

## XXII incontro

“Il Diritto Amministrativo che cambia. Per fare il punto su ....”

Trieste 10 ottobre 2014

### Lo *stare decisis* nel processo amministrativo

Relazione di

ENRICO FOLLIERI

**SOMMARIO:** 1. Indicazione degli argomenti della relazione. 2. La ragione dell'introduzione del vincolo del precedente. 3. La normativa positiva dettata per la Corte di Cassazione, la Corte dei Conti ed il Consiglio di Stato e il rispetto dell'art. 101, comma due, della Costituzione. 4. L'inquadramento della fonte culturale nel sistema delle fonti. 5. La “chimera” della certezza. 6. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato successive all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo. 7. I rimedi contro la violazione dell'art. 99, comma tre, del codice del processo amministrativo. 8. L'applicabilità dell'art. 99, comma tre, del codice del processo amministrativo alle sentenze precedenti all'entrata in vigore del codice. Ruolo della dottrina.

#### 1. Indicazione degli argomenti della relazione.

Il 21 ottobre 2011 ho svolto a Teramo una relazione sulla “Introduzione del principio dello *stare decisis* nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato”<sup>1</sup> e queste riflessioni riguardano alcuni punti delle questioni già trattate.

In questo incontro intendo:

- esporre le ragioni per le quali, anche nel nostro sistema di *civil law*, si sia stabilito il vincolo del precedente che può essere rimosso, oltre che dall'intervento di una norma successiva di

---

<sup>1</sup> La relazione l'ho tenuta al convegno su “Giustizia amministrativa: garanzie costituzionali e principi del diritto dell'Unione Europea” e l'ho rivista, corredata di note e pubblicata in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 1237 e ss.

diritto positivo, dal medesimo Consesso giurisdizionale che l'ha posto;

- richiamare la normativa positiva e verificare se sia rispettosa dell'art. 101, comma due, della Costituzione;
- inquadrare questa fonte culturale nel sistema delle fonti;
- evidenziare che la certezza è una chimera;
- prendere in esame le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato successive all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo;
- indicare i rimedi contro la violazione dell'art. 99, comma tre, del Codice del processo amministrativo;
- valutare se la disposizione dell'art. 99, comma tre, del Codice del processo amministrativo riguardi anche le sentenze precedenti l'entrata in vigore del Codice stesso;
- indicare il possibile ruolo della dottrina a seguito di questa importante innovazione del nostro sistema giuridico.

## **2. La ragione dell'introduzione del vincolo del precedente.**

Il nostro sistema giuridico, percorso da fremiti di cambiamento di cui è protagonista ed interprete il giudice, non riuscendo ad assicurare la parità di trattamento dei soggetti con la legge e le disposizioni astratte e generali, ha cercato di porre un freno ed una regola ai giudici, attribuendo un vincolo particolarmente stringente alle decisioni delle Supreme Corti del nostro Paese in materia civile, contabile ed amministrativa sulla scia di principi propri del sistema di *common law*, vista la inanità della sola previsione normativa delle leggi e delle altre

fonti del diritto positivo di assicurare la c.d. certezza del diritto<sup>2</sup>.

È, infatti, chiaro che il sillogismo aristotelico non consente di giungere a risultati se non uguali, almeno simili, in analoghe controversie perché è tramontata l'idea che l'interprete e, in specie, quello che si può definire ufficiale, e cioè il giudice, segua (ormai per lucida convinzione<sup>3</sup>), la idea che debba essere svelato il significato proprio della disposizione, secondo la teoria c.d. cognitiva, per la quale esiste una sola interpretazione, quella vera ed oggettiva.

Prevale nel concreto dell'esperienza giuridica, nell'applicazione del diritto, il principio che si può ricondurre alle teorie c.d. scettiche per le quali l'interprete sceglie il significato da attribuire alla disposizione che, di per sé, non ha (non può avere) un unico ed oggettivo significato<sup>4</sup>.

La premessa maggiore del sillogismo non rappresenta un punto fermo determinato dalla norma da applicare poiché

---

<sup>2</sup> La certezza del diritto è sembrato un obiettivo raggiungibile e di essa si è molto discusso in Italia a seguito della pubblicazione del 1942 del noto volume di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto (rist. terza edizione Milano 1968) a cui fece eco P. CALAMANDREI, La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, pubblicato in calce alla terza ristampa unitamente agli scritti di F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto* (molto scettico sul punto), P. FEDELE *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* e G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. Unite, 11.7.2011 n. 1514 in *Foro It.* 2011, *Anticipazioni e novità*, 2: la norma "non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, *ex sé*, a dinamiche evolutive" ed essa di volta in volta adegua il suo contenuto alle esigenze sociali e 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 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 del giudice" (6).

<sup>4</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi in Ars interpretandi* 1997, 35 e ss.; ID. *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008, 30 e ss.; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge* in *Enc. del Dir.*, Annali, V, Milano 212, 695 e ss..

l'interpretazione la modifica e l'adatta continuamente, recando con sé un senso di incertezza.

Incertezza che si estende anche alla premessa minore perché il fatto da qualificare con la premessa maggiore non può essere condotto ad identità con altri fatti per la impossibilità della completa equiparazione tra fattispecie concrete.

Peraltro, il rapporto tra i due elementi centrali del sillogismo non può mai essere completamente identitario per i rilievi critici dai quali poi ha tratto alimento la logica fuzzy<sup>5</sup>.

La "libertà" di ogni giudice di interpretare il testo normativo mina fortemente l'uguaglianza dei cittadini di fronte all'ordinamento e non consente di prevedere gli esiti delle controversie, determinando una rilevante aleatorietà delle decisioni.

Da qui l'esigenza di dettare un vincolo all'interpretazione dei giudici per cercare di assicurare una stabilità ed uniformità alle soluzioni di casi simili.

### **3. La normativa positiva dettata per la Corte di Cassazione, la Corte dei Conti ed il Consiglio di Stato e il rispetto dell'art. 101, comma due, della Costituzione.**

E così il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione vincola le Sezioni semplici che, se non lo condividono, devono rimettere la decisione del ricorso

---

<sup>5</sup> Cfr. L. ZADEH, *Fuzzy sets in Information and control* 1965, 338 e ss., e le applicazioni che in diritto ne ha fatto T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali* Torino 1966, 27 che propone la logica fuzzy per la decisione giuridica e cioè quella della possibile equiparazione scartando le immancabili diversità non essenziali tra due situazioni. È, però, un'operazione che ha un margine di apprezzabilità soggettivo che non può condurre a certezza.

alle Sezioni unite, con ordinanza motivata<sup>6</sup>; stessa disposizione è dettata per le Sezioni giurisdizionali, non solo centrali, ma anche regionali, della Corte dei Conti se non condividono il principio di diritto enunciato dalle Sezioni riunite: la decisione del giudizio è rimessa a queste ultime, con ordinanza motivata<sup>7</sup>. E, infine, il D. L.vo 2 luglio 2010 n. 104, codice del processo amministrativo, ha stabilito con l'art. 99, comma tre: "Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dalla adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

Per il rispetto dell'art. 101, secondo comma, della Costituzione, per il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge, non si è potuto stabilire che anche i giudici ordinari di merito ed i Tribunali amministrativi regionali siano vincolati al precedente, rispettivamente della Corte di Cassazione a Sezioni unite e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, perché non possono, in caso di disaccordo con la soluzione data dal vertice della magistratura, rimettere la questione a tali collegi supremi per una diversa decisione, per cui l'obbligo di conformarsi al principio, senza la possibilità di porlo in discussione, anche se solo sotto forma di riesame, avrebbe significato un *vulnus* alla sottoposizione del giudice esclusivamente alla legge. Diverso il discorso per la Corte dei Conti, in quanto anche le Sezioni territoriali regionali possono,

---

<sup>6</sup> Art. 374 c.p.c., come sostituito dall'art. 8 del D. L.vo 2.2.2006 n. 40.

<sup>7</sup> Art. 42 L. 18.6.2009 n. 69 che ha aggiunto tale previsione all'art. 1, comma 7, del D. L. 15 novembre 1993 n. 453 convertito, con modificazioni, dalla L. 14 gennaio 1994 n. 19.

per espressa previsione normativa, rimettere la questione alle Sezioni riunite centrali<sup>8</sup>.

La possibilità che, in caso di non condivisione del principio di diritto, non vi è l'obbligo di uniformarsi poiché è consentito provocare un ripensamento ed una diversa soluzione da parte del rispettivo organo di vertice riunito in apposito organismo collegiale, rende compatibile la previsione con l'art. 101, comma due, della Costituzione. Infatti, tale rimessione si iscrive nella logica di dirimere un insorgendo contrasto giurisprudenziale che si verificherebbe, stante la diversa opinione delle Sezioni semplici di vertice (e anche di quelle territoriali per la Corte dei Conti), e costituisce un'ipotesi tipizzata di rimessione per assicurare l'uniforme interpretazione del diritto che è la specifica funzione degli organismi collegiali composti di vertice delle magistrature ordinaria, amministrativa e contabile.

In sostanza, vi è un preciso obbligo giuridico, non diverso da quello previsto nei Paesi di *common law*<sup>9</sup>, per cui opera un vincolo orizzontale per le Sezioni semplici della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, rispettivamente per i principi posti dalle Sezioni unite, dall'Adunanza plenaria e dalle Sezioni riunite e anche verticale per le Sezioni territoriali regionali della Corte dei Conti.

---

<sup>8</sup> 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. 18.6.2009 n. 69: "Se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio".

<sup>9</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, op. cit., 1244 e ss..

#### 4. L'inquadramento della fonte culturale nel sistema delle fonti.

Il vincolo posto dal precedente giurisprudenziale che la dottrina ha definito fonte culturale<sup>10</sup> diventa atto fonte sia per l'obbligo di conformarsi posto nei confronti dei giudici della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato e, per la Corte dei Conti, anche di quelli regionali, sia perché va tenuto presente anche dai soggetti dell'ordinamento i quali devono uniformare i loro comportamenti alla interpretazione che è stata data per evitare, in caso di controversia, che la loro azione sia valutata negativamente, se in contrasto con il precedente espresso dagli organi giudiziari di vertice, resi nella particolare composizione collegiale prevista. Quest'ultimo profilo rileva particolarmente per la pubblica amministrazione che deve curare di agire legittimamente per la funzione che svolge e deve assicurare la conformità non solo con la norma, ma anche con l'interpretazione stabilita dai particolari consessi giudiziali i cui precedenti vincolano gli altri giudici, a livello centrale o anche regionale, nel caso della Corte dei Conti.

Questa fonte culturale si caratterizza per: a) essere di secondo grado, nel senso che interpreta le altre fonti; b) imporre la sua soluzione alla fonte interpretata; c) interpretare qualunque fonte normativa: comunitaria, costituzionale, legge statale ordinaria, legge regionale, regolamenti etc.; d) trovare la sua ragione di essere nella perdurante vigenza ed efficacia della fonte interpretata; e) non essere più vincolante quando la

---

<sup>10</sup> A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto in Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna 2011, part. 165 e ss..

norma interpretata venga meno per una qualunque causa (abrogazione, annullamento, etc.) per mancanza dell'oggetto o quando la giurisprudenza che ha affermato il principio ne ponga uno successivo, incompatibile con il precedente.

Proprio perché è una fonte che si impone a quella interpretata e può riguardare norme di ogni grado, non trova una collocazione gerarchica predefinita, ma si pone al livello immediatamente superiore alla fonte oggetto di interpretazione, calibrando la sua efficacia (forza) sull'efficacia dell'atto fonte oggetto dell'interpretazione. È una fonte, dunque, a valenza differenziata in relazione al tipo di norma interpretata ed è ad essa immediatamente superiore, ma cede nei confronti di una fonte superiore a quella oggetto di interpretazione.

#### **5. La "chimera" della certezza.**

L'importante innovazione che, per il processo e il diritto amministrativo, è rappresentata dall'art. 99, comma tre, del codice del processo amministrativo che vincola al rispetto del precedente, salvo la rimessione all'Adunanza plenaria, non rappresenta una panacea per la certezza e la stabilità delle decisioni volte ad assicurare l'uguaglianza dei soggetti dell'ordinamento di fronte all'esercizio del potere giurisdizionale (e del potere amministrativo).

La questione va considerata in relazione a tre distinti piani: la confezione del prodotto, *id est* come viene redatta la sentenza; l'interpretazione della sentenza; la riconduzione al



principio della fattispecie concreta qualificata come simile a quella decisa.

In altri termini, va seguito lo stesso processo che si affronta per applicare una norma, con la differenza che tra la norma e la fattispecie concreta va inserito anche il principio giurisprudenziale, con tutte le problematiche connesse all'interpretazione.

Non si può evidentemente affermare che in questo modo sia assicurata la c.d. certezza<sup>11</sup>.

Innanzitutto, quanto al "prodotto", l'Adunanza plenaria deve acquisire coscienza del diverso, più pregnante ed importante ruolo, che viene attribuito alle sue sentenze e, quindi, la redazione di queste ultime deve improntarsi ad una tecnica volta a distinguere la soluzione del caso concreto, con le sue particolarità, che definisce la specifica controversia, dalla posizione del principio di diritto che deve regolare i successivi casi simili, indicandolo espressamente nella sentenza; di poi, occorrerebbe evitare i c.d. *obiter dicta* cioè l'affermazione di principi non inerenti la concreta fattispecie.

---

<sup>11</sup> Di certezza del diritto si discute anche nei lavori della Costituente che, auspicando PIERO CALAMANDREI, in un primo momento, si era orientata per l'unicità della giurisdizione, con al vertice la Corte di Cassazione che avrebbe dovuto assicurare l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e, aboliti i giudici amministrativi e contabili, si sarebbero dovute istituire Sezioni specializzate presso il giudice ordinario per decidere le controversie tra amministrazione e cittadini. La Corte di Cassazione avrebbe contribuito a centrare l'obiettivo della certezza del diritto con l'uniforme interpretazione giurisprudenziale in tutti i campi. L'Assemblea costituente, invece, optò per il mantenimento del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, assicurando un'autonoma elaborazione della loro giurisprudenza ed attribuendo alle Sezioni unite della Corte di Cassazione solo le questioni relative al difetto assoluto di giurisdizione. Sullo sviluppo del dibattito e sulle ragioni delle soluzioni adottate dalla Costituente cfr. E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni* in *Dir. Proc. Amm.* 2001, 911 e ss.

Sul piano dell'interpretazione della sentenza sono possibili diversi distinguo che minano l'unicità applicativa del principio, evidenziando, per esempio, l'inerenza allo specifico caso affrontato che non può essere esteso a diversa fattispecie concreta (*ratio distinguendi*).

Questioni altrettanto problematiche può porre la riconduzione della fattispecie concreta al principio.

Insomma, anche mutuando le tecniche proprie degli ordinamenti di *common law*, non si può pensare di raggiungere questa chimerica certezza, tanto che proprio il sistema americano ha costituito terreno fertile per le teorie realistiche, fondamentalmente scettiche, del diritto.

#### **6. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato successive all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.**

Il numero delle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a partire dal 2011, sono aumentate<sup>12</sup>, ma è da ritenere che non sia conseguenza della previsione del terzo comma dell'art. 99 del c.p.a., ma dei contrasti sorti o insorgenti tra le Sezioni.

Quest'ultime, però, dovrebbero usare con oculatazza il potere di rimettere le questioni all'Adunanza plenaria perché la conoscenza di un maggior numero di controversie a cui si

---

<sup>12</sup> Nel 2009 sono intervenute n. 4 sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato; nel 2010 n. 3; nel 2011 n. 17; nel 2012 n. 38; nel 2013 n. 29; sino a settembre 2014 n. 27.

applicano le medesime normative consente l'emersione più completa delle problematiche, permettendo un esame attento ai diversi profili e l'affermazione ponderata del principio che resisterebbe più a lungo, evitando cambiamenti continui di giurisprudenza.

Peraltro, se la posizione del principio da parte del supremo consesso costituisce un punto fermo nella interpretazione, nel contempo, blocca l'evoluzione giurisprudenziale. Si può affermare che gli ambiti di creazione pretoria dei giudici amministrativi (sul piano del vincolo giuridico per le Sezioni del Consiglio di Stato e dell'autorevolezza per i Tribunali amministrativi regionali) sono inversamente proporzionali alle aree coperte dai principi dell'Adunanza plenaria per cui le sue pronunzie spengono la forza innovativa delle Sezioni del Consiglio di Stato che devono rimettere la questione necessariamente all'Adunanza plenaria con ordinanza motivata.

Le sentenze dell'Adunanza plenaria successive all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo stanno adeguandosi al nuovo ruolo assegnato dal comma tre dell'art. 99 c.p.a. e, anche se non in via sistematica e continua, hanno cura di indicare i principi di diritto in modo espreso, riducendo così l'impegno (e l'arbitrio) dell'interprete ed apportando un elemento di chiarezza.

La tecnica di redazione che richiede lo *stare decisis* non è stata subito assimilata: nel 2011, una sola decisione, in modo espreso ed inequivocabile, esprime il principio, per così dire,

astratto e generale che deve valere per i casi simili<sup>13</sup>, nel 2012, nove sentenze seguono la medesima impostazione<sup>14</sup>; nel 2013 sei sentenze; nel 2014, sino al mese di settembre, tre sentenze.

Per non creare equivoci, preciso che l'Adunanza plenaria richiama ed elabora sempre principi di diritto, anche quando è chiamata a regolare la competenza territoriale.

Senonché, spesso, come è nel suo potere, decide nel merito le controversie, per cui il principio, pur presente, quando non è riportato in modo esplicito e, per così dire, virgolettato, va tratto dall'interprete che opera come fanno i redattori delle massime. Il che rappresenta un ulteriore filtro che può dar luogo a diversità di interpretazione.

L'Adunanza plenaria deve, invece, virgolettare il principio che va a fungere da parametro per le successive decisioni, come sta facendo, anche se tale tecnica non è ancora generalizzata e seguita in tutte le sentenze.

Se, infatti, l'Adunanza plenaria deve esprimere il principio di diritto in modo esplicito, quando non decide nel merito la controversia, per intero o parzialmente<sup>15</sup>, ovvero quando, in base alla previsione dell'art. 99, comma cinque, c.p.a., ritenendo che la questione è di particolare importanza, enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge, pur dichiarando il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile ovvero

---

<sup>13</sup> E' la sentenza n. 4 del 2011 sul rapporto di precedenza nell'esame dei ricorsi principale ed incidentale escludenti nelle gare di appalto.

<sup>14</sup> Nelle sentenze, si leggono queste espressioni: "Si devono esprimere i seguenti principi...." –così nella n. 21 del 2012 – "Afferma i seguenti principi di diritto" – nella n. 27 del 2012 –e similari: "afferma il seguente principio di diritto" –n. 28 del 2012.

<sup>15</sup> Cfr. nn. 2, 30 e 31 del 2012, n. 5 e 24 del 2013 e n. 9 del 2014.

l'estinzione del giudizio<sup>16</sup>, nelle altre ipotesi –che sono la maggioranza- affrontando l'esame (completo) del merito, deve prendere coscienza che la sua giurisdizione si svolge in due direzioni: soluzione del caso concreto sottoposto al suo esame che definisce la controversia e posizione del principio di diritto oggettivo che va a regolare gli altri casi simili.

E, pertanto, in via sistematica ed ordinaria, l'Adunanza plenaria deve porre in evidenza e con chiarezza il principio di diritto, da valere per le altre controversie.

### **7. I rimedi contro la violazione dell'art. 99, comma tre, del codice del processo amministrativo.**

Il giudice non accetta di buon grado il vincolo posto dal precedente dell'Adunanza plenaria, per un carattere proprio della funzione giurisdizionale che ha nel suo DNA l'autonomia di giudizio: il magistrato si sente sovrano nella sua causa<sup>17</sup>.

Si pensi che, in riferimento all'analoga previsione, dettata dall'art. 42, comma due, della L. 18 giugno 2009 n. 69, una Sezione territoriale della Corte dei Conti ha ritenuto non applicabile la disposizione alle sentenze delle Sezioni riunite della Corte dei Conti pronunziate a seguito del deferimento delle questioni di massima da parte delle Sezioni centrali o

---

<sup>16</sup> Così è avvenuto con la n. 1 del 2012 ove l'Adunanza plenaria ha dichiarato estinto il giudizio, ma ha pronunziato principio nell'interesse della legge sul *project financing*.

<sup>17</sup> Per un'applicazione dell'autonomia decisionale del giudice che ritiene di poter affrontare ogni questione che si ponga come antecedente logico giuridico, pur se non appartenente alla sua giurisdizione, cfr. E.FOLLIERI, *L'autonomia e la dipendenza tra i processi in materia di responsabilità pubbliche* in *Dir. Proc. Amm.* 2014, 391 e ss., part. 420 e ss.

regionali ovvero a richiesta del Procuratore generale. Secondo questo orientamento, solo nel caso in cui sia il Presidente della Corte a disporre che si pronuncino le Sezioni riunite, vale la regola che la non condivisione del principio espresso da quest'ultime, comporti la necessaria rimessione alle Sezioni riunite.

E' una tesi che può trovare possibile alimento dal fatto che i periodi aggiunti dall'art. 42 L. n. 69/2009 all'art. 1, comma 7, D.L. n. 453/93 sono la previsione del potere del Presidente della Corte, appunto, di sottoporre alla pronunzia delle Sezioni riunite un giudizio pendente e, subito dopo, della necessità di rimettere la decisione alle Sezioni riunite, in caso di non condivisione del principio; sottolineo, però, che vi è un punto tra le due previsioni e, dal punto di vista sistematico, non troverebbe alcuna giustificazione una disciplina differenziata.

Comunque, è dovuta intervenire su richiesta della Procura generale, la sentenza delle Sezioni riunite della Corte dei Conti la quale ha stabilito che la regola sulla rimessione della decisione del giudizio alle Sezioni riunite, in caso di non condivisione del principio di diritto enunciato dalle dette Sezioni, "deve intendersi riferita sia alle ipotesi in cui l'enunciazione del principio di diritto sia contenuta in sentenze emanate a seguito del deferimento presidenziale .... sia alle ipotesi in cui tale enunciazione sia contenuta in sentenze emanate a seguito delle altre tipologie di deferimento"<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Corte Conti, Sez. Riun., 23.4.2010 n. 4, par. 7 della motivazione.

Il vincolo del precedente è estraneo alla nostra tradizione di *civil law*, per cui, per rendere effettivo quanto stabilito dall'art. 99, comma tre, del Codice del processo amministrativo, bisogna individuare i possibili rimedi che predispongono l'ordinamento quando le Sezioni del Consiglio di Stato violino detta disposizione, in mancanza di un'espressa previsione che li contempli.

Ho, in altra occasione, indicato come ci si può tutelare distinguendo i rimedi in oggettivi, interni ed esterni, e in soggettivi<sup>19</sup>.

Sono rimedi oggettivi interni quelli contro la sentenza e da proporre innanzi al Consiglio di Stato e cioè la revocazione<sup>20</sup> e l'opposizione di terzo, quest'ultima, ovviamente, se l'interessato non è stato parte in giudizio ed ha subito una lesione della sua situazione giuridica soggettiva.

Gli oggettivi esterni sono da attivare sempre contro la sentenza, ma innanzi a giudici diversi da quello amministrativo: a) ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, dal momento che la Sezione esercita un potere giurisdizionale di cui non dispone, spettando la decisione all'Adunanza plenaria, se non si condivide il principio<sup>21</sup>; b) il ricorso alla C.E.D.U. per risarcimento del

---

<sup>19</sup> E. FOLLIERI, *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo* in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), relazione tenuta a Roma il 5.6.2013 a Palazzo Spada nell'aula Pompeo, in occasione della presentazione del volume di GIOVANNI PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli 2013.

<sup>20</sup> Sul punto cfr: G. PESCE, *op. ult. cit.*, 149 e ss.

<sup>21</sup> La tesi è di S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova 2011, 87 e ss. e 184: la Sezione che non osservi il vincolo stabilito dall'art. 99, comma tre, c.p.a. "eccede dai limiti del potere decisorio conferitole dall'ordinamento". Non condivido tale posizione per le ragioni chiarite in E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis etc.*, *op. cit.*, 1261 e ss..

danni nei confronti dello Stato per oblazione del diritto alla tutela giurisdizionale dal momento che viene disapplicato il precedente dell'Adunanza plenaria che solo quest'ultima può rimuovere.

I rimedi soggettivi sono esperibili contro i giudici che hanno pronunciato la sentenza e riguardano: la sollecitazione dell'azione disciplinare e il risarcimento dei danni da responsabilità civile.

Sono problematiche che ho già affrontato e rinvio ai miei precedenti scritti<sup>22</sup>.

Intendo qui indicare una recentissima sentenza del Consiglio di Stato<sup>23</sup> che si è pronunciata in un giudizio di revocazione nel quale una Sezione del Consiglio di Stato<sup>24</sup> non si era uniformata ad un precedente dell'Adunanza plenaria ignorandolo del tutto, pur se richiamato negli scritti difensivi.

La Sezione, pur condividendo che la decisione revocanda non aveva rimesso la questione all'Adunanza plenaria ed avrebbe dovuto farlo, siccome aveva affermato un diverso principio, ha escluso che ricorresse un vizio revocatorio perché "a prescindere dal grado di vincolatività del principio" della Plenaria, è "pacifico che nel giudizio nel quale il principio è invocato, esso rileva come diritto e non come fatto"<sup>25</sup>.

E' noto l'atteggiamento rigettista del Consiglio di Stato nei confronti dei ricorsi in revocazione anche se le parti continuano a proporli perché non sempre le sentenze sono il frutto di uno studio attento del fatto e delle problematiche

---

<sup>22</sup> Sono i lavori che ho citato nelle precedenti note n. 1 e n. 19.

<sup>23</sup> C. di Stato, Sez., IV, n. 4489 del 3.9.2014.

<sup>24</sup> C. di Stato, Sez. IV, n. 829 del 12.2.2013.

<sup>25</sup> C. di Stato, Sez. IV n. 4489/2014 *cit.*, ultima pagina della motivazione.



giuridiche, ma non mi sembra che si possa affermare che la violazione patente di una regola processuale del tutto ignorata e la connessa mancata considerazione di un principio espresso dall'Adunanza plenaria, con l'adozione di una pronuncia non consentita, quanto meno sotto il profilo dell'incompetenza funzionale, non rilevi come un vizio revocatorio della sentenza, dovendo in proposito decidere l'Adunanza plenaria.

**8. L'applicabilità dell'art. 99, comma tre, del codice del processo amministrativo alle sentenze precedenti all'entrata in vigore del codice. Ruolo della dottrina.**

Stabilire se i principi di diritto enunciati dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato precedenti al 16 settembre 2010 siano soggetti all'art. 99 c.p.a. è questione molto rilevante.

Le Sezioni riunite della Corte dei Conti che hanno affrontato lo stesso problema hanno affermato che la regola “deve intendersi decorrere –in applicazione del fondamentale principio *tempus regit actum*- per le sole pronunzie rese dalle Sezioni riunite successivamente all'entrata in vigore della relativa legge 18 giugno 2009 n. 69”<sup>26</sup>.

La Sezione IV del Consiglio di Stato, invece, ha applicato un principio espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 1998, precedente al codice del processo amministrativo, rilevando che “La Sezione non intende decampare dal vincolante principio di diritto formulato dall'alto consesso; resta solo da dire, sul punto, che la

---

<sup>26</sup> Corte dei Conti, Sez. Riun., 23.4.2010 n. 4, par. 6.2.

decisione della Sezione di discostarsene determinerebbe l'obbligo, a mente dell'art. 99, co. 3, c.p.a. (applicabile *ratione temporis*) di rimettere a quest'ultimo la decisione del ricorso nell'esercizio della funzione nomofilattica che gli appartiene<sup>27</sup>.

Io sono scettico su quest'ultima soluzione, come ho rilevato in altro scritto cui rinvio<sup>28</sup>.

Ad ogni modo, sia che la regola dell'art. 99, comma tre, c.p.a. si applichi anche per i principi espressi dall'Adunanza plenaria prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sia che riguardi solo le sentenze successive, è indubbio che, in linea con le ragioni che ispirano questi incontri, si è in presenza del "diritto amministrativo che cambia", anche per il ruolo cui è chiamata la dottrina che si deve far carico, come lavoro preparatorio di base, sul quale poi operare sistematicamente, di redigere un repertorio ragionato nel quale: a) raccogliere tutte le sentenze dell'Adunanza plenaria a partire dal 1907<sup>29</sup>, 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 al caso oggetto di contenzioso (*case law*), da quelli non necessari alla risoluzione della fattispecie concreta, oggetto di giudizio; in sostanza, escludere i

---

<sup>27</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.11.2010 n. 8363.

<sup>28</sup> E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis etc.*, op. cit., 1257 e ss.

<sup>29</sup> Prima, essendovi solo una sezione giurisdizionale, la IV, non vi era l'Adunanza plenaria, potendo intervenire decisioni in "seduta plenaria", con 9 invece di 7 consiglieri, se si erano verificati precedenti difformi, ma si trattava di una composizione rafforzata della stessa Sezione; si rinvia a: E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis*, op. cit., 1250 e ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa etc.*, op. cit., spec. 17 e ss.

cosiddetti *obiter dicta* e i principi che non ineriscono strettamente al caso affrontato; 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).

Le possibili difformità di soluzioni e di interpretazioni che potrà dare la dottrina non deve preoccupare più di tanto perché l'essenza del diritto è nella sua opinabilità e la certezza assoluta è una chimera.

