

**L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO DIVENTA
GIUDICE DI COMMON LAW?**

REPORT ANNUALE – 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Giovanni PESCE

INDICE

- 1. PREMESSA**
- 2. LA DOTTRINA DELLO STARE DECISIS**
- 3. ARGOMENTI TEORICI CONTRARI AL VINCOLO DEL
PRECEDENTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).**
- 4. ARGOMENTI FAVOREVOLI AL PRECEDENTE VINCOLANTE (NEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO).**
- 5. CONCLUSIONI**

1. PREMESSA

L'art. 99 del codice del processo amministrativo approvato con il d. lgs. 104/2010 configura un nuovo ruolo per l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. In particolare, il terzo comma dell'art. 99 prescrive che se la sezione del Consiglio di Stato 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. Si tratta di un vincolo che ha natura diversa rispetto al vincolo di legge creato dalla sentenza che produce effetti "*tra le parti*" (evento che si identifica con la sentenza passata in giudicato) o rispetto al vincolo che impone al giudice del rinvio nel processo civile l'osservanza del principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione ex art. 384 c.p.c.

E si tratta, inoltre, di un ruolo che va ben oltre i confini della classica funzione di c.d. nomofilachia che l'ordinamento assegna ad ogni giurisdizione apicale al fine di assicurare una tendenziale uniforme osservanza della legge, funzione cui tradizionalmente veniva esclusa una pretesa di vincolatività *de jure* (art. 45 del vecchio t.u. Cons. Stato).

Piuttosto, il principio di diritto dell'Adunanza plenaria, ricorda l'istituto del precedente giudiziario che imperversa nei sistemi di *common law*. Siamo dunque di fronte ad una trasformazione della giustizia amministrativa italiana, tradizionalmente ritenuta il baluardo del principio di legalità? Il processo amministrativo è destinato a diventare un processo di *common law*?

Se così fosse l'art. 99 introdurrebbe una novità di indubbio rilievo. Sul piano puramente teorico dovrebbero essere rimediale 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.

2. LA DOTTRINA DELLO STARE DECISIS

Secondo la dottrina dello *stare decisis* gli elementi caratterizzanti il precedente sono i seguenti¹:

a) una decisione giudiziaria, oltre a risolvere una data controversia, rappresenta anche una fonte autorevole di diritto da seguire in controversie successive che presentano una qualche similitudine;

b) una corte è vincolata dalle decisioni delle corti superiori e, talvolta, alle proprie decisioni²;

c) una decisione è vincolante solo riguardo alla sua *ratio decidendi*;

d) un precedente molto antico, benché sempre valido, non sarà applicabile in presenza di rilevanti mutamenti;

e) il giudice del caso successivo analizza criticamente il precedente e gode di una certa libertà nell'interpretare la *ratio decidendi* in modo tale che il precedente non costituisca un ostacolo insormontabile alla nuova decisione che intende assumere;

f) la tecnica, diretta a sostituire il precedente, nota come l'*overruling*, consente di evitare che un inaspettato mutamento del precedente possa minare l'affidamento di coloro che hanno fatto affidamento sul precedente stesso.

¹Per le "deviazioni" del common law negli U.S.A., cfr. ad es., R. POUND, *The deviation of American Law from English Law*, in 67 *Law quarterly rev.*, 1952, p 44-46.

² Le Corti supreme degli Stati Uniti, a differenza per un lungo periodo da quella inglese, non si sono mai considerate vincolate dai propri precedenti: R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (a cura di Sacco), Padova, 1973, p. 373.

Sul piano sostanziale, il precedente è un mezzo per creare diritto. Sul piano procedurale, il precedente integra una particolare tecnica di risoluzione delle controversie.

3. ARGOMENTI TEORICI CONTRARI AL VINCOLO DEL PRECEDENTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO)

La teoria del precedente come fonte del diritto è stata in Italia sottoposta a dura critica sia per ragioni di carattere formale (l'elenco delle fonti del diritto non annovera anche "la giurisprudenza"), sia per ragioni di carattere politico (fondate essenzialmente sul principio della divisione dei poteri), sia per il timore che il giudice finisse per "creare" la legge invadendo il potere sovrano (del Re, prima, del Parlamento, dopo).

Al contrario sembra pacifico che la Costituzione imponga al giudice di applicare il diritto (art. 101, comma 2) e non di crearlo³. Si rovescia quindi l'impostazione del *common law*. La costruzione dogmatica del sistema delle fonti è stata portata avanti nel solco del positivismo giuridico ottocentesco⁴, ispirato al mito dell'autosufficienza della fonte legislativa ed ostile all'idea della capacità "creativa" del giudice.

In realtà, come i *fatti* hanno dimostrato nel tempo, nessuna ideologia riuscì a scoraggiare i giudici del Continente dalla *consapevole* operazione di creazione di norme⁵.

³ R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.

⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

⁵ M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986 (trad. it.: I volti della giustizia e del potere, Bologna 1986).

4. ARGOMENTI FAVOREVOLI AL PRECEDENTE VINCOLANTE (NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO).

a) Argomenti teorici.

Il realismo giuridico già agli inizi del 1900 riconosce che il diritto si manifesta anche per mezzo dell'attività giudiziale. Mettendo in discussione il monopolio della legge, il merito dei realisti è stato quello di innovare il dibattito giuridico specie sul tema delle fonti del diritto⁶.

Che la corrente dei realisti abbia avuto effetti è fuori dubbio. Non a caso, anche la nostra dottrina ha successivamente mostrato di voler abbandonare lo schema tradizionale della giuspubblicistica ottocentesca. Questo vale a maggior ragione per il giudice amministrativo, se si considera la massiccia e consapevole opera creativa posta in essere dal Consiglio di Stato nel corso della storia.

La giurisdizione amministrativa si è risolta negli anni attraverso l'opera creativa della giurisprudenza, successivamente alla quale è intervenuta copertura legislativa⁷. Le stesse tecniche con le quali il giudice amministrativo indaga *l'eccesso di potere* prescindono, per definizione, dall'applicazione di una norma scritta alla fattispecie concreta e si concentrano su parametri generali (quali la ragionevolezza, la logicità, etc.) che accentuano inevitabilmente il ruolo creativo del giudice amministrativo⁸. Il giudizio

⁶ R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922; B.N. CARDOZO, *Selected Writings of Benjamin Cardozo* (Il giudice e il diritto), New York, 1947, trad. it. Firenze, La Nuova Italia, 1961; A. ROSS, *On Law and Justice* (Diritto e giustizia), trad. Einaudi, Torino, 1965; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Oxford Un. Press., London, 1939; trad. Il diritto come fatto, Milano, 1967.

⁷ Si veda S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 1392 ss.; cfr. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 326 ss.

⁸ In modo non dissimile per il giudice di common law: sul punto, F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, tomo V, p. 4468.

amministrativo deve assicurare per espressa previsione di legge una tutela “piena ed effettiva” anche secondo “i principi del diritto europeo” (art. 1 c.p.a.)⁹.

In sintesi, se v'è spazio – ed esiste – per il giudice civile di “creare” le regole e di colmare le lacune del legislatore o di interpretarne lo spirito oltre la lettera, uno spazio ben più consistente lo trova da sempre il giudice amministrativo perché ciò è tipico del suo agire e della sua capacità di assicurare giustizia. La vera novità semmai sarebbe la vincolatività del precedente della Plenaria per le sezioni semplici. Tale aspetto, più circoscritto, rappresenterebbe tuttavia una conseguenza logica delle suddette premesse. Un giudice inarrestabilmente creatore di diritto, qual è il giudice amministrativo, può essere vincolato dai precedenti dell'Adunanza plenaria.

b) Argomenti di opportunità.

Il primo argomento tipicamente addotto a favore del precedente vincolante è la certezza giuridica¹⁰, valore fondamentale che sta alla base di una ordinata convivenza. In particolare, il precedente è uno strumento di tutela delle aspettative dei consociati e in quanto tale garanzia di maggiore libertà. Lo *stare decisis*, infatti, consente di prevedere in anticipo i comportamenti sanzionati dalla legge e di pianificare le scelte di vita. Sulla importanza della prevedibilità insiste anche la CEDU¹¹. Ai fini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la nozione di “legge” non è legata a criteri formali o procedurali. La

⁹ Corte Giust., 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, Cilfit srl e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della Sanità, in Racc., 1982, 3415; cui adde Corte Giust., 15 settembre 2005, in causa C-495/03, Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën, in Racc., 2005, I-8151.

¹⁰ G. LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, in <http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec/>.

¹¹ Sunday Times c. Regno Unito, sentenza del 29 aprile 1979, §§ 48-49. Di conseguenza, agli occhi della Corte, la “legge” non è conoscibile, né prevedibile se la giurisprudenza è contrastata e contraddittoria (nota: e ciò non solo ovviamente per i sistemi di common law, ma anche in quelli di civil law continentali).

Corte Europea dei diritti dell’Uomo ha elaborato ed utilizza, nei confronti di tutti gli Stati, una “nozione autonoma” di legge, compatibile con tutti i sistemi costituzionali europei. L’unità, la costanza, la conoscibilità, la prevedibilità della giurisprudenza, nell’ottica della Corte europea, assicurano la legalità delle vicende che si svolgono a livello nazionale. Di conseguenza, agli occhi della Corte, la “legge” non è conoscibile, né prevedibile se la giurisprudenza è contrastata e contraddittoria¹².

Si aggiunga che la prevedibilità garantisce la libertà dei cittadini anche per altra via. Lo *stare decisis* consente una diversa e più esatta delimitazione della stessa discrezionalità dei pubblici funzionari, cui potrà essere addebitata la responsabilità di avere adottato provvedimenti in violazione del precedente.

Ci sono poi ragioni di efficienza per lo *stare decisis*: se le corti sono complessivamente coerenti, le regole sono più chiare e le ragioni di conflitto diminuiscono. La conseguenza è una deflazione delle liti e dei processi.

L’argomento della prevedibilità si associa a quello della certezza del diritto. Se dunque da un lato il precedente sembra compromettere il principio di legalità in quanto implica il riconoscimento del potere normativo del giudice, per altro verso, esso assolve proprio ad una delle funzioni che il principio di legalità mira a tutelare: di porre, cioè, al riparo il cittadino da comportamenti imprevedibili e arbitrari dei pubblici poteri. La dottrina ha già affermato che la regola *stare decisis* non solo non è in contrasto con il principio di "rule of law", ma ne è addirittura un corollario¹³.

¹² In proposito sono esplicite le sentenze che hanno definito i ricorsi *Kruslin c. Francia*, del 24 aprile 1990, §§27-36; *Kopp c. Svizzera*, del 25 marzo 1998 § 73; *Valenzuela Contreras c. Spagna*, del 30 luglio 1999 §§ 52 segg. e, in materia penale (art.7 Conv.), *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 maggio 1993, § 40; *Cantoni c. Francia*, del 15 novembre 1996 §§ 28 segg.; *Achour c. Francia*, del 29 marzo 2006 §§ 49 segg.; *Pessino c. Francia*, del 10 ottobre 2006 §§ 28 segg.).

¹³ J. WALDRON, *Judges as Moral Reasoners*, 7 *International Journal of Constitutional Law* 2, 2009.

c) Argomenti logico-testuali.

Sul piano strettamente esegetico, la stessa struttura della norma processuale in esame conferma la volontà del legislatore di introdurre nel sistema il precedente vincolante.

i) L'art. 99, terzo comma, del c.p.a. individua certamente una proposizione prescrittiva non meramente descrittiva¹⁴. La proposizione “*se la sezione ritiene di non condividere un principio di diritto della Adunanza plenaria rimette a quest'ultima la decisione con provvedimento motivato*” equivale a dire che “*la sezione che non condivide un principio di diritto non può decidere il caso ma deve rimmetterlo alla Adunanza plenaria spiegando le ragioni del dissenso*”. Non può voler dire, invece, che “*la sezione che non condivide il principio di diritto dell'Adunanza plenaria è libera di discostarsene, purché motivi*”. una simile formulazione sarebbe superflua.

ii) Il predicato verbale “rimette” non implica una facoltà. La norma non è formulata come se la rimessione fosse una facoltà delle sezioni semplici: non c'è scritto “può rimettere”.

iii) Il carattere prescrittivo della norma in esame si ricava anche in considerazione dell'onere specifico di motivazione che grava sulla sezione semplice per il caso in cui questa ritenga di non condividere un principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria: onere che ricorda quello che incombe sul giudice *a quo* allorquando intende sollevare una questione di legittimità costituzionale rinviando gli atti di causa alla Corte costituzionale.

iv) Né appare pertinente l'obiezione relativa alla mancanza di sanzione per il caso in cui la sezione semplice decida di non rimettere alla Adunanza plenaria e decida in autonomia. Tanto più che per le norme di struttura (quelle cioè che regolano il funzionamento dell'istituzione), la presenza di una sanzione non costituisce elemento

¹⁴ Per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 52 e ss.

essenziale della vincolatività della norma¹⁵.

v) Infine, in base agli articoli 74 e 88 del codice del processo amministrativo, il giudice può esaurire la motivazione soltanto richiamando il precedente (che ovviamente sarà “conforme”). Secondo la nostra prospettiva, il precedente “conforme” destinato a vincolare è quello dell’Adunanza plenaria.

vi) Il quadro sopra descritto si concilierebbe poco con la logica se l’approdo coincidesse ancora con la funzione nomofilattica dell’Adunanza plenaria.

5. CONCLUSIONI

Riconoscere l’esistenza dello *stare decisis* nella giustizia amministrativa significa affrontare alcuni rompicapo teorici e giuridici¹⁶. I primi hanno natura prevalentemente logica ed in quanto tale solleticano prevalentemente i teorici del diritto: se la giurisprudenza può creare diritto perché poi il giudice successivo dovrebbe dirsi vincolato? In quali occasioni (e al ricorrere di quali circostanze) il giudice è libero, tanto da affiancare il legislatore, e quando al contrario è vincolato?

I rompicapo giuridici non sono meno onerosi. Il sistema delle fonti italiane viene tradizionalmente reputato chiuso e strutturato secondo criteri di gerarchia e competenza.

Che dire, poi, del principio di legalità? Il principio di legalità, nella formulazione recata dall’art. 101 Cost. (il giudice è soggetto soltanto alla legge), comporta in teoria che il giudice, da un precedente ritenuto non conforme alla legge, sia tenuto a discostarsi: perché

¹⁵ N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 58.

¹⁶ Sia consentito rinviare a G. PESCE, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

deve obbedire alla legge e non al collega (che può essere anche la Cassazione o l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) che ha formulato il precedente. La contraddizione, tuttavia, è a ben vedere più apparente che reale. Il giudice che crea il diritto non lo fa su base arbitraria ma in una cornice di norme e principi che si rinvengono nella teoria del generale e nei capisaldi dello Stato di diritto¹⁷. Di conseguenza, il precedente vincolante è pienamente conforme proprio allo Stato di diritto (rule of law) ed al principio di legalità¹⁸. Come ci spiega Jeremy Waldron il concetto di legalità va concepito attraverso lo schema dei cerchi concentrici (*layered approach*): cosicché un giudice fissa una norma all'interno di una cornice legislativa ed un giudice successivo continua l'opera del ritagliare la prescrizione generale modellandola alla luce delle circostanze concrete e così via.

Per finire. L'indagine viene circoscritta alla giustizia amministrativa e dunque dovrebbe allontanarsi 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: se, come spesso avviene, la discrezionalità del giudice amministrativo viene utilizzata a favore del privato cittadino, il rischio paventato da Beccaria e Montesquieu sembra in realtà scongiurato.

Il sistema in cui il precedente ha una forza vincolante non è necessariamente quello in cui il potere giudiziario è onnipotente. Il precedente 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.

¹⁷ S. CASSESE, *I Tribunali di Babele (I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale)*, Roma, 2009, spec. pp. 103 e ss.

¹⁸ J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Public Law & Legal theory research paper sciences*, NYU School of law, October 2011.