

L'Adunanza plenaria fa propria la tesi della cessazione degli effetti del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore della novella del 2006 al decreto legislativo n. 42/2004 e modula la portata temporale della propria pronuncia, limitandone gli effetti al futuro.

[Cons. St., A.P., sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 – Pres. Pajno, Est. Bellomo](#)

Beni culturali, paesaggistici e ambientali – Proposte di dichiarazione di notevole interesse – Sopravvenienza della norma che introduce un termine di 180 giorni per la approvazione – Mancata conclusione del procedimento – Decadenza delle misure di salvaguardia

Giustizia amministrativa – Principio di diritto formulato dall'Adunanza plenaria – Irretroattività – Condizioni

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». (1)

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni:

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

«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». (2)

(1) I. – Il caso.

La questione oggetto della pronuncia in rassegna concerne la tematica della perdurante efficacia delle proposte di vincolo paesaggistico formulate prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate nel 2006 - 2008 al Codice dei beni culturali (d.lgs. n. 42 del

2004), non seguite dal decreto ministeriale di conclusione del procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico.

La rimessione è stata disposta nell'ambito di un giudizio di appello proposto da una società – interessata al rilascio di un'autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003 – la cui domanda di annullamento di un diniego di autorizzazione paesaggistica era stata respinta dal TAR sul presupposto (tra gli altri motivi di rigetto) della perdurante efficacia di due proposte di vincolo dell'area di localizzazione del parco eolico, non seguite dal decreto ministeriale di dichiarazione di notevole interesse pubblico che, invece, la ricorrente assumeva prive di effetti ai sensi dell'art. 141 d. lgs. n. 42 del 2004.

La questione giuridica controversa può essere sintetizzata nei seguenti termini.

L'art. 157, co. 2 d. lgs. n. 42/2004 prevede che *“le disposizioni della presente Parte si applicano anche agli immobili ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del presente Codice, sia stata formulata la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico”*.

Nel contesto antecedente al Codice dei beni culturali, la tutela dei valori paesaggistici si esplicava fin dal momento in cui la proposta è pubblicata nell'albo dei Comuni interessati e la durata della misura cautelativa o anticipatoria di tutela si protraeva fino alla approvazione del vincolo, senza indicazione di termini di efficacia della misura ovvero di decadenza dal potere di emanazione del provvedimento finale.

Per effetto delle modifiche introdotte all'art. 141 d. lgs. n. 42/2004 - dapprima con il d. lgs. 24 marzo 2006 n. 157, e poi, segnatamente, con il d. lgs. 26 marzo 2008 n. 63 - il comma 5 del suddetto articolo prevede ora che *“se il provvedimento ministeriale di dichiarazione non è adottato nei termini di cui all'art. 140, co. 1, allo scadere di detti termini, per le aree e gli immobili oggetto della proposta di dichiarazione, cessano gli effetti di cui all'art. 146, co. 1”* (cioè i particolari limiti imposti ai proprietari, possessori o detentori dei beni che *“non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”*).

Il TAR, in particolare, ha condiviso l'interpretazione ministeriale (parere 3 novembre 2009 n. 21909 dell'Ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali), secondo cui la proposta di vincolo formulata dalla competente commissione prima della data di entrata in vigore del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, conserva efficacia anche in assenza della approvazione mediante l'adozione della dichiarazione di notevole interesse pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 157, comma 2 del d. lgs. n. 42/2004.

A tale conclusione è pervenuto sulla scorta delle seguenti considerazioni:

a) alla data di entrata in vigore del Codice ha continuato a trovare applicazione la medesima disciplina prevista dall'art. 2, ultimo comma, della legge 29 giugno 1939 n. 1497 (trasfuso nell'art. 140 del d. lgs. 29 ottobre 1999 n. 490), secondo la quale, relativamente alle cd. bellezze di insieme, la tutela dei valori paesaggistici (che si sostanzia nella necessità di ottenere l'autorizzazione paesaggistica per poter modificare i beni soggetti a tutela) si

esplica fin dal momento in cui la proposta è pubblicata nell'albo dei Comuni interessati . . . e la durata della misura cautelativa o anticipatoria si protrae fino all'approvazione del vincolo, al fine di impedire che il lasso di tempo necessario per l'approvazione definitiva degli elenchi possa rendere possibili manomissioni incontrollate dei beni immobili ricompresi nell'elenco delle bellezze di insieme e quindi compromettere il paesaggio, valore tutelato dall'art. 9 Cost.;

b) l'art. 157, co. 2 d. lgs. n. 42/2004 – il quale, nel prevedere che *“le disposizioni della presente parte si applicano anche agli immobili ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del presente Codice, sia stata formulate la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico”*, non prevede altresì *“forme di decadenza del vincolo, termini perentori per il perfezionamento della procedura o forme di silenzio”* – non ha subito alcuna modificazione ad opera del d. lgs. 24 marzo 2006 n. 157 e del d. lgs. 26 marzo 2008 n. 63; fonti queste ultime che, nel modificare gli artt. 141, co. 3 e co. 5 del Codice, hanno introdotto una espressa decadenza per le proposte non approvate dal Ministro entro il termine di cui all'art. 140, co. 1; da ciò consegue che le forme di decadenza successivamente introdotte non sono applicabili alle proposte di vincolo formulate antecedentemente alla entrata in vigore del Codice;

c) ogni diversa interpretazione *“si pone in contraddizione con l'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 157, comma 2”*, il quale, peraltro, non introduce un *“rinvio mobile, così recependo tutte le successive novelle normative”*, poiché ciò comporterebbe, oltre che un contrasto con *“l'originaria intenzione del legislatore”*, anche *“la sostanziale retroattività delle norme sopravvenute ed una violazione proprio del principio del tempus regit actum”*.

La società appellante, nel censurare la statuizione di primo grado, ha prospettato la tesi per cui il termine di decadenza, previsto nel caso di procedimenti di vincolo non conclusi entro il termine previsto dall'art. 140, co. 1, d. lgs. n. 42/2004, come introdotto in particolare dal d. lgs. n. 63/2008, si applicherebbe anche a quei procedimenti avviati prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali, a tale conclusione non ostandovi l'art. 157, co. 2, del medesimo Codice che, al contrario, la confermerebbe.

II.- La rimessione.

Con [ordinanza 12 giugno 2017, n. 2838](#) (oggetto della [News US in data 13 giugno 2017](#)) la quarta sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disatteso alcune questioni preliminari, ha deferito la questione all'Adunanza plenaria, ricostruendo i due orientamenti esegetici che si fronteggiano sul tema e richiamando al riguardo anche le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza dei TAR e della Corte di cassazione in materia di tutela penale dei beni paesaggistici (favorevole alla tesi della ultrattività dell'efficacia delle mere proposte di

vincolo). La quarta sezione ha poi provveduto a prospettare ulteriori argomenti a sostegno dell'uno come dell'altro orientamento.

Secondo l'orientamento prevalente ([Cons. Stato, VI, 27 luglio 2015 n. 3663](#) e [21 marzo 2005 n. 1121](#) che si richiamano ai principi espressi da [Corte cost., 23 luglio 1997 n. 262](#), Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012 n. 6617; *idem* 17 febbraio 2010 n. 16476; [TAR Venezia 29 aprile 2015, n. 473](#)):

d) le proposte di vincolo avanzate prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 42/2004, ancorché i relativi procedimenti non si siano conclusi (nel rispetto dei termini di cui alla Tabella A, allegata al d.m. 13 giugno 1994 n. 495), non risentono delle modifiche introdotte all'art. 141 dal d. lgs. n. 63/2008, di modo che, per un verso, vi è sempre la possibilità, per l'amministrazione, di emanare il provvedimento di dichiarazione; per altro verso, perdurano gli effetti di tutela "*anticipata*", di cui all'art. 146, co. 1 del Codice. Tale affermazione si fonda sul sistema di tutela introdotto dall'art. 2, ultimo comma, della legge n. 1497/39 e sulla affermazione della Corte costituzionale per cui la mancata adozione del provvedimento di vincolo nel termine di conclusione del procedimento a tal fine previsto non comporta nemmeno "*il venir meno dell'efficacia dell'originario vincolo*", quel vincolo cioè che, applicato in via provvisoria fin dalla pubblicazione della proposta, diviene definitivo con l'adozione della dichiarazione di interesse (Corte cost., n. 262 del 1997 cit.);

e) il legislatore del 2006 - 2008, a fronte dell'introduzione della perdita di efficacia delle misure di tutela per il mancato rispetto del termine di adozione del decreto ministeriale, non ha invece modificato l'art. 157, co. 2, del Codice, né questo contiene un "*rinvio mobile*", di modo che le forme di decadenza successivamente introdotte (dd. lgs. nn. 157/2006 e 63/2008), non sono applicabili alle proposte formulate antecedentemente alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 42/2004;

f) il ritenere applicabile anche alle antecedenti proposte il sopravvenuto regime decadenziale (*recte*, di perdita di efficacia delle misure di tutela) costituirebbe una applicazione retroattiva delle norme, contrastante anche con il principio del "*tempus regit actum*";

g) la "*insensibilità*" delle antecedenti proposte al nuovo regime si giustifica, sul piano logico - sistematico e secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, con finalità di tutela del paesaggio, in attuazione concreta dell'art. 9 Cost., posto che, diversamente opinando, si avrebbe una indiscriminata e generalizzata decadenza di tutte le proposte di vincolo non ancora approvate presenti sull'intero territorio nazionale indipendentemente dalla data della loro formulazione, entro i brevissimi tempi di decadenza previsti dall'art. 141" del d. lgs. n. 42/2004;

h) la logica sottesa alla scelta di non considerare prive di effetti le proposte di vincolo a seguito di norme sostanziali e procedurali (sopravvenute alla loro emanazione), che tale decadenza sanciscono, è la stessa che ha condotto la Corte

costituzionale (cfr. [sentenza n. 57 del 2015](#), in *Foro it.*, 2015, I, 3063 con nota di TRAVI) e l'Adunanza plenaria (cfr. [sentenza n. 6 del 2015](#), in *Foro it.*, 2015, III, 501, con nota di TRAVI e in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1303, con nota di MUCIO, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), ad escludere la soluzione esegetica che estende misure decadenziali a fatti storici anteriori dovendosi preferire, al contrario, quella che garantisce l'ultrattività delle norme precedenti in corso di attuazione (nella specie, come, noto, si trattava del termine decadenziale previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a. per la proposizione della domanda risarcitoria);

i) va esclusa qualsiasi forma di indebita ingerenza dello Stato nei confronti della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica alla stregua dei parametri europei atteso che la disciplina nazionale volta a tutelare il paesaggio come valore primario costituzionale (ma riconosciuto anche a livello internazionale), incide su una materia che non rientra nelle competenze dell'Unione; essa, pertanto, non può essere sindacata neppure sotto il profilo della violazione del principio generale della proporzionalità (cfr. negli esatti termini [Corte di giustizia UE, sez. X, 6 marzo 2014, C-206/13, Cruciano Siragusa](#)).

Secondo un diverso più recente orientamento, maturato in seno alla VI sezione del Consiglio di Stato ([Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2016 n. 4746](#); [TAR Puglia – Bari, sez. III, 8 marzo 2012, n. 521](#) e [TAR Venezia, sez. II, 8 aprile 2005, n. 1393](#)), anche per le proposte di vincolo approvate prima della entrata in vigore della novella al d. lgs. n. 42 del 2004, varrebbe il regime decadenziale previsto dall'art. 141, qualora non sopravvenga, nel termine di legge, il provvedimento ministeriale conclusivo del relativo procedimento.

Ciò in quanto:

j) la tesi dell'ultrattività delle mere proposte di vincolo presupporrebbe l'esistenza di un *genus* di proposte assistite da un regime speciale e rafforzato privo tuttavia di base normativa; né una tale specialità potrebbe desumersi dal peculiare pregio paesaggistico dei beni tutelati da tali peculiari proposte di vincolo poiché una tale caratteristica sarebbe indimostrata. La stessa esegesi dell'art. 157, comma 2, escluderebbe, dal punto di vista del tenore letterale, una tale differenziazione nel regime giuridico delle proposte di vincolo poiché quando afferma che "conservano efficacia a tutti gli effetti" una serie di atti (dichiarazioni, elenchi, provvedimenti) fa riferimento ad atti formali e definitivi, non dunque a semplici loro proposte. Nessuna rilevanza potrebbe poi riconoscersi al profilo dell'impatto organizzativo della opposta tesi, in ordine alla perdita di efficacia di un numero considerevole di proposte di vincolo per intervenuta decadenza;

k) il quadro normativo operante è stato profondamente modificato con gli interventi di cui ai decreti legislativi nn. 157/2006 e 63/2008, di modo che oggi la cessazione di efficacia del vincolo provvisorio per mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento (a differenza di quanto previsto dal quadro normativo vigente all'epoca della sentenza n. 262/1997 della Corte costituzionale), costituisce la "regola", a fronte della quale

sempre meno si giustifica, con il passare del tempo, una “eccezione” relativa a proposte di vincolo formulate in epoca anteriore al 2004;

l) all'estensione della nuova disciplina anche alle mere proposte di vincolo non osterebbe la mancata modifica dell'art. 157, comma 2, d. lgs. n. 42/2004 sia in quanto appare dubbio sostenere la violazione del principio di irretroattività della legge nel caso di procedimenti non ancora conclusi, e dunque in assenza di situazioni e/o rapporti giuridici consolidati; sia in quanto tra due possibili interpretazioni della norma, ed in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, appare preferibile una interpretazione che tenda ad “uniformare” il sistema, in luogo di una interpretazione che produca differenti applicazioni dei poteri amministrativi (e dei loro effetti) e, dunque, possibili disparità di trattamento.

III.- La decisione dell'Adunanza plenaria.

Con la decisione in rassegna, l'Adunanza plenaria ha ritenuto di fare propria la tesi minoritaria, definita di “discontinuità”, ravvisando tuttavia l'esigenza di arricchirne (e in parte modificarne) le argomentazioni e di individuarne gli effetti, nei termini così sintetizzati:

m) occorre distinguere tra efficacia delle proposte di vincolo ed efficacia del vincolo preliminare sul bene che ne costituisce oggetto; la conservazione della “efficacia a tutti gli effetti”, dal punto di vista della interpretazione letterale, è predicata dall'art. 157, comma 2 in relazione alle sole proposte non anche al vincolo preliminare sul bene che ne discende. Quest'ultimo è soggetto ad una propria disciplina avente finalità cautelare;

n) il rinvio operato dall'art. 157, comma 2 alle disposizioni della Parte III del d. lgs. n. 42/2004 deve intendersi come comprensivo della regola della decadenza introdotta nell'art. 141 dal d. lgs. 157/2006 e riformulata dal d. lgs. 63/2008, non avendo alcun fondamento la tesi secondo cui esso sia limitato alle norme di tutela (dunque al solo art. 146) o che si tratta di rinvio fisso al testo originario dell'art. 141 che inizialmente non contemplava la cessazione del vincolo preliminare;

o) il rinvio non ha natura recettizia, ma formale (quindi mobile), come si evince dalla formulazione letterale, che si riferisce alla fonte (“Le disposizioni della presente Parte”) e non al contenuto;

p) posto, dunque, che l'art. 157, comma 2 rinvia tanto all'art. 141, comma 5 quanto all'art. 146, comma 1, per evitare l'assurdo logico che esso implichi allo stesso tempo che l'effetto preliminare delle proposte anteriori (art. 141, comma 5) persista (art. 146, comma 1), l'unica soluzione possibile è interpretarlo nel senso che esso intenda da un lato conservare l'efficacia delle proposte anteriori alla novella del 2006 al Codice, dall'altro assoggettarne l'effetto preliminare di vincolo alla disciplina vigente sulla decadenza allo spirare del termine di 180 giorni previsto per la conclusione del procedimento;

q) non può prospettarsi una questione di violazione del principio di irretroattività della legge perché nel caso di specie v'è una norma transitoria, l'art. 157,

comma 2, che prevede espressamente l'applicabilità alle situazioni pendenti della nuova disciplina sulla decadenza della misura di salvaguardia introdotta nel 2006 e confermata nel 2008. In tal modo, infine, viene fatta corretta applicazione alla fattispecie del principio *tempus regit actum*, dal momento che la nuova disciplina viene applicata alla fase del procedimento (valutazione della proposta ai fini dell'assunzione del provvedimento definitivo) ancora in corso;

r) sussiste l'opportunità di uniformare il sistema, per esigenze di coerenza e di parità di trattamento, che viene in rilievo allorquando si debbano valutare fatti accaduti nel passato i cui effetti si producono nel presente;

s) sul piano teleologico, la tesi della discontinuità si giustifica alla luce della considerazione, da parte del legislatore, di una pluralità di valori costituzionali, quali, oltre quello del paesaggio, la protezione della proprietà privata (art. 41 Cost., nonché art. 1 del I protocollo addizionale alla CEDU e quindi art. 117 Cost.), e il buon andamento della pubblica amministrazione;

t) la tesi della continuità si pone in conflitto con il canone della ragionevolezza, poiché ammette che il vincolo preliminare possa essere efficace anche a distanza di numerosi anni dalla proposta, ancorché da tempo sia stata introdotta nel Codice una disposizione che ne sancisce la perdita di efficacia;

u) la nuova disciplina, introdotta con il d.lgs. 157/2006 e con il d.lgs. 63/2008, non priva di efficacia le proposte, ivi comprese quelle di cui all'art. 157, c. 2, ma conforma diversamente il potere di imposizione del vincolo, comportando la decadenza delle sole misure di salvaguardia in caso di inerzia protrattasi oltre 180 giorni.

IV.- Per completezza, sulla tematica della tutela del paesaggio, si segnala:

v) circa l'interpretazione dell'articolo 2, ultimo comma, della legge 29 giugno 1939, n. 1497 (trasfuso nell'articolo 140 del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) - secondo il quale, relativamente alle c.d. bellezze di insieme, la tutela dei valori paesaggistici (che si sostanzia nella necessità di ottenere l'autorizzazione paesaggistica per poter modificare i beni soggetti a tutela) si esplica fin dal momento in cui la proposta è pubblicata nell'albo dei Comuni interessati e la durata della misura cautelativa o anticipatoria si protrae sino all'approvazione del vincolo, al fine di impedire che il lasso di tempo necessario per l'approvazione definitiva degli elenchi possa rendere possibili manomissioni incontrollate dei beni immobili ricompresi nell'elenco delle bellezze d'insieme e quindi compromettere il paesaggio, valore tutelato dall'art. 9 Cost. - [Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 1976, n. 3](#); Sez. IV, 19 dicembre 1986, n. 913; *idem* 12 marzo 1987, n. 714; *idem* 25 gennaio 1990, n. 139; [Sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1121](#); [Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5484](#); [Tar Lazio, Sez. II, 21 febbraio 2005 n. 1427](#);

w) sul riparto di competenze Stato - Regioni in relazione alla titolarità ed all'esercizio dei poteri di tutela, controllo e gestione dei beni culturali e paesaggistici, Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Foro it.*, 2003, III 382, con nota di L: GILI;

x) sulla importanza del paesaggio in sede di pianificazione del territorio, Corte cost., 24 luglio 2013, n. 238; 18 luglio 2013, n. 211 e 24 luglio 2012, n. 207, in *Foro it.*, 2013, I, 3025, con nota di ROMBOLI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza;

y) sul carattere "trasversale" della materia della tutela e valorizzazione dei beni culturali, Corte cost., 17 luglio 2013, n. 194, in *Foro it.*, 2013, I, 2733.

(2) I.- Gli effetti della pronuncia dell'Adunanza Plenaria e il *prospective overruling* «sostanziale».

A fronte della obiezione della difesa erariale sulla compromissione della tutela paesaggistica che deriverebbe dalla tesi della «discontinuità», implicando la cessazione *ex abrupto* di un numero indefinito (ma verosimilmente elevato) di proposte di vincolo, che lascerebbe prive di protezione aree pregiate dal punto di vista naturalistico o culturale, l'Adunanza plenaria ha affermato i seguenti importanti principi:

a) ha ribadito che a cessare è solo l'effetto preliminare di vincolo, non l'efficacia della proposta;

b) la decadenza dell'effetto preliminare non è immediata, ma una volta decorso il termine di 180 giorni;

c) circa la decorrenza del predetto termine, dopo aver rammentato che in base al combinato disposto dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del Codice, tale termine decorre dalla pubblicazione della proposta (sicché, per le proposte anteriori al Codice, il vincolo preliminare sarebbe decaduto decorsi 180 giorni dall'entrata in vigore – ad opera del d.lgs. 63/2008 – dell'attuale testo dell'art. 141, comma 5, che tale decadenza commina, ovvero, ancor prima, per effetto del d.lgs. 157/2006, che l'ha introdotta), precisa che in un quadro di incertezza normativa, ben può, in via del tutto eccezionale, la sola Adunanza plenaria modulare la portata temporale della propria sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro; tanto alla stregua delle seguenti considerazioni:

c1) la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha già da tempo affermato – nell'ambito della giurisdizione di annullamento sugli atti delle istituzioni – che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato; ciò al fine di tener conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante. Tale giurisprudenza

trova oggi un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea (FUE);

c2) i principi europei sono trasferibili nell'ordinamento nazionale in virtù dell'art. 1 del Codice sul processo amministrativo, secondo cui *"La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*;

c3) la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza *ex nunc*: il Consiglio di Stato ha già fatto applicazione di codesti principi (il *leading case* è rappresentato da Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011 cui *adde* in motivazione sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488);

c4) lo stesso ordinamento nazionale riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), c.p.a. nonché artt. 121 e 122 c.p.a.);

c5) anche la Corte costituzionale, pur partendo dal principio della natura intrinsecamente retroattiva delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge (che altrimenti sarebbero inutili per la parte vittoriosa del giudizio *a quo*), ha ritenuto possibile la graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento qualora vi sia *«l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali»* (così Corte cost. 11 febbraio 2015 n. 10, in *Foro it.*, 2015, I, 1502, con nota di ROMBOLI; *id.*, 2015, I, 1922 (m), con nota di TESAURO; *Riv. giur. trib.*, 2015, 384, con nota di BORIA; *Corriere trib.*, 2015, 958, con nota di STEVANATO; *Riv. dir. trib.*, 2014, II, 455, con nota di RUOTOLO, CAREDDA; *Dir. e pratica trib.*, 2015, II, 436, con nota di CAMPODONICO; *Giur. it.*, 2015, 1324 (m), con nota di COSTANZO, MARCHESELLI, PINARDI SCAGLIARINI; *Dialoghi trib.*, 2015, 62, con nota di GALLIO, SOLAZZI BADIOLI, STEVANATO, LUPI; *Giur. costit.*, 2015, 45, con nota di ANZON DEMMIG, GROSSO, PUGIOTTO, GENINATTI SATÈ; *Riv. neldiritto*, 2015, 1055, con nota di PIROZZI; *Giur. costit.*, 2015, 585, con nota di NOCILLA; *Riv. dir. trib.*, 2015, II, 3, con nota di FEDELE, CROCIANI; *Dir. e pratica trib.*, 2015, II, 905 (m), con nota di MISTRANGELO, ZANOTTI; *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, 981, con nota di AMATUCCI);

c6) secondo quanto desumibile dall'esegesi dell'art. 99 c.p.a., le pronunce dell'Adunanza plenaria hanno natura essenzialmente interpretativa - in particolare quando essa ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione rimettente - e, analogamente alle sentenze di annullamento e a quelle di incostituzionalità, hanno efficacia retroattiva;

c7) in tali ipotesi, la deroga alla retroattività trova fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa

interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni;

c8) la deroga alla retroattività trova giustificazione anche nel dato testuale dell'art. 113 Cost. secondo cui "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa", con la precisazione che l'interposizione del legislatore non occorre allorché sia un principio generale dell'ordinamento UE direttamente applicabile che permetta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione modulando gli effetti della propria sentenza, e ciò vale in particolare quando il giudizio di annullamento presenti uno spiccato carattere interpretativo;

c9) dalla natura interpretativa delle pronunce dell'Adunanza plenaria discende altresì la praticabilità del *prospective overruling*, in forza del quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione. In questi casi il *prospective overruling* si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata;

c10) le condizioni che devono ricorrere perché l'Adunanza plenaria possa limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto sono:

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

c11) nella fattispecie in esame sussistono tutte le indicate condizioni, poiché:

- il dato letterale è equivoco;
- la tesi della continuità è prevalente;
- è necessario, a tutela del paesaggio, evitare la cessazione istantanea di tutti i vincoli preliminari attualmente esistenti su aree di interesse naturalistico o culturale;

c12) ne consegue che, fermo il potere del legislatore di intervenire per ridisciplinare la materia, la delimitazione al futuro del principio di diritto affermato implica che l'effetto preliminare di salvaguardia cessi decorsi 180 giorni dalla pubblicazione della sentenza.

II.- Sulla possibilità di modulare gli effetti delle sentenze dell'Adunanza plenaria si segnala:

d) il *leading case*, citato in motivazione, rappresentato da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 (in *Urb. e app.*, 2011, 927, con nota di TRAVI; *Riv. nel diritto*, 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 (m), con nota di FOLLIERI;

Riv. giur. ambiente, 2011, 818 (m), 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);

e) il precedente della VI sezione (invero anticipato da Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488, anch'esso citato in motivazione, sebbene nella diversa ottica del bilanciamento di interessi più che di effettività della tutela, in una fattispecie in cui, annullata una destituzione, è stato escluso, sul piano retributivo, l'effetto ripristinatorio) ha avuto un qualche seguito nella successiva giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr. T.a.r. per l'Abruzzo, Pescara, 13 dicembre 2011 nn. 693-700, in un caso di adozione di una variante alle NTA del PRG in assenza di preventiva V.A.S. e T.a.r. per il Molise, 21 novembre 2014, n. 637, in caso di accertata illegittimità di una autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto a biomasse in mancanza della VINCA, in un'ottica tuttavia di bilanciamento di valori costituzionali, nonché T.a.r. per l'Abruzzo, Pescara, 3 luglio 2012, n. 336; T.a.r. per il Lazio, Sez. III bis, 9 aprile 2014, n. 3838) e incontrato il favore della più recente dottrina (DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in www.giustizia-amministrativa.it; CHIEPPA e GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 506);

f) la possibilità di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è stata successivamente esclusa da Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4 (in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI nonché in *Urb. e app.*, 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA LABOCETTA; *Giur. it.*, 2015, 1693 (m), con nota di COMPORTI; *Guida al dir.*, 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.*, 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI; *Corriere giur.*, 2015, 1596, con nota di SCOCA; *Dir. proc. amm.*, 2016, 173, con nota di TURRONI); tale pronuncia (non menzionata dalla Plenaria in oggetto), chiamata a decidere una fattispecie in cui si è negato che il g.a. possa convertire, d'ufficio, la domanda di annullamento in tutela risarcitoria, ha ritenuto espressamente (ai §§ 6 -8), di non poter recepire i principi elaborati dalla richiamata sentenza della VI sezione n. 2755 del 2011 (valore paradigmatico dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 34, comma 1, lettera a), nonché 121 e 122 c.p.a.; non trasponibilità, nell'ordinamento italiano, delle regole del processo dinanzi alla Corte di giustizia UE di cui all'art. 264 FUE); dopo aver rammentato che la giurisdizione amministrativa di legittimità è una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo, ha anche precisato che non è "consentito al giudice, in presenza dell'acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda" (nello stesso senso, sia prima che dopo, v. Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429 con nota di SIGISMONDI; Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, *id.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI);

g) sull'effetto retroattivo della sentenza di annullamento – da cui discende, tra gli altri, l'effetto ripristinatorio - si veda per tutti, nella dottrina classica, CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 496;

h) nel caso esaminato dalla pronuncia in rassegna, la modulazione temporale degli effetti cassatori:

h1) non è stata applicata ad una statuizione di annullamento – avendo la Plenaria rimesso la decisione alla sezione rimettente – bensì all'effetto naturalmente retroattivo della sentenza che, affermando il principio di diritto applicabile al caso di specie, ha natura dichiarativa e non costitutiva;

h2) è stata applicata - al contrario di quanto sancito dal *leading case* della VI Sezione n. 2755 del 2011 - a sfavore della parte ricorrente; per un primo commento sul punto si veda ANTONIO VACCA, *Adunanza Plenaria, ius dicere e creazione del diritto* (commento a Cons. Stato, Ad. Plenaria, sent. 22 dicembre 2017 n. 13) in *Lexitalia* 5 gennaio 2018, secondo il quale la limitazione *pro futuro* degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza plenaria equivarrebbe alla creazione di una norma transitoria, in funzione para normativa, e può integrare un'ipotesi di diniego di giurisdizione in danno della parte ricorrente, suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (su cui di recente si veda Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2017 n. 31226 secondo cui "alla tradizionale interpretazione "statica" – propria delle

disposizioni codicistiche – del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si è andata affiancando una ulteriore interpretazione, "dinamica" o "funzionale", sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e al primo comma dello stesso art. 111, come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. In base a tale interpretazione "dinamica", attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce non solo in quanto ripartisce tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio; sicché è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca");

i) sul valore del precedente, sulla funzione nomofilattica delle corti supreme, e sul difficile rapporto fra interpretazione della legge e creazione della norma, si vedano, da ultimo e nell'ambito di una sterminata letteratura, gli scritti di F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, n. 19/2017; R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277; A. PROTO PISANI, *Tre note sui <<precedenti>> nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, *ibidem*, 286; V. FERRARI, *L'equivoco del giudice legislatore*, *ibidem*, 295 (cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza anche in chiave comparata).

III. – Il *prospective overruling*.

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 irrivalenti per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi - si segnala quanto segue:

j) a partire da 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 21 maggio 2015, n. 10453; 17 dicembre 2014, n. 26541; 4 giugno 2014, n. 12521, 13 febbraio 2014, n. 3308, in *Foro it.*, 2014, I, 1114 con nota di P. CERBO, cui si rinvia per ogni approfondimento; e, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2017, n. 21194 - si è costantemente affermato 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:

j1) l'esegesi deve incidere su una regola del processo;

j2) l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento;

j3) l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa;

k) tale impostazione è stata pedissequamente seguita anche dal giudice amministrativo: cfr. in termini (ma non presa in considerazione dalla decisione in commento), Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, in *Foro it.* 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI, (specie § 4, in cui si afferma esplicitamente l'impossibilità di trasformare "...una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un novum ius, in sequenza ad un vetus ius, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Cost."); successivamente, [Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138](#) (oggetto della [News US in data 14 novembre 2017](#) cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento); la pronuncia in rassegna ha esteso il *prospective overruling* alla interpretazione innovativa di una norma di diritto sostanziale (anziché processuale), con il rischio di privare il ricorrente sia della tutela cassatoria che di quella risarcitoria, e senza che si fosse formato un diritto vivente sul punto controverso (tanto che era stato necessario rimettere la questione alla Plenaria proprio per la presenza di un contrasto di giurisprudenza maturato in seno al Consiglio di Stato); nel caso di specie la Plenaria ha ritenuto di estendere la portata del *prospective overruling* ad una decadenza procedimentale dell'Amministrazione (decadenza delle misure cautelari di salvaguardia) ravvisando la medesima *ratio* della decadenza processuale, sul presupposto della inderogabile necessità di tutelare un valore costituzionale, qual è il paesaggio e quindi di dover consentire alle Soprintendenze di concludere nel termine di legge di 180 gg. (decorrente dalla pubblicazione della sentenza della Plenaria) i procedimenti di vincolo avviati prima dei correttivi al codice dei beni culturali e mai conclusi, con salvezza delle misure di salvaguardia che, diversamente, sarebbero risultate irrimediabilmente travolte dall'effetto retroattivo della pronuncia che ne ha accertato la cessazione;

l) sulla valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale anche in presenza di un *overruling*, si veda Cass. civ., Sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585: "*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” (in termini, Sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174, Riv. giur. trib., 2015, 315, con nota di MARCHESELLI; Nuova giur. civ., 2015, I, 501, con nota di MOLINARO).