

LUCA R PERFETTI  
Direttore Scientifico di PA Persona e Amministrazione  
*luca.perfetti@belex.com*

## IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

OSSERVAZIONI A PARTIRE DA DIANA SANTIAGO IGLESIAS, *LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO UN ESTUDIO DESDE LA ÓPTICA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA*, MADRID, MARCIAL PONS, 2021

### *STARE DECISIS AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE*

ON DIANA SANTIAGO IGLESIAS, *LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO UN ESTUDIO DESDE LA ÓPTICA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA*, MADRID, MARCIAL PONS, 2021

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo – precedente – Spagna

KEYWORDS: administrative procedure – *stare decisis* – Spain

INDICE: 1. Perché recensire – 2. La funzione della giurisprudenza nell'ordinamento amministrativo. – 3. Problemi da discutere. – 3.1. Il problema del precedente nel diritto processuale amministrativo italiano. – 3.2. Il problema della legittimazione del giudice. – 3.3. Una trappola neoliberista non sempre avvertita; certezza e stabilità. La questione della retroattività. – 3.4. *Stare decisis* e ordinamenti continentali. Non solo una questione di tecniche di formazione del precedente (nella stagione del tramonto del legislatore). – 3.5. Il ruolo della dottrina.

### 1. Perché recensire

La recensione ad un libro – solitamente recente – è un genere letterario molto consolidato nella nostra letteratura e dal quale non ci si intende discostare. Tuttavia, sembra utile profittare di questa recensione per fissare un punto metodologico della *Rivista*.

Infatti, le recensioni possono – e molto meritevolmente – avere la funzione di aggiornare il lettore rispetto a tutti i libri rilevanti pubblicati o a molti di essi, ovvero rispetto ad un tema specifico che forma oggetto di attenzione

particolare di una determinata rivista, oppure per criticare le tesi proposte da un lavoro monografico, o altro ancora. Questa *Rivista*, pur nella meritevolezza di altri metodi e scelte editoriali, in questi anni (e sperabilmente per quelli a venire), ha scelto, invece, di utilizzare lo strumento della recensione allo scopo di trarre spunto da un libro ritenuto interessante per porre in luce temi che meritano di essere fatti oggetto di ulteriori riflessioni. Se si esaminano le recensioni ospitate fin dal volume II (1/2018), si comprende subito che lo scopo della recensione non consiste solo nel dar conto di volumi la cui lettura si raccomanda al lettore ovvero da fare oggetto di critica serrata, quanto, piuttosto, di trarre dall'occasione del volume lo spunto per porre questioni ulteriori che non vengono immediatamente affrontate ma indicate perché siano fatte oggetto di discussione; non si tratta di segnare il limite del volume, attraverso un'implicita critica che risiede nella mancata trattazione di alcune questioni, quanto – piuttosto – del contrario, vale a dire l'avvertire, attraverso la lettura del volume che si propone al lettore, l'esigenza di proseguire il discorso, di sollecitare il confronto e la discussione; il che spiega anche la ragione per la quale la quasi totalità delle recensioni riguarda libri stranieri o di autori che non appartengono ai settori disciplinari che interessano la *Rivista*. Anche queste poche pagine non fanno eccezione.

## **2. La funzione della giurisprudenza nell'ordinamento amministrativo**

**2.1.** Il volume su cui si intende spendere qualche considerazione <sup>(1)</sup> pone un tema assai significativo, vale a dire quello del precedente nel processo amministrativo e della funzione della giurisprudenza rispetto all'ordinamento amministrativo.

Questo secondo profilo, a dispetto del titolo del volume, resta sostanzialmente in ombra nella trattazione, anche in considerazione della recente pubblicazione di un importante contributo sul precedente amministrativo nella dottri-

---

1 D. SANTIAGO IGLESIAS, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2021

na spagnola <sup>(2)</sup>, sicché finisce per coincidere – venendone in buona parte assorbito – con la questione del valore del precedente; non si tratta di un problema nella nostra prospettiva, giacché il ruolo della giurisprudenza nella formazione dell'ordinamento amministrativo è un tema ben studiato dagli storici del diritto e facilmente percepibile dallo studioso e dal pratico – nonché molto più complesso da studiare scientificamente, perché occorre porre in luce i flussi di concetti, principi e regole che vanno dalla giurisprudenza al legislatore ed all'amministrazione. Il tema è affrontato analiticamente dal volume, ma nella prospettiva del perimetro entro il quale il precedente si forma ed è destinato a produrre effetto, sicché occorre fin da ora aggiungere che, circa il valore della giurisprudenza – in un diritto senza codice, come quello pubblico – si avverte anche in relazione alla formazione, nel contraddittorio giudiziale, di concetti ed istituti inesistenti nella legge e da essa tratti o legittimati, all'assegnazione di valore sistematico o di concreto contenuto a regole di diritto positivo, e via ragionando <sup>(3)</sup>.

Il volume, come anticipato, è concentrato sul problema del valore vincolante o meno del precedente giurisdizionale <sup>(4)</sup> e delle ragioni che militano a favore dell'una o dell'altra soluzione, sicché si colloca sul profilo puramente processuale della questione. Val la pena di premettere subito che si tratta di una monografia importante in sé e che merita l'attenzione del lettore in tutto il suo

2 S. DIEZ SASTRE, *El precedente administrativo : fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

3 Una recente considerazione di alcuni di questi profili è – sia pure in una prospettiva che deve essere collocata all'interno della polemica di cui l'autore è certamente protagonista (si veda, ad esempio, G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827) e, quindi, senza adesione alle posizioni sostenute in ordine alla giurisdizione amministrativa, alla giurisprudenza delle corti di Cassazione e Costituzionale e alla giurisdizione di TAR e Consiglio di Stato su diritti soggettivi – in G. VERDE, *Il riparto di giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti cui si è data la sostanza di "cose")*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 358.

4 E' a tutti noto che il tema dello *stare decisis* è fondamentale negli ordinamenti di *common law* e largamente studiato. Non è questa la sede per una compiuta discussione del tema e della letteratura in argomento. In sintesi, basterà rinviare al recente volume T. ENDICOTT, H. D. KRISTJÁNSSON, S. LEWIS (a cura di), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford, Oxford University Press, 2023 - anche per le utili considerazioni relative alla teoria dell'argomentazione, al fondamento di un simile potere, alle considerazioni sui sistemi di *civil law*, alle teorie positiviste e realiste dell'ordinamento.

rigoroso ed analitico svolgimento; in questa sede, tuttavia, premesso l'apprezzamento per il lavoro, si vorrebbero trarre spunti per una riflessione di diritto processuale italiano che la lettura del volume qui segnalato pone in evidenza e segnala come urgenti.

Il volume di Santiago Iglesias dichiara di trattarsi sul versante del diritto positivo interno, trascurando i profili che attengono al valore del precedente delle corti europee (rispetto alle quali, peraltro, la questione del precedente sarebbe in parte significativa mal posta, giacché (piuttosto) si tratta di fonti del diritto europeo) – dichiarazione alla quale l'autrice tiene fede, nonostante sia sostanzialmente impossibile trattare il diritto interno senza considerarlo parte di quello dell'Unione, sicché il volume non trascura gli ovvi profili rilevanti; questo stesso sforzo sarebbe richiesto anche nel diritto italiano.

2.2. Il primo profilo che occorre porre in luce è quello della discussione in ordine alla funzione normogenetica <sup>(5)</sup> della giurisprudenza <sup>(6)</sup>.

Il tema richiede una premessa per il lettore italiano. La legge 30 aprile 1992, n. 10, *de medidas urgentes de reforma procesal* e la legge 13 luglio 1998, n. 29, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (ormai abrogata, per la parte che interessa), dettavano norma in merito al *Recursos de casación en interés de la Ley*. L'art. 100 della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (o anche solo LJCA) prevedeva che la sentenza risultante dal giudizio di Cassazione sarebbe stata inserita nel Bollettino ufficiale dello Stato ed avrebbe avuto valore vincolante per tutte le Corti di grado inferiore appartenenti allo stesso ordine giurisdizionale.

---

5 Sul tema, da noi, per alcuni ma decisivi profili del problema, non con la stessa prospettiva ma tutti severi in ordine al “creazionismo” giudiziario, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1997, 3; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 764; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 391; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, fra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 889 – oltre, ovviamente, alla monografia dello stesso Autore, *L'abuso del processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

6 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, che, in modo diffuso, affronta il tema da 142 dopo averlo posto in apertura.

Con le modifiche introdotte dalla Ley organica 21 luglio 2015, n. 7 – “*que modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en lo relativo al recurso de casación en este orden jurisdiccional*”, secondo la premessa XII alla stessa legge organica – si è inteso a “*reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*” (cfr. premessa XII). Sempre le premesse alla legge chiariscono che “*Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo*” <sup>(7)</sup>. Si tratta di previsioni specifiche del diritto spagnolo che il lettore italiano deve tenere in debita considerazione – così come il fatto che il ricorso di *amparo* rende il giudizio di costituzionalità non perfettamente coincidente al nostro.

La questione della funzione normogenetica della giurisprudenza costringerebbe ad affrontare le questioni dell'identificazione del concetto di norma, della fondazione di un simile potere, delle relazioni con gli altri poteri dello Stato che pongono in essere disposizioni o norme, dei suoi caratteri e limiti <sup>(8)</sup>, essendo, peraltro, difficile pensare ai nostri sistemi di diritto positivo come ordinamenti nei quali non vi sia una fisiologica creazione di norme da parte della

---

7 Con riferimento alla giurisprudenza italiana, quanto al rischio di vedere nella Cassazione un generalizzato terzo grado di giudizio – e conseguente unificazione della giurisdizione – si deve comunque leggere, R. VILLATA, “Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 324.

8 Temi che vengono accennati in D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. cit.*, da 144.

giurisprudenza – se la questione è del tutto evidente ed istituzionale per le corti costituzionali, essa non è meno chiara per quelle amministrative, non fosse altro per il caso fin troppo evidente dell'annullamento di disposizioni di carattere generale, come (non solo) i regolamenti <sup>(9)</sup>.

Il tema diviene più complesso nel caso in cui si sostenga – ed è questo il caso del volume del quale si discute – una massiccia espansione della natura vincolante del precedente, giacché è fin troppo evidente che la corte dovrà decidere il caso sulla base di una serie di precetti tra i quali i precedenti vincolanti (sicché questi ultimi sono norme). Il che, tra l'altro, pone (da noi) il problema della legittimazione costituzionale di una simile previsione, non sembrando sufficiente una semplice previsione di legge, ove non sia coerente con il sistema delle disposizioni costituzionali. Da questo punto di vista, la legittimazione della funzione normogenetica viene proposta attraverso il principio democratico, che viene declinato sia nella prospettiva della legittimazione indiretta per ragione del meccanismo rappresentativo che, quindi, per via organizzativa – sicché vengono in rilievo i sistemi concorsuali e di nomina dei magistrati del Tribunal Supremo e della Sala del contenzioso amministrativo <sup>(10)</sup> – sia per ragione della ragionevolezza e controllabilità delle decisioni attraverso una dettagliata discussione delle regole per la creazione di giurisprudenza <sup>(11)</sup> e delle relazioni con gli altri poteri dello Stato intestati del potere di produzione giuridica <sup>(12)</sup> e della dottrina <sup>(13)</sup>.

**2.3.** Le riflessioni del volume di cui si discute si collocano in questo contesto di diritto positivo, sicché se ne traccia un profilo soggettivo (relativo, cioè, agli organi giurisdizionali che pongono in essere giurisprudenza nella prospetti-

---

9 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 136.

10 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 153.

11 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 170.

12 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 195, con significativi esempi di rinvio del legislatore alla giurisprudenza – come in materia di responsabilità civile dell'amministrazione o di immigrazione –, e viceversa – come accaduto in relazione alla notificazione degli atti o al concetto urbanistico di “maglia urbana” –.

13 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 208.

va del libro, vale a dire quella di formare precedente giuridicamente rilevante)<sup>(14)</sup> ed oggettivo – relativamente, cioè, agli elementi della decisione in ordine ai quali si forma il precedente<sup>(15)</sup>, con particolare attenzione alla *ratio decidendi*<sup>(16)</sup>, ed alla rilevante questione della reiterazione nell'affermare un principio giurisprudenziale, stante che il codice civile spagnolo, all'art. 1, co. VI<sup>(17)</sup>, prevede che la giurisprudenza consolidata sia fonte complementare del diritto, ponendosi, così, il grave problema di stabilire sotto quali condizioni si possa ritenere che un principio giurisprudenziale possa dirsi “*reiterado*”<sup>(18)</sup>.

Le ipotesi di precedente che il volume prende particolarmente in considerazione – nella prospettiva che sempre v'è sottesa di misurare la possibilità di affermarne la natura vincolante – sono quella della decisione del Tribunale Costituzionale – la cui efficacia vincolante è osservata nella prospettiva del principio di eguaglianza di fronte alla legge e nell'applicazione della stessa<sup>(19)</sup>, in quella dell'indipendenza dell'organo decidente<sup>(20)</sup>, dell'effettività della tutela<sup>(21)</sup> e della certezza e sicurezza del diritto<sup>(22)</sup>, le quattro direttrici che reggono l'analisi circa il valore del precedente in tutto il volume; e della Corte di Cassazione (il *Tribunal Supremo*), le cui decisioni hanno effetto vincolante in ragione delle disposizioni già rammentate in materia di ricorso *en interés de la ley*<sup>(23)</sup>, sicché l'abrogazione che ha colpito la previsione di cui all'art. 100, co. VII, della LJCA apre la questione se sia venuto meno il valore vincolante delle decisioni

---

14 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 40.

15 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 47.

16 Sulla questione resta attuale W. SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesoberstgerichtes*, München, Beck, 1973.

17 Testualmente, “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

18 Interessante ai nostri fini M. TARUFFO, *Precedente y jurisprudencia*, in *Precedente - Anuario jurídico*, 2007, 85, che, nell'affrontare le questioni della topica, del valore, direzione e forza del precedente, tiene in considerazione profili anche di diritto italiano.

19 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 69.

20 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 71.

21 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 73.

22 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 74.

23 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 75.

*en interés de la ley* ovvero se sia da intendersi come estensione di quest'efficacia giuridica anche alle restanti ipotesi di giudizio reso dal Tribunal Supremo. La seconda delle due tesi è sostenuta come una necessità costituzionale, alla luce dei già rammentati principi di eguaglianza, effettività, certezza del diritto <sup>(24)</sup> e ritenuta compatibile con l'indipendenza del soggetto giudicante – sulla base del suo inserimento nell'istituzione giudiziaria e nella sua organizzazione <sup>(25)</sup> – con una forte sottolineatura delle esigenze di effettività <sup>(26)</sup> e di certezza del diritto <sup>(27)</sup>.

2.4. Altro profilo rilevante della questione è quello dell'efficacia del precedente rispetto all'organo giudiziale che ha emanato la decisione, tema rispetto al quale l'ordinamento spagnolo (come il nostro) non detta previsioni positive sicché la questione viene affrontata attraverso il confronto con la giurisprudenza del Tribunal Constitucional – che assegna priorità all'indipendenza della corte e quindi, alla libertà interpretativa, salvo i casi in cui ciò determini una palese violazione dell'uguaglianza a fronte di decisioni differenti sulla identica questione e con la possibilità di discostarsi dai precedenti motivatamente – e del Tribunal Supremo – molto più sensibile alle esigenze della certezza e stabilità del diritto, sicché la casistica segnala una molto maggiore sensibilità circa la motivazione dell'*overruling* <sup>(28)</sup>. Anche in questa prospettiva si ritorna sul tema centrale dell'efficacia vincolante del precedente, argomentando anche circa le prospettive di riforma del sistema del giudizio di cassazione, dell'adattamento del diritto vigente, ovvero del suo integrale superamento – fondando il nuovo sulla cer-

---

24 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 78.

25 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 84.

26 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 74 e, in particolare sia quanto alla lettura del principio di eguaglianza che all'economicità della decisione e della motivazione (85), esponendosi, però, in questa prospettiva, alla funzionalizzazione del singolo giudizio ad esigenze di economicità del “servizio giustizia” rispetto alle quali si avvertono molti motivi di perplessità, per i quali si rinvia, per tutti, a R. VILLATA, *op. ult. cit.*

27 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 86; per una discussione dei profili rilevanti per chi scrive, della distinzione tra certezza del diritto e stabilità ed i rilevanti profili di ispirazione neo-liberale, sia consentito il rinvio alle riflessioni contenute in *Diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in questa *Rivista*, XI (2/2002), 223.

28 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 89.



tezza del diritto, l'effettività e la coerenza del sistema –, oppure dell'introduzione di sistemi di garanzia dell'unitarietà della giurisprudenza <sup>(29)</sup>.

2.5. Un ulteriore problema critico è quello dell'efficacia del precedente vincolante nel tempo <sup>(30)</sup>. E' noto che la Costituzione spagnola, all'art. 9, co. III, garantisce “*il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive dei diritti soggettivi, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri*”; si tratta di una previsione che non può essere trascurata in un discorso sul precedente (vincolante), giacché quest'istituto si pone in evidente tensione con alcuni di questi principi fondamentali (vale a dire, con legalità, irretroattività e – almeno tendenzialmente – pubblicità, o conoscibilità, dei precetti). Quanto, almeno, al principio di irretroattività di disposizioni sfavorevoli, si pongono non pochi problemi in relazione alla regola dello *stare decisis*, a tacer d'altro il fatto che l'affermazione della regola giurisprudenziale impegnerà i giudici di livello inferiore anche nella decisione di controversie i cui fatti sono anteriori all'affermazione di una simile regola (sicché la retroattività è incontrovertibile) ovvero al diverso caso dell'*overruling* giurisprudenziale, sicché una vicenda formatasi alla luce di una data regola giurisprudenziale sarà regolata da una successiva ed imprevedibile. Il tema non sfugge all'Autrice, che cerca di delimitarne la portata affidandosi a considerazioni che però non sembrano superare la criticità in modo convincente <sup>(31)</sup>, per affrontarlo, poi, affidandosi alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, che ha fissato – in ordine al problema in questione – le garanzie della prevedibilità della formazione o superamento del principio, della reiterazione della sua affermazione e della necessità di adeguata motivazione per discostarsene. Di per sé si tratta di attenuazioni sensate dell'effetto retroattivo, che comunque innegabilmente resta tale – sicché per superarlo occorrerebbe sancire che la regola di formazione giurisprudenziale si applica solo

---

29 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 113.

30 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 173.

31 D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 176.

ai casi occorsi dopo la sua affermazione, con il che ponendo uno strutturale problema di disequaglianza del caso nel quale la regola è affermata (giacché, quanto a questa controversia almeno, i fatti sono necessariamente precedenti alla sua affermazione).

Nel diritto spagnolo, come già accennato, il *Tribunal Constitucional* è passato dall'affermazione della necessaria applicazione solo prospettica all'accettazione della retroattività a fronte della natura consolidata della giurisprudenza, ponendo così un delicato problema di accertamento, essendo evidente che non esiste una regola quantitativa o temporale che consenta di affermare con certezza la natura consolidata di un determinato orientamento (stante che le pronunzie variano per quantità e qualità a seconda delle materie e dei casi, che purchessia consolidata la giurisprudenza su una data questione, essa può soffrire smentite senza che venga meno la sua natura e si de-consolidi, e così via). Il volume, secondo la sua generale intonazione a favore dell'espansione dello *stare decisis*, considera la retroattività un'esigenza logica di carattere generale<sup>(32)</sup>, ammettendo una sua attenuazione nel caso in cui ciò determini una sanzione in capo al cittadino o la compressione di suoi diritti – eccezione che, per il vero, sembra avere portata generalissima e tale da rendere la regola generale solo residuale, stante che chi impugni la decisione dell'autorità amministrativa o un comando che esprime potere pubblico, per definizione, deve avervi interesse e, quindi, deve avere subito una lesione.

### **3. Problemi da discutere**

Il volume di Santiago Iglesias, al netto del suo notevole interesse per il diritto nazionale spagnolo, pone questioni che non sembrano, nel nostro Paese, essere state fatte oggetto di una riflessione adeguata, che invece sarebbe utile.

Le discussioni, sempre vive e di recente utilmente riprese, sulla capacità della giurisprudenza di creare norme, si sono concentrate su profili storici<sup>(33)</sup> o

<sup>32</sup> D. SANTIAGO IGLESIAS, *op. ult. cit.*, da 190.

<sup>33</sup> Ad esempio, P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giudiziario e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021.

teorici ed anche le preziose riflessioni sulla discrezionalità del giudice <sup>(34)</sup>, con rigoroso ed importante impianto teorico, non si sono occupate di questi profili – fortemente esposte all'evoluzione del diritto positivo.

### 3.1. *Il problema del precedente nel diritto processuale amministrativo italiano.*

E' proprio dal punto di vista del diritto positivo che meriterebbe fare una riflessione sul nostro sistema processuale nella prospettiva del valore del precedente.

Non è dubbio che nel nostro ordinamento non siano presenti norme come quelle spagnole già rammentate, prima tra tutte quella di cui all'art. 1, co. VI, *Codigo civil*. Il valore normogenetico della giurisprudenza non trova fondamento nella legge e non si rinvencono disposizioni come quella di cui al – pre-  
vigente – art. 100 LJCA che sanciscano il valore di alcuni precedenti.

Tuttavia, una serie di disposizioni nel nostro ordinamento processuale hanno alterato questo quadro, che avrebbe concesso di trattenersi nel perimetro di una discussione puramente teorica, con il risultato di rendere impellente una riflessione di taglio dogmatico.

In questo senso, sembra trascurabile la discussione relativa alla natura vincolante del precedente fissato dalla Corte Costituzionale: è, infatti, evidente che la Corte Costituzionale, avendo per compito istituzionale quello di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di disposizioni di rango primario, per statuto costituzionale è un organo di produzione giuridica – né la questione dell'assunzione del diritto vivente come parametro può dirsi un tema sul quale manchi la riflessione <sup>(35)</sup>; inoltre, il tema della natura vincolante del suo precedente semplicemente non si pone perché se l'incostituzionalità venga pronunciata la disposizione costituzionalmente illegittima cessa di avere applicazione

---

34 F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

35 Basteranno i riferimenti, non recentissimi, ad A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso e implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994 e L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, vol. VI, Torino, Utet, 1990, 445.

nell'ordinamento e, per l'ipotesi opposta, nessuno dubita che non si formi un "auto-precedente" (negativo, quello positivo è semplicemente impossibile perché la disposizione di legge sarà stata caducata) e che la questione di legittimità costituzionale possa essere riproposta – né, del resto, avrebbe alcuna coerenza sistematica l'opinione inversa, stante che la questione viene decisa dalla Corte sulla base dell'ordinanza di rimessione ed è interesse primario dell'ordinamento che una disposizione non conforme a Costituzione non resti in vigore per il solo fatto che le questioni poste in sede di rimessione siano incomplete o mal poste, fermo che la percezione della contrarietà a Costituzione può evolvere nel tempo.

A conclusioni non troppo diverse si deve pervenire anche con riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione, stante che i principi in esse enunciati sono diritto dell'Unione che si impone agli Stati; il che non val quanto dire che siano poco rilevanti i problemi, trattati con profonda sensibilità dalla dottrina<sup>(36)</sup>, del confine della doverosità della rimessione ovvero del perimetro entro il quale i principi contenuti nelle pronunzie della Corte costituiscono diritto dell'Unione che vincola gli Stati (e i suoi giudici)<sup>(37)</sup>. Tuttavia, per la comprensione del rilievo di un discorso sulla rilevanza del precedente, si può trascurare il valore di quelle decisioni, qualificate come sentenze, che per ruolo istituzionale sono fonti del diritto.

Stante il ruolo del tutto peculiare della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, il tema della vincolatività del precedente si pone – effettivamente –

---

<sup>36</sup> Per queste questioni, G. PESCE, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e le torsioni interpretative del giudice nazionale: riflessi sulla tutela cautelare e sul processo in tre casi limite*, in *Judicium*, 2022, e ID., *La Corte di Karlsruhe e l'insostenibile rinvio pregiudiziale*, *ivi*, 2020.

<sup>37</sup> Naturalmente non è questa la sede per una discussione più approfondita del tema. Infatti, la considerazione nel testo è evidentemente riferita alla Corte di Giustizia; più articolato è il discorso quanto alla CEDU. La Corte in questione ha fatto ampio riferimento al precedente – in senso orizzontale o, se si vuole, auto-precedente – per accrescere la sua legittimazione (emblematica è CEDU, 18 gennaio 2001, *Chapman vs. United Kingdom*, ove di legge che nell'interesse di sicurezza giuridica, prevedibilità ed uguaglianza davanti alla legge la Corte non dovrà discostarsi dai propri precedenti senza un valido motivo). Inoltre, per quanto la decisione della CEDU non disponga del rango di quella della Corte di Giustizia, il suo precedente – in senso, questa volta, verticale – entra spesso nel percorso argomentativo del giudice nazionale.

solo con riguardo alle corti ordinarie (ed al Consiglio di Stato ed ai TAR per quel che qui interessa, nonché, per alcuni versi alla Corte di Cassazione). La questione merita di essere osservata lungo due percorsi distinti e con una considerazione generale.

**3.1.1.** Anzitutto, nel nostro diritto processuale positivo non può dirsi più che non vi siano norme che danno rilievo al precedente.

Il problema – a mio modo di vedere – è che queste disposizioni sono state introdotte nell'ordinamento sulla base di esigenze diversificate ed in tempi diversi, sicché ci si trova innanzi ad una pluralità di previsioni che non sono state fatte oggetto di una considerazione unitaria, per misurarne la coerenza a Costituzione ed al sistema.

Bastano alcuni riferimenti.

3.1.1.1. La disposizione di cui all'art. 99 del Codice del processo amministrativo costruisce un sistema di precedente in parte vincolante ed in parte parzialmente vincolante – e la questione, che pure ha interessato dottrina sempre sensibile ed attenta <sup>(38)</sup>, ha lasciato sostanzialmente indifferenti la maggioranza degli interpreti.

Infatti, sulla base della disciplina di legge il “*principio di diritto*” enunciato dall'Adunanza Plenaria vincola i giudici di primo grado – che non hanno il potere di deferire nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria come previsto dall'art. 99, co. III, C.P.A. Quanto alle sezioni del Consiglio di Stato il vincolo è solo parziale, ma molto consistente, stante che non è previsto il potere di discostarsi motivatamente (come nel diritto spagnolo) ma solo quello di rimettere nuovamente la questione all'Adunanza Plenaria. Nella sostanza, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria ha un valore vincolante molto significativo su tutto il sistema della giustizia amministrativa, sicché sulla base del nostro diritto positivo vigente non si può dire che manchi una regola di legge che introduca la regola dello *stare decisis* nel nostro processo. Per quanto l'esigenza

---

38 A. BARONE, E. FOLLIERI (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, CEDAM, 2015.

di uniformità nella giurisprudenza del Consiglio di Stato non sia nuova <sup>(39)</sup> ed il regime sia in parte simile a quello dettato dall'art. 374 C.P.C., non pare che la novità introdotta dall'art. 99 C.P.A. sia di poco rilievo.

La pronunzia diretta a “risolvere questioni di massima di particolare importanza” ovvero “dirimere contrasti giurisprudenziali” è chiaramente pensata dal legislatore come (una delle tante) parziale deroga al principio del processo di parti – e, quindi, nell'interesse pubblico alla certezza – perché se l'Adunanza Plenaria può non solo “enunciare il principio di diritto” per poi decidere l'intera controversia ovvero restituirla alla Sezione, ma – ed è questo il profilo più significativo – potrà anche enunciare il principio di diritto “nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio”,

39 Nel sistema della legge 5992/1889, con una sola sezione giurisdizionale, si prevedeva che la questione di diritto che avesse dato luogo in precedenza ad orientamenti discordanti della Sezione fosse decisa in “seduta plenaria”, con il concorso di nove magistrati in luogo dei sette ordinariamente necessari all'epoca. L'autorevolezza ed il ruolo del Consiglio di Stato, la sua funzione nella sistematizzazione ed anche creazione del diritto vivente dell'amministrare per fini pubblici, erano fin da allora avvertiti chiaramente, sicché era necessario che la giurisprudenza del Consiglio di Stato offrisse orientamenti sufficientemente chiari. L'Adunanza Plenaria, sorse in sostituzione della “seduta plenaria” con l'istituzione della Quinta Sezione, disciplinata dall'art. 37 del testo unico 638/1907, per assicurare omogeneità a fronte di decisioni difformi assunte “in sede giurisdizionale”, composta da quattro magistrati per ciascuna delle due sezioni giurisdizionali e dal Presidente del Consiglio di Stato. La differenziazione di competenze tra le Sezioni è venuta meno con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, implicitamente abrogando le disposizioni del regolamento di procedura che si riferiscono al conflitto (su questo profilo, A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Jovene, 1963, 576). I criteri di composizione dell'Adunanza Plenaria, nel silenzio della norma, dettero luogo a discussioni – in dottrina ed in giurisprudenza (sulle quali E. FERRARI, *sub art. 45*, in A. Romano, R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, III ed., Padova, Cedam, 2009, 1576) – successivamente risolti dalla legge espressamente. La l. 27 aprile 1982, n. 186, art. 5, espressamente prevede che l'Adunanza Plenaria sia presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato e “composta da dodici magistrati del Consiglio di Stato scelti dal consiglio di presidenza in ragione di quattro per ciascuna delle sezioni giurisdizionali”; secondo le medesime modalità sono “designati i membri supplenti, in modo da assicurare in ogni caso la presenza di quattro consiglieri per ciascuna sezione giurisdizionale”. La questione della presidenza dell'Adunanza Plenaria è anch'essa risolta espressamente dalla legge, giacché lo stesso art. 5 dispone che “in caso di assenza e di impedimento, il presidente del Consiglio di Stato è sostituito dal Presidente di sezione giurisdizionale più anziano nella qualifica”. Si tratta di disposizioni non abrogate o modificate dal cod. proc. amm. e che continuano a regolare la composizione dell'Adunanza Plenaria. Quel che importa notare è che l'esigenza dell'omogeneità, prevedibilità ed univocità delle decisioni del Consiglio di Stato è stata avvertita fin dappprincipio, è caratteristica del giudizio del Consiglio di Stato fin da una stagione nella quale più chiara era l'idea positivista che la legge fosse tutto il diritto ed esso fosse interamente contenuto nella legge scritta. A maggior ragione oggi, che con coscienza metodologicamente più raffinata guardiamo al precedente delle giurisdizioni superiori come diritto esso stesso, come precetto in grado di segnare il contenuto della legge vigente.

se la “*questione è di particolare importanza*”. E’ evidente che la pronuncia “*nell’interesse della legge*” non solo determina un caso di giurisdizione oggettiva – o, propriamente, di non giurisdizione, stante che il “*principio di diritto*” è enunciato senza effetto sulla causa decisa con la medesima sentenza; più ancora, però, la previsione in questione rende – in prospettiva sistematica – il tono della disciplina complessiva di questo tipo di decisioni giurisdizionali, essendo evidente la funzione di creazione di norme (principi, nella specie) cui è destinata la pronuncia.

Si tratta di una disposizione che – con tutta evidenza – pone i problemi della garanzia del ricorso al giudice naturale precostituito per legge, della sottoposizione del giudice solo alla legge, dell’irretroattività delle norme, della salvaguardia del principio di uguaglianza. E, nella nostra prospettiva, introduce con nettezza lo *stare decisis* nel nostro ordinamento processuale.

3.1.1.2. Solo per limitarsi ad esempi macroscopici, basterà poi rammentare la disciplina della sentenza in forma semplificata <sup>(40)</sup>, che come a tutti noto può limitarsi al richiamo di precedenti. Infatti, come a tutti noto, sulla base dell’art. 74 C.P.A., a fronte della “*manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza*” la causa potrà essere decisa in forma semplificata, con motivazione consistente nel richiamo “*ad un precedente conforme*”. Varrà la pena di osservare come la legge neppure si riferisca ad un precedente che possa dirsi giurisprudenza consolidata e la giurisprudenza ha inteso la conformità come riferita <sup>(41)</sup> alle questioni sollevate con il ricorso (e che abbiano formato l’oggetto dell’approfondimento effettuato con altra sentenza). A prima vista non sembrerebbe trattarsi di evocare il precedente in quanto vincolante, ma di semplificare l’obbligo di motivare attraverso il rinvio alla decisione assunta su un caso identico; poiché, naturalmente, non è facile che due casi

---

40 Sul tema, esaustivamente, A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel «giusto» processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2009 ma, necessariamente anche M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l’obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 103.

41 Ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I , 5 marzo 2014 , n. 2566.

si presentino identici né argomentati nello stesso modo, resta il tema di definire adeguatamente la conformità e di discutere il tema in generale, giacché se la si intende in senso stretto una decisione difforme dal precedente sarebbe in violazione del principio di uguaglianza, sicché – in questa prospettiva – la questione del valore del precedente riemerge.

3.1.1.3. Quanto al problema del precedente in senso stretto e della sua natura vincolante, gli esempi appena proposti sono sicuramente macroscopici. Tuttavia, una serie di disposizioni (di semplificazione e per certo verso coartazione della funzione giurisdizionale) recentemente introdotte non possono essere considerate irrilevanti.

Si pensi alla notevole concentrazione di competenza funzionale in capo al TAR di Roma, che si aggiungono a quelle già non piccole che derivano dal criterio della sede che si accompagna alla localizzazione romana delle principali autorità statali; è piuttosto evidente il rilievo del precedente in senso orizzontale in una giurisprudenza concentrata sempre presso lo stesso organo giudicante: chiunque ponga mente – o abbia minima esperienza – dei giudizi in materia di concorrenza (ma è solo uno dei tanti casi) sa bene come il fatto che la giurisprudenza si formi solo all'interno di due collegi (uno in primo e l'altro in secondo grado) condizioni in modo non piccolo il diritto vivente, l'attribuzione di significato al precetto di legge – sicché, sempre per esemplificare, il concetto di “mercato rilevante” contenuto nella legge ha il reale significato che, di tempo in tempo, le sezioni competenti del TAR di Roma e del Consiglio di Stato hanno determinato. Anche l'insieme delle regole processuali di accelerazione di taluni processi (tipicamente quelli relativi alle gare contrattuali degli enti pubblici) o di estrema contrazione del giudizio (come per le grandi opere, l'emergenza, il PNRR) e limitazione della cognizione determinano una sopravvalutazione (di fatto) del rilievo del precedente, tanto che in queste materie si è significativamente ampliato il ricorso del giudice alla menzione del precedente (o della giu-



risprudenza consolidata) in funzione di motivazione ed affermazione della regola del caso.

**3.1.2.** Non minore importanza, rispetto al tema che si prova a porre, hanno i concreti usi giurisprudenziali. La giurisprudenza, con sempre maggiore frequenza ed ampiezza, nell'affermare e motivare la regola da applicare al caso controverso ricorre ai suoi stessi insegnamenti per come consolidati o scegliendo motivatamente tra orientamenti contrastanti; il testo stesso delle decisioni tende a standardizzarsi nella citazione dei precedenti rilevanti, che divengono, nell'uso giurisprudenziale, delle vere e proprie regole tralatizie, espresse sempre con gli stessi enunciati.

Se si osserva con attenzione la giurisprudenza si coglierà, poi, una sempre più ampia argomentazione per principi. De per sé, si tratta di una tendenza che dovrebbe essere salutata con favore, perché esprime una coscienza metodologica più avvertita e prospetta un ordinamento caratterizzato da maggiore certezza (perché l'interpretazione per principi determina la formazione di intorni concettuali che presentano limitati margini di opinabilità e che, nel combinarsi in termini sistematici, riducono ulteriormente lo spazio di incertezza, mentre la pura esegesi del precetto non univoco lascia margini di variazione assai più consistenti) <sup>(42)</sup>; tuttavia, se si esce dalla ricognizione superficiale o dal discorso puramente astratto e si esamina per bene la nostra giurisprudenza amministrativa, non si tarderà a cogliere come l'uso delle clausole generali si accompagni per lo più ad enunciazioni generiche, con abbondante utilizzo di sinonimi, richiamo sistematico ad altri principi anch'essi evocati in modo impre-

---

42 Non è questa la sede per discutere un tema così noto ed oggetto dell'impegno di tanta dottrina. Il tema è stato di recente ripreso con la solita maestria da A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, Modena, Mucchi, 2023, cui basterà rinviare (per l'argomentazione per principi, ma solo per i rinvii alla letteratura rilevante, per semplicità sia consentito rinviare a, di chi scrive, *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, in *Jus*, 1993, 171; *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, 73; *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1213; *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195.

ciso, il tutto a determinare un ampio intorno concettuale grigio, nel quale il nucleo definito appare assai piccolo e l'area di rilevanza molto estesa. Si tratta di una tecnica – che ho provato a discutere altre volte <sup>(43)</sup> – che consente al giudice di ampliare o limitare i margini del sindacato (e, quindi, della tutela), pur a fronte di enunciati ripetuti in modo per lo più identico. La forza argomentativa di precedenti evocati in modo esteso ma, a loro volta, imprecisi, costituisce non solo un diffuso uso giurisprudenziale, ma anche uno strumento che – nelle prassi che si sono criticate – tutt'altro che elemento di certezza del diritto.

In altri termini, se si esce dal perimetro del ragionamento astratto e si esaminano diffusamente, con attenzione anche alla fattispecie che stanno dietro le massime, segmenti della giurisprudenza, non sarà disagevole rendersi conto che l'evocazione del precedente, se per un lato fornisce maggiore legittimazione alla decisione, per l'altro non necessariamente aumenta il grado di certezza e rispetto dell'uguaglianza – e tutto questo a tacere dei casi (non rarissimi) nei quali l'evocazione della catena dei precedenti è tralattizia ed a guardare bene non coerente con la fattispecie in esame o la conclusione intorno ad essa.

**3.1.3.** A ben guardare, quindi, il tema del precedente nel nostro diritto processuale nazionale è molto ingiustamente trascurato dalla riflessione dogmatica (e, con minori responsabilità, da quella teorica). Infatti, non solo si rinvengono disposizioni che determinano il vincolo (assoluto o relativo) dello *stare decisis*, ma la stessa giurisprudenza vi fa ampio ricorso in funzione argomentativa e, tuttavia, con larghissime imprecisioni sicché invece di presentarsi come elemento di certezza dell'ordinamento agisce come ulteriore fonte di discrezionalità giudiziaria, senza che la dottrina vigili simili usi.

### **3.2. *Il problema della legittimazione del giudice.***

Come già rammentato, l'Autrice si pone il problema della legittimazione nomogenetica del giudice e propone una giustificazione fondata soprattutto sul

---

<sup>43</sup> Sia consentito il rinvio al lavoro di chi scrive, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 428.

principio democratico – argomentando, quindi, principalmente lungo un percorso organizzativo. La questione non è di piccolo momento, in due direzioni.

Anzitutto – profilo ben còlto nel volume – in relazione ad altri poteri dello Stato; è chiara l'opzione per il principio democratico <sup>(44)</sup> se si guarda al problema da questo punto di vista, per almeno due ragioni: in primo luogo, i regimi di *common law* (ai quali non può non guardarsi in relazione allo *stare decisis*) fondano esattamente in questa direzione il dovere del giudice di attenersi ai precedenti, non di rado – però – in ragione di un'ampia partecipazione popolare diretta all'esercizio della funzione giurisdizionale ed all'elettività di alcune cariche giurisdizionali (elementi assenti nei nostri sistemi continentali); in secondo luogo – e maggiormente – poiché la regola nei sistemi continentali è quella dell'elezione popolare delle assemblee legislative ed, in generale della legittimazione popolare (almeno indiretta) dei soggetti che hanno il potere di dettare norme giuridiche (sicché esecutivi ed altre autorità indipendenti si fondano sulla fiducia parlamentare o la nomina diretta dal Parlamento), è ovvio che se si voglia legittimare il potere giudiziario a fissare norme che si applicano a generalità di casi si sia tentati si seguire il medesimo percorso. Dico subito, per correttezza di ragionamento, che non condivido questa soluzione.

In secondo luogo, la regola dello *stare decisis* contrasta con altri principi (anche di rango costituzionale) tipici dei nostri sistemi continentali, che riguardano l'indipendenza del giudicante, la sua sottoposizione solo alla legge, la regola del giudice naturale precostituito per legge, della garanzia del contraddittorio tra le parti, tutti largamente incisi dallo *stare decisis*. Non si tratta, in questa seconda prospettiva, del problema di legittimare il potere del giudice di fissare norme che si applichino ad una generalità di casi (e non solo di determinare la regola del caso) rispetto ai poteri istituzionalmente titolari di questa capacità, ma di fondarla rispetto ad altri giudici (sicché il contraddittorio sviluppatosi in

---

44 Quanto alla tesi del volume in questione, s'è già detto in questo senso. Sul problema, però, è certamente utile anche A. BARAK, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, 227.

un altro giudizio determinerà le sorti di svariati altri; il giudice naturale, quanto alla definizione della regola del giudizio, sarà sostituito da quello che ha dettato il precedente vincolante; la corte non sarà soggetta solo alla legge, ma anche alla regola dettata da un'altra giudice; il collegio non sarà davvero indipendente perché la sua decisione dipenderà da una gerarchia tra le corti che, nella nostra tradizione, non è tale). Rispetto all'insieme di questi problemi, la semplice legittimazione democratica, ammesso che la tesi sia convincente, non aiuta.

Conseguentemente, al netto della sua fondatezza, la tesi della legittimazione democratica del giudice non basta a superare il problema del fondamento del potere del giudice di dettare regole vincolanti per altri giudici.

Alla tesi della legittimazione democratica mi sentirei di contrapporre un'altra, non nuova per me. Infatti, se si prende sul serio il tema della sovranità popolare prevista in Costituzione (così come in quella spagnola)<sup>(45)</sup>, ne risulterà che tutti i poteri dello Stato sono funzionali al godimento dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione e permanentemente trattenuti nella sfera della sovranità; a questo schema non fa eccezione il giudice.

Tuttavia, se si guarda al diritto fondamentale di agire in giudizio innanzi ad un giudice naturale ed indipendente per conseguire pienezza della tutela giurisdizionale delle proprie pretese tutelate dall'ordinamento, la questione diviene quella di fondare il vincolo del precedente su questa pretesa fondamentale. In questa prospettiva, la pienezza della tutela e la certezza del diritto sono certamente esigenze non irrilevanti quanto al godimento del diritto fondamentale al processo.

Tuttavia, merita chiarirsi.

Anzitutto, il termine pienezza della tutela è ambiguo nei suoi usi correnti. Per un lato, infatti, v'è il significato – cui aderisco pienamente – che intende riferirsi al fatto che il giudice, nell'ambito di un processo retto da regole pienamente imparziali, disponga dei poteri di cognizione e decisione adeguati per

---

<sup>45</sup> Sia consentito per brevità il rinvio al mio, *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, cit.

fornire una soddisfazione piena ed effettiva alla posizione soggettiva sostanziale sofferente. Altri, tuttavia, alludono alla pienezza della tutela in termini di efficienza del processo come servizio pubblico <sup>(46)</sup>, che evoca con sé una selezione delle domande meritevoli di tutela e innesca il problema delle limitazioni all'abuso del processo <sup>(47)</sup>; in questa prospettiva, quindi, si pone un filtro autoritario alla protezione delle posizioni soggettive, perché sarà il giudice dello Stato a determinare la meritevolezza della tutela della pretesa in relazione anche all'efficienza del sistema – interpretazione, questa, che fortemente contrasto. Occorre, quindi, innanzitutto chiarire quale sia l'esigenza che si intende proteggere e quale interpretazione si dia di questo principio. Ma anche ad assumere l'interpretazione che io ritengo corretta, non è detto che l'affermazione della natura vincolante del precedente sia funzionale a questo obiettivo. Un processo interamente e solamente nell'interesse delle parti, che abbia la sola funzione di assicurare protezione ai diritti fatti valere in giudizio innanzi ad un giudice che disponga di tutti i poteri di cognizione e decisione di cui necessita per assicurare una simile tutela, non richiede necessariamente lo *stare decisis*. Certamente, non tollera la violazione del principio di uguaglianza; tuttavia, sono ben note a tutti le tecniche interpretative della giurisprudenza anglosassone relativamente alle possibilità di scostamento dal precedente <sup>(48)</sup>, sicché le stesse tecniche ermeneutiche che si applicano alla legge nel diritto continentale trovano spazio, rispetto allo *stare decisis* <sup>(49)</sup>. Sulla questione della certezza del diritto – che sicuramente non può essere trascurata dal punto di vista del diritto fondamentale al processo – si tornerà tra un momento.

---

46 R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 106.

47 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, ESI, 2015, ma anche ID., *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo Stato costituzionale, Torino, 2015)*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 1063

48 Tra gli altri, D.N. MACCORMICK, SUMMERS R.S. (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997.

49 Per maggiori considerazioni, sia consentito di nuovo rinviare al mio *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, cit.

Se si esamina la questione dello *stare decisis* dal punto di vista della sovranità popolare e, quindi, della protezione del diritto fondamentale al processo (in Italia, quindi, nella prospettiva dell'art. 24 Cost) <sup>(50)</sup>, è difficile sottrarsi all'idea che un simile diritto non abbia tra le sue componenti essenziali quelle del poter disporre di una corte imparziale, giudice naturale, soggetta solo alla legge, senza vincoli gerarchici – elementi tutti che entrano in contrasto con la regola del precedente vincolante.

**3.3.** *Una trappola neoliberista non sempre avvertita; certezza e stabilità. La questione della retroattività.*

In realtà, le esigenze di certezza del diritto ed eguaglianza di fronte alla legge che certamente sono costitutive della regola dello *stare decisis* trovano protezione all'interno di una disciplina ed organizzazione adeguate del processo in quanto tale, sicché si tratta di esigenze che debbono trovare protezione e che, tuttavia, non necessariamente sono curate solo dallo *stare decisis*.

Tuttavia, non possiamo non cogliere la tendenza degli ordinamenti – compreso il nostro – a circondare il processo (e quello amministrativo, che si occupa del rapporto con l'autorità, specialmente) con una serie di presidi tipicamente neoliberisti. Il giudizio è il luogo nel quale si confrontano diritti e pretese che possono influire su interessi rilevanti dal punto di vista neoliberista, come la celerità ed effettività del giudizio (rilevante per gli interessi delle imprese) ma, soprattutto, la stabilità delle decisioni. La protezione della stabilità delle decisioni amministrative e della ripetitività delle stesse, più che funzionalmente all'uguaglianza (che certamente è rilevante e non può essere trascurata) si vanno affermando in conseguenza della pretesa neoliberale alla indiscutibilità della decisione relativa ad operazioni imprenditoriali che si accompagnano ad investimenti.

---

50 Per una discussione dei temi rilevanti e l'opinione di chi scrive, sia consentito rinviare a *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2004 – e, più recentemente, anche per gli aggiornamenti circa la dottrina, B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2020.

Si tratta di temi che ho recentemente discusso più approfonditamente in questa rivista <sup>(51)</sup>, sicché non è questa la sede per una ripresa che affatichi questo breve discorso.

Tuttavia, è difficile sottrarsi alla sensazione che l'insieme di queste misure limitative del contraddittorio, della libera azione delle parti, del margine di azione del giudice rispetto alla fattispecie in considerazione delle pronunzie a sua disposizione (tipicamente il divieto di annullare, affidando solo al risarcimento monetario la protezione dei diritti), dell'abuso del processo, siano – come lo *stare decisis* – limitative del diritto fondamentale di agire in giudizio a protezione delle proprie pretese ed a vantaggio delle esigenze neoliberiste (sicché il non infrequente eco di queste nella disciplina dell'Unione).

**3.4.** *Stare decisis e ordinamenti continentali. Non solo una questione di tecniche di formazione del precedente (nella stagione del tramonto del legislatore).*

Tuttavia, proprio perché il volume in rassegna pone con serietà questioni che per certo sono molto serie e considerando che si tratta di profili che fanno ormai parte del nostro diritto processuale positivo, non sembra possibile trascurare ulteriori problemi di fondo dei nostri ordinamenti continentali.

S'è detto di come sia frequente da noi la polemica in ordine ai margini eccessivi di libertà creativa del giudice. Allo stesso modo, ponendo problemi che non mi sembrano eludibili nella relazione tra libertà e potere <sup>(52)</sup>, ho spesso registrato repliche intrise di nostalgia del passato, dell'esigenzialismo di chi intende reagire alla crisi del presente con l'esigenza di un corretto funzionamento di presidi rispetto ai quali, tuttavia, appare chiaro il venire del tutto meno delle condizioni istituzionali e sociali per il loro corretto funzionamento. Così come la risposta al problema della capacità normogenetica del giudice non può essere la critica al presente cui sottostà l'idea delle corti come *bouche de la loi* – metodologicamente insostenibile – allo stesso modo la replica al pericolo insito nelle

---

51 Sia consentito il rinvio a *Diafora della buona fede: Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit.

52 Intendo riferirmi alle riflessioni che ho consegnato, tra l'altro, al mio volume *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

trasformazioni strutturali dell'ordinamento ed al suo rimedio funzionalizzando i poteri ai diritti non può risiedere nell'evocazione di una *Rule-of-Law* cui i Parlamenti per primi sono del tutto insensibili ed inadeguati.

L'inadeguatezza dei Parlamenti, la cattiva qualità della produzione normativa, la sua natura frequentemente derogatoria o emergenziale, sono problemi che non possono che influenzare il processo ed il ruolo del giudice – che a quelle stesse norme è chiamato a dare applicazione.

In altri termini, pur a fronte dello scetticismo di chi scrive rispetto all'espansione dello *stare decisis* (e, per vero, anche alla sua limitata previsione) nella prospettiva del diritto fondamentale della persona al processo ed alla pienezza della tutela giurisdizionale, le questioni che il volume pone non possono essere trascurate soprattutto nella prospettiva – non tanto della legittimazione democratica del giudice, quanto, piuttosto – della crisi della democrazia, del ruolo della legge, dei Parlamenti (cui trova razionale porre rimedio con la centralità dei diritti fondamentali).

### **3.5. *Il ruolo della dottrina.***

Infine, uno dei motivi per i quali occorre ringraziare l'Autrice per il suo lavoro risiede nel rammentare il ruolo della dottrina nel flusso della produzione giuridica. Per certo, si deve trattare di uno sforzo dottrinale che non rinuncia alla sua funzione di controllo critico del potere – incluso quello giurisdizionale, inclusa la critica aperta alle decisioni giurisdizionali quando sia ritenuto opportuno – ed all'elaborazione, che non può trattenersi nell'esegesi o nella ricapitolazione dei dati, confine in cui troppa letteratura nazionale, invece, negli ultimi decenni, si rinchiusa.