

GLI ORIENTAMENTI DEL 2018

Marcello Clarich

# Sull'interpretazione l'ultima parola spetta a Palazzo Spada

**I**l diritto amministrativo è sempre stato un diritto giurisprudenziale, un diritto cioè che si sviluppa e si affina grazie soprattutto al lavoro di cesello dei giudici. Infatti, dal 1889, allorché il Parlamento attribuì funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato, che in precedenza aveva svolto soltanto funzioni consultive nei confronti del governo, i giudici amministrativi hanno creato un corpo di principi applicabili non solo agli atti delle pubbliche amministrazioni oggetto dei ricorsi, ma anche allo stesso processo amministrativo. Le leggi fondamentali sull'attività amministrativa (legge 7 agosto 1990 n. 241) e sul processo amministrativo (il Codice approvato con Dlgs 2 luglio 2010 n. 104) hanno in gran parte razionalizzato gli istituti di formazione giurisprudenziale.

Per questo è molto utile agli operatori del diritto seguire passo passo, anno per anno, la casistica composta da migliaia di sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, come giudice di appello.

Le pronunce più importanti di quest'ultimo sono quelle

## La Corte costituzionale con la sentenza n. 6/2018 ha limitato a tre soli casi il rimedio del ricorso in Cassazione

dell'Adunanza plenaria, cioè da un collegio composto da giudici incardinati nelle varie sezioni giurisdizionali, che è chiamato a dirimere i conflitti interpretativi e porre il principio di diritto al quale poi la giurisprudenza successiva è chiamata ad attenersi. Non a caso le sentenze "top 10" del 2018, pur nella inevitabile arbitrarietà della scelta, sono in prevalenza quelle dell'Adunanza Plenaria.

Ma nel 2018 l'elenco contiene giustamente anche una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) su un tema processuale molto delicato: il ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato previsto dall'articolo 111, comma 8, della Costituzione. Questa disposizione ammette questo tipo di ricorso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Con ciò esclude

implicitamente gli altri motivi, molto più ampi (come per esempio la violazione o falsa applicazione di norme di diritto), individuati dal codice di procedura civile (articolo 360) con riferimento ai ricorsi in cassazione contro le sentenze dei giudici civili. La Costituzione mira cioè a garantire l'autonomia della giurisdizione amministrativa, precludendo che la Corte di cassazione possa svolgere il ruolo di giudice di terza istanza con pienezza di poteri, esauriti i due gradi di giudizio innanzi al Tar e al Consiglio di Stato.

E su questo tema, alcune recenti pronunce della Corte di cassazione avevano allargato le maglie della nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» includendovi anche taluni errori che comportano uno stravolgimento "abnorme" o "radicale" delle norme di riferimento. La Corte costituzionale con la sentenza n. 6/2018 ha chiuso in modo definitivo questa strada, limitando a tre soli casi il rimedio del ricorso in cassazione: invasione o sconfinamento, quando cioè la sentenza sconfini nella sfera riservata al legislatore o

**DIRITTO AMMINISTRATIVO - LA CLASSIFICA DI GAD DEL CDS E DEI TAR**

all'amministrazione; il cosiddetto arretramento, quando la sentenza neghi la giurisdizione sul presupposto erroneo che la materia non può essere conosciuta da nessun giudice; quando la sentenza affermi la giurisdizione del giudice amministrativo in materia riservata ad altra giurisdizione o la neghi sul presupposto erroneo che la giurisdizione appartenga ad altro giudice. Pertanto, tutti gli errori nella interpretazione di norme sostanziali e processuali sfuggono dal controllo della Corte di cassazione con la conseguenza che il Consiglio di Stato ha l'ultima parola.

Il rischio lamentato soprattutto dagli studiosi del diritto civile e processuale civile è che in questo modo Consiglio di Stato e Corte di cassazione optino per interpretazioni opposte di norme di legge senza alcuna possibilità di ricomposizione. Ciò già emerge a proposito della responsabilità civile con riferimento alla quale, ora che il giudice amministrativo può condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo, l'interpretazione degli articoli 2043 e seguenti del codice civile è ormai differenziata.

Merita un commento anche un'altra sentenza inclusa tra le "top 10" del 2018, e cioè la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2018 che ha esteso il principio civilistico della responsabilità precontrattuale delle stazioni appaltanti alla fase antecedente la conclusione della procedura di

gara e dell'aggiudicazione del contratto.

Va ricordato preliminarmente che la responsabilità della pubblica amministrazione è un tema ancora in fase di assestamento. Ciò dopo la svolta operata nel 1999 dalla Corte di cassazione che ha affermato il principio della responsabilità per

**Anche prima  
dell'aggiudicazione  
la Pa è tenuta a operare  
secondo principi  
di correttezza e buona fede**

danni da conseguenti all'adozione da parte della pubblica amministrazione di provvedimenti illegittimi (Corte di cassazione, sezioni Unite, 500/1999).

Ma il giudice amministrativo, che ha giurisdizione nelle controversie risarcitorie (articolo 30 del Cpa), a differenza del giudice ordinario, non ha ancora dimestichezza con la materia del risarcimento.

L'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria aveva rilevato un contrasto giurisprudenziale sul punto se la responsabilità precontrattuale può sorgere solo dopo l'aggiudicazione e non anche prima. La tesi più restrittiva trova giustificazione in base a una lettura letterale dell'articolo 1337 del codice civile che disciplina questo tipo di responsabilità. Infatti la

disposizione pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del «procedimento di formazione del contratto». Prima dell'aggiudicazione propedeutica alla stipula del contratto la parte privata non è stata ancora individuata.

L'Adunanza plenaria non concorda con questa tesi restrittiva in base a una pluralità di argomenti.

In primo luogo ricostruisce il significato generale attribuito all'articolo 1337 del codice civile dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica più recente.

La disposizione non ha più la funzione originaria di legare la correttezza a una funzione solidaristica di tipo corporativo tesa al conseguimento di risultati socialmente utili. Essa invece si ricollega all'esigenza di tutela della persona e in particolare della sua libertà di autoteterminazione negoziale, a sua volta collegata alla libertà di iniziativa economica.

Questa dimensione emerge, secondo l'Adunanza plenaria che esamina vari precedenti giurisprudenziali, in tutte le situazioni nelle quali si instaura una «situazione relazionale qualificata capace di generale ragionevoli affidamenti o fondate aspettative».

In ogni caso, con un'espressione molto forte, i giudici di Palazzo Spada chiariscono che «da chi esercita una funzione amministrativa (...) il cittadino si aspetta uno sforzo

**DIRITTO AMMINISTRATIVO - LA CLASSIFICA DI GAD DEL CDS E DEI TAR**

maggiore in termini di correttezza, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*. Ciò perché la pubblica amministrazione è costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (articolo 97 della Costituzione).

In base a questo ragionamento, l'Adunanza plenaria trae la conclusione che anche prima dell'aggiudicazione la pubblica

amministrazione è tenuta a operare secondo principi di correttezza e buona fede, sia nella fase antecedente al bando di gara, sia in quella successiva.

Non solo, secondo l'Adunanza plenaria, questi principi operano in realtà anche nei procedimenti amministrativi non finalizzati alla conclusione di un contratto. I giudici costruiscono così un nuovo principio generale che riguarda tutta l'attività amministrativa.

La sentenza dell'Adunanza plenaria sprona le pubbliche amministrazioni, ma anche i privati, a comportamenti più leali. La sentenza costituisce in definitiva un'altra conferma della natura giurisprudenziale del diritto amministrativo i cui progressi, più che dagli interventi del legislatore, dipendono dalla sensibilità e dalla capacità del giudice amministrativo di percepire i mutamenti sociali e di costume. ●

**DIRITTO AMMINISTRATIVO - LA CLASSIFICA DI GAD DEL CDS E DEI TAR**

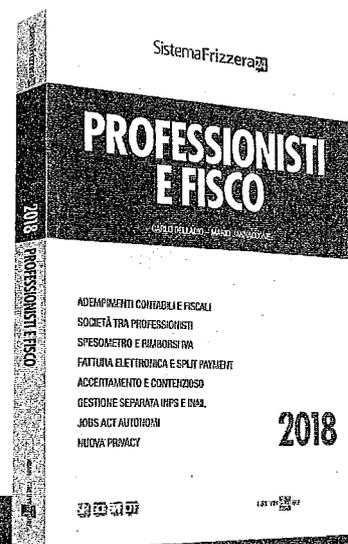
# PROFESSIONISTI E FISCO

Carlo Delladio - Mario Jannaccone

La Guida aggiornata e di agevole consultazione dedicata ai professionisti per affrontare tutte le problematiche legate alla scelta e alla gestione dei regimi fiscali e contabile. Aggiornata con le ultime novità normative (in particolare la L. 205/2017, Legge di Bilancio 2018) e di prassi.

Il volume affronta tutte le principali voci con le quali ogni professionista ha a che fare quotidianamente, dallo studio professionale agli immobili in generale, dall'auto alle dotazioni informatiche, fornendo per ciascuna di esse utili indicazioni operative per il corretto trattamento fiscale e contabile.

SistemaFrizzera24  
Pagg. 288 - € 35,00



ACQUISTA  
SUBITO  
IL VOLUME

SHOPPING ON LINE  
92!%  
www.shopping24.it



NELLE LIBRERIE  
PROFESSIONALI  
www.librerie.ilsale24ore.com

SERVIZIO CLIENTI LIBRI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.libri@ilsale24ore.com

GRUPPO 24 ORE