

L'introduzione del principio dello *stare decisis* nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*.

SOMMARIO: 1. La risposta all'esigenza della certezza del diritto nei Paesi di *civil law* e di *common law*. – 2. La crisi del principio della certezza del diritto nell'ordinamento italiano e le soluzioni di diritto positivo. – 3. Il vincolo giuridico del rispetto del precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 4. Vincolo del precedente e suo superamento. – 5. Il precedente come fonte del diritto e la sua collocazione tra le altre fonti. – 6. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 7. Il precedente dell'Adunanza Plenaria. – 8. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria intervenute prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Il compito della dottrina. – 9. I rimedi contro la sentenza emessa in violazione dell'obbligo stabilito dall'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo: A) ricorso per Cassazione per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”; B) revocazione; C) opposizione di terzo. – 10. Rimedi contro i giudici che non rispettano il terzo comma dell'art. 99 del codice del processo amministrativo: A) risarcimento dei danni da responsabilità civile; B) azione disciplinare.

o o o o o o o o

1. La risposta all'esigenza della certezza del diritto nei Paesi di *civil law* e di *common law*.

L'applicazione del diritto deve rispondere ad essenziali principi di giustizia che si apprezzano, nel concreto, con la decisione allo stesso modo di casi analoghi che consenta la prevedibilità degli esiti delle controversie ed assicuri la parità di trattamento dei soggetti dell'ordinamento; in una parola, quello che si definisce, con espressione enfaticamente, certezza del diritto¹.

* Relazione, rivista e corredata di note, tenuta al convegno su “*Giustizia amministrativa: garanzie costituzionali e principi del diritto della Unione Europea*”, svoltosi a Teramo il 21.10.2011.

¹ Anche nei lavori della Costituente vi è la ricerca della certezza del diritto come aspirazione di fondo dei progetti sulla funzione giurisdizionale che, per P. CALAMANDREI, confluiva nella unicità

Nel 1800, tale aspirazione che si collega alle c.d. concezioni scientifiche delle discipline sociali, approda, nei Paesi di *civil law*, alla codificazione di stampo napoleonico ed illuministico che assicura, in un organico corpo normativo, la completezza, l'esaustività, l'esclusione di altre normazioni, l'autocompletamento per la sistematica coerente che lo ispira ed assicura la certezza del diritto secondo il principio che il giudice è la "*bouche de la loi*".

Nei Paesi di *common law*, in particolare in Gran Bretagna, per soddisfare la medesima esigenza, si impone in modo rigoroso l'affermazione della vincolatività giuridica del precedente giudiziario, regola che era già seguita perché sentita dalla coscienza sociale e dai giudici che ritenevano di adeguarsi al loro precedente per il comune sentire, secondo cui, risolvendo diversamente controversie simili, si violava il principio di uguaglianza dei soggetti di fronte all'ordinamento.

Dalla metà del 1800, però, il comune sentire diventa vincolo giuridico.

La diversità delle soluzioni tra le due culture giuridiche si spiega con riferimento ad una serie di elementi (organizzazione delle professioni forensi, selezione dei giudici e loro *status* sociale e professionale, il modello di organizzazione giudiziaria etc.) che possono sintetizzarsi nella educazione, esperienza e tradizioni giuridiche².

della giurisdizione che significava uniformità nell'interpretazione ad opera di un unico organo giudiziario di vertice, la Corte di Cassazione, ultima istanza cui doveva pervenire ogni controversia. La certezza del diritto era il vero "mito" inseguito da Calamandrei con la giurisdizione unica, su cui: E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni* in *Dir. Proc. Amm.* 2001, 911 e ss., part. 920 e ss..

² V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, III Ed., Torino, 2006, 300 e ss., a cui si rinvia anche per la ricostruzione in Inghilterra della giurisprudenza e del principio *stare decisis*.

La scelta italiana, Paese di *civil law*, che la legge riesce a garantire l'uguaglianza dei soggetti di fronte all'ordinamento è entrata in crisi a partire dalla seconda metà del 1900, quando il potere giudiziario con la Costituzione della Repubblica italiana, l'affermazione di principi di libertà e democrazia, le garanzie di indipendenza e terzietà effettive dei giudici rispetto agli altri poteri dello Stato e l'acquisita coscienza di tali guarentigie, si è sentito più sicuro di poter volgere la legge verso interpretazioni diverse da quelle tenute presenti dal legislatore, adeguando le norme alle esigenze sociali ed economiche sopravvenute, secondo un apprezzamento soggettivo di ogni giudice, e senza sentirsi vincolato dalla lettera della legge.

Questo processo si è andato evolvendo sempre più, e con maggiore ampiezza e consapevolezza, al punto che risulta quanto mai romantica e lontana dall'attuale esperienza giuridica l'idea che il giudice sia la *bouche de la loi*.

In una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³ si è affermato che la norma è posta dal legislatore ed il giudice è soggetto soltanto alla legge, nel senso che, non solo deve applicarla, ma che il suo magistero non è sottoposto ad interferenze da parte di altri soggetti o elementi (garanzia dell'art. 101, secondo comma, Costituzione). Nel contempo la norma “non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, *ex sé*, a dinamiche evolutive”⁴ e si è teorizzato che la norma di volta in volta adegua il suo contenuto alle esigenze sociali ed alle altre fonti di livello costituzionale e comunitario, per cui il “diritto vivente è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema

³ Cass. SS.UU., 11.7.2011 n. 15144 in *Foro Ital.* 2011, *Anticipazioni e novità*, 2.

⁴ Cass., *ult. cit.*, 6.

ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il ‘diritto vivente’ esiste al momento – ma non (solo) per effetto – dell’interpretazione dei giudici”⁵.

Insomma, il giudice dichiara quello che è il “diritto vivente” che si forma e si elabora in via autonoma e che, attraverso le decisioni assunte, viene a formalizzarsi in quel momento storico. È la tesi che, nel 1765, Blackstone formulò nei Commentaries per spiegare come il giudice inglese potesse produrre norme di diritto obiettivo vincolanti per i giudici e per gli altri soggetti dell’ordinamento⁶: non creava le norme, ma “verbalizzava” regole seguite dalla collettività.

o o o o o o o o

2. La crisi del principio della certezza del diritto nell’ordinamento italiano e le soluzioni di diritto positivo.

Il principio che tutti sono uguali di fronte alla legge si è dimostrato inadeguato a essere assicurato dalla sola previsione normativa perché l’interpretazione dei giudici ha assunto caratteri innovativi sempre più marcati e, soprattutto, senza omogeneità di trattamento. Ogni giudice procede secondo i suoi convincimenti, seguendo sì le regole proprie dell’applicazione al caso concreto della norma, ma, nella sostanza, senza sentirsi vincolato alla lettera della legge. E, infatti, è diventato rilevante per la decisione della lite, il giudice a cui è affidata la controversia, tanto che l’ordinamento, preoccupato del *forum shopping*, tende a rendere inderogabile l’attribuzione anche della competenza territoriale, a prescindere se vi siano o meno esigenze

⁵ Cass., *ult. cit.*, 6.

⁶ Cfr. V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, *op. cit.*, 301.

funzionali, come è avvenuto con il codice del processo amministrativo (artt. 13 e ss.).

La uniforme interpretazione della legge che è assicurata dai vertici della magistratura ordinaria, amministrativa e contabile e che, per l'autorevolezza degli organi e la forza persuasiva degli argomenti, avrebbe dovuto condurre in un unico alveo le soluzioni adottate per le concrete fattispecie dai singoli giudici, non ha costituito più un sistema idoneo ad impedire che l'essenziale principio di giustizia che si compendia nell'uguaglianza dei cittadini nell'applicazione del diritto venisse ad essere violato nel concreto dell'esperienza giuridica.

L'*auctoritas rerum similiter judicatarum* è posta in discussione anche negli organi di vertice per i sempre più frequenti contrasti tra le Sezioni (semplici) della Corte di Cassazione, tra quelle della Corte dei Conti e tra le Sezioni del Consiglio di Stato, libere perché "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" (art. 101, secondo comma, Cost.).

Si è, quindi, reso necessario recuperare la "certezza" del diritto che, posta in discussione dalle "fughe" della giurisprudenza dalla legge, non era assicurata dai giudici per la diversità delle soluzioni dei casi, pur simili, sottoposti al loro sindacato.

La prevedibilità delle decisioni rende uguali i soggetti di fronte all'ordinamento e questo risultato può raggiungersi se si pone un limite alla possibilità creativa per il giudice della regola del caso concreto.

Il valore della certezza del diritto che rende necessario porre un argine al mutare delle soluzioni giurisprudenziali non è, però, in armonia con il principio costituzionale che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), per cui il legislatore ha cercato l'equilibrio con la posizione di norme molto

simili che hanno riguardato, in progressione temporale, i vertici della magistratura ordinaria (art 374 c.p.c., introdotto dall'art. 8 D. L.vo 2.2.2006 n. 40), contabile (art. 1, comma 7, D.L. 15.11.1993 n. 453, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 gennaio 1994 n. 19, come integrato dall'art. 42 L. 18 giugno 2009 n. 69) e amministrativa (art. 99 D. L.vo n. 104/10, cod. proc. amm.).

o o o o o o o o

3. Il vincolo giuridico del rispetto del precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'art. 374, co. 3, c.p.c., stabilisce che, se la Sezione semplice della Corte di Cassazione “ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”.

Per i giudizi innanzi alla Corte dei Conti, vi è la stessa previsione, ma la rimessione alle Sezioni Riunite, in caso di non condivisione del principio di diritto enunciato da queste ultime, riguarda non solo le Sezioni Giurisdizionali Centrali, ma anche quelle Regionali (art. 42 L. 18.6.2009 n. 69, integrativo dell'art. 1, co. 7, D. L. n. 453/93, convertito dalla L. n. 19/94).

L'art. 99, 3° co., del codice del processo amministrativo è del medesimo tenore dell'art. 374 c.p.c., ma non si fa riferimento alla non condivisione del principio, ma di “un principio” di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Vi è stato un evidente e rivoluzionario potenziamento del ruolo nomofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le cui pronunzie, nell'ambito delle rispettive

giurisdizioni⁷, rappresentano un vincolo giuridico per le decisioni delle Sezioni appartenenti all'organo di vertice della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, mentre, per il giudice contabile, il vincolo riguarda tutte le Sezioni giurisdizionali, anche quelle territoriali di primo grado.

La dottrina processualcivilistica che, per prima, ha dovuto affrontare la novità, ha messo in luce gli aspetti negativi della disposizione sotto il profilo procedimentale, organizzativo, funzionale e di politica giudiziaria, ancor prima che la riforma approdasse al decreto delegato.

Si è così evidenziato: l'irrigidimento dell'*iter* procedimentale dinanzi alla Corte, per il meccanismo della necessaria rimessione della questione, in caso di non condivisione del principio, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; il sopraccarico dei ruoli delle Sezioni Unite⁸; la discutibile capacità di prevenire i contrasti "inconsapevoli" e gli stessi pericoli di contrasti tra le Sezioni semplici o al loro interno nonché all'interno delle Sezioni Unite⁹; lo svilimento del ruolo delle Sezioni semplici a cui, nella sostanza, viene sottratta la funzione di nomofilachia che la legge assegna alla Corte di Cassazione, senza distinzione tra Sezioni semplici e Sezioni Unite, perché le Sezioni semplici possono solo stimolare l'evoluzione giurisprudenziale, ma non operare direttamente sui principi¹⁰; la concentrazione di troppo

⁷ Per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e sin dal 1877, anche al di fuori della giurisprudenza del giudice ordinario per le questioni attinenti alla giurisdizione.

⁸ Cfr. "Sulla riforma del giudizio di Cassazione", in *Giur. It.* 2003, pag. 817 e ss.: S. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per Cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?*, pag. 826; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, pag. 817. Cfr., altresì, C. CONSOLO, *Giustizia, Corti di gravame, tradizione e modernità* in *Corriere Giur.* 2005, 753; A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2005, 925.

⁹ S. CHIARLONI, *Prime riflessioni etc.*, *op. cit.*, pag. 817.

¹⁰ F.P. LUISEO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.* 2003, 820, *cit.*.

potere nelle Sezioni Unite¹¹ che divengono “capolinea di ogni fermento innovatore”¹².

Non sono mancate posizioni diverse che hanno evidenziato come siano sovrastimati i limiti negativi¹³.

Ad ogni modo, si è evidenziato che il testo dell’art. 374 c.p.c. e, quindi, delle successive normative riguardanti la Corte dei Conti e il Consiglio di Stato, non riproduce la parola “vincolo”, stabilendo un onere di rimessione dalla Sezione semplice alle Sezioni Unite, se non viene condiviso il “principio di diritto” formulato dalle Sezioni Unite; il che starebbe a significare che non si possa parlare di “vincolo”, essendovi pur sempre la libertà della Sezione semplice di decidere in senso difforme, motivando le ragioni della diversa soluzione e rappresentandole alle Sezioni Unite che possono modificare il principio¹⁴; la solenne proclamazione del vincolo giuridico avrebbe potuto indurre il rischio della invalidità processuale della decisione non rispettosa del precedente delle Sezioni Unite, dando così adito alla necessità di rimedi impugnatori¹⁵, mentre la formula adottata dal legislatore rileverebbe solo sul piano disciplinare¹⁶.

La relazione che accompagna il decreto delegato sottolinea che il meccanismo stabilito dall’art. 374, 3° co., c.p.c., non determina lo *stare decisis* che andrebbe a confliggere con il principio della

¹¹ S. CHIARLONI, *Prime riflessioni etc.*, op. cit., pag. 817.

¹² C. CONSOLO, *Giustizia, Corti di gravame etc.*, op. cit., pag. 753.

¹³ F.P. LUISO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, op. cit., 820, cit.; G. IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l’efficacia del principio di diritto*, in *Corr. Giur.* 2008, 725.

¹⁴ TARUFFO, *Una riforma della Cassazione Civile?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 2006, 773.

¹⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Padova 2009, 535.

¹⁶ G. IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l’efficacia del principio di diritto*, op. cit., 727; G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)* in *Riv. Dir. Proc.* 2008, 10, secondo cui il dovere di rispettare la giurisprudenza della Cassazione è funzionale e pregnante, a prescindere da una specifica sanzione processuale.

soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, 2° co., Costituzione), come, peraltro, rilevato dalla dottrina¹⁷. Si sarebbe di fronte ad un vincolo strettamente processuale poiché l'obbligo non riguarda il contenuto, ma solo la non emissione di una decisione di contenuto difforme¹⁸.

o o o o o o o o

4. Vincolo del precedente e suo superamento.

Al di là dei distinguo e delle precisazioni, mi pare non si possa negare che il principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione deve essere seguito¹⁹ e può essere modificato solo dalle stesse Sezioni Unite, anche se può intervenire su impulso e sollecitazione motivati delle Sezioni semplici. È un girare intorno alle parole ed è più un sofisma rivolgere il vincolo sul piano processuale perché la sostanza è la seguente: il principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione deve essere seguito dalle Sezioni semplici che se ne possono discostare solo attraverso un'ordinanza motivata di rimessione della questione alle Sezioni Unite affinché cambino orientamento ed interpretazione.

Si è in presenza di un vincolo non diverso da quello regolato nei paesi di *common law*, e in particolare in Inghilterra, perché, se in un primo tempo il precedente vincolava i giudici di pari grado (operatività orizzontale) e quelli di grado inferiore (operatività

¹⁷ F.P. LUISO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, op. cit., 821 il quale sottolinea che il vincolo a non emettere una sentenza difforme è cosa diversa dal vincolo ad emettere una sentenza conforme.

¹⁸ B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione* in Riv. Dir. Proc. 2006, 217; G. IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, op. cit., 724.

¹⁹ La "fedeltà" alla giurisprudenza della Corte di Cassazione è rafforzata dall'art. 360 bis c.p.c. che ha stabilito la inammissibilità del ricorso "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". È il filtro introdotto al posto della enunciazione del quesito di diritto e che pone come parametro, non la legge, ma la giurisprudenza della Cassazione spostando su questa ultima la "esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" (art. 65 R.D. 30.1.1941 n. 12).

verticale) e la modificazione del principio poteva intervenire ad opera della legge, a partire dalla nota dichiarazione stragiudiziale definita come *practice statement* del 1966, l'*House of Lords* (ora *Supreme Court*, sezione 41 del *Constitutional Reform Act* 2005) può superare una sua precedente decisione quando ciò appaia opportuno, anche se, come indicato nel *practice statement* “essi terranno a mente i pericoli insiti nel disturbare retroattivamente la base su cui sono stati conclusi contratti, o le negoziazioni in materia proprietaria o fiscale, come pure le particolari esigenze di certezza in materia penale. Questo annuncio non intende incidere sull’uso del precedente nelle corti diverse della *House of Lords*”²⁰.

In Inghilterra, dunque, il vincolo del precedente può essere rimosso dalla *Supreme Court* che può superare il principio già espresso.

In Italia, il vincolo del precedente può essere rimosso, con la posizione di altro principio, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per quanto riguarda le Sezioni dello stesso organo di vertice; identico discorso vale per le Sezioni del Consiglio di Stato rispetto ai principi fissati dall’Adunanza Plenaria; quanto al giudice contabile, l’operatività del precedente non è solo orizzontale (Sezioni centrali che devono uniformarsi al principio dettato dalle Sezioni Riunite), ma anche verticale perché le Sezioni territoriali che non intendano uniformarsi al principio indicato in una sentenza delle Sezioni Riunite, devono adottare ordinanza motivata di rimessione alle Sezioni Riunite per superare quanto stabilito in un precedente di queste ultime.

²⁰ Il passo è riportato in V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, op. cit., 304, a cui si rinvia anche per la ricostruzione in Inghilterra della giurisprudenza e del principio *stare decisis*.

La diversità della previsione per la Corte dei Conti si spiega perché, a differenza dei giudici ordinari di primo e secondo grado e dei Tribunali Amministrativi Regionali, le Corti regionali della Corte dei Conti possono rimettere le questioni alle Sezioni Riunite, siccome l'assetto della giustizia contabile non differenzia sotto l'aspetto ordinamentale, dei ruoli e funzionale, le Sezioni territoriali di primo grado da quelle centrali di appello. In conseguenza, le Corti dei Conti regionali, non condividendo il principio, hanno la possibilità di mettere in discussione la questione decisa dalle Sezioni Riunite, adottando apposita ordinanza motivata di rimessione a queste ultime. Invece, né i giudici ordinari di merito, né i Tribunali Amministrativi Regionali hanno accesso "diretto", rispettivamente, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per cui, se fosse stato stabilito il vincolo del precedente ad operatività verticale, come per la Corte dei Conti, ci sarebbe stato un evidente *vulnus* al principio costituzionale che pone l'art. 101, 2° co., della Costituzione: "i giudici sono soggetti soltanto alla legge"; infatti, i giudici non appartenenti all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa, avrebbero dovuto necessariamente uniformarsi al principio fissato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, senza alcuna possibilità di dissentire, motivandone le ragioni e sottoponendole all'esame di questi ultimi organi. In caso di mancato rispetto del precedente, la sentenza poteva essere oggetto di appello vittorioso, per violazione dell'obbligo stabilito dalla norma.

Pertanto, a differenza della disposizione dettata per la Corte dei Conti, il vincolo giuridico dell'operatività del precedente per i giudici ordinari ed amministrativi è solo orizzontale, non verticale.

È evidente, però, che la forza del precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da sempre considerato come rilevante e condizionante, per l'autorevolezza degli organi e per la persuasività delle argomentazioni, sarà più incisiva perché, quando si giunge all'organo di vertice delle rispettive giurisdizioni, sarà vincolante l'applicazione del precedente.

Ciò riguarderà soprattutto i Tribunali Amministrativi Regionali perché l'organo di vertice è al secondo grado, a differenza dei giudici ordinari le cui sentenze arrivano in Corte di Cassazione dopo aver affrontato un primo ed un secondo grado, con conseguenti maggiori oneri processuali ed allungamento dei tempi per giungere innanzi all'organo che è vincolato al precedente.

La maggiore rilevanza, pregnanza e forza del precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non comportano, però, per i giudici ordinari di merito e per i Tribunali Amministrativi Regionali un obbligo giuridico di conformarsi al precedente, come è stabilito, invece, per la Corte dei Conti.

Il risultato è che il principio stabilito dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti vincola sul piano sia orizzontale che verticale con applicazione dello *stare decisis* a 360 gradi e con possibilità di mutamento del principio solo ad opera delle stesse Sezioni Riunite, sulla falsariga di quello che accade nel Regno Unito; il principio stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato vincola giuridicamente e in via diretta solo sul piano orizzontale, anche se, in via indiretta,

condiziona il contenuto delle sentenze dei giudici di grado (funzionale) inferiore.

o o o o o o o o

5. Il precedente come fonte del diritto e la sua collocazione tra le altre fonti.

Queste modifiche di diritto positivo conducono all'assunzione da parte di quelle che la dottrina²¹ ha definito fonti culturali, con specifico riferimento alla loro elaborazione da parte dei tecnici del diritto (giudici e dottrina), tra gli atti fonte alla pari delle fonti politiche (leggi etc.).

Il precedente vincola, con operatività orizzontale, gli organi di vertice del giudice ordinario e del giudice amministrativo ed anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e con operatività anche verticale il complesso dei giudici costituenti la Corte dei Conti, fissando principi e regole che, in conseguenza, vanno considerati anche dai soggetti dell'ordinamento i quali sono tenuti al rispetto dei precedenti, per evitare che i loro comportamenti ed atti possano porsi in difformità da essi, con conseguente valutazione negativa in caso di controversia.

La fonte culturale del giudice diventa atto fonte ed occorre individuare in che posizione si ponga rispetto alle altre fonti dell'ordinamento.

Le norme innanzi esaminate (art. 374 c.p.c., art. 42 L. n. 69/09 e art. 99 c.p.a.) non recano alcuna disposizione sul punto, ne è rinvenibile nell'ordinamento una specifica statuizione, per cui occorre esaminare la particolarità della fonte in relazione alle altre fonti ed ai principi generali derivanti dal sistema complessivo.

²¹ A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, II ed., Bologna 2011, part. 165 e ss..

La caratteristica della fonte culturale del precedente giurisprudenziale è che opera sugli altri atti-fonte, assumendo un ruolo di secondo grado che ha ad oggetto le altre fonti, interpretandole e, quindi, la sua collocazione tra le fonti, si qualifica in rapporto a questo elemento ontologico.

Il precedente giurisprudenziale interviene ad interpretare qualunque fonte, dalla legge costituzionale alla normativa comunitaria e internazionale, dalla legge primaria al regolamento e così via ed interviene successivamente a dette fonti, per cui si impone ad esse. Infatti, i giudici dovranno interpretare tutti gli atti fonte anteriori al precedente giudiziario, come stabilito dalla sentenza che ha fissato il principio, con la conseguenza che l'atto fonte culturale ha una "forza" maggiore rispetto a quella di tutte le altre fonti del diritto: l'interpretazione fornita dal precedente giudiziario si impone ad ogni possibile e diversa lettura della fonte e ne oscura la proposizione normativa.

Questa particolare e pregnante forza del precedente ha, nella sua natura, il limite stesso della sua rilevanza nell'ordinamento perché è una fonte che, basandosi su altra fonte normativa, trova la sua ragione di essere nella perdurante vigenza ed efficacia della fonte interpretata: venendo meno quest'ultima per un qualunque motivo (abrogazione, annullamento etc.), il precedente non può più vincolare per mancanza dell'oggetto.

E, quindi, le fonti del diritto, a qualunque livello appartengano, che intervengano per regolare diversamente la materia o la disposizione interpretate dal precedente giudiziario, liberano il giudice dal vincolo del precedente, imponendosi su quest'ultimo, perché la fonte culturale è connessa e legata ad una determinata norma che, se viene meno,

trascina con sé il principio giurisprudenziale che si è formato su di essa.

La caratteristica della “forza” del precedente è in questa valenza differenziata, a seconda che sia successivo o antecedente alle altre fonti del diritto.

Certamente non tutte le proposizioni in cui si articola una sentenza costituiscono precedente in senso tecnico, cioè vincolo, essendo necessario tenere distinti quelli che sono gli *obiter dicta* dalle *rationes decidendi* perché solo a questi ultimi devono uniformarsi i giudici nell’applicazione di una medesima disposizione ad un caso simile.

In questo può essere utile fare riferimento all’esperienza dei Paesi di *common law*.

o o o o o o o o

6. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – che ha funzioni esclusivamente giurisdizionali – nasce con la L. 7.3.1907 n. 62 che, oltre a stabilire la natura giurisdizionale delle decisioni delle Sezioni del Consiglio di Stato, istituisce la V Sezione giurisdizionale, con poteri distinti da quelli attribuiti alla IV Sezione perché una ha competenza per i ricorsi di legittimità per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, l’altra nelle materie di giurisdizione anche in merito.

Si rese, pertanto, necessario la individuazione di un organo che potesse risolvere i conflitti di giurisdizione, ancorché interni al Consiglio di Stato, tra la IV e la V Sezione, e, scartata l’ipotesi che potesse risolverli un organo esterno²², si optò per una soluzione

²² Si insinuò l’idea che, trattandosi di conflitti tra la giurisdizione di legittimità e quella di merito, se ne dovesse occupare la Corte di Cassazione in Roma, ma fu immediatamente soffocata

interna che non poteva essere il deferimento all'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, visto che ad essa partecipano anche i Consiglieri appartenenti alle Sezioni con funzioni consultive. Da qui la previsione di un organo collegiale formato da una parte dei Consiglieri della IV e della V Sezione, con presidenza assegnata al Presidente del Consiglio di Stato.

Sul piano strutturale, la composizione dell'Adunanza Plenaria è rimasta, nella sostanza, immutata poiché di essa fanno parte, ancora oggi, una rappresentanza delle Sezioni giurisdizionali, sotto la presidenza del Presidente del Consiglio di Stato²³.

Recita, infatti, l'art. 6 del c.p.a.: "l'Adunanza Plenaria è composta dal Presidente del Consiglio di Stato che la presiede e da 12 magistrati del Consiglio di Stato, assegnati alle Sezioni giurisdizionali".

Sotto il profilo funzionale, in origine, all'Adunanza Plenaria spettava sia il potere di risolvere i conflitti preventivi e successivi tra la IV e la V Sezione, sia la decisione sui ricorsi che avevano dato luogo a decisioni giurisprudenziali difformi. Quando la L. 30.12.1923 n. 2840 eliminò la distinzione di competenza tra le due Sezioni, venne meno la materia per la funzione risolutiva dei conflitti e rimase quella volta a risolvere i contrasti di giurisprudenza, aggiungendosi, in prosieguo²⁴, la risoluzione di questioni di massima importanza. Per cui, le origini dell'Adunanza Plenaria si ricollegano all'istituzione di una pluralità di Sezioni semplici giurisdizionali del Consiglio di Stato perché, quando vi era solo la Sezione IV, potevano intervenire

dal Consiglio di Stato che sottolineò come l'ipotetico conflitto si svolgesse del tutto all'interno delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

²³ F. FIGORILLI in *Giustizia Amministrativa*, a cura di Franco Gaetano Scoca, IV edizione, Torino 2011, pag. 41.

²⁴ Art. 5 L. 21.12.1950 n. 1018. Per la ricostruzione storica, strutturale e funzionale dell'Adunanza Plenaria, cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* – Padova, 2011, in particolare pagg. 15 e ss. ed ivi i riferimenti di dottrina.

decisioni in “seduta plenaria”, con 9 invece che 7 Consiglieri, se si erano verificati precedenti difformi, ma si trattava di una composizione rafforzata della stessa Sezione²⁵.

Le funzioni dell’Adunanza Plenaria sono, all’attualità e nella sostanza, sempre le stesse.

L’art. 99 stabilisce che la Sezione cui è assegnato il ricorso, può rimetterlo all’esame dell’Adunanza Plenaria con apposita ordinanza, su richiesta delle parti o d’ufficio, quando “il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali”, quindi per contrasti potenziali o reali.

Analogo potere è conferito al Presidente del Consiglio di Stato²⁶ che, su richiesta delle parti o d’ufficio, può deferire all’Adunanza Plenaria qualunque ricorso, non solo per dirimere contrasti giurisprudenziali, ma anche per risolvere questioni di massima di particolare importanza.

Quindi, l’Adunanza Plenaria dirime contrasti reali o potenziali di giurisprudenza e decide questioni di massima di particolare importanza, anche se, per quest’ultimo profilo, la norma prevede che possa essere investita dal Presidente del Consiglio di Stato; è da ritenere, però, che anche la Sezione possa deferire alla Plenaria questioni di massima di particolare importanza.

A differenza di quanto avviene per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che possono essere adite direttamente dalle parti in sede di regolamento di giurisdizione, non è prevista la possibilità per le parti

²⁵ S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* -, Padova, 2011, in particolare pagg. 17 e ss..

²⁶ Questo potere conferito al Presidente del Consiglio di Stato ha indotto la dottrina a muovere critiche per la lesione del principio del giudice naturale, anche se la previsione è risalente perché già contenuta nell’art. 45 T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato: cfr. M. LIPARI in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 735 e ss.

di rivolgersi all'Adunanza Plenaria cui si può giungere solo attraverso il filtro delle Sezioni o del Presidente del Consiglio di Stato²⁷.

Rispetto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato presenta la particolarità che può decidere l'intera controversia, anche nel merito, “salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente”²⁸, per la ragione che il Consiglio di Stato è giudice di appello che decide anche il merito della vicenda.

Inoltre, l'Adunanza Plenaria, come la Corte di Cassazione, 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, se “la questione è di particolare importanza”²⁹.

o o o o o o o o

7. Il precedente dell'Adunanza Plenaria.

La disposizione veramente innovativa per l'Adunanza Plenaria è quella, richiamata in precedenza, del 3° comma dell'art. 99 che stabilisce il vincolo giuridico per le Sezioni di uniformarsi al precedente dell'Adunanza Plenaria³⁰, salvo rimettere a quest'ultima la decisione del ricorso, con ordinanza motivata che chiarisca le ragioni che portano la Sezione a non condividere il principio già stabilito³¹.

²⁷ S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* -, Padova, 2011, in particolare pagg. 69 e ss..

²⁸ Art. 99, 4° co., c.p.a..

²⁹ Art. 99, 5° co., c.p.a.: cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* – Padova, 2011, in particolare pagg. 179 e ss..

³⁰ Sottolinea che si tratti di “innovazione di maggior rilievo”: M. LIPARI, *op. cit.*, 737.

³¹ M. MENGOZZI, in F. CARINELLA-M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Trento 2010, 855 rileva che è stato introdotto “l'obbligo delle sezioni semplici di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, con ordinanza motivata, qualora ritengano di non condividere un principio di diritto già enunciato dalla medesima in precedenti occasioni” che rafforza la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria. L'A. conclude che tali decisioni sono dotate di “un particolare valore giuridico e non più soltanto di particolare autorevolezza, secondo la impostazione tradizionalmente prevalente” (pag. 855).

La norma precisa che la rimessione all'Adunanza Plenaria debba avvenire con ordinanza "motivata" che sembra apparire superflua, stante la previsione generale dell'art. 3 del c.p.a., secondo cui "ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato" e, quindi, anche l'ordinanza, ma pare debba attribuirsi un particolare significato a tale previsione, quasi un profilo di ammissibilità, nel senso che si richiede alla Sezione che non condivida il precedente di esplicitare in maniera adeguata e completa le ragioni del dissenso e quelle a base della diversa soluzione.

Rispetto all'art. 374, 3° co., c.p.c. ed alla stessa previsione dettata per le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, qui si richiama non "il principio", ma "un principio". La differenza è chiara se si considera che l'art. 384 c.p.c. stabilisce per la Cassazione che la "Corte enuncia il principio di diritto", cassando la sentenza e rinviando "la causa ad altro giudice il quale deve uniformarsi al principio di diritto", mentre il Consiglio di Stato e l'Adunanza Plenaria, normalmente, decidono nel merito la causa come giudici di secondo grado, per cui non stabiliscono "il principio".

L'Adunanza Plenaria affronta il caso concreto e lo decide, indicando i principi che ha seguito per risolvere la controversia, per cui, pur potendo rilevare l'affermazione di una sola regola, è funzionale alla sua pronuncia l'enunciazione di tutti i passaggi necessari per giungere alla definizione della lite, senza che debba fissare – salva l'ipotesi (rara) in cui intenda rimettere alla Sezione la definizione del ricorso – il principio cui debba attenersi la Sezione cui non viene rinviato il ricorso.

Il diritto amministrativo è a formazione giurisprudenziale e vi è stata tra i giudici amministrativi una maggiore sensibilità verso il

precedente, soprattutto se dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Tanto che la Commissione presso il Consiglio di Stato per la stesura del codice del processo amministrativo ha ritenuto che non dovesse essere introdotta tale disposizione ³² perché il diritto amministrativo non accetta, per così dire, briglie, dovendo svolgersi in continuo adeguamento alle norme ed alle esigenze che sopravvengono; in una parola, le stesse ragioni per cui non vi è un codice del diritto amministrativo³³.

Nel decreto delegato, invece, la previsione è stata posta.

È da domandarsi cosa cambia per effetto dell'art. 99, terzo comma, c.p.a..

Il primo rilievo è l'accresciuta rilevanza e forza giuridica della decisione dell'Adunanza Plenaria che impone i suoi principi alle Sezioni del Consiglio di Stato e, indirettamente e con maggiore incisività rispetto al passato, ai Tribunali Amministrativi Regionali.

Di poi, sia i TTAARR che le Sezioni del Consiglio di Stato continueranno a dare linfa all'evoluzione giurisprudenziale, ma l'intervento dell'Adunanza Plenaria stabilizza i principi e chiude il processo innovativo giurisprudenziale, quasi come punto di arrivo che potrà essere modificato soltanto dalla Adunanza Plenaria che, nello stabilire un nuovo principio, diverso dal suo precedente, tiene, comunque, bloccata sul punto la posizione diffusa (TTAARR e Sezioni del Consiglio di Stato) di principi giurisprudenziali.

In sostanza, l'Adunanza Plenaria diventa, da un lato, un freno all'evoluzione giurisprudenziale e, dall'altro lato, un punto fermo nell'interpretazione e nella posizione di principi.

³² Per riferimenti, S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, op. cit., 72 e 183; M. LIPARI, op. cit., 737.

³³ Si rinvia a E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo in Dir. e Proc. Amm.* 2010, 367 e ss., part. 373 e ss.

Il sistema, quando si esprime l'Adunanza Plenaria, si "ingessa" e si cristallizza, per cui più numerosi e ampi sono i principi dettati nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria e più ridotti sono gli spazi delle Sezioni del Consiglio di Stato e, di fatto, dei Tribunali Amministrativi Regionali.

Gli ambiti di creazione pretoria dei giudici amministrativi sono inversamente proporzionali alle aree coperte dai principi posti dall'Adunanza Plenaria che assicura, sì, certezza e prevedibilità delle decisioni, ma spegne la forza innovativa delle Sezioni del Consiglio di Stato, costringendole al meccanismo della necessaria rimessione con ordinanza motivata all'Adunanza Plenaria, e dei Tribunali Amministrativi Regionali.

L'Adunanza Plenaria deve prendere coscienza di questa innovativa e rivoluzionaria previsione normativa, dei vantaggi e dei limiti, ed adeguarsi al mutato quadro ordinamentale, per cui deve procedere per *case law*. E cioè la giurisdizione si svolge in due direzioni: soluzione del caso concreto sottoposto al sindacato dell'Adunanza Plenaria con cui si definisce la specifica controversia e posizione del principio di diritto oggettivo che deve regolare i (successivi) casi simili.

Il principio deve essere aderente alla specifica questione risolta ed enucleato con chiarezza, evitando *obiter dicta* e, comunque, indicandolo espressamente nella motivazione, come regola per i casi simili.

Le sentenze dell'Adunanza Plenaria non usano questa tecnica³⁴ e indulgiano nell'affermazione di principi che non sono (strettamente)

³⁴ Diversa è l'ipotesi in cui, ai sensi del comma quinto dell'art. 99 c.p.a., l'Adunanza Plenaria esprima il principio di diritto nell'interesse della legge, pur se dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile ovvero la estinzione del giudizio: qui risulta con nettezza il principio posto che viene espressamente indicato in sentenza, come è avvenuto in tema di efficacia

necessari a definire la concreta lite; se una complessa ed articolata motivazione serve ad argomentare persuasivamente le soluzioni adottate, crea disorientamento per individuare ed applicare il principio (diritto oggettivo) per le controversie simili.

La motivazione della sentenza può ben essere complessa e densa di principi, se necessaria per la decisione, ma deve precisare il o i principi posti che non possono essere estranei alle *rationes decidendi*. In questo, l'Adunanza Plenaria deve usare *self-restraint* per evitare che un eccesso di principi soffochi il naturale evolversi della giurisprudenza.

Peraltro, il procedere per *case law* non consente di considerare tutti i possibili interessi, ma solo quelli risultanti dalla specifica e concreta fattispecie, per cui il principio posto resiste più a lungo nel tempo, se si mantiene fedele al caso deciso, non andando a regolare fattispecie di cui non ha potuto conoscere e valutare compiutamente gli interessi.

Le Sezioni del Consiglio di Stato, dal canto loro, devono sottoporre la questione all'Adunanza Plenaria dopo che vi sono state un certo numero di decisioni, in modo che possano emergere tutti gli interessi relativi alla questione e ci sia stata un certo "dibattito" nella giurisprudenza.

In conclusione, il vincolo giuridico che discende dal comma tre dell'art. 99 del c.p.a. deve indurre l'Adunanza Plenaria ad utilizzare una diversa tecnica nella redazione della sentenza, limitando i principi di diritto al caso deciso ed indicandoli in maniera esplicita, in modo da non creare difficoltà per gli interpreti.

o o o o o o o o

8. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria intervenute prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Il compito della dottrina.

Diviene rilevante stabilire se il terzo comma dell'art. 99 c.p.a. riguardi anche i principi di diritto enunciati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate prima del 16 settembre 2001 che sono state adottate nella consapevolezza dell'autorevolezza dell'organo e della forza persuasiva degli argomenti che avrebbero indotto gli altri giudici amministrativi ad uniformarsi nelle decisioni successive, ma non certo della vincolatività giuridica del precedente per le Sezioni del Consiglio di Stato, per cui la tecnica di redazione della sentenza non era guidata dalle considerazioni espresse innanzi.

L'Adunanza Plenaria, poi, è stata istituita nel 1907 e, in oltre cento anni, sono intervenute diverse pronunzie emesse sulla base di un quadro normativo ed ordinamentale che si è andato modificando non poco, con la conseguenza che molti dei principi espressi sono stati superati dalla stessa giurisprudenza e, se non sono stati modificati da altre decisioni dell'Adunanza Plenaria, essi vincolerebbero le Sezioni del Consiglio di Stato che dovrebbero rimettere, con ordinanza motivata, la questione all'Adunanza Plenaria.

E, quindi, innanzitutto, separazione dell'*obiter dictum* dalla *ratio decidendi*, poi verifica dell'eventuale sopravvenuta altra sentenza dell'Adunanza Plenaria che abbia modificato il principio ovvero dell'intervento di sopravvenuta normativa e, qualora risultasse che il principio non è stato (formalmente) superato, rimessione della questione alla Adunanza Plenaria.

Il terzo comma dell'art. 99 del c.p.a. è norma di natura processuale e, quindi, si applica, in mancanza di diversa disposizione, ai processi

in corso, anche se iniziati prima del 16.9.2010, ma qui il problema è un altro e cioè se “un principio di diritto enunciato dall’Adunanza Plenaria” è anche quello dettato da una sentenza intervenuta prima dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo e, dunque, a partire dal 1907.

Se l’Adunanza Plenaria fosse stata istituita con il codice del processo amministrativo, non ci sarebbe stata questione, trattandosi di un nuovo organo e, invece, è sostanzialmente lo stesso di quello creato nel 1907, quanto a struttura, essendo composto da una rappresentanza di componenti delle Sezioni giurisdizionali, e a funzioni perché, a parte la risoluzione dei conflitti tra la IV e la V Sezione venuta meno nel 1923, decide sulle questioni che danno luogo a contrasti giurisprudenziali potenziali o reali e su quelle di massima di particolare importanza. Possono senz’altro essere escluse dal precedente vincolante, le decisioni sui conflitti tra IV e V Sezione, essendo venuta meno la distinzione di attribuzioni giurisdizionali tra le due Sezioni, ma, per le altre, va approfondita la portata del terzo comma dell’art. 99 c.p.a..

Se l’efficacia vincolante del principio espresso nelle sentenze dell’Adunanza Plenaria inerisce all’atto-decisione, la norma stabilita per attribuire tale qualità alle sentenze precedenti, dovrebbe avere efficacia retroattiva.

Qualora, invece, si ritenesse che la norma vincola il giudice nel momento in cui assume la decisione, non si assegnerebbe alla norma efficacia retroattiva perché imporrebbe un vincolo per la futura attività del giudice amministrativo. Questa seconda tesi porta all’affermazione che vincolano anche i principi di diritto espressi dalle sentenze

dell'Adunanza Plenaria precedenti il 16.9.2010, stante la già evidenziata sostanziale identità di struttura e funzione dell'organo.

Se si abbracciasse l'idea che la norma ha attribuito la qualità del vincolo alla sentenza, va verificato se la norma possa avere efficacia retroattiva.

La retroattività della legge, pur avendo carattere eccezionale secondo l'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, non è oggetto di divieto costituzionale e la Corte Costituzionale, specie con riferimento alle norme di interpretazione autentica, ha ritenuto legittima la previsione di efficacia retroattiva della legge quando non contrasti con il principio di ragionevolezza e non metta in discussione l'affidamento del cittadino e la prevedibilità e certezza del diritto³⁵.

Occorre, però, che la norma, per sua natura (es.: interpretazione autentica) o per espressa disposizione, sia retroattiva.

L'art. 99, 3° comma, c.p.a. non stabilisce espressamente la retroattività della norma, per cui assume rilevanza l'affermazione che il vincolo si proietti sul piano soggettivo (il giudice ha l'obbligo di conformarsi al precedente) o su quello oggettivo (è una qualità che inerisce alla sentenza), sempre che non si voglia ritenere che la disposizione sia, per sua natura, retroattiva.

In fondo, si tratta di due lati della stessa medaglia e cioè la necessità di conformarsi al precedente dell'Adunanza Plenaria.

A mio avviso, il terzo comma dell'art. 99 c.p.a. disciplina le modalità di svolgimento del sillogismo del giudizio che deve considerare come parametro non solo le norme giuridiche, ma anche i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, per cui è dettata per il

³⁵ Cfr., da ultimo, C. Cost. 26.6.2007 n. 234 in www.giurcost.org nonché la recente ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale di G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto* in *Riv. Dir. Proc.* 2011, 1078 e ss..

giudice, ma, nello stesso tempo, richiama l'applicazione dei principi sostanziali espressi dal precedente, cui si va ad assegnare un'efficacia non prevista per le sentenze intervenute prima del 16.09.2010.

In questo modo, si sintetizzano le due possibili tesi, ma, se i principi del precedente rilevano (anche) sul piano sostanziale, non si può pensare di ritenerli vincolanti quando, nel momento in cui sono stati espressi, non lo erano per le Sezioni del Consiglio di Stato e, indirettamente, per i TTAARR e, soprattutto, per tutti i soggetti dell'ordinamento.

La giurisprudenza, di fronte ad un principio dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 1998 che ha posto una parziale, ma importante deroga, alla *par condicio creditorum* nei confronti di un ente dissestato, lo ha applicato nel caso concreto, rilevando che “La Sezione non intende decampare dal vincolante principio di diritto formulato dall'alto consesso; resta solo da dire, sul punto, che la decisione della Sezione di discostarsene determinerebbe l'obbligo, a mente dell'art. 99, comma 3, c.p.a. (applicabile *ratione temporis*), di rimettere, a quest'ultimo la decisione del ricorso nell'esercizio della funzione nomofilattica che gli appartiene”³⁶.

La Sezione si è ritenuta vincolata alla regola posta dal 3° comma dell'art. 99 c.p.a., pur se il principio era stato dettato da una sentenza di oltre due lustri prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, senza nemmeno porsi il problema perché, già prima del 16.9.2010, l'autorevolezza dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria non è stata mai posta in discussione, anche per la forza persuasiva della motivazione, per cui vi è stato uno spontaneo adeguamento al precedente e ora il vincolo alle Sezioni del Consiglio

³⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 30.11.2010 n. 8363, motiv. pag. 21.

di Stato di uniformarsi al precedente dell'Adunanza Plenaria, salvo la rimessione a quest'ultima della questione con ordinanza motivata, è considerato un rafforzamento della funzione nomofilattica, ma non una significativa innovazione del sistema.

In sostanza, la giurisprudenza, di primo acchito, ha esteso il 3° comma dell'art. 99 c.p.a. ai principi espressi da tutte le Adunanze Plenarie, anche quelle precedenti il 16.9.2010, ritenendo che il vincolo riguardi il giudice il quale deve porre a parametro del suo sindacato non solo le norme, ma anche i principi posti dall'Adunanza Plenaria.

Se l'orientamento della giurisprudenza delle Sezioni si consoliderà in questo senso o se interverrà una sentenza dell'Adunanza Plenaria a porre detto principio, la dottrina deve svolgere il suo ruolo e farsi carico di redigere un repertorio sistematico nel quale:

a) raccogliere tutte le sentenze dell'Adunanza Plenaria a partire dal 1907, ad eccezione di quelle che hanno risolto soltanto i conflitti tra la IV e la V Sezione;

b) per ogni sentenza, distinguere i principi che vanno considerati diritto obiettivo perché inerenti il caso oggetto di contenzioso (*case law*), da quelli non necessari alla risoluzione della fattispecie concreta, oggetto di giudizio;

c) evidenziare i principi che sono stati superati da sentenze successive dell'Adunanza Plenaria o dalla normativa sopravvenuta;

d) ordinare sistematicamente, per argomento, i principi che residuano dopo aver eseguito le operazioni di cui ai capi b) e c).

Evidentemente, i risultati conseguiti con le indagini di cui ai capi b) e c) potranno essere oggetto di soluzioni diverse e il possibile contrasto potrà essere superato dall'intervento dell'Adunanza Plenaria che risolverà la questione se, ovviamente, investita da ordinanza

motivata della Sezione o dall'iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato.

o o o o o o o o

9. I rimedi contro la sentenza emessa in violazione dell'obbligo stabilito dall'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo: A) ricorso per Cassazione per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione"; B) revocazione; C) opposizione di terzo.

Il codice del processo amministrativo non detta alcuna disposizione volta a stabilire i rimedi che possono essere promossi dall'interessato, quando la Sezione decida in modo difforme dal principio posto dall'Adunanza Plenaria, senza rimettere a quest'ultima la questione con ordinanza motivata.

Bisogna, quindi, considerare le previsioni generali che, avverso le decisioni del Consiglio di Stato, consentono: A) il ricorso per Cassazione, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.; B) la revocazione e C) l'opposizione di terzo.

A) Si è sostenuto che potrebbe integrare la violazione di un limite esterno di giurisdizione la sentenza della Sezione del Consiglio di Stato che, pur non attenendosi ad un precedente della Adunanza Plenaria, non rinvii ad essa, ma decida la controversia in maniera diversa dal principio che costituisce precedente vincolante; si assume che in questo caso la Sezione "esercita un potere giurisdizionale di cui non dispone"³⁷ e che, se si seguisse questa tesi, si avrebbe "come risultato ultimo una virtuosa sinergia tra nomofilachia 'esterna' e nomofilachia 'interna'; infatti, l'esercizio della prima assicurerebbe la

³⁷ S. OGGIANU, *op. cit.*, 87.

piena efficacia giuridica della sentenza”³⁸. Ma, si evidenzia, occorrerà attendere la sua applicazione pratica³⁹.

Non condivido, però, tale interpretazione.

Il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato può essere promosso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”⁴⁰ ed attiene esclusivamente ai limiti della giurisdizione esterna del giudice amministrativo e la recente deviazione della Corte di Cassazione in ordine al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi rappresenta più il frutto del livello eccessivo cui era giunta la diatriba con il Consiglio di Stato sulla c.d. pregiudiziale amministrativa che l’effetto di una motivata e corretta impostazione, rispettosa del sistema di riparto tra i due ordini giurisdizionali⁴¹.

Infatti, si è stabilito che costituisca motivo attinente alla giurisdizione il caso in cui il giudice amministrativo abbia dichiarato la inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni nei confronti della pubblica amministrazione per omessa preventiva o contestuale richiesta di annullamento dell’atto amministrativo causativo del danno, perché non esercita i suoi poteri giurisdizionali, omettendo la pronuncia di merito sulla domanda risarcitoria⁴². Si è trattato di un’intromissione non consentita nella giurisdizione amministrativa perché lo stesso tipo di discorso potrebbe farsi per ogni

³⁸ S. OGGIANU, *op. cit.*, 87.

³⁹ S. OGGIANU, *op. cit.*, 87; alla pag. 184, si ribadisce la possibilità del ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione perché ancorata “al dato della legge” e la Sezione che non osservi il vincolo stabilito dall’art. 99, 3° co., c.p.a., “eccede dai limiti del potere decisorio conferitole dall’ordinamento”.

⁴⁰ Art. 111, u.c., Cost. e art. 91 c.p.a..

⁴¹ V. FANTI, *La “rivoluzione” operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa* in *Dir. e Proc. Amm.* 2007, 145 e ss..

⁴² C. Cass., SS. UU., ord. 5 giugno 2006 n. 7035.

non condivisa pronunzia in rito del giudice amministrativo che non affronti il merito della controversia, con la possibilità del sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione *sub specie jurisdictionis* (mancato esercizio della giurisdizione) di ogni causa di inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità o estinzione del giudizio nelle ipotesi considerate dall'art. 35, comma secondo, del Codice del processo amministrativo.⁴³

La questione della necessaria impugnativa dell'atto amministrativo per proporre la domanda di risarcimento del danno è stata "formalmente" superata dall'art. 30 c.p.a.⁴⁴, per cui non dovrebbero intervenire, ormai, ulteriori pronunzie delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in proposito, anche se il precedente del 05.06.2006 n. 7035 può costituire il "grimaldello" per un ulteriore grado di giurisdizione, di sola legittimità, e limitato alle questioni di rito con le quali il Consiglio di Stato definisce il giudizio, senza entrare nel merito della controversia. Ma si tratterebbe di soluzione eversiva del sistema.

Se si seguisse la tesi del possibile rimedio cassatorio per la violazione della regola stabilita dall'art. 99, 3° comma, c.p.a., si affermerebbe che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione possono sindacare, come limite della giurisdizione del giudice amministrativo, la fonte di diritto obiettivo costituita dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, così estendendosi, anche al merito, l'indagine delle Sezioni Unite.

⁴³ Art. 35, comma secondo, c.p.a. : "Il giudice dichiara estinto il giudizio: a) se, nei casi previsti dal presente codice, non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio fissato dalla legge o assegnato dal giudice; b) per perenzione; c) per rinuncia".

⁴⁴ Cfr. F. G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa* in www.giustamm.it.

E, infatti, come evidenziato innanzi, il precedente della Adunanza Plenaria rappresenta un atto fonte del diritto alla pari delle c.d. fonti politiche e, nel sillogismo del giudizio, è la premessa maggiore, alla pari di tutte le altre fonti ritenute rilevanti per la soluzione del caso concreto.

E non si può dubitare che ciò costituisca il fulcro (interno) della decisione e non riguardi il limite esterno della giurisdizione.

Se si affermasse il contrario, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, oltre alle questioni in rito innanzi dette, conoscerebbero anche di tutti i profili in diritto che hanno guidato la sentenza del Consiglio di Stato, divenendo una terza istanza in diritto come lo è per le sentenze dei giudici ordinari di merito, con la differenza che deciderebbero sempre le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e non anche le Sezioni Semplici.

Non credo che ciò sia conforme al sistema delle tutele contro la pubblica amministrazione, quale si è venuto storicamente a formare e che trova un avallo nella Carta costituzionale.

Il giudice amministrativo, nel plesso TAR - Consiglio di Stato, costituisce un ordine giudiziario autonomo dal giudice ordinario ed ha il potere di elaborare una sua giurisprudenza nell'ambito della giurisdizione attribuitagli e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione conoscono esclusivamente dei casi in cui il giudice amministrativo debordi dalla sua funzione giurisdizionale. Estendere "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" alla giurisdizione interna del Consiglio di Stato significa istituire un altro grado di giudizio non previsto dal sistema e che tarpa le ali alla giurisprudenza amministrativa.

Non ritengo, dunque, che nel ricorso alle Sezioni Unite per soli motivi inerenti alla giurisdizione possa rientrare la violazione dell'art.

99, 3° comma, c.p.a. che attiene alle modalità di svolgimento del giudizio, ricadenti nei limiti interni dell'esercizio del potere giurisdizionale.

B) Il ricorso per revocazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso nelle ipotesi espressamente indicate dalla legge, non passibili di interpretazione analogica o estensiva.⁴⁵

E, per quanti sforzi ermeneutici si facciano, non vi è posto tra i casi di revocazione, per la violazione del vincolo posto dall'art. 99, 3° comma, c.p.a..

Pertanto, non è possibile utilizzare nemmeno il mezzo del ricorso per revocazione.

E quindi, nessuno dei due rimedi che la normativa processuale attribuisce ai soggetti che sono stati parti nel giudizio, può essere utilmente invocato per far valere il rispetto del precedente fissato dall'Adunanza Plenaria.

C) L'opposizione di terzo riguarda chi, titolare di una posizione autonoma, può opporsi contro una sentenza del TAR o del Consiglio di Stato, pronunciata tra altri soggetti, anche se passata in giudicato, quando pregiudichi la sua situazione giuridica soggettiva.⁴⁶

Il rimedio straordinario è attribuito al terzo che non è stato parte nel giudizio e il giudice adito, verificata la titolarità della situazione giuridica soggettiva e il pregiudizio arrecato a quest'ultima dalla sentenza, (ri)esamina il merito della controversia, prendendo in

⁴⁵ L'art. 106 del c.p.a. stabilisce che la revocazione è ammessa "nei casi e nei modi previsti dagli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile". Cfr. M. D'ORSOGNA in *Giustizia Amministrativa* a cura di Franco Gaetano Scoca, Torino 2011, IV Ediz., pag. 423 e ss.; A CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, Padova 1978.

⁴⁶ Art. 108 c.p.a.. Sul punto: M. D'ORSOGNA, *op. ult. cit.*, 432 e ss; F. PUGLIESE, *L'opposizione di terzo. Riflessi sul processo e la funzione amministrativa* in *Dir. e Proc. Amm.* 2007, 501 e ss; W. TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo* Milano 2004; D. CORLETTI, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIV, Torino 1999, 562 e ss..

considerazione i rilievi ed i motivi dell'opponente il quale, certamente, potrà dedurre, quando si opponga ad una sentenza di una Sezione del Consiglio di Stato, che la decisione non si è uniformata al precedente dell'Adunanza Plenaria, adottando una soluzione diversa, invece di rimettere la questione a quest'ultima.

Vi è, quindi, un rimedio esperibile contro le sentenze di una Sezione del Consiglio di Stato che si sottragga al vincolo stabilito dal 3° comma dell'art. 99 c.p.a., ma riguarda chi non è stato parte nel giudizio, bensì colui che è rimasto estraneo alla controversia, mentre i contendenti non hanno alcun rimedio.

Il fatto che le parti del giudizio non abbiano un rimedio impugnatorio contro la sentenza della Sezione del Consiglio di Stato che violi il disposto dell'art. 99, terzo comma, c.p.a. è del tutto normale per una decisione che interviene nell'ultimo grado di giudizio.

In ogni tipo di giurisdizione, le violazioni processuali o sostanziali degli organi di vertice non possono costituire ragione per l'impugnativa, salvo le ipotesi tassative espressamente previste dalla legge e che rivestono carattere straordinario.

Se la Sezione del Consiglio di Stato violi un principio sostanziale posto da una norma, non vi è possibilità di ulteriore contestazione avverso la sentenza, salvo che riguardi i limiti esterni della giurisdizione o i casi di revocazione; allo stesso modo, la mancata o erronea applicazione del precedente dell'atto fonte dell'Adunanza Plenaria, non conosce rimedi, salvo le eccezioni testé ricordate.

o o o o o o o o

10. Rimedi contro i giudici che non rispettano il terzo comma dell'art. 99 del codice del processo amministrativo: A) risarcimento dei danni da responsabilità civile; B) azione disciplinare.

Ciò, però, nulla toglie al vincolo giuridico del rispetto del precedente dell'Adunanza Plenaria da parte delle Sezioni del Consiglio di Stato e, peraltro, è possibile agire nei confronti dei giudici che hanno violato l'art. 99, comma tre, c.p.a. in due direzioni: A) richiedendo il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie; B) contestando il comportamento in sede disciplinare.

A) La L. 13.4.1988 n. 117 ha disciplinato la responsabilità civile⁴⁷ dei magistrati e le sue disposizioni si applicano a tutti gli appartenenti alle magistrature, ivi compresi quelli della magistratura amministrativa⁴⁸.

L'azione per risarcimento dei danni causati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie è proponibile non contro il o i magistrati, ma contro lo Stato il quale, a sua volta, può agire in rivalsa verso i magistrati responsabili dell'illecito.

Il presupposto sostanziale ineludibile del risarcimento dei danni è, ovviamente, la produzione di un danno causalmente determinato dalla sentenza⁴⁹ che, nella specie, deve aver disatteso il vincolo stabilito nel terzo comma dell'art. 99 c.p.a..

E, quindi, riguarderà essenzialmente la parte soccombente in giudizio che potrà promuovere l'azione innanzi al giudice ordinario,

⁴⁷ Per un quadro sulla responsabilità politica, civile, disciplinare e penale dei giudici in Italia, Francia, Inghilterra e Stati Uniti d'America, prima dell'introduzione della L. n. 117/88, cfr. V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna 1984, cfr., inoltre, M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità del giudice* Milano 1988.

⁴⁸ Cfr. A. GIULIANI – N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995.

⁴⁹ Cass. Civ., Sez. I, 29.4.2003 n. 6697 in *Giust. Civ. Mass.* 2003, 4 che ritiene la sussistenza del danno requisito di ammissibilità dell'azione risarcitoria da responsabilità civile del magistrato.

dopo aver superato il filtro sull'ammissibilità stabilito dall'art. 5 L. n. 117/1988⁵⁰.

Qui assume rilievo la responsabilità per colpa grave consistente nella “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile”⁵¹ che descrive una fattispecie alquanto generica che è delimitata, comunque, dall'essenzione di responsabilità per l'attività di “interpretazione di norme di diritto” e “valutazione del fatto e delle prove”⁵².

La giurisprudenza ha interpretato la colpa grave di cui si discute in modo da escluderla quasi sempre, affermando che “sussiste quando il comportamento del magistrato si concretizza in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, che comporta l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo e lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero”⁵³. Ed è stato evidenziato che la “negligenza inescusabile” implica “la necessità della configurazione di un ‘*quid pluris*’ rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come ‘non spiegabile’, e cioè priva di agganci con le

⁵⁰ Cfr. G. P. CIRILLO – F. SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli 1988, 200 e ss..

⁵¹ Art. 2, 3° comma, L. n. 117/1988, lett. a. Le altre ipotesi previste dal terzo comma dell'art. 2 L. n. 117/1988, a parte il caso dell'emissione di provvedimento concernente la libertà delle persone, sono sempre il frutto di “negligenza inescusabile” e riguardano l'affermazione di “un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento” (lett. b) o la negazione di “un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento” (lett. c), anche se non può, comunque, dar luogo a responsabilità l'attività di “valutazione del fatto e delle prove”, comma due, art. 2 L. n. 117/1988, cfr. G.P. CIRILLO- F. SORRENTINO, *La responsabilità del giudice, op. cit.*, 155 e ss.

⁵² Art. 2, comma secondo, L. n. 117/88.

⁵³ Cass. Civ., Sez. III, 18.3.2008 n. 7272 in *Diritto & giustizia* 2008; nello stesso senso: Cass. Civ., Sez. III, 26.5.2011, n. 11593, *ivi*, 2011.

particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato”⁵⁴.

L'art. 99, terzo comma, c.p.a. è una norma che impone di uniformarsi ai principi espressi dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria e, anche se si volesse attribuire ad essa natura eminentemente processuale come regola che deve seguire il giudice, la sua violazione può integrare⁵⁵ la colpa richiesta dall'art. 2, comma tre, L. n. 117/1988 perché è una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, “senza eccezioni per le norme processuali, e dunque includendo quelle che fanno carico al giudice di esaminare i temi in discussione influenti per la decisione, e di dare contezza delle ragioni della decisione stessa”⁵⁶.

E proprio per la responsabilità collegata al mancato rispetto del precedente, la giurisprudenza ha affermato che il giudice non è obbligato a decidere “conformemente alla interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia”⁵⁷, ma il “dissenso dall'interpretazione di una norma di legge, propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, non determina la responsabilità civile (per colpa grave ai sensi dell'art. 2 c. 3 L. n. 117/1988) del magistrato dissenziente ove sia motivato in diritto”⁵⁸.

In un quadro ordinamentale in cui non vi era ancora l'art. 374, 3° comma, c.p.c.⁵⁹, il giudice può dissentire dai principi fissati dalle

⁵⁴ Cass. Civ., Sez. III, 5.7.2007 n. 15227 in *Giust. Civ. Mass.* 2007, 7-8; Cass. Civ., Sez. III, 27.11.2006 n. 25133, *ivi*, 2006: il principio è stato espresso con riferimento precipuo all'errore di cui alle lettere b) e c) dell'art. 2, terzo comma, L. n. 117/1988.

⁵⁵ “Può integrare” perché va considerata la concreta fattispecie, come si evidenzia *infra* nel testo.

⁵⁶ Cass. Civ., Sez. I, 5.12.2002 n. 17259 in *Giust. Civ. Mass.* 2002, 2123.

⁵⁷ Cass. Civ., Sez. III, 31.5.2006 n. 1300 in *Foro Amm. CDS.* 2006, 2473.

⁵⁸ Cass. Civ., Sez. I, 30.7.1999 n. 8260 in *Foro Ital.* 2000, I, 2671.

⁵⁹ Il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. è stato introdotto dall'art. 8 D. L.vo 2.2.2006 n. 40.

Sezioni Unite della Corte di Cassazione solo se ne giustifica le ragioni in diritto per l'evidente rilievo dato all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario che attribuisce alla Corte di Cassazione l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge.

Per le Sezioni del Consiglio di Stato, la non condivisione del principio stabilito dall'Adunanza Plenaria impone la rimessione a quest'ultima, con ordinanza motivata, senza alcuna possibilità di disattenderlo, pur in presenza di congrua ed adeguata motivazione. Se la Sezione, invece, non rispetta questo vincolo si è in presenza di una violazione macroscopica della norma che può integrare gli estremi della colpa grave per l'inescusabilità dell'errore e per la non sussistenza dell'esenzione di responsabilità perché non è attività di "interpretazione di norma di diritto".

Bisogna, però, operare delle necessarie differenziazioni.

Vi può essere, infatti, la violazione inconsapevole del vincolo, qualora le parti non abbiano richiamato il precedente, né sia emerso, per così dire d'ufficio, in sede di discussione e decisione della controversia; la colpa grave ricorrerà se si tratti di un principio di cui la giurisprudenza ha fatto applicazione frequente e, comunque, non rara, perché il giudice non può ignorarlo, attinendo alla sua qualità professionale.

Diversa è l'ipotesi in cui del precedente si sia discusso o sia stato richiamato dalle parti e la Sezione lo abbia ignorato: la violazione è addirittura consapevole ed integra la colpa grave, come nel caso in cui la Sezione, pur richiamando il precedente, non lo abbia voluto applicare, a nulla rilevando una pur articolata e persuasiva motivazione.

Più difficile da inquadrare nel concreto è, invece, l'affermazione della Sezione che inquadri il principio dell'Adunanza Plenaria negli *obiter dicta*, come tali non vincolanti, perché potrebbe scattare l'esenzione da responsabilità, in quanto attività di "interpretazione di norme di diritto". Sullo stesso piano, si pone la individuazione e l'interpretazione del principio di diritto obiettivo rispetto alla fattispecie concreta risolta, affrontati dall'Adunanza Plenaria.

Le fattispecie di responsabilità sono legate al caso concreto e trovano specificazione necessaria nella esperienza.

Si può, comunque, affermare che un rimedio, ancorché non in grado di rimuovere la statuizione contenuta nella sentenza, è l'azione per risarcimento danni causati dal giudice che non ha rispettato il precedente stabilito dall'Adunanza Plenaria.

B) L'azione disciplinare nei confronti del giudice amministrativo può essere promossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Presidente del Consiglio di Stato⁶⁰, per cui, a differenza dell'azione di responsabilità dei magistrati, viene iniziata di ufficio, non ad istanza di una delle parti del giudizio conclusosi con la sentenza che ha determinato il danno, anche se queste ultime possono chiedere ai soggetti dotati dell'iniziativa di procedere disciplinarmente.

La L. 27.4.1982 n. 186 rinvia, per quanto riguarda le ipotesi e i tipi di sanzioni alle norme disciplinari previste per i magistrati ordinari, dal momento che la detta legge nulla dispone in proposito.

Al momento dell'adozione della L. n. 186/82, la normativa per i magistrati ordinari era rappresentata dal R.D. Lgs. 31.3.1946 n. 511 e, in particolare, dall'art. 18, ma per i magistrati ordinari è intervenuta in

⁶⁰ Art. 33 L. 27.4.1982 n. 186. Cfr. V. TENORE in *Fresa, Fantacchiotti, Tenore, Vitello, La responsabilità disciplinare dei magistrati amministrativi*, Milano 2009, par. 3, sul procedimento disciplinare per i magistrati amministrativi.

proposito una nuova disciplina dettata con il D. L.vo n. 109 del 23.2.2006 che ha abrogato gli articoli sulla disciplina dei magistrati⁶¹ e meglio tipizzato gli illeciti disciplinari nonché le sanzioni e che ha, però, con l'art. 30, espressamente stabilito che la disciplina riguarda i soli magistrati ordinari e non quelli amministrativi e contabili.

Si è determinata, così, un'incertezza sulle norme disciplinari sostanziali e sulle sanzioni applicabili ai giudici amministrativi e contabili, poiché quelle del D. L.vo n. 109 del 2006 non li riguarda e quelle del R. D. Lgs. 31.5.1946 n. 511 sono state abrogate. Successivamente non è stata adottata alcun'altra normativa di legge. Per i magistrati contabili, invero, è intervenuto un regolamento interno, di dubbia legittimità costituzionale, trattandosi di sanzioni, ma per quelli amministrativi non vi è nemmeno una normativa interna.

Non può, infatti, ritenersi che il codice deontologico⁶² adottato dalla magistratura amministrativa fissi regole giuridiche in senso proprio, in quanto indicano valori privi di coercibilità⁶³, e non possono costituire illeciti disciplinari, come puntualmente richiamato in detta normativa⁶⁴.

Se non si vuole giungere alla conclusione che per i giudici amministrativi non sono previste sanzioni disciplinari, pur se è regolamentato il relativo procedimento, è da ritenere, conformemente

⁶¹ Sono gli articoli 17, 18, 19, 20 e 21 del R.D. Lgs. 31.5.1946 n. 511.

⁶² Il codice etico è stato adottato il 28.4.1994 e modificato il 6.6.2007 dall'assemblea generale dell'associazione magistrati del Consiglio di Stato. Cfr. *Foro It.* 1996, III, 38, con nota di G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature* nonché, *ivi*, 2011, V, 129.

⁶³ G. BARBAGALLO, *op. cit.*, 38.

⁶⁴ Il codice etico adottato dall'Assemblea generale dell'Associazione Magistrati del Consiglio di Stato reca espressamente che le regole del codice etico "non aventi natura ed efficacia di norme giuridiche, sono espressione della tradizione deontologica dei magistrati del Consiglio di Stato e, come tali, patrimonio ideale e pratico affidato esclusivamente alla coscienza individuale dei magistrati stessi. Il codice non ha dunque valore ed efficacia sul piano delle fonti normative pubbliche. La sua forza risiede soltanto nella spontanea adesione di ciascuno degli appartenenti alla categoria alle regole in esso contenute. La violazione delle seguenti proposizioni non comporta l'applicazione di sanzioni" in *Foro Ital.* 1996, III, 42.

a quanto rilevato in dottrina⁶⁵, che si sia in presenza di un rinvio fisso e non dinamico alle previgenti sanzioni per i magistrati ordinari, per cui è ancora applicabile il R. D. L.vo 31.5.1946 n. 511 che avrebbe una perdurante efficacia solo per i magistrati amministrativi; in particolare, si applicherebbe ancora l'art. 18 che individua l'illecito disciplinare del magistrato quando “manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario”⁶⁶.

L'ampiezza della fattispecie è tale che consentirebbe di ritenere incluso in tale previsione anche il caso del giudice che non rispetti l'art. 99, 3° comma, c.p.a..

Soprattutto per le sanzioni disciplinari, il giudizio è legato indissolubilmente al caso concreto, stante l'indeterminata varietà dei comportamenti che va sussunta sotto una delle ipotesi astratte e generiche stabilite dall'art. 18 R.D. L.vo 31.5.1946 n. 511.

Si possono richiamare le diverse ipotesi innanzi enunziate a proposito della ricorrenza della responsabilità civile conseguente all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

E, quindi, si può affermare che, nei confronti dei giudici che vengono meno al vincolo nascente dall'art. 99, 3° comma, c.p.a., possa essere esperito utilmente anche il rimedio dell'azione disciplinare.

⁶⁵ V. TENORE, *op. cit.*, par. 2 che illustra le possibili soluzioni alternative e cioè: a) applicare gli artt. 78 – 85 del D.P.R. n. 3/57 relativi alle infrazioni dei pubblici dipendenti; b) ritenere operanti, non direttamente, ma analogicamente, le norme sulle condotte sanzionabili stabilite per i magistrati ordinari dal D. L.vo n 109/06; c) affermare che il richiamo dell'art. 32 della L. n. 186/82 sia ancora al R.D. L.vo 31.5.1946 n. 511, sebbene non sia più operante per i magistrati ordinari.

L'A. dopo aver scartato le prime due ipotesi, indica come percorribile la terza strada.

⁶⁶ Cfr. S. DE NARDI, *L'ordine giudiziario e il suo prestigio nel procedimento disciplinare*, Padova 2002.