

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
1 / 2022

GENNAIO - MARZO

Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia

Massimo Giavazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-16

L'articolo analizza la recente giurisprudenza sul prospective overruling delle misure amministrative nazionali disciplinate dal diritto dell'UE (sentenza del Consiglio di Stato n. 17 e 18/2021) per verificarne la conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Infatti, è nella giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia stabilire se una violazione dichiarata del diritto dell'UE può essere tollerata per il tempo necessario ad evitare la violazione di un legittimo affidamento. Quindi le sentenze del giudice nazionale sul prospective overruling riguardante il diritto UE sono ultra vires.

A seductive heresy: the temporal modulation of the effects of interpretative judgments of the court of administrative nomofilachy in the areas of exclusive jurisdiction of the European Court of Justice

The paper analyzes the recent jurisprudence about prospective overruling on national administrative measures governed by EU law (Council of State judgment nos 17 e 18/2021) to test its compliance with ECJ's jurisprudence. Indeed, it's in the Court of Justice's exclusive jurisdiction to determine if a declared violation of UE law may be tolerated for the time necessary to avoid the infringement of a legitimate expectation. So sentences of national judge about prospective overruling concerning EU law are ultra vires.

1. Il *prospective overruling* dell'Adunanza plenaria.

L'Adunanza plenaria, con le due recenti sentenze^[1] sulla proroga *ex lege* delle concessioni demaniali^[2] affronta una questione antica (la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie, anche da parte degli organi della P.A.^[3]) in una prospettiva pressoché^[4] inedita: il *prospective overruling*.

In effetti, il dubbio interpretativo che si è voluto far risolvere dall'Adunanza plenaria era di agevole soluzione: «*la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva self-executing, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione*»^[5].

E, in realtà, la questione nemmeno si sarebbe dovuta porre, giacché la sentenza *Costanzo*^[6] – che già trent'anni fa aveva esteso il principio *Simmenthal*^[7] sull'obbligo di disapplicazione della norma anticomunitaria (quanto diverrà nell'insegnamento della Consulta «*non applicazione*»^[8]) da parte del giudice nazionale anche agli organi di amministrazione attiva – si era proprio espressa con riguardo a una direttiva il cui precetto era sufficientemente preciso e incondizionato (una direttiva *self-executing*, quindi).

Da qui la (condivisibile) affermazione dell'Adunanza plenaria che «*la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A. [tocca] una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici*»^[9].

Quanto, invece, vi è di nuovo è, appunto, l'approccio a un problema antico.

L'Adunanza plenaria ha, invero, ritenuto di non potersi sottrarre alle sollecitazioni derivanti da «*una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione*»^[10], volendo quindi soddisfare le esigenze di tutela dei legittimi affidamenti (così erroneamente ritenuti) conseguenti al principio di certezza del diritto attraverso la modulazione degli effetti temporali della propria decisione, rinviandone l'efficacia al 31/12/2023. Quanto, appunto, giustificherebbe «*La deroga alla retroattività [che] trova fondamento 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»^[11]. Ciò al fine di «consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali»^[12].

Le due sentenze toccano, in effetti, molti altri aspetti critici degli effetti conformativi delle norme UE sui provvedimenti amministrativi nazionali di amministrazione comunitaria indiretta (il rapporto con il giudicato anticomunitario e i limiti del sindacato giurisdizionale rispetto alla riserva di amministrazione, tra gli altri).

Si tratta di temi assai complessi, che ben altro approfondimento richiederebbero^[13].

Quanto si vuole qui indagare è l'affermazione dell'Adunanza plenaria della sussistenza, nel caso concreto, dei «presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione»^[14].

2. I primi presagi del problema

La Corte costituzionale si era posta il problema già nel 1989 con la ben nota sentenza Fragd^[15], nella quale essa avvertì la possibilità di un contrasto con l'art. 24 Cost. dell'estensione della facoltà della Corte di giustizia di conformare gli effetti nel tempo del giudicato di annullamento, ora codificata nell'art. 264, comma 2, TFUE («la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»), anche alle sentenze dichiarative da essa pronunciate in esito a un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Quanto poneva il problema della ammissibilità costituzionale (perché in contrasto con uno dei controlimiti – uno «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale»^[16] –: l'esercizio del diritto di difesa della sfera soggettiva del privato) dell'interpretazione estensiva di una norma europea che attribuisce al giudice «il potere di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali rese sulla validità di disposizioni regolamentari impositive di

prestazioni patrimoniali, escludendo dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione compiuti in epoca anteriore alla pronuncia anche se oggetto della stessa controversia del procedimento incidentato che ha dato origine al deferimento della questione pregiudiziale»^[17].

Fu così che la Consulta statuì che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima»^[18].

Quanto non si tradusse, tuttavia, nell'applicazione concreta della teoria dei controlimiti (con il rifiuto del giudice nazionale di fare applicazione della giurisprudenza comunitaria sull'estensione della conformazione temporale degli effetti della sentenza anche ai giudizi incidentali), solo perché la Corte costituzionale ritenne che, nel caso concreto, la questione fosse irrilevante, non essendovi lesione effettiva del soggetto che si era fatto promotore del giudizio da cui era scaturito il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il problema astratto (la compatibilità della limitazione temporale degli effetti della sentenza con la sanatoria – a delimitare uno spazio di illegalità sottratto alla tutela giurisdizionale – delle situazioni pregresse e, tra esse, anche di quella che ha dato origine al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE) tuttavia sussiste.

Così che vi è, in effetti, da dubitare che si possa ora estendere la norma processuale europea (l'art. 264, comma 2, TFUE) sino a consentire al giudice nazionale di modulare nel tempo gli effetti dell'accertamento di una violazione di una norma UE, anche in pregiudizio delle parti coinvolte nel giudizio da cui quell'accertamento è scaturito (ancorché ad avvantaggiarsene sia il privato in pregiudizio dell'ente pubblico; dovendosi ritenere che il diritto del privato di agire in giudizio contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 113 Cost. non elida il diritto di quest'ultima di difendersi facendo valere il legittimo esercizio di una sua potestà, avvantaggiandosi dell'accertamento della legalità del suo operato per rivendicare l'efficacia del suo provvedimento in danno del privato: il diritto alla tutela giurisdizionale è inevitabilmente bilaterale).

Ma, come vedremo, non è nemmeno questa la questione (quantomeno, non la

principale), giacché nella vicenda in esame – come poi si dirà – la statuizione dell’Adunanza plenaria non pare soddisfare proprio i principi UE (come emergenti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull’interpretazione dell’art. 264, comma 2, TFUE), di cui essa intende fare applicazione.

3. Il problema nella prospettiva nazionale

La modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d’annullamento del giudice amministrativo è, probabilmente, un azzardo rispetto alla dogmatica tradizionale che individua nella retroattività (con il solo limite insuperabile espresso nella massima «*factum infectum fieri nequit*») un attributo ontologico dell’annullamento^[19].

La conclusione cui è giunta l’Adunanza plenaria trova però conforto nella giurisprudenza d’Oltralpe^[20] – dunque anche in un sistema di giustizia amministrativa analogo al nostro^[21] –, a dimostrazione che la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d’annullamento del giudice amministrativo risponde indubbiamente alla necessità di svecchiare gli strumenti di giustizia nel processo amministrativo^[22]; ancorché – come poi si dirà – ciò solo con riferimento alle sue implicazioni di diritto nazionale, essendo, di contro, dubitabile la sostenibilità comunitaria di questa nuova prospettiva.

Come affermato dal Consiglio di Stato la prima volta che esso ha inteso relativizzare il principio, «*Di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora". Tale regola fondamentale è stata affermata ab antiquo et antiquissimo tempore da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità*»^[23].

La prevalente dottrina ammette, tuttavia, che l’annullamento giurisdizionale – al pari di quello d’ufficio^[24] – possa in taluni casi^[25] avere solo effetti *ex nunc*,

escludendo che la naturale retroattività della sentenza costituisca un imperativo dogmatico.

E, invero, già nel passato si era voluto modulare nel tempo gli effetti di una sentenza di annullamento, ogniqualvolta – nella peculiare situazione controversa – questo consentisse di apprestare una migliore tutela alla parte ricorrente^[26] (quanto consente di giustificare il *prospective overruling* rispetto ai fondamentali della tutela giurisdizionale effettiva, così come individuati dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*^[27]).

Nella vicenda in esame l'Adunanza plenaria ha, tuttavia, inteso andare oltre, volendo addirittura conformare la futura azione della P.A.

Il giudice della nomofilachia amministrativa ha infatti, da ultimo, inteso proiettare la sua statuizione verso il futuro, assegnando in questo modo alla tutela giurisdizionale una funzione proattiva (di evitare l'insorgenza di futuri contrasti sull'applicazione della norma), che senz'altro rompe con la tradizione (ma più probabilmente è un'esigenza dogmatica), secondo la quale la giustizia è piuttosto funzionale a risolvere controversie insorte nel passato.

Nelle sentenze in commento si legge, invero, che «*Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ... sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*».

Quanto sembrerebbe da escludere, se non altro, perché l'art. 34 c.p.a. statuisce ora inequivocabilmente che «*in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati*»^[28].

E, in effetti, si è addirittura affermato – in un primo sommario commento alle due sentenze dell'Adunanza plenaria – che «*non si può però mancare di segnalare l'oggettiva difficoltà di ricondurre al potere giurisdizionale la “decisione” di procrastinare al 31 dicembre 2023*»^[29].

Vi è, però, che la nomofilachia^[30] è indubbiamente strumento di tutela dell'individuo (l'unificazione giurisprudenziale è a garanzia della correttezza della decisione), ma è altresì a salvaguardia della legalità obiettiva (a evitare l'eccesso di potere giurisdizionale). Quanto introduce al fondamentale distinguo di Canelutti tra lo «*scopo negativo*» della nomofilachia (la tutela della legge

dall'eccesso di potere del giudice, che volesse assegnare alla norma un significato diverso da quello consentito dai sintagmi di cui si compone il suo precetto, in tal modo facendosi egli stesso legislatore^[31]) dallo «*scopo positivo*» (la formazione di una sentenza giusta attraverso l'uniformazione giurisprudenziale)^[32]. Ciò che consente di accomunare la giurisdizione della nomofilachia (nel perseguimento del suo «*scopo negativo*») a quella del giudice delle leggi. Tant'è che la prima definizione del *Tribunal de cassation* (l'antesignano della nostra Cassazione) fu appunto quella di «*la garde du corps des lois*»^[33]. Entrambe le giurisdizioni sono, dunque, istituite a presidio del «*contratto sociale*»^[34] (la tutela del diritto obiettivo, in termini più attuali). Donde, il parallelismo della Corte di cassazione – a giustificazione del proprio *prospective overruling* – tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva (lo «*scopo negativo*» della nomofilachia è funzionale all'effettività della norma e in questa prospettiva la statuizione del giudice della nomofilachia si congiunge alla norma, divenendo il diritto vivente), negando in ragione di ciò la retroattività del nuovo principio di diritto da essa affermato, perché «*ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza*»^[35].

Quanto (la differenziazione tra «*scopo negativo*» e «*scopo positivo*» della nomofilachia) è, ora, reso evidente nel disposto dell'art. 99 c.p.a., che consente all'Adunanza plenaria di «*decide[re] l'intera controversia*» in tal modo uniformando la giurisprudenza con l'affermazione dell'unica sentenza giusta («*scopo positivo*»), ma le consente altresì di «*enunciare il principio di diritto*», eventualmente anche solo «*nell'interesse della legge*» («*scopo negativo*»).

Così che è, senz'altro, più agevole acconsentire all'estensione all'Adunanza plenaria (il giudice della nomofilachia amministrativa) del modello della *prospective overruling*, cui si sono adeguate diverse giurisdizioni costituzionali^[36].

Ciò che, invece, più difficilmente si conviene alla giurisdizione delle singole sezioni del Consiglio di Stato, cui è più semplicemente assegnato il compito di rendere giustizia rispetto a una concreta vicenda controversa^[37].

In effetti, l'Adunanza plenaria si era già espressa nel senso della «*praticabilità della prospective overruling, in forza della 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 [dove la] 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»^[38].

Quali che siano le perplessità (invero tante^[39]) che quella sentenza ha provocato^[40] – tanto da dare persino l’abbrivio a un atto di ribellione giurisdizionale^[41] –, quanto vi è qui di nuovo è che l’attivazione del *prospective overruling* consente addirittura all’Adunanza plenaria di impedire, per un certo determinato lasso di tempo, la disapplicazione di una norma nazionale in (dichiarato) contrasto con la norma europea di effetto diretto. Obietta

Ciò che attenta a uno dei fondamentali principi UE: l’uniforme applicazione del diritto comunitario; quanto costituisce un limite oltre il quale non può spingersi l’autonomia processuale degli Stati membri^[42].

E questo, ovviamente, induce a nuove riflessioni (e fa emergere ulteriori perplessità sull’uso disinvolto del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa).

4. La prospettiva comunitaria

La scelta di modulare nel tempo gli effetti delle sentenze d’annullamento, anche nel difetto di una espressa copertura legislativa (com’è, nel processo amministrativo, solo negli artt. 121 e 122 c.p.a., con riguardo agli effetti caducanti dell’annullamento della procedura di evidenza pubblica sui contratti stipulati dalla P.A.), già di per sé opinabile nella dogmatica del processo nazionale, diviene difficilmente giustificabile nella prospettiva comunitaria, quantunque, paradossalmente, proprio nell’erroneo richiamo ai principi del diritto UE l’Adunanza plenaria vorrebbe giustificarla.

Nel precedente di cui si è appena scritto^[43], invero, era controversa una vicenda (l’imposizione di un vincolo paesaggistico) che esauriva i suoi effetti all’interno dell’ordinamento interno, senza attingere alle norme dell’ordinamento comunitario. Quantunque l’Adunanza plenaria avesse giustificato l’ammissibilità della tecnica del *prospective overruling* nel richiamo a «*un principio affermato dalla Corte di Giustizia UE (e, meno incisivamente, dalla giurisprudenza costituzionale), che trova terreno fertile nel processo amministrativo*» e nel richiamo all’art. 1 c.p.a. (che consente di applicare nel processo amministrativo nazionale i principi del diritto europeo^[44]), in realtà il giudice della nomofilachia

amministrativa ha poi fatto applicazione, non già del principio UE, bensì di un principio del (immanente al) ordinamento nazionale, che ha solo una assonanza simbiotica con il principio affermato dalla giurisprudenza comunitaria (in effetti, quanto all'applicazione nel giudizio di annullamento, piuttosto, la piana applicazione del disposto 264, comma 2, TFUE^[45]).

Ora, invece, l'Adunanza plenaria pretende di modulare nel tempo gli effetti della sua sentenza, in relazione a una norma UE e in deroga ai principi del primato e dell'effetto diretto.

Ed è in questa (limitata) prospettiva che si vuole verificare la tenuta dogmatica del principio ora affermato dall'Adunanza plenaria; giacché non pare che il giudice della nomofilachia amministrativa si sia accorto di avventurarsi, con ciò, nell'esercizio di una potestà giurisdizionale semmai attribuita alla competenza esclusiva della Corte di giustizia (come poi meglio si dirà).

5. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 264, comma 2, TFUE

L'art. 264, comma 2, TFUE prevede che *«Se il ricorso è fondato la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»*.

Questa facoltà di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento deliberata all'esito di un ricorso ex art. 263 TFUE era, in origine, limitata ai regolamenti (l'art. 174 del Trattato CEE stabiliva, infatti, che *«per quanto concerne i regolamenti, la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi»*).

Sicché, la Corte di giustizia ne faceva applicazione solo con riguardo agli *«atti a carattere puramente normativo»*^[46].

In seguito, con il Trattato di Lisbona, quella facoltà è stata genericamente estesa a tutti gli atti impugnati nel ricorso d'annullamento (art. 264, comma 2, TFUE).

La Corte di giustizia fa applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE e dunque affranca l'atto impugnato nel ricorso d'annullamento dagli effetti normalmente retroattivi della sentenza di accoglimento del ricorso ogniqualvolta, *«in considerazione di motivi di certezza del diritto, gli effetti di un tale atto possono*

essere conservati in particolare quando gli effetti immediati del suo annullamento comporterebbero conseguenze negative gravi per le parti interessate»^[47].

Quanto si giustifica, in particolare, quando «*la legittimità dell'atto impugnato sia contestata non a causa della sua finalità o del suo contenuto, ma per motivi attinenti all'incompetenza del suo autore o alla violazione di forme sostanziali*»^[48].

Normalmente, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento è a evitare che essa retroagisca (in tal modo assegnando efficacia *ex nunc* alla pronuncia giurisdizionale); altre volte il giudice comunitario giunge persino a proiettare nel futuro (sia pure per un tempo limitato) la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento – a tutela di interessi economici rilevanti –, per consentire alle istituzioni comunitarie di modificare la normativa in senso conforme ai Trattati^[49].

Si è, tuttavia, escluso che la limitazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento di un atto comunitario potesse pregiudicare le «*imprese che hanno proposto prima della data della sua pronuncia un ricorso giurisdizionale o un reclamo equivalente*»^[50].

6. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensibilità dell'art. 264, comma 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE

Pur nel difetto di un esplicito avallo normativo, la Corte di giustizia dispone degli effetti diacronici delle sue sentenze (similmente a come espressamente le è consentito di fare dall'art. 264, comma 2, TFUE) anche nei giudizi di rinvio pregiudiziale (di validità e di interpretazione) ex art. 267 TFUE^[51].

Quanto fu, per la prima volta, statuito dalla Corte di giustizia nel 1976, nella sentenza *Defrenne*^[52], inaugurando una giurisprudenza pretoria che, da allora, non è mai più stata smentita^[53].

Con riferimento al rinvio pregiudiziale di validità, l'applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE si giustifica, senz'altro, per l'analogia tra le due situazioni processuali^[54].

Quanto è, invece, da escludere con riguardo al rinvio pregiudiziale d'interpretazione^[55]: in un caso, la sentenza è dichiarativa, donde la retroattività

costituisce l'inevitabile conseguenza della sua struttura giuridica; nell'altro, invece, la sentenza è costitutiva, quanto consente alla norma processuale di modulare gli effetti nel tempo della pronuncia giurisdizionale (come si è dinanzi scritto, la retroattività non è coesistente all'annullamento, anche se talvolta è stata così intesa)^[56].

Nondimeno, la Corte di giustizia ha ritenuto che *«in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede»*^[57].

Sicché, il giudice comunitario ha operato, in questo caso, in assenza di una norma dei Trattati che gli consentisse di modulare gli effetti temporali delle sue sentenze^[58]; superando tuttavia il *deficit* normativo nel richiamo ai principi della certezza del diritto^[59] e della tutela del legittimo affidamento^[60].

Perciò, la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze interpretative della Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE si giustifica solo allorché sia indispensabile a tutela di un legittimo affidamento. E, al riguardo, *«fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»*^[61].

Tuttavia, la stessa Corte di giustizia ha precisato che *«il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità [sicché] La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto»*^[62].

Quanto induce a una cauta applicazione del *prospective overruling* rispetto alle sentenze interpretative^[63].

Nello specifico, la Corte ha chiarito che la limitazione degli effetti di una

pronuncia su una domanda di interpretazione è da considerarsi assolutamente eccezionale ed è consentita *«soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando vi [è] un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute in particolare all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza cui avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione»*^[64].

La Corte di giustizia – sin dagli albori della sua giurisprudenza pretoria – ha esteso l'eccezionale potestà di modulare nel tempo gli effetti delle sue sentenze anche ai rinvii pregiudiziali, solo con riferimento agli effetti *erga omnes* delle sue pronunce interpretative, ma facendo, tuttavia, salva la naturale retrodatazione degli effetti delle sue sentenze, non solo con riguardo a chi avesse già proposto un'azione giudiziaria^[65], ma anche rispetto a chi si fosse attivato prima della sentenza interpretativa facendo valere stragiudizialmente il proprio diritto negato dalla norma anticomunitaria^[66].

Costituisce, invero, *ius receptum*, l'affermazione giurisprudenziale, a tenore della quale *«dev'essere prevista una deroga a tale limitazione degli effetti della ... sentenza a favore di coloro che, prima della data della sua pronuncia, abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario»*^[67].

Come già si è visto, non è, tuttavia, un principio assoluto^[68].

La Corte di giustizia ha, poi, precisato che a essa soltanto compete di limitare gli effetti nel tempo della sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio, affermando di conseguenza che *«gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione»*^[69].

Altro è a dirsi del fatto che sono, comunque, le norme nazionali (sulla

prescrizione e sulla decadenza) a stabilire le regole che possono limitare il diritto dei singoli di trarre vantaggio concreto dall'accertata illegittimità comunitaria di una norma nazionale (quanto è sempre possibile a ogni Stato membro di fare, nell'esercizio della sua autonomia processuale, sempreché le regole da esso autonomamente scelte non siano tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale e l'effettività della norma UE^[70]). Invero, «*benché gli effetti di una sentenza interpretativa della Corte retroagiscano normalmente sino alla data in vigore della norma interpretata, perché quest'ultima venga applicata dal giudice nazionale a fatti precedenti a tale sentenza occorre inoltre che siano state rispettate le modalità processuali nazionali, di natura sia sostanziale sia formale, stabilite per agire in giudizio*»^[71].

Si è tentato di conformare l'esercizio del *prospective overruling* a una regola astratta, distinguendo i casi in cui la Corte di giustizia si fosse limitata a dichiarare il significato di una disposizione attribuendole uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune (quanto indurrebbe a ritenere consequenziale la naturale retrodatazione degli effetti dell'interpretazione al momento in cui la norma interpretata è entrata in vigore) da quelli in cui la sentenza fosse invece il formante di un nuovo diritto pretorio (quanto escluderebbe ordinariamente di farne retroagire i suoi effetti), e ancora distinguendo le ipotesi in cui l'interpretazione facesse sorgere diritti soggettivi dei privati nei confronti degli Stati membri (rispetto alle quali sarebbe connaturale l'efficacia retroattiva della sentenza) da quelle in cui invece la statuizione giurisdizionale facesse sorgere obblighi a carico dei privati (dove l'effetto *ex tunc* della sentenza sarebbe ammissibile solo a condizione che non sia in tal modo arrecato pregiudizio alla certezza del diritto e alla tutela del legittimo affidamento)^[72].

Ma il giudice comunitario ha sbrigativamente concluso nel senso che «*la norma di diritto comunitario interpretata nel modo indicato ha, fin dalla sua entrata in vigore, effetti conformi all'interpretazione data, senza che si debba distinguere fra il caso in cui le disposizioni in questione impongano oneri agli interessati e quello in cui attribuiscano loro vantaggi, e, in particolare, senza che si debba distinguere fra il caso in cui si tratti di importi che le amministrazioni nazionali avrebbero dovuto riscuotere, ma, violando il diritto comunitario, hanno ommesso di riscuotere, e quello in cui dette autorità abbiano riscosso importi violando tale diritto*»^[73]. In tal

modo, chiarendo definitivamente che si tratta di un potere discrezionale, dagli esiti non prevedibili *ex ante*, ma esclusivamente condizionato dalle particolarità del caso concreto.

In questo senso, infatti, l'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle sue osservazioni nella causa *Banca Popolare di Cremona*^[74], dopo avere tentato una rappresentazione delle varie situazioni in cui fosse possibile modulare nel tempo gli effetti d'una sentenza su rinvio pregiudiziale e la ricostruzione di una sistematica delle differenti tecniche ammissibili di declinazione temporale dell'efficacia delle pronunce giurisprudenziali sui rinvii pregiudiziali, ha tuttavia concluso che «*qualsiasi decisione di limitare gli effetti nel tempo di una sua pronuncia dev'essere adottata in base ad un'analisi di ogni singolo caso concreto, alla luce volta per volta del complesso delle circostanze*».

7. I presupposti della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza nella giurisprudenza comunitaria

La Corte di giustizia consente di limitare nel tempo gli effetti delle sue sentenze solo nella ricorrenza di eccezionali circostanze: (i) quando vi sia «*un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente*»; (ii) quando «*i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*»^[75].

Così definiti – in positivo – i presupposti per la limitazione degli effetti nel tempo delle sue sentenze, la Corte di giustizia ha, altresì, chiarito – in negativo – che «*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo di tale sentenza*»^[76]; giacché, «*se così non fosse, le violazioni di maggiore gravità sarebbero trattate più favorevolmente dal momento che sono queste che possono comportare implicazioni finanziarie di maggiore rilevanza per gli Stati membri [e poi] considerazioni di questa natura porterebbero ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti*

che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale comunitaria»^[77].

Si è, tuttavia, ritenuto che la Corte di giustizia segua un differente approccio, a seconda che la sentenza abbia un impatto economico verticale (nel senso che a sopportarne gli effetti sia lo Stato membro), piuttosto che abbia un impatto economico orizzontale (quando gli effetti ricadono su soggetti privati), ricavandosi dalla lettura della giurisprudenza un approccio meno rigoroso ad accordare il beneficio dell'irretroattività, quando a esserne avvantaggiato sia il privato in buona fede^[78].

Esemplare di questo maggiore rigore nei rapporti con gli Stati membri è la sentenza *Stradasfalti*^[79] (ove si è escluso il beneficio dell'irretroattività, quantunque la sentenza mettesse oggettivamente a rischio la tenuta del bilancio statale), se paragonato alla sentenza *Bosman*^[80], nella quale si sono invece modulati gli effetti della sentenza nel tempo, dando per postulato il rischio di gravi ripercussioni economiche che le associazioni calcistiche avrebbero altrimenti subito in conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità delle norme da loro emanate a disciplinare il trasferimento dei calciatori.

8. L'eresia

Come si è scritto, – per quante perplessità possa destare (e abbia destato) l'impiego del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa – vi sono valide ragioni (discendenti dai principi ordinamentali nazionali; dovendosi invece escludere la possibilità di applicare un principio comunitario) per condividere questo nuovo traguardo del processo amministrativo (sempreché si abbia l'accortezza di conciliare la tutela del legittimo affidamento con l'obbligo costituzionale di assicurare ai soggetti lesi dall'attività della P.A. una tutela giurisdizionale effettiva, secondo il monito espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*^[81]).

Altro è a dirsi della modulazione nel tempo degli effetti d'una sentenza da parte di un giudice nazionale con l'obiettivo di sospendere l'applicazione di una norma UE di effetto diretto.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE e, soprattutto, nell'estensione del *prospective overruling* anche al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE svela l'insostenibilità dogmatica (e l'eresia

comunitaria) delle due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria.

Concorrono a suffragare questa conclusione, due notazioni: una (risolutiva) di carattere processuale; l'altra (corroborante) di sostanza.

La prima (che è sì di carattere processuale, ma si riverbera nella sostanza del principio di uniforme applicazione del diritto UE) è di chiara evidenza: l'invasione di campo dell'Adunanza plenaria in una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha chiarito che *«gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione»*^[82].

Quanto il giudice comunitario ha didascalicamente spiegato con l'affermazione che questa sua conclusione si impone in ragione del fatto che, altrimenti, *«se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest'ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»*^[83].

Vero è che la Corte di giustizia si è pronunciata con riferimento alla (im)possibilità del giudice del rinvio di modulare nel tempo gli effetti di una sentenza nazionale che facesse applicazione del principio di diritto affermato dal giudice comunitario all'esito di una interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

È, tuttavia, di immediata evidenza che quella sua statuizione (che si giustifica nell'impossibilità di *«attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente»*) non può non valere anche con riferimento a una interpretazione della norma UE e all'accertamento del contrasto con essa della norma nazionale, cui sia giunto autonomamente il giudice nazionale, senza coinvolgere nel giudizio – attraverso il rinvio pregiudiziale – la Corte di giustizia.

In effetti, il giudice comunitario ha, tuttavia, riconosciuto che – nella ricorrenza di particolari circostanze – *«il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere*

determinati effetti di un atto nazionale annullato»^[84]; ma ha avuto altresì cura di precisare che «una simile limitazione può essere ammessa unicamente nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta»^[85].

La Corte di giustizia ha, invero, precisato che, *«anche a voler ritenere che considerazioni analoghe a quelle sottese [alla] giurisprudenza, sviluppata riguardo agli atti dell'Unione, possano condurre, per analogia e a titolo eccezionale, a una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma, una siffatta sospensione, [è comunque nel rispetto delle] condizioni [che] potrebbero essere determinate solo dalla Corte»^[86].*

In questo modo, la Corte di giustizia ha, dunque, assegnato a se stessa il monopolio dell'esercizio di quell'eccezionale facoltà di acconsentire alla momentanea sospensione degli effetti conformativi di una norma UE sulle norme e sugli atti amministrativi nazionali^[87], ancorché, eventualmente, delegandone l'attuazione concreta al giudice nazionale sulla base di principi astratti (a valere quali condizioni di legittimazione all'esercizio del *prospective overruling*) da essa previamente definiti^[88].

Quanto sarebbe sufficiente a escludere la compatibilità comunitaria delle sentenze in commento.

E, dunque, la stessa possibilità che queste due statuizioni abbiano giuridica efficacia nel nostro ordinamento.

Invero – in somiglianza con quanto affermato dalla Corte di giustizia con riguardo agli effetti di un giudicato coinvolgente le competenze esclusive delle istituzioni UE e quindi la giurisdizione del giudice comunitario^[89] – si tratta di atti *ultra vires*, insuscettibili di produrre alcun giuridico effetto, perché destinati a incidere là (sulla *primauté* delle norme UE) dove nessun giudice nazionale può statuire^[90].

Donde, anche in questo caso, le sentenze in commento sono *inutiliter datae*^[91].

Inutile, dunque, soggiungere che l'Adunanza plenaria ha persino violato tutti i principi giurisprudenziali (a valere quali presupposti di legittimazione all'esercizio dell'eccezionale facoltà di modulare gli effetti nel tempo delle sentenze dichiarative di una violazione di una norma UE): primo fra tutti la sussistenza di un legittimo affidamento, vieppiù indotto dall'atteggiamento equivoco delle istituzioni comunitarie o degli altri Stati membri.

Quanto è, per vero, categoricamente da escludere nella vicenda dei rinnovi automatici delle concessioni demaniali, la cui illegittimità era da tempo stata dichiarata dal giudice comunitario^[92].

Ciò che è testimoniato dalla stessa argomentazione dell'Adunanza plenaria, a escludere la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giustificata dall'affermazione che «*Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. "giurisprudenza Cilfit"*»^[93] non vi è l'obbligo del rinvio, altrimenti prescritto come cogente per le autorità giurisdizionali di ultima istanza.

Vale a dire (nel richiamo alla sentenza *Cilfit*) la ricorrenza nel caso concreto dei presupposti teorici dell'*acte clair*: «*la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*»^[94].

Ciò che difficilmente si acconcia al legittimo affidamento di chi abbia confidato sulla validità della norma contrastante con il principio perentoriamente (e inequivocabilmente) dichiarato dalla Corte di giustizia.

Donde, conclusivamente, l'insussistenza dei presupposti processuali (l'autorizzazione della Corte di giustizia) e di sostanza (il legittimo affidamento) che, eccezionalmente, consentirebbe al giudice nazionale di disporre la «*sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma*»^[95], senza con ciò infrangere i fondamentali principi comunitari del primato e della uniforme applicazione del diritto UE e senza invadere una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Da ciò consegue, secondo quanto recentemente statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Randstad*^[96], che «*In una situazione del genere, il rimedio contro la violazione [del diritto UE] derivante dalla giurisprudenza del supremo giudice amministrativo consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro*».

Di più, trattandosi, qui, di un giudice che ha preteso di farsi legislatore (comunitario), sarà possibile altresì annullare le due sentenze dell'Adunanza

plenaria con un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., non essendovi dubbio di un eccesso di potere giurisdizionale^[97].

Quanto, appunto, conferma che le sentenze in commento sono *inutiliter datae*.

1. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18. Quantunque differenti siano gli estensori e (in parte) la composizione dei collegi, pressoché identico è il loro contenuto.
2. Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ha statuito che «l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo». Non è, tuttavia, del problema di diritto sostanziale che si vuole qui scrivere. Al proposito, si rinvia a F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in Rivista CERIDAP, fascicolo n. 3/2021.
3. Problematica già da tempo affrontata e risolta da Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*, ove appunto si legge che «Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni».
4. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13 si era, in effetti, già espressa nel senso che «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'obiettivo 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». Quanto era già stato anticipato da Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755, con la quale – per la prima volta – si è affermato che la «sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche i consueti effetti *ex tunc* di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli *ex nunc*». E ciò in ragione del fatto che, nella particolare vicenda in contenzioso, «l'annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice *ex lege* l'associazione appellante». Su di essa hanno scritto, in senso critico, A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e*

- “non annullamento dell’atto illegittimo”, in Urb. app., 2011, 936 ss.; E. Follieri, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in Giur. it., 2012, 438 ss.; L. Bertozzi, *Sentenza che accoglie l’azione di annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?*, in Dir. proc. amm., 2012, 1128 ss.. Ugualmente critico è il commento di M. Macchia, *L’efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in Giorn. dir. amm., 2011, 1310 ss., il quale tuttavia conclude nel senso che «*se, da un punto di vista teorico, l’ingresso nel processo amministrativo del potere di precisare l’efficacia della sentenza di annullamento, sotto le due forme dell’annullamento ex nunc ovvero della dichiarazione di perduranza degli effetti di un atto invalido, sembra a chi scrive un percorso del tutto naturale e in linea con i processi di maturazione degli strumenti a tutela dei privati, la cui paternità è tradizionalmente delle corti giurisdizionali, da un punto di vista pratico, si registrano viceversa maggiori perplessità*». Prima di allora, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/3/2011, n. 1488 era giunto ad affermare l’irretroattività della sentenza in esito a valutazioni equitative che l’avevano condotto a individuare una soluzione intermedia (tra l’accoglimento e la reiezione del ricorso) che tenesse «*ragionevolmente conto delle posizioni in conflitto*». Quanto pareva giustificarsi, piuttosto che con la negazione degli effetti *naturaliter* retroattivi d’una sentenza d’annullamento, nell’applicazione del principio ritraibile dall’art. 1227 c.c., che esclude dal risarcimento il danno imputabile al concorso colposo del danneggiato. Donde, l’impossibilità di ricavarne una qualunque indicazione dogmatica a consentire di modulare nel tempo gli effetti della sentenza d’annullamento.
5. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 6. Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88.
 7. Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, ove appunto si legge: «*Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*».
 8. Corte costituzionale, 8/4/1991, n. 168.
 9. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 10. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 11. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 12. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 13. Al proposito, si rinvia a M. Giavazzi, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull’autonomia processuale degli Stati dell’UE)*, Napoli, 2021.
 14. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 15. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 16. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 17. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 18. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 19. C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di*

annullamento, in Dir. proc. amm., 2012, 282, sostiene che «*se il provvedimento amministrativo è sin dall'origine, illegittimo, e per ciò da quando è divenuto efficace, la sentenza del giudice, che ne accerta l'illegittimità e per questo l'annulla, non può che avere effetto retroattivo*». Quanto (l'effetto retroattivo della sentenza d'annullamento) costituisce, del resto, affermazione risalente. In questo senso, A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato, Napoli, 1963, 412, così definiva gli effetti delle decisioni di annullamento: «*Esso consiste infatti nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione ex tunc della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione ex tunc di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere*».

20. Come osserva R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008, 1105, a partire dal celebre *arrêt AC!* (CE Ass. 11/5/2004), anche la giurisprudenza francese ha dato avvio a un percorso giurisprudenziale inteso ad affermare un «*relâchement du lien entre annulation et effet rétroactif*», consentendo la modulazione degli effetti retroattivi della sentenza ogniqualvolta la naturale retroattività della sentenza («*l'acte annulé soit regardé comme étant jamais intervenu*») comporti «*conséquences manifestement excessives*». Sulla prospettiva d'Oltralpe, si rinvia al recente scritto di M. Condorelli, *Modulation des effets de l'annulation et protection de la sécurité juridique de la part du juge de l'excès de pouvoir*, in Dir. econ., 2021, 269 ss., la quale spiega come nella giurisprudenza del *Conseil d'État* l'esercizio della potestà di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è eccezionale, volendosi riaffermare ogniqualvolta la regola generale della retroattività, sia pure giustificando talvolta la deroga a quel principio all'esito di un bilanciamento costi-benefici (certezza del diritto vs. legalità) della modulazione degli effetti della sentenza, da valutarsi in una istruttoria *ad hoc*, dovendo il giudice sollecitare al proposito il contraddittorio tra le parti. Quanto, per certi versi, vale a rinvigorire l'antico adagio «*juger l'administration, c'est encore administrer*». Ciò che allontana tuttavia il giudice amministrativo dall'esercizio della funzione giurisdizionale. Vi è, tuttavia, (come osserva l'A.) che nel processo amministrativo francese emerge – a differenza di quanto accade da noi – una marcata funzionalizzazione dell'azione alla tutela della legalità obiettiva. Quanto non consente di importare superficialmente nel nostro ordinamento acquisizioni dogmatiche e evoluzioni (ma forse meglio sarebbe dire involuzioni) giurisprudenziali, che hanno attecchito in un differente sistema processuale. Invero, in quel diverso ordinamento, orientato alla tutela della legalità obiettiva e dunque conformato a una più blanda verifica della legittimazione al ricorso, non necessariamente la scelta di non fare retroagire gli effetti della sentenza si riverbera nella negazione della tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive. Com'è, invece, inevitabilmente da noi.
21. In effetti, nei Paesi di *common law* è espressamente previsto che nel caso di mutamenti giurisprudenziale i giudici «*terranno a mente i pericoli insiti nel disturbare retroattivamente la base du cui sono stati conclusi contratti, o le negoziazioni in materia proprietaria o fiscale, come pure le particolari esigenze di certezza in materia penale*» (così il *Practice Statement* del 1966 nella traduzione offerta da V. Varano - V- Barsotti, *La*

tradizione giuridica occidentale, I, *Testi e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2006, 304). Non pare, tuttavia, si possa sovrastimare quanto accade in Gran Bretagna, nella considerazione del differente ruolo che vi svolge la giurisprudenza nella formazione delle norme giuridiche e il differente effetto conformativo dello *stare decisis*. Nondimeno, quella prassi giudiziaria è indiziaria dell'esigenza – per così dire – di carattere globale di conciliare i principi di legalità e di certezza del diritto, talvolta sacrificando il primo a tutela del secondo.

22. F. Satta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospettive 'outruling'*, in giustamm.it, 2018, risolve sbrigativamente la questione con l'osservazione d'ordine pratico che «sostenere di non applicare il *prospective outruling* perché non è in potere della giurisprudenza stabilire il grado di retroattività delle proprie determinazioni, all'uopo occorrendo una disposizione legislativa ad hoc, sembra alquanto anacronistico ove si consideri, a tacer d'altro, che già da tempo il giudice amministrativo, pur non essendo facultato da alcuna norma processuale a disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, ritiene di potere temperare la tradizionale regola dell'efficacia retroattiva di tali pronunce».
23. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755. A commento della sentenza, si veda, tra gli altri, F. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento*, cit., 1128 ss., il quale ritiene che fosse possibile realizzare altrimenti l'obiettivo dichiarato di meglio soddisfare l'interesse del ricorrente alla migliore tutela dell'ambiente, svolgendo (o modificando d'ufficio la domanda di annullamento in) una domanda di condanna a un *facere* della P.A. (la rinnovazione del procedimento pianificatorio con acquisizione della VAS). Quanto, tuttavia, sarebbe compatibile con il principio dispositivo solo a intendere (come l'A. suggerisce) la domanda di condanna pubblicistica implicitamente contenuta nella domanda di annullamento. Ciò che – per vero – pare sollevare perplessità d'ordine dogmatico forse anche superiori a quelle che sollecitano il *prospective outruling*. Al proposito, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 937, osserva che, peraltro, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non è nemmeno idonea al perseguimento dell'obiettivo, giacché «ai fini della applicazione di un divieto elemento della fattispecie è anche la illegittimità del divieto [sicché] se il divieto è stato posto da un atto illegittimo, la sua violazione non è sanzionabile. E nel nostro caso lo stesso Consiglio di Stato ha accertato l'illegittimità dell'atto».
24. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 143, afferma il «carattere non assoluto alla retroattività dell'annullamento» con riguardo all'annullamento d'ufficio, in ciò rifacendosi al classico insegnamento di G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 214. Nondimeno, egli esclude la possibilità di graduare gli effetti dell'annullamento nell'esercizio di una funzione giurisdizionale o para-giurisdizionale, con riferimento alle quali «non si potrebbero graduare gli effetti dell'annullamento dell'atto se non in presenza di norme derogatorie espresse, le quali proteggessero determinate situazioni giuridiche soggettive anche contro gli effetti della sentenza o dell'atto ad essa materialmente

assibilabile».

25. Casi che – secondo taluni autori – dovrebbero essere, tuttavia, individuati attraverso l'intermediazione della legge, così come previsto dall'art. 113, comma 3, Cost., che, appunto, prevede che «*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblicazione amministrativa nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*». In questo, senso, tra gli altri, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 938. M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze*, cit., 1313, obietta tuttavia che la norma costituzionale si giustificò storicamente quale soluzione di compromesso sulla rivendicazione di Calamandrei che «*della lesione dei diritti fosse unico giudice quello ordinario*», volendo appunto il Costituente con quella formula rinviare al legislatore ordinario il riparto di compiti tra le giurisdizioni e la soluzione del contrasto. Così che la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non sembra, per vero, contrastarla.
26. Quanto parrebbe porsi in contrasto con il carattere tipico dell'azione di annullamento, in violazione del più generale principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo. In questo senso, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 938.
27. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
28. In questo senso, M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze*, cit., 1315, individua l'ostacolo di una azione di accertamento nel processo amministrativo nell'art. 34 c.p.a, nel richiamo a quanto sostenuto da B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 190, secondo il quale «*il provvedimento giurisdizionale dichiarativo, se rapportato alle situazioni soggettive, pone nel presente un criterio di qualificazione di fatti futuri in seguito alla ricognizione di fatti passati*».
29. M.A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in www.federalismi.it, 2021.
30. Sulla funzione nomofilattica («*le garanzie che mirano a far sì che il giudice, nella premessa maggiore del suo sillogismo, ponga una massima giuridica conforme alla legge*») si rinvia al fondamentale insegnamento di P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte seconda), Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VII, Roma, 2019. Quanto ci consente di avvertire che, «*Quando si parla di una interpretazione vera, contrapposta ad una interpretazione falasa della stessa legge, si intende sempre riferirsi ad un concetto di verità o di falsità relativa*» (ivi, pag. 99). Donde la constatazione – fondamentale ai fini che qui interessano – che «*la verità o la falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile e incerto*» (ivi, pag. 100). Così che la funzione nomofilattica, quantunque funzionale ad affermare la certezza del diritto nei suoi rapporti con la giurisprudenza dei giudici di merito (operando in coppia con la funzione di «*unificazione giurisprudenziale*»), è tuttavia inevitabilmente destinata a creare l'incertezza del diritto ogniqualvolta il giudice della nomofilachia sia chiamato a interpretare una legge oscura che ammette una molteplicità di interpretazioni. Donde, la necessità di salvaguardare la certezza del diritto rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica (che pure ne è il

principale strumento di garanzia), attraverso la modulazione nel tempo degli effetti della giurisprudenza del giudice della nomofilachia, ogniqualvolta si manifesti in concreto la natura ontologicamente variabile e incerta della sua giurisprudenza. Sicché, è senz'altro da condividere l'affermazione di A De Siano, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in Dir. proc. amm., 2019, pag. 1164, che «tra nomofilachia e prospective overruling corra un rapporto di strumentalità del tutto esclusivo».

31. Ad avvalorare questa prospettiva, è senz'altro interessante quanto si legge in Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20, *Randstad*: «A tal riguardo, il giudice del rinvio ritiene che, quando il Consiglio di Stato effettua un'applicazione o un'interpretazione di disposizioni nazionali che risulti incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte, esso eserciti un potere giurisdizionale di cui è privo. In realtà, eserciterebbe in tal caso un potere di produzione normativa che non rientrerebbe nemmeno nella competenza del legislatore nazionale. Ciò costituirebbe un difetto di giurisdizione che dovrebbe poter essere impugnabile».
32. P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte seconda), cit., 54.
33. P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte prima), Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019, 381, nel richiamo alle discussioni tenute nell'Assemblea Nazionale francese del 25/5/1790.
34. J.J. Rousseau, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, nella traduzione di G. Mennini, Parigi, 1796.
35. Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.
36. Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10, nella quale si legge: « Questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966) che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte; esso, tuttavia, non è privo di limiti. Anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le "situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili" ovvero i "rapporti esauriti". Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici ... Inoltre, come il limite dei "rapporti esauriti" ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito ... Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo. Del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali

europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale».

37. E. Follieri, *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato"*, prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto, in *Urb. app.*, 2018, 395, afferma che «il potere di modulare la portata temporale delle pronunce appartiene alle sentenze della Plenaria nella parte in cui dichiarano l'interpretazione della norma, non è un principio affermato per il giudice, quando annulli l'atto illegittimo e come possibile effetto della sentenza di annullamento».
38. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
39. A commento di essa, si veda E. Follieri, *L'Adunanza plenaria*, cit., 373 ss., il quale, in effetti, condivide l'estensione del *prospective overruling* alla norma sostanziale, ma nondimeno esprime delle perplessità sia in ordine al richiamo ai principi comunitari (giacché «Non si può pensare di applicare disposizioni dettate per il processo comunitario al processo amministrativo poiché ogni processo ha una sua sistematica e struttura che rendono i "trapianti" dall'uno all'altro forieri di possibili "rigetti"»), sia con riferimento alla giustificazione della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza interpretativa del giudice della nomofilachia amministrativa, nell'improprio richiamo all'art. 34 c.p.a. e all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990. A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1133 ss., del pari disconosce l'esistenza di un principio UE che attribuisca al giudice un potere di modulazione degli effetti annullamento. M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro it.*, 2018, III, 163 ss., obietta che l'Adunanza plenaria sarebbe incorsa nell'errore di assimilare la modulazione della sentenza di annullamento alla modulazione degli effetti della sentenza interpretativa e, comunque, oppone che, a differenza di quanto consentito alla Corte di giustizia dall'art. 274, comma 2, TFUE, manca una previsione analoga nell'ordinamento italiano, soggiungendo a conclusione che, oltretutto, il giudice amministrativo non avrebbe in questo modo tutelato un legittimo affidamento, bensì ragioni di interesse pubblico (la tutela del paesaggio).
40. Si dubita che il *prospective overruling* possa essere impiegato a paralizzare nel tempo l'efficacia di una norma di diritto sostanziale, essendo esso piuttosto riferibile alle sole norme processuali. Quanto corrisponde all'insegnamento di Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019 n. 4135, volendo essa individuare il suo presupposto legale nell'art. 153 c.p.c., alla stregua del quale «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini». Sicché, un simile potere di interferire con l'efficacia di una legge «non è conferito al giudice in presenza di orientamenti interpretativi innovativi di norme di diritto sostanziale che incidono su atti di

- autonomia privata o fatti illeciti o comunque compiuti, sui quali neppure al legislatore è consentito di intervenire (arg. ex art. 11 disp. gen.), vertendosi su un terreno extraprocessuale cui è estraneo l'istituto della rimessione in termini».* Ciò in sintonia, peraltro, con Consiglio di Stato, Ad. plen., 23/2/2018, n. 1, che ha, appunto, definito i presupposti che cumulativamente devono ricorrere per giustificare la modulazione nel tempo delle sentenze del giudice della nomofilachia amministrativa: *«a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte».* In senso contrario, si è di recente espresso A. De Siano, *Il prospective overruling*, cit., pag. 1165, il quale ritiene *«ancor meno persuasiva la utilizzazione del prospective overruling nei confronti delle sole disposizioni di natura processuale, in quanto il potere nomofilattico può essere esercitato verso qualunque disposizione, pure di natura sostanziale».*
41. TAR Molise, 5/3/2018 n. 117, ove si afferma che *«la limitazione pro futuro degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza Plenaria equivale alla creazione di una norma transitoria, in funzione para-normativa che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost».*
 42. Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*.
 43. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
 44. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
 45. E. Follieri, *L'ingegneria processuale*, cit., 2012, 438 ss., osserva al proposito che *«Qui non si tratta di recepire principi del diritto comunitario, ma di voler applicare una disposizione dettata per un giudizio ad altro giudizio. Ogni processo ha le sue regole che non possono disinvoltamente trasmigrare da uno ad altro processo».*
 46. Corte di giustizia, 30/9/1982, causa 108/81, *Amylum*.
 47. Corte di giustizia, 2/9/2021, causa C-180/20, *Commissione/Consiglio (Accord avec l'Arménie)*.
 48. Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-660/13, *Consiglio/Commissione*. Nello stesso senso, anche Corte di giustizia: 20/9/2017, causa C-183/16, *Tilly-Sabco/Commissione*, 1/12/2015, cause riunite C-124/13 e C-125/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/4/2015, causa C-28/12, *Commissione/Consiglio*; 26/11/2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione/Consiglio*; 22/10/2013, causa C-137/12; 6/9/2012, causa C-490/10, *Commissione/Consiglio*; 1/4/2008 cause riunite C-14/06 e C-295/06, *Parlamento e Danimarca/Commissione*. In questo senso, recentemente, si è espresso anche il Tribunale UE, 9/6/2021, causa T-665/29, *Ryanair*, che ha altresì considerato che la retrodatazione degli effetti della sentenza avrebbe negativamente inciso su di *«un contesto economico e sociale già funestato dalla pandemia di COVID-19».* Altre volte, la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento si giustifica nel perseguimento dell'obiettivo di *«evitare una discontinuità o una regressione nell'attuazione di politiche*

- condotte o sostenute dall'Unione, come in materia di protezione dell'ambiente o di sanità pubblica»* (Tribunale UE, 27/1/2021, causa T-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*. In questo senso, anche Corte di giustizia: 16/4/2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/11/2006, causa C-414/04, *Parlamento/Consiglio*; 25/2/1999, cause riunite C-164/97 e C-165/97, *Parlamento/Consiglio*).
49. Tribunale UE, 13/12/2018, cause riunite T-339/16, T352/16 e T-391/16, *Portogallo/Commissione*. Quanto corrisponde a un risalente principio affermato da Corte di giustizia 29/6/1988, causa 300/86, *Van Landschoot*.
50. Corte di giustizia, 22/12/2008, causa C-333/07, *Régie Networks*.
51. Corte di giustizia, 9/2/2017, causa C-585/15, *Raffinerie Tirlémontoise*, ove si legge: *«qualora lo giustifichino esigenze imperative di certezza del diritto, la Corte può avvalersi, in forza dell'articolo 264, secondo comma, TFUE, applicabile per analogia anche nell'ambito di un procedimento pregiudiziale vertente sulla validità degli atti dell'Unione, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di un potere discrezionale per stabilire, in ciascun caso concreto, quali effetti di tale atto debbano considerarsi definitivi»*.
52. Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.
53. Risalgono a questo primo periodo tre coeve sentenze nelle quali la Corte di giustizia statui che l'accertata illegittimità di un regolamento comunitario *«non consente di rimettere in discussione la riscossione o il versamento degli importi compensativi monetari effettuati dalle autorità nazionali, in base a detto regolamento, per il periodo anteriore alla data della presente sentenza»* (Corte di giustizia: 15/10/1980, causa 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*; 15/10/1980, causa 109/79, *Maiseries de Beauce*; 15/10/1980, causa 145/79, *Roquette Frères*; nelle tre sentenze, il principio è riproposto pressoché con la medesima espressione letterale). Ciò che condusse la Corte di giustizia a escludere dagli effetti della sentenza anche quegli stessi soggetti coinvolti nel giudizio di rinvio. Quanto difficilmente reggerebbe, ora, la verifica di compatibilità di quella giurisprudenza con l'art. 24 Cost. (a valere quale controlimite). Ma – come vedremo – la giurisprudenza della Corte di giustizia si è però, poi, raffinata, escludendo dalla modulazione nel tempo degli effetti della sentenza coloro che *«abbiano proposto un ricorso giurisdizionale o presentato un reclamo equivalente»* (Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*).
54. R. Baratta, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?*, in Giust. civ., 2006, 2275. Ciò perché *«Tale possibilità si fonda infatti sull'interpretazione dell'art. [264 TFUE], in considerazione del rapporto di necessaria coerenza tra il rinvio pregiudiziale nell'ambito del quale la Corte si pronuncia sulla validità di un atto comunitario e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono i due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato»* (Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*).
55. Eppure – come si è dinanzi anticipato – la prima applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE si è avuta nella sentenza Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*, con riferimento a una sentenza interpretativa. Dunque, in una situazione processuale non consentita da alcuna norma dei Trattati (nemmeno amplificata nel suo perimetro di azione dall'estensione analogica del suo precetto).

56. Difatti, «*L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. [267 TFUE] chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore [sicché] la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*» (Corte di giustizia, 27/3/1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*).
57. Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*.
58. P. Mariani, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generali e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 636.
59. Corte di giustizia, 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège*.
60. Come ci rammenta la stessa Corte di giustizia, «*secondo costante giurisprudenza, il principio della certezza del diritto costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale esige, segnatamente, che la normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza*» (Corte di giustizia, 26/10/2006, causa C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun*). Quanto è direttamente da essa collegato al principio del legittimo affidamento, che «*costituisce il corollario del principio della certezza del diritto ... ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario*» (Corte di giustizia, 15/2/1996, causa C-63/93, *Duff*).
61. Corte di giustizia, 5/3/1996, cause riunite 46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*.
62. Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità*.
63. Questo (consolidato) orientamento giurisprudenziale è stato da ultimo così riassunto dalla Corte di giustizia: «*conformemente ad una giurisprudenza costante, l'interpretazione che la Corte dà di una norma del diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione [sicché] Solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, vale a dire la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti*» (Corte di giustizia, 18/11/2021, causa C-413/20, *Bluetail Flight School*).
64. Corte di giustizia, 11/8/1995, cause riunite da C-367/93 a C-377/93, *Roders*.
65. Corte di giustizia: 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*. In questo senso anche Corte di giustizia: 9/9/2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani*; 14/9/1995, causa C-485/93, *Simitzi*. In ragione di ciò (a volere realizzare un utile compromesso tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il principio della certezza del diritto) l'Avvocato Generale Antonio

Tizzano nelle sue conclusioni nella causa C-292/04 suggerì di ammettere a usufruire della normale retroattività della sentenza interpretativa solo chi avesse intrapreso un'azione giudiziaria anteriormente alla pubblicazione sulla GUUE dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giacché «*si può ragionevolmente ipotizzare che è da quella data che la possibilità di un recupero abbia avuto adeguata pubblicità e che quindi si sia risvegliata l'attenzione anche dei soggetti meno diligenti*». In tal modo, dunque, discriminando tra chi si fosse diligentemente adoperato per la tutela dei propri diritti (e che sarebbe ingiustamente frustrato dall'irretroattività della sentenza) e chi, invece, avesse sostanzialmente prestatato acquiescenza all'atto comunitariamente illegittimo. Quanto si tradusse poi nella seguente affermazione dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle sue osservazioni nella causa C-475/03: «*Se un'eccezione dev'essere stabilita a favore di azioni avviate prima di una certa data ... essa deve soddisfare le seguenti condizioni: dev'essere la più oggettiva possibile; deve dare la possibilità di distinguere il più possibile tra le azioni avviate tempestivamente, nella convinzione che fossero realmente fondate, e nondimeno con un certo rischio vista l'incertezza del loro risultato, e quelle avviate in epoca successiva, nella prospettiva di un successo considerato abbastanza probabile; e deve essere tale da risolvere efficacemente il problema posto dal numero estremamente elevato di ricorsi*».

66. Corte di giustizia: 16/7/1992, causa C-163/90, *Administration des douanes e droits indirects/Legros e a.*; 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège*.
67. Corte di giustizia, 4/5/1999, causa C-262/96, *Sürül*.
68. R. Baratta, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne*, cit., 2276, sostiene che, in linea di principio, «*una pur soggettivamente ristretta retroazione della sentenza è stata in principio salvaguardata*». Ma si tratta, appunto, di una prassi ordinariamente seguita. Non di un imperativo categorico, come pure i principi fondamentali del nostro ordinamento, invece, richiederebbero, secondo quanto statuito da Corte costituzionale, 21/4/1989, n. 232. Invero, Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83, *Produits de maïs*, ha statuito che «*Spetta quindi alla Corte, qualora si valga della possibilità di limitare l'efficacia in passato di un accertamento d'invalidità nell'ambito dell'art. [267 TFUE], il determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale della sentenza possa essere fatta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro operatore economico che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero, anche per gli operatori economici che abbiano preso tempestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti, la dichiarazione d'invalidità con effetto solo ex nunc costituisca un rimedio adeguato*». Allo stesso modo, anche Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*.
69. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*.
70. Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*.
71. Corte di giustizia, 15/9/1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*.
72. Nelle cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, si era sostenuto dalle parti coinvolte nel giudizio che «*Mentre, allorché la Corte si limita a dichiarare il significato di una disposizione, è lecito ritenere spontaneamente che l'interpretazione valga dal momento in cui*

la disposizione interpretata è entrata in vigore; la situazione è diversa quando la sentenza colma le lacune del sistema apparendo come una sorta di diritto pretorio. Nella prima ipotesi, nulla si oppone all'efficacia retroattiva della sentenza d'interpretazione allorché essa fa sorgere per i soggetti privati nei confronti degli Stati membri, diritti soggettivi che i giudici nazionali debbono tutelare, ma se la sentenza fa sorgere obblighi a carico dei privati, bisogna accertare che l'effetto "ex tunc" della sentenza stessa non contraddica elementari esigenze di certezza del diritto. L'efficacia retroattiva della sentenza interpretativa non presenta difficoltà nella misura in cui il significato attribuito dalla Corte alla norma interpretata costituisce uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune. Al di fuori di tal caso, l'efficacia "ex tunc" della sentenza interpretativa è ammissibile solo nella misura in cui il diritto comunitario non escluda, a certe condizioni, l'efficacia retroattiva dei suoi atti normativi».

73. Corte di giustizia, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Meridionale industria salumi*.
74. Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nella causa C-475/03.
75. Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*.
76. Corte di giustizia, 23/5/2000, causa C-104/98, *Buchner*.
77. Corte di giustizia, 11/8/1995, causa C-367/93, *Roders e a./Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*.
78. P. Mariani, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali*, cit., 2007, 639.
79. Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-228/05.
80. Corte di giustizia, 15/12/1995, causa C-415/93.
81. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
82. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*.
83. Corte di giustizia, 25/6/2020, causa C-24/19, *A e a. (Impianti eolici ad Aalter e Nevele)*.
84. Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*.
85. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*.
86. Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*.
87. M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling*, cit., 163 ss., sostiene di contro «l'indifferenza del giudice comunitario sulla questione». Quanto, tuttavia, non è condivisibile.
88. Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*.
89. Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*.
90. Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik* ha eccezionalmente consentito al giudice nazionale di «concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo adottato a stregua di un regolamento comunitario [illegittimo]», in tal modo acconsentendo alla (indiretta) sospensione dell'efficacia delle norme UE da parte delle autorità giurisdizionali dei singoli Stati membri, così da infrangere (provvisoriamente) il dogma della uniforme applicazione del diritto UE. Ma ciò essa ha acconsentito di fare solo perché non vi era altra via per coniugare il principio del primato del diritto

comunitario e della sua uniforme applicazione e quello di effettività della tutela giurisdizionale di cui è imprescindibile espressione la tutela cautelare (N. Trocker, *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 445). Quanto già di per sé aveva, tuttavia, sollevato commenti critici. In questo senso, tra gli altri, J. Mertens de Wilmars, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in SEW, 1986, 40. È, dunque, da escludere che la sospensione provvisoria dell'efficacia delle norme UE possa giustificarsi persino a detrimento dell'effettività della tutela giurisdizionale, per il soddisfacimento del legittimo affidamento eventualmente indotto dall'equivocità della norma comunitaria. Invero, quel legittimo affidamento (se sussistente, come non lo è nella vicenda in esame) potrebbe esaustivamente essere tutelato a livello accentrato dal giudice comunitario, senza compromettere le esigenze della *primaauté* comunitaria e, soprattutto, senza infrangere l'uniforme applicazione delle norme UE sull'intero territorio comunitario.

91. M. Giavazzi, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in Riv. ital. dir. pubbl. com., 2019, 683 ss.
92. Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.
93. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
94. Corte di giustizia, 6/10/1982, causa 283/81, *Cilfit*.
95. Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*.
96. Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20.
97. In questo senso, nell'affermazione di un più generale principio, Cassazione civile, Sez. un., 4/6/2021, n. 15569 «*L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, denunciato in sede di ricorso alle Sezioni Unite di sentenza di giudice speciale, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*».