

A12



Vai al contenuto multimediale

Sara Spuntarelli

**Sentenze interpretative
dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato
e argomentazione dell'interpretazione**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it

info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1368-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

Per tutto quanto resiste

Era la pupilla degli occhi suoi il Consiglio di Stato; era ciò che di più autorevole avesse la Francia per i nomi illustri e la fama di dottrina ed esperienza dei membri che lo componevano, il che senza dubbio circondò di un legittimo prestigio quel gran Corpo; ma si sa pure com'esso fosse nel tempo stesso ciò che vi era di più affettuosamente docile ai desideri ed alle debolezze dell'imperatore: la storia di non poche discussioni, che ebbero luogo nel suo seno sopra materie gravissime, attestano qual grado d'influenza, e, direi, di predominio, l'imperatore esercitava di fatto sulle deliberazioni di quell'eminente assemblea.

Discorso del Mancini durante la discussione del disegno di legge abolitiva del contenzioso amministrativo, 9–22 giugno 1864
in A. SALANDRA, 333.

Enthusiasm is not and cannot be a judicial virtue.

Lord DEVLIN
Judges and Lawmakers, (1976), 39 MLR 5.

Una volta posto il problema la mente umana deve procedere alla ricerca della soluzione vera. È allora necessario esaminare entrambe le possibilità di soluzione, soppesare gli argomenti pro e quelli contro, analizzare entrambe le possibilità con piena obiettività. La questione si sviluppa in questo processo dialettico. Il problema esprime tutta la sua importanza in questa dialettica degli opposti. Un ulteriore passo è necessario e consiste nel giungere alla soluzione del quesito e nel pronunciare la sentenza. Questo è il significato del termine «determinare» la questione mediante l'uso della ragione.

P. ABELARDO LOBATO O.P., *Introduzione*
in S. TOMMASO D'AQUINO, *Le questioni disputate*
vol. I, *La verità*, 45.

Indice

II Delimitazione dell'indagine

15 Capitolo I

Sentenze “creative” e sentenze interpretative dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

1.1. La peculiarità della giurisdizione amministrativa: il ruolo “creativo” del giudice amministrativo, 15 – 1.2. Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo, 19 – 1.3. Sulla presunta normatività della sentenza del giudice amministrativo, 21 – 1.4. Sul creazionismo giuridico, 24 – 1.5. Principio di legalità e soggezione del giudice soltanto alla legge, 33 – 1.6. Applicazione e interpretazione della legge, 36 – 1.7. Le sentenze interpretative dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 41.

45 Capitolo II

L’argomentazione dell’interpretazione nelle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

2.1. Interpretazione e argomentazione, 45 – 2.2. Motivazione e argomentazione, 50 – 2.3. Argomentazione e stile della motivazione delle sentenze, 55 – 2.4. Lo stile della motivazione delle sentenze del Consiglio di Stato, 59 – 2.5. Argomenti interpretativi e dimensione argomentativa della certezza del diritto, 63 – 2.6. Le sentenze dell’Adunanza Plenaria: argomenti interpretativi e meta-argomenti interpretativi, 68 – 2.7. L’argomento letterale, l’intenzione del legislatore e il rinvio ai precedenti giurisprudenziali, 72 – 2.8. L’argomento sistematico e il ricorso ai principi, 78 – 2.9. L’integrazione del precetto normativo da parte dell’Adunanza Plenaria, 85 – 2.10. Argomenti ulteriori, ultronei ed extra-giuridici, 87.

93 Capitolo III

Il tipo di vincolo interpretativo posto dal principio di diritto enunciato nelle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

3.1. La sentenza come soluzione di un problema giuridico: fatto e *ratio decidendi*, 93 – 3.2. Il principio di diritto come *ratio decidendi* delle sentenze dell’Adunanza Plenaria, 95 – 3.3. Il tipo di vincolo interpretativo posto dal principio di diritto, 103 – 3.4. L’applicazione del principio di diritto, la sua interpretazione, la sua natura giuridica, 114 – 3.5. Conclusioni aperte, 123.

129 Bibliografia

Delimitazione dell'indagine

La sentenza n. 13 del 2017 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato qualifica le sentenze *ex art. 99, comma 3, c.p.a.* come «interpretative»¹.

Questa qualificazione suscita l'interrogativo intorno alla natura giuridica delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato all'indomani della introduzione nel codice del processo amministrativo del 2010 della disposizione che assegna alla funzione nomofilattica di tale organismo un valore "vincolante" per le sezioni semplici. Tale valore del principio di diritto enunciato nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria è ricavato dall'art. 99, comma 3, c.p.a., a norma del quale «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»².

A partire dall'innovazione legislativa introdotta non sono mancate riflessioni approfondite che però non hanno ancora raggiunto un sufficiente grado di chiarezza concettuale in ordine alla corretta ricostruzione dell'istituto, risultando talora frutto di suggestioni in merito alla condivisione o meno della scelta legislativa.

Soprattutto il campo risulta del tutto "invaso" da una molteplicità di affermazioni che sovrappongono il tradizionale ruolo "creativo" del giudice amministrativo, la funzione di interpretazione propria della giurisdizione, la funzione di "creazione" del diritto, la funzione nomofilattica e il valore giuridico riconosciuto dall'ordinamento al prodotto dell'interpretazione contenuto nell'atto giuridico sentenza dell'Adunanza Plenaria.

1. Cons. St., Ad. Pl., 22 dicembre 2017, n. 13, secondo cui la costante dei cinque commi in cui si articola la disposizione dell'art. 99 c.p.a. «è il principio di diritto, la cui enunciazione è lo scopo primo (se non unico: cfr. commi 4 e 5) dell'intervento della Plenaria. Ciò che nel comune giudizio amministrativo è il contenuto di accertamento *in iure* della sentenza, meramente strumentale alla pronuncia di annullamento (pertanto confinato nella motivazione e delimitato dal caso concreto), nel giudizio in Plenaria identifica la pronuncia *in sé* con una prima conseguenza data dal «riconoscimento della natura essenzialmente interpretativa delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, in particolare quando essa ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente».

2. L'Adunanza Plenaria può decidere l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente (art. 99, comma 4, c.p.a.). Infine, «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» (art. 99, comma 5, c.p.a.).

Appare, dunque, necessario provare a sistematizzare alcune delle numerose questioni che si addensano, spesso sovrapponendosi e ingenerando confusioni, intorno al tema, al fine di contribuire alla comprensione e alla esatta delimitazione del nuovo ruolo assegnato all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Il lavoro assume in primo luogo il compito di indagare, delimitare e distinguere i concetti di "creatività" giurisprudenziale e "interpretazione" da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³.

L'analisi della interpretazione del testo legislativo si sovrappone alla riflessione sulla natura "creativa" dell'attività interpretativa. Nel contesto del diritto amministrativo tale sovrapposizione si verifica assai facilmente poiché si tratta, come generalmente e pacificamente acquisito, di una disciplina a formazione giurisprudenziale.

Come è noto, approfonditamente studiati sono stati i processi di origine del diritto amministrativo⁴, e tra questi anche l'aspetto della sua matrice giurisprudenziale risulta presente nella riflessione della dottrina amministrativistica. In questo orizzonte il diritto amministrativo riceve la definizione comunemente accettata di diritto pretorio, favorito da un contesto di originaria inesistenza di una cornice legislativa di diritto amministrativo sostanziale e processuale⁵. Si ritiene, in particolare, che veri e propri istituti siano stati "creati" dal giudice amministrativo che in molti casi ha anticipato o corretto, tramite indirizzi giurisprudenziali consolidati, la disciplina legislativa⁶. Tuttavia, a differenza di quanto accade in Francia⁷, in Italia in realtà non ha

3. R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2017, 114, evidenziano che «quando si parla di creatività giurisprudenziale, non è in gioco una questione, ma un intreccio di questioni tra loro connesse, ciascuna delle quali poi si presta a fungere da possibile oggetto di separata analisi teorica e, ovviamente, valutazione etico-politica. Una comprensione perspicua di ciò che accade quando si dice che i giudici creano diritto, dunque, richiede che si distinguano attentamente le diverse ramificazioni del tema e, ancor prima, che si tenga ben separato il piano della ricostruzione del fenomeno della creatività giurisprudenziale da quello della sua approvazione o disapprovazione».

4. L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal medioevo al XIX secolo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, Utet, 1990, 171 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, e bibliografia ivi contenuta; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993³, 9 ss.

5. Sul ruolo pretorio di creazione di regole speciali relative ai rapporti tra amministrazione e cittadini si v.: M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE, (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, 301.

6. Il diritto amministrativo italiano è a genesi giurisprudenziale: S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 424 ss.; il Consiglio di Stato ha operato come «creatore o correttore della legislazione esistente»: F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. Vv., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, 124.

7. Cfr., ad esempio, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972; sul testo si v. anche M.-H. BARBET, *Recensione a Y. GAUDEMET, Méthodes du juge administratif*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 25, n. 2, Avril-juin 1973, 454 ss.; recentemente a testimonianza dell'attenzione francese per la materia si v.: *Groupe de travail*

mai costituito oggetto di studio specifico il profilo particolare del modo in cui il giudice amministrativo argomenta le proprie sentenze e dello stile attraverso cui contribuisce alla formazione di principi e istituti del diritto amministrativo e del diritto processuale amministrativo⁸.

Appare utile, dunque, condurre nel secondo Capitolo un'indagine volta a focalizzare alcuni aspetti relativi alla verifica dei contenuti e delle argomentazioni dell'interpretazione degli enunciati normativi utilizzate dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze successive all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Se numerosi lavori hanno esaminato il tema della sentenza amministrativa e della sua doverosa motivazione, insoddisfacente appare il grado di approfondimento dell'esame non solo della struttura argomentativa della sentenza quanto, specialmente, degli argomenti utilizzati dal giudice amministrativo ai fini del contenuto decisorio della sentenza.

Risulta di estremo interesse svolgere un esame degli argomenti utilizzati dal giudice amministrativo nel conformare principi e istituti del diritto amministrativo, in quanto la dimensione giuridica è determinata non solo dalla decisione, ma anche da come la decisione viene presa e attraverso il tipo di argomenti giuridici utilizzati dal giudice amministrativo a sostegno della verità processuale⁹.

Un'analisi, dunque, non di teoria dell'argomentazione né di teoria dell'interpretazione, ma strumentale alla comprensione degli orientamenti della giurisprudenza, volta ad evidenziare, cioè, quali argomenti il giudice utilizzi nel formare il diritto amministrativo, attraverso l'enunciazione dei principi di diritto. Questo tema rileva ai fini della certezza argomentativa, che è una declinazione della certezza del diritto. Inoltre, apre la riflessione sull'argomentazione come momento di giustificazione e verifica dell'interpretazione prescelta. Aiuta, inoltre, a focalizzare che la sentenza rappresenta la soluzione di un problema giuridico e rimane un atto giuridico irriducibilmente diverso da una fonte del diritto nel nostro ordinamento.

sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative: rapport, 2012, in <http://www.conseil-etat.fr>, che presenta i risultati del lavoro condotto dal gruppo presieduto dal Presidente Philippe Martin sulla struttura, gli elementi costitutivi e lo stile della redazione delle decisioni della giurisdizione amministrativa francese.

8. Studio in tale direzione è: G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, ivi, I, rileva che non è mai stato approfondito il modo particolare in cui il diritto amministrativo è stato formato dal giudice, né l'influenza sul diritto amministrativo delle norme di formazione giurisprudenziale, né perché il fenomeno sia stato sempre intravisto ma nel complesso rimasto nascosto dietro al prevalente impianto positivistico-normativistico; su questo studio si v. G. BARBAGALLO, "Le grandi decisioni del Consiglio di Stato". *Notazioni su una ricerca in corso*, in *Le Carte e la Storia*, il Mulino, 1999, 64 ss. e in www.giustizia-amministrativa.it.

9. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 701.

Viceversa, la disposizione del codice del processo amministrativo del 2010, che risponde a esigenze di certezza del diritto volte a rafforzare la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, è stata oggetto di valutazioni che sono giunte a qualificare il principio di diritto come vera e propria fonte dell'ordinamento giuridico.

Contemporaneamente l'Adunanza Plenaria ha avviato un cammino di costruzione e sistematizzazione del proprio compito nomofilattico rafforzato. Talune importanti decisioni hanno posto elementi a loro volta interpretativi del ruolo di nomofilachia e della portata del principio di diritto.

Il terzo Capitolo, in relazione ai risultati raggiunti, verifica, allora, regime, valore e natura giuridica del principio di diritto. In esame è l'ipotesi che dal valore riconosciuto al principio di diritto si possa giungere alla sua qualificazione quale fonte del diritto, giuridica o culturale¹⁰. Questo tema sollecita riflessioni in ordine al principio della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici soltanto alla legge, stabilita dall'art. 101, comma 2, Cost.

Gli esiti della ricerca si propongono di esaminare di quale tipologia di "vincolo" sia possibile discutere a proposito del principio di diritto.

L'attualità del tema oggetto di ricerca è testimoniata dal dibattito che si è aperto in dottrina e giurisprudenza in merito all'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE da parte della sezione semplice del Consiglio di Stato che ritenga il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria in contrasto con il diritto europeo. La questione si arricchisce così del punto di vista, di grande importanza per la corretta comprensione delle dinamiche che legano il nostro ordinamento al contesto europeo e internazionale, del dialogo tra Corti. L'interazione tra Corti nazionali, europee e internazionali costituisce, infatti, uno degli esiti della progressiva intensificazione delle relazioni tra ordinamenti anche a seguito della globalizzazione giuridica¹¹.

10. Mentre E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, 54 ss., qualifica il principio di diritto come fonte culturale ma con valenza di vera e propria fonte del diritto, 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.*, 2015, 146, lo reputa fonte di diritto culturale e dunque diversa dalla fonte del diritto vera e propria; cfr. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, *passim*.

11. S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 609 ss., evidenzia che in assenza di predeterminazione normativa le Corti sovranazionali hanno progressivamente assunto un ruolo di disciplinamento dello spazio giuridico globale.