

Guido Corso

## **L'ADUNANZA PLENARIA E LA FUNZIONE NOMOFILATTICA**

1. L'attività della P.A. e i rapporti della P.A. col cittadino sono stati sempre regolati da una gran quantità di leggi di settore ma da poche o pochissime disposizioni di carattere generale.

Sin dal XIX secolo c'erano numerose leggi che prevedevano singoli atti amministrativi, ma non ce ne era una che disciplinasse l'atto o il provvedimento amministrativo: si è dovuti arrivare al 2005 perché, con la Legge n. 15/2005 che va a integrare la Legge n. 241/1990, fosse introdotta una disciplina legislativa della efficacia, della invalidità e della autotutela.

Si parla in dottrina di interesse legittimo dall'ultima decade dell'800; ma è solo con la Costituzione repubblicana (artt. 24, 103 e 113) che l'endiadi interesse legittimo è entrata in una norma, addirittura costituzionale.

Si è provveduto nel 1971 alla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali e alla conseguente trasformazione del Consiglio di Stato in giudice d'appello. Tuttavia, al processo d'appello la Legge n. 1034/1971 dedica solo due disposizioni. Il C.d.A. in sede di appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado (art. 28, ultimo comma); e al giudizio d'appello si applicano le norme che regolano il processo innanzi al Consiglio di Stato (art. 29).

In un quadro normativo del genere, in cui con leggi su singoli procedimenti e singoli atti convive una disciplina del tutto scarna e quasi inesistente delle categorie giuridiche fondamentali (l'atto e il provvedimento amministrativo, il regime dell'invalidità, il rapporto tra gli atti del procedimento, i collegi amministrativi, l'ente pubblico in generale, il rapporto d'ufficio ecc.) è naturale che alla giurisprudenza sia affidato un ruolo fondamentale: la funzione, per un verso di ridurre ad unità normative disparate, per altro verso di elaborare le categorie giuridiche necessarie per quella operazione

di unificazione. Ed è altrettanto naturale che, muovendosi la giurisprudenza su questo terreno estremamente ampio ma altrettanto accidentato, pieno di buche, il rischio di soluzioni giudiziarie differenti e contraddittorie, sia sempre incombente.

Di questo rischio, della impossibilità di evitarlo e comunque della necessità di farvi fronte il legislatore si è reso conto precocemente. La legge Crispi, istitutiva nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, contiene una norma del seguente tenore. «Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria con concorso di nove votanti» (art. 38, R.D. n. 6166/1889 che coordina la nuova legge con l'all. D alla Legge 20 marzo 1865, n. 2248).

Un embrione di funzione nomofilattica che si sviluppa qualche anno dopo a seguito della istituzione della V Sezione (Legge n. 62/1907) e della emanazione di un nuovo T.U. (R.D. n. 638/1907) il cui art. 37, comma 2 riproduce la norma appena richiamata, menzionando per la prima volta l'Adunanza Plenaria che, presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato, è formata da otto magistrati, quattro per ciascuna delle due sezioni esistenti.

Il testo unico del 1924 (R.D. n. 1054/1924, art. 45) reca la stessa disposizione che viene modificata nel 1950 con una duplice previsione:

- la "rimessione" all'AP da parte della sezione se questa rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali;

- il deferimento all'AP da parte del presidente del Consiglio di Stato di qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza.

È questo del 1950 l'ultimo intervento legislativo prima dell'entrata in vigore del c.p.a. (2010).

2. Una recente ricerca da parte di Consiglieri di Stato sulle decisioni (poi sentenze) dell'A.P. ha messo in luce che dall'inizio (1907) sino ad oggi l'Adunanza ha emesso 1263 pronunce: pochissime (21 in tutto) nel periodo 1907-1923 (riguardano quasi tutte il riparto di competenza tra la IV e la V sezione, ossia se la controversia ricada nella competenza di legittimità, IV Sez. o nella competenza di merito V Sez.), molto di più nel periodo successivo anche se la loro frequenza non è comparabile a quella registrata

nel periodo successivo al 1971, ossia alla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali; ma è soprattutto nell'ultimo decennio e in particolare dopo il 2010 che si è avuta una fortissima accelerazione, determinata, in quest'ultimo periodo, proprio di una clausola contenuta nell'art. 99 c.p.a.

A partire dalla seconda metà degli anni venti l'A.P., ha dato contributi importanti, per es. sulla nozione di atto impugnabile, qualificando tali gli atti di requisizione o i decreti governativi di annullamento d'ufficio in ogni tempo, in precedenza ritenuti non impugnabili in quanto atti politici; o ha formulato la distinzione tra atti autoritativi e atti paritetici, nell'ambito dell'impiego pubblico, con l'effetto di riconoscere al G.A., rispetto agli atti paritetici, gli stessi poteri del G.O. e di introdurre nel processo amministrativo, in questi casi, schemi propri del processo civile (es. termine di prescrizione e non di decadenza, non necessità di depositare l'atto impugnato etc.).

La ricerca di cui si è fatto cenno ha preso in considerazione per ora, il periodo 1971-1993. un periodo nel quale, con la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, è mutato il ruolo del Consiglio di Stato, divenuto giudice d'appello senza che la Legge n. 1034/1971 si preoccupasse di disciplinare questa fase del processo, ed in particolare l'effetto devolutivo e i suoi limiti, il trattamento in appello dei motivi assorbiti dalla sentenza di primo grado, il regime delle eccezioni pregiudiziali (irricevibilità, inammissibilità) non esaminate dal giudice di primo grado, l'appello incidentale etc. Tutte lacune che l'AP ha provveduto a colmare.

Altri importantissimi contributi in questo periodo l'A.P. ha dato ad altri istituti o procedimenti trattati dalla legge TAR (come pure dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato) in modo estremamente sommario. Sulla scarna clausola dell'art. 21 che esaurisce la tutela cautelare nella sospensione del provvedimento impugnato, l'A.P. costruisce il discorso sugli interessi pretensivi per i quali la sospensione del provvedimento impugnato è del tutto insufficiente. Vengono inventate le c.d. ordinanze propulsive, che impongono all'amministrazione un *facere*, come l'ammissione con riserva ad un concorso o ad una gara, o stabiliscono l'obbligo dell'amministrazione di riesaminare la domanda del privato respinta col provvedimento impugnato.

Sempre a proposito della tutela cautelare, l'A.P. affronta e risolve il problema dell'inottemperanza della P.A., ammettendo la possibilità di un reclamo allo stesso giudice che emetterà una

seconda ordinanza più stringente; e introduce, in sintonia con la Corte costituzionale, il principio dell'appellabilità dei provvedimenti cautelari dei Tribunali amministrativi regionali davanti al Consiglio di Stato.

Significativa è poi la vicenda del giudizio di ottemperanza.

Nel corso di un secolo e mezzo il legislatore ha dettato sul punto due sole disposizioni. La prima è quella, notissima, contenuta nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (siamo nel 1865): l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso. La legge non si cura di fornire al privato un rimedio nel caso che l'autorità non si conformi al giudicato: non si capisce se l'omissione sia dovuta ad una interpretazione rigorosa del principio della divisione dei poteri che nega al giudice riconoscendolo solo all'amministrazione il potere di annullare l'atto di cui è stata accertata l'illegittimità; o se tale omissione sia dovuta alla convinzione ottimistica, ma rispondente allo spirito dell'epoca, che mai e poi mai l'autorità amministrativa avrebbe disobbedito al giudicato.

L'altra norma è sopravvenuta oltre un quarto di secolo dopo. Quando, costituita una quinta sezione del Consiglio di Stato che "decide pronunciando anche in merito", ad essa vengono assegnati i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico (art. 27, n. 4, T.U. della legge sul Consiglio di Stato, R.D. n. 1054/1924).

Come sia strutturato questo giudizio - il giudizio di ottemperanza - la legge non lo dice: ed il regolamento di procedura (R.D. n. 642/1907) si limita a disciplinare le modalità e i tempi di presentazione della domanda (artt. 90-91). È il Consiglio di Stato, e in particolar modo l'A.P., che riempiranno il vuoto: prevedendo come obbligatoria l'instaurazione del contraddittorio, inventando la figura del Commissario *ad acta*, formulando la figura dell'elusione del giudicato che ricorre quando l'autorità amministrativa non rimane inerte, ma provvede in modo da aggirare l'obbligo di adempiere persistendo sostanzialmente nell'inadempimento, qualificando come atti nulli e non come atti annullabili quelli posti in essere in violazione o elusione del giudicato.

3. Il codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010) conferma le due funzioni tradizionali dell'A.P.: la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza e la composizione di contrasti giurisprudenziali.

Ma aggiunge due clausole che sono mutuare dal codice di procedura civile, più precisamente dalla novella del 2006 (D.Lgs. n. 40/2006) che ha sostituito gli artt. 363 e 374 c.p.c.

Se la sezione cui è stato assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'A.P. rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso (art. 99, comma 3).

Se ritiene che la questione è di particolare importanza l'A.P. 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; e in tali casi la pronuncia dell'A.P. non ha effetto sul provvedimento impugnato.

Con la prima delle due clausole si rafforza l'effetto vincolante della pronuncia dell'A.P.

Se dissente dal principio di diritto enunciato dall'A.P. la Sezione non può decidere l'appello con una diversa soluzione, ma deve rimettere la questione all'A.P.: questa è a sua volta tenuta ad esaminare la questione una seconda volta così che la soluzione precedente potrà essere confermata o modificata.

Parliamo di rafforzamento del vincolo, e non di nascita del vincolo in capo alla sezione perché anche prima della novella del 2006 certa dottrina processualcivilistica aveva qualificato la pronuncia delle sezioni unite della Cassazione come un «precedente relativamente vincolante» (G. Gorla), capace di creare nelle sezioni semplici un vero e proprio obbligo giuridico di adeguamento alla pronuncia stessa: ma secondo l'opinione prevalente si trattava tutt'al più di un dovere di correttezza. Un dovere che risulta osservato anche in caso di dissenso purché la sezione semplice, pronunciandosi in senso difforme dalla giurisprudenza della Cassazione, enunci accuratamente quelle che sono a suo avviso le novità, anche giuridiche, e anche ricavabili in via di "interpretazione evolutiva", del caso, rispetto al "precedente" della Corte Suprema (Legge Montesano).

Con D.Lgs. n. 40/2006 che ha modificato l'art. 374 c.p.c. e oggi con l'art. 99, comma 3, c.p.a. le ragioni del dissenso rispetto al precedente, devono essere illustrate dalla Sezione, non in una sentenza che decide il caso, ma in una ordinanza che rimette alle

Sezioni Unite e, rispettivamente, all'A.P., una questione che le Sezioni Unite o l'A.P. avevano già risolto, enunciando il principio di diritto contestato.

Il dissenso deve essere argomentato, perché l'ordinanza deve essere motivata, come stabilisce, con clausola apparentemente superfluo alla luce dell'art. 111 Cost., l'art. 99, comma 3, c.p.a. (e l'art. 374 c.p.c.).

Il vincolo per la sezione semplice è, per così dire, di ordine procedurale: non comporta un divieto di dissentire, ma impone certe modalità con cui il dissenso deve essere espresso. La sezione semplice può nutrire una diversa convinzione sul principio di diritto, ma deve esprimerla nella forma obbligata della rimessione all'A.P.

Non si può parlare, quindi, di introduzione nel nostro ordinamento del principio dello *stare decisis* di *common law*: ammesso e non concesso che negli ordinamenti di *common law*, invasi, anch'essi oggi dalla *statutory law*, il principio conservi la forza che aveva in passato.

Se lo *stare decisis* fosse stato codificato dall'art. 99, comma 3 - ma escludo che lo sia stato - la norma sarebbe, a mio giudizio, costituzionalmente illegittima: perché in un ordinamento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, e quindi è escluso che la giurisprudenza sia fonte del diritto, verrebbe introdotta una nuova fonte - la giurisprudenza delle Sezioni Unite o dell'Adunanza Plenaria - in violazione del principio che riserva alla Costituzione e alle leggi costituzionali la individuazione delle fonti del diritto. Verrebbe, nello stesso tempo, menomata l'autonomia del giudice: un'autonomia di giudizio che la Costituzione riconosce non soltanto all'ordine giudiziario nel suo complesso, ma anche ad ogni singolo giudice.

Sono i giudici - ossia i singoli giudici - che la Costituzione vuole siano soggetti "soltanto" alla legge: ove il "soltanto" esclude che essi possano essere soggetti ad una istanza diversa dalla legge, si tratti pure delle Sezioni Unite della Cassazione o dell'A.P. del Consiglio di Stato.

L'estensione, la portata, la consistenza del vincolo che l'art. 99, comma 3 avrebbe introdotto sono stati esaminati dalla dottrina che si è occupata della questione (E. Follieri; G. Pesce) anche dal punto di vista dei rimedi possibili contro la decisione del giudice riottoso che si discosti dal principio di diritto enunciato dalla plenaria senza rimettere ad essa il caso. Ma è pervenuta generalmente

alla conclusione che è difficile ipotizzare un rimedio quale che sia (ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, revocazione, opposizione di terzo, ricorso alle CEDU).

In questo modo vengono confermati i limiti del vincolo attraverso l'accertata inesistenza di rimedi giuridici contro la sua inosservanza.

4. L'altra novità introdotta dal c.p.a., anch'essa mutuata dalla novella al c.p.c. del 2006 (art. 363 c.p.c.), è contenuta nel comma 3 dell'art. 99.

Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'A.P. 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; e in questo caso la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato.

È questa la manifestazione più rilevante della funzione nomofilattica e il momento della sua massima espansione: una funzione che finisce in questo modo per essere sganciata dal caso concreto, risolto con una pronuncia di rito, e si traduce in un enunciato che non vale per la causa ma, come si esprime un vecchia sentenza della Cassazione penale<sup>1</sup>, si concreta in «una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per i cittadini in particolare». Una clausola del genere rischia di moltiplicare i rinvii alla Plenaria, anche quando l'appello proposto davanti alle Sezioni è irricevibile, inammissibile o improcedibile. È per questo che con una sentenza recente l'Adunanza Plenaria, cui pure stata sottoposta una questione rilevante (la compatibilità della domanda di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva con la cancellazione di questo istituto dall'ordinamento, e, di conseguenza, con la persistente proprietà dell'immobile in capo al ricorrente), ha saggiamente restituito gli atti alla sezione remittente (in quel caso il C.G.A.) perché valutasse le questioni preliminari: nel sottinteso che se l'organo remittente avesse risolto in modo negativo tali questioni

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 1994, n. 7455, citata da STORTO, *Decisioni della Plenaria e Vincolo di conformazione*, relaz. al convegno su "L'attività nomofilattica delle Magistrature Superiori", 21 giugno 2012 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione di TOSCHEI (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato, Commentario alle sentenze dell'A.P. pubblicate nel 2011*, Roma, 2014.

(nella specie la questione dello *ius novum* in appello), sarebbe venuto meno il presupposto della rimessione all'Adunanza Plenaria.

5. È stato ripetutamente ricordato che le sentenze del Consiglio di Stato, al pari di quelle della Corte dei conti, non sono ricorribili in cassazione se non «per i soli motivi attinenti alla giurisdizione» (art. 111, comma 8, Cost.) sicché esse esprimono l'«ultima parola» nel sistema della giustizia amministrativa: il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» che l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario assegna alla Corte di Cassazione compete, nella giurisdizione amministrativa, al Consiglio di Stato, organo di vertice di quel sistema (Storto)<sup>2</sup>.

Anche se oggi pochi nutrono l'illusione che la legge possa avere una interpretazione "uniforme" è viva comunque l'esigenza che tale interpretazione non sia troppo "difforme".

Il bisogno di una razionalizzazione degli indirizzi giurisprudenziali è specialmente avvertito in diritto amministrativo sia per la struttura della legislazione descritta all'inizio (che valorizza il ruolo della giurisprudenza e nello steso tempo è causa della varietà degli orientamenti) sia perché le soluzioni cui il giudice perviene servono ad orientare le amministrazioni e quindi introducono un elemento di certezza nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

---

<sup>2</sup> Evidenzia la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, nell'ambito dei rispettivi ordini, Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 30, par. 4.1 e 4.2, in *Giur. cost.*, 2011, 856 ss., con nota di Scoca.