

L'ISTITUTO DELLA VINCOLATIVITÀ DEL PRECEDENTE TRA PREVEDIBILITÀ DELLE SCELTE GIURISDIZIONALI E LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Slowa kluczowe: przewidywalność, praworządność, Rada Stanu, obowiązujące orzeczenia

Keywords: predictability; rule of law; State Council; binding rulings

Schlüsselwörter: Vorhersehbarkeit, Rechtsstaatlichkeit, Staatsrat, gültige Gerichtsentscheidungen

Parole chiave: prevedibilità; Stato di diritto; Consiglio di Stato; vincolatività dei precedenti

SOMMARIO: 1. Piano dello scritto;
2. L'art. 99 c.p.a.;
3. Evoluzione del ruolo del Giudice nell'ordinamento;
4. Il problema degli oneri della sicurezza interni;
5. Dati quantitativi;
6. Riflessioni conclusive.

1. Oggetto del presente contributo è il meccanismo introdotto dall'art. 99 c.p.a., il quale prevede – come noto – la vincolatività dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sui casi deferiti alla cognizione delle sezioni semplici dello stesso consesso. Una volta descritto il funzionamento dell'istituto ed identificata l'evoluzione del ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, si cercherà di analizzare gli effetti sia in relazione alla prevedibilità delle statuizioni giurisdizionali amministrative che, con un fine più pratico, per quanto concerne l'effettiva promozione dell'apertura del sistema italiano di gare pubbliche a concorrenti di altri Stati membri dell'Unione Europea. Per questo scopo, si farà riferimento al caso rilevante relativo agli oneri della sicurezza interna. Seguiranno alcune riflessioni conclusive.

* Raffaele Carocchia – Professore a contratto di diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi di Napoli Federico II; Ph. D. Candidate, Social and Economic Sciences Faculty, Comenius University Bratislava.

2. Il legislatore italiano negli ultimi anni¹ si è prefissato l'obiettivo di adeguare al nuovo contesto istituzionale e sociale la disposizione costituzionale di cui all'art. 101, secondo cui i giudici sono sottoposti soltanto alla sola legge².

Infatti, sono state introdotte diverse disposizioni nei codici di rito, che hanno previsto la sottoposizione – soprattutto delle giurisdizioni superiori – ai precedenti³ enunciati dagli organi di vertice dei rispettivi ordinamenti processuali. In questo modo i giudici di ultima istanza sono divenuti soggetti alla legge, come interpretata dal massimo consesso di ciascuna giurisdizione⁴. Ciò è avvenuto nell'ambito civile, contabile ed amministrativo⁵.

In modo sintetico, si può dire che l'istituto funziona come segue⁶: i principi di diritto – enunciati nell'ordinamento amministrativo dall'Adunanza Plenaria, che può anche non decidere nel merito il caso ad essa sottoposto – vincolano le sezioni semplici dell'organo di ultima istanza. Queste ultime non possono discostarsene, ma devono – qualora non condividano la soluzione pronunciata dal loro vertice –

¹ Nel 2006 sono stati riformati gli artt. 363 e 374 c.p.c.; l'art. 117 del codice di giustizia contabile, introdotto nel 2017, prevede il vincolo dei principi enunciati dalle sezioni riunite sulle sezioni semplici d'appello. Sopravvive – con difficili problemi di coordinamento – l'art. 1, IX c. l. 453/93, come modificato nel 2009, che prevede che anche le sezioni regionali della Corte dei Conti si trovino in analoga posizione, con vincolo non solo orizzontale, ma verticale. Un'unica deroga temporanea per il diritto processuale amministrativo è prevista in materia di processo telematico, in cui l'art. 13 *bis* delle disposizioni di attuazione del c.p.a. facoltizza i TAR ad interpellare direttamente la Plenaria. L'istituto ha una *ratio* poco comprensibile.

² Sulla disposizione costituzionale fondamentale resta R. Guastini, *Art. 101*, in G. Branca – A. Pizzorusso a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma 1994, pagg. 140 e ss.

³ Per un'analisi del tema nel quadro positivo previgente si rinvia a S. Chiarloni, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/89, pagg. 118 e ss.

⁴ Saremmo di fronte ad una nuova funzione riconosciuta al c.d. diritto vivente, come evidenzia R. Caponigro, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *Federalismi*, 1/17. L'espressione diritto vivente è stata introdotta da E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlino 1913.

⁵ Nessuna innovazione è avvenuta nel campo penale; per un'analisi critica del ruolo della Cassazione penale si rinvia a G. Cocco, *Verso una Cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/16, pagg. 382 e ss.

⁶ Monografie di riferimento in tema sono S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattiva. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Roma 2011; G. Pesce, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ed il vincolo del precedente*, Napoli 2012; E. Follieri, A. Barone, a cura di, *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo*, Milano 2015. Imprescindibile il riferimento sia a E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, pagg. 1237 e ss., che a E. Sticchi Damiani, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2012, pagg. 1143 e ss. Si vedano anche A. Maltoni, *Il „vincolo” al precedente dell'Adunanza Plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro Amm.*, 1/15, pagg. 137 e ss.; G. Amoroso, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

deferire allo stesso la questione con motivata ordinanza nel tentativo di ottenerne un nuovo, difforme orientamento⁷.

Il vincolo di conformità opera, pertanto ed in prima battuta, in negativo ed ha natura procedurale⁸.

Questa configurazione, però, permette comunque di evidenziare come l'efficacia della pronunzia acquisti un ruolo diverso dal passato: il principio espresso dalla giurisprudenza non è più solo fonte culturale o sostegno alla motivazione⁹, ma diventa un elemento immediatamente subordinato alla legge nella gerarchia delle fonti e da cui il giudice non può distaccarsi nel contenuto della decisione.

In questo senso, il vincolo assume una valenza anche positiva ed è strumento di certezza (tendenziale) del diritto, *ratio* che accomuna le riforme.

In chi scrive questa conformazione suscita sospetti di costituzionalità, perché confligge con il valore costituzionale dell'indipendenza della magistratura.

La tradizionale nomofilachia, funzione riconosciuta alle Corti superiori dell'ordinamento italiano (Sezioni Unite della Corte di Cassazione con efficacia interna all'ordinamento civile ed esterna per quanto attiene al rispetto dei criteri di riparto della giurisdizione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei Conti, rispettivamente nell'ambito delle giurisdizioni speciali amministrativa e contabile), si è così arricchita di un nuovo significato¹⁰. Infatti, essa – lungi dall'essere un mero strumento di interpretazione della legge al fine di garantire la corretta applicazione delle regole poste nell'ordinamento nell'interesse di quest'ultimo – ha assunto anche la funzione servente ad un'auspicabile prevedibilità dell'interpretazione giurisdizionale a vantaggio dei consociati¹¹. L'ordinamento italiano si è così avvicinato a quello di *common law*, ove vige la regola dello *stare decisis* e la giurisprudenza è fonte del diritto¹².

⁷ Ai sensi dell'art. 99, III c. c.p.a. „se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”.

⁸ La posizione è sostenuta da A. Maltoni, *op. ult. cit.*

⁹ Funzione svolta nei casi di sentenza c.d. in forma semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

¹⁰ A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/15, pag. 345 e ss.

¹¹ Altra dottrina, R. Caponigro, *op. ult. cit.*, A. Storto, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, relazione al convegno *L'attività nomofilattica delle magistrature superiori*, Roma, 2012, ha identificato la *ratio* dell'istituto in esame con la garanzia dell'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nell'applicazione della legge. A chi scrive sembra che l'innovazione abbia un significato trascendente un solo valore costituzionale, perché ha l'aspirazione di orientare la funzione giurisdizionale verso un modello, in cui l'interpretazione sia in qualche modo vincolata da giudici più uguali degli altri.

¹² Dissente con la qualificazione qui proposta G. Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, 3/4, 2014, pagg. 633 e ss., che ritiene questo esito incostituzionale e non condivisibile perché non sussiste una sanzione in caso di mancato rispetto del vincolo. E. Follieri, *op. ult. cit.*, ipotizza una serie di possibili rimedi in caso di mancato rispetto della regola dello *stare decisis*.

Benché autorevole dottrina¹³ abbia evidenziato come l'istituto di cui all'art. 99 c.p.a. introduca aspetti di giurisdizione oggettiva nell'ordinamento processuale amministrativo, tale declinazione – sicuramente presente¹⁴ e quasi consustanziale alla funzione nomofilattica nel suo senso primigenio – non costituisce una novità dirompente in un sistema processuale dove l'interesse pubblico è, purtroppo, ancora ritenuto un „convitato di pietra”¹⁵.

Gli aspetti che a chi scrive paiono più interessanti e problematici sono diversi ed ulteriori rispetto anche al tradizionale carattere pretorio della giurisprudenza del Giudice Amministrativo¹⁶ e si cercherà di evidenziarli nel prosieguo del presente scritto.

3. L'originario modo di applicare il diritto al caso concreto, cioè ed in una sola parola di giudicare, nell'ordinamento italiano prevedeva una rigida predeterminazione delle fonti del diritto, frutto di una chiara divisione dei poteri dello Stato ed eredità della tradizione culturale dell'Illuminismo e del modello giuridico rivoluzionario prima, napoleonico poi¹⁷.

In adesione a tale visione ideologica, al Parlamento spetta la promulgazione delle leggi, il cui significato può – nei limiti dei poteri regolamentari – essere precisato

¹³ M.A. Sandulli, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto Considerazioni preliminari*, 2017, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento all'art. 99, V c. c.p.a.

¹⁴ Il riferimento è soprattutto al V c. dell'art. 99 c.p.a., che prevede una pronuncia nell'interesse della legge anche nel caso in cui il ricorso in appello sia divenuto irrituale: „Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato”.

¹⁵ L'espressione è tratta da A.P. 5/15. Tutte le sentenze del G.A. citate nel presente scritto sono reperibili in libera consultazione al sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Tale ruolo del G.A. è stato evidenziato con l'usuale efficacia da G. Corso, *op. ult. cit.* Secondo A. Calderara, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in www.judicium.it, il completamento di un quadro legislativo scarno avrebbe conferito *ab initio* al vertice della G.A. una funzione creativa di diritto, a differenza di quanto avvenuto con la Cassazione. Non si è d'accordo con tale conclusione: in effetti, le pronunzie dell'Adunanza Plenaria prima del 2010 non avevano efficacia vincolante, ma solo persuasiva su altri giudici ed Amministrazioni.

¹⁷ La bibliografia sul tema è enorme. Qui ci si limita a rinviare a: S. Satta, *Cassazione*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960; *Id.*, *Corte di Cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, X, 1962; V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano 2002, pagg. 881 e ss.; P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni Fiorentini*, 32, 2003, pagg. 45 e ss.; F. Saitta, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 3/05, pagg. 585 e ss.; G.P. Cirillo, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le Corti supreme nazionali e le Corti comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/14, pagg. 23 e ss.; M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, 3/15, in libera consultazione al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. Barletta, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in libera consultazione al sito www.diritto.it; F. Patroni Griffi, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in libera consultazione al sito http://www.ca.milano.giustizia.it/documentazione/D_1240.pdf. Particolarmente avvincente è la consultazione di P. Rescigno, S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna 2017.

dal Governo con fonti secondarie. Ruolo inferiore e residuale ha la consuetudine; nessuno spazio è riconosciuto come fonte all'interpretazione, sia essa dottrinarina o giurisprudenziale.

Il giudice – per ricorrere ad un'espressione trita, ma efficace – è *os legis* o più illuministicamente *bouche de la loi*, titolare del solo potere di emettere sentenze che dichiarano un precetto già presente nell'ordinamento. La sua attività di natura decisoria è, pertanto, finalizzata all'esecuzione della legge tra le parti del caso singolo sottoposto alla sua cognizione ed ha sempre carattere doveroso, in quanto gli è inibito pronunziare il *non liquet*.

Il giudice non è vincolato, in questa costruzione ideologica, al rispetto dei precedenti pronunciati in casi analoghi da altre Corti, la cui valenza è tutt'al più persuasiva. Essi costituiscono artifici retorici, che orientano la sentenza, la cui giustificazione ed il cui contenuto sono comunque libera creazione del giudicante, o meglio delle modalità d'applicazione della legge da questi prescelte.

Questo schizzo concettuale presuppone un quadro ordinamentale non complesso, su cui intervenire, e si fonda sulla fiducia che la legge – generale ed astratta – possa regolare tutti i casi della vita pratica e permetterne sempre la sussunzione nei suoi precetti.

E' ovvio che, nel momento in cui il contesto si complica (la Costituzione ha costituito l'elemento di rottura della tenuta dell'impostazione), la funzione del giudice bocca della legge non è più passibile di conservazione. Le fonti si ampliano, la complessità sociale fa emergere nuove esigenze, che non trovano la loro soluzione in testi legislativi: il potere legislativo statale cede contestualmente pezzi di sovranità sia verso l'alto (ordinamento UE, ordinamento internazionale) che verso il basso (altri Enti a fini generali, soprattutto Regioni). Affrettano quest'evoluzione sia il ruolo della Corte Costituzionale, che può pronunciare sentenze con effetti *erga omnes*, istituzione che obbliga i giudici a tentare, prima del deferimento di una questione in via incidentale, un'interpretazione conforme delle leggi in aderenza non più a singole fattispecie ma ad un quadro valoriale, sia la sempre maggior frequente presenza nelle disposizioni che formano l'ordinamento di clausole o concetti giuridici indeterminati, che attribuiscono alla funzione giurisdizionale il compito di dare pregnanza ad un voluto non definito pienamente dal legislatore¹⁸.

Il nuovo assetto dei poteri pubblici non risponde più alla conformazione delle fonti sopra sunteggiata e di cui troviamo ancora traccia positiva alle preleggi. Il principio di legalità – cardine della divisione dei poteri – si affievolisce. Il giudice da mero interprete o, al più, ausiliario del legislatore diviene esploratore del diritto, teso all'individuazione sia delle fonti che dei bisogni di tutela che emergono dall'ordinamento, dai consociati, con la Costituzione e le sue norme programmatiche ed aperte a fungere da moltiplicatore delle istanze ritenute degne di protezione¹⁹. Re-

¹⁸ Caratteristiche messe in evidenza da R. Caponigro, *op. ult. cit.*

¹⁹ N. Picardi, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Giust. civ.*, 9, 2003, pag. 363 e ss. sostiene che il giudice nell'attuale conformazione dell'ordinamento è soggetto che scopre o crea il diritto. Si è d'accordo con tale impostazione, con la preferenza di un giudicante scopritore. I problemi di un ruolo di giudice creatore e connotato da ampia discrezionalità, evidenziati nel prossimo paragrafo, fanno ritenere la seconda possibilità assai problematica.

cuperando un'intuizione hegeliana, il giudice si è palesato non quale funzionario dello Stato, ma come un autorevole componente della società civile; il suo modo di argomentare non è più basato sul sillogismo, ma sulla topica²⁰ e lo sguardo con cui guarda ai casi sottoposti al suo esame non è più improntato all'universalismo, ma al particolarismo giuridico²¹, capace di dare senso a fonti ordinate in modo reticolare e non gerarchico²².

La funzione del potere giudiziario in modo consequenziale muta: l'art. 101 della Costituzione è la disposizione che, nell'affermare la precedente situazione, costituisce il ponte verso il futuro, caratterizzato da un ruolo parzialmente creativo del giudice, chiamato a supplire alle carenze del legislatore, non più onnisciente ed onnipotente, in una funzione paranormativa e coperto in questo suo nuovo ruolo dalla perdurante garanzia di indipendenza.

In tale innovato ruolo i limiti all'attività di integrazione del tessuto normativo sarebbero l'imparzialità, aspetto procedurale, e la ragionevolezza, elemento sostanziale; eventuali scostamenti da questi canoni sarebbero correggibili con le impugnazioni²³.

I nuovi diritti trovano così tutela non nel testo della legge né per il tramite di apparati amministrativi, ma nelle aule di giustizia. Il filtro della rilevanza, della giustiziabilità è l'art. 100 c.p.c., con l'interesse ad agire che viene individuato e delimitato di volta in volta. Il giudice torna al ruolo del pretore romano, in un dialogo costante sia con la società, confronto favorito dal principio personalistico cui si ispira la Costituzione repubblicana, che con i suoi omologhi in altri ordinamenti, che costituiscono spazi giuridici da cui mutuare forme di tutela più ampie ed ai quali lo Stato si apre, dopo che ha accettato di perdere la sua primigenia supremazia.

Così al paradigma della completezza dell'ordinamento, fine cui tendono i sistemi di *civil law* e che è compendiato dal mito della codificazione, si è contrapposto un accentuato pluralismo, dimensione che contraddistingue il momento presente ed a cui sarebbero più adatti a rispondere i sistemi di *common law* con le sentenze che prendono il posto delle leggi, quali fonti privilegiate²⁴.

Contestualmente, la dogmatica in questo nuovo contesto passa in secondo piano e non è più in grado di indirizzare l'analisi. L'accademia non può svolgere il ruolo di pacificatore e di sistematizzatore tra *arcana iuris* ed utopia della legge chiara e distinta e cede il proscenio alle aule di giustizia, dove si identificano anche *ex novo* i diritti caso per caso.

Anche per tale ragione si assisterebbe ad un avvicinamento tra i sistemi di *civil* e di *common law*, con la funzione giurisdizionale a fare da traino²⁵.

²⁰ M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/07, pagg. 709 e ss.

²¹ M. Taruffo, *La giurisprudenza tra casistica ed uniformità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/14, pagg. 35 e ss. Del medesimo Autore si veda anche *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, *ibidem*, 1/01, pagg. 11 e ss.

²² B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 1/08, pagg. 1 e ss.

²³ A. Barak, *Judicial Discretion*, Yale 1989.

²⁴ A. Calderera, *op. ult. cit.*

²⁵ Assai interessanti ed originali sono le riflessioni di P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Bari, 2013, afferenti ai rapporti tra *civil law* e *common law*.

Dal *Gesetzstaat* si sarebbe, dunque, passati al *Richterstaat*²⁶.

Va, comunque, evidenziato che, almeno a parere di chi scrive, i due modelli pogiano su elementi difficilmente comparabili. La legge è tale, perché ha il carattere della generalità ed astrattezza e non ha una portata di decisione sul caso concreto: queste sue caratteristiche ontologiche dovrebbero portare a mantenerla distinta dagli atti degli altri poteri dello Stato e dei privati. Infatti, sia il contratto che il provvedimento che la sentenza sono strumenti di portata concreta e vincolanti solo tra le parti, che vi hanno interesse. Anche a voler ritenere – come chi scrive pensa – che i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria abbiano un'efficacia anche su processi diversi da quelli in cui sono stati pronunciati, resta un ulteriore elemento di insuperabile differenza. Le sentenze ed i principi ivi contenuti sono sprovvisti del carattere di politicità, frutto della delega di sovranità dal popolo al Parlamento, che caratterizza la legge.

Quindi, l'interpretazione dell'art. 101 Cost. nel senso datogli dal legislatore delle riforme dal 2006 ad oggi deve muoversi secondo questi binari, anche perché la stessa Legge fondamentale – oltre a porre il principio di legalità, secondo indimenticata dottrina²⁷ – precisa allo stesso articolo, disposizione d'esordio sul potere giudiziario, che la giustizia è amministrata in nome del popolo, cioè secondo le leggi dei delegati di quest'ultimo. A voler ragionare altrimenti, si rischia di svuotare di significato la disposizione costituzionale e di alterare la differenza tra attività di *legislatio* e quelle di *legis executio*.

In questo quadro²⁸, contrassegnato da labilità di confini, da soluzioni non definite e da un crescente ricorso allo strumento giurisdizionale per risolvere qualsiasi controversia, anche quelle che prima avrebbero trovato la loro naturale soluzione nelle aule parlamentari, il legislatore è intervenuto con le innovazioni richiamate al paragrafo precedente ed ha – intento condivisibile per chi scrive – tentato di porre un freno all'incertezza.

L'atto del giudice di vertice – autoprecedente istituzionale²⁹ e sprovvisto di valore di giudicato, se si limita ad enunciare un principio³⁰ – è così divenuto fonte – non più solo operante al livello tecnico di sostegno alla motivazione quale *argumentum ab auctoritate* – perché essa è ora prevista come limite legislativo nei confronti dell'interpretazione difforme da parte di altri giudici, appartenenti al medesimo organo che ha pronunciato il principio, i quali possono solo chiederne il superamento,

²⁶ N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1, 2004, pagg. 41 e ss.; B. Ruethers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen 2014; P. Fabbio, *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/15, pagg. 1261 e ss.

²⁷ Fois S., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano 2010.

²⁸ L'analisi è stata condotta con la tradizionale impostazione dogmatica, afferente alle fonti. Altro Autore, F. Follieri, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 1/2, 2014, pagg. 265 e ss., ha esaminato il problema con lenti squisitamente filosofiche. La prospettiva, interessante e fortemente critica dell'istituto, non convince chi scrive: il discorso deve essere affrontato con un'ottica prevalentemente di diritto positivo, perché si tratta di analizzare un istituto processuale.

²⁹ La definizione è di M. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/94, pagg. 471 e ss.

³⁰ Come precisato dalla stessa Adunanza Plenaria, sent. n. 2 del 23.02.2018.

ma non disapplicarlo³¹. Il precedente, nella sua veste originaria, ha in sé solo una portata logico persuasiva, che non si traduce in vincolatività, per ottenere la quale è stata necessaria una previsione legislativa espressa in quanto esso diviene così fonte e limite alla *potestas iudicandi*, cui impone un indirizzo conforme³².

Il suo nuovo ruolo è un modo per superare la Babele dei tribunali³³ ed aiutare il giudice nella selezione dei propri materiali di cognizione e decisione. Da questo punto di vista è uno strumento di direttiva della discrezionalità e fonte di predeterminazione normativa della decisione³⁴. Si apprezza, anche in questo senso, il nuovo principio di legalità, inteso in senso procedimentale e quale metodo di legittimazione delle decisioni dei poteri. Una giustizia prevedibile è, infine, più effettiva e maggiormente in linea con i canoni del diritto europeo, cui si richiamano sin dall'esordio il c.p.a.

I caratteri persuasivi dell'iniziativa sono proprio quelli di una ricerca di una maggiore uguaglianza e prevedibilità delle decisioni, tramite la cristallizzazione di una regola di giudizio. Per pervenire a siffatto risultato, il precedente diventa in virtù di espressa previsione legislativa almeno parzialmente un atto fonte ibrido con un rango immediatamente inferiore alla legge, in quanto posto da un organo giurisdizionale di vertice che solo ha la competenza di mutarne il contenuto. Il suo effetto è diretto nei confronti delle sezioni componenti l'organo superiore; nei confronti degli altri giudici esso conserva il suo criterio di mero orientamento alla decisione, da cui resta possibile discostarsi.

A fronte di tali caratteristiche convincenti, si possono evidenziare i due aspetti che inducono chi scrive a ritenere che il legislatore, nell'introdurre l'istituto, non abbia maturato una riflessione completa sulle criticità che si candidava a mitigare.

Il vincolo – se non nell'ordinamento contabile – non vale per i giudici di primo grado, per i quali il precedente resta ancorato al tradizionale ruolo di mero persuasore, di aiuto nell'argomentazione della decisione. Insomma, resiste seppur in parte l'impostazione originaria, perlomeno a livello di primo accesso alla giustizia, dove si erano registrate le maggiori spinte innovative.

Il secondo è il fatto che la logica della riforma è ancorata ad un sistema ordinamentale chiuso verso l'esterno, senza possibilità di un dialogo con altri sistemi giuridici. Non sono necessarie troppe parole per evidenziare come questa conformazione non sia più rintracciabile a seguito dell'integrazione tra l'ordinamento statale e quello comunitario.

Il combinato disposto delle due criticità – e non era difficile immaginarlo – ha fatto sì che i giudici di primo grado tentassero di riaffermare la propria indipendenza

³¹ E. Follieri, *op. ult. cit.*

³² A ragione di tale evoluzione non si ritiene persuasiva la scelta di incasellare i principi espressi dall'Adunanza Plenaria nella categoria di fonte culturale, ipotesi suggerita da F. Patroni Griffi, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per chi scrive, il rango di fonte culturale può essere riconosciuto a qualsiasi pronuncia giurisprudenziale o opinione dottrinarie e non è capace di dare ragione del carattere vincolante attribuito ai precedenti.

³³ S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma 2009.

³⁴ A. Police, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2/96, pag. 697 e ss.

rinforzando il dialogo con i loro omologhi sovranazionali ed a scapito delle soluzioni provenienti dall'organo di vertice del loro ordinamento di riferimento.

Alla luce di questi elementi, si può affermare che il legislatore della riforma ha proceduto con uno sguardo rivolto al passato, ha prodotto un risultato non definito e, soprattutto, colpevolmente ha ignorato la dinamica del dialogo interordinamentale, punto saliente dell'attuale panorama giuridico e che aveva contribuito alla nascita dell'incertezza prima descritta.

4. Un caso di studio ci può far apprezzare le criticità del meccanismo di cui all'art. 99 c.p.a.³⁵: esso riguarda gli oneri della sicurezza interna, sulla cui necessaria dichiarazione in sede di presentazione delle offerte per le gare pubbliche si è formata una cospicua, magmatica giurisprudenza³⁶.

Mentre il previgente assetto normativo contemplava, al IV c. dell'art. 87 d. lgs. 163/06, quale necessaria ai fini della partecipazione ai soli appalti di forniture e di servizi pubblici l'indicazione degli oneri della sicurezza interni a ciascuna impresa, essa non era necessaria per i lavori pubblici in assenza di una specifica previsione da parte del bando o nella modulistica di gara.

Si riteneva generalmente che altri strumenti (piano sicurezza e coordinamento di cui all'art. 100 d. lgs. 81/08) fossero sufficienti allo scopo e che l'indicazione dei costi sopportati dal singolo operatore nelle offerte fosse pertanto superflua. Pur nel silenzio della legge, esisteva un dibattito giurisprudenziale³⁷, cui il Consiglio di Stato ha voluto dare una prima sistemazione con la pronuncia 3/15 del 20.03.15. Essa ha affermato la necessità di tale indicazione: gli oneri della sicurezza aziendali sono stati interpretati come strumento imprescindibile per garantire il diritto sociale e costituzionale alla salubrità del luogo di lavoro, cosa che ha permesso alla giurisprudenza di ritenere sempre eterointegrata la disciplina di gara.

L'intenzione di tutelare la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro è tanto alta quanto condivisibile. Nella pratica, tuttavia, tale intento, che in altri tempi sarebbe promanato da una previsione legislativa generale ed astratta, ha avuto come conseguenza un uso poco meditato del principio: in virtù del nuovo comando (giurisprudenziale), sono state numerosissime le imprese escluse da procedure di selezione del contraente avviate nel quadro precedente alla Plenaria.

³⁵ Valore analogo possono avere il problema del rapporto di priorità di scrutinio tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in caso di procedure d'appalto con due concorrenti e l'ordine di delibazione dei motivi di ricorso, aspetti analizzati da R. Caponigro, *op. ult. cit.*

³⁶ Più recente contributo in argomento è A. Buonfino, *Tra legislatore e vincoli euro-unitari. L'Adunanza Plenaria e i limiti esterni alla funzione nomofilattica*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2017, pagg. 1064 e ss. Si vedano anche: F. Lilli e F.M. Pellicano, *Oneri di sicurezza aziendali: nomofilachia o eterogenesi normativa*, in www.giustamm.it, 2/16; M. Filice e R. Rolli, *Dialogo tra le Corti e vincolo del precedente (Brevi note a Cons. Stat., V, sentenza non definitiva con ordinanza di rimessione, 17 marzo 2016, n. 1090)*, in www.giustamm.it, 7/16; S. Gentiloni Silveri, *Oneri di sicurezza: un caso di „apparenza qualificata”*. In attesa della pregiudiziale comunitaria e di un'altra Adunanza Plenaria, in www.giustamm.it, 7/16; F.M. Ciaralli, *L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza quale causa di esclusione*, pubblicato nel luglio 2017 in www.giustizia-amministrativa.it; A. Marincolo, *Oneri di sicurezza aziendali: la Plenaria corregge gli effetti distorsivi della pronuncia n. 9 del 2015 in attesa della CGUE. E il nuovo codice degli appalti?*, in www.giustamm.it, 9/16.

³⁷ Nel senso dell'obbligatoria indicazione degli oneri si era espressa la sent. n. 4849/10 della V sez. del Consiglio di Stato; *contra* sent. n. 4964/13 sez. V del medesimo organo giurisdizionale.

Così sono stati gli stessi Giudici del Consiglio di Stato, a distanza di pochi mesi dal pronunciamento sopra ricordato, a sollecitare una rimediazione del principio dell'obbligatorietà dell'indicazione, quanto meno per le gare avviate prima della pronuncia della sentenza dell'organo di vertice sopra richiamata, nel tentativo di contemperarlo con la possibilità di ovviare alla mancata esplicitazione con il soccorso istruttorio.

Per chi scrive, il giudice – accortosi dell'ibridazione del nostro sistema con quelli di *common law* – ha cercato di ovviare ai potenziali effetti negativi dello *stare decisis* con il richiamo ad un altro istituto tipico di questo sistema di diritto a formazione giurisprudenziale, il *perspective overruling*, poco noto nell'ordinamento italiano e limitato alle regole processuali³⁸.

La risposta della Plenaria alla nuova sollecitazione – giunta con la sentenza 9/15 del 2.11.2015³⁹ – è stata negativa, perché essa si è trincerata dietro alla tradizionale impostazione, secondo cui il giudice nell'ordinamento italiano non crea, ma dichiara il diritto.

Tale situazione di stallo avrebbe richiesto un'interpretazione autentica da parte del legislatore, passo di cui non si è avuto il coraggio e che sarebbe stato perfettamente consentaneo allo schema ordinamentale tradizionale, da cui aveva preso le mosse la sentenza A.P. 9/15.

Esiste, però, un ordinamento del quale quello repubblicano è parte ed in cui le sentenze hanno istituzionalmente natura di fonte del diritto: stiamo parlando dell'Unione Europea, da cui promana la parte più importante della disciplina in materia di contratti pubblici e le cui regole sono destinate ad imporsi su quelle nazionali.

Proprio rivolgendosi al Giudice del Lussemburgo, si è tentato di superare l'*impasse* creato dalla Plenaria⁴⁰. C'è stato una vera e propria *escalation* di tentativi di rimettere in discussione i principi formulati dall'organo di vertice della giustizia amministrativa. Nell'interlocuzione con la CGUE, è stato attivato un ampio e non del tutto coerente strumentario processuale (rinvio pregiudiziale⁴¹, sospensione del giudizio⁴²) per strappare la camicia di Nesso, in cui le due decisioni dell'organo di vertice del GA avevano costretto il quadro giurisprudenziale sul presupposto che nel silenzio della legge, della disciplina e della modulistica di gara non andasse

³⁸ Il riferimento resta Cassazione civile, sez. un., sent. n. 23675 del 06/11/2014, consultabile su www.iusexplorer.it.

³⁹ Su detto pronunciamento si veda – in senso critico – A. Celotto, *Dubbi sulla retroattività degli orientamenti giurisprudenziali (Relazione al Convegno IGI, Roma 25 novembre 2015)*, in www.giustamm.it, 2/16.

⁴⁰ Ciò avrebbe portato ad una frammentazione della funzione nomofilattica secondo A. Pajno, *op. ult. cit.*, che parla di *commodus discessus* dal vincolo del precedente.

⁴¹ Tra le tante, TAR Torino, sez. II, ord. n. 1745 del 16.12.2015, TAR Napoli, sez. I, ord. n. 990 del 24.02.2016. Sul rinvio pregiudiziale si vedano: R. Murgia, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia della C. E.*, in *Dir. proc. amm.*, 2/06, pagg. 441 e ss.; L. Antonioli, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Enc. Dir., Annali I*, 2007; D. Lamparella, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di Giustizia*, Napoli 2014; A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari 2015.

⁴² *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, ord. n. 886 del 03.03.2016.

frustrato l'affidamento dei concorrenti sull'effettiva latitudine delle dichiarazioni loro richieste.

In questo contesto, senza che il pronunciamento del Giudice europeo fosse nemmeno arrivato, due ulteriori Plenarie (19 e 20 del 2016) hanno modificato l'orientamento pretorio e permesso di ovviare alle carenze di indicazione degli oneri della sicurezza con il soccorso istruttorio, ove l'obbligo di tale dichiarazione non fosse desumibile con chiarezza dai documenti di gara ed avesse natura di omissione meramente formale. Ciò anche nel vigore del nuovo testo del codice degli appalti, il cui art. 95 prevede espressamente tale onere dichiarativo in capo ai partecipanti.

Il Consiglio di Stato ha imboccato tale direzione sulla scorta di precedente giurisprudenza della CGUE⁴³ e sul presupposto che fosse necessario tutelare le imprese dalle conseguenze di un quadro giuridico poco chiaro. Risulta centrale per la soluzione del problema, quindi, l'inquadramento della corretta dimensione della funzione nomofilattica in un ordinamento multilivello: tale preoccupazione è del tutto assente nelle riforme del sistema processuale sopra citate⁴⁴.

Infatti, nelle sentenze del G.A. sopra richiamate è stato affermato anche che il principio dello *stare decisis* contrasta con il diritto UE, se interpretato nel senso di imporre ad una sezione semplice di deferire la questione non al Giudice del Lussemburgo, ma alla sola Adunanza Plenaria⁴⁵. Una simile soluzione fa passare in secondo piano il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri per premiare l'effettività della tutela⁴⁶ e si impernia su una visione funzionalmente unitaria del giudice di vertice del singolo ordinamento processuale⁴⁷. Inoltre, come sembra almeno a chi scrive, il precedente si trova ulteriormente accostato alla legge: esso si pone nello stesso rapporto tra quest'ultima e le fonti sovranazionali e può essere disapplicato in caso di contrasto con l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea in conseguenza del rango privilegiato dell'ordinamento UE.

La soluzione della Corte di Giustizia è arrivata a distanza di altri mesi con 3 ordinanze⁴⁸, in applicazione del principio enunciato dalla propria sentenza, cui avevano già fatto riferimento le Plenarie del 2016. Essa non pare del tutto persuasiva,

⁴³ Corte di Giustizia, sez. VI, sent. C-27/15 del 02.06.2016, in libera consultazione al sito www.curia.europa.eu, dove possono essere lette tutte le pronunzie del giudice UE che si citeranno nel presente scritto.

⁴⁴ A. Buonfino, *op. ult. cit.*

⁴⁵ In verità, il massimo consenso della GA ipotizza tre soluzioni ad un contrasto tra principio di diritto da esso espresso e diritto UE: remissione diretta da parte della sezione semplice alla CGUE, senza passare dall'Adunanza Plenaria; applicazione da parte della sezione semplice dell'interpretazione fatta dal Giudice del Lussemburgo, anche se essa è in contrasto con quanto ritenuto dalla Plenaria stessa; remissione alla Plenaria con eventuale rinvio alla CGUE, in caso in cui la prima abbia dubbi ulteriori sulla corretta interpretazione del diritto europolitano. La risposta non pare brillare per coerenza. Sul tema si veda E.M. Barbieri, *La Corte di Giustizia interviene sul processo giurisprudenziale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/16, pagg. 551 e ss.

⁴⁶ D. Simeoli, *Vincolo del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE: brevi note*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6/16, che ritiene l'obbligo di cui all'art. 99, III c. c.p.a. di natura solo processuale.

⁴⁷ Il concetto è stato precisato da GCUE, Grande Sezione, sent. causa C-689/13 del 05.04.2016.

⁴⁸ Ordinanze del 10.11.2016, pronunziate nelle cause C-140/16, C-162/16 e C-697/15.

perché ancorata alla necessità di tutelare soprattutto le imprese estere dai pericoli di un quadro giurisprudenziale poco chiaro. Infatti, ci si può chiedere per quale motivo debba essere tutelato l'affidamento di un operatore non nazionale, e non quello – prioritario, specie per le gare di minore importo, cui partecipano piccoli soggetti imprenditoriali locali – delle imprese domestiche.

A parte suggestioni su discriminazioni a rovescio potenziali, per lo scrivente il valore della prevedibilità delle decisioni giudiziarie dovrebbe prescindere dalla nazionalità dei soggetti incisi da provvedimenti amministrativi tanto è vero che le gare, a cui si riferivano i casi su cui il Giudice del Lussemburgo è intervenuto, avevano visto la sola partecipazione di imprese italiane. Ciò a meno che non si voglia ammettere che il riferimento alla libertà di stabilimento sia stato un *escamotage* retorico, con cui la CGUE ha voluto rinforzare il suo ragionamento ed avvalorare così il riferimento alla parità di trattamento ed alla trasparenza.

Certo, peculiare ed elemento distintivo della diversa sensibilità con cui i due plessi giurisdizionali affrontano i casi loro sottoposti è che, mentre in Italia ci siano volute quattro pronunzie della Plenaria per arrivare ad una soluzione garantista, il Giudice europeo abbia ritenuto il caso basato su precedenti chiari e così deciso gli stessi con ordinanze.

La discussione giurisdizionale sul tema degli oneri di sicurezza non si è, però, conclusa: è recente l'ordinanza n. 525 del 25.07.2017, con cui il TAR Basilicata ha sollevato la questione di legittimità comunitaria dell'art. 95 e del susseguente obbligo di esclusione di un partecipante, se l'indicazione degli oneri di sicurezza interni non è prevista dalla legge o dalla modulistica di gara quale obbligatoria e se l'offerta è viziata solo sotto un profilo formale.

La CGUE ha dichiarato irricevibile la questione per mancanza di rilevanza comunitaria con ordinanza del 21.11.2017.

Nel frattempo, il Consiglio di Stato – con la già richiamata Adunanza Plenaria n. 2/18 – ha ribadito, sempre in materia di oneri di sicurezza, che alle sezioni semplici spetta l'applicazione dei principi affermati dal massimo consesso, quando agisce in funzione nomofilattica e non decisoria, e che questi non hanno efficacia di giudicato, ma di *regula iuris* alla quale il giudice, cui è rimessa la soluzione nel merito della causa, deve attenersi nella propria sentenza.

5. La complessa evoluzione del quadro giurisprudenziale prima sunteggiata, seppur relativa ad un istituto molto specialistico, permette di evidenziare la centralità della ricerca di una decisione conforme e stabile nel nuovo quadro positivo⁴⁹. Essa diviene lo strumento centrale di organizzazione e di gerarchizzazione dei giudizi, anche se comporta rischi sull'originalità del percorso argomentativo, acuiti dall'uso massiccio dell'informatica, e sull'indipendenza interna all'ordine giudiziario.

Ogni singolo giudice – opportunamente collaborato dai difensori delle parti nell'esercizio leale e congiunto della funzione giurisdizionale – dovrà, invece, essere capace non solo di indicare i precedenti rilevanti per le vicende sottoposte alla sua cognizione, ma anche di cogliere eventuali elementi di differenza e motivare, soprattutto in relazione a questi ultimi, una decisione conforme o difforme.

⁴⁹ Alla Plenaria n. 2/18 va riconosciuto il merito di avere affermato che questa è la *ratio* del vincolo di cui all'art. 99 c.p.a.

L'opera di svelamento ed arricchimento del quadro ordinamentale sarà continua.

Da questo punto di vista, in aderenza a questa indicazione duplice (positiva e di filosofia del diritto), è il caso di analizzare alcuni effetti pratici della nuova regola di procedura, alla luce dei dati raccolti nel primo periodo di sua vigenza e negli anni immediatamente precedenti.

Il deferimento alla Plenaria è cresciuto con il nuovo istituto. Un maggior ruolo riconosciuto ai principi espressi dal consesso ha avuto come conseguenza una sua maggiore partecipazione quale giudice di ultima istanza al quadro ermeneutico. In effetti, il numero delle pronunce della Plenaria ha subito un'impennata con l'introduzione del nuovo meccanismo. Una rapida scorsa agli annuari permette di verificare che nel 2006 sono state pronunziate 14 decisioni, nel 2007 12, nel 2008 13, nel 2009 5, nel 2010 3, nel 2011 (anno in cui l'istituto entra a regime) 24, nel 2012 38, nel 2013 29, nel 2014 34, nel 2015 11, nel 2016 24, nel 2017 13. Anche un esame superficiale di queste cifre è sufficiente a concludere che l'istituto non ha portato a quella certezza cui il legislatore mirava, ma si è contrassegnato per essere fonte di continue sollecitazioni e mutamenti di impostazione, come il caso sopra esaminato dimostra.

Da questo punto di vista, con evidenza empirica lo *stare decisis* non è stato in grado di raggiungere gli obiettivi che il legislatore si era prefisso.

Ora si pone un'ulteriore questione, più rispondente al caso analizzato nel paragrafo precedente: come si è evoluta, nello stesso periodo di tempo, la partecipazione di imprese straniere alle gare pubbliche in Italia e l'aggiudicazione delle stesse in loro favore? Questo diverso dato è assai rilevante, dal momento che la CGUE ha indicato questi ultimi operatori come i più svantaggiati da un quadro disciplinare non chiaro.

L'elemento è stato espressamente preso in considerazione nell'analisi di impatto della regolamentazione, che ha preceduto la promulgazione del nuovo codice degli Appalti (d. lgs. 50/2016)⁵⁰. Dopo un'identificazione della rilevanza economica del mercato degli appalti pubblici in ciascuno dei 28 paesi componenti l'UE, la relazione ha indicato quale elemento di criticità del sistema italiano proprio il fatto che il settore sia caratterizzato dalla presenza di soli operatori nazionali, a scapito di una tendenza quasi quarantennale della legislazione europea alla promozione della libertà di circolazione dei servizi. In effetti gli appalti transfrontalieri rappresentano solo l'1,6% del valore totale degli appalti ed il 3,5% degli affidamenti⁵¹. In un altro documento, citato nella relazione⁵², si evidenzia un dato anche peggiore: nel 2013 su 125.000 lotti aggiudicati di importo superiore ad € 40.000,00 solo 4 risultano a vantaggio di imprese estere. Se il carattere domestico del mercato italiano degli appalti è identificato quale criticità, nel corso della consultazione, nella relazione sulla qualità della legislazione e nella legislazione stessa non si dedicano al problema riflessioni o disposizioni *ad hoc*, perché si è preferito concentrarsi su misure che agevolassero

⁵⁰ Il documento è reperibile al seguente link: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/AIR_CODICE_APPALTI.pdf.

⁵¹ Il periodo preso in considerazione dalla relazione governativa è il triennio 2006/2009.

⁵² Relazione annuale AVCP 2013, reperibile al link: <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/pdf/relazione2013.pdf>

le piccole e medie imprese locali, con prevedibile ulteriore chiusura di questo contesto. La contendibilità resta un'utopia, benché essa sia identificata quale finalità della novella e costituisca l'argomento cardine nella giurisprudenza prima esaminata, *sub specie* di libertà di stabilimento.

In disparte da tale distonia, emerge così anche da un punto di vista pratico la scarsa persuasività dell'*iter* argomentativo prima ricostruito: l'elemento da porre in primo piano, almeno per chi scrive, non è la protezione di un operatore transfrontaliero, ma del piccolo imprenditore locale.

Nella pratica è solo a quest'ultimo che la legislazione come interpretata dalle Plenarie del 2015 vorrebbe imporre oneri informativi del tutto sproporzionati e senza la possibilità di maturare un affidamento su un quadro normativo chiaro.

6. Si proverà a rassegnare qualche conclusione ulteriore rispetto a quelle che emergono dalle cifre evidenziate al paragrafo precedente.

Non tanto per garantire la libera circolazione quanto per permettere una concorrenza effettiva nel mercato interno, la stabilità dei giudizi è un elemento centrale, oltre a rispondere ad un livello minimo di civiltà giuridica. In adesione alla prospettiva d'analisi scelta nel presente scritto, incentrata su una corretta identificazione delle fonti del diritto e dei loro rapporti, essa, comunque, deve accompagnarsi ad una previa definizione di regole certe e ben ferme nel tempo più che al semplice rafforzamento della funzione nomofilattica.

Da questo punto di vista, si può affermare che il legislatore del nuovo Codice degli Appalti abbia scelto una strada del tutto opposta, caratterizzata com'è da una molteplicità di atti di regolamentazione/regolazione – quali le Linee Guida ANAC⁵³ – dal rango e dagli effetti di problematica individuazione. L'idea migliore sarebbe forse quella di mettere da parte anche la *soft law* – concetto poco adatto ad un ordinamento quale quello amministrativo, che deve garantire certezza agli amministrati nell'esercizio del potere e la cui dialettica fondamentale è imperniata tutt'ora sul conflitto tra autorità e libertà, difficilmente riconducibile a negoziazioni o integrazioni – per tornare alla confortevole certezza del meccanismo legge/regolamento. La stabilità delle decisioni richiede, infatti, un quadro ordinamentale definito e di lunga durata. In caso contrario – lo si è visto nel caso analizzato nel presente scritto – anche previsioni di vincoli di matrice giurisprudenziale sono poco efficaci e diventano elementi di ulteriore confusione. Lo sforzo di affinamento dei problemi è espressione della vitalità di una giustizia, che procede per principi ed al di là del tenore letterale delle disposizioni legislative, ma che ha bisogno di materiali d'analisi stabili e per quanto possibile completi.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione e che emerge dal caso oggetto del contributo è, in effetti, per chi scrive legato al limite dell'eterointegrazione degli atti amministrativi da parte delle fonti ed all'obbligo del *clare loqui* in capo alle P.A. Tali criteri potrebbero meglio garantire la prevedibilità dell'azione amministra-

⁵³ Su questo strumento la bibliografia inizia ad essere particolarmente corposa. Il tema è estraneo al presente scritto; ci si limita pertanto ad un rinvio a G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3/16, pagg. 273 e ss. ed a M. Ramajoli, *Soft law ed ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1/17 pagg. 147 e ss. ed alle fonti ivi citate.

tiva e la completezza della documentazione di gara e rendere le scelte amministrative ragionevoli in quanto conoscibili *ex ante* dai concorrenti⁵⁴.

Sui pubblici poteri graverebbe, pertanto, un dovere di collaborazione con gli amministrati e di chiarezza nell'esercizio delle funzioni loro demandate. In applicazione di tale proposta, il procedimento di scelta del contraente è astretto al rispetto del principio di buona fede, come la fase prenegoziale. Una sua violazione ha come conseguenza l'annullamento degli atti, se non si rimedia in via procedimentale con il soccorso istruttorio, che obbedisce sia al principio inquisitorio che a quello di non discriminazione tra i concorrenti. L'Amministrazione come contraente resta, però, vincolata anche al principio di legalità: la sua azione non è autonoma, ma deve rispettare limiti estrisenci, pena l'annullamento degli atti mediante i quali si è espletata la sua azione e non il risarcimento del danno, come capita ai privati che incorrano in fattispecie di responsabilità prenegoziale. Si trova in tal modo un'ulteriore conferma dello statuto speciale delle P.A. rispetto agli altri soggetti sprovvisti di autoritatività e dell'impossibilità di tentativi di regolazione di fattispecie in cui si faccia esercizio di potere con fonti e principi privatistici.

Se si accetta il fatto che il legislatore non è più onnisciente, tale situazione comporta che il potere legislativo deve curare in modo proporzionato di concerto con il potere esecutivo ed il giudiziario anche l'affidamento dei concorrenti, cui non può essere opposta l'ignoranza delle fonti. In un contesto in cui anche gli ordinamenti competono tra loro, il costo dell'incertezza è un retaggio che non può più essere accettato. Ovviamente, il suo superamento comporta la ricerca di maggiore qualità del tessuto ordinamentale, cui devono concorrere i tre poteri dello Stato nei loro rispettivi ambiti di competenza, in disparte dalla generale tendenza del nostro tempo alla giurisdizionalizzazione⁵⁵ e nel rispetto dell'antica definizione del diritto quale *hominis ad hominem proportio*.

Il richiamo al concetto di corretta proporzionalità permette un ulteriore passaggio: va presa in considerazione la dinamica dei rapporti tra ordinamenti. Da questo punto di vista, al fine di coordinare lo *stare decisis* al nuovo quadro ordinamentale, due paiono gli sforzi necessari: disciplinare la sospensione dei processi in cui vengano in rilievo questioni al vaglio della Plenaria – anche per motivi di economia processuale – e prevedere un meccanismo per regolare i rapporti tra quest'ultimo organismo e la CGUE⁵⁶. In effetti, deve essere colmato un vuoto: non è pensabile che, in applicazione di soluzioni tanto estemporanee quanto variegate, la Corte del Lussemburgo sia interpellata a catena, né che si divarichi il solco tra giudici nazionali e giudice europeo.

⁵⁴ In ossequio alle indicazioni CGUE, secondo cui “è importante al fine di soddisfare l'esigenza di certezza giuridica, che i singoli beneficino di una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, innanzi ai giudici nazionali”, sent. C-275/03.

⁵⁵ Si riecheggia l'espressione di N. Picardi, *op. ult. cit.*

⁵⁶ Per pervenire alla sospensione per la pendenza di un rinvio pregiudiziale, è stata fatta applicazione analogica del principio stabilito dall'Adunanza Plenaria m. 28 del 15.10.2014 in riferimento ad una questione di legittimità costituzionale sulla medesima disposizione disciplinante una differente controversia, situazione che legittimerebbe una sospensione c.d. impropria.

Infine, una volta che anche nel nostro ordinamento si affermerà il ruolo vincolante del precedente, si auspica da parte dello scrivente l'introduzione di una forma di definizione più snella delle liti, in cui si debba fare applicazione di un principio consolidato, anche al di là del modulo della sentenza in forma semplificata⁵⁷.

ZASADA STARE DECISIS: POMIĘDZY PRZEWIDYWALNOŚCIĄ PRAWNICZYCH WYBORÓW I WOLNOŚCIĄ PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

STRESZCZENIE

Artykuł niniejszy poświęcony jest nowym obowiązującym rodom orzeczeń we włoskim systemie prawnym, w szczególności dotyczącym administracyjnych procesów odwoławczych. Przede wszystkim podsumowuje się w nim statuty, które zmieniły poprzednie konformacje systemu prawnego i ewolucję relacji pomiędzy prawem i sędziami. Autor analizuje następnie orzeczenia dotyczące kosztów bezpieczeństwa i próbuje ocenić, w jakim stopniu obowiązujące orzeczenia wpływają na włoski rynek ofert.

STARE DECISIS RULE BETWEEN PREDICTABILITY OF JURISDICTIONAL CHOICES AND FREEDOM OF ESTABLISHMENT

SUMMARY

The article deals with the new binding role of rulings in Italian law system, in particular concerning the administrative appeal trials. It first summarizes the statutes, which have altered the previous conformation of judiciary system, and the evolution of the relationship between law and judges. It then analyzes the rulings concerning security costs and tries to evaluate how the binding ruling (*stare decisis*) has affected Italian public tender market.

⁵⁷ Questo modulo provvedimentoale risulta al momento quello preferito dal legislatore, che ne ha previsto l'applicazione generalizzata in controversie ad alto tasso tecnico quali sono quelle relative al procedimento di selezione del contraente.

DAS PRINZIP *STARE DECISIS*: ZWISCHEN DER VORHERSEHBARKEIT VON RECHTSWAHLEN UND DER FREIHEIT DES UNTERNEHMERTUMS

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel widmet sich der neuen verbindlichen Rolle von Urteilen im italienischen Rechtssystem, insbesondere in Bezug auf Verwaltungsberufungsverfahren. In der vorliegenden Arbeit werden vor allem Satzungen zusammengefasst, die die bisher gültigen Grundsätze des Rechtssystems und die Entwicklung von Beziehungen zwischen Recht und Richtern veränderten. Der Autor analysiert dann die Gerichtsentscheidungen über die Sicherheitskosten und versucht zu beurteilen, inwieweit die bestehenden Urteile den italienischen Angebotsmarkt beeinflussen.

L'ISTITUTO DELLA VINCOLATIVITÀ DEL PRECEDENTE TRA PREVEDIBILITÀ DELLE SCELTE GIURISDIZIONALI E LIBERTÀ DI STABILIMENTO

SOMMARIO

L'articolo affronta il nuovo ruolo della vincolatività dei precedenti nell'ordinamento italiano con speciale riferimento ai giudizi amministrativi d'appello. Riassume dapprima le disposizioni che hanno modificato l'assetto del sistema giudiziario e l'evoluzione del rapporto tra la legge ed i giudici. Infine, analizza le decisioni riguardanti i costi della sicurezza interna e prova a valutare l'impatto sul mercato degli appalti pubblici della vincolatività dei precedenti (*stare decisis*).

BIBLIOGRAFIA

- Amoroso G., *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, w: www.giustizia-amministrativa.it.
- Caponigro R., *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *Federalismi*, 1/17.
- Follieri E., Barone A., a cura di, *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo*, Milano 2015.
- Grossi P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni Fiorentini*, 32, 2003, pagg. 45 e ss.
- Maltoni A., *Il „vincolo” al precedente dell'Adunanza Plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro Amm.*, 1/15, pagg. 137 e ss.
- Oggianu S., *Giurisprudenza amministrativa e funzione nomofilattiva. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Roma 2011.

- Pajno A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/15, pag. 345 e ss.
- Patroni Griffi F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Pesce G., *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ed il vincolo del precedente*, Napoli 2012.
- Sandulli M. A., *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto Considerazioni preliminari*, 2017, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.