

25 GENNAIO 2017

La giurisprudenza dell'Adunanza
Plenaria del Consiglio di Stato nel
sistema delle fonti

di Roberto Caponigro
Consigliere TAR Lazio



La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*

di Roberto Caponigro
Consigliere TAR Lazio

Sommario: 1. Il principio di certezza del diritto - 2. Sistemi di common law e di civil law - 3. L'evoluzione della funzione nomofilattica delle magistrature apicali - 3.1 La giurisprudenza tra le fonti del diritto - 3.2 Il "diritto vivente" elaborato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - 3.2.1 L'ordine di graduazione dei motivi di impugnativa - 3.2.2 La priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale - 3.3 Il rapporto tra giudice nazionale e giudice europeo nella struttura delle fonti - 3.4 L'esercizio della nomofilachia nell'interesse della legge - 4. Conclusioni.

1. Il principio di certezza del diritto.

Il riconoscimento dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge - oggi scolpito nell'art. 3 Cost., ma già contenuto nelle costituzioni liberali dell'ottocento e, tra queste, nell'art. 24 dello Statuto Albertino - è uno dei principi fondamentali di un sistema democratico e traduce l'esigenza primaria di assicurare parità di trattamento ai cittadini in situazioni uguali.

Il diritto dovrebbe ricevere un'applicazione uniforme e prevedibile al fine di assicurare la parità di trattamento ai soggetti dell'ordinamento, fornendo loro la consapevolezza che casi analoghi riceveranno in sede giudiziaria la stessa sorte.

Un'effettiva eguaglianza, infatti, può raggiungersi soltanto in presenza di un diritto connotato da un sufficiente grado di certezza, il che non è affatto semplice o scontato, ma richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano scritte in modo da non lasciare adito a dubbi e tale da avere un significato inequivoco, dall'altro, che le stesse siano interpretate in modo uniforme e senza oscillazioni.

La prima esigenza è rivolta a chi esercita la funzione legislativa, mentre la seconda esigenza, essenziale quanto la prima considerato che le intese politiche e le conseguenti scelte legislative costituiscono il frutto di compromessi che non sempre portano alla redazione di testi normativi chiari e dal significato univoco, è rivolta a chi esercita la funzione giurisdizionale.

* Il presente lavoro è stato predisposto in occasione della relazione svolta il 16 dicembre 2016 al convegno di Trento, per i trent'anni del TRGA di Trento, sul tema "funzione nomofilattica e integrazione delle fonti". Già apparso sul sito della giustizia amministrativa.

La certezza del diritto, pertanto, non è una caratteristica immanente al sistema, ma un traguardo, connotato da elevata complessità, al quale l'intero ordinamento, anche nella sua articolazione giurisdizionale, deve tendere, atteso che, per un verso, il corpus normativo non è sempre coerente e completo, per altro verso, le norme non sempre fanno riferimento a concetti monosemici e determinati. Di qui, la straordinaria importanza della funzione nomofilattica svolta dalle magistrature apicali e la nitida ratio a base delle riforme degli ultimi anni finalizzate ad accrescerne l'efficacia e, quindi, a connotare il diritto di maggiore certezza per il perseguimento dell'essenziale principio di eguaglianza.

2. Sistemi di common law e di civil law.

La dogmatica comparatistica pone in rilievo che la differenza fondamentale tra i sistemi di common law ed i sistemi di civil law attiene al fatto che solo nei primi la giurisprudenza è collocata nel sistema delle fonti.

Nei sistemi di civil law, secondo l'impostazione classica, il giudice non è vincolato dal precedente, il quale costituisce un'argomentazione logico-giuridica a cui è possibile riferirsi nella motivazione della decisione, sicché si ritiene che in questi sistemi il precedente assuma esclusivamente "un'autorità teorica".

Nel diritto italiano, uno specifico valore giuridico al "precedente", quale argomentazione teorica dirimente cui può farsi rinvio ob relationem, è stato attribuito dall'art. 74 c.p.a., che prevede la possibilità di decidere la controversia con sentenza in forma semplificata motivando, se del caso, con un sintetico riferimento ad un precedente conforme.

Nei sistemi di common law, invece, il "precedente" ha non solo "un'autorità teorica", ma anche "un'autorità pratica" in quanto il giudice successivamente adito è vincolato alla soluzione di diritto prescelta dal giudice antecedente, per cui la decisione assunta da altro giudice anteriormente su una medesima fattispecie costituisce la causa principale, se non l'unica, in ragione della quale la decisione posteriore viene assunta.

In sostanza, mentre nel primo caso, ove l'organo giudicante rinvenga nel tessuto argomentativo del "precedente" le ragioni logico-giuridiche del proprio convincimento, lo stesso si rivela di supporto teorico alla decisione, ma non è la ragione ultima né esclusiva per la quale la decisione viene adottata, potendo il giudice che non condivide l'orientamento pervenire ad una differente conclusione, nel secondo caso riveste anche un'autorità pragmatica in quanto fornisce la giustificazione della decisione successiva, per cui, sotto tale profilo e con le precisazioni che saranno infra formulate, può essere definito "parte del diritto".

Va da sé, peraltro, che anche nei sistemi di common law il giudice successivo può espressamente travolgere la regula iuris antecedente creando una nuova regula iuris attraverso la pratica dell'overruling,

vale a dire sostituendo motivatamente ad un precedente un altro precedente vincolante, ovvero può invocarne la non applicabilità al caso sottoposto al suo esame attraverso la pratica del *distinguishing*, evidenziando che il caso concreto al suo esame non rientra completamente nella fattispecie esaminata e decisa con la precedente pronuncia.

In tali sistemi, l'interesse primario ad assicurare la certezza del diritto e, quindi, la parità di trattamento dei cittadini dinanzi alla legge è perseguito con il garantire la coerenza e l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto attraverso la regola del precedente, vale a dire attraverso il potere vincolante delle pronunce giurisdizionali.

Il sistema di *civil law*, che si fa comunemente risalire alla tradizione della Francia post-rivoluzionaria e napoleonica, successivamente diffusasi in tutta l'Europa continentale, invece, è volto ad assicurare la certezza del diritto attraverso la formazione di un sistema coerente e completo di norme racchiuse in un codice, per cui il ruolo di fonte del diritto è affidato esclusivamente, o almeno principalmente, alla norma scritta (costituzione, leggi di rango primario, fonti regolamentari e di rango secondario), mentre al giudice è affidato il ruolo di mera "bocca della legge", senza il potere di fissare nuovi principi di diritto vincolanti. L'esperienza storica, tuttavia, ha dimostrato come anche nei sistemi di *civil law* la giurisprudenza tende ad avere un'incidenza nella formazione del diritto che può oltrepassare la mera applicazione delle norme giuridiche e ciò, in particolare, quando queste contengano concetti giuridici indeterminati ovvero quando il corpus normativo relativo alla fattispecie da decidere non abbia i caratteri della coerenza e della completezza.

In tal caso, il giudice svolge una vera e propria funzione integrativa della disciplina positiva.

La categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici.

In proposito, oltre ai tradizionali concetti che investono trasversalmente i vari campi del diritto (buona fede, pericolosità etc.), per quanto specificamente concerne il diritto amministrativo, è emblematico il concetto di eccesso di potere, vizio di legittimità dell'azione amministrativa che non è affatto descritto nella sua concretezza dal legislatore, ma la cui sussunzione concreta nell'ipotesi normativa è demandata all'interprete nell'esercizio del sindacato giurisdizionale sull'atto autoritativo.

In altri termini, a partire dalla c.d. legge Crispi del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato e fino all'art. 29 dell'attuale codice del processo amministrativo, la norma si è limitata ad indicare la

proponibilità nel termine decadenziale dell'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.

Ora, mentre i concetti di incompetenza e di violazione di legge sono oggettivamente determinati e chiaramente percepibili, il concetto di eccesso di potere, attinente alla sola attività amministrativa discrezionale, non è affatto determinato dalla norma nei suoi elementi essenziali, ma deve essere enucleato dal giudice nell'esercizio del sindacato giurisdizionale di legittimità sullo svolgimento della funzione pubblica, tanto che il vizio de quo ha ricevuto una sua configurazione concreta attraverso la casistica giurisprudenziale che ne ha individuato le cc.dd. figure sintomatiche.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto storicamente una maggiore dimestichezza con la "creazione" del diritto per l'insussistenza di un sistema esaustivo di norme di giustizia amministrativa.

Un ordinamento giuridico ideale dovrebbe avere le caratteristiche della coerenza, per l'assenza di norme tra loro incompatibili, e della completezza, per la presenza sicura di una previsione normativa a disciplinare ogni singola fattispecie concreta.

Tuttavia, è un'ipotesi scolastica supporre che possano esistere ordinamenti giuridici privi di incoerenze e lacune normative, mentre il giudice non può scegliere di non decidere, vale a dire non può rifiutarsi di decidere per un contrasto tra le norme da applicare o per l'assenza di una disciplina positiva che regoli puntualmente la fattispecie sottoposta al suo esame, sicché l'ordinamento pone a carico dell'interprete, e cioè dell'organo giudicante, il compito di riportare la legislazione ad un sistema coerente e completo al fine di ricavarne la norma del caso concreto.

La giurisprudenza, in particolare, per la sussistenza di lacune normative, ha creato un vero e proprio "diritto vivente" con riferimento ad alcune essenziali tematiche nel campo del giudizio amministrativo, alcune delle quali - la tassonomia della potestas iudicandi nelle sue articolazioni fondamentali della graduazione delle censure articolate in una stessa azione di annullamento e del rapporto di priorità logica tra censure proposte in via principale e in via incidentale - si affronteranno in prosieguo.

In definitiva, la giurisprudenza ha di fatto colmato le lacune e le incoerenze normative introducendo sotto forma di "diritto vivente", soprattutto in ambito processuale, istituti giuridici solo successivamente ed eventualmente disciplinati dalle tradizionali fonti del diritto.

La progressiva diminuzione di differenza tra le due tipologie di sistema e la conseguente tendenza dei sistemi di civil law ad avvicinarsi ai sistemi di common law può farsi essenzialmente risalire alla crisi dei primi, basati, come detto, sulla centralità e supremazia della legge di formazione parlamentare.

La parziale affermazione nei Paesi con ordinamento a civil law di un diritto di matrice giurisprudenziale è stata favorita anche dalla sottoposizione della legge ordinaria ad una fonte di livello superiore quale la Costituzione ed al conseguente controllo di costituzionalità esercitato dalle Corti Costituzionali.

Nel sistema nazionale, può sostenersi che la Corte Costituzionale abbia valorizzato il ruolo della giurisprudenza imponendo al giudice di compiere una preventiva valutazione sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione una norma che sia sospettata di illegittimità costituzionale e, quindi, prefigurando la c.d. interpretazione costituzionalmente orientata, solo all'esito negativo della quale la questione può essere rimessa al vaglio del giudice delle leggi.

3. L'evoluzione della funzione nomofilattica delle magistrature apicali.

L'evoluzione del sistema ha determinato l'esigenza nei Paesi di civil law di rendere più efficace la funzione nomofilattica svolta dalle magistrature apicali.

La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in analogia con quanto stabilito per il processo civile dagli artt. 363 e 374 c.p.c. introdotti dal d.lgs. n. 40 del 2006, ha ricevuto una indubbia spinta propulsiva dalle norme contenute nell'art. 99 c.p.a., in special modo nei commi terzo e quinto.

Il terzo comma stabilisce che, 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.

La norma trae spunto dalla novella all'art. 374, comma 3, c.p.c., secondo cui, analogamente, se la Sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Il quinto comma dell'art. 99 c.p.a. stabilisce che, se ritiene la questione 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). La norma è anch'essa evidentemente ispirata alla novella dell'art. 363, comma 3, c.p.c., secondo cui il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza.

Tali disposizioni hanno indubbiamente modificato il "peso" del "precedente" costituito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, la quale, da particolarmente autorevole in quanto proveniente dal massimo consesso della giustizia amministrativa, è divenuta in qualche modo vincolante per le Sezioni semplici del Consiglio di Stato anche in un sistema di civil law quale quello nazionale e ciò costituisce fenomeno di un evidente avvicinamento del sistema giuridico nazionale ai sistemi fondati sullo stare decisis, tanto da

poter ipotizzare il passaggio dalla funzione nomofilattica alla funzione nomopoietica, quale creatrice di una norma astratta.

A seguito di tale innovazione, si è paventato il dubbio che sia stato modificato il sistema delle fonti, con alterazione dell'assetto costituzionale di separazione tra i poteri, ovvero che siano stati lesi alcuni principi come quello del libero convincimento del giudice.

Dette perplessità, a mio avviso, possono essere superate e le novelle introdotte nella disciplina del processo amministrativo, e prima ancora in quella del processo civile, dovrebbero essere salutate con favore in quanto funzionali al miglior perseguimento del principio di certezza del diritto e, quindi, del fondamentale principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

3.1 La giurisprudenza tra le fonti del diritto.

Se per fonte del diritto si intende la capacità di creare ed introdurre formalmente nel sistema nuove norme in competizione con il potere legislativo di creazione delle norme giuridiche, la giurisprudenza non può essere annoverata tra le fonti del sistema in alcun caso, né nei sistemi di common law né in quelli di civil law.

Se, invece, per fonte del diritto si intende un'opera di integrazione da parte della giurisprudenza della norma giuridica prodotta dagli organi politici, che è inevitabile conseguenza delle lacune del sistema nonché della necessità di interpretare ed applicare norme contenenti concetti giuridici a contenuto indeterminato, la giurisprudenza ha sempre la caratteristica di fonte, complementare e non autonoma, ausiliaria e mai competitiva, mentre la differenza tra sistemi di common law e sistemi di civil law è individuabile, come evidenziato, nella modalità di perseguimento dell'obiettivo della certezza del diritto, atteso che solo i primi tendono a realizzarlo attraverso il vincolo derivante dal precedente, ma rispetto ai quali, per la crisi che ha manifestato la funzione centrale della legge di produzione parlamentare negli ultimi decenni, tende a ridurre le distanze anche il nostro ordinamento che ha di recente attribuito una maggiore pervasività alle pronunce delle magistrature apicali.

L'attribuzione di un maggior rilievo al "precedente", in tale ottica, non soltanto non sembra incompatibile con il principio di legalità, ma, essendo strumentale alla realizzazione del principio di certezza del diritto, in qualche misura ne è il corollario, vale a dire ne costituisce un completamento.

Infatti, ove il giudice non trovi nel materiale giuridico a sua disposizione alcuna disciplina esplicita del rapporto controverso, è tenuto ad elaborare la regola di carattere generale che dovrà poi motivatamente applicare alla fattispecie sottoposta al suo esame.

Di talché, il giudice non forma in proprio la regola di disciplina del rapporto, ma attinge ad un materiale giuridico preesistente di per sé non esaustivo e, così procedendo, completa ed integra l'opera del legislatore.

Il giudice, insomma, anche nei sistemi di civil law si trova sovente a compiere operazioni non soltanto di carattere ermeneutico ed applicativo, ma anche di elaborazione sistematica, ad integrazione e completamento del dettato normativo.

Ciò non incide sulla sussistenza di una netta separazione tra il momento della scelta politica che, guidata dal sistema rappresentativo, si trasforma in legge, ed il momento dell'applicazione della legge al caso controverso che si svolge davanti ad un giudice qualificato e selezionato in base a requisiti tecnici e sottratto al circuito politico – rappresentativo.

Va da sé, quindi, che il potere legislativo esaurisce il suo compito nel predisporre regole generali ed astratte, applicabili ad un numero indeterminabile di casi, mentre spetta al giudice elaborare la regola giuridica da applicare al caso concreto in una eterogenesi dei fini che si stacca dall'obiettivo perseguito dal legislatore per cedere il passo alle finalità oggettive cui assolve la norma e che dipendono anche dal modo in cui le dinamiche esterne si sono evolute.

Lo spazio maggiore conquistato dall'interpretazione giurisprudenziale a seguito della crisi dei sistemi incentrati essenzialmente, se non unicamente, sulla legge di formazione parlamentare, ha posto in crisi un assetto costruito intorno al dogma del giudice come mero esecutore della legge, sicché le norme che affidano ai vertici delle magistrature il compito di assicurare l'uniformità della giurisprudenza, la cui autorevolezza e capacità persuasiva non sempre è stata sufficiente allo scopo, sono ispirate all'esigenza di riaffermare la parità di trattamento fra i destinatari delle decisioni giudiziarie attraverso il recupero della prevedibilità della decisione finale, introducendo limiti alle possibilità che ciascun giudice opti per una distinta soluzione nella propria attività interpretativa.

L'effetto delle riforme succedutesi dal 2006 è stato quello di indurre i giudici ad uniformarsi ai principi di diritto stabiliti dai vertici delle rispettive magistrature, atteso che tali principi potranno essere modificati solo dagli stessi vertici, ma il ruolo delle Sezioni semplici non è affatto sminuito in quanto è istituzionalizzato il loro essenziale compito di impulso e di proposta.

Il “precedente” acquista così nel nostro ordinamento un'autorità nuova, tale da indurre ad elaborare la nozione di “fonte culturale”.

Laddove il “precedente” espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato acquista forza vincolante verso gli altri giudici, i principi e le regole in esso stabilite acquistano una più penetrante efficacia anche per tutti i soggetti dell'ordinamento, i quali dovranno conformare i loro comportamenti a quanto previsto dalla regola enucleata dalla giurisprudenza, atteso che, diversamente, la parte sarebbe soccombente in

un'eventuale controversia così come lo sarebbe nel caso di violazione di una norma giuridica posta da una fonte politica.

Una volta che il “precedente” statuito dagli organi di vertice delle magistrature acquista valenza di fonte, nel senso sopraindicato, vale a dire di fonte “culturale”, di fonte “atipica” o di fonte “integrativa e complementare”, occorre individuarne la collocazione nel sistema ed il rapporto con le altre fonti.

La nozione di “fonte culturale” colloca la giurisprudenza delle magistrature di vertice in una dimensione diversa rispetto alle fonti del diritto tipicamente intese e, più propriamente, come prima evidenziato, in una veste complementare, di fonte integrativa rispetto a queste ultime, nel senso che la funzione precipua della giurisprudenza resta quella di applicare le norme giuridiche e, solo nell'esercizio della relativa funzione interpretativa o di supplenza ad un vuoto normativo, può svolgere un compito “creativo”, di vincolo per la giurisprudenza successiva.

In altri termini, come detto, la giurisprudenza può integrare il contenuto indeterminato di norme poste dal potere politico individuando quali sono le fattispecie concrete che possono essere sussunte nelle fattispecie astratte previste dalla norma o, come avvenuto soprattutto in ambito processuale, può svolgere un ruolo di supplenza in presenza di un vuoto normativo.

Di conseguenza, rendere più efficace la funzione nomofilattica, al punto da renderla quasi nomopoietica, attribuendo valore di precedente vincolante alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (o delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) non significa contravvenire al principio costituzionale che il giudice è soggetto solo alla legge, tanto più che la Sezione semplice del Consiglio di Stato, ove abbia motivo per dubitare della correttezza della decisione a cui è giunta l'Adunanza Plenaria, può rimettere ad essa nuovamente e motivatamente la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a. al fine di provocarne un cambio di rotta che potrebbe essere qualificato più propriamente come *overruling*, e cioè come un cambiamento della regola imposta dall'Autorità, che come *revirement*, e cioè come il mutamento di un orientamento giurisprudenziale.

Con l'introduzione dell'art. 99 c.p.a., come già per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la novella dell'art. 374 c.p.c., le decisioni dell'Adunanza Plenaria, già ontologicamente autorevoli, acquisiscono, insomma, un particolare valore giuridico impedendo alle Sezioni semplici del Consiglio di Stato di decidere una controversia seguendo principi di diritto difformi da quelli enunciati dalla Plenaria.

In particolare, l'art. 99, comma 3, c.p.a. non impone alla Sezione semplice di decidere la controversia secondo i principi espressi dalla Plenaria ove ritenga di non condividerli, ma impedisce che la controversia possa essere decisa in modo difforme, obbligando la Sezione semplice “dissenziante” a rimettere alla Plenaria, motivando, la decisione del ricorso ed attribuendo alla stessa, di conseguenza, un ruolo di indubbio rilievo.



L'Adunanza Plenaria alla quale la decisione del ricorso è rimessa, ai sensi del quarto comma dell'art. 99 c.p.a., decide l'intera controversia salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente.

Va da sé, a mio giudizio, che la Sezione semplice, in ossequio al precetto di cui all'art. 101 Cost., non può essere costretta a pronunciarsi conformemente se dissente dal principio di diritto espresso dalla Plenaria, la quale sarà tenuta a decidere l'intero ricorso ove dovesse confermare il principio dal quale la remittente dissente, evitando così una situazione di possibile stallo atteso che, ove anche le nuove argomentazioni non fossero tali da convincere la Sezione semplice, quest'ultima potrebbe rimettere nuovamente la questione alla Plenaria ai sensi del terzo comma, mentre la controversia potrà essere restituita senz'altro alla Sezione remittente quando è operato il revirement (o, più propriamente, l'overruling) auspicato in sede di rimessione.

In tal modo, il vincolo del "precedente" espresso dall'Adunanza Plenaria non potrebbe ritenersi lesivo della norma costituzionale, consacrata nell'art. 101, comma 2, secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, ma sarebbe con esso compatibile.

La Sezione del Consiglio di Stato (come quella della Corte di Cassazione), ove non condivida il principio espresso dalla Plenaria, in definitiva, non è tenuta a decidere la controversia in modo difforme dal proprio convincimento, ma ad investire la stessa Plenaria con ordinanza motivata e, in virtù della descritta opzione interpretativa, ove la Plenaria dovesse rimanere ferma nella propria posizione nonostante le argomentazioni contrarie formulate in sede di rimessione, sarebbe ragionevole ritenere che debba decidere da sé la controversia senza restituire il giudizio alla remittente che, proprio in virtù del principio della soggezione del giudice solo alla legge, non potrebbe essere costretta ad assumere una decisione contrastante con il proprio libero convincimento.

Di talché, la novella legislativa, se impedisce alla Sezione semplice di decidere la causa in contrasto con un principio di diritto formulato dall'Adunanza Plenaria, non impone affatto di decidere contro il proprio libero convincimento, atteso che in tal caso la decisione della controversia è trasferita ex lege dalla Sezione semplice all'Adunanza Plenaria.

Né, proprio per questo, potrebbe ipotizzarsi che sia violato il principio del giudice naturale in quanto è la norma legislativa ad individuare, nel caso di contrasto tra la Sezione semplice e l'Adunanza Plenaria, in quest'ultima il giudice a cui spetta l'ultima parola sulla decisione.

Neppure può sostenersi che, con la creazione del vincolo del "precedente" rispetto ai principi di diritto espressi dalla Plenaria, vi sia una invasione di campo del potere giurisdizionale nel potere politico.

Infatti, sebbene voglia considerarsi la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria una presenza attiva nel sistema delle fonti, sussiste una fondamentale differenza rispetto alla produzione normativa del potere politico che consente di escludere ogni vulnus al principio costituzionale di separazione tra poteri.

Il potere politico, nell'esercizio della funzione legislativa è caratterizzato dalla libertà dei fini, costituendo proprio l'individuazione dei fini da raggiungere l'in sé dell'attività di indirizzo politico.

Viceversa, la giurisprudenza della magistratura apicale, anche quando agisce in funzione di fatto produttiva di norme, è sempre integrativa del sistema, cercando nella lettura sistematica dell'ordinamento la chiave per colmare le lacune dello stesso e, quindi, individuando la ratio del corpus normativo afferente al rapporto controverso per esercitare la propria funzione, senza sovrapporsi al legislatore nel creare da sé i fini per il perseguimento dei quali "creare" la norma.

In altri termini, la collocazione della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti non può mai determinare un vulnus all'esclusività del potere politico nella libera individuazione dei fini che lo Stato e le autonomie locali intendono perseguire.

3.2 Il "diritto vivente" elaborato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Una chiara evidenza di come la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto a causa di un sistema normativo incompleto, si ha nello spinoso tema della tassonomia delle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, vale a dire nella determinazione dell'ordine di graduazione dei motivi di impugnativa in un'azione di annullamento ovvero nel rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale.

3.2.1 L'ordine di graduazione dei motivi di impugnativa.

La giurisdizione amministrativa è una giurisdizione di tipo soggettivo e il processo amministrativo è conseguentemente un processo di parte come è *ictu oculi* rilevabile sin dalla sua genesi, atteso che l'art. 3 della legge n. 5992 del 1889 (cd. legge Crispi), istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato e perciò introduttiva nell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, ha attribuito a tale organo la funzione di decidere sui ricorsi per incompetenza per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse "di individui o di enti morali giuridici".

Il principio della domanda e quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, quindi, come evidenziato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, hanno dignità di *generalklausel* nel processo civile (cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, nn. 26242 e 26243 del 2014) e nel processo amministrativo (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2015, n. 9 del 2014 e n. 4 del 2011).

Tale principio generale, se impone al giudice di pronunciare su ogni richiesta, comporta altresì il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda.

La graduazione dei motivi da parte dell'interessato, nel senso dell'indicazione di uno o taluni di essi come principali e di uno o taluni di essi come subordinati all'eventuale non fondatezza dei primi, pertanto, impedisce al giudice, che altrimenti andrebbe ultra petita, ove ritenuta fondata una o più delle censure sovraordinate, di procedere all'esame delle doglianze subordinate.

La questione diviene problematica quando l'interessato non ha provveduto a graduare di sua iniziativa i motivi di ricorso, per cui, in assenza di norme giuridiche cui fare riferimento, è il giudice a dover graduare gli stessi secondo un ordine logico.

Infatti, non sussiste alcuna norma di diritto positivo che disciplina la delicata questione, sicché ogni collegio giudicante aveva il potere di decidere con quale criterio procedere alla graduazione dell'esame dei motivi di impugnativa, fino all'intervento del supremo consesso giurisdizionale che ha stabilito criteri di carattere generale onde evitare che siano i singoli giudici a decidere caso per caso la graduazione, con gli effetti sostanziali che essa comporta in termini di attribuzione o negazione di un "bene della vita" e per i conseguenti obblighi di esecuzione a carico delle amministrazioni soccombenti.

L'importanza e la centralità della questione possono evincersi proprio dal caso che ha dato luogo alla rimessione alla Plenaria, in cui la parte ricorrente contro l'aggiudicazione di una gara d'appalto ad altra impresa aveva articolato, senza graduarli espressamente, motivi di impugnativa, ad alcuni dei quali, quale seconda in graduatoria, era sotteso l'interesse finale ad ottenere direttamente l'aggiudicazione ed il subentro nel contratto (censure relative alla illegittima partecipazione dell'aggiudicataria alla gara) e ad altri dei quali era sotteso l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara in relazione alla quale coltivare una nuova chance di aggiudicazione (censure relative all'illegittimo svolgimento della selezione).

Il giudice di primo grado, in considerazione della natura assorbente del vizio inerente lo svolgimento della gara, cui era sotteso l'interesse legittimo strumentale, lo ha esaminato ed accolto e, assorbiti gli altri motivi, ha annullato gli atti impugnati, sicché la stessa ricorrente vittoriosa in primo grado ha interposto appello deducendo essenzialmente che avrebbe dovuto essere esaminato prioritariamente il motivo maggiormente satisfattivo, vale a dire quello cui era sotteso l'interesse finale, con assorbimento, se fondato il motivo per primo esaminato, della censura cui era sotteso l'interesse strumentale.

Con la sentenza n. 5 del 2015, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tra gli altri, ha formulato i seguenti principi:

- "nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi";

- “nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l’assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia)”.

In realtà - spostando l’ottica sull’attribuzione del “bene della vita” e sugli obblighi di esecuzione della eventuale sentenza di accoglimento gravanti sull’amministrazione soccombente (si pensi all’annullamento dell’aggiudicazione di un appalto da cui potrebbe derivare sia il subentro del ricorrente vittorioso in giudizio nell’aggiudicazione sia la rinnovazione della gara), aspetti assolutamente fondamentali in tema di effettività della tutela non disciplinati da alcuna norma di diritto positivo - il massimo organo di giurisdizione amministrativa non ha chiarito, ove siano esaminati e ritenuti fondati tutti i motivi di impugnativa ed ove agli stessi siano sottesi sia un interesse finale che un interesse strumentale, in che modo l’amministrazione soccombente sia tenuta ad eseguire la sentenza, per cui è verosimile ritenere che, persistendo l’incompletezza sul punto del corpus normativo di riferimento, e cioè in assenza di un intervento legislativo a regolare la materia, sarà chiamata ad esprimersi nuovamente sul tema.

3.2.2 La priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Altro esempio paradigmatico di come la giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto, non solo culturale, ma complementare, in quanto viene a colmare una lacuna del sistema si ha nell’importante e delicato tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale.

Il Tar Piemonte, Seconda Sezione, con ordinanza 9 febbraio 2013, ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale qualificando “diritto vivente” quanto statuito nella decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo la quale l’esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l’impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed ha portata pregiudiziale rispetto all’esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell’intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all’ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l’aggiudicatario - ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l’altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell’offerta.

Il giudice nazionale ha qualificato “diritto vivente” la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, evidenziandone in tal modo il suo pieno inserimento tra le fonti del diritto in quanto ha disciplinato una fattispecie – quali censure debbano essere prioritariamente esaminate tra quelle contenute in un ricorso principale ed in un ricorso incidentale reciprocamente escludenti - non regolata dalla norma formale.

La scelta del giudice sull’ordine di priorità logica nell’esame delle censure proposte con i ricorsi principale ed incidentale, con cui le parti reciprocamente contestano l’altrui ammissione alla gara, è in grado di incidere ex se sui delicati interessi economici e concorrenziali coinvolti in quanto il prioritario esame dell’una o dell’altra azione è potenzialmente idoneo a determinare l’inammissibilità dell’azione reciprocamente escludente con attribuzione del “bene della vita” alla parte il cui ricorso, rivelatosi fondato, sia stato esaminato per primo.

La peculiarità delle materie, in primis gli appalti, che costituiscono terreno privilegiato per la proposizione dell’azione incidentale, infatti, è caratterizzata dalla circostanza che il bene della vita è una risorsa scarsa, che può essere attribuita ad uno ed uno solo tra gli operatori economici che vi aspirano, sicché, nelle impugnazioni reciprocamente escludenti, la decisione del giudice di esaminare per prima la censura escludente proposta da una delle parti contrapposte (ricorrente principale e controinteressato ricorrente incidentale), non vincolata da alcuna specifica norma di legge, assume rilievo dirimente circa l’effettività della tutela.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con sentenza del 4 luglio 2013 pronunciata dalla Decima Sezione (c.d. sentenza Fastweb), ha definito la questione pregiudiziale rimessa dal TAR Piemonte ai sensi dell’art. 267 TFUE, statuendo che il ricorso incidentale dell’aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell’ipotesi in cui la legittimità dell’offerta di entrambi gli operatori sia contestata nell’ambito del medesimo procedimento e per motivi identici; ha sostenuto, infatti, che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti potrebbe far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta degli altri, che può indurre l’amministrazione aggiudicatrice a constatare l’impossibilità di procedere alla scelta di un’offerta regolare.

Il giudice europeo, quindi, ha ritenuto che in tale ipotesi debbano essere esaminati entrambi i ricorsi simmetricamente “escludenti”.

La sentenza della Corte Europea è giunta ad un risultato diverso da quello cui era giunta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4 del 2011 e più vicino all’orientamento espresso dalla precedente decisione dell’Adunanza Plenaria n. 11 del 2008.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la famosa sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, ha definito nuovamente la questione, questa volta sollevata dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 17 maggio 2013, pervenendo a conclusioni indubbiamente innovative.

In particolare, dopo avere mostrato di aderire all'impostazione teorica adottata dalla sentenza n. 4 del 2011, ha rappresentato che la sentenza *Fastweb*, e cioè la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 4 luglio 2013, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario ricostruito dalla giurisprudenza.

Il supremo organo di giustizia amministrativa – ribadito tra l'altro come la regola del processo italiano esiga che l'introduzione del giudizio superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione - è partito da un dato di fatto sostanziale, vale a dire che, se le offerte sono entrambe inficiate da un medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale e mantenere in vita l'offerta presentata dall'aggiudicataria ricorrente incidentale sebbene sia suscettibile di esclusione per la medesima ragione ed ha concluso che “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale – estromesso per atto dell'amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale – ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione”.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, ancora più recentemente, con sentenza 5 aprile 2016 (c.d. sentenza *Puligienica*), si è espressa una seconda volta sul punto in quanto chiamata in causa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza di rinvio del 17 ottobre 2013, vale a dire in epoca successiva all'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 ma antecedente all'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014.

Il giudice europeo ha nuovamente dichiarato che la normativa europea in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile “in applicazione di norme processuali nazionali” che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da altro offerente.

Pertanto, per quanto maggiormente interessa ai fini del presente lavoro, sia il giudice nazionale che ha rimesso la questione in via pregiudiziale sia il giudice europeo hanno considerato le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come integrative delle fonti del diritto, facendo riferimento

ai principi da essa espressi come “diritto vivente” o come “norme processuali nazionali”, il che, in presenza di un vuoto normativo, corrisponde all’essenza delle cose.

3.3 Il rapporto tra giudice nazionale e giudice europeo nel sistema delle fonti.

Il ruolo della giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria nel sistema delle fonti non può prescindere dall’analisi del suo rapporto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e dal ruolo che quest’ultima a sua volta ricopre nel sistema delle fonti del diritto europeo.

Molti dei principi più rilevanti del diritto europeo non sono posti dalle fonti tradizionalmente intese (trattati, regolamenti o direttive), ma sono individuabili nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, tanto che il diritto comunitario (ora europeo) è stato sovente definito come diritto di fonte giurisprudenziale.

La maggior parte dell’attività della Corte di Giustizia è costituita dalle pronunce emesse a seguito di rinvio pregiudiziale dai giudici degli Stati membri, le quali assumono rilievo non solo per il giudice che ha sollevato la questione, ma anche per le altre controversie la cui definizione postula l’applicazione della medesima norma europea.

Si tende spesso ad affermare, anche se le opinioni sono controverse, che nel diritto europeo non esiste la regola del precedente e che, quindi, la Corte di Giustizia non è obbligata ad uniformarsi ai propri precedenti.

Tuttavia, l’art. 104, par. 3, del regolamento di procedura della Corte, in modo non dissimile da quanto previsto nell’art. 74 c.p.a., dispone che “qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l’avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente”, sicché, così come l’art. 74 c.p.a. conferisce un espresso valore giuridico al “precedente”, anche tale disposizione gli attribuisce rilievo a livello europeo.

Gli effetti della previsione de qua possono essere colti non tanto nelle ordinanze pronunciate dalla Corte, piuttosto rare, quanto nel fatto di avere scoraggiato i giudici nazionali a sottoporre questioni già sufficientemente chiare alla luce della giurisprudenza europea.

Peraltro, al di là della questione meramente teorica relativa all’esistenza o meno di un obbligo per la Corte di seguire i propri precedenti, è un dato di fatto che raramente la Corte si discosta da essi, se non con le tecniche note nei sistemi di common law come di *overruling* e *distinguishing*

Nella nota sentenza *Cilfit* (6 ottobre 1982), la Corte di Giustizia ha sostenuto che l’obbligo del rinvio pregiudiziale non sussiste sia quando “la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale”, sia quando esiste una

“giurisprudenza costante della Corte che ... risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere”.

Ne consegue che la Corte ritiene di essere vincolata ai propri precedenti e ciò per la necessità di un’uniforme interpretazione del diritto comunitario, propedeutica al raggiungimento del principio della certezza del diritto, evitando “che si producano divergenze giurisprudenziali all’interno della Comunità”.

La sentenza Cilfit è stata la capostipite della successiva giurisprudenza che ha precisato come le sentenze della Corte di Giustizia, oltre ad avere rilevanza nella controversia pendente avanti al giudice che ha proposto il rinvio pregiudiziale, spiegano effetti in ogni caso analogo, per cui il giudice può “astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto comunitario che è stata sollevata dinanzi ad esso”.

La Corte Costituzionale ha chiarito sin dalla celebre sentenza Granital (sentenza 8 giugno 1984, n. 170) che non sono ammissibili le questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme legislative contrastanti con norme comunitarie dotate di efficacia diretta in quanto il carattere direttamente applicabile della norma comunitaria implica che la norma interna con essa contrastante deve essere disapplicata dal giudice comune senza necessità di richiedere ed attendere una pronuncia esplicita della Corte di Giustizia.

Lo stesso principio vale anche per le statuizioni contenute nelle pronunce interpretative della Corte di Giustizia che hanno diretta ed immediata applicazione nell’ordinamento nazionale e determinano la non applicazione della legge nazionale, o del diritto vivente, dichiarata incompatibile con l’ordinamento europeo, con il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti ineliminabili della persona umana.

Un’ipotesi paradigmatica del rapporto tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è fornita proprio dalla richiamata sentenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 resa su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell’art. 267 TFUE, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

In particolare, la Corte di Giustizia ha dichiarato che:

- l’art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente ad una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, una sezione giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l’orientamento definito da una decisione dell’Adunanza Plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all’Adunanza Plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale;

- l’art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di Giustizia dell’Unione Europea ad una questione vertente sull’interpretazione del diritto dell’Unione da

essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Tali statuizioni incidono profondamente sull'applicazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a., atteso che, ove si controverta sull'interpretazione e sulla validità del diritto europeo, l'orientamento difforme della Sezione semplice rispetto al principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria non determina, come nella disciplina dettata dalla norma di codificazione, la necessità di rimettere motivatamente la questione all'Adunanza Plenaria al fine di provocarne un eventuale revirement (o, più propriamente, overruling), ma impone il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per cui, ove detto organo si sia espresso in senso difforme da quanto statuito dall'Adunanza Plenaria, dovrà essere la stessa Sezione semplice a decidere la controversia nel senso affermato dalla Corte di Giustizia anche ove difforme dal principio di diritto affermato dalla Plenaria, né più né meno come se la Sezione dovesse disapplicare la norma interna di rango primario contrastante con la normativa europea.

Esse confermano l'applicabilità diretta delle pronunce della Corte all'interno dell'ordinamento nazionale in quanto intervengono, modificandone in parte qua il contenuto, nel tessuto normativo di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a., ed assumono vero e proprio valore di fonte del sistema interno, posto in posizione sovraordinata rispetto alla fonte costituita dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In altri termini, se la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato assume il ruolo di fonte nell'ordinamento interno nel senso in precedenza delineato, vale a dire di fonte integrativa rispetto alla fonte normativa di produzione del potere politico, il cui esercizio è libero nell'individuazione dei fini, e mai di fonte autonoma, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sempre nella stessa ottica di fonte, assume una posizione sovraordinata rispetto alla posizione dell'Adunanza Plenaria ed ai principi di diritto da essa espressi.

Nelle more della richiamata decisione della Corte di Giustizia, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 17 marzo 2016, n. 1090, ha investito l'Adunanza Plenaria della questione relativa ai rapporti tra la stessa e la Corte di Giustizia.

L'Adunanza Plenaria, con sentenza 27 luglio 2016, n. 20, intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Puligienica/Airgest, ha preso atto e recepito i principi in essa enunciati in ordine ai rapporti tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99, comma 3, c.p.a. alla Plenaria e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

Di talché, il supremo consesso della magistratura amministrativa ha chiarito che, alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza 5 aprile 2016, l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve essere interpretato nel senso che:

- a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza Plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento;
- b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di Giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

In altri termini, i principi enunciati consentono alle Sezioni cui è assegnato il ricorso sia di poter adire direttamente la Corte di Giustizia, senza dovere prima rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, sia di poter disattendere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, ove esso risulti in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza europea.

D'altra parte, la Corte di Giustizia (Grande Sezione), anche nella precedente sentenza *Elchinov* del 5 ottobre 2010, relativa alla diversa fattispecie del rapporto tra organi giurisdizionali di gradi diversi, aveva posto in rilievo che il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti di decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede di impugnazione, sia vincolato conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione.

Tale decisione ha evidenziato che una sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione per la definizione della lite principale, per cui il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale senza dovere chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

3.4 L'esercizio della nomofilachia nell'interesse della legge.

La disposizione forse più significativa dell'art. 99 è contenuta nel 5 comma che attribuisce all'Adunanza Plenaria la facoltà, qualora la questione sia di particolare importanza, di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero quando dichiara l'estinzione del giudizio.

La portata applicativa della norma, come già indicato, riecheggia quella prevista per il giudizio civile dall'art. 363, comma 3, c.p.c. introdotto dall'art. 4 d.lgs. n. 40 del 2006.

In tali casi, specifica la norma, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato, sicché introduce nell'ordinamento la singolare ipotesi di una pronuncia di carattere oggettivo, sconosciuta sinora al nostro sistema giurisdizionale.

Il giudizio amministrativo, infatti, nasce sin dai suoi albori come giurisdizione a carattere soggettivo, a protezione di interessi individuali, tanto che, come in precedenza rappresentato, l'art. 3 della c.d. legge Crispi – la quale, nel 1889, ha istituito la Quarta Sezione del Consiglio di Stato determinando di fatto la nascita della giustizia amministrativa in Italia - aveva già all'epoca sancito che spetta alla detta Quarta Sezione di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che abbiano per oggetto “un interesse di individui o di enti morali giuridici”.

La possibilità di conseguire un'utilità personale, il c.d. “bene della vita”, in via diretta o strumentale, per effetto della eventuale sentenza di accoglimento del ricorso è elemento ontologicamente necessario per l'ammissibilità e la procedibilità del giudizio, atteso che l'assenza di tale interesse determinerebbe l'insussistenza delle condizioni soggettive dell'azione che, così come devono essere presenti al momento dell'introduzione del giudizio, devono parimenti persistere nello svolgimento dello stesso.

La norma di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p.a. non pone un'eccezione al concetto di necessaria sussistenza dell'interesse al ricorso per la proposizione del giudizio e, d'altra parte, non si riferisce ad uno specifico *thema decidendum*, ma a qualunque ipotesi di giudizio, qualunque sia la materia controversa, per cui non introduce alcuna fattispecie di azione popolare nel sistema.

Viceversa, interviene per rendere oggettiva la giurisdizione, qualora l'Adunanza Plenaria rilevi che una questione sia di particolare importanza, quando nel corso del processo emerga una causa ostativa alla decisione nel merito della controversia, e quindi tale da non poter più consentire la soddisfazione in forma specifica o per equivalente patrimoniale del bene della vita oggetto dell'interesse legittimo per la cui tutela è stato proposta l'azione giurisdizionale.

In tali ipotesi, in cui il ricorso sarebbe dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile ovvero estinto per rinuncia al giudizio, l'Adunanza Plenaria può pronunciare sulla questione ritenuta particolarmente

importante non già “nell’interesse individuale”, che in nessun caso potrà essere più soddisfatto, ma “nell’interesse della legge”, per cui il giudizio, nato a tutela dell’interesse individuale, a seguito di una circostanza oggettiva, l’intervento di fatti o di nuove considerazioni in diritto che determinano l’impossibile soddisfazione in forma specifica dell’interesse personale azionato, e di una circostanza soggettiva, la valutazione dell’Adunanza Plenaria della questione controversa come di particolare importanza, diviene un giudizio a tutela di un interesse oggettivo, l’interesse della legge.

Il mutamento della natura del giudizio è possibile solo per effetto della valutazione del supremo consesso della magistratura amministrativa (così come della magistratura ordinaria) e non del giudice che rimette la questione in quanto, ai sensi del primo comma dell’art. 99, la Sezione semplice può rimettere il ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria solo con riferimento al punto di diritto sottoposto al suo esame, il che postula che, ove la controversia debba essere decisa con una sentenza in rito o anche nel merito di cessazione della materia del contendere, venendo meno l’essenziale presupposto “del punto di diritto sottoposto all’esame”, la rimessione non può mai avvenire nel mero “interesse della legge”.

In definitiva, l’esigenza di garantire l’uniformità della giurisprudenza al fine di rendere possibile la parità di trattamento dei destinatari della norma è stata così avvertita dal legislatore da introdurre la possibilità che i principi di diritto possano essere espressi anche nel mero interesse della legge, vale a dire a tutela di un interesse pubblico oggettivo laddove l’interesse soggettivo che ha legittimato ed ha originato la proposizione del ricorso sia venuto meno nel corso del giudizio.

4. Conclusioni

La funzione nomofilattica ha lo scopo di assicurare, per quanto possibile, l’uniforme applicazione delle norme giuridiche, sicché riveste un ruolo di massima importanza nel sistema in quanto si rivela strumentale al perseguimento del fondamentale principio democratico dell’uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Il perseguimento di un diritto certo caratterizza sia i sistemi di common law sia i sistemi, quale quello nazionale, di civil law, i quali si differenziano non per il fine, ma per il modo con cui l’uniforme applicazione delle norme è ricercata e cioè attraverso il principio dello stare decisis nei primi e con la formazione di un sistema completo, organico e coerente di norme, che vede al centro la legge di formazione parlamentare, nei secondi.

La crisi della centralità della legge di formazione parlamentare e, soprattutto, l’acquisita consapevolezza di una molto difficile, se non impossibile, realizzazione di un sistema coerente e completo di norme ha determinato un avvicinamento dei sistemi di civil law a quelli di common law.

Nel diritto amministrativo, tale iter di avvicinamento ha avuto luogo attraverso l'attribuzione di uno specifico valore giuridico al precedente, sia con la possibilità di definire la controversia con sentenza in forma semplificata con un sintetico riferimento ad un precedente conforme (art. 74 c.p.a.) sia, e soprattutto, accrescendo l'incisività della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in analogia a quanto già previsto per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, tanto che la funzione nomofilattica può ritenersi ormai confinante con quella nomopoietica.

Il vincolo derivante dai principi di diritto espressi nelle pronunce del massimo consesso della giustizia amministrativa nei confronti delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato, le quali non possono più dagli stessi dissentire essendo obbligate, in caso di differente orientamento, a rimettere motivatamente la questione alla Plenaria per un eventuale revirement (o, meglio, overruling), ha fatto sorgere interrogativi sulla collocazione della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria nel sistema delle fonti e perplessità su un possibile vulnus ai principi costituzionali di separazione dei poteri e del libero convincimento del giudice. Tali preoccupazioni sono a mio avviso superabili, mentre è da leggere con soddisfazione l'evoluzione di un sistema sensibile a coltivare nell'interesse dei cittadini e delle amministrazioni il più efficace perseguimento del principio di certezza del diritto.

In primo luogo, se anche le pronunce dell'Adunanza Plenaria possono essere collocate e trovare posto nel sistema delle fonti in quanto, nell'integrazione di concetti giuridici indeterminati e nel completamento di lacune normativa si pongono effettivamente sullo stesso piano delle norme di diritto positivo costituendo "diritto vivente", rimane comunque assolutamente fermo che, mentre le norme di formazione politica sono libere nei fini, le norme di produzione giurisprudenziale non lo sono mai, dovendo anzi la giurisprudenza ricercare la ratio del corpus normativo in materia, posto dai titolari della funzione legislativa, per interpretare le norme ambigue ed individuare le norme di completamento del sistema.

La funzione giurisdizionale, pertanto, anche laddove sia chiamata a compiere un'opera di integrazione delle fonti normative, è comunque esercitata giammai per individuare i fini da perseguire, compito esclusivo del potere politico e della funzione legislativa, ma per interpretare ed applicare le norme giuridiche ai rapporti controversi.

Ne consegue che non può esservi alcuna sovrapposizione del potere giurisdizionale al potere legislativo, ma che, anzi, la più incisiva attività nomofilattica ora svolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pone come corollario del principio di legalità, intervenendo, garantendone la ratio, proprio laddove la disciplina positiva non è compiutamente intervenuta.

D'altra parte, il ruolo svolto dall'Adunanza Plenaria non è dissimile da quello svolto dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione Europea, tanto che, in un ipotetico

sistema delle fonti, la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria si collocherebbe in posizione omogenea, sebbene subvalente, a quella della Corte di Giustizia.

La subalternità dell'Adunanza Plenaria rispetto alla Corte di Giustizia emerge dalla considerazione che non solo le norme europee *self executing* ma anche le statuizioni della Corte di Giustizia hanno efficacia diretta nei sistemi nazionali e prevalgono sia sulle norme di diritto interno sia sulle pronunce giurisprudenziali costituenti diritto vivente con esse contrastanti.

L'operatività dell'art. 99, comma 3, c.p.a. in tal modo viene circoscritta alle controversie in cui non si faccia questione dell'interpretazione e della validità delle norme dell'Unione, atteso che, in tale ultimo caso, la Sezione semplice che dubiti della compatibilità con il diritto europeo della soluzione di diritto vivente elaborata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, disattendendo la norma processuale interna, è tenuta a rimettere in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia e, laddove quest'ultima fornisca una soluzione difforme da quella fornita dall'Adunanza Plenaria, deve decidere direttamente la questione senza interessare della stessa l'Adunanza Plenaria che pure aveva espresso un differente principio di diritto.

Del pari, nessun *vulnus* può sussistere al principio del libero convincimento del giudice in quanto se, da un lato, le Sezioni semplici del Consiglio di Stato non possono decidere una questione di diritto diversamente da quanto espresso nei propri principi dall'Adunanza Plenaria, dall'altro, non sono obbligate a decidere in modo difforme dal loro convincimento, dovendo in tal caso rimettere la questione alla Plenaria auspicandone motivatamente un ripensamento e, quindi, l'introduzione di una diversa *regula iuris*.

Il ruolo delle Sezioni semplici, anzi, appare in tal modo valorizzato, potendo operare, in funzione di impulso e di proposta, per il cambiamento della *regula iuris* ritenuta superata.

La possibilità attribuita dall'art. 99, comma 5, all'Adunanza Plenaria di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, qualora la questione sia di particolare importanza, anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero quando dichiara l'estinzione del giudizio, costituisce forse l'esempio più eclatante dell'intento legislativo di rendere più efficace la ricerca di uniformità delle pronunce giurisprudenziali in quanto introduce in una giurisdizione storicamente, ed ancora attualmente, a carattere soggettivo un'ipotesi di pronuncia resa non a tutela di interessi individuali, ma a tutela di un interesse pubblico oggettivo qual è l'interesse della legge.

Credo che le norme volte ad attribuire maggiore efficacia alla funzione nomofilattica delle magistrature apicali costituiscano un progresso sulla strada dell'eguaglianza.

In un sistema ottimale, l'uniformità delle decisioni giurisprudenziali dovrebbe essere la fisiologia e le decisioni difformi rese su fattispecie simili o identiche dovrebbero costituire la patologia.

Il libero convincimento, quando è ancorato a solide basi logico-giuridiche, può certamente derogare all'uniformità dei precedenti, e tale ruolo di impulso è affidato alle Sezioni semplici, ma, in tal caso, costituirà esso stesso un nuovo precedente a cui fare riferimento.

Il dubbio è la condizione esistenziale dell'uomo, ma scegliere, diceva Kierkegaard, significa esistere e la funzione giurisdizionale esiste perché è tenuta a scegliere, vale a dire deve decidere le controversie sottoposte al suo esame; la scelta, però, per quanto possibile, dovrebbe essere condivisa, costante, per creare ragionevoli affidamenti nella collettività.

Trincerarsi dietro l'argomentazione secondo cui il diritto non è una scienza esatta, ma appartiene al mondo dell'opinabile, ha una parte di vero, ma può anche apparire un comodo espediente per eludere il gravoso problema della certezza del diritto, facciamo in modo che il diritto diventi una scienza affidabile perché solo così sarà possibile recuperare la fiducia dei cittadini, delle imprese e delle amministrazioni, che costituiscono gli effettivi destinatari del nostro servizio, e fornire loro un orientamento sul corretto modo di rapportarsi nelle complesse dinamiche dell'esercizio del pubblico potere.

Brevi note bibliografiche

- Auletta A., Funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria e diritto comunitario, in www.neldiritto.it, 2015;
- Barletta M., La funzione nomofilattica nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2012, in www.diritto.it, 2012;
- Bin R., Il sistema delle fonti. Un'introduzione, in Studi in materia di Giuseppe G. Florida, Napoli, 2009;
- Calzolaio E., Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia, in www.jus.unitn.it, 2009;
- Cirillo G. P., La frammentazione della funzione nomofilattica, in LexItalia.it, 2013;
- Corso L., Precedente, fonti del diritto e teorie dell'interpretazione giudiziale, in www.koreeuropa.eu, 2015;
- Esposito M., Jurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale, in Riv. Dir. Proc., 2011;
- Oggianu S. Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Studi di diritto processuale amministrativo, collana diretta da Picozza E. e Sassani B., Roma, 2011;
- Pesce G., L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di common law, in www.ius-publicum.com, 2013;
- Pizzorusso A., Le fonti del diritto italiano: le fonti scritte, Torino, 1998;
- Sassani B., Il nuovo giudizio di Cassazione, in Riv. Dir. Proc., 2006;
- Storto A., Decisioni della plenaria e vincolo di conformazione, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013;
- Veneziano S., Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, Diritto et Diritti, Rivista giuridica elettronica pubblicata su internet, 2005;
- Verde G., Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge), in Riv. Dir. Proc., 2012.