**I principi vincolanti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.) [[1]](#footnote-1)**

**Sommario**: 1. Premessa: la soggezione del giudice solo alla legge. - 2. La giurisprudenza come fonte di “principi di diritto”. - 3. L’eguaglianza davanti alla legge e l’“unità del diritto oggettivo nazionale”. - 4. Il principio dello *stare decisis*. - 5. La delega contenuta nella legge n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 374 c.p.c.. - 6. La convergenza del processo amministrativo sul principio dello *stare decisis*: l’art. 99 c.p.a.. - 7. L’art. 99 c.p.a. in comparazione con l’art. 374 c.p.c. dettato per la Corte di cassazione. - 8. L’art. 99 c.p.a. in comparazione con l’art. 42, comma 2, legge n. 69/2009 dettato per la Corte dei conti. - 9. Una riflessione finale: verso le Sezioni Unite della Corte di cassazione allargate alla partecipazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

 **1. Premessa: la soggezione del giudice solo alla legge.** Il rapporto tra Sezione e Adunanza Plenaria a fronte dei principi di diritto enunciati da quest’ultima – che costituisce il tema del mio intervento in questo Convegno di studi – trova un preciso riferimento normativo nell’art. 99 c.p.a.; disposizione questa che vede una singolare, ma non casuale, convergenza di similari disposizioni dettate per il giudizio civile innanzi alla Corte di cassazione (art. 374 c.p.c.) e per il giudizio innanzi al giudice contabile (art. 42, secondo comma, legge n. 69/2009).

Queste tre disposizioni prevedono il dissenso della sezione semplice a fronte della giurisprudenza rispettivamente delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Riunite della Corte dei conti.

Nel Volume che oggi viene presentato il tema è diffusamente trattato dal prof. Enrico Follieri nel capitolo dedicato proprio all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Le riflessioni che possono farsi su questo tema credo che debbano muovere da una prima considerazione generale. Nel nostro ordinamento giuridico la tutela giurisdizionale, garantita come diritto fondamentale dall’art. 24 Cost., si fonda sul principio cardine, quale asse portante del sistema giudiziario, fissato nel secondo comma dell’art. 101 della Costituzione: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Ad essi – giudici ordinari e giudici speciali – spetta interpretare la legge, ma essi si rapportano direttamente alla legge senza la mediazione di un sistema gerarchizzato di produzione giurisprudenziale. Ciascun giudice decide la controversia sottoposta al suo esame applicando le norme di diritto, così come dallo stesso giudice rilevate ed interpretate (*iura novit curia*), senza che possano assumere rilevanza ed efficacia vincolante precedenti decisioni di altri giudici. Ha affermato la Corte costituzionale che l'art. 101, secondo comma, Cost., «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» (sent. n. 40 del 1964; n. 234 del 1976; n. 49 del 2015).

 **2. La giurisprudenza come fonte di “principi di diritto”**. La giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e di quelli speciali, non tocca il sistema delle fonti normative; non crea norme di legge, ma dichiara “principi di diritto”. La giurisprudenza non altera la norma interpretata; la lascia invariata e quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione.

Il “principio di diritto” non è pertanto la codificazione di una norma di dettaglio a corredo della norma interpretata, ma è la generalizzazione dell’interpretazione coniugata all’applicazione della norma ad una fattispecie concreta. La regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta è sussunta come “principio di diritto” suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali o analoghe. Gli effetti però sono pur sempre comparabili a quelli che discendono da modifiche normative. Si consideri, ad es., la fattispecie dell’abrogazione normativa: il fenomeno del venir meno di una norma di legge per essere stata espunta dal sistema normativo può presentarsi sia come abrogazione della stessa quale espressione di attività di normazione positiva, sia come abrogazione per incompatibilità in ragione dell’attività interpretativa della giurisprudenza che riconosce l’insuperabile antinomia con una norma successiva. Il dato comune però è che la disposizione è venuta meno e non appartiene più al sistema normativo vigente.

Questa contiguità è accentuata dalla circostanza che i “principi di diritto”, come le norme di legge, sono formulati in termini generali ed astratti e quindi sono parimenti idonei a regolare la fattispecie concreta. Anzi i principi di diritto sono sempre generali ed astratti perché derivano già dal giudizio su una fattispecie concreta; mentre le norme di legge sono di regola generali ed astratte, ma possono anche riguardare solo una singola fattispecie, come nel caso delle leggi provvedimento.

Non di meno i “principi di diritto” non sono norme di legge e non appartengono al sistema delle fonti. Può ricordarsi in proposito che in passato si è anche verificato, in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che un giudice rimettente censurasse non una norma di diritto, ma un “principio di diritto”, e ponesse quindi la questione di costituzionalità in riferimento a norme “non corrispondenti a specifiche disposizioni di legge e tuttavia rinvenute dalla Corte di cassazione nell’ordinamento”; ossia censurava, in particolare, il principio di diritto che (all’epoca) predicava la perdita della proprietà e l’acquisto di essa in capo alla pubblica amministrazione quale effetto dell’illecito costituito dalla costruzione dell’opera pubblica su suolo altrui senza provvedimento espropriativo. Secondo il giudice rimettente si trattava di un “puro” principio di diritto espressione di una ipotizzata attività maieutica di tipo normativo che egli – seppur in chiave critica – riferiva alla giurisprudenza della Corte di cassazione. La Corte costituzionale però ha considerato che, dal momento che il giudice rimettente aveva censurato un “principio di diritto” e non già una norma di legge, la questione di costituzionalità era, in quella parte, priva di oggetto (e pertanto inammissibile) perché l’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) prescrive che il giudice *a quo* indichi “le disposizioni della legge o dell’atto avente forza di legge, dello Stato o della Regione che assuma viziate da illegittimità costituzionale” (C. cost. n. 188 del 1995). In sostanza il giudice rimettente avrebbe dovuto percorrere il cammino inverso della giurisprudenza comune: risalire dal “principio di diritto”, che assumeva essere contrastante con parametri costituzionali, alla norma di diritto, oggetto dell’attività interpretativa, ed investire quest’ultima della censura di incostituzionalità.

I “principi di diritto” sono quindi esterni al sistema delle fonti del diritto e – si è già rilevato - non sono vincolanti stante l’inequivocabile precetto costituzionale recato dal citato art. 101, secondo comma, Cost.: i giudici sono soggetti soltanto alla legge: non c’è una gerarchia delle pronunce le quali fanno tutte riferimento alla legge (intesa come norma appartenente al sistema delle fonti del diritto) e quindi sono equiordinate.

Il principio dello *stare decisis* (o del *binding precedent*) tipico degli ordinamenti di *common law*, nella misura in cui predica l’efficacia vincolante del precedente sulla base di una differenziazione gerarchica delle pronunce dei giudici, trova una preclusione nel suddetto parametro costituzionale.

Il principio di diritto ha invece una valenza persuasiva, in ragione dell’impianto argomentativo che lo sorregge, e non già vincolante. E giuoca un ruolo specifico ed autonomo nel processo decisionale e motivazionale del giudice affiancandosi alla tecnica argomentativa di concatenazioni logiche discendenti (secondo un modello sillogistico-deduttivo) o ascendenti (secondo un modello dogmatico-sistematico). Il riferimento al precedente consente un percorso argomentativo orizzontale che non è né deduttivo, né sistematico, ma di mero rinvio. Il giudice indica il luogo – il precedente – in cui sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del “principio di diritto” assunto come regola di giudizio della fattispecie.

 **3. L’eguaglianza davanti alla legge e l’“unità del diritto oggettivo nazionale”.** A fronte della non vincolatività dei principi di diritto, che discende dalla citata norma costituzionale, si pone – in bilanciamento se non proprio in contrapposizione – un’altra esigenza che pure ha rilievo costituzionale, quella della certezza del diritto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.: Tutti i cittadini […] sono uguali davanti alla legge […]”).

I principi di diritto, pur formalmente esterni al sistema normativo non appartenendo alle fonti del diritto, tuttavia sono in concreto idonei a completare la fattispecie normativa, a disegnarne meglio i contorni, e talvolta – come nel caso delle c.d. clausole generali – a riempirla di contenuto.

La “legge” davanti alla quale i cittadini sono eguali si atteggia quindi come un plesso di norme di legge e di principi di diritto: le une e gli altri sono idonei a fornire al giudice la regola di giudizio per decidere il caso portato alla sua cognizione.

Un’accentuata mutevolezza o relativizzazione dei principi di diritto, seppur rispettosa del principio di cui all’art. 101, secondo comma, Cost., indurrebbe in sofferenza il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), con il quale mal si concilia l’evenienza che due fattispecie analoghe siano decise in termini diversi.

Pur in un sistema in cui non opera il canone dello *stare decisis*, non di meno la circostanza che un principio di diritto risulti nel tempo fissato in una massima di diritto vivente non è senza effetti.

Un indirizzo costante e ripetuto negli anni comporta la formazione di una situazione qualificata come di “diritto vivente”, che esprime la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono; situazione questa che crea affidamento nella stabilità del quadro normativo e nella certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano generale dei principi regolatori dell’ordinamento, la tendenziale fedeltà ai precedenti giurisprudenziali, che per la loro costante riaffermazione formano il “diritto vivente”, rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti giuridici. Al contrario la mutevolezza ed imprevedibilità della giurisprudenza creano situazioni di diseguaglianza e ingenerano incertezza nei rapporti giuridici.

Nel nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla complessità dell’insieme delle norme che lo compongono, l’attività interpretativa della giurisprudenza svolge una funzione di completamento delle norme stesse che, pur nella dialettica delle possibili diverse soluzioni interpretative, confluisce alla fine a realizzare ciò che l’art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) definisce come “uniforme interpretazione della legge” e “unità del diritto oggettivo nazionale”. Tale è il diritto vivente ossia la giurisprudenza comune, dei giudici ordinari e dei giudici speciali, che dà vita a principi di diritto regolatori di rapporti giuridici; categoria questa che è da tempo ben nota sul piano del giudizio di costituzionalità: la Corte costituzionale, cui si deve la teorizzazione della dottrina del diritto vivente, tende a dichiarare inammissibili o manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal giudice rimettente su un presupposto interpretativo contrastante con il diritto vivente. In sostanza, come è priva di oggetto la questione di costituzionalità posta su un principio di diritto piuttosto che su una norma di legge, parimenti è priva di oggetto la questione posta su una norma di legge interpretata in modo difforme dal diritto vivente.

Alla produzione di quest’ultimo è deputata specificamente la Corte di cassazione che, da un lato, nel curare l’«esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, opera sulla fattispecie concreta, ad iniziativa delle parti, e decide la causa (*ius litigatoris*); dall’altro lato, proprio mentre cura l’osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare «l’uniforme interpretazione della legge» e «l’unità del diritto nazionale», così assolvendo alla funzione di nomofilachia (*ius constitutionis*).

Funzione questa che da tempo è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale che ha più volte affermato che è alla Corte di cassazione che “compete il magistero della nomofilachia” (*ex plurimis*, sent. n. 204 del 1982; più recentemente v. sent. n. 210 del 2013 che si riferisce alla Corte di cassazione come " massimo organo di nomofilachia"). Un rafforzamento di questa funzione nomofilattica rappresenta, sul piano dei principi costituzionali, da una parte una più piena realizzazione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) e d’altra parte indirettamente favorisce anche la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) perché è proprio la certezza del diritto e l’affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto a rappresentare un forte argine deflattivo del contenzioso.

Inoltre una parallela funzione di nomofilachia è quella del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nel rispettivo ambito della giurisdizione.

In sintesi il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge (art. 3, primo comma, Cost.), coniugato con il principio dell’«unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.) espresso dalla nomofilachia della giurisprudenza che, nell’ambito segnato dalla rispettiva competenza giurisdizionale, esercita il sindacato di legittimità (Corte di cassazione per l’ordinario sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici ordinari; Consiglio di Stato per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici amministrativi; Corte dei conti per il sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici contabili), laddove invece il sindacato sulla giurisdizione è accentrato nelle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione (art. 111, ottavo comma, Cost.).

 **4. Il principio dello *stare decisis*.** Il bilanciamento tra questi due canoni costituzionali – la soggezione del giudice solo alla legge e l’eguaglianza di tutti di fronte alla legge – costituisce il contesto di riferimento in cui si collocano misure processuali che favoriscono l’“uniforme interpretazione della legge”; una sorta di principio debole dello *stare decisis* che non predica la vincolatività del precedente, come nei sistemi anglosassoni di *common law*, ma mira a rafforzare la uniformità della giurisprudenza e a tutelare l’affidamento nella stabilità dei principi di diritto.

In un più ampio quadro di rafforzamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza la normativa processuale più recente – segnatamente quella del giudizio civile di cassazione - ha messo in campo strumenti diretti appunto a rafforzare l’“uniforme interpretazione della legge”. Strumenti analoghi ritroviamo nel giudizio amministrativo ed anche nel giudizio contabile.

Il processo, in vero, è da tempo un cantiere sempre aperto; ma se si vuole fissare un punto di partenza dell’evoluzione del sistema processuale verso un (seppur limitato) principio di *stare decisis* occorre considerare l’art. 1, comma 2, legge 14 maggio 2005 n. 80. Il legislatore, nel delegare il Governo ad adottare un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, ha previsto - espressamente e per la prima volta - come princìpio e criterio direttivo, quello di disciplinare il processo di cassazione “in funzione nomofilattica”; tale è stata la riforma recata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Parimenti la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo ha fatto riferimento alla “giurisprudenza […] delle giurisdizioni superiori” come espressione di principi generali concorrenti con i criteri direttivi della delega (art. 44 legge n. 69 del 2009). Ancora più recentemente la delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti ha espressamente previsto i “princìpi della nomofilachia e della certezza del diritto” (art. 20 legge n. 124 del 2015).

 **5. La delega contenuta nella legge n. 80 del 2005 ed il nuovo art. 374 c.p.c..** La iniziale maggiore novità in termini di rafforzamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza sta nell’art. 1, terzo comma, della cit. legge n. 80 del 2005, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, che ha previsto, tra i principi e criteri direttivi per la revisione del giudizio di cassazione, proprio il “vincolo” delle sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite, stabilendo che, ove la sezione semplice non intenda aderire al precedente, debba investire le Sezioni Unite con ordinanza motivata. Più che un criterio direttivo per il legislatore delegato è questo già un preciso disposto normativo. Il legislatore sembra rompere gli indugi ed introduce per la prima volta una forma di vincolo del precedente giurisprudenziale. E lo fa in modo esplicito parlando addirittura di “vincolo” vero e proprio; ovviamente vincolo interpretativo per il giudice. Il termine era, per così dire, eccessivo: un vincolo interpretativo in realtà non avrebbe potuto essere introdotto perché avrebbe cozzato frontalmente con il cit. disposto dell’art. 101, secondo comma, Cost.: il giudice è soggetto solo alla legge e quindi non può essere soggetto alle decisioni di altri giudici se non nei limiti della dinamica interna del processo stesso che, ad es., vuole che il giudice di rinvio sia soggetto al vincolo – vero e proprio vincolo interpretativo – del principio di diritto affermato nella pronuncia di cassazione con rinvio (art. 384, secondo comma, c.p.c.: il giudice di rinvio “deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte”). Il legislatore delegato è stato più cauto e, riformulando l’art. 374 c.p.c. (con l’art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), non ha più parlato di “vincolo”, ma ha introdotto – come *novum* assoluto – il disposto del terzo comma: 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.

Tale disposizione quindi – che costituisce una delle novità di maggior rilievo della novella del 2006 – crea una sorta di vincolo negativo, una forma debole della regola dello “*stare decisis*”, regola che, nella sua portata assoluta, non è rinvenibile nel nostro ordinamento, in cui il precedente giurisprudenziale ha una valenza persuasiva.

La novità di tale prescrizione emerge ancor più se la si compara con la parallela previsione dettata dal codice di procedura penale il cui art. 618 contempla che se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, *può* con ordinanza rimettere il ricorso alle Sezioni Unite. Si tratta quindi in tal caso di una facoltà, mentre nel processo civile la disposizione in commento pone un obbligo per la sezione semplice e quindi, in questo senso, un “vincolo”.

C’è insomma nel terzo comma dell’art. 374 un meccanismo processuale, che, per come è costruito, finisce comunque per implicare per la sezione semplice un vincolo, seppur meramente negativo, a non adottare l’interpretazione contrastante con quella già espressa dalle Sezioni Unite e non già un vincolo positivo ad adottare proprio quell’interpretazione coonestata dalle Sezioni Unite.

La sezione semplice, ove non condivida il principio affermato dalle Sezioni Unite, non è affatto tenuta ad interpretare la legge secondo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, che non condivide; né anzi potrebbe motivare una pronuncia applicativa di tale principio di diritto (non già con l’adesione, bensì) con la mera allegazione della dovuta ottemperanza al vincolo interpretativo, in quanto questo, come tale, in realtà non sussiste. Ma la sezione semplice, se giunge ad un convincimento diverso ed opposto rispetto a quello contenuto nel principio di diritto delle Sezioni Unite, non può fare altro che rimettere la causa a queste ultime sollecitandole ad una rivisitazione della questione e ad una possibile inversione di giurisprudenza, così invocando, con ordinanza motivata, il *revirement* del principio di diritto non condiviso. In ciò consiste il vincolo negativo: non già obbligo di adottare l’interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, bensì divieto di adottare una pronuncia con quest’ultima contrastante e contestuale obbligo di investire le Sezioni Unite, con un’ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di una *dissenting opinion* in funzione di *anticipatory overruling*, affinché siano queste a rimuovere il precedente che tale vincolo crea (per una ordinanza di tal genere v. Cass., ord., 11 giugno 2010, n. 14072, che ha invocato un *revirement* della giurisprudenza delle Sezioni Unite, non condividendone il principio di diritto da essa affermata in relazione ad una certa fattispecie; *revirement* poi effettivamente operato da Cass., sez. un., 28 maggio 2014, n. 11907). Sicché può dirsi che la disposizione in commento in realtà interviene a regolare la competenza dell’*overruling* del precedente, quando enunciato dalle Sezioni Unite, assegnandola in via esclusiva alle stesse Sezioni Unite.

C’è in vero da considerare che il vincolo non ha una rilevanza processuale nel regime delle impugnazioni, nel senso che la sua violazione non è rimediabile con uno strumento impugnatorio ordinario o straordinario, quale sarebbe in ipotesi la revocazione delle sentenze della Corte di cassazione (art. 391-*bis* c.p.c.), i cui presupposti rimangono invariati anche dopo il d.lgs. n. 40/2006. Non c’è infatti alcun errore di fatto revocatorio, ma solo un errore di diritto.

Né, in caso di cassazione con rinvio, il giudice del rinvio può sentirsi sciolto dal vincolo che gli deriva dall’art. 384, secondo comma, c.p.c. per prestare adesione invece al principio affermato dalle Sezioni Unite; vincolo che opera per la stessa Corte di cassazione, che sia nuovamente investita del ricorso avverso la sentenza pronunziata dal giudice di rinvio.

In disparte la dubbia ipotizzabilità di un illecito disciplinare, comunque il fatto che non ci sia una sanzione processuale nel regime delle impugnazioni e che sia difficile configurare una sanzione disciplinare non rende vana la disposizione in commento. Esistono norme processuali ordinatorie che, seppur sprovviste di sanzione, devono non di meno essere osservate dal giudice.

Sembra poi preferibile ritenere che il vincolo negativo per le sezioni semplici riguardi solo la sua espressa e formale enunciazione contenuta nella decisione delle Sezioni Unite e non anche eventuali altri principi di diritto di cui queste ultime comunque abbiano fatto applicazione, ma che non risultino trasfusi nell’enunciazione – formale ed espressa, appunto – di cui al citato art. 384. Ciò non toglie però che occorre pur sempre considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare l’effettivo contenuto del principio di diritto così enunciato. Si consideri ad es. il caso recente della Sezione semplice (Cass. 29 luglio 2015 n. 16048) che ha deciso diversamente dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 30 gennaio 2015, n. 1747), confrontandosi con tale precedente, ma ritenendo, secondo la tecnica del *distinguishing*, che il principio affermato da queste ultime non innescasse il vincolo dell’art. 374, terzo comma, c.p.c..

Come anche preferibile appare l’opinione secondo cui il vincolo negativo *ex* art. 374, terzo comma, c.p.c., riguarda solo le pronunce per le quali operi la prescrizione dell’art. 384, primo comma, novellato, quindi solo le “nuove” pronunce delle Sezioni Unite emesse nella vigenza della riforma del 2006 (il d.lgs. n. 40/2006 si applica ai ricorsi proposti avverso sentenze ed altri provvedimenti pubblicati a partire dal 2 marzo 2006).

 **6. La convergenza del processo amministrativo sul principio dello *stare decisis*: l’art. 99 c.p.a.** Nel processo amministrativo l’art. 45 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), nel testo modificato dall’art. 15 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018, prevedeva, al secondo comma, che se la sezione giurisdizionale del Consiglio «rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all’Adunanza plenaria». Il successivo terzo comma del medesimo articolo, poi, precisava che «prima della decisione il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio può deferire all’Adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza». Invece il testo originario (quello del 1924) del secondo comma dell’art. 45 prevedeva che se le sezioni, cui era stato rimesso il ricorso, riconoscevano che il punto di diritto sottoposto al loro esame aveva dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potevano su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la controversia all'Adunanza Plenaria col concorso di nove votanti.

Tale disciplina è stata trasfusa nel nuovo codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione del cit. art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69. L’articolo 99, comma 1, c.p.a. prevede ora che la sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d’ufficio può rimettere il ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria. Il successivo comma 2 prescrive che prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio, può deferire all’Adunanza Plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

L’art. 99 ha quindi aggiunto, in linea con quanto stabilito dal codice di procedura civile all’art. 374, secondo comma, che il deferimento all’Adunanza plenaria può essere disposto dal Presidente del Consiglio di Stato anche per dirimere contrasti di giurisprudenza.

Il *novum* però è costituito dal successivo terzo comma in simmetria evidente con il terzo comma dell’art. 374: «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Recentemente la Corte di giustizia UE (Corte giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a.) ha precisato che la prescrizione che obbliga la singola Sezione del Consiglio di Stato a non discostarsi dal principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria non scherma, però, l’obbligo sancito dall’art. 267 del Trattato FUE, secondo cui le corti supreme – e tale è anche il Consiglio di Stato nell’esercizio del sindacato di legittimità sulle pronunce dei giudici amministrativi - sono tenute ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima quando davanti a loro è sollevata una questione concernente l’interpretazione del diritto europeo o la validità di atti delle istituzioni dell’Unione. Ciò vale anche – nel plesso dei giudici ordinari - per il giudice di rinvio che ha il più pregnante vincolo interpretativo dell’art. 384, secondo comma, c.p.c. (Cass. 12 settembre 2014, n. 19301).

 **7. L’art. 99 c.p.a. in comparazione con l’art. 374 c.p.c. dettato per la Corte di cassazione.** L**’**art. 374 c.p.c. prevede che ci sono questioni che sono devolute *ex se* all’esame delle Sezioni Unite: i ricorsi che pongono questioni di giurisdizione ed, in particolare, i ricorsi avverso pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ammissibili solo per motivi attinenti alla giurisdizione; ai quali si aggiungono i ricorsi avverso le pronunce del Tribunale superiore delle acque pubbliche e quelli, in materia disciplinare, avverso pronunce della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Nazionale Forense. Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. I casi sono quindi due: *a)* ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici; *b)* ricorsi che presentano una questione di massima di particolare importanza.

Non è in vero contemplata espressamente la prevenzione di un contrasto di giurisprudenza, come invece è previsto dall’art. 618 c.p.p.; però la nozione di “questione di massima di particolare importanza” è sufficientemente ampia per comprendere anche la prevenzione di contrasti di giurisprudenza.

 Il potere di assegnazione alle Sezioni Unite appartiene quindi al primo presidente, salva l’ipotesi proprio del terzo comma dell’art. 374: la sezione semplice rimette al primo presidente per l’eventuale assegnazione, ad opera di quest’ultimo, alle Sezioni Unite. La disposizione vede quindi l’investitura delle Sezioni Unite ad opera direttamente della sezione “dissenziente”: se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Nel giudizio amministrativo invece l’ipotesi del contrasto di giurisprudenza, anche in via meramente mediata, è prevista dal primo comma dell’art. 99 cui fa da *pendant* il secondo comma: la sezione semplice può investire direttamente l’Adunanza Plenaria, come anche può essere il presidente del Consiglio di Stato ad assegnare il ricorso all’Adunanza Plenaria d’ufficio o su istanza di parte.

La differenza rispetto all’art. 374 sta nel fatto che la sezione semplice può direttamente investire l’Adunanza Plenaria. Però – a seguito dell’integrazione della norma ad opera del decreto correttivo (art. 1, comma 1, lett. o), d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) – l’Adunanza Plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla Sezione. I presupposti comunque sono gli stessi: contrasti di giurisprudenza e questioni di massima di particolare importanza

C’è poi la fattispecie del terzo comma dell’art. 99 che è simmetrica a quella del terzo comma dell’art. 374 (in entrambe le formulazioni della norma è la Sezione semplice che investe rispettivamente l’Adunanza Plenaria e le Sezioni Unite); si tratta dell’evenienza in cui la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’Adunanza Plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

L’art. 99 contiene poi una disciplina ulteriore nel quarto e quinto comma. Il quarto comma prevede che l’Adunanza Plenaria decide l’intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. Inoltre il quinto comma stabilisce che l’Adunanza Plenaria, se ritiene che la questione è di particolare importanza, 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. In tale evenienza la pronuncia dell’Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato.

Si può confrontare il quarto comma dell’art. 99 con il primo comma dell’art. 142 disp. att. c.p.c. che a sua volta prevede che, se nel ricorso sono contenuti motivi di competenza delle sezioni semplici insieme con motivi di competenza delle Sezioni Unite, queste, se non ritengono opportuno decidere l'intero ricorso, dopo aver deciso i motivi di propria competenza, rimettono, con ordinanza, alla sezione semplice la causa per la decisione, con separata sentenza, degli ulteriori motivi.

La differenza sta essenzialmente nel fatto che l’Adunanza Plenaria può – secondo la portata testuale dell’art. 99, quarto comma, c.p.a. - limitarsi ad enunciare il principio di diritto restituendo per il resto il giudizio alla sezione rimettente. Ciò non possono fare, secondo il dato testuale dell’art. 142, le Sezioni Unite le quali possono anche non occuparsi di ciò che è a valle del principio di diritto, ma devono comunque decidere la controversia nella parte in cui questa è delibabile con l’affermazione del principio di diritto ed inoltre – a differenza dell’ordinanza interlocutoria – devono decidere ogni questione preliminare o pregiudiziale rispetto a quella che investe il principio di diritto. Forse sarebbe possibile anche un’interpretazione che facoltizza le Sezioni Unite a limitarsi ad affermare il principio di diritto senza decidere alcun motivo del ricorso; ma finora dell’art. 142 è stata fatta applicazione nella sua portata testuale; ciò implica che, se la questione che giustifica l’assegnazione alle Sezioni Unite è logicamente preceduta da plurime questioni preliminari e pregiudiziali, la Corte è chiamata a risolverle tutte prima di affrontare il contrasto di giurisprudenza o la questione di massima di particolare importanza.

Vi è poi il quinto comma dell’art. 99 che può porsi in comparazione con l’art. 363, terzo comma, c.p.c.. Il presupposto comune è quello dell’esistenza di una questione di particolare importanza. L’altro presupposto è testualmente più ampio nell’art. 99 rispetto all’art. 363. L’art. 99 contempla l’ipotesi i cui il ricorso è dichiarato irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero è dichiarata l’estinzione del giudizio. Invece l’art. 363, terzo comma, c.p.c. prevede solo l’ipotesi dell’inammissibilità del ricorso.

L’effetto però è analogo: la pronuncia dell’Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato e quella delle Sezioni Unite non ha effetto sulla impugnata pronuncia del giudice del merito.

Manca però nel sistema della giustizia amministrativa una disposizione simmetrica a quella dei primi due commi dell’art. 363, concernenti la richiesta del procuratore generale di enunciazione del principio dell’interesse della legge; facoltà questa che radica un potere più ampio di quello della stessa corte perché si prevede anche l’ipotesi del ricorso avverso un provvedimento non ricorribile per cassazione o altrimenti non impugnabile (come, in generale, in materia cautelare). Ciò ovviamente dipende dalla mancanza del pubblico ministero nel giudizio amministrativo.

 **8. L’art. 99 c.p.c. in comparazione con l’art. 42, comma 2, legge n. 69/2009 dettato per la Corte dei conti.** L’art. 42, secondo comma, d.lgs. 69/2009, dettato per l’ipotesi di dissenso della sezione della Corte dei conti rispetto al principio affermato dalle Sezioni Riunite, è simmetrico all’art. 374 c.p.c. e all’art. 99 c.p.a.. E’ previsto il potere di assegnazione del presidente della Corte, ma anche l’assegnazione diretta del ricorso alle Sezioni Riunite. Infatti il presidente della Corte può disporre che le Sezioni Riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Inoltre 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.

Nel giudizio innanzi alla Corte dei conti questa prescrizione similare si situa diacronicamente dopo l’introduzione dell’art. 374 c.p.c., ma prima del nuovo art. 99 c.p.a..

 Al riguardo, va sottolineato che già l’art. 4 della risalente legge 21 marzo 1953, n. 161 (testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), al primo comma, stabiliva: «ove una sezione giurisdizionale della Corte dei conti rilevi che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali può, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio, rimettere il giudizio alle Sezioni riunite». Il secondo comma dello stesso articolo aveva aggiunto: «prima della discussione il Presidente della Corte dei conti, su istanza delle parti o di ufficio, può rimettere alle Sezioni riunite i giudizi che rendano necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza». Infine, il comma 3 così disponeva: «per i giudizi per i quali è ammesso l’appello alle Sezioni riunite ai sensi delle vigenti disposizioni, il deferimento alle sezioni medesime previsto dai commi precedenti è subordinato al consenso delle parti».

 Tale disciplina è stata modificata dall’art. 1, comma 7, d.l. n. 453 del 1993, secondo il quale «le Sezioni riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale. Esse sono presiedute dal Presidente della Corte dei conti» e «giudicano con sette magistrati. Ad esse sono assegnati due presidenti di sezione e un numero di consiglieri determinato dal consiglio di presidenza della Corte dei conti all’inizio dell’anno giudiziario».

 Da ultimo, l’art. 42, comma 2, della legge n. 69 del 2009 ha aggiunto, al citato comma 7 dell’art. 1 del d.l. 453 del 1993, due periodi: il primo prevede che «il Presidente della Corte può disporre che le Sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza»; il secondo stabilisce che «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».

Quindi il nuovo testo del settimo comma dell’art. 1 d.l., n. 453/1993 risulta essere: «Le Sezioni Riunite della Corte dei conti decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, ovvero a richiesta del procuratore generale. Esse sono presiedute dal presidente della Corte dei conti o da un presidente di sezione e giudicano con sette magistrati. Ad esse sono assegnati due presidenti di sezione e un numero di consiglieri determinato dal consiglio di presidenza della Corte dei conti all'inizio dell'anno giudiziario. Il presidente della Corte può disporre che le Sezioni Riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. 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».

La differenza maggiormente significativa tra art. 99 e art. 374 da una parte e art. 1, comma 7, d.l. 453/93, dall’altra, è il c.d. vincolo anche verticale previsto da quest’ultima disposizione perché, secondo il dato testuale della norma, la questione potrebbe essere rimessa anche dalle sezioni regionali, ossia da un organo giudiziario di primo grado ad un’istanza superiore, qual è la Corte dei conti a Sezioni Riunite. Di fatto però la stessa giurisprudenza della Corte dei conti, con una sorta di *self-restraint*, ha interpretato la norma nel senso che il riferimento alla sezione regionale è comunque ad una sede d’appello e quindi si riferisce solo alla sezione regione della Corte dei conti per la Sicilia in sede di appello. Tale interpretazione ha avuto anche l’avallo della Corte costituzionale (sent. n. 30 del 2011) e comunque la disposizione è destinata ad essere riscritta nell’esercizio della delega per il riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti.

Marginalmente può notarsi che un altro – seppur assai settoriale - modello di vincolo di tipo verticale, che vede l’interazione di giudici di merito e giurisprudenza di legittimità, è, nel processo civile, quello dell’art. 420 *bis* c.p.c.: la Corte di cassazione emette una pronuncia meramente interpretativa che vincola il giudice di merito rimettente ed indirettamente incide sugli altri giudici di merito i quali non hanno un vero e proprio vincolo, ma se dissentono, devono pronunciare una sentenza interpretativa che è direttamente impugnabile con ricorso per cassazione e che tiene il posto, *mutatis mutandis*, dell’ordinanza di rimessione della sezione della stessa Corte che dissenta da un principio affermato dalle Sezioni Unite.

 **9. Una riflessione finale: verso le Sezioni Unite della Corte di cassazione allargate alla partecipazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.** Le tre disposizioni sopra richiamate – art. 374, terzo comma, c.p.c.; art. 99, terzo comma, c.p.a.; e art. 42, comma 2, legge n. 69/2009 – segnano in tutta evidenza la convergenza della nomofilachia – quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, quella dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e quella delle Sezioni Riunite della Corte di conti - verso una forma, seppur limitata, di *stare decisis.* Ciòfa tornare di attualità, in una prospettiva nuova, il principio della tendenziale unitarietà della giurisdizione non nella forma organica di un generale sindacato di legittimità della Corte di cassazione, vagheggiato in sede di lavori dell’Assemblea costituente nella nota visione di Piero Calamadrei, bensì in una più limitata forma di coordinamento ed interazione tra le tre magistrature superiori.

L’istanza di unitarietà della giurisdizione, cui in passato si è fatto riferimento per segnare un obiettivo da perseguire, riemerge ora con l'accentuarsi, nella legislazione più recente, del ruolo di giudici speciali. In particolare il progressivo e sensibile ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo va nel senso opposto a quello del giudice (tendenzialmente) unico; è teso invece all'ampliamento del ruolo di un giudice speciale di antica tradizione, qual è il Consiglio di Stato. Il quale esercita, in via definitiva e nelle materie in cui ha giurisdizione, il sindacato di legittimità parallelamente al sindacato di legittimità generalizzato della Corte di cassazione sulle pronunce di tutti i giudici ordinari nei limiti dell'art. 111, settimo comma, Cost.. A ragione si è parlato di giudice amministrativo non più come giudice speciale rispetto al giudice ordinario, bensì come “giudice ordinario dell’esercizio del potere pubblico, in una visione di unità funzionale – non organica – della giurisdizione” ([**Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno per inaugurazione dell’anno giudiziario 2016**](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/mtc1/~edisp/nsiga_4033730.pdf)).

Ciò produce una nomofilachia a doppio regime, cui si aggiunge in parallelo, seppur con minori punti di contatto, quella delle Sezioni Riunite della Corte dei conti; nomofilachia che non di rado adopera le stesse categorie giuridiche nei rispettivi plessi giurisdizionali (situazioni giuridiche protette, danno risarcibile, incidenza del diritto comunitario, ricaduta interna della giurisprudenza delle Corti europee e quant'altro).

Attualmente il contesto unificante, sul piano processuale, è il sindacato sulla giurisdizione che - per dettato costituzionale (art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost.) - è esercitato a pieno dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, chiamate a decidere questioni di riparto di giurisdizione, conflitti di giurisdizione e da ultimo, più frequentemente, ipotesi di denunciato eccesso di potere giurisdizionale.

Il ruolo dei giudici speciali - e primo tra tutti quello del giudice amministrativo - costituisce un indubbio valore perché reca con sé un bagaglio di esperienze preziose per il "rendimento del sistema giudiziario". Ma vanno creati momenti istituzionali unificanti all'interno del sistema giudiziario e all'interno del processo.

Non di rado le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, da una parte, e l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dall'altra, "dialogano" in sintonia e quindi in modo per così dire virtuoso (come, ad es., testimonia la più recente giurisprudenza sull'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato).

Altre volte invece le due nomofilachie divergono: ad es. in tema di ipotizzato abuso del processo da parte di chi, avendo adito un giudice sul ritenuto presupposto della sua giurisdizione, contesti successivamente, con atto di impugnazione, la giurisdizione di quel giudice che abbia, in tutto od in parte, rigettato nel merito la sua domanda, ritenendosi (nella giurisprudenza del Consiglio di Stato) sussistere un'ipotesi di abuso del processo e quindi una preclusione processuale a far valere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo originariamente adito; preclusione che invece è, in linea di massima, esclusa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Proprio su questa questione particolare – che recentemente Corte di cassazione e Consiglio di Stato hanno, d’intesa, eletto come questione pilota di metodo - si è aperto un confronto di idee, per ora nell’unica sede possibile che è quella seminariale[[2]](#footnote-2) con apporto congiunto e condiviso rispettivamente dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e dell’Ufficio studi del Consiglio di Stato.

Ma al di là di questa iniziativa, in una prospettiva invece *de iure condendo*, si è ipotizzato che questo confronto tra giudice ordinario e giudici speciali possa essere istituzionalizzato aprendo la composizione delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione alla partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per la decisione di ricorsi che pongano questioni di massima di particolare importanza (*ex* art. 374 c.p.c.) e che – per essere trasversali alla giurisdizione ordinaria ed a quelle speciali - richiedano una nomofilachia unitaria: una composizione allargata che ai componenti del collegio delle Sezioni Unite (attualmente nove magistrati della Corte di cassazione) veda aggiungersi un certo numero di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Ossia si è ipotizzata la creazione di un momento istituzionale di condivisione della decisione intervenendo sulla formazione delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione e prevedendo, per la decisione di alcuni ricorsi, una composizione più ampia in quanto integrata con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; ciò ferma restando l’attuale ed esclusiva competenza, *ex* art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost., delle Sezioni Unite civili cui è demandato, quale giudice del riparto, di risolvere qualsiasi questione di giurisdizione. Invece le Sezioni Unite a composizione allargata - che sarebbero pur sempre emanazione della Corte di cassazione e quindi costituirebbero un'istanza di vertice per la nomofilachia complessiva del "sistema giustizia" - potrebbero essere chiamate a decidere ricorsi che, segnatamente *sub specie* di denuncia di eccesso di potere giurisdizionale (deducibile come vizio *ex* art. 362, primo comma, c.p.c., anche nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti), pongano questioni di diritto trasversali, che attualmente non hanno un'istanza superiore bensì danno luogo a nomofilachie parallele, soprattutto quelle del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Questa direzione riformatrice si rinviene già nella relazione al d.d.l. n. 2953-A (Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile), approvato della Camera dei deputati il 10 marzo 2016 e attualmente all’esame del Senato (S.2284), dove si auspicano proprio "interventi sul rito davanti alla Corte di cassazione [...] nella prospettiva pos­sibile di una riforma costituzionale che veda inseriti in un organo giudiziario su­premo giudici oggi appartenenti ad altre magistrature".

 Giovanni Amoroso

 Presidente di sezione della Corte di cassazione

Pubblicato il 6 luglio 2016

1. Relazione al Convegno di studi sul tema “I principi vincolanti dell’Adunanza Plenaria sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)” - Aula di Pompeo - Consiglio di Stato, Roma, 28 giugno 2016, organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti per la presentazione del volume “*I principi vincolanti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*”, a cura di Enrico Follieri e Antonio Barone. [↑](#footnote-ref-1)
2. Il seminario è fissato per il prossimo 20 settembre, ore 15,00, presso l’Aula Magna della Corte di cassazione. [↑](#footnote-ref-2)