

La decisione della Adunanza plenaria che si limita a stabilire un principio di diritto è priva di carattere decisorio e dunque non è immediatamente ricorribile per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in particolare sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale

Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 30 ottobre 2019, n. 27842 – Pres. Petitti, Est. Lamorgese

Giurisdizione e competenza – Consiglio di Stato – Adunanza plenaria – Sentenza che enuncia principio di diritto – Ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione – Inammissibilità

È inammissibile il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione proposto avverso la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., si sia limitata a enunciare uno o più principi di diritto (1).

(1) I. – Secondo la Corte di cassazione, allorquando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non opta per la risoluzione della controversia ma si limita – come nella specie – alla sola enunciazione di un principio di diritto (*ex art. 99, comma 4, c.p.a.*), la relativa statuizione è priva dei caratteri della decisorietà e definitività e, inidonea a divenire giudicato, non è suscettiva di immediata ricorribilità per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in particolare sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Mezzo questo con il quale si contestano le violazioni dei limiti della *potestas iudicandi* dell'organo decidente, ossia il modo di esercizio della giurisdizione (nel caso di specie, quella amministrativa) e dunque l'eventuale indebita invasione di attribuzioni di altri organi dell'ordinamento riconducibili al potere giudiziario nonché a quello legislativo ed esecutivo.

II. – Per una migliore comprensione della questione in esame, qui di seguito sono sintetizzati i principali passaggi della vicenda:

- a) oggetto dell'originario contenzioso erano due proposte di apposizione del vincolo paesaggistico ed il regime normativo correttamente applicabile alle connesse misure di salvaguardia (le quali hanno lo scopo di evitare che, nel periodo intercorrente tra la proposta di vincolo e la sua approvazione, siano consentite attività edificatorie in contrasto con la proposta stessa). Proposte a suo tempo formulate, nel 2001, in merito ad un'area che l'impresa ricorrente intendeva destinare alla realizzazione di un impianto eolico. Il codice dei beni culturali (decreto legislativo n. 42 del 2004) ha in proposito stabilito all'art. 143, comma 5, che, decorsi 180 giorni dalla proposta, quest'ultima conserva la propria efficacia ma le connesse misure di salvaguardia perdono comunque effetto. La

questione di fondo si esauriva nello stabilire se tale decadenza si applicasse alle sole proposte intervenute dopo l'entrata in vigore del codice (tesi della "continuità") oppure anche a quelle adottate – come nella specie – prima della suddetta entrata in vigore (tesi della "discontinuità");

- b) il T.a.r. per il Molise - sezione I, 26 febbraio 2016, n. 92, est. Monteferrante - aveva abbracciato la prima tesi, per la verità sino ad allora maggioritaria. L'impianto eolico non avrebbe dunque potuto essere realizzato per la persistente validità di siffatte misure di salvaguardia;
- c) l'Adunanza plenaria, appositamente investita dalla sezione IV del Consiglio di Stato – ordinanza 12 giugno 2017, n. 2838 (oggetto della News US in data 13 giugno 2017, cui si rinvia per ogni approfondimento) – aveva invece optato per la tesi minoritaria, quella ossia della "discontinuità". Ciò in base ad una piana lettura della disposizione transitoria di cui all'art. 157, comma 2, del richiamato codice dei beni culturali, il quale prevede che *"Le disposizioni della presente Parte"* (dunque anche quelle relative alla decadenza delle misure di salvaguardia di cui al citato art. 143, comma 5) si applicano altresì alle proposte di vincolo formulate *"alla data di entrata in vigore del presente codice"*: in questa direzione, la decadenza delle misure di salvaguardia si applica anche alle proposte di vincolo formalizzate prima della entrata in vigore del codice dei beni culturali, con decorrenza del termine di 180 giorni a partire dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 157 del 2006 (c.d. "correttivo" del predetto codice, che aveva introdotto l'istituto della decadenza delle misure di salvaguardia). L'Adunanza plenaria aggiungeva altresì che, data la rilevanza degli interessi in gioco (tutela del paesaggio) la regola della "discontinuità" acquistasse comunque efficacia una volta decorsi 180 giorni dalla pubblicazione della decisione stessa (applicazione della regola del *prospective overruling*): all'indomani della sentenza della Plenaria l'impresa non avrebbe dunque potuto immediatamente giovare di tale inversione di tendenza;
- d) la stessa impresa (la quale aveva perso in primo grado e che, in secondo grado, aveva sì visto accogliere la propria tesi sulla discontinuità da parte della Plenaria ma con la ragionevole certezza di non ottenere, in concreto, l'anelato bene della vita) proponeva dunque ricorso davanti alla Corte di cassazione sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale lamentando, in particolare:
 - d1) invasione del potere legislativo nella parte in cui il Consiglio di Stato avrebbe surrettiziamente introdotto una nuova disposizione transitoria, ulteriore rispetto a quella già prevista dal citato art. 157, comma 2, del codice dei beni culturali (il quale, come detto, prevede l'applicazione di talune disposizioni – e tra queste quella relativa alla decadenza delle misure di

- salvaguardia – anche agli immobili per cui era pendente una proposta di vincolo alla data di entrata in vigore del codice stesso);
- d2) violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale dal momento che la Adunanza plenaria, pur accogliendo la tesi della stessa ricorrente, aveva espresso un principio dei cui vantaggi la ricorrente stessa non avrebbe potuto beneficiare, con inevitabile vanificazione dell'accesso alla tutela;
 - d3) la regola del *prospective overruling* troverebbe applicazione per le sole norme processuali e non anche per quelle sostanziali (come nel caso di specie);
 - d4) la medesima regola del *prospective overruling* troverebbe unicamente applicazione per l'ordinamento comunitario, per espressa previsione di cui all'art. 264 TFUE, non anche per quello italiano all'interno del quale analoga disposizione non sarebbe in ogni caso rinvenibile.

III. – Con la sentenza in rassegna la Corte di cassazione:

- e) ha rammentato che, attraverso il ricorso per eccesso di potere giurisdizionale, non si contesta una violazione delle regole sul riparto di giurisdizione ma, piuttosto, *“il modo di esercizio della giurisdizione amministrativa, sotto il profilo dell'indebita invasione delle attribuzioni altrui, mediante esercizio di una potestas decidendi riservata ad altri giudici, alla pubblica amministrazione e, come nella specie, al legislatore”*;
- f) ha poi affermato che il ricorso è inammissibile sulla base delle ragioni di seguito sintetizzate:
 - f1) *“sono ricorribili per cassazione soltanto i provvedimenti aventi contenuto sostanziale di sentenza”*;
 - f2) l'art. 99, comma 4, c.p.a., riserva alla Adunanza plenaria la scelta tra definizione della controversia (dunque con esiti decisorii) e sola enunciazione di un principio di diritto con successiva rimessione alla sezione che dovrà applicare, in concreto, il principio stesso al caso di specie. In questa seconda ipotesi, nel cui novero è ascrivibile la decisione in questione, la sentenza della Adunanza plenaria è priva di carattere decisorio e non potrebbe essere suscettiva di ricorso per cassazione sotto i profili evidenziati (eccesso di potere giurisdizionale);
 - f3) non a caso il ricorso che ora pende dinanzi alla sez. IV del Consiglio di Stato, una volta subita la lamentata *“sterilizzazione”* del principio fatto proprio dalla Plenaria (quello ossia di *“discontinuità”* delle misure di salvaguardia), potrebbe comunque trovare accoglimento sotto ulteriori profili (in

particolare, il terzo ed il quarto motivo): di qui la persistenza di un astratto e potenziale esito favorevole alla società ricorrente;

- f4) resta fermo che le medesime censure presentate in sede di ricorso *ex art. 111*, ult. co., Cost. - che qui la Corte nella sostanza reputa non manifestamente infondate - potranno essere validamente riproposte, sempre davanti alla medesima Corte, una volta che la sez. IV del Consiglio di Stato avrà se del caso accolto l'appello dell'Amministrazione sulla base del solo motivo riguardante la "discontinuità" delle misure di salvaguardia (e con i limiti temporali a tal fine stabiliti dalla Adunanza plenaria) ritenendo di non sottoporre nuovamente la questione a quest'ultima.

IV. – Per completezza si segnala che:

- g) la decisione oggetto del ricorso per cassazione e dunque della sentenza in rassegna è Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13 (in *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di CONDORELLI; *Foro amm.*, 2017, 2377; *Urbanistica e appalti*, 2018, 373, con nota di FOLLIERI; *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 123, con nota di ROSSA; *Rass. avv. Stato*, 2018, fasc. 1, 134, con nota di VITULLO e MUCCIO; *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 130; *Dir. proc. amm.*, 2018, 1133, con nota di CASSATELLA; *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 1022, con nota di APERIO BELLA e PAGLIAROLI; *Riv. amm.*, 2018, 94; la stessa decisione è stata inoltre oggetto della News US in data 8 gennaio 2018, alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina ed in giurisprudenza). Secondo la suddetta decisione, *"Il combinato disposto – nell'ordine logico – dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo – come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni"*. L'Adunanza plenaria ha dunque affermato, in tale occasione, che è possibile modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni:

- g1) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare;
- g2) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata;
- g3) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Conclude la stessa Adunanza plenaria affermando che *“Il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 decorre dalla pubblicazione della presente sentenza”*;

- h) sulla natura delle sentenze (e del vincolo) rese dalla Plenaria ex art. 99, comma 4, c.p.a., quando non definiscono in tutto o in parte la lite, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2 (in *Giur. it.*, 2018, 1687, con nota di DE SIANO; *Giornale dir. amm.*, 2018, 629, con nota di CAPOREALE; *Guida al dir.*, 2018, fasc. 14, 56, con nota di PONTE, nonché oggetto della News US del 5 marzo 2018 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui è stato affermato che: *“L’articolo 99, comma 4 cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all’Adunanza plenaria la sola opzione fra l’integrale definizione della controversia e l’enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l’ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto. Ai principi di diritto enunciati dall’Adunanza plenaria ai sensi dell’articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l’autorità della cosa giudicata. L’attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria ai sensi dell’articolo 99, comma 4, cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto, spetta alla sezione cui è rimessa la decisione del ricorso”*. La richiamata dottrina evidenzia quanto segue:

- h1) DE SIANO mette in rilievo che, *“anche stando alla recente giurisprudenza del G.A., e in particolare agli arresti dell’Adunanza plenaria riguardanti la natura delle pronunce assunte in forza del potere conferitole dall’art. 99, c.p.a., non sembra peregrino sostenere che il principio di diritto dalla stessa espresso, e quindi il precedente che da quest’ultimo viene costituito, abbiano la natura di norma giuridica. L’inserimento nel novero delle norme del precedente giudiziario rappresentato dal principio di diritto proveniente dagli organi dotati di nomofilachia sembra generare determinate conseguenze sotto il profilo del suo trattamento giuridico, riguardanti in particolare, da un lato, la sua forza (intesa come idoneità a influire effettivamente sulle decisioni successive), e, dall’altro, l’ampliamento della categoria dei suoi destinatari”*;
- h2) CAPOREALE evidenzia che *“il precedente giudiziario del Consiglio di Stato, che già da tempo era dotato di una notevole efficacia, in ragione dell’autorevolezza dell’istituzione e della capacità persuasiva delle sue decisioni (dovute anche all’originale processo evolutivo vissuto dal sistema di giustizia amministrativa) acquisterebbe oggi uno specifico riconoscimento normativo, almeno con riferimento all’Adunanza Plenaria. Si tratterebbe di una novità importante, nell’ottica di*

valorizzare il principio di uguaglianza tra i cittadini che accedono alla tutela giurisdizionale e venire incontro alle esigenze degli operatori economici, garantendo la prevedibilità dell'esito dei processi";

- h3) PONTE mette ancora in evidenza che: *"La norma del codice del processo amministrativo dedicata alla plenaria ... era stata salutata come la nuova base della nomofilachia della g.a.; ciò in specie a fronte del comma 3, a mente del quale (in simmetria evidente con il terzo comma dell'art. 374 c.p.c.) «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». Peraltro, in sede applicativa la norma di cui all'art. 99, oltre ad essere stata indebolita in sede sovranazionale (Corte giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica ...), ha dato vita ad un paradosso. Il fine di rafforzare la capacità e la forza nomofilattica della plenaria è stato solo parzialmente raggiunto: da un canto per l'eccesso di rimessioni e quindi di pronunce, a fronte delle quali ne è giocoforza derivato un indebolimento delle decisioni, sulla scorta di un effetto che emerge spesso anche nella giurisprudenza della stessa Cge (dove peraltro la pluralità di sezioni nonché di lingue e di ordinamenti coinvolti costituiscono ostacoli difficilmente superabili nel perseguimento di una vera certezza del diritto); da un altro canto la stessa norma prevede un vincolo blando per le singole sezioni, con ciò minando in radice l'obiettivo";*
- i) nel senso della non impugnabilità ex art. 111, u.c., Cost., delle pronunce del Consiglio di Stato prive del carattere della definitività e decisorietà, si veda Corte cass., sez. un. civ., 4 ottobre 2019, n. 24856, secondo cui *"Anche al di là della sua denominazione, l'ordinanza impugnata deve ritenersi, in base alla sua chiara motivazione e al dispositivo che ne consegue, un provvedimento meramente interlocutorio e ordinatorio che ha come solo contenuto cogente l'ordine al Commissario ad acta di proseguire nel procedimento di ottemperanza della sentenza n. 9/2012 dello stesso C.G.A.R.S. allo scopo di adiuvare le Amministrazioni intimate nell'instaurazione della procedura prevista dall'art. 42 bis del T.U.E. e con la finalità di porre fine alla occupazione illegittima dell'area su cui insiste il Tribunale di Gela. Deriva da questo indiscusso contenuto della ordinanza che il provvedimento impugnato non ha né il carattere della decisorietà e della definitività né l'attitudine a passare in cosa giudicata. Come si è detto è la stessa motivazione a chiarire che è solo nel potere delle amministrazioni che utilizzano l'area occupata di promuovere o meno la procedura espropriativa ex art. 42 bis del T.U.E. Ne deriva l'assoluta non ingerenza del provvedimento nella sfera della discrezionalità amministrativa come pure per conseguenza va esclusa ogni incidenza della ordinanza nella determinazione di indennità e risarcimenti spettanti ai proprietari dell'area occupata*

perché nel caso in cui le amministrazioni attivassero la predetta procedura espropriativa le stesse”;

j) nel senso della non impugnabilità *ex art. 111, ult. .co., Cost.*, delle pronunce del giudice ordinario prive del carattere della definitività e decisorietà, si veda:

j1) Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2017, n. 11916 (in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Cassazione civile*, n. 59), secondo cui: *“È inammissibile, ai sensi dell’art. 360, 3° comma, c.p.c., nel testo sostituito dall’art. 2 d.leg. n. 40 del 2006, il ricorso per cassazione immediato avverso la sentenza non definitiva che, decidendo questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, non definisca, neppure in parte, il processo dinanzi al giudice che l’ha pronunciata, potendo l’impugnazione essere proposta, senza necessità di riserva, allorché sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio (nella specie, la suprema corte ha dichiarato inammissibile il ricorso contro una sentenza con cui, in un procedimento per la determinazione dell’indennità di espropriazione, la corte di appello aveva risolto esclusivamente la questione relativa alla ricognizione giuridica dell’area ablata, disponendo, con separata ordinanza, per la prosecuzione del giudizio)”;*

j2) Cass. civ., sez. VI, 4 febbraio 2016, n. 2263 (in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Cassazione civile*, n. 54), secondo cui: *“Non è ricorribile per cassazione la sentenza d’appello non definitiva la quale, respingendo l’eccezione di prescrizione del diritto azionato, non definisca, neppure parzialmente, il giudizio e ne disponga, ai sensi dell’art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c., la prosecuzione nel merito, in virtù di quanto stabilito nell’art. 360, 3° comma, c.p.c. norma che, nel testo sostituito dall’art. 2, 1° comma, d.leg. n. 40 del 2006 (ratione temporis applicabile), distingue tra le «sentenze che decidono di questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio», assoggettandole all’impugnazione per cassazione necessariamente differita, e le sentenze non definitive su domanda o parziali, assoggettandole invece all’impugnazione per cassazione immediata ovvero, in alternativa, all’impugnazione differita con onere di formulazione della riserva di ricorso”;*

j3) Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774. (in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2016; *Riv. neldiritto*, 2016, 194; *Riv. dir. proc.*, 2016, 202, con nota di MARINUCCI; *Giur. it.*, 2016, 1902, con nota di RONCO; *Riv. dir. proc.*, 2016, 1330, con nota di BUONAFEDE; *Giusto processo civ.*, 2016, 1095, con nota di UNGARETTI DELL'IMMAGINE), secondo cui: *“È immediatamente impugnabile con ricorso per cassazione la sentenza con cui il giudice d’appello, nei casi previsti dagli art. 353 e 354 c.p.c., riforma o annulla la sentenza di primo grado, rimettendo la causa al giudice a quo; trattandosi di sentenza definitiva, essa non ricade nel campo di applicazione del divieto, dettato dal novellato art. 360, 3° comma, c.p.c., di separata impugnazione in cassazione delle*

sentenze non definitive su mere questioni, per tali intendendosi le sentenze su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito che non chiudono il processo davanti al giudice che le ha pronunciate, essendo la trattazione della causa destinata a proseguire dinanzi allo stesso giudice in vista della decisione definitiva”;

- k) nel senso che la violazione dell’art. 99, comma 3, c.p.a. – il quale impone ad una sezione del Consiglio di Stato di rimettere la questione alla Plenaria se non ritenga di condividere il principio da essa fissato – non costituisce un motivo attinente alla giurisdizione ex art. 111, u.c., Cost., si veda Cass. civ., 29 novembre 2018, n. 30869, secondo cui *“è evidente che l’eventuale violazione delle norme del codice di rito amministrativo sul vincolo alle sezioni semplici del principio di diritto pronunciato dall’adunanza plenaria si risolverebbe in un ipotetico error in iudicando, tutto interno alla giurisdizione speciale e così insuscettibile di assurgere a presupposto del peculiare - ed ormai, dopo la citata Corte cost. n. 6/2018, assolutamente residuale - ricorso ai sensi dell’articolo 111 Cost., comma 8”;*
- l) sulla possibilità di modulare gli effetti delle sentenze dell’Adunanza plenaria si segnala, quale *leading case*: Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 (in *Urbanistica e appalti*, 2011, 927, con nota di TRAVI; *Riv. neldiritto*, 2011, 1228, con nota di RONCA; *Guida al dir.*, 2011, fasc. 26, 103 (m), con nota di LORIA; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310 (m), con nota di MACCHIA; *Giur. it.*, 2012, 438, con nota di FOLLIERI; *Riv. giur. ambiente*, 2011, 818, con nota di DE FEO, TANGARI; *Dir. proc. amm.*, 2012, 260, con nota di GALLO, GIUSTI; *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2012, 566, con nota di AMOROSO, ANNUNZIATA), in cui, rilevata l’illegittimità del piano faunistico venatorio regionale, piuttosto che annullarlo (così eliminando le – pur insufficienti – misure protettive per la fauna), il giudice amministrativo ne ha accertato la illegittimità statuendo al contempo l’obbligo di procedere entro dieci mesi all’approvazione di un nuovo piano faunistico, in conformità alla motivazione di accoglimento del ricorso. In questo caso la pronuncia si è dichiaratamente ispirata al principio di effettività della tutela onde evitare che l’annullamento potesse paradossalmente pregiudicare la posizione della associazione ambientalista ricorrente, anche se vittoriosa, rammentando che *«la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l’utilità che le compete in base all’ordinamento sostanziale»*; la sentenza della sesta sezione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, nel quale sono emerse in genere posizioni critiche (cfr. MACCHIA, *L’efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310; FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438; GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, e GIUSTI, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente*

giurisprudenza del Consiglio di Stato, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260; TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927; BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128; CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428; DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273);

- m) in tema di *overruling* – e cioè di mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte dell'organo nomofilattico che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, di modo che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da questa tenuto secondo l'orientamento precedente, risultino irrituali per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi – si segnala invece Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 (in *Foro it.*, 2011, I, 3343, con nota di CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti, nonché in Corr. giur.* 2011, 1392, con commenti di CONSOLO, CAVALLA e DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*) e numerose altre successive (tra cui Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2018, n. 28575, in *Foro it.*, 2019, I, 2423), 13 settembre 2017, n. 21194; 21 maggio 2015, n. 10453; 17 dicembre 2014, n. 26541; 4 giugno 2014, n. 12521; 13 febbraio 2014, n. 3308) in cui si è costantemente affermato – contrariamente alla tesi propugnata dalla Plenaria – che, per configurare il c.d. *prospective overruling* (istituto creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei *revirement* delle corti supreme), e quindi per attribuire carattere innovativo, con decorrenza *ex nunc*, all'intervento nomofilattico, occorra la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti:
- l'esegesi deve incidere su una regola del processo;
 - l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento;
 - l'innovazione comporterebbe, se del caso, un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa;
- n) sulla valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale anche in presenza di un *overruling*, si veda inoltre Cass. civ., sez. un., n. 28575 del 2018 cit.; sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585, secondo cui *“La regola secondo cui, alla luce del principio costituzionale del giusto processo, le preclusioni e le*

decadenze derivanti da un imprevedibile revirement giurisprudenziale non operano nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente sul precedente consolidato orientamento attiene unicamente al profilo degli effetti del mutamento di una consolidata interpretazione del giudice della nomofilachia in ordine a norme processuali. Il sopravvenuto consolidamento di un nuovo indirizzo giurisprudenziale su norme di carattere sostanziale che in astratto consentirebbero la riforma di una precedente decisione non può quindi giustificare la rimessione in termini invocata dalla parte onde superare il giudicato formale formatosi per la mancata tempestiva impugnazione di una sentenza”;

- o) nel senso che deve escludersi che il principio di diritto affermato dalla Plenaria possa ritenersi applicabile soltanto a rapporti futuri e non anche a quelli in corso, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1 (in *Foro it.*, 2018, I, 1900, nonché oggetto della News US del 27 febbraio 2018 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza). L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato affronta nella specie la problematica del cumulo tra risarcimento del danno ed equo indennizzo nella liquidazione del danno complessivamente patito dal dipendente pubblico per causa di servizio, giungendo alla conclusione di escludere tale possibilità con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario. Ai fini che qui interessano la Plenaria, disattendendo una espressa richiesta della parte appellata, esclude che il principio di diritto affermato possa ritenersi applicabile soltanto a rapporti futuri e non anche a quelli in corso, avendo gli enunciati giurisprudenziali natura formalmente dichiarativa. Rammenta altresì, al riguardo, che la diversa opinione «*finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione*». La sentenza della Plenaria richiama espressamente, sul punto: Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI; *Riv. neldiritto*, 2016, 93; *Riv. neldiritto*, 2016, 285, con nota di BRICI; *Foro amm.*, 2015, 2747; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, fasc. 4, 87, con nota di VESPIGNANI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con nota di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI; *Giornale dir. amm.*, 2016, 365, con nota di GALLI, CAVINA; *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 1138; *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 3, 53, con nota di NARDOCCI), secondo cui: “Non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell’adunanza plenaria n. 3 del 2015”. In questa direzione, “non può accedersi alla tesi propugnata dalla difesa delle appellanti secondo cui, in applicazione del principio di cui

all'Ad. plen. n. 21 del 2012, dovrebbe affermarsi che l'esclusione dalla gara per non avere indicato gli oneri di sicurezza aziendale potrebbe essere comminata solo per le procedure bandite successivamente alla pubblicazione della decisione dell'ad. plen. n. 3 del 2015, cit.". L'adunanza ha inoltre evidenziato che "A far tempo dalla già citata pronuncia delle sez. un. n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo, che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine — presupposto decisivo — comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa. Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente, non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa". La richiamata dottrina evidenzia quanto segue:

- o1) CONDORELLI rileva che: "Posto a tutela dell'«affidamento incolpevole nella giurisprudenza», il meccanismo del prospective overruling opera in presenza di tre condizioni: 1) sussistenza di un precedente e diverso orientamento giurisprudenziale consolidato; 2) imprevedibilità della sua modifica; 3) compressione del diritto di difesa o di azione del cittadino. Il potere di modulare gli effetti della sentenza nel senso di applicare il principio interpretativo solo pro futuro è stato dichiaratamente mutuato dalla giurisprudenza delle corti europee, dove viene impiegato per evitare che la sentenza abbia effetti lesivi dell'affidamento";*
- o2) GALLI e CAVINA evidenziano a loro volta che:*
 - "Il realismo giuridico della prima metà del novecento - che riconosceva come il diritto si manifestasse anche per mezzo dell'attività giudiziale, mettendo in tal modo in discussione il monopolio della legge - ha influenzato anche il giudice amministrativo, le cui pronunce hanno spesso assolto una funzione anticipatoria del contesto normativo, trovando solo successivamente copertura legislativa". Ed ancora che "il principio di diritto affermato dal giudice della nomofilachia ha assunto, nella sostanza, una portata normativa, nella parte in cui lo stesso è destinato a produrre effetti solo per le fattispecie configuratesi successivamente alla pubblicazione della decisione della Plenaria";*
 - "Un approccio di questo tipo rischia però di non essere coerente con la portata, tendenzialmente, dichiarativa della funzione nomofilattica. La giurisprudenza consolidata ha infatti ammesso la c.d. prospective overruling (escludendo l'applicazione alle situazioni già sorte di un orientamento giurisprudenziale innovativo operato dal giudice della nomofilachia), solo alla contestuale presenza di più presupposti: (a) che oggetto della decisione sia una norma di natura*

processuale; (b) che la nuova posizione della giurisprudenza sia imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento; (c) che l'applicazione del principio comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa della parte. In sostanza, l'applicazione del nuovo principio di diritto solo a partire da un dato momento, da un lato, deve essere collegata ad una regola processuale ... Essa si giustifica, dunque, solo in funzione dell'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. La deroga al principio generale viene, cioè, ammessa solo in virtù del superiore valore del giusto processo”;

- “il *decisum* della Plenaria aveva per oggetto norme di natura pur sempre sostanziale attinenti alle regole di svolgimento delle gare ad evidenza pubblica ... Pertanto, la decisione espressa ... in tema di costi della sicurezza aziendale ... applicabile anche alle fattispecie antecedenti alla data di pubblicazione della pronuncia, appare in linea con i principi generali, escludendo che la funzione nomofilattica assuma valenza di fonte normativa”;

o3) CANZONIERI e LONGO evidenziano a loro volta che “Risulta evidente, a questo punto, come la superiore opinione dei giudici di Palazzo Spada, per quanto fondata su basi giurisprudenziali solide e rispondente alla necessità di evitare “sconfinamenti” di poteri, sia destinata a determinare conseguenze particolarmente severe nei confronti di tutti quegli operatori che, dopo aver confidato su un costante indirizzo interpretativo, si trovino irrimediabilmente esclusi da una procedura di gara”;

p) ancora sul tema del *prospective overruling* si veda Cons. Stato, Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 5 (in *Foro it.*, 2019, III, 181, nonché oggetto della News US n. 27 del 4 marzo 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), secondo cui “L’istituto del c.d. *prospective overruling* (che limita la retroattività dell’interpretazione giurisprudenziale) non può invocarsi per giustificare la perdurante applicazione di un orientamento interpretativo non espressione di un diritto vivente, perché sviluppatosi in un arco temporale di pochi mesi e perché fondato su premesse processuali e conclusioni sostanziali che presentano profili di contrarietà a consolidati indirizzi giurisprudenziali di segno opposto, specie quando l’irretroattività della nuova esegesi avrebbe l’effetto di sacrificare la legittima aspettativa di un’amplia platea di soggetti controinteressati, producendo così effetti in danno degli stessi. Non ricorrono, pertanto, i presupposti per modulare in maniera non retroattiva l’efficacia temporale dei principi di diritto enunciati dalla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 11 del 2017”.