

ENRICO FOLLIERI

## Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato

### ABSTRACT

In our Country, three Courts (Cassazione, Consiglio di Stato and Corte dei Conti) are entitled to implement uniform interpretation of law, instead of only one «Supreme Court». From an abstract point of view, this situation puts at risk the certainty of law. The Author shows why these three Courts can implement uniform interpretation of law without conflicts among them. Then the Author explains how and why recent rules boosted this function, by giving value of binding precedents to the decisions of the leading sections of these Courts (Sezioni Unite della Cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei Conti) towards «simple sections» of the same Court (for the Corte dei Conti instead the decisions of the Sezioni Riunite are binding towards inferior Courts of the same jurisdiction too). The Author draws the nature and elements of the precedent as a cultural source of law and its elements. According to the Author, binding precedent is a way to implement certainty of law, but obviously not an absolute certainty.

### KEYWORDS

Binding Precedent – Persuasive Precedent – Uniform Interpretation – Certainty of Law – Cultural Source of Law.

### 1. RILIEVI PRELIMINARI

La nomofilachia è definita dall'art. 65 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario: la Corte di Cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

La norma mira ad applicare l'ordinamento con uniformità di indirizzo per il principio di uguaglianza di fronte alla legge e di certezza dei rapporti giuridici e opera con riguardo sia al momento «cognitivo» della norma e alla sua intensione («interpretazione della legge») che al momento applicativo della norma al fatto.

La certezza del diritto viene qui in rilievo come omogeneità di soluzioni per casi simili, affinché l'utente possa farvi affidamento e regolare di conseguenza la sua azione, potendo prevederne le conseguenze giuridiche.

Questa cura è un'esigenza antica che era incarnata nella figura del nomofilaco, parola composta da *vóμος* (regola, norma) e *φύλαξ* (custode), che indicava il magistrato di varie città dell'antica Grecia il quale aveva la funzione di custodire il testo ufficiale delle leggi e assicurare la stabilità della legislazione, un punto fermo cui fare riferimento per garantire la certezza della disciplina dei rapporti giuridici sulla quale si doveva poter fare affidamento.

La nomofilachia dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario mira a qualcosa di più rilevante: riguarda non quella che si può definire la manutenzione dei testi normativi sotto l'aspetto della materiale conservazione e verifica della loro vigenza e semmai interpretazione, ma il momento dell'applicazione della norma al caso concreto che è la ragione prima del diritto che ha la funzione di regolare e disciplinare i comportamenti ed i fatti dell'uomo.

Per rendere efficace ed efficiente l'attribuzione stabilita dall'art. 65 detto, si è istituito l'ufficio del massimario delle sentenze della Corte di Cassazione e, per il processo civile, è previsto il potere del procuratore generale presso la Corte di Cassazione di chiedere alla Corte di enunciare nell'interesse della legge il principio di diritto, nonché la possibilità che la Corte pronunzi anche d'ufficio il principio di diritto, quando il ricorso proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile.

La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione ha acquisito una diversa forza con l'art. 8 del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (art. 374, comma 3°, c.p.c.) che impone alle Sezioni semplici della Corte di rimettere con ordinanza motivata la decisione del ricorso alle Sezioni unite, se ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato da queste ultime. Il precedente acquista una particolare autorità, strumentale a rendere effettiva la nomofilachia.

È un indubbio rafforzamento della nomofilachia delle Sezioni unite – i cui principi vincolano sul piano orizzontale gli altri giudici – e una maggiore tutela della certezza dei rapporti giuridici. L'uniformità dell'interpretazione, l'esatta osservanza della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale presuppongono che vi sia un solo «custode», perché se i centri decisionali sono più di uno può accadere che intervengano soluzioni differenziate rendendo la nomofilachia inidonea al fine.

Nel nostro ordinamento giuridico vi sono, però, la Corte dei Conti e il Consiglio di Stato che svolgono funzioni nomofilattiche e, anche per i qualificati organi di vertice – rispettivamente Sezioni riunite e Adunanza plenaria –, sono state dettate disposizioni pressoché identiche volte a vincolare le Sezioni semplici: l'art. 42 legge 18 giugno del 2009, n. 69 per la Corte dei Conti e l'art. 99, comma 3°, c.p.a. per il Consiglio di Stato, con la differenza che il vincolo opera anche verticalmente per la Corte dei Conti perché le Sezioni territoriali, se non condividono il principio espresso dalle Sezioni riunite, sono tenute a rimettere il ricorso a queste ultime a differenza dei giudici ordinari di merito e

dei Tribunali amministrativi regionali che non possono rimettere la questione agli organi qualificati di vertice.

È mio intento cercare di chiarire: *a)* come sia conciliabile l'attribuzione di funzioni nomofilattiche agli organi di vertice di tre distinti plessi giurisdizionali<sup>1</sup>; *b)* le (possibili) ragioni per le quali si sono rafforzate le funzioni nomofilattiche dei qualificati organi di vertice delle tre giurisdizioni; *c)* la nomofilachia del Consiglio di Stato; *d)* la natura giuridica dell'autorità del precedente degli organi qualificati di vertice delle magistrature superiori; *e)* i caratteri della fonte culturale del precedente giurisprudenziale vincolante; *f)* se il vincolo del precedente assicuri certezza.

## 2. L'APPARENTE INCONCILIABILITÀ DELLA NOMOFILACHIA AFFIDATA A PIÙ ORGANI GIURISDIZIONALI DI VERTICE

La questione da affrontare non riguarda l'interpretazione, come essa debba essere svolta e di quali elementi e dati debba tener conto, bensì come possa trovare spazio ed armonizzarsi la nomofilachia affidata a più organi giurisdizionali.

L'ordinamento attribuisce a corpi diversi e separati, ognuno appartenente ad un plesso giurisdizionale autonomo, le giurisdizioni amministrativa, contabile e ordinaria. E le diversità si apprezzano sotto più profili tra cui i più rilevanti sono: il reclutamento dei magistrati; i rapporti con il potere esecutivo; i tre organi autonomi di autogoverno; le funzioni ulteriori rispetto a quelle esclusivamente giurisdizionali; le regole del processo che sono proprie di ogni plesso giurisdizionale e sono rilevanti sul piano strutturale, funzionale e del modello di processo.

Il punto rilevante, però, è che per le giurisdizioni vige la regola della separazione: non possono conoscere della stessa domanda e ciascuna giurisdizione ha un suo ambito di cognizione che ha una delimitazione oggettiva, per cui chi promuove l'azione non sceglie il giudice e la stessa domanda non è attribuita a più giurisdizioni<sup>2</sup>. È come se ogni giurisdizione vivesse in un proprio compartimento stagno senza possibilità di interferenza e contatto con le altre.

Sennonché, la vicenda di vita che finisce nelle aule giudiziarie si presenta nella realtà unitaria e può accadere che uno stesso fatto dia luogo a più controversie che possono celebrarsi innanzi a tutte e tre le giurisdizioni. Si consideri questo esempio: in una gara di appalto di opera pubblica, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara, allo scopo di favorire un concorrente, ipervaluta la sua offerta tecnica facendogli

1. La Corte Costituzionale ha una diversa posizione istituzionale e la sua giurisdizione, caratterizzata per il particolare oggetto, è fuori dal tema in discussione.

2. S. Satta, 1970, *passim*.

conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, sebbene l'offerta economica presenti una minima riduzione rispetto al prezzo posto a base del bando, e, sottoscritto il contratto, l'opera viene eseguita.

Questa fatispecie concreta, unica sul piano esistenziale, è soggetta al sindacato di più giudici in altrettanti processi in cui viene considerata la responsabilità anche per danni; in particolare nel: *a)* processo penale, per il possibile reato contro la pubblica amministrazione di abuso d'ufficio in cui può costituirsi parte civile la stazione appaltante (anche) per il risarcimento dei danni; *b)* processo civile, su azione promossa dalla pubblica amministrazione appaltante per ottenere il risarcimento dei danni; *c)* processo amministrativo (TAR e Cons. Stato) promosso dal concorrente non aggiudicatario con richiesta di risarcimento del danno, se l'appalto è stato eseguito; *d)* processo innanzi alla Corte dei Conti, per il danno erariale recato dalla commissione; *e)* processo innanzi al giudice ordinario del lavoro, qualora sia stata irrogata sanzione disciplinare al dipendente facente parte della commissione.

L'unico fatto può, in corretta applicazione delle norme, essere sottoposto al sindacato di più giudici perché la funzione di ogni processo è diversa: ciascuno persegue un «suo» interesse pubblico e interviene nei confronti non sempre degli stessi soggetti, ma con possibili esiti non uniformi, per cui si determinerebbero non soluzioni diverse per casi simili ma, addirittura, per lo stesso caso, con elevazione a potenza della «incertezza» del diritto<sup>3</sup>.

La nomofilachia, però, non garantisce che lo stesso fatto sia conosciuto da un solo giudice e che la soluzione debba essere la medesima. Anzi ogni plesso giurisdizionale prevede quanto meno due gradi di giudizio che possono concludersi con un risultato diverso; il che significa conoscenza della controversia da parte di più giudici e soluzioni non necessariamente identiche, anche se l'esempio preso prima in esame comporta che la questione sia sottoposta al vaglio di più giurisdizioni e non di più giudici appartenenti alla stessa giurisdizione.

La nomofilachia attiene, invece, alla norma e all'applicazione che si fa di essa, allo scopo di assicurare l'uniforme interpretazione nell'attuazione della legge. Non rileva, allora, che lo stesso accadimento possa passare al vaglio di più giurisdizioni, dal momento che ciascuna di esse conosce della diversa controversia attribuitale. Sicché, le soluzioni, in ipotesi differenti, non sono in contraddizione tra di loro perché sono riguardate sotto i particolari profili presi in considerazione dall'ordinamento nel ripartire la giurisdizione. In altri termini, l'esatta osservanza della legge e l'uniforme interpretazione del diritto che «tengono unito» il diritto oggettivo vanno parametrati alla specifica

3. L'esempio indicato nel testo è alla base delle riflessioni di E. Follieri, 2014b, 391 ss. ove sono analizzate le soluzioni di diritto positivo dettate per evitare e superare i possibili contrasti di giudicato.

controversia per come si è determinata in giudizio nei suoi elementi identificativi (tra cui la situazione giuridica soggettiva e la domanda) e che può essere conosciuta da una sola delle giurisdizioni, a prescindere dal fatto che l'episodio concreto di vita sia soggetto al sindacato di più giurisdizioni sotto diversi profili che possono comportare la presenza di parti diverse, al fine di tutelare gli specifici interessi pubblici in cura ad ogni processo. Di conseguenza, vengono salvaguardati i valori di fondo alla base della nomofilachia, cioè l'uguaglianza e la certezza, poiché controversie simili vengono decise allo stesso modo nella misura in cui i principi enunciati dall'organo di vertice delle rispettive giurisdizioni sono condivisi e seguiti dai giudici appartenenti allo stesso plesso giurisdizionale.

### 3. LA RAGIONE DEL POTENZIAMENTO DELLA NOMOFILACHIA

Nell'Ottocento, nei paesi di *civil law*, l'aspirazione alla certezza del diritto approda, collegandosi alle cosiddette concezioni scientifiche delle discipline sociali, alla codificazione di stampo napoleonico e illuministico che intende assicurare, in un organico corpo normativo, la completezza, l'esaustività, l'esclusione di altre normazioni, l'autocompletamento per la sistematica coerente che lo ispira. A chiusura di questo programma di politica del diritto vi è l'affermazione 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. Tale regola 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 dell'Ottocento, 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 ecc.) che possono sintetizzarsi nella educazione, nell'esperienza e nelle tradizioni giuridiche<sup>4</sup>.

La convinzione italiana, paese di *civil law*, che la legge riesca a garantire l'uguaglianza dei soggetti di fronte all'ordinamento è entrata in crisi a partire dalla seconda metà del Novecento. 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, il potere giudiziario si è sentito più sicuro

4. V. Varano, V. Barsotti, 2006, 300 ss.

di poter volgere la legge verso interpretazioni adeguate 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<sup>5</sup>, al punto che risulta quanto mai romantica e lontana dall'attuale esperienza giuridica l'idea che il giudice sia la *bouche de la loi*.

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>6</sup>) l'idea che debba essere svelato il significato proprio della disposizione, secondo la teoria cosiddetta cognitiva, per la quale esiste una sola interpretazione, quella vera e oggettiva. Prevale nel concreto dell'esperienza giuridica, nell'applicazione del diritto, la prospettiva (che si può ricondurre alle teorie cosiddette scettiche) per la quale l'interprete sceglie il significato da attribuire alla disposizione che, di per sé, non ha (non può avere) un unico e oggettivo significato<sup>7</sup>.

La premessa maggiore del sillogismo non rappresenta un punto fermo determinato dalla norma da applicare poiché 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 l'applicazione del diritto alla logica fuzzy<sup>8</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.

La uniforme interpretazione della legge che è assicurata dai vertici della magistratura ordinaria, amministrativa e contabile e che, per l'autorevolezza

5. Cass., SS.UU., 11.7.2011, n. 15144. G. Zagrebelsky, 1968, 1148; M. Cavino, 2001, 159.

6. Cfr. Cass., SS. UU., 11.7.2011, n. 1514 in *Foro Italiano* 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).

7. Cfr. R. Guastini, 1997, 35 ss.; 2008, 30 ss.; G. Zaccaria, 2012, 695 ss.

8. Cfr. L. Zadeh, 1965, 338 ss., e le applicazioni che in diritto ne ha fatto T. Mazzarese, 1996, 27.

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, comma 2°, Cost.).

Si è, quindi, reso necessario recuperare la «certezza» del diritto posta in discussione dalle «fughe» della giurisprudenza dalla legge.

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.

Quindi, alla persuasione propria delle decisioni dei vertici qualificati delle giurisdizioni che deriva sia dalla motivazione che dall'autorevolezza dell'organo, si è aggiunto un vincolo che dà una particolare forza a tali decisioni.

La produzione del diritto giurisprudenziale concretizza l'ordinamento giuridico nella soluzione delle specifiche controversie e, da un lato, deve assicurare stabilità, nel senso di consentire la prevedibilità dell'eventuale decisione relativa a casi simili e, dall'altro lato, non può cristallizzarsi, perché deve seguire e adeguarsi alle esigenze sociali che sono, per loro natura, mutevoli e orientate dagli interessi attuali del corpo sociale il quale, a seconda dei periodi storici, può acquisire momenti di grande e lunga staticità ovvero di accentuato dinamismo. Questo fenomeno non può essere ignorato dalla giurisprudenza, specie di fronte ad un legislatore insensibile e, comunque, lento.

In questo «pendolo» che va dall'esigenza della certezza e prevedibilità del diritto alla necessità dell'evoluzione ed adeguamento delle regole, le norme che hanno imposto il vincolo del precedente orizzontale per la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato e, anche verticale, per la Corte dei Conti, riflettono, secondo la dottrina, una «soluzione di "mediazione"»<sup>9</sup> sulla scia delle affermazioni della Corte di Cassazione<sup>10</sup>.

9. A. Maltoni, 2015, 140.

10. Cass., II, 15.10.2013, n. 23351: non vi è una regola dello *stare decisis* ma è «un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente dalla funzione di nomofilachia, senza forti e apprezzabili ragioni giustificative»; la Corte non considerava in via specifica la previsione dell'ultimo comma dell'art. 374 c.p.c. – vincolo delle Sezioni semplici al principio enunciato dalle Sezioni unite – ma all'interpretazione, in genere, dei giudici ordinari. In dottrina: R. Rordorf, 2006, v, 279.

## 4. LA NOMOFILACHIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Per il Consiglio di Stato, posto al vertice della giurisdizione amministrativa, non vi è una previsione simile a quella dell'art. 65 dell'ordinamento giudizio-rio dettato per la Corte di Cassazione ma non sono mancati, sin dall'istituzione della Sezione IV, indici normativi in questo senso e, soprattutto, la storia del giudice amministrativo è costellata, sia sul piano del diritto sostanziale e, forse, in maggior misura, su quello del processo, dalla posizione di principi e regole che hanno fatto spesso affermare agli studiosi che la sua giurisprudenza è pretoria, cioè creativa, sulla falsariga del *praetor* di romana memoria.

Questi risultati sono stati raggiunti grazie ad un forte senso di appartenenza dei giudici alla istituzione di cui fanno parte, nello svolgimento sia dell'attività consultiva che di quella giurisdizionale che hanno in comune la funzione dell'osservanza e uniforme interpretazione della legge, in vista dell'unità dell'ordinamento<sup>11</sup>.

Non è importante stabilire se vi sia stata una «fedele» applicazione della legge ovvero la posizione di principi, non espressi dalle norme, e come siano stati ricavati e cioè se attingendo con metodo ricognitivo e induttivo alle sparse e numerose disposizioni di settore, o attingendo a valori presenti nell'ordinamento o alla loro formazione culturale, per poi, posto il principio, operare deduttivamente, secondo il metodo dommatico. In altri termini, se l'attività del giudice amministrativo sia stata nomofilattica ovvero nomopoietica (e, quindi, creativa, da *ποίεσις*)<sup>12</sup>.

Qui va preso atto che il giudice amministrativo ha individuato principi e regole, certo sotto la spinta e con le riflessioni della dottrina, ma anche grazie alla coscienza del ruolo della giurisdizione che affronta casi concreti e li risolve con la selezione dei principi da applicare, a loro volta parametro per dirimere altre controversie simili in una continua opera ricostruttiva e formativa del sistema, a ciclo continuamente rinnovantesi.

L'apporto del giudice amministrativo è divenuto rilevante nella formazione del diritto e del processo amministrativo perché il principio enunciato dal Consiglio di Stato, specie nella sua assise plenaria, è stato normalmente seguito nelle successive applicazioni giurisprudenziali con carattere di continuità e fedeltà tale da far assumere ai principi posti valore sostanzialmente normativo.

Un presidente del Consiglio di Stato, Lionello R. Levi Sandri, in uno studio pubblicato per celebrare i centocinquant'anni del Consiglio di Stato<sup>13</sup>, pur rilevando che l'efficacia formale della pronunzia dell'adunanza plenaria non era

11. Cfr. E. Guicciardi, 1959, 189 ss.

12. La poiesi è produzione, formazione, creazione ed è l'attività dello spirito, per sua natura creativa, come quella dell'artista.

13. L. R. Levi Sandri, 1981, 1299 ss.

diversa da quella di qualsiasi altra decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, richiamava una sentenza della Sezione IV degli anni Sessanta che rilevava: «sarebbe vano che la legge avesse attribuito ad un organo di particolare autorità la soluzione dei contrasti giurisprudenziali e delle questioni di massima di particolare importanza, se le Sezioni, quando non si verifichino gravi ragioni di dissenso, potessero moltiplicare i rinvii» (all’adunanza plenaria) «o, addirittura decidere in difformità tenendone i pronunciati in non cale»<sup>14</sup>. Da qui, l’affermazione che la pronuncia dell’adunanza plenaria condiziona le successive decisioni delle singole Sezioni.

E questo effetto viene collegato non tanto all’autorità morale dell’adunanza plenaria e delle sue decisioni, ma al rispetto del principio costituzionale, fondamentale in ogni Stato moderno della «uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, il che presuppone l’uniforme interpretazione e applicazione della legge». Sicché, sul piano giuridico, sussiste «un dovere per gli altri organi del Consiglio di conformarsi alle decisioni dell’adunanza plenaria». Quando «gravi e circostanziati motivi» inducano a soluzioni diverse da quelle stabilite dall’adunanza plenaria, occorrerebbe sottoporre la questione nuovamente all’adunanza plenaria<sup>15</sup>, come oggi dispone l’art. 99, comma 3°, c.p.a..

Insomma, i giudici amministrativi hanno interiorizzato nel loro sentire e permeato la loro cultura con l’idea di un trattamento uniforme nell’interpretare e applicare le norme in presenza di casi simili, ritenendo che i contrasti giurisprudenziali debbano essere evitati e superati.

#### 5. LA NATURA GIURIDICA DEL VINCOLO DEL PRECEDENTE DEGLI ORGANI QUALIFICATI DI VERTICE DELLE MAGISTRATURE SUPERIORI

Si è discusso sulla natura di questo vincolo e le posizioni della dottrina vanno dall’affermazione del rilievo meramente processuale a quello sostanziale<sup>16</sup>.

Si ritiene che abbia natura solo processuale poiché la non condivisione del principio di diritto comporta la necessità di attivare il meccanismo di rimettere, con ordinanza particolarmente motivata, la questione agli organi di vertice delle diverse giurisdizioni, nella particolare composizione prevista.

Il procedimento dettato dal legislatore, a mio avviso, rappresenta un’ipotesi tipizzata di un contrasto che sta per manifestarsi tra le Sezioni semplici e gli organi giurisdizionali di vertice, per cui non viola la previsione dell’art. 101, comma 2°, della Costituzione secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Infatti, il giudice può dissentire e, quindi, azionare il meccanismo volto

14. C. St., IV, 29.11.1961, n. 680 in Rass. Cons. Stato, 1961, I, 1893.

15. L. R. Levi Sandri, 1981, 1312.

16. Mi sia consentito rinviare a: E. Follieri, 2012, 1237 ss.; 2013; 2014a.

a superare il contrasto di decisioni che sta per verificarsi. In mancanza di questa possibilità, la previsione normativa non sarebbe costituzionale perché si verrebbe a stabilire un vincolo assoluto del giudice rispetto ad un precedente di altro giudice, ancorché ai vertici della giurisdizione. È per questo che non c'è analoga previsione né per i giudici di pace, i Tribunali e le Corti di appello per la giurisdizione ordinaria, né per i Tribunali amministrativi regionali per la giurisdizione del giudice amministrativo, ma è stabilito, invece, per le Corti dei Conti territoriali siccome queste ultime, a differenza degli altri organi giudiziari, possono rimettere la questione alle Sezioni riunite della Corte dei Conti.

Questa regola – rimessione all'organo di vertice qualificato con ordinanza motivata in caso di non condivisione del principio – è stata stabilita per rispettare l'art. 101 della Costituzione sulla soggezione del giudice soltanto alla legge, ma non pare si possa affermare che il vincolo delle Sezioni semplici abbia solo valenza processuale e non sostanziale.

La Sezione deve adeguarsi al precedente e quando dissenta non può decidere diversamente, ma può provocare un ulteriore arresto del qualificato organo di vertice, rimettendogli la questione con ordinanza in cui vengano esplicite le ragioni della non condivisione del principio. Tuttavia, la diversa soluzione può essere solo manifestata e proposta, spettando la decisione sull'eventuale mutamento del principio all'organo qualificato di vertice.

Le disposizioni testé richiamate sono profondamente innovative, perché il sistema si arricchisce di un'altra fonte del diritto, ancorché culturale, basata ormai non più soltanto sulla sua capacità persuasiva e sull'autorevolezza<sup>17</sup>, ma sulla base di uno specifico vincolo di diritto positivo che opera sul piano orizzontale per il giudice ordinario e per il giudice amministrativo e anche verticale per la Corte dei Conti.

I principi fissati dai qualificati organi di vertice valgono in via diretta per gli organi giudicanti espressamente indicati dalle previsioni normative, ma riguardano anche gli altri giudici che, già prima di queste norme innovative, adeguavano le loro pronunce ai principi stabiliti dagli organi di vertice e, ora, ancor più si sentiranno portati a seguire tali principi.

In particolare, se i giudici ordinari del merito si sentiranno meno condizionati perché la decisione della Corte di Cassazione rispetto alla sentenza di primo grado interviene a distanza di oltre un lustro, stante anche l'immediata esecutività della sentenza e il percorso irta di ostacoli per l'appellante e il ricorrente, i Tribunali amministrativi regionali, invece, conformandosi ad un'impostazione di adeguamento ai principi espressi dal Consiglio di Stato, avverranno maggiormente la necessità di seguire gli arresti, per il tempo relativamente breve che passa dalla loro decisione a quella di appello.

17. Cfr. U. Mattei, 1996, 148 ss.; A. Pizzorusso, 2011, 144 ss., 165 ss., 705 ss.

Non di meno gli altri soggetti dell'ordinamento si sentono tenuti al rispetto di questi precedenti, per evitare che i loro comportamenti possano porsi in diffidenza da essi, con conseguente valutazione negativa in caso di controversia.

In particolare, la pubblica amministrazione dovrà ispirare la sua condotta ai principi dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, perché rileverà, in sede di giudizio, sulla legittimità della sua azione.

Quindi, la fonte culturale del giudice diventa fonte come quelle politiche (leggi ecc.) e occorre che la dottrina rifletta sulla posizione in cui si pone rispetto alle altre, in mancanza di un'espressa disposizione sul punto.

Infatti, le norme innanzi richiamate (art. 374 c.p.c., art. 42 legge 69/2009 e art. 99 c.p.a.) non recano alcuna disposizione sul punto, né 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.

#### 6. I CARATTERI DELLA FONTE CULTURALE DEL PRECEDENTE GIURISPRUDENZIALE VINCOLANTE

La fonte culturale costituita dal precedente giurisprudenziale interviene su altri atti-fonte; non pone cioè un principio di per sé autonomo e, per così dire, di primo grado, assumendo un ruolo di secondo grado, poiché ha ad oggetto un'altra fonte.

Questo dato comporta diverse conseguenze che ne individuano i caratteri.

Innanzitutto, non è possibile assegnare un grado prestabilito nella gerarchia delle fonti, tanto che la dottrina la definisce *meta-fonte*<sup>18</sup>, nel senso che apparterrebbe alla stessa fonte che interpreta. Credo, però, che il precedente giurisprudenziale s'imponga alle fonti su cui opera, per cui appartiene ad un grado per così dire superiore alla norma che interpreta. 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 la fonte culturale ha una «forza» maggiore rispetto a quella delle fonti su cui interviene: l'interpretazione fornita dal precedente giudiziario s'impone ad ogni possibile e diversa lettura della fonte interpretata e ne oscura la proposizione normativa innovandola con la sua soluzione ermeneutica.

Di poi, il precedente trova un limite di efficacia nella sua stessa natura: è legata alla norma su cui interviene e trova la sua ragione di essere nella perdurante vigenza ed efficacia della fonte interpretata. Quando viene meno quest'ultima, per un qualunque motivo (abrogazione, implicita o esplicita,

18. Ivi, 727.

annullamento, normativa sopravvenuta ecc.), il precedente non può più vincolare per mancanza del suo oggetto.

Quindi, le fonti del diritto, a qualunque livello appartengano, che intervengono per regolare diversamente la materia o la disposizione interpretate dal precedente giudiziario, fanno cessare il vincolo del precedente relativo alla norma superata e liberano il giudice che si trova ad operare successivamente<sup>19</sup>. La fonte culturale della giurisprudenza è collegata strettamente ad una determinata norma che, se viene meno, trascina con sé il principio giurisprudenziale che si è formato su di essa. Ovviamente, il precedente giurisprudenziale viene meno anche quando la fonte oggetto d'interpretazione è rimossa per l'intervento di un atto fonte gerarchicamente superiore nonché nelle ipotesi di cosiddetto *overruling*, cioè di mutamento del principio ad opera dello stesso organo che ha posto il precedente vincolante.

Nei paesi di *common law* e, in particolare, in Inghilterra, in un primo tempo il precedente vincolava i giudici di pari grado (operatività orizzontale) e quelli di grado inferiore (operatività verticale) e la modificazione del principio poteva avvenire con l'intervento della legge. Ma, a partire dalla dichiarazione stragiudiziale definita come *practice statement* del 1966, l'*House of Lords* (ora *Supreme Court*, sezione 41 del *Constitutional Reform Act* del 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*»<sup>20</sup>.

Nel nostro sistema è espressamente previsto che le Sezioni unite della Corte di Cassazione, le Sezioni riunite della Corte dei Conti e l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato possano modificare i principi posti, stante il potere delle Sezioni di rimettere, con ordinanza motivata, la questione se non condividono il principio.

Inoltre, il principio, essendo fonte produttiva di norme interpretative, ha natura dichiarativa, con conseguente efficacia normalmente retroattiva, disvelando e chiarendo il senso di una norma che già c'è<sup>21</sup>. Ciò è quel che avviene normalmente, perché ci sono anche casi di *overruling* che inducono gli organi

19. Cass., SS.UU., 19.12.2011, n. 27279, investita da una Sezione semplice che non condivideva il principio di diritto enunciato in un caso simile dalle Sezioni unite, ha restituito gli atti alla Sezione remittente perché era sopravvenuta nel frattempo normativa che aveva superato il principio.

20. Il passo è riportato in V. Varano, V. Barsotti, 2006, 304.

21. V. Italia, 2010.

qualificati di vertice a stabilire una decorrenza *ex nunc* e non *ex tunc* degli effetti della decisione.

In particolare, i mutamenti di giurisprudenza riguardanti le norme sostanziali hanno in via di principio effetto retroattivo, mentre quelli riguardanti le norme processuali si applicano a partire dall'introduzione del principio quando: *a)* riguardino una regola del processo; *b)* il mutamento sia stato imprevedibile per essere stato seguito costantemente e precedentemente un diverso orientamento; *c)* si sia formato un ragionevole affidamento sul precedente indirizzo; *d)* la nuova regola processuale comporti una preclusione del diritto di azione o difesa<sup>22</sup>.

Se il rispetto del precedente giurisprudenziale in casi simili s'ispira al principio di uguaglianza e assicura la certezza del diritto (che significa essenzialmente prevedibilità), il mutamento di un indirizzo, specie se consolidato, mette in crisi uguaglianza e sicurezza. Allora, quando il *revirement* comporta conseguenze sfavorevoli e rilevanti sul piano della tutela di cui una parte verrebbe sostanzialmente ad essere privata (per preclusioni o decadenze), è lo stesso giudice della nomofilachia a porre l'eccezione alla – per così dire – fisiologica retroazione degli effetti, stabilendo che la nuova regola si applica per i giudizi da iniziarsi, non per quelli già pendenti.

In questa impostazione si coglie che il giudice ha coscienza che il suo precedente costituisce fonte del diritto, tanto che, a chiare lettere, paragona la sua decisione alla legge e spiega che, alla pari di quest'ultima, non è consentita l'efficacia retroattiva quando si va ad incidere sulla tutela delle parti, privandole dei diritti, in conseguenza di preclusioni o decadenze in precedenza non previste<sup>23</sup>.

Discorso diverso è il modo in cui si forma questa fonte. Il soggetto che la pone è espressione del mondo e della cultura dei giuristi, non dei politici. Inoltre, per trarre dalla sentenza il precedente in senso tecnico (che risulta poi vincolante<sup>24</sup>), è necessario tenere distinti gli *obiter dicta* dalle *rationes decendi*, verificare la somiglianza dei casi concreti per l'applicazione del principio e così via. Questi sono i problemi e lo scenario propri dei paesi di *common law*, allorché devono prendere in considerazione il precedente per decidere la questione controversa.

In sintesi, i caratteri della fonte *de qua* sono:

- a)* interviene su atti-fonte;
- b)* non ha un grado prestabilito nella gerarchia delle fonti, ma va collocata nel gradino immediatamente superiore alla norma che interpreta;

22. Cass., SS.UU., 11.7.2011, n. 15144; Cass., SS.UU., 12.10.2012, n. 17402; Cass., IV, 19.6.2014, n. 13972; C.G.A., 29.4.2013, n. 421; C. St., v, 2.10.2014, n. 4929.

23. Cass., SS.UU., 11.7.2011, n. 15144.

24. G. Pesce, 2012, 115 ss.

- c) il vincolo del precedente viene meno quando la fonte interpretata è, in qualunque modo, rimossa;
- d) ha natura interpretativa ed efficacia retroattiva, tranne nell'ipotesi di *overruling* in materia processuale, nella ricorrenza di determinati elementi.

Il vincolo del precedente prodotto dall'adunanza plenaria conosce limiti nei rapporti con le decisioni e i principi delle altre Corti italiane ed europee e per i quali si rinvia ad un precedente scritto<sup>25</sup>.

#### 7. LA «CERTEZZA» CHE ASSICURA IL VINCOLO DEL PRECEDENTE

Il vincolo del precedente può dare quella sicurezza e prevedibilità richieste dall'esigenza alla base della certezza del diritto?

La risposta non può che essere negativa, se si intende «certezza» in termini assoluti, per l'evidente ragione che i principi espressi dagli arresti dei qualificati organi di vertice della magistratura pongono gli stessi problemi di interpretazione e di applicazione delle disposizioni del legislatore di ogni grado, con l'aggiunta che occorre verificare se l'affermazione del giudice è una *ratio decidendi* o un *obiter dictum*, l'inerenza del principio alla fattispecie concreta su cui interviene la sentenza, l'assimilazione del caso deciso a quello al quale si deve applicare e così via.

Del resto, se bastasse il vincolo del precedente per appagare l'istanza della certezza del diritto, i paesi di *common law* avrebbero realizzato l'obiettivo e, invece, le teoriche cosiddette realiste, specie negli Stati Uniti, dimostrano che anche in quei sistemi, la questione è aperta.

È da chiedersi se sia valsa la pena attribuire autorità al precedente che, prima, trovava consenso per la condivisione delle argomentazioni e per l'autorevolezza dell'organo ovvero se non rappresenti uno scadimento della qualità delle decisioni che, obbligate al precedente, saranno portate a replicare la soluzione<sup>26</sup>, senza assicurare la «certezza», potendo risultare macchinoso il rinvio all'organo di vertice. Anzi, da un certo punto di vista, rappresenta un elemento di ulteriore complicazione per l'inserimento di un'altra fonte del diritto in un sistema già di per sé «affollato».

Non bisogna, però, dimenticare che il diritto inerisce alla società e ai suoi rapporti, per cui gli strumenti che adotta devono essere misurati a soddisfare il più possibile tali esigenze, senza avere la pretesa di attingere a risultati indiscutibili e universali. Il colore del diritto non è il bianco o il nero, ma presenta tutte le sfumature del grigio: si può ritenere che l'accentuata forza della nomofilachia, insieme con le altre misure che si possono prendere per curare la

25. E. Follieri, 2015, 60 ss.

26. F. Follieri, 2014, 265 ss. esprime critiche perché la norma giurisprudenziale si fonda sull'autorità anziché sulla «correttezza» (dipendente dal «consenso fondato»).

normativa (riduzione della sovrabbondanza normativa; eliminazione delle leggi desuete; attenzione al linguaggio e al testo ecc.), può contribuire a rendere meno aleatoria l'applicazione delle norme in concreto.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CAVINO Massimo, 2001, «Il precedente tra certezza del diritto e la libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente». *Diritto e Società*, 159-74.
- FOLLIERI Enrico, 2012, «L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato». *Diritto processuale amministrativo*, 30: 1237-72.
- ID., 2013, «Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo». [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 9: 1-13.
- ID., 2014a, «Lo stare decisis nel processo amministrativo». [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 10: 1-7.
- ID., 2014b, «L'autonomia e la dipendenza tra i processi in materia di responsabilità pubbliche». *Diritto processuale amministrativo*, 32: 391-422.
- ID., 2015, «L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato». In *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo*, a cura di Enrico Follieri e Antonio Barone, 25-86. Cedam, Padova.
- FOLLIERI Francesco, 2014, «Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente». *Diritto Amministrativo*, 22: 265-354.
- GUASTINI Riccardo, 1997, «Enunciati interpretativi». *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 35-52.
- ID., 2008, *Nuovi studi sull'interpretazione*. Aracne, Roma.
- GUICCIARDI Enrico, 1959, «Consiglio di Stato». In *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV. Torino.
- ITALIA Vittorio, 2010, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*. Giuffrè, Milano.
- LEVI SANDRI Lionello R., 1981, «L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato». In *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, 1299-1311*. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, vol. III, Roma.
- MALTONI Andrea, 2015, «Il "vincolo" del precedente dell'adunanza plenaria ex art. 99, comma 3, c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali». *Foro Amministrativo*, 2: 137-47.
- MATTEI Ugo, 1996, «Precedente giudiziario e stare decisis». In *Digesto delle Discipline giuridiche, sezione civile*, vol. XIV. UTET, Torino.
- MAZZARESE Tecla, 1996, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Giappichelli, Torino.
- PESCE Giovanni, 2012, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- PIZZORUSSO Alessandro, 2011, «Fonti del diritto». In *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Zanichelli, Bologna-Roma.
- RORDORF Renato, 2006, «Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano». *Foro italiano*, 129: 279-86.

- SATTA Salvatore, 1970, *Giurisdizione (nozioni generali)*. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. xix. Giuffrè, Milano.
- VARANO Vincenzo, BARSOTTI Vittoria, 2006, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, III ed. Giappichelli, Torino.
- ZACCARIA Giuseppe, 2012, «Interpretazione della legge». In *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Giuffrè, Milano.
- ZADEH Lotfi A., 1965, «Fuzzy sets». *Information and Control*, 8: 338-53.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1986, «La dottrina del diritto vivente». *Giurisprudenza Costituzionale*, 1: 1148.