al precedente; tuttavia la

stessa è stata interpretata nel senso di autorizzare una motivazione semplificata, fondata sul solo richiamo del precedente. Tale orientamento giurisprudenziale ha trovato copertura legislativa con l'art. 9, Legge 21 luglio 2000, n. 205, che, nel novellare l'art. 26, Legge 6 dicembre 1971, ha espressamente previsto che la motivazione della sentenza succintamente motivata, può consistere anche in un sintetico riferimento ad un precedente conforme (art. 26, Legge n. 1034/1971, come novellato dall'art. 9, Legge n. 205/2000). La sentenza in forma semplificata la cui motivazione può consistere nel riferimento ad un precedente, ha poi fatto ingresso nel codice del processo amministrativo (art. 74 c.p.a.), e costituisce lo strumento sia per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare (art. 60 c.p.a.), per il giudizio in materia di accesso (art. 116 c.p.a.), per quello in tema di silenzio (art. 117 c.p.a.), per il giudizio relativo a precedenti di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 120, comma 9, c.p.a., come modificato dal D.L. n. 90/1984), per i giudizi riguardanti gli atti di esclusione nel procedimento preparatorio delle elezioni comunali, provinciali e regionali.

5. ORDINAMENTO E QUADRO NORMATIVO DELLA NOMOFILACHIA

Le osservazioni sopra esposte consentono, così, di affermare che sono ormai rintracciabili nell'ordinamento una serie di disposizioni volte, nel loro complesso, a regolare l'esercizio della funzione di nomofilachia, anche sotto il profilo del valore del precedente utilizzabile sia come vincolo per le sezioni semplici rispetto alle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sia come elemento determinante per una motivazione semplificata.

Il riconoscimento del valore del precedente costituisce, infatti una conseguenza dell'affermazione della regola della nomofilachia. In proposito, la disposizione fondamentale è costituita dall'art. 65, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, riguardante le attribuzioni della Corte di Cassazione, a cui si accompagnano quelle riguardanti il ricorso per cassazione, l'effetto vincolante del precedente, l'emanazione ed il valore del principio di diritto (artt. 360, 360-*bis*, 363, 393 c.p.c.); nell'ottica della nomofilachia deve, poi, essere letta la disposizione di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., nel testo introdotto dall'art. 52, Legge n. 69/2009, che esplicitamente pre-

vede la possibilità, per il giudizio civile, di una motivazione con riferimento a precedenti conformi.

Fra le disposizioni rilevanti devono, poi, essere ricomprese sia l'art. 618 c.p.p. (decisione delle Sezioni Unite) sia quelle, già ricordate, contenute nel codice del processo amministrativo (artt. 60, 74, 99 c.p.a.). Queste norme vanno lette unitamente e, nel loro complesso, costituiscono le disposizioni riguardanti l'esercizio delle funzioni di nomofilachia in un ordinamento caratterizzato dalla presenza di una pluralità di giurisdizioni superiori.

6. GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E NOMOFILACHIA: LA STAGIONE DELLA CREAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Se quello sopra indicato costituisce il perimetro - culturale, istituzionale, sociale - all'interno del quale si colloca in generale la questione della nomofilachia, appare adesso possibile cogliere la vicenda di tale funzione nella giustizia amministrativa.

Tale vicenda, infatti se, per un verso, appare caratterizzata da situazioni peculiari, appare per l'altro fortemente condizionata dallo sviluppo e dalla progressiva costruzione del sistema della stessa giustizia amministrativa. Sull'evoluzione dell'esercizio della funzione nomofilattica hanno, infatti, un ruolo non secondario i fattori legati all'organizzazione generale del sistema; fattori questi che consentono, in qualche modo, di enucleare, come si vedrà, stagioni diverse della nomofilachia e del suo esercizio.

Quanto alle peculiarità proprie del sistema, la prima di esse è legata alla stessa nozione di giustizia amministrativa. Questa, infatti, secondo l'insegnamento di Mario Nigro, coopera alla emersione dell'interesse legittimo; val quanto dire che il processo amministrativo è stato per lungo tempo, in qualche modo, *costitutivo* della stessa situazione giuridica tutelata. Questo fenomeno ha certamente influenzato la giurisprudenza del Consiglio di Stato e, di conseguenza, la modalità di svolgimento della funzione di nomofilachia. Questa suppone, infatti, un intervento del giudice mirato a stabilire il contenuto concettuale della legge e la sua esatta applicazione: una situazione, cioè nella quale la legge è, innanzi tutto, oggetto di interpretazione per stabilirne l'esatta applicazione. Senonché per lungo tempo il giudice amministrativo non si è limitato ad interpretare ed applicare la norma, ma la ha in qualche modo creata, e ciò perché la legislazione amministrativa era

carente di forme di tutela sostanziale delle situazioni soggettive del cittadino. La norma, infatti, attribuiva il potere, fissava i presupposti fondamentali ed in qualche caso delineava il procedimento; essa, però non metteva a disposizione rimedi giuridici idonei alla tutela delle situazioni soggettive incrociate dall'esercizio del potere. Questi rimedi venivano, così, in qualche modo, "creati" dal giudice che, attraverso di essi, raggiungeva l'effetto di somministrare una tutela adeguata alla situazione sostanziale. La giustizia amministrativa conosce un gran numero di rimedi di creazione giurisprudenziale; basta, in questa sede, ricordare la disciplina volta ad assicurare la tutela del cittadino avverso il *silenzio* dell'Amministrazione, pretoriamente ricavata prima dall'art. 5 del T.U. Comuni e Province del 1934 e poi dall'art. 27 del T.U. degli impiegati civili dello Stato n. 3/1957, ovvero un istituto come l'*ottemperanza* delle decisioni del giudice amministrativo, letteralmente inventato dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, attraverso l'estensione della disciplina posta esclusivamente con riferimento all'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario. L'opera creatrice della giurisprudenza concerne, così, aspetti assai diversi ma tutti essenziali per la tutela del cittadino: dalle regole del sindacato sulla discrezionalità, vero cuore del processo amministrativo, alle *tecniche di indagine* dell'eccesso di potere, alla postulazione di un effetto non solo cassatorio, ma *conformativo* delle sentenze del giudice amministrativo rispetto alla riedizione del potere pubblico. In questo periodo, che vede una importante opera di creazione giurisprudenziale, che si risolve nell'enunciazione dei principi non scritti nella legge, ma stabiliti e consolidati in sede pretoria, le funzioni di nomofilachia sono svolte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a cui, secondo l'ordinamento del tempo (art. 45, R.D. n. 1056/1944) sia le sezioni semplici, che il Presidente dell'Istituto potevano deferire qualunque ricorso che rendeva necessaria la soluzione di questioni di massima di particolare importanza. Può pertanto dirsi che nella prima stagione, quella di nomofilachia sia stata una funzione non ordinatrice, ma *creatrice*.

7. LA STAGIONE DEL MUTAMENTO DEL SISTEMA

Questo processo creativo è continuato a lungo, ed in un certo senso ed in una certa misura continua ancora adesso; esso,

peraltro, appare fortemente condizionato dall'evoluzione dell'organizzazione generale del sistema di giustizia amministrativa.

Non può, infatti essere considerato privo di rilievo il fatto che fino all'attuazione dell'art. 125 Cost., avvenuta con la Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il sistema di giustizia amministrativa si atteggiava sostanzialmente come un sistema ad unico grado. La cancellazione del Tribunale di giustizia amministrativa della Valle d'Aosta (Corte cost., 20 aprile 1968, n. 33) e delle giunte provinciali amministrative, per contrasto con le norme costituzionali sull'indipendenza dei giudici (Corte cost., 22 marzo 1967, n. 30) aveva, infatti, finito con il concentrare esclusivamente presso il Consiglio di Stato tutto il contenzioso amministrativo, facendo sostanzialmente di quella amministrativa una giurisdizione in unico grado. Si evidenziava, così una condizione assai diversa da quella esistente nell'ambito della giurisdizione civile, nella quale la funzione nomofilattica veniva svolta dalla Corte di Cassazione in relazione ad un sistema che vedeva la presenza di due gradi di giudizio, diversi da quello di cassazione. La funzione di nomofilachia esercitata dalla Corte di Cassazione realizzava, così, la tendenziale unificazione di un sistema complesso, offrendo a tutti i giudici in esso presente delle decisioni volte ad orientare la loro giurisprudenza; al contrario, nel sistema della giustizia amministrativa così come risultante dopo le ricordate pronunce della Corte costituzionale, la funzione di unificazione della giurisprudenza era sostanzialmente esercitata dall'Adunanza Plenaria, che regolava (soltanto) la giurisprudenza delle sezioni semplici del Consiglio di Stato. L'assenza di un giudice periferico, anch'esso destinatario del principio di diritto enunciato dalla Corte posta *in apicibus* dall'ordinamento giurisdizionale, conformava in modo specifico l'esercizio della funzione nomofilattica.

La Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introducendo un giudice amministrativo di primo grado ed attribuendo al Consiglio di Stato - posto al vertice dell'ordinamento sezionale della giustizia amministrativa - le funzioni di giudice di appello, (art. 28, comma 2), ha fatto di quest'ultimo lo strumento per esercitare la funzione di unificazione della giurisprudenza, ed ha, in qualche modo, modificato anche il modo di essere della funzione, destinata adesso, come nella giustizia civile, ad un sistema complesso di giudici presenti sul territorio nazionale. L'attuazione del "programma" costituzionale indicato nell'art. 125 Cost. ha comportato una modificazione del sistema ed un conseguente mutamento nell'esercizio della

funzione di unificazione giurisprudenziale, destinata ad essere assai più simile a quella posta in essere dalla Corte di Cassazione. È questa, legata alla *modificazione dell'organizzazione del sistema*, la *seconda stagione* della nomofilachia nella giustizia amministrativa, nella quale l'esercizio della funzione stessa sembra avvicinarsi al modo in cui essa è esercitata dalla Corte di Cassazione.

8. LA STAGIONE DELLA LEGGE ED IL RITORNO AI PRINCIPI

L'ulteriore stagione della nomofilachia è legata ad un altro, significativo cambiamento del sistema della giustizia amministrativa, caratterizzato, se così può dirsi, dalla riaffermazione del primato della legge.

Si è visto sopra come si debba alla giurisprudenza l'elaborazione dei più importanti principi del diritto amministrativo; tuttavia, a tali principi viene data copertura legislativa, sicché è alla legge e non all'elaborazione giurisprudenziale che gli stessi devono adesso essere riferiti. La violazione del principio diviene, così, violazione di legge. Questo processo è reso evidente dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui art. 1, non a caso è dedicato ai "principi generali dell'attività amministrativa". Economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, accessibilità, diventano principi posti ed enunciati dalla legge, sicché il loro significato e la loro portata non viene più desunto soltanto dal "sistema", ma direttamente dalla norma.

Si afferma, così, la tendenza a dare copertura legislativa ai principi giurisprudenziali. Tale situazione produce lentamente un cambiamento del modo di operare del giudice, che giudica non più sulla base di principi desunti dall'ordinamento, ma sulla base delle disposizioni positive contenute nella legge e sulla applicazione o violazione. Il lavoro del giudice amministrativo comincia, così, a somigliare di più a quello del giudice ordinario; muta, di conseguenza, ancora una volta, il modo di atteggiarsi del lavoro di nomofilachia, che tende progressivamente ad unificare l'ordinamento non sulla base di una attività interpretativa relativamente libera, ma sulla scorta di regole tratte da un sistema di norme positive. L'attività legata alla nomofilachia nel sistema di giustizia amministrativa si avvicina ancora di più a quella esercitata dalla Suprema Corte.

Questo processo di cambiamento deve, comunque, fare i conti con quella che costituisce la peculiarità del processo amministrativo, il cui cuore è costituito dal sindacato sulla *discrezionalità amministrativa*. Accade, infatti che la legislazione amministrativa si moltiplica in modo alluvionale e convulso, in una logica emergenziale, sicché, con l'aumentare dello stock normativo l'ordinamento diviene più oscuro e più capace di generare contraddizioni ed ambiguità. Questo processo si accompagna ad un fenomeno specifico che riguarda l'attività del giudice amministrativo: questo, infatti, è portato ad attribuire un rilievo decisivo, ai fini del controllo della discrezionalità amministrativa, ad atti - bandi di gara, atti generali, direttive, circolari - che non hanno il valore di fonte normativa, ma che contribuiscono ad indirizzare in modo più o meno rilevante l'esercizio dell'attività amministrativa. Questo reticolo normativo non legislativo né regolamentare diviene decisivo per controllare, misurare, indicizzare, la discrezionalità amministrativa. All'inflazione normativa si accompagna, così, la moltiplicazione di atti generali tendenti ad influenzare, con l'esercizio dell'attività amministrativa ed il suo sindacato.

Quale diviene allora, in un contesto del genere, nello stesso tempo, iper regolamentato e frantumato, il modo di operare del giudice amministrativo e, con esso, il modo di esercitare la funzione di nomofilachia? Per paradossale che possa sembrare, la necessità di far fronte all'inflazione legislativa, ad un gran numero di fonti normative spesso in contraddizione fra di loro, rilancia, su di un piano diverso, l'attitudine della giurisprudenza a ricostruire figure ed istituti ed ad elaborare principi, il ricorso ai quali è reso necessario non dall'assenza di indicazioni normative, ma dall'eccesso e dalla contraddittorietà di queste. Contribuiscono in modo decisivo a questo processo l'importanza sempre più rilevante delle fonti e della giurisprudenza dell'Unione europea, attraverso le quali si affermano principi come quello di concorrenza, di proporzionalità e di precauzione; sia le tecniche talvolta utilizzate dal legislatore, che si limita ad indicare la finalità dell'intervento (legalità-indirizzo) senza specificare con chiarezza i presupposti del potere esercitato e le forme del relativo procedimento (legalità-garanzia). Tutto ciò lascia all'interprete degli spazi assai rilevanti che non possono che essere riempiti o grazie ad una diversa lettura del principio di legalità (si pensi al ritorno, anche per via della giurisprudenza comunitaria, alla teoria dei c.d. *poteri impliciti*, ovvero all'elaborazione di figure di *legalità procedimentale*), o

attraverso l'elaborazione di clausole generali conseguenza, questa volta, non del *vuoto* ma dall'eccesso normativo.

In questo contesto, nel quale il giudice amministrativo decide sempre più per clausole generali, l'esercizio della funzione di nomofilachia esige sempre di più la considerazione della produzione normativa (nazionale, comunitaria, regionale) la ricostruzione di essa in sistema e l'indicazione, in funzione unificante, di principi di diritto capaci di conformare la giurisprudenza dei giudici amministrativi.

Se si vuole, una riprova di questa situazione si ricava dal significativo numero di pronunce dell'Adunanza Plenaria riguardanti i contratti pubblici, la cui disciplina, contenuta nel D.Lgs. n. 163 del 2006, ha registrato, nel corso di pochi anni, una quantità assai rilevante di cambiamenti. A questa vera e propria inflazione normativa, capace di provocare incertezza e di incentivare soluzioni meramente formalistiche, l'Adunanza Plenaria ha cercato di reagire ricostruendo, talvolta faticosamente, un certo numero di principi di diritto, capaci di superare ed assorbire le contraddizioni e di unificare il sistema, disincentivando le soluzioni meramente formalistiche.

Quella sopra descritta - che è la più recente delle stagioni riguardanti la funzione di nomofilachia nel sistema della giustizia amministrativa - registra così, un significativo avvicinamento all'esperienza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; e non a caso ciò avviene quando, anche a seguito dell'approvazione con D.Lgs. n. 104/2010, del nuovo codice del processo amministrativo, si registra una certa convergenza fra l'esperienza del giudizio amministrativo e quella del giudizio ordinario, e trovano ingresso nell'ordinamento disposizioni riguardanti l'Adunanza Plenaria ed il vincolo delle sue pronunce, analoghe a quelle contenute nel codice di rito civile con riferimento alle Sezioni Unite della Cassazione. L'esercizio della funzione di nomofilachia nei diversi plessi giurisdizionali acquista, così, connotati sempre più simili. Si tratta, di un esito che, alla fine sembra trovare la propria causa anche nella funzione unificante svolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (si pensi, ad esempio, alla pronuncia n. 77/2007 riguardante la c.d. *traslatio iudicii*), dai principi provenienti dal diritto dell'Unione europea e dalla Convenzione europea, a cui lo stesso codice del processo amministrativo dà adesso, una esplicita rilevanza nel segno dell'effettività della tutela (art. 1 c.p.a.).

9. LA STAGIONE DELL'INCERTEZZA: LA NOMOFILACHIA OLTRE I CONFINI

Proprio il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo consente di cogliere, adesso, lo spazio nuovo nel quale sembra inserirsi la funzione nomofilattica esercitata dalle Corti nazionali; spazio, questo, nel quale l'effetto di vincolo della pronuncia della Corte suprema nazionale nei confronti del giudice inferiore sembra svanire in presenza di una prospettata violazione della norma dell'Unione europea.

Un processo del genere riguarda tutte le Corti nazionali, chiamate ad esercitare funzioni nomofilattiche.

E così, per quanto riguarda le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sembra utile richiamare la sentenza 20 ottobre 2011 C-369/09 *Interedil* della Corte di Lussemburgo. Questa, investita dal Tribunale di Bari, dichiarato competente rispetto al giudice del Regno Unito, a seguito di ordinanza resa dalle Sezioni Unite su regolamento di giurisdizione, si è espressa su una richiesta di pronuncia pregiudiziale riguardante alcune questioni interpretative del Reg. CE n. 1346/2000 nelle procedure di insolvenza. Con tale sentenza la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale, ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni di un giudice superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non siano conformi al diritto dell'Unione. In tal modo la Corte di Lussemburgo, dando seguito ad un precedente indirizzo (sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09 *Elchinov*), ha sostanzialmente sancito una sorta di diritto di ribellione del giudice non di ultima istanza al vincolo derivante dall'ordinamento interno (nel caso esaminato il vincolo derivava dall'art. 382 c.p.c.) tutte le volte che tale giudice dubiti del fatto che le valutazioni svolte dal giudice superiore siano conformi al diritto dell'Unione. La funzione di nomofilachia del giudice nazionale - esercitata dalle Sezioni Unite della Cassazione anche attraverso la regolazione della giurisdizione - è stata, così, sostanzialmente messa in discussione in nome del diritto della Unione europea.

Una vicenda per molti versi simile ha caratterizzato l'esperienza della giustizia amministrativa, nella quale con ordinanza del 7 aprile 2011 il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte dubitando della conformità al diritto dell'Unione, e dell'orientamento assunto dall'Adunanza Plenaria sull'ordine di esame del ricorso principale e a quello incidentale, ha chiesto la pronuncia pregiudiziale

ziale della Corte sull'interpretazione della Dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative regolamentari e amministrative, relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Con la sentenza 4 luglio 2013, n. C-100/12 *Fastweb* la Corte di Lussemburgo ha affermato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nella specifica ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, e ciò perché in tale situazione ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere ad una offerta regolare. A seguito di tale pronuncia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 9/2014, dopo aver rilevato che la sentenza *Fastweb* ha introdotto una eccezione all'indirizzo faticosamente elaborato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e del ricorso principale alle condizioni che si versi nel medesimo procedimento, gli operatori rimasti in gara siano due, ed il vizio dedotto relativamente alle offerte sia identico per entrambe.

L'Adunanza ha poi affermato che l'identità del vizio deve essere intesa come legata all'aspetto sostanziale ed ha stabilito a quali condizioni possano essere ritenuti "comuni" i vizi prospettati dal ricorrente principale e da quello incidentale ai fini individuali della sentenza *Fastweb*.

Pur avendo l'Adunanza Plenaria qualificato l'ipotesi presa in considerazione dalla sentenza *Fastweb* come eccezione all'indirizzo consolidato, così riaffermando quello enunciato nella sentenza n. 4/2011, non può essere messo in dubbio che, attraverso l'intervento della Corte di Giustizia, il TAR Piemonte ha rimesso in discussione l'indirizzo della medesima Adunanza Plenaria, quanto meno con riferimento alla situazione di eccezione identificata.

Se è vero, infatti, che ai sensi dell'art. 99 c.p.a. i giudici di primo grado non sono vincolati al rispetto della *regula iuris* enunciata dall'Adunanza Plenaria, operando tale vincolo esclusivamente nei confronti delle sezioni semplici del Consiglio di Stato (art. 99, comma 3, c.p.a.), è altresì vero che ciò è avvenuto a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia e non secondo l'ordine che il codice del processo amministrativo suppone (sentenza del giudice

di primo grado in dissenso dall'Adunanza Plenaria; appello della parte soccombente; eventuale rimessione della questione all'Adunanza Plenaria ad opera della sezione semplice del Consiglio di Stato). Anche qui, la considerazione del diritto europeo da parte del giudice non di ultima istanza consente di superare, almeno nei limiti indicati, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria nell'esercizio della funzione di nomofilachia.

Il quadro così delineato risulta completato, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, dall'ordinanza n. 84 del 17 ottobre 2013, con cui il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha chiesto alla Corte del Lussemburgo di chiarire se, con riferimento alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui stabilisce la vincolabilità per tutte le sezioni del Consiglio di Stato, del principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, anche laddove consti che quest'ultima abbia o possa avere affermato un principio contrastante con il diritto dell'Unione. Lo stesso Consiglio siciliano ha chiesto di conoscere se la sezione del Consiglio di Stato investita della trattazione della causa, qualora dubiti della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza Plenaria, sia tenuta a rimettere a quest'ultima la decisione del ricorso, ancor prima di poter effettuare un ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ovvero se le sezioni, possano o debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente una questione pregiudiziale per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione.

Viene, così, in nome del diritto dell'Unione europea e della sua interpretazione da parte della Corte di Lussemburgo, espressamente e direttamente messo in discussione il vincolo della sezione semplice al rispetto del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria in funzione dell'esercizio dei compiti di nomofilachia.

Le indicazioni sopra esposte sembrano, pertanto, prospettare un ulteriore scenario, ancora da esplorare, caratterizzato dalla frammentazione della funzione nomofilattica, se non addirittura dal sostanziale, possibile superamento dei compiti di nomofilachia esercitati dalle Corti nazionali; si pone, così il problema di stabilire se si sia di fronte ad un *trasferimento* della funzione di unificazione della giurisprudenza alla Corte di Giustizia della Unione (quanto meno con riferimento alle controversie che debbano essere risolte

con l'applicazione del diritto dell'Unione, ovvero ad una *frammentazione* della funzione nomofilattica, ovvero ancora ad una sua diversa *organizzazione*). Il processo è ancora in corso ed è lontano dall'essere definito; tuttavia sembra possibile ritenere che l'opera di unificazione della giurisprudenza non possa essere più realizzata soltanto a livello nazionale, senza la considerazione della nuova *governance* giudiziaria, e cioè della presenza nell'arena pubblica di ordini diversi di giudici, nazionali e sovranazionali. La funzione di nomofilachia è, così, destinata a permanere, ma è, probabilmente destinata a cambiare la sua *organizzazione*.