

Giovanni Pesce

**L'ADUNANZA PLENARIA
DEL CONSIGLIO DI STATO
E IL VINCOLO DEL PRECEDENTE**

Editoriale Scientifica

NAPOLI



EDWARD COKE

A Lucia, che ha legato il suo mondo al mio. E alle mie figlie.

Sento di dover ringraziare il prof. Guido Corso per aver posto alcune critiche illuminanti che si sono rivelate consigli preziosi, ed il prof. Andrea Panzarola per i dialoghi.

Prefazione

Le pagine che seguono aspirano ad argomentare in favore di due idee: la prima, che il precedente giudiziario possa in linea teorica essere annoverato oggi fra le fonti del diritto anche in Italia; la seconda che, a seguito della riforma dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, il precedente emesso dall'adunanza plenaria del consiglio di stato debba essere ritenuto regola vincolante per i giudici successivi. *Debba* dunque essere ritenuto fonte.

Non si tratta di idee per le quali l'argomentazione è semplice. Né tantomeno si tratta di idee popolari, specialmente fra gli amministrativisti. E tuttavia, almeno per la prima, non si tratta di cose del tutto nuove.

Per districarmi, proverò ad affrontare i parecchi ostacoli che si frappongono alla riuscita dell'impresa e primo fra tutti la sorte del principio di legalità così come previsto dall'art. 101, comma 2, della costituzione. Per comodità, dividerò gli ostacoli in tre categorie: 1) teorico giuridici; 2) giuridici in senso stretto e 3) storico politici, ovvero ideologici. E nelle medesime categorie avanzerò le mie confutazioni.

Poi illustrerò la riforma dell'articolo 99, comma terzo, del codice del processo amministrativo e i suoi risvolti pratici.

In conclusione, proverò a prefigurare le implicazioni teoriche di una siffatta ricostruzione. E cioè, cosa cambia per il diritto se si assegna un posto nella dogmatica a quella che, ad oggi, è solo una percezione diffusa e cioè che la giurisprudenza può creare diritto al pari del Parlamento e, nei limiti della Costituzione, del Governo e dell'Amministrazione.

Prima che mi si muova un'obiezione sull'eccessiva ambizione del compito, preciso che la mia indagine è in modo preponderante, se non esclusivo, circoscritta alla giustizia amministrativa. Questo dovrebbe allontanare lo spettro insidioso che si aggira ogni qualvolta si parli di un giudice creatore: spettro che assume o le forme della *countermajoritarian difficulty* (dove si ventila che il principio democratico è in pericolo), ovvero, ed in modo ancora più fosco, le sembianze del giudice inquisitore. La giustizia amministrativa, tuttavia, è ben diversa dalla giustizia penale.

Per smorzare poi, la naturale diffidenza che di solito accompagna la

proposta di innesto di istituti tipici di sistemi giuridici stranieri – come quelli di *common law* – nel nostro, vorrei anticipare che il sistema in cui il precedente ha una forza vincolante non è necessariamente quello in cui il potere giudiziario è onnipotente. Il precedente, per dirla con Jeremy Waldron, è un Giano bifronte, che da un lato sembra erigere il giudice a produttore di norme, dall'altro lo vincola alle proprie decisioni. Si tratta, dunque, di un meccanismo che, lungi dal favorire atteggiamenti individualisti, impone forme di cooperazione istituzionale e dunque, di naturale modestia.

INTRODUZIONE

Ogni volta che l'avvocato deve affrontare una nuova questione, o deve scrivere un ricorso o una memoria per l'udienza, verifica con tutta la cura che può se quel caso è stato già esaminato dal Giudice. Se esiste, cioè, un precedente o, ancora meglio, più d'uno.

Più il caso presenta difficoltà, perché la soluzione non si ricava agevolmente dalle fonti scritte, più la ricerca del precedente diventa importante ai suoi occhi. Più il precedente è del Giudice presso cui pende la causa più aumenta la speranza dell'avvocato che la sua tesi venga accolta. Speranza destinata a crescere se il precedente deriva dal giudice collocato al vertice dell'ordinamento giudiziario.

Anche il precedente reperito all'ultimo momento, citato ad effetto durante la discussione orale, è a volte considerato risolutivo.

Non diversamente opera il giurista cui viene richiesto un parere legale. È ormai rarissimo che una parte dell'*opinion* non venga dedicata alla disamina dei precedenti.

L'avvocato si chiede anche quale sarà la reazione del Giudice dinanzi al precedente: se lo conosce, se lo condivide, se intende conformarsi. Oppure, si domanda se quel Giudice è un innovatore e quindi se muterà orientamento e risolverà il caso in maniera diversa.

Se il precedente è veramente calzante, l'avvocato è intimamente portato a pensare che forse è meglio un sistema fondato sul precedente che *vincola* il Giudice. A diversa conclusione, ovviamente, giunge il suo avversario. Ma è facile che la prossima partita sarà a parti invertite.

E così vi sarà chi è pronto a sostenere che il precedente deve vincolare il Giudice del caso successivo; che in tale ipotesi la giustizia diventa più prevedibile, coerente e celere; che, ancora, in tal modo si può evitare il *caos* delle decisioni contraddittorie.

E vi sarà, invece, chi afferma che le sorti del giudizio non possono dipendere dall'esistenza di un precedente; che, quindi, il precedente vale solo come argomento *persuasivo* perché, *tutto quanto conside-*

rato, comunque è auspicabile che il Giudice resti sempre libero di decidere il caso secondo la propria “scienza e coscienza”.

Sulla base di queste premesse la presente indagine si propone di verificare la rilevanza del principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel processo amministrativo di recente codificazione. Si propone di indagare, cioè, la portata del precedente nel nuovo processo amministrativo ed il nuovo inedito ruolo dell'Adunanza plenaria. Si intende affrontare quindi un tema diverso da quello in cui il vincolo di legge creato dalla sentenza produce effetti “*tra le parti*”; cosa che avviene con la sentenza passata in giudicato, o nel vincolo che impone al giudice del rinvio l'osservanza del principio di diritto espresso dalla Cassazione ex art. 384 c.p.c. In altre parole, non si intende qui fare riferimento in modo meramente descrittivo alle decisioni dei tribunali, ma si allude alla accezione “forte” dell'espressione ‘fare giurisprudenza’¹.

Lo stimolo proviene dall'art. 99 del codice del processo amministrativo approvato con il d. lgs. 104/2010 ed all'innovativo ruolo destinato ad assumere l'Adunanza plenaria. Ed in particolare dal terzo comma dell'art. 99 secondo cui, 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. L'Adunanza plenaria, investita dalla sezione semplice, può inoltre decidere l'intera controversia salvo che “*ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente*”.

Qual è il significato da assegnare al “principio di diritto” cui fa riferimento la norma processuale? È un precedente? È un precedente che vincola? È una norma che è codificata nel solo processo amministrativo oppure è una norma di sistema? Quali sono le conseguenze

¹ Cioè alla “particolare efficacia che queste decisioni possono avere, e che va oltre la loro funzione tipica consistente nel decidere la singola controversia: si tratta della capacità di influenzare la risoluzione di controversie successive, identiche o analoghe a quella già decisa, da parte del medesimo e di altri organi giudiziari, o anche da parte di altri operatori giuridici che a vario titolo affrontano lo stesso problema”: si veda subito per un inquadramento generale M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* Treccani, 1994, *ad vocem*.

della sua violazione? È stato codificato un principio già immanente al sistema oppure è una vera novità?

Se si tratta di un precedente nel senso anglosassone dell'espressione, cioè di un precedente che *crea diritto* e che, a certe condizioni *vincola* le sezioni semplici del Consiglio di Stato, si tratterebbe di una novità di indubbio rilievo.

Sul piano puramente teorico dovrebbero essere rivedute alcune posizioni che tuttora non credono all'opera creativa della giurisprudenza.

Sul piano del diritto positivo ne dovrebbe essere valutata la compatibilità con alcuni principi generali dello Stato di diritto.

Sul piano del rapporto cittadino-pubblica amministrazione occorrerebbe ancora domandarsi se è meglio che esista un precedente vincolante.