

I Quaderni di
Nuove Autonomie

MONOGRAFIE

2

I volumi devono essere inviati ai Direttori della rivista “Nuove Autonomie”. Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l’editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Giovanni Pesce

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

Editoriale Scientifica

NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2012 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-342-6



EDWARD COKE

INDICE

<i>Prefazione</i>	15
<i>Introduzione</i>	17

CAPITOLO I

IL PRECEDENTE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO E LA SUA ATTUALE FUNZIONE. IL CONSIGLIO DI STATO COME GIUDICE DI *COMMON LAW*?

1. Delimitazione del campo e scopo principale della presente indagine	21
2. L'interesse trasversale del giurista per il precedente	23

CAPITOLO II

IL PRECEDENTE E IL PROCESSO AMMINISTRATIVO: COSA DICE LA LEGGE

1. L'art. 45 del T.U. 1054/24: già dubbia la funzione meramente nomofilattica del precedente dell'Adunanza plenaria	29
2. Dall'art. 45 del T.U. 1054/24 all'art. 99 del codice del processo amministrativo	32
3. Perché il tema del giudice che crea il precedente non è estraneo al processo amministrativo	34

CAPITOLO III

QUALCHE LEZIONE PRELIMINARE DALLA *COMMON LAW*

1. I tratti comuni del precedente nella <i>common law</i>	45
2. La dottrina "stare decisis"	47

CAPITOLO IV

ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA GENERALE.
IL PRECEDENTE E LE FONTI DEL DIRITTO

1. La dottrina del precedente nel nostro ordinamento. Il <i>background</i>	53
2. L'influenza inevitabile del positivismo giuridico (ottocentesco) sul tema	57
2.1. Cenni storici: lo scontro tra <i>lex</i> ed <i>interpretatio</i>	57
2.2. <i>Segue</i> : il ruolo e la creatività dei giudici	61
3. Riflessi sul processo amministrativo	65
4. Il mito della legge alla prova del processo	69

CAPITOLO V

IL PRECEDENTE NELL'ELABORAZIONE DELLA DOTTRINA

1. La dottrina italiana che nega il precedente tra le fonti	75
2. La dottrina che ammette il precedente-fonte. Dai "realisti" a Kelsen	79
2.1. Il realismo giuridico	79
2.2. Kelsen ed il precedente	87
2.3. La dottrina italiana che ammette il precedente tra le fonti	91

CAPITOLO VI

IL PRECEDENTE NEL DIRITTO POSITIVO E NELLA PRASSI

1. La giurisprudenza si fa strada come "fonte autonoma"	97
2. Il precedente entra a pieno titolo nelle fonti del diritto processuale	99
2.1. Processo civile	99
2.2. Processo amministrativo	103
2.3. Giudizio dinanzi alla Corte dei conti	108
2.4. Altre norme processuali	109
3. Sintesi e posizione della giurisprudenza civile	110

CAPITOLO VII

COME SI INDIVIDUA IL PRECEDENTE E COME FUNZIONA

1. Come si individua un precedente?	115
-------------------------------------	-----

2. Come funziona il precedente? Analisi dei principali modelli	116
3. Il precedente-regola come modello di riferimento	125
4. Il modello del precedente-regola non è estraneo al processo amministrativo	127

CAPITOLO VIII

L'ADUNANZA PLENARIA ALLA PROVA DEL *COMMON LAW*

1. Esame della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato	131
1.1. Sull'art. 99, comma 3, del c.p.a.	131
1.2. Sull'art. 99, comma 5, del c.p.a.	137
1.3. Adunanza plenaria n. 10/2012 e n. 21/2012	139

CAPITOLO IX

COME VINCOLA IL PRECEDENTE?

1. Vincoli orizzontali e vincoli verticali. Il temperamento del vincolo e l'utilità del <i>prospective overruling</i>	143
2. La sentenza emessa dalla sezione riottosa. Quali conseguenze?	147
2.a) Ricorso per cassazione	149
2.b) Revocazione	150
2.c) Opposizione del terzo	151
2.d) Ricorso alla CEDU	151

CAPITOLO X

LA VIRTÙ DELLO *STARE DECISIS*

1. Perché è meglio che il precedenti vincoli?	153
1.a) l'argomento di autorità	153
1.b) le ragioni morali	155
1.c) le ragioni di efficienza	157
1.d) il principio del <i>rule of law</i> . La tesi di Jeremy Waldron e la compatibilità del precedente nel <i>rule of law</i>	158
2. Una prima soluzione del problema teorico: il precedente non rende ogni giudice onnipotente	161

CAPITOLO XI

STARE DECISIS E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

- | | |
|--|-----|
| 1. Il precedente ed il giudice soggetto “alla legge” | 165 |
| 2. Principio di legalità e <i>favor libertatis</i> | 172 |

CAPITOLO XII

ANCORA SULLA PORTATA DEL PRECEDENTE
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E SUL SUO GIUDICE.
CONCLUSIONI

- | | |
|---|-----|
| 1. Discrezionalità del giudice e discrezionalità dell'amministrazione | 177 |
| 2. Chi ha paura del giudice amministrativo di <i>common law</i> ? | 183 |
| <i>Bibliografia</i> | 189 |