**I materiali della legge nel giudizio amministrativo[[1]](#footnote-1)**

**Sommario: 1. Premessa. 2. Il rapporto del giudice amministrativo con la legge.; 3. I materiali preparatori della legge. 4. Altri tipi di materiali.**

1. **Premessa**

Quello dei materiali della legge, in special modo i lavori preparatori, come sussidio interpretativo per il giudice nel risolvere i casi sottoposti al suo esame, è un tema sempre attuale, ma anche molto antico, che riguarda tutti i settori del diritto, e che nel diritto amministrativo assume qualche connotazione particolare.

In realtà, a ben considerare, nel diritto amministrativo prima di porre la questione dei materiali della legge paradossalmente si potrebbe quasi capovolgere la prospettiva e parlare dei materiali della giurisprudenza nella produzione delle leggi.

Vi sono infatti numerosi esempi di leggi amministrative emanate recependo principi emersi via via nella giurisprudenza, in particolare del Consiglio di Stato che ha avuto fin dall’istituzione della IV Sezione nel 1889 un ruolo fondamentale nel plasmare il regime giuridico dell’atto e del procedimento amministrativo e dello stesso processo.

Da ultimo, anche la legge di delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici (legge 21 giugno 2022, n. 78) prevede come criterio generale quello di adeguare la riforma, oltre che al diritto europeo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 1, comma 1).

Si possono richiamare esempi ancor più rilevanti come il Codice del processo amministrativo, per il quale la legge di delega (legge 18 giugno 2009, n. 69) ha posto il principio di “*adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*” (art. 44). Anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che è una legge di principi, ha in gran parte legificato e razionalizzato il lavorio della giurisprudenza su vari istituti fondamentali, come, per esempio, l’obbligo di motivazione, la revoca e l’annullamento d'ufficio.

In definitiva, veniamo da una tradizione nella quale, almeno per quanto riguarda il diritto amministrativo generale, spesso il legislatore è andato al seguito della giurisprudenza, avallando quella che, come si accennerà qui di seguito, è stata definita come “normazione giurisprudenziale”, piuttosto che viceversa.

1. **Il rapporto del giudice amministrativo con la legge**

Conviene svolgere qualche ulteriore considerazione sul ruolo del giudice amministrativo, più che come interprete e “bocca della legge”, come creatore di norme che talora, come già chiarito, ricevono poi un riconoscimento formale *ex post* da parte del legislatore[[2]](#footnote-2).

Il problema è più in generale quello del rapporto giudice amministrativo-legge, cioè dei parametri normativi e dei principi generali come base delle decisioni che in molti casi il giudice amministrativo tende a costruire in modo creativo.

A tal riguardo basta richiamare il dibattito, che per lungo tempo ha agitato la nostra disciplina, sulla cosiddetta natura giurisprudenziale del diritto amministrativo e sull’opportunità di non imbrigliare troppo il giudice amministrativo in regole rigide di tipo legislativo. La stessa codificazione del processo amministrativo e ancor prima del procedimento amministrativo incontrò all’epoca una certa resistenza da una parte di studiosi che ritenevano preferibile lasciare maggior libertà al giudice amministrativo nel plasmare le regole processuali e dell’agire amministrativo.

In un saggio dell’inizio degli anni ’80 del secolo scorso Fabio Merusi, rivolgendosi a un pubblico anche di giuristi inglesi, illustrava le ragioni per le quali il diritto amministrativo nacque e si sviluppò come un diritto essenzialmente giurisprudenziale quasi sul modello della *common law[[3]](#footnote-3)*.

La prima ragione è legata al principio del *non liquet*, ovvero alla necessità della IV Sezione del Consiglio di Stato, fin dalle sue prime decisioni, di riempire di contenuto le scarne disposizioni normative processuali poste dalla legge del 1889 istitutiva della Sezione, integrandole e specificandole in sede interpretativa. In tal modo nacque, per esempio, la nozione di “eccesso di potere” (come sviamento, anziché come straripamento), nonché lo stesso principio del contraddittorio nei procedimenti disciplinari che fu sancito dalla giurisprudenza facendo riferimento al principio del diritto naturale dell’*audi alteram partem* risalente, com’è noto, già alla tragedia greca. Lo stesso potere di revoca come espressione di uno *jus poenitendi* fu riconosciuto nel silenzio delle legge in capo all’amministrazione che ha emanato un provvedimento.

La seconda ragione, sottolineata da Merusi, è che già negli anni ’80 del secolo scorso - e oggi forse ancora di più come si dirà - il continuo cambiamento delle disposizioni legislative, spesso frammentarie e mal coordinate, costringe il giudice amministrativo a un'opera di razionalizzazione cercando di ricucirle e di raccordarle colmando lacune e superando antinomie[[4]](#footnote-4).

A tal proposito, una recente sentenza esterna in modo emblematico per così dire lo stato d'animo del giudice amministrativo di fronte a questa situazione di disordine legislativo (Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 7618). In questa sentenza si coglie quasi uno sfogo del giudice, il quale, all’esito di un percorso argomentativo ricostruttivo defatigante di frammenti di norme sparpagliate, manifesta “*la chiara percezione di un quadro regolativo confuso, formatosi in un lungo arco temporale attraverso apporti frammentari e mal governato da interventi correttivi occasionali, opachi e contenutisticamente monchi, necessitanti di un costante lavorio di ricostruzione interpretativa*”. Questi interventi occasionali “*sono inadeguati allo scopo di organica razionalizzazione normativa, che esigerebbe interventi puntuali di ricognizione dell'assetto esistente, di raccordo, cucitura ed espunzione delle disposizioni, secondo criteri di coerenza contenutistica e di composizione sistematica*”. Sarebbe difficile descrivere in modo più espressivo una situazione con la quale gli interpreti delle leggi amministrative si devono spesso confrontare, nonostante i ripetuti sforzi in anni recenti di elaborazione di codici di settore e di testi unici.

Per buone ragioni dunque la giurisprudenza si fa carico di evitare per quanto possibile che il sistema nel suo complesso venga sparigliato da interventi normativi estemporanei.

Più di recente, anche Aldo Travi, in un saggio sul diritto giurisprudenziale, ha sottolineato come il giudice amministrativo si conceda la libertà di spazi interpretativi propri di alcune tradizioni anglosassoni[[5]](#footnote-5). A questo riguardo Travi cita i noti casi di creazione giurisprudenziale, come la sentenza “Fagiolari” sull'atto paritetico[[6]](#footnote-6), oppure l'estensione del diritto di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, che lo stesso Mario Nigro aveva definito come un'operazione di bruta normazione giurisprudenziale[[7]](#footnote-7). In sostanza, secondo Aldo Travi il giudice finisce talora per sovrapporre addirittura la propria scala di valori a quella della norma legislativa, perché è convinto di un potere-dovere di trovare coerenza secondo la sua visione di giustizia più razionale.

Un esempio risalente emblematico dell’uso da parte del giudice amministrativo di norme pensate per contesti diversi è la nota sentenza dell’Adunanza Plenaria, 10 marzo 1978, n. 10 sul regime del silenzio-inadempimento, che prende come riferimento normativo per inquadrare il fenomeno dell’inerzia della pubblica amministrazione una disposizione del Testo unico sugli impiegati civili dello Stato in tema di responsabilità personale del dipendente pubblico. Questa disposizione, con una generalizzazione non scontata, viene assunta come regola generale dell'azione amministrativa che consente, attraverso l’istituto della diffida e messa in mora, di formalizzare la situazione del silenzio[[8]](#footnote-8).

Un qualche avallo alla creatività della giurisprudenza amministrativa è stato offerto recentemente dalla Corte costituzionale che elaborato la nozione, per certi versi ossimorica, di “tassatività sostanziale” o di “interpretazione tassativizzante”. Ha infatti affermato che in alcuni ambiti la predeterminazione da parte del legislatore delle condizioni in presenza delle quali provvedimenti amministrativi possono essere disporre limitazioni a un diritto costituzionalmente garantito possa essere soddisfatta “*anche sulla base dell’interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall’uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*” [[9]](#footnote-9) . Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza “*sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale*” [[10]](#footnote-10) .

Così in materia di informativa antimafia la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha tipizzato una serie di situazioni indiziarie (per esempio, rapporti di parentela, o di frequentazione colleganza o amicizia, vicende anomale nella struttura e nella gestione, ecc.), enumerate come catalogo aperto e non già un *numerus clausus*, che costituiscono “spie” dell’infiltrazione mafiosa in un’impresa [[11]](#footnote-11).

Merita infine un accenno il noto dialogo tra giurisprudenza e dottrina che nel settore del diritto amministrativo è stato sempre assai intenso. Da un lato, la dottrina predispone schemi dai quali può attingere il giudice, individuando quello più adatto alla situazione anche in una visione prospettica di lungo periodo; dall’altro, molti giudici diventano in qualche modo dottrina attraverso saggi e articoli pubblicati su riviste scientifiche[[12]](#footnote-12). Nel dare atto di questa tradizione una sentenza risalente dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato definisce il diritto amministrativo come un diritto composto da norme di legge, ma anche da “*principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema”[[13]](#footnote-13)*. Entrambi i poli, giurisprudenza e dottrina, hanno dunque la capacità di plasmare e affinare i principi, in una visione di sistema, realizzando l’ideale della dogmatica nel quale in passato si credeva probabilmente più di oggi.

1. **I materiali preparatori della legge**

Se questo è, sommariamente, il rapporto tra giudice amministrativo e legge, allora anche i materiali preparatori della legge assumono rilevanza, anche se necessariamente meno decisiva di quello del testo legislativo approvato dal Parlamento.

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa segue i principi che la Corte di cassazione ha indicato in tema di materiali preparatori[[14]](#footnote-14). er la Corte di cassazione vale il principio, più volte enunciato, in forza del quale la volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge (quale emerge del suo campo letterale e logico). Pertanto, i lavori parlamentari possono essere utilizzati soltanto quando, unitamente ad altri criteri interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma, sono idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa ambigua. In definitiva, il giudice civile, così come il giudice amministrativo, non usa mai i lavori preparatori come criterio ermeneutico fondamentale, ma per lo più a integrazione di altri criteri più tradizionali, come l’interpretazione letterale e logica.

Nella giurisprudenza amministrativa il riferimento ai lavori preparatori si rinviene sia con riguardo a norme di principio di carattere sistemico e generale, sia in relazione a disposizioni occasionali come gli emendamenti puntuali a leggi precedenti.

Quanto al primo tipo di riferimenti, si può citare, per esempio, la sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011, n. 15, sull’azione di accertamento – che aprì la strada all’indomani del codice del processo amministrativo all’atipicità delle azioni. La sentenza contiene un espresso riferimento ai lavori preparatori al codice sul sistema delle azioni e in particolare alla spiegazione del perché una disposizione espressa sull’azione di accertamento proposta dalla commissione che aveva elaborato la bozza di articolato fu poi espunta in sede di approvazione del decreto legislativo. Un altro esempio più recente è una sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana del 7 aprile 2022, n. 436, che nell'interpretare l'art. 82, comma 1, c.p.a. sull'istanza di fissazione di udienza decorsi cinque anni e sull'obbligo di doppia firma, richiama anche i lavori preparatori del codice. In quest’ultimo caso la sentenza utilizza peraltro i lavori a supporto di argomentazioni a illustrazione di disposizioni il cui dato letterale è in realtà già assai chiaro e univoco.

Un maggior uso dei lavori preparatori si ha, come anticipato, in relazione a leggi specifiche, puntuali, d'occasione, specie se di recente emanazione. In relazione ad esse è frequente la ricerca di una *ratio* delle modifiche proposte e poi approvate negli interventi nei dibattiti parlamentari, in particolare dei relatori del testo, volti a illustrare, prima della votazione, il senso della disposizione proposta, i quali, dunque, acquistano un peso rilevante anche nella fase di interpretazione delle norme.

Per esempio, in tema di concessioni di servizi locali nel settore del gas, una sentenza, per dimostrare una certa tesi, fa riferimento, con ampi stralci testuali di decine di righe, agli interventi dei deputati, ai lavori parlamentari e alle relazioni di voto finali di alcuni parlamentari (Cons. St., Sez. V, 19 luglio 2005, n. 3817). In materia di leggi elettorali sulle elezioni comunali poi alcune micro-modifiche sono state interpretate alla luce degli interventi in sede di approvazione del testo normativo (Cons. St., Sez. III, 4 giugno 2021, n. 4294). Ancora, in un altro caso, in materia di condono, per interpretare una disposizione specifica sulla quale era stata posta la questione di fiducia si dà rilevanza alla illustrazione del senso dell’emendamento proposto dal governo (Cons. St., Sez. VI, 30 dicembre 2021, n. 8734). In queste sentenze, i lavori preparatori svolgono dunque una funzione utile, in linea però con l'insegnamento della Corte di cassazione.

1. **Altri tipi di materiali**

Se si allargasse il tema includendo anche i materiali successivi alla legge, la gamma degli atti da considerare sarebbe ancora più ampio. In giurisprudenza si trovano infatti numerosi riferimenti a circolari interpretative, alle linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (per esempio sulla quantificazione delle sanzioni in base ai parametri contenuti nella legge n. 287/1990) e ad altri materiali successivi, tra i quali per esempio le stesse linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) illustrative di disposizione del Codice dei contratti pubblici come l’art. 80 relativo ai casi di esclusione dalla procedura.

Limitando l’analisi ai materiali antecedenti, si rinviene talora il riferimento da parte del giudice amministrativo ai “considerando” delle direttive europee, i quali costituiscono un importante punto di riferimento per l'integrazione e l’interpretazione delle disposizioni in esse contenute. Del resto, nel diritto europeo, i “considerando” sono considerati anch’essi, al pari dell’articolato, dotati di forza normativa.

Un altro elemento utilizzato, sebbene raramente, sono le segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza del mercato che in alcuni casi trovano poi seguito in interventi legislativi del Parlamento che le recepiscono. Del resto, appare naturale che le segnalazioni dell’Autorità possano essere considerate un sussidio particolarmente utile a fini interpretativi proprio perché da esse ha tratto origine la disposizione di legge da interpretare.

Un caso posto allo scrutinio del Consiglio di Stato riguardava, per esempio, l'interpretazione di norme sul divieto di installare erogatori di carburanti automatici senza personale addetto. La sentenza fa riferimento a una segnalazione dell'Autorità che sollecitava una modifica legislativa (Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2015, n. 931). Un altro caso riguardava un bando di gara che riproduceva sostanzialmente il testo di una legge regionale. Quest’ultima consentiva l'affidamento senza gara di certi servizi a enti senza scopo di lucro e in proposito la sentenza richiama una segnalazione dell’Autorità secondo la quale anche gli enti senza scopo di lucro possono essere considerati imprese, e quindi non possono essere esentati dall'applicazione delle regole generali sugli affidamenti con gara (Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6262). La casistica non è comunque molto ampia.

Quanto alle linee guida dell’Anac esse sono richiamate, come già anticipato, come sussidio all’interpretazione di disposizioni del Codice dei contratti pubblici. Là dove, come nel caso del diritto di accesso generalizzato, la stessa legge rinvia espressamente alle linee guida Anac per individuare con maggior precisione i casi di esclusione, il richiamo a esse operato dalle sentenze vale in realtà come rinvio a una fonte normativa attuativa della legge[[15]](#footnote-15).

Infine, in astratto, tra i materiali della legge si potrebbe considerare anche il metodo dell'analisi di impatto della regolazione[[16]](#footnote-16). Tuttavia nel sistema giuridico italiano, almeno secondo le leggi vigenti, solo i disegni di legge richiedono un'analisi di impatto della regolazione, che tra l’altro spesso viene svolta in modo sommario.

Al contrario, nel diritto europeo, la Corte di Giustizia dell’Unione europea dedica ampio spazio alla *impact assesment analysis* nel valutare la proporzionalità di misure contenute in atti normativi[[17]](#footnote-17). Non vi è tuttavia corrispondenza con il ruolo del giudice amministrativo italiano, perché la valutazione da parte della Corte di Giustizia circa la proporzionalità di una norma contenuta in una direttiva sembra assimilabile al giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza delle leggi che spetta nel nostro ordinamento alla Corte costituzionale. Dunque, fintanto che il sistema normativo non estenderà il campo di applicazione dell'analisi d’impatto della regolazione, il metodo continuerà ad avere scarso spazio.

Peraltro il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha sottolineato più volte l'importanza di questi strumenti con riferimento agli atti di regolazione delle autorità indipendenti[[18]](#footnote-18). In realtà gli atti di regolazione, per quanto costituiscano una fonte di disciplina contenutisticamente spesso molto più rilevante delle disposizioni di legge che ne costituiscono il fondamento, che si limitano a porre disposizioni di principio e criteri generali, sono pur sempre fonti sub-legislative e quindi a rigore non rientrano direttamente nel tema dei materiali della legge.

In conclusione i materiali della legge, intesi come quelli antecedenti alla disposizione da interpretare, rivestono nel processo amministrativo un ruolo analogo a quello svolto nel processo civile. Ma poiché le leggi amministrative, a differenza di quelle civili, sono spesso frammentarie e frutto di interventi legislativi estemporanei, l’utilizzo da parte del giudice amministrativo dei lavori preparatori avviene con maggior frequenza.

**Marcello Clarich**

Ordinario di diritto amministrativo

Sapienza Università di Roma

Pubblicato il 22 settembre 2022

1. Relazione svolta in occasione del Convegno “I materiali della legge nella teoria delle fonti e nell’interpretazione del diritto”, Roma, 20 aprile 2022 - Palazzo Spada. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo significativa è la raccolta di decisioni operata da G. PASQUINI-A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AAVV, *Legge giudici, politica – le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 119 e seg. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sul disordine normativo cfr. per tutti B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di stato fra legislazione ed amministrazione*, Dir. pubbl., 2011, pag. 505 e seg. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Cons. St., V Sez., 1 dicembre 1939, n. 795, in *Foro amm.*, 1940, I p. 420 e seg. In sede dottrinale l’estensore della sentenza aveva posto le basi per il nuovo concetto di atto paritetico non soggetto al termine decadenziale di sessanta giorni per l’impugnazione innanzi al giudice amministrativo: cfr. G. FAGIOLARI,  *L’atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, p. 308 e seg. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in AAVV, *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, p. 65 [↑](#footnote-ref-7)
8. Il caso è citato anche da Merusi nel suo contributo sul diritto giurisprudenziale. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Corte costituzionale, 6 marzo 2019, n. 24. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Corte costituzionale, 26 marzo 2020. n. 57. [↑](#footnote-ref-10)
11. Il riferimento è soprattutto alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 215, n. 691 e seg. il quale peraltro auspica che la dottrina “*recuperi autorevolezza e capacità di dialogo con la giurisprudenza”*. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. in particolare Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 7618 che cita Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2230 secondo la quale: “*la Corte non intende modificare il principio, più volte enunciato, in forza del quale la volontà emergente dai lavori preparatori non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge (quale emerge dal suo dato letterale e logico), ma soltanto affermare l'utilizzabilità dei lavori parlamentari, quando, come nella specie, essi, unitamente ad altri canoni interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma stessa, siano idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa di cui appaia ambigua la formulazione*”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr. Delibera dell’Anac n. 1309/2016 contenente Linee guida adottate ai sensi dell’art. 5-*bis*, comma 6, del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sul tema cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole,* Bologna, 2011. Nicoletta Rangone (Autore) [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. J. NOWAG-X. GROUSSOT*, From better regulation to better adjudication? Impact Asessment and the Court of Justice’s review*, in Lund University Legal Research Paper Series*, n. 1/2017* per la casistica. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. G. CORSO-M. DE BENEDETTO, N. RANGONE*, Diritto amministrativo effettivo – una introduzione*, Bologna, 2022, pag. 165 in particolare nota 152 per i riferimenti normativi. [↑](#footnote-ref-18)