

**Giudice amministrativo e dilemmi applicativi:
le conseguenze ordinamentali delle decisioni occasionali.
(Note a margine di TAR Sardegna nn. 77, 79 e 80 del 2018)***

di Marco Betzu** e Giovanni Coinu***¹

(28 marzo 2018)

SOMMARIO: 1. Un insostenibile occasionalismo. – 2. Le argomentazioni del Tar Sardegna alla prova del dato normativo. – 3. Le ricadute sistemiche. – 4. L'occasionalismo giurisprudenziale.

1. *Un insostenibile occasionalismo.*

Può il giudice amministrativo annullare provvedimenti amministrativi per il tramite della non applicazione, seppur inconsapevole, di una legge vigente?

Il principio della separazione dei poteri, la strutturazione del sistema delle fonti e di quello delle garanzie giurisdizionali non lo consentono.

Certo, sin dalla sentenza *Granital* della Corte costituzionale n. 170 del 1984, abbiamo parzialmente modificato i criteri di interpretazione dell'ordinamento giuridico per affermare il primato del diritto comunitario su quello nazionale, avvalorando, pur con qualche riserva, la teoria monistica dei rapporti tra Stato italiano e Unione Europea². L'effetto diretto del diritto comunitario si sostanzia, infatti, nella prevalenza di quest'ultimo sulle norme interne con esso contrastanti, sia precedenti che successive e quale ne sia il rango, anche costituzionale. In forza di tali principi, i giudici e le pubbliche amministrazioni hanno *non applicato* la legislazione interna vigente in contrasto con l'ordinamento comunitario perché quella, in simili casi, *non viene in rilievo*.

Ma qui si fermano, ci pare, i casi conosciuti in cui sia consentito ad un giudice di non applicare una legge vigente dell'ordinamento giuridico italiano. Perché il giudice è comunque soggetto alla legge.

Eppure, viviamo in una fase di transizione, nella quale il potere legislativo di regolazione della società ha assunto una posizione recessiva e nuovi

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Sono da attribuire in via esclusiva a Giovanni Coinu i par. 1, 2 e 3, e a Marco Betzu il par. 4.

² P. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" *La Corte e le Corti*, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002.

canali di produzione normativa si sono espansi³. Tra questi, senza dubbio, il diritto giurisprudenziale, che tuttavia è interessato da sempre più frequenti episodi di vero e proprio “occasionalismo”⁴, di decisioni inidonee a fondare una norma di condotta valevole per il futuro.

Se la lotta per un diritto giurisprudenziale ordinato è una battaglia che merita di essere combattuta, è però un’impresa non facile, «perché il diritto giurisprudenziale si fonda più su consapevolezze culturali che su discipline positive e la riforma delle mentalità è la più difficile delle riforme»⁵.

2. Le argomentazioni del TAR Sardegna alla prova del dato normativo.

Il TAR Sardegna, in tre recentissime sentenze gemelle⁶ adottate in materia di competenza all’emanazione dei bandi di concorso per il reclutamento di personale di qualifica dirigenziale⁷, sembra proprio aver alimentato una giurisprudenza affetta da occasionalismo.

Andiamo con ordine.

Il TAR afferma innanzitutto che occorre compiere una ricostruzione normativa per individuare la competenza per l’indizione del bando di concorso. Infatti, solo con il combinato disposto di più norme si può pervenire al corretto risultato. Il Giudice prende atto, preliminarmente, che l’art. 54 della legge regionale n. 31 del 1998 (la legge sull’organizzazione amministrativa della Regione Sardegna) prevede espressamente che: «*l’Assessore competente in materia di personale, sulla base delle necessità di personale definite dall’Amministrazione e dagli enti ed alle quali non si possa far fronte mediante processi di mobilità, fissa il contingente dei posti da mettere a concorso, definito per specifiche professionalità e sedi di destinazione, e bandisce i relativi concorsi unici*».

Conseguentemente il Giudice afferma che tale norma «*parrebbe*» attribuire all’organo politico la competenza per l’indizione del concorso,

³ P. CIARLO, *Legge e giudici: la contraddittoria avanzata del diritto giurisprudenziale*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi*, Milano, 2106, p. 397 ss.

⁴ M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2017, p. 41 ss.

⁵ P. CIARLO, *Intervento al dibattito su Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2016, p. 539.

⁶ Tar Sardegna (II sez., Presidente Scano, Estensore Flaim), sentenze nn. 77, 79 e 80 del 2018.

⁷ Regione Sardegna, Assessore degli Affari Generali, personale e riforma della Regione, decreto n.p. 27540/48 del 28 settembre 2017.

delle modalità e dei suoi contenuti. E tuttavia prosegue: «*Ma tale previsione di competenza in capo all'Assessore, definita nel testo originario della legge, che risale al 1998, va posta in relazione ed analizzata con altra norma successivamente intervenuta, nel 2000, sempre da parte del legislatore regionale*».

Il TAR infatti ha ritenuto che una disposizione successiva, nella specie l'art. 2 della legge regionale n. 6 del 2000, avrebbe introdotto nella legge sull'organizzazione amministrativa della Regione Sardegna (art. 8 della l.r. n. 31 del 1998), e così anche nell'ordinamento regionale, il «*nuovo principio di scissione fra indirizzo politico e gestione amministrativa*»⁸.

In realtà il principio di separazione delle funzioni era, invece, già presente nella originaria legge di organizzazione amministrativa del 1998 (art. 8, comma 5).

Al contrario, la legge n. 6 del 2000 non ha previsto nulla di quello che il TAR le ha testualmente imputato, non innovando in alcun modo sul punto⁹. Non a caso laddove il legislatore regionale ha voluto modificare la legge regionale n. 31 del 1998, lo ha fatto espressamente. E difatti, persino nello stesso art. 54, il cui comma 2 attribuisce all'Assessore competente in materia di personale il potere di bandire i concorsi, l'art. 8 della legge regionale n. 6 del 2000 ha testualmente modificato il successivo comma 6. Non solo. Proprio l'art. 54 in discussione è stato modificato altre tre volte dopo il 2000 e mai il legislatore regionale ha ritenuto di sottrarre all'Assessore del personale il potere di emanare i bandi di concorso per l'acquisizione del personale della Regione¹⁰. Tant'è che tutti i concorsi sinora tenuti nella Regione Sardegna sono stati banditi dall'organo politico e non da quello amministrativo.

Pertanto, contrariamente a quanto affermato nelle decisioni in commento, non si è affatto determinata una successione delle leggi nel

⁸ Secondo il TAR «Le disposizioni di legge o regolamento e le altre disposizioni amministrative <previgenti> che ATTRIBUISCONO ALLA GIUNTA E AI SUOI COMPONENTI, ovvero ai presidenti e ai consigli di amministrazione degli enti, la competenza all'adozione di <ATTI DI GESTIONE e di ATTI O PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI>di cui al comma 3, ivi compresa l'applicazione di sanzioni amministrative, <DEVONO INTENDERSI NEL SENSO CHE LA COMPETENZA È ATTRIBUITA AI DIRIGENTI>». Erra infatti laddove scrive che «Tale norma, lo si evidenzia, non faceva parte dell'impianto originario della Legge 31/1998, ma è il frutto della successiva novella (inserita per l'appunto con l'art. 2 della L.R. n. 6 del 14 giugno 2000), che ha recepito il nuovo principio fondamentale, già delineato ed imposto a livello nazionale, con legge, come principio fondamentale nei rapporti politica-amministrazione».

⁹ Aggiungendo soltanto al preesistente principio della separazione delle competenze soltanto le parole "ivi comprese le sanzioni amministrative".

¹⁰ Rispettivamente dalle leggi regionali n. 11 del 2002 (art. 1); n. 3 del 2008 (art. 3, comma 6, lettera b); e, infine, n. 24 del 2014 (art. 6, comma 2).

tempo che consenta di ritenere implicitamente abrogata la competenza dell'Assessore a emanare i bandi di concorso.

Infatti, l'introduzione del generale principio della separazione delle funzioni e del potere assessorile di firma dei bandi di concorso si fondano entrambi sulla medesima legge, approvata il 13 novembre del 1998. Ne consegue che non in termini di successione delle leggi del tempo avrebbe dovuto ragionare il TAR, ma in termini di criterio di specialità, perché le due disposizioni stanno tra loro in termini di regola generale e deroga.

Il legislatore sardo, da una parte, ha voluto introdurre nell'ordinamento regionale il generale principio della separazione delle funzioni tra organo politico e apparato amministrativo; dall'altra, però, ha voluto scientemente mantenere alcuni di questi poteri in capo all'organo politico, in un regime derogatorio rispetto alla regola generale¹¹.

Vi è da chiedersi se l'impostazione del TAR sia il frutto di un palese errore nell'individuazione della norma da applicare o, al contrario, di un più generale atteggiamento culturale volto a dare una soluzione al caso concreto attraverso l'applicazione di principi generalissimi senza tener conto di un'espressa volontà legislativa di segno contrario.

Nella prima ipotesi si tratterebbe di una decisione manifestamente infondata che, seppur foriera di conseguenze ordinamentali negative per l'agire amministrativo, potrebbe essere pianamente neutralizzata dall'intervento del giudice di appello.

Nella seconda ipotesi, invece, le sentenze in commento si inscriverebbero nell'ambito di una sempre più frequente tendenza del giudice amministrativo a patrocinar forme di "giurisprudenza creativa", che in quanto «anarcoide non è idonea a costruire un sistema di diritto giurisprudenziale, anzi è la sua negazione»¹².

¹¹ Sotto questo profilo, la Corte costituzionale (proprio in un caso relativo all'attribuzione di poteri in capo alla Giunta regionale della Sardegna in materia di valutazione integrata ambientale - VIA), nella sentenza n. 81 del 2013, ha avuto modo di affermare che «La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione».

Quindi il legislatore può stabilire deroghe al principio della separazione delle funzioni, purché ragionevoli. E spetterà alla Corte, anche in questi casi, valutare la ragionevolezza del suo operato.

¹² P. CIARLO, *Legge e giudici*, cit., p. 409.

3. Le ricadute sistemiche.

L'impostazione da cui muove il TAR porta ad una serie di effetti e di conseguenze che, in ultima analisi, gettano nella completa incertezza in ordine all'esatta ricostruzione dell'ordinamento regionale in materia e, pertanto, rischiano concretamente di paralizzare l'agire dell'amministrazione regionale.

Il Collegio, infatti, stabilisce in motivazione che l'ambito decisionale (futuro) spetta integralmente e solamente al soggetto effettivamente titolare del potere di gestione. Nel ragionamento del TAR si determina, per effetto dell'annullamento, un nuovo spazio d'azione, in capo all'autorità che detiene la sfera di competenza per le decisioni relative ai bandi di concorso che, in considerazione delle pronunce assunte, dovrebbe essere il dirigente competente in materia di personale.

Come da regola, infine, il Giudice amministrativo ordina che le proprie decisioni siano eseguite dall'autorità amministrativa.

A questo punto si aprono una serie di interrogativi.

Innanzitutto si pone la questione di capire chi possa o debba adottare i provvedimenti amministrativi in materia concorsuale. L'amministrazione è contemporaneamente soggetta a due obblighi giuridici opposti: ottemperare all'ordine impartito dal giudice amministrativo e far firmare i bandi al dirigente competente per materia (disapplicando però una legge regionale vigente), oppure applicare il precetto normativo (disobbedendo però all'ordine del giudice): *tertium non datur*. Entrambi i comportamenti esporrebbero, tuttavia, l'amministrazione a sicuri e sicuramente fondati ricorsi, gli uni per violazione dell'obbligo di ottemperanza, gli altri per la manifesta – in quanto testuale – violazione della legge regionale.

In secondo luogo, si pone il problema di capire se e in che modo le decisioni in commento abbiano una portata ampliativa rispetto al loro dispositivo finale. Infatti le sentenze, nel caso specifico, si risolvono nell'annullamento del bando di concorso, ma le argomentazioni in esse contenute, in quanto richiamate *per relationem* nel dispositivo, hanno una portata decisamente più estesa e tendono a travolgere (almeno potenzialmente) l'esercizio dei poteri attribuiti agli organi politici nella legislazione regionale successiva alla data che, nella ricostruzione del TAR, avrebbe introdotto nell'ordinamento regionale il principio della separazione delle competenze tra indirizzo politico e potere di gestione. Eppure, questo generalissimo principio non è auto-applicativo, ma richiede sempre l'intermediazione del legislatore: non esiste infatti un unico modello che sia in grado di riassumere tutte le combinazioni

immaginabili tra sfera politica e sfera amministrativa, «stante l'incidenza di volta in volta di innumerevoli fattori»¹³.

Non a caso, le deroghe attualmente previste nella legislazione regionale sarda non sono poche: la nomina dei dirigenti spetta all'organo politico (ivi comprese le procedure a ciò necessarie)¹⁴; così come l'adozione degli atti di riorganizzazione delle strutture amministrative della Regione¹⁵; o il potere di annullamento per vizio di legittimità degli atti dirigenziali¹⁶; o, ancora, l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Presidente della Regione a fronte dell'inerzia degli organi preposti¹⁷. In tutti questi casi, come si dovrà comportare la Regione?

Si dirà che è sufficiente impugnare le sentenze in commento davanti al Consiglio di Stato per ottenere una pronuncia che possa ristabilire il corretto funzionamento del sistema delle fonti. Certo. Tuttavia, nelle more dell'esito di un eventuale ricorso l'incertezza regnerà sovrana, né la delicatezza degli interessi coinvolti permette di riporre una cieca fiducia nella decisione del giudice di appello. L'alto numero di contrasti giurisprudenziali, anche all'interno del Consiglio di Stato, consiglia prudenza, perché è la spia della probabile insufficiente maturazione, anche in quel consesso, delle consapevolezze culturali che sottostanno a un diritto giurisprudenziale ordinato.

Ancora, si potrebbe proporre una modifica della legislazione regionale per adeguare in maniera chiara l'ordinamento regionale al principio della separazione delle competenze. Ma nelle more di tale procedimento di revisione come si deve comportare l'amministrazione? E siamo sicuri che il legislatore regionale acconsenta alla riduzione delle sfere di esercizio del potere politico oggi salvaguardate dalla legislazione vigente? Simili

¹³ P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, p. 97.

¹⁴ Legge regionale n. 31 del 1998, art. 28, comma 4: «Le funzioni di direzione di servizio sono conferite a dirigenti del sistema Regione con decreto dell'Assessore competente in materia di personale, su proposta del componente della Giunta regionale competente nel ramo del sistema Regione, sentito il direttore generale della struttura di destinazione».

¹⁵ Legge regionale n. 31 del 1998, art. 13, comma 7: «I servizi sono istituiti, modificati o soppressi con decreto dell'Assessore competente per materia, su proposta del direttore generale, sulla base dei criteri stabiliti dalla Giunta regionale [...]».

¹⁶ Legge regionale n. 31 del 1998, art. 21, comma 8: «Il Presidente della Giunta e gli Assessori hanno facoltà di procedere in ogni tempo all'annullamento d'ufficio, per motivi di legittimità, delle determinazioni adottate dai dirigenti degli uffici afferenti al ramo di amministrazione cui essi sono preposti, ove sussista un interesse pubblico attuale all'annullamento».

¹⁷ Legge regionale n. 31 del 1998, art. 28, comma 7: «L'attribuzione delle funzioni ha durata quinquennale e deve tassativamente essere rideliberata entro la scadenza. Decorsi quindici giorni da tale termine, o sessanta giorni dalla sopravvenuta vacanza, senza che gli organi competenti abbiano provveduto, ad essi si sostituisce il Presidente della Giunta, che procede immediatamente, anche in mancanza delle deliberazioni, delle proposte e dei pareri previsti dall'ordinaria procedura di conferimento».

interrogativi dimostrano che, quando la giurisprudenza rinuncia a svolgere un ruolo ordinatore del sistema, la prevedibilità delle decisioni e, con essa, la coerenza dell'ordinamento entrano in crisi.

4. *L'occasionalismo giurisprudenziale.*

Come osservato all'inizio del presente lavoro, a noi sembra che decisioni come quelle in oggetto si inscrivano in una più generale tendenza giurisprudenziale a svincolarsi dalla stretta soggezione al dettato legislativo, in nome di principi generalissimi¹⁸ o, comunque, di esigenze di giustizia del caso concreto¹⁹. Tendenza il cui risultato trova espressione in un accentuato protagonismo di parte della giurisprudenza (non solo amministrativa, ma neanche penale)²⁰, che ha iniziato ad esercitare una funzione nomopoietica addentrandosi nel terreno «della *mediazione* e della *regolazione* del conflitto sociale»²¹.

Il retroterra culturale di un simile modo di ragionare è da individuarsi nel «difficile» rapporto che, soprattutto negli ultimi anni, si è instaurato tra legislatore e giudici. Un rapporto sul quale ha in qualche modo inciso anche parte della dottrina, che sempre più è apparsa patrocinare metodologie interpretative che portano a svalutare i testi normativi, ritenendoli sostanzialmente non vincolanti per il giudice, in nome di una male intesa discrezionalità giudiziale²².

¹⁸ Paradigmatica, in tal senso, la pronuncia n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la quale il massimo consesso della giustizia amministrativa ha riconosciuto l'ammissibilità dell'azione atipica di accertamento nel giudizio amministrativo, sebbene nel Codice del processo amministrativo non ve ne sia traccia. E difatti, l'Adunanza Plenaria ha sostenuto che nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione nel testo finale del Codice del processo dell'azione generale di accertamento non precluderebbe la praticabilità di una tale tecnica di tutela, in quanto essa, oltre che ammessa dai principali ordinamenti europei, troverebbe fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Costituzione al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo dinanzi a esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate: «*corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio dell'atipicità delle forme di tutela*».

¹⁹ Cfr. C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 13, secondo cui è presente «una tendenza generale delle corti a superare in questa fase limiti e regole poste alle giurisdizioni in via eteronoma, o perlomeno suffragate da applicazioni assai consolidate».

²⁰ Sia consentito rinviare a M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, cit., p. 41 ss.

²¹ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3824, in senso critico.

²² Cfr. G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, p. 179, nota 16: «Agli albori della nostra democrazia, dopo il ventennio fascista e quando ancora erano

Si è così affermata, per stratificazione, una cultura giuridica tutta italiana, in forza della quale «ruolo del giudice è quello non di dare una soluzione prevedibile a una controversia sulle base di regole di interpretazione ben definite (riducendo l'incentivo stesso a ricorrere ai tribunali), ma, quando va bene, di trovare la soluzione che nel caso singolo meglio realizza il valore *ritenuto preferibile*»²³.

Vero è che, invece, la discrezionalità del giudice nell'individuazione – prima – e nell'interpretazione – poi – delle disposizioni di legge è discrezionalità tecnica, non pura discrezionalità²⁴. Mentre quest'ultima consisterebbe nell'individuazione della norma ritenuta più idonea a soddisfare l'interesse materiale valutato di volta in volta prevalente nel caso concreto, la prima è accertamento della norma *hic et nunc* corretta entro la cornice di significati potenzialmente espressi dalla disposizione legale²⁵. Il comune sostantivo, infatti, è frutto di «un errore storico della dottrina»²⁶, perché la discrezionalità tecnica «non ha proprio nulla di discrezionale»²⁷.

Nel caso di specie il giudice amministrativo ha fallito nell'individuazione della norma corretta, perché non ha fatto buon uso dei tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie tra le fonti, ritenendo di applicare il criterio cronologico là dove, al contrario, emergeva con evidenza l'obbligo di utilizzare quello della specialità. In nome di un principio generalissimo si è finito così per non applicare una norma legislativa vigente.

Pronunce come quelle che si sono esaminate rendono incerta la funzione di orientamento delle condotte umane cui le disposizioni

sotto i nostri occhi i disastri del nazismo e dello stalinismo, si guardava, invece, con diffidenza ad ogni apertura verso il diritto libero ed il positivismo era visto come garanzia [...]. Oggi, come ho già osservato in più luoghi, essendo sbiadito il ricordo di quelle esperienze, si rivaluta il diritto naturale (P. Grossi), si esalta il diritto mite (G. Zagrebelsky), si assegna al giudice il compito di salvaguardia dei diritti fondamentali [...]».

²³ L. ENRIQUES, *La cultura giuridica dell'Italia va riformata*, nel *Corriere della sera* del 11 agosto 2017 (corsivo nostro).

²⁴ Come ha scritto M. DOGLIANI, *Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 17, Torino, 2007, p. 65, «l'interpretazione giudiziaria non è – solo – un'attività intellettuale libera. È un'attività istituzionalizzata e controllata, attraverso il sistema dei gradi di giurisdizione; è una funzione pubblica».

²⁵ Lo spunto di separare l'interpretazione dalla pura discrezionalità è riconducibile all'insegnamento di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, 1971, p. 161 ss.: «i caratteri che contraddistinguono l'interpretazione anche in funzione integrativa e ne fanno risaltare l'antitesi con la discrezionalità, sono: l'univocità, che conduce a riconoscere esatta, almeno teoricamente, una sola soluzione (in quel dato momento storico e in quella data situazione di fatto); quindi la prevedibilità e la rigorosa controllabilità del risultato, assicurate, almeno in teoria, dal fatto che in essa sono escluse valutazioni di mera opportunità con la possibilità di usare due pesi e due misure».

²⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 54 s.

²⁷ *Ibidem*.

normative dovrebbero assolvere, perché degradano il linguaggio normativo a mero *starting point* argomentativo, persino nei casi in cui esso è cristallino. In questo modo finisce per affermarsi un insostenibile occasionalismo giurisprudenziale, fonte, a sua volta, di disordine e incertezza: cosicché le aspirazioni alla certezza e alla funzionalità del diritto, a cui da sempre il pensiero giuridico si è dedicato, vengono irrimediabilmente disattese.

** Ricercatore di diritto costituzionale, Università di Cagliari

*** Ricercatore di diritto costituzionale, Università di Cagliari.

Forum di Quaderni Costituzionali