

L'OVERRULING TRA TEORIA GENERALE E DIRITTO AMMINISTRATIVO

A cura di MATTEO MAGNARELLI

1. Il “problema” dell’overruling; 2.1. Overruling sostanziale o overruling processuale?; 2.2. La fonte del “problema”; 3. Il precedente giurisprudenziale in prospettiva teorico-generale e dogmatica; 4. Overruling: indeterminatezza e rimedi; 5. Limiti al potere creativo della Plenaria con particolare riferimento all’ipotetico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea; 6. Osservazioni conclusive. L’adozione definitiva dell’istituto dell’overruling nell’ordinamento nazionale.

1. Il “problema” dell’overruling

Negli ultimi anni la giurisprudenza nazionale ha iniziato a fare ricorso al termine “*overruling*” sempre più spesso richiamando, il più delle volte, il provvedimento cardine sul tema, ossia la sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite l’11 luglio 2011, n. 15144¹.

Il frequente utilizzo del termine inglese ha portato al fiorire di un intenso dibattito dottrinario² e giurisprudenziale volto a chiarirne la portata pratica ed i limiti di inquadramento sistematico.

La trattazione del tema in esame risulta piuttosto complessa in quanto il problema dei mutamenti giurisprudenziali è assai vasto e interessa sostanzialmente ogni ramo del diritto. Esso impone riflessioni su temi generali che vanno dall’efficacia temporale della norma e della sentenza (Caponi, 1990: 1332 ss, 2006: 447 ss.), al ruolo del giudice (Patti, 2014: 114; Cappelletti, 1984; Taruffo, 1994), al valore del precedente (Croce, 2006: 1114) e finanche al sistema delle fonti (Pastore, 2014; Pizzorusso, 2007: 33; D’Elia & Renteria, 2008).

Un problema poliedrico, dunque, e dai confini tanto estesi da rendere assai ardua un’analisi e uno studio nella sua interezza. Per non rischiare di trattare l’argomento in modo superficiale, quindi, è bene circoscrivere il campo di indagine cercando di focalizzare lo studio, in questa sede, in particolar modo sulle caratteristiche e sui rimedi possibili a fronte di un *overruling* nell’ambito del sistema di giustizia amministrativa, non prima però di aver compiuto riflessioni teoriche sul tema.

L’*overruling*, come si dirà, è un istituto di evidente matrice anglosassone che però, più di recente, ha trovato applicazione anche in diversi Paesi di *Civil Law*³ (Morelli, 2011). In ogni Stato

¹ Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, in www.italgiure.giustizia.it.

² Per lo più nella dottrina civilistica.

esso ha assunto delle caratteristiche peculiari; d'altra parte sarebbe impensabile un trapianto, *sic et simpliciter*, di un istituto appartenente ad un certo sistema giuridico in qualsivoglia altro ordinamento diverso da quello di origine.

Come ben noto, l'*overruling* consiste nel mutamento giurisprudenziale di una precedente sentenza che aveva assunto il valore di precedente vincolante e, nella sua formulazione originaria, ha generalmente efficacia retroattiva⁴ (Ajani & Pasa, 2013: 285 ss.; Mattei, 1996: 161-166).

Esso, da istituto necessario all'evoluzione del diritto, passa a rappresentare un vero e proprio 'problema' qualora vada a confliggere con il principio del legittimo affidamento maturato dalle parti sul precedente vincolante (nei Paesi di *Common Law*) o sul precedente consolidato (nei Paesi di *Civil Law*). In tal caso ci si domanda se il nuovo orientamento dovrà avere efficacia *pro futuro* o retroattiva.

È evidente, però, che per comprendere quale valore temporale debba essere attribuito all'*overruling in malam partem*⁵, ci si deve accordare sul valore che il precedente giurisprudenziale venga ad assumere nell'ordinamento nazionale: qualora il precedente non fosse considerato in alcun modo vincolante, allora neppure avrà senso parlare di *overruling* nel significato sopra esposto.

Tali questioni sono state trattate nel 2011, nell'ambito del diritto processuale civile, in un lavoro di ricerca redatto dal Presidente dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione Morelli (Morelli, 2011), giungendo a soluzioni fondamentalmente diverse da quanto si dirà in questa sede. I frutti di tale opera sono poi stati trasposti nella già citata sentenza della Cassazione SS.UU. 15144/2011⁶ di cui lo stesso presidente Morelli è estensore, la quale, ad oggi, rappresenta lo "stato dell'arte" in materia di *overruling*⁷.

In tale sentenza, avente ad oggetto il mutamento di giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine al termine di impugnazione delle sentenze del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche

³ Tra cui Francia, Spagna, Germania e Svizzera.

⁴ L'*overruling* rappresenta, insieme al *distinguishing*, al *prospective overruling* e all'*anticipatory overruling*, la concreta possibilità per il diritto vigente nei Paesi di *Common Law* di evolversi e di non venire ad assumere le caratteristiche dell'immutabilità e dell'eccessiva staticità.

⁵ Per ragioni di sintesi è così che intendo indicare il mutamento giurisprudenziale preclusivo per una delle parti processuali che aveva maturato un legittimo affidamento su un precedente orientamento giurisprudenziale poi disatteso (*overruled*) da una successiva sentenza.

⁶ Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*

⁷ A tale sentenza ha fatto seguito numerosa giurisprudenza, tra le ultime Cass., sez. VI, ord. 3 settembre 2013, n. 20172, in www.italgiure.giustizia.it; Cass., SS.UU., sent. 16 giugno 2014, n. 13676, in www.italgiure.giustizia.it; e ordinanza Cass., sez. VI, ord. 9 gennaio 2015, n. 174, in www.italgiure.giustizia.it.

(TSAP), i giudici della Suprema Corte hanno adottato di fatto il meccanismo del *prospective overruling*, ma in linea teorica hanno affermato la possibilità di optare per il rimedio più opportuno in relazione alle singole fattispecie. Ciò non ha fatto altro che generare confusione sia in ambito processual-civilistico sia, come si dirà meglio in seguito, nell'ambito del diritto amministrativo.

I giudici hanno ritenuto che l'opzione di fondo, che ha visto divisa anche la dottrina, resti quella tra il giudicare rituale, e quindi insuscettibile di invalidazione *ex post*, l'atto compiuto nel vigore e in conformità alla precedente giurisprudenza, ed il considerarlo, invece, ora per allora, invalido, per difformità rispetto alla norma di riferimento come successivamente reinterpretata, con l'attivazione, in questo secondo caso, di meccanismi di tutela dell'affidamento che la parte abbia riposto in un pregresso diritto vivente di cui non fosse prevedibile il mutamento.

La giurisprudenza riconosce il merito alla sent. 15144/2011 delle Sezioni Unite di aver posto alcuni punti fermi sul tema dell'*overruling* nell'ordinamento italiano. Si ritiene, infatti, debba parlarsi di *overruling* quando il mutamento giurisprudenziale abbia ad oggetto una norma processuale, sia repentino ed imprevedibile, e produca un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa di una delle parti del processo.

È bene però che i medesimi problemi siano affrontati anche in ambito processual-amministrativistico, data la confusione che si è creata nelle pronunce di TAR e Consiglio di Stato e la peculiarità di questo settore del diritto. Bisogna ricordare, infatti, che il diritto amministrativo ha prettamente origine giurisprudenziale, tanto che i giudici amministrativi sono stati spesso capaci di anticipare le principali innovazioni legislative (De Lise, 2012: 8). Ne consegue che un fenomeno come quello dell'*overruling* e i problemi che porta con sé investono sicuramente in maniera rilevante il settore della giustizia amministrativa.

2.1. *Overruling* sostanziale o *overruling* processuale?

Ai fini dell'individuazione del problema dell'*overruling* e, quindi, della prospettazione dei possibili rimedi, occorre soffermarsi sulla distinzione tra *overruling* sostanziale e *overruling* processuale (Rolli, 2013: 591). La Corte di Cassazione⁸, come si è visto, ritiene che possa discutersi dei rimedi attuabili a tutela del legittimo affidamento quando il mutamento giurisprudenziale imprevedibile ed inaspettato abbia ad oggetto l'interpretazione di una norma processuale; diversamente, essa sostiene che il ribaltamento giurisprudenziale avente ad oggetto una norma sostanziale (*overruling* sostanziale) sia dotato di efficacia retroattiva e che ciò non comporti particolari problemi poiché è

⁸ Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*

soltanto in materia strettamente processuale che il mutamento repentino della giurisprudenza espone l'incolpevole parte, la quale aveva fatto affidamento sulla corrente interpretazione della regola processuale fino ad allora applicata, al rischio, imprevedibile, di una definizione in rito sulla sua pretesa.

Tuttavia, a parere di chi scrive una distinzione così netta tra il trattamento di *overruling* sostanziali e di *overruling* processuali non pare totalmente giustificata. Occorre domandarsi se anche dinanzi al mutamento giurisprudenziale di norme sostanziali si pongano gli stessi problemi che si presentano con le norme processuali e, in tal caso, estendere i rimedi previsti per l'*overruling* processuale anche al primo.

Si consideri a tal proposito che il confine tra norme processuali e norme sostanziali non è sempre ben definito e talune norme possono avere una duplice natura (Rolli, 2013: 592). Si pensi a titolo esemplificativo, nell'ambito del diritto civile, alla norma 1384 c.c. sulla riduzione della penale. La norma è stata oggetto dell'attenzione della Cassazione⁹ che in definitiva ha stabilito, in contrasto con l'ordinamento all'epoca dominante, la possibilità di ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva. La congruità, tra lo scambio del contratto e la clausola penale, ha ovviamente natura sostanziale, ma nel momento in cui si discute della rilevabilità d'ufficio di questa, allora il problema si sposta sul piano processuale.

Inoltre, sempre a parere di chi scrive i medesimi problemi dinanzi alla violazione del principio del legittimo affidamento possono porsi anche quando la natura della norma, sostanziale o processuale, sia ben chiara. Ad esempio, nell'ambito del diritto amministrativo, la mancata previsione di possibili rimedi dinanzi all'*overruling* sostanziale non si ritiene propriamente corretta.

Se, infatti, si dovesse applicare alla lettera l'orientamento della Cassazione, per cui meritevoli di tutela siano solo gli *overruling* processuali, rimarrebbero scoperti i mutamenti interpretativi di norme procedurali.

Occorre precisare, infatti, che, mentre le norme processuali, oggi codificate nel Codice del Processo Amministrativo (CPA), ovviamente, appartengono al diritto processuale, invece, le norme procedurali, che grosso modo possiamo ricondurre alla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, appartengono all'ambito del diritto sostanziale. Tuttavia, i medesimi problemi che si pongono per l'*overruling* delle norme processuali si possono ritrovare anche in riferimento alla norme procedurali, le quali appartengono al *genus* delle norme sostanziali. Di conseguenza, a

⁹ Cass., sez I, sent. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Corr. Giur.*, 2000, 68; poi confermata da Cass., SS.UU., sent. 13 settembre 2005, n. 18128, in *Riv. not.*, 2006, 198 ss..

talune condizioni, i rimedi che si considereranno esperibili per l'*overruling* processuale dovrebbero applicarsi anche alle norme procedimentali-sostanziali.

L'esigenza di tutela del legittimo affidamento caratterizza tanto le norme processuali quanto quelle procedimentali e lo si comprende notando che anche il mutamento repentino delle norme procedimentali espone l'incolpevole parte, che aveva fatto affidamento sull'interpretazione della regola, in questo caso procedimentale, fino ad allora applicata, al rischio, imprevedibile, di incorrere in una preclusione¹⁰.

2.2. La fonte del “problema”

Il mutamento giurisprudenziale dell'interpretazione della norma, sia essa sostanziale o processuale, è fisiologico all'interno di un ordinamento giuridico e non pone particolari problemi finché non produca una menomazione nella sfera giuridica del soggetto che aveva fatto affidamento sull'interpretazione consolidata. L'*overruling* di per sé, dunque, non è un problema, tutt'altro.

Si ritiene che i mutamenti giurisprudenziali fisiologici siano sempre esistiti e soddisfino l'esigenza evolutiva di ogni sistema giuridico, diversamente dai mutamenti giurisprudenziali patologici che, invece, si considerano aumentati in ogni settore del diritto, solo negli ultimi anni.

La ragione di tale aumento può essere ricondotta a “fattori esogeni”, comuni anche ai vari settori del nostro ordinamento, e “fattori endogeni”, invece, propri del solo diritto amministrativo.

Tra i fattori esogeni che hanno influito sulla questione dell'*overruling* si ricordano la forza espansiva dell'art. 6 CEDU, relativo alla tutela del diritto ad un equo processo, e l'art. 111 Cost. che esprime il principio del giusto processo, in particolare nell'estrinsecazione della ragionevole durata del processo.

L'attività esegetica dei giudici, dovendo ispirarsi a tali principi, ha portato al fiorire di interpretazioni maggiormente restrittive con riferimento ai tempi processuali. Ne sono un esempio le sentenze della Cassazione a Sezioni Unite sulla riduzione dei termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo¹¹ e quelle del Consiglio di Stato sul decorso del *dies a quo* per l'impugnazione in caso di esclusione dall'appalto¹².

Inoltre, le interpretazioni maggiormente restrittive da parte dei giudici con riguardo ai tempi processuali sono seguite anche alle numerose condanne dell'Italia per l'irragionevole durata dei

¹⁰ A conferma di ciò si approfondisca Cons. St., Ad. Plen., sent. 28 luglio 2011, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Cass., SS.UU., sent. 9 settembre 2010, n. 19246, in www.italgiure.giustizia.it.

¹² Cons. St., sez. III, sent. 28 agosto 2014, n. 4432, in www.giustizia-amministrativa.it.

processi da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Ancora una volta, quindi, la risposta dei giudici, seppur tardiva, viste le condanne CEDU, è stata sicuramente più efficace di quella del Legislatore italiano che, introducendo la Legge Pinto¹³ (L. 89/2001) nel tentativo di rimediare al problema delle lungaggini processuali, è riuscito a perseguire il paradossale effetto opposto. Infatti, tale intervento legislativo ha comportato un ulteriore aggravio del carico di lavoro per i giudici e un generale, ed aggiuntivo, rallentamento del sistema giustizia, prevedendo un rimedio del tutto inefficace.

D'altro canto, ad influire sui recenti mutamenti giurisprudenziali sono anche altri importanti fattori esogeni, quali la "crisi della norma giuridica ordinaria" e il "pluralismo giuridico" inteso come la situazione di coesistenza di una molteplicità di sistemi giuridici (o ordinamenti, o livelli, o insiemi ordinati di regole) che interagiscono su di un medesimo territorio (Guadagni, 1996: 7). Fattori, questi ultimi, che sono peraltro collegati e che portano ad una sostanziale incertezza del diritto, all'interno della quale assume una nuova forza il ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale (Grossi, 2014: 921 ss). Di conseguenza non si può più sostenere in epoca post-moderna che lo Stato sia l'unico produttore di diritto e che l'interprete (giudice) si debba limitare ad applicare la legge come mera "*bouche de la loi*".

La certezza del diritto perseguita con le codificazioni in epoca moderna, a cavallo tra Settecento e Ottocento, si è rivelata non essere idonea ad affrontare il Novecento, periodo storico in cui la società ha rivendicato il suo protagonismo. Il "castello di sabbia" della pretesa certezza del diritto perseguita mediante le codificazioni è venuto meno. L'epoca post-moderna è caratterizzata da tumultuosità, da una società in continuo divenire. Non è più il tempo di visioni statiche.

Di conseguenza, l'attività giurisprudenziale ha assunto il fondamentale ruolo di connettere la norma ai bisogni della società e "nel farsi interprete della 'legalità sociale' l'autorità giuridica è indotta a mediare fra istanze diverse e, a volte, confliggenti, dando vita ad un diritto, che qui definiamo 'sociale', proprio perché derivante dalla società che è chiamato a regolamentare, e che, nel proporsi come adeguato alla stessa, riconosce in questa 'adeguatezza' il limite invalicabile dell'attività interpretativa" (Cossutta, 2012: 93).

È stato fatto notare, per esempio, come non sia un caso che nelle attuali società postindustriali, postmoderne, ambientate in un quadro internazionale di globalizzazione percorso da conflitti sempre più diffusi e controllato da soggetti sempre meno visibili, i temi della validità e

¹³ Legge, n. 89 del 24 marzo 2001, G.U. 03/04/2001, modifiche introdotte dal D.L. 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 6 giugno 2013, n. 64 e dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134; legge volta a prevedere il ricorso straordinario in appello qualora un procedimento giudiziario ecceda i termine di durata ragionevole di un processo secondo i criteri stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

della vincolatività del diritto, così come quello della legittimità degli Stati e delle loro istituzioni costituiscono materia di continuo dibattito, di permanente incertezza e, soprattutto, di profondo dubbio (Ghezzi, 2009: 16). L'epoca della certezza del diritto è declinata, o meglio, "l'incertezza è allora la caratteristica naturale del diritto in quanto vivo ordinamento" (Benvenuti, 2006: 4031). La crisi dello Stato è andata di pari passo con la crisi della sua legislazione e, più in generale, con la sua incapacità crescente di affrontare e risolvere i problemi attraverso gli strumenti normativi (Ferrari, 2014: 308 ss).

Il Novecento ha riconosciuto, inoltre, un ruolo di grande importanza ai principi generali, e infatti, ha visto la nascita della Costituzione, testo nel quale sono contenuti i principi e i valori condivisi dalla società italiana rinata dopo le Grandi Guerre. E ancora, nuovi principi generali sono stati introdotti dal diritto comunitario. Principi ai quali spetterà al giudice dare un contenuto nei singoli casi di specie. Ne consegue in tal modo che la figura dell'organo giudicante è venuta ad assumere una sempre maggior importanza.

Il formalismo Sette-Ottocentesco è stato dunque superato e si è reso, altresì, necessario un ripensamento delle fonti del diritto. Infatti, se il modello piramidale di kelseniana memoria ha potuto ben descrivere il sistema delle fonti nell'epoca moderna, dominata dal positivismo filosofico, non può dirsi altrettanto in riferimento all'epoca post-moderna. Occorre, infatti, una nuova struttura che metaforicamente si può chiamare "a rete" perché le fonti del diritto si sono moltiplicate e detipicizzate (Pastore, 2014).

In definitiva, si può osservare come nonostante diritto e società tendano ad adeguarsi l'uno all'altra, sono assai frequenti i casi di squilibrio in cui la società anticipa il diritto. Sono questi casi di squilibrio che, probabilmente, determinano "la ciclica oscillazione dei sistemi giuridici fra i poli dell'ordine e del disordine, della certezza e dell'incertezza, del primato delle regole generali ovvero della libertà interpretativa o addirittura creativa del giudice, della razionalità e dell'irrazionalità" (Ferrari, 2014: 308 ss).

Ai fattori esogeni si affiancano anche fattori endogeni, come detto tipici del "sistema" di diritto amministrativo. Tali fattori sono individuati nell'introduzione del Codice del Processo Amministrativo (CPA), che recepisce espressamente i principi costituzionali e dell'Unione Europea, e nel rinnovato ruolo del giudice amministrativo. Tali fattori sono strettamente collegati e pertanto possono essere studiati congiuntamente.

L'entrata in vigore del CPA avrebbe potuto significare la relegazione della figura del giudice davanti alla pretesa esaustività delle codificazioni. Si è già detto infatti come, in epoca moderna, il positivismo più estremo abbia portato a concepire la figura del giudice quale mera "*bouche de la loi*" e a riconoscere alle codificazioni un'effimera esaustività.

Il CPA nasce, invece, in epoca post-moderna e presenta delle caratteristiche peculiari rispetto ai codici del passato: snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo e la piena garanzia del contraddittorio; razionalizzazione dei termini processuali; disciplina delle azioni e delle funzioni del giudice¹⁴.

Nonostante, quindi, vi sia stata nel 2010 l'introduzione del CPA, il ruolo del giudice amministrativo non è stato scalfito. Il codice, infatti, non persegue l'intento utopistico di regolare ogni possibile fattispecie come, invece, hanno fatto in passato i codici ottocenteschi. L'adozione del CPA ha realizzato l'obiettivo di redigere un testo "leggero", "a maglie larghe" (De Lise, 2010). Il CPA non è, dunque, un testo chiuso e completo nel quale il processo amministrativo è regolato nella sua totalità. In quanto tale, allora, esso "non segna certo la fine, e neanche il ridimensionamento, del ruolo del diritto pretorio nel e sul processo amministrativo" (Torchia, 2010: 2).

Visti gli intenti del codice del processo amministrativo, certamente diversi dalle pretese di esaustività dei codici di epoca positivista e considerata l'instabilità e problematicità del settore amministrativo, c'è chi (Nigro, 2002: 10) non esita a definire creativo il ruolo della giurisprudenza amministrativa, avvicinando sostanzialmente la figura del giudice a quella del Legislatore.

Il giudice in generale, ma ancor più il giudice amministrativo, assume un ruolo centrale e fondamentale. Lo sfondo sul quale si sviluppa tale tendenza è, come appena visto, quello dato dall'incertezza del diritto. A tale incertezza sopperiscono le sentenze giurisprudenziali che permettono almeno di recuperare la certezza del caso di specie.

Il CPA, infatti, risulta una codificazione innovativa per il diritto amministrativo come emerge anche dalla lettura dei primi articoli¹⁵, quando rimanda ai principi di origine costituzionale e comunitaria, o ancora, riconosce più ampi poteri al giudice amministrativo (poteri istruttori, diritto di accesso ai documenti, eccesso di potere) in modo da bilanciare il potere riservato alle Pubbliche Amministrazioni¹⁶. Peraltro, occorre notare come la giurisprudenza amministrativa abbia sempre fatto ricorso all'uso dei principi generali, accompagnando, spesso, alla statuizione della regola del caso concreto, l'orientamento della futura azione amministrativa.

¹⁴ Per ulteriori caratteristiche vedere relazione finale al codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ Si veda l'art. 1 CPA - "Effettività 1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". O, l'art. 2 CPA - "Giusto processo 1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo".

¹⁶ Si vedano gli articoli 63 ss. del CPA in materia di istruttoria; l'art. 116 CPA in materia di accesso ai documenti amministrativi; l'art. 29 per l'annullamento per eccesso di potere che, a conferma del potere del giudice amministrativo, risulta essere un istituto di matrice giurisprudenziale.

Oggi, il giudice amministrativo produce diritto e non più solo al fine di integrare la funzione creatrice del Legislatore: si spinge a tal punto da creare egli stesso diritto, tanto nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale (ad esempio eccesso di potere), quanto nell'ambito del diritto processuale (ad esempio nei casi di *overruling*).

3. Il precedente giurisprudenziale in prospettiva teorico-generale e dogmatica

Al fine di comprendere quale efficacia temporale, retroattiva o irretroattiva, debba avere il mutamento giurisprudenziale repentino ed inaspettato (*overruling in malam partem*) non solo di una norma processuale, ma anche di una norma sostanziale¹⁷, è bene interrogarsi, come richiesto dalla stessa Corte di Cassazione¹⁸, su talune questioni preliminari e su importanti premesse teoriche. In particolare, è opportuno, dapprima, affrontare tali questioni circa la natura della giurisprudenza e il grado di vincolatività del precedente in prospettiva teorica, per poi operare una disamina delle medesime in chiave dogmatica. Tali quesiti necessiterebbero di trattazioni approfondite e multidisciplinari data la complessità che li denota: nella presente sede, tuttavia, si limiterà lo studio ai soli profili che rilevano ai fini della risoluzione del problema dell'*overruling* nella giustizia amministrativa.

Ci si chiede sempre più spesso se il principio dello *stare decisis* (Gorla, 1962: 25 ss.) sia divenuto principio caratterizzante l'ordinamento italiano. In dottrina vi sono diverse posizioni: vi è chi (Maniàci, 2014: 567-590; Pesce, 2014) si domanda, d'innanzi al panorama giuridico attuale, se il principio in questione non abbia già attecchito, e chi (Marinelli, 2002: 871 ss.; Inzitari, 1988: 526 ss) rifugge da un suo trapianto nell'ordinamento nazionale. Infine, vi è anche chi (Pizzorusso, 1977: 533) annovera il precedente giudiziario tra le fonti del diritto, pur non riconoscendone la natura creativa, sostenendo la natura dichiarativa dello stesso similmente a tutte le altre fonti "interpretative".

È necessario dare conto, sebbene non si ritenga di poter aderire a tale posizione, del pensiero di chi riconosce valore non vincolante, o solo tendenzialmente vincolante, al precedente giurisprudenziale e considera il giudice detentore di una mera funzione dichiarativa. La ragione del

¹⁷ Per i motivi visti nel paragrafo 2.1.

¹⁸ Nella sentenza Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*, il giudice afferma al punto 2.2. "La scelta tra le due soluzioni ruota intorno al nodo del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*: che, a sua volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e *novum ius*; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri".

sentimento di avversione nutrito da alcuni nei confronti del principio dello stare decisis è da individuare nel fatto che, nei Paesi di Civil Law, a partire dalla nascita dello Stato Moderno, la produzione normativa è stata affidata alla fonte legislativa sulla scia del positivismo giuridico, di cui il formalismo e il normativismo kelseniano (H. Kelsen, 1966) risultano essere tra le più importanti interpretazioni. Secondo tale impostazione, la giurisprudenza ha una mera funzione descrittiva, ricognitiva di un diritto già posto in essere dal Legislatore ordinario. Seguendo l'approccio positivista, legato tradizionalmente ai Paesi dell'Europa continentale, la certezza del diritto è perseguita con l'affidamento della produzione del diritto allo Stato.

Coloro che aderiscono a tale ricostruzione, inoltre, non mancano di sottolineare come almeno altri tre argomenti fondamentali portino a concludere nel senso di escludere la giurisprudenza dalle fonti del diritto. In particolare, per primo, viene in rilievo il dato normativo: l'art. 1 delle Preleggi non cita la giurisprudenza tra le fonti del diritto e l'art. 101 comma 2 Cost. afferma che il giudice è vincolato soltanto dalla legge. In secondo luogo, ancora, si sostiene che la potestà normativa sia attribuita unicamente al parlamento in quanto unico soggetto legittimato dal potere sovrano del popolo. Infine, si ravvisa un ostacolo di carattere logico-sistematico (Marinelli, 2002: 905 ss.). Infatti, mentre le fonti di produzione giuridica tradizionali possiedono un'efficacia obbligatoria gerarchicamente individuata, la giurisprudenza "spende sempre il nome di altra fonte anteposta, riportandosi dunque, sia pure indirettamente, alla volontà della legge" (Morelli, 2011: 24).

Le posizioni appena descritte possono però essere discusse anche in termini sostanzialmente contrari (Croce, 2006: 1130; Croce, 2006: 1143; Croce, 2006: 1142; Cappelletti, 1984: 88 ss.)

Andando oltre le obiezioni appena enunciate e tornando alle posizioni dei teorici del diritto, bisogna notare come l'inizio del Novecento abbia visto nascere una serie di correnti giuridiche, che si pongono in contrasto con le teorie del positivismo e del formalismo. Tali correnti appartengono al gruppo di concezioni del diritto che va sotto il nome di "realismo giuridico" o "giusrealismo". Il pensiero dei teorici del diritto riconducibile al realismo giuridico ha saputo far vacillare il sistema delle fonti del diritto tradizionale e dare una nuova valenza al diritto giurisprudenziale.

La corrente realista guarda al diritto dal punto di vista dell'effettività e non nell'ottica del formalismo del "dover essere". La figura del giudice viene così rivalutata e riconosciuta quale creatrice di diritto, in grado di produrre norme non solo efficaci, ma anche valide (Cardozo, 1947; Ross, 1965; Olivecrona, 1939 [1967]; Esposito, 1992: 318).

Si osservi, però, come il realismo giuridico sia costituito da più correnti al suo interno anche molto diverse tra loro che hanno in comune la grande attenzione prestata alla effettività del diritto e, quindi, in particolar modo al diritto d'origine giurisprudenziale. Inoltre, le varie concezioni del

realismo hanno in comune l'opposizione al formalismo giuridico e al legalismo, presenti soprattutto nel positivismo giuridico (Jori & Pintore, 1995: 68-83).

All'interno del realismo giuridico si ritiene, personalmente, di dover condividere solo quelle concezioni (normativiste), peraltro minoritarie, che ritengono come le norme giuridiche generali e astratte (in primo luogo le leggi) influiscano sul diritto vero e proprio; e ancora, di dover appoggiare quelle concezioni che rifiutano uno scetticismo interpretativo estremo per il quale le norme giuridiche, generali e astratte, non abbiano influenza alcuna sulla applicazione giuridica, se non ideologica e illusoria, a tal punto da considerare ogni interpretazione interamente creativa.

Pare a chi scrive che le concezioni più moderate dell'interpretazione del significato normativo siano maggiormente aderenti alla realtà. L'ammettere un nucleo di certezza e determinatezza con riferimento alle norme generali e astratte è fondamentale e il Legislatore dovrebbe sforzarsi di recuperare tale tendenza che pare abbia perso negli ultimi anni.

A tal proposito, tra le posizioni del realismo giuridico meno estreme e pervase da un certo grado di formalismo devono essere ricordate le teorie del movimento giusliberista, nato a cavallo tra l'800 e il 900, il quale include a sua volta correnti con sfumature diverse come la "giurisprudenza sociologica", secondo la quale il giudice deve decidere tenendo in considerazione non solo le norme statali, ma anche i fatti sociali normativi, e la "giurisprudenza degli interessi". Quest'ultima corrente di pensiero è di particolare interesse nell'ambito del problema che si sta affrontando. Infatti, prendendo in disamina il pensiero di R. Von Jhering, ritenuto padre fondatore della teoria in esame, si capisce come la giurisprudenza deve tenere in considerazione non solo la norma posta dal Legislatore, ma anche gli interessi che tale norma intende proteggere (Von Jhering, 1954: 318 ss.).

R. Von Jhering e successivamente un altro grande teorico del diritto, P. Heck¹⁹, hanno sostenuto la finalità teleologica della scienza del diritto e della giurisprudenza (Von Jhering, 1877 [1972]: 8). Gli studiosi riconducibili alla giurisprudenza degli interessi prendono le distanze dal positivismo, ritengono che il diritto non sia solo di produzione statale, negano la completezza dell'ordinamento e ritengono che le lacune possano essere colmate dai giudici individuando gli interessi implicati.

Tali posizioni, peraltro, si ritengono perfettamente aderenti al reale lavoro del giudice amministrativo. Le teorie in questione e il giudice amministrativo condividono, ad esempio, lo stesso approccio interpretativo del diritto basato sull'applicazione di norme efficaci che tengano in considerazione le evoluzioni socio-giuridiche e le ripercussioni di ogni scelta sull'ordinamento nella

¹⁹ Autore di "Il problema della produzione del diritto" (1912) e "*La formazione dei concetti e la giurisprudenza degli interessi*" (1932).

sua totalità; ma anche la capacità di influire efficacemente sull'agire delle Pubbliche Amministrazioni, ristabilendo un equilibrio tra il potere pubblico e privato, perseguendo in definitiva un bilanciamento di interessi.

In linea con le posizioni del realismo giuridico, la dottrina (Sabatino, 2013, 3 ss) individua anche argomenti di opportunità, oltre ai già ricordati motivi teorici, a favore del precedente vincolante: maggiore certezza del diritto e efficienza dell'ordinamento (Chiarloni, 1992: 123 ss). Non a caso il Legislatore nel 2006²⁰ e nel 2009²¹ è intervenuto al fine di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e allo stesso modo ha fatto nel 2009²² e nel 2010²³ con riferimento, rispettivamente, alle Sezioni Riunite della Corte dei Conti e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In riferimento al tema in esame, si rende necessario, allora, studiare il riformato ruolo nomofilattico del Consiglio di Stato per comprendere quali implicazioni si siano prodotte sul valore del precedente nel sistema amministrativo alla luce di un approccio dogmatico.

Oggi è l'art. 99 del Codice del Processo Amministrativo che attribuisce la funzione nomofilattica al giudice amministrativo di massimo grado (Branca, 2009; Oggianu, 2011: 165 ss.). Tale norma si compone di cinque commi, dai quali emerge chiaramente la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato. In questa sede ci si soffermerà in particolar modo sulla riforma del comma 1 e sul discusso comma 3.

Il comma 1 è stato modificato con D.Lgs. del 14 settembre 2012, n. 160, aggiungendo alla norma il periodo: "*l'Adunanza Plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla Sezione*". A parere di chi scrive si ritiene che tale disposizione sia da inserire tra gli argomenti a sostegno del rinnovato ruolo nomofilattico, rafforzato a tal punto da trasformarsi in ruolo, per certi versi, nomopoietico (Chiassoni, 2001: 79). Con tale modifica, infatti, si prevede la possibilità in capo all'Adunanza Plenaria di restituire gli atti alla Sezione rimettente, sulla base di ragioni di "opportunità" non meglio definite e di cui si può solo ipotizzare il contenuto. Una tale discrezionalità si rinviene, peraltro, esclusivamente in capo al giudice amministrativo di massimo grado: non è presente, infatti, un'analoga previsione nel codice di procedura civile all'art. 374. In sostanza, operando in tal modo, il Legislatore ha attribuito all'Adunanza Plenaria una funzione di "filtro" nei confronti dei ricorsi che potranno essere esaminati.

²⁰ D. Lgs. n. 40 del 20 febbraio 2006, entrato in vigore il 2 marzo 2006.

²¹ Legge n. 69 del 18 luglio 2009, entrata in vigore il 4 luglio 2009.

²² Legge 69/2009, art. 42, comma 2.

²³ D.lgs. n. 104/2010, art. 99, comma 3.

Tale procedimento ricorda a chi scrive il meccanismo previsto qualora si voglia sollevare una questione di legittimità costituzionale in via incidentale²⁴. Essa può essere sollevata con ordinanza dal giudice della causa principale su richiesta delle parti, o d'ufficio, (come del resto accade nel caso in cui le Sezioni Semplici vogliano rimettere la causa all'Adunanza Plenaria) dopo aver verificato la rilevanza della questione per la risoluzione del caso di specie e la non manifesta infondatezza. La Corte Costituzionale essenzialmente potrà accogliere la questione di legittimità (sentenza di accoglimento), oppure rigettarla (sentenza di rigetto), ma potrà anche, qualora il difetto dell'ordinanza di remissione sia macroscopico, restituire a sua volta la questione al giudice *a quo* con ordinanza (Bin & Pitruzzella, 2010: 452 ss). Proprio in relazione a quest'ultima particolare circostanza, chi scrive rileva un'analogia con il nuovo comma 1 dell'art. 99, CPA, il quale prevede anch'esso la possibilità di restituire gli atti alla Sezione Semplice rimettente per ragioni di opportunità. Personalmente si crede che tale accostamento sia utile anche per poter beneficiare, con gli opportuni aggiustamenti, della numerosa e sicuramente autorevole giurisprudenza della Corte Costituzionale sul tema al fine di dare contenuto al sintagma "per ragioni di opportunità"²⁵.

Prima di giungere a ulteriori conclusioni è bene vedere cosa dica il comma 3 dell'art. 99, CPA²⁶. Con tale disposizione, analoga all'art. 374, comma 3, del codice di procedura civile, si potrebbe sostenere che sia stato introdotto il precedente vincolante. Una tale affermazione è soggetta a numerose critiche e deve essere spiegata. Il precedente vincolante introdotto con l'art. 99, comma 3, CPA, innanzitutto esplica i suoi effetti direttamente solo sulla Sezione Semplice che ritenga di non condividere la posizione dell'Adunanza Plenaria su di una determinata questione (in verità si vedrà come indirettamente tale vincolo si estende anche ai Tar). La portata del vincolo quindi è limitata²⁷. Il fatto che la norma in questione abbia utilizzato il termine "rimette" e non l'espressione "può rimettere" è significativo del fatto che quella in capo alla Sezione Semplice non sia una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo. Le critiche mosse dai puristi del positivismo sono state immediate e hanno riguardato il difetto di compatibilità tra l'art. 101 Cost. e l'articolo in questione in quanto, un tale obbligo, sarebbe in contrasto con il principio di indipendenza dei giudici sancito nella Costituzione. La maggior parte della dottrina ha ritenuto tale obbligo conforme a Costituzione,

²⁴ Regolata rispettivamente dagli art. 1 legge cost. 1/1948; artt. 23 e ss. legge 87/53

²⁵ Si pensi, ad esempio, tra i casi estendibili anche al giudice amministrativo, come la Corte Costituzionale abbia restituito, con ordinanza, gli atti al giudice *a quo* quando l'ordinanza di remissione sia stata carente della motivazione, o siano stati compiuti errori meramente processuali.

²⁶ La norma prevede l'obbligo, in capo alla Sezione che ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, di rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

²⁷ Il potere di creare diritto in capo al giudice amministrativo si vedrà in seguito come vada incontro a diversi limiti affinché si realizzi un idoneo bilanciamento dei poteri.

ma, a mio avviso, con motivazioni non totalmente convincenti, volte più che altro a tentar di giustificare l'efficacia vincolante del precedente agli occhi di chi non ammetterebbe mai la giurisprudenza tra le fonti del diritto²⁸. Ad esempio, si è utilizzato più volte l'argomento per cui il vincolo di cui all'art. 99 comma 3 CPA sia solo di natura processuale e non anche contenutistico perché la norma richiede che non sia emessa una sentenza difforme che è cosa ben diversa dall'obbligo ad una sentenza conforme (Luiso, 2003: 821; Sassani, 2006: 233 ss). Quella appena ricordata si ritiene una motivazione non persuasiva, perché l'art. 99 afferma letteralmente che la rimessione deve essere operata quando la Sezione Semplice "ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria"; riconoscere la possibilità alla Sezione Semplice di emettere una sentenza non difforme costituisce una forzatura interpretativa della norma. La norma, invece, è sicuramente prescrittiva: qualora non si condivida il principio di diritto è necessario rimettere la questione alla decisione della Plenaria.

Una tale ricostruzione, che personalmente si considera più fedele alle reali intenzioni del Legislatore, si presta all'obiezione per cui sarebbe in contrasto all'art. 101 Cost., in quanto il giudice della Sezione Semplice non sarebbe più sottoposto solo alla legge, come affermato nel disposto costituzionale, ma verrebbe ad essere vincolato anche al diritto giurisprudenziale della Plenaria. In risposta, si consideri valida l'interpretazione dell'art. 101 Cost. letto in combinato disposto con l'art. 3 Cost, sopra esposta.

Altra obiezione è quella individuata nel fatto che non sia prevista una sanzione in caso di mancato rispetto del precedente da parte della Sezione Semplice.

Si è concordi sull'attuale impossibilità ad impugnare la sentenza (Verde, 2012b: 25) per difformità dal precedente. Tuttavia taluni (Follieri, 2012: 1237; Rordorf, 2006: 279) ritengono che il mancato rispetto dell'obbligo di rinvio da parte della Sezione Semplice nei confronti dell'Adunanza Plenaria, possa costituire colpa grave ai fini della configurabilità della responsabilità civile²⁹ in capo al magistrato. In particolare il mancato rinvio all'Adunanza Plenaria in caso di dissenso da parte della Sezione Semplice, nei confronti del principio di diritto, integrerebbe, per la dottrina in esame, la

²⁸ Il fatto stesso che tradizionalmente il precedente sia ritenuto "tendenzialmente vincolante" appare come un tentativo di conciliare a tutti i costi la posizione di chi ritiene il precedente vincolante e chi non-vincolante. Le posizioni estreme non sono quasi mai posizioni esatte, ma ritenere il precedente "tendenzialmente vincolante" è conclusione estremamente labile. Forse sarebbe meglio, allora, prendere chiaramente posizione, salvo poi prevedere delle specifiche eccezioni. Nessuno si sognerebbe mai di dire che la legge sia tendenzialmente vincolante, eppure vi sono casi eccezionali in cui non è affatto vincolante, ma deve essere disapplicata (ad esempio, quando in contrasto con le norme comunitarie). Ciononostante la norma di legge è considerata vincolante pur presentando delle eccezioni. Allo stesso modo ritengo che debba essere considerato il precedente giurisprudenziale: vincolante, ma con delle eccezioni.

²⁹ Legge 13 aprile 1988, n. 117. *Legge sul "Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati"*. Entrata in vigore il 16 aprile 1988 e modificata con Legge 27 febbraio 2015, n. 18.

violazione dell'art. 2 comma 3, lett. a della l.117/1988, "Costituiscono colpa grave: la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile"³⁰. In ogni caso, è necessario andare oltre la possibilità di sanzionare la condotta del giudice che dinanzi ad un precedente analogo non rimetta la questione alla Plenaria, infatti, a prescindere dalla esistenza di un rimedio sanzionatorio, l'art. 99 comma 3 CPA rimane comunque una norma prescrittiva.

Personalmente si crede che non sia avvenuta una trasformazione tanto radicale delle Corti superiori nazionali da averle portate ad essere del tutto assimilabili al giudice di *Common Law*. A parer di chi scrive si ritiene, piuttosto, che le Corti di massimo grado abbiano vissuto (e non subito), in qualità di protagoniste, un'evoluzione del tutto positiva e al passo con i tempi, che le ha portate ad assumere caratteristiche *sui generis*.

È fuori dubbio il fatto che, con le modifiche attuate dal Legislatore, il precedente sia oggi più stabile che in passato. La maggiore stabilità, se non addirittura la vincolatività per certi versi, del precedente ha indotto i consociati a conformare ad esso i propri comportamenti e le proprie aspettative. Di conseguenza quando i vertici delle magistrature supreme, in ragione dell'evoluzione del diritto e della società, mutano un orientamento consolidato (*overruling*), gli utenti del sistema giustizia avvertono ciò come una violazione del principio del legittimo affidamento, al pari di quanto accade con riferimento alle modificazioni della legge ordinaria.

4. *Overruling*: indeterminatezza e rimedi

L'attuale quadro giurisprudenziale in tema di *overruling* è caratterizzato da incertezze nelle premesse e da difficoltà nella scelta della soluzione più idonea al problema. Sulle premesse logiche al problema dell'*overruling*, né il legislatore né la giurisprudenza hanno saputo dare una soluzione convincente³¹. Come se non bastasse, essi neppure hanno previsto precisi strumenti rimediali all'*overruling* in "*malam partem*" o "patologico". Infatti, da una parte, il legislatore non ha previsto alcun rimedio espresso; dall'altra, la Cassazione ha proposto di ricorrere ai rimedi diversi a seconda delle situazioni, ma sempre come soluzione al mutamento giurisprudenziale in materia processuale. Almeno in ambito amministrativistico, però, data la peculiarità di questa branca del diritto e il valore che è possibile riconoscere al principio di diritto emesso dalla Plenaria, si ritiene necessaria l'enunciazione di una terza posizione che individui con precisione il rimedio specifico all'*overruling*.

³⁰ Per un parere opposto, nel senso della esclusione della responsabilità civile per il mancato rispetto del precedente, si veda la posizione della Cassazione (Ad esempio: Cass., sez. I, sent. 30 luglio 1999, n. 8260, www.iusexplorer.it/dejure).

³¹ Si rimanda alle osservazioni in tema di "premesse logiche all'*overruling*" espresse nel paragrafo 3.

Procedendo con ordine nel ricostruire il funzionamento dell'*overruling* nell'ambito della giustizia amministrativa occorre soffermarsi, innanzitutto, sulla possibilità di parlare di *overruling*, in senso stretto, qualora esso abbia le seguenti caratteristiche:

- a) avere ad oggetto una norma sostanziale o processuale,
- b) essere un mutamento inaspettato e repentino,
- c) indurre una parte in una preclusione, quindi essere nuova interpretazione *in malam partem*,
- d) provenire da una decisione dell'Adunanza Plenaria, la quale però dovrà tutelare il legittimo affidamento sull'interpretazione della norma *overruled*.

Proprio quest'ultima caratteristica offre la possibilità di approfondire i rimedi a tutela del legittimo affidamento a disposizione dei giudici dell'Adunanza Plenaria.

Il fatto che dinanzi al quadro giuridico attuale debba prevedersi una soluzione agli *overruling* in "*malam partem*", o "patologici", come li si è definiti, non è oggetto di discussione né in dottrina, né in giurisprudenza. Infatti, sebbene non ci sia una unità di vedute sulle modalità, sul valore del precedente, o ancora sulla natura della giurisprudenza, un dato è certo: qualunque autore, o Corte, che si sia espressa sull'argomento ha affermato la necessità di individuare un possibile rimedio al problema, al fine di tutelare il legittimo affidamento maturato dai cittadini in capo all'interpretazione precedente della norma.

Il legislatore non si è pronunciato sul problema, come si è già detto, ma lo ha fatto la Corte di Cassazione statuendo, però, che "quanto, poi, al mezzo per realizzare, nei sensi sopra indicati, il bilanciamento dei valori in gioco, questo va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'eventuale (non prevedibile) *overruling*"³². Alla luce della ricostruzione del problema dell'*overruling* si vedrà, nel presente paragrafo, come nel sistema di giustizia amministrativa sia maggiormente opportuno prevedere un rimedio specifico.

Il percorso argomentativo che segue si articolerà, nella prima parte, nella dimostrazione della scarsa utilità della rimessione in termini, rimedio prospettato dalla Corte di Cassazione³³ e utilizzato raramente dai giudici amministrativi³⁴ e, nella seconda parte, nella dimostrazione della necessità del *prospective overruling*. Infine, si valuterà la possibilità di adozione di ulteriori e diversi rimedi rispetto ai due appena enunciati.

³² Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Ad esempio, Cons. St., sez. VI, sent. 10 marzo 2014, n. 1098, in www.giustizia-amministrativa.it.

La dottrina a favore del rimedio della rimessione in termini³⁵ (Punzi, 2011: 1337-1355; Morelli, 2011) argomenta richiamando all'attenzione l'evoluzione normativa dell'istituto (Caponi, 2009: 466) che ha portato lo stesso ad acquisire dei caratteri peculiari. In particolare, tale dottrina sostiene la praticabilità della rimessione in termini in forza della collocazione sistematica che è venuta ad assumere il nuovo articolo 153.2 Cod. Proc. Civ. L'inserimento della norma in esame tra le "previsioni in generale" ha portato a ritenere che la rimessione in termini abbia portata generale. Tale istituto nell'ambito della giustizia amministrativa con riferimento all'*overruling* fortunatamente è stato poco utilizzato. "Fortunatamente" perché ritengo che la rimessione in termini applicata ai casi di *overruling* rappresenterebbe un'eccessiva espansione della discrezionalità del giudice e porterebbe di conseguenza ad una violazione del principio di parità della parti (ad esempio nell'accezione del rispetto dei termini perentori). Infine, autorevole dottrina (Caponi, 2010: 535-554) ha sottolineato come la rimessione in termini consista in una vera e propria finzione e, ancora, ha affermato di non avere "nulla contro le finzioni giuridiche, se non è possibile o opportuno ricorrere alla realtà giuridica, ma in questo caso ricorrere alla realtà giuridica è possibile ed opportuno".

Il secondo rimedio possibile in caso di *overruling*, come prospettato dalla Cassazione, è l'utilizzo di un meccanismo che ricalca il *prospective overruling* di *Common Law*. L'utilizzo di tale istituto nell'ordinamento italiano rappresenta una grande novità.

Non si discute il fatto che la giurisprudenza, come regola generale, abbia efficacia retroattiva dovendo decidere sul caso di specie sottopostole ma, appurato che il giudice possa mutare orientamento – come peraltro ha fatto spesso di recente – e che tale nuovo orientamento possa comportare delle preclusioni, occorre tutelare il legittimo affidamento del cittadino maturato sull'orientamento giurisprudenziale precedente riconoscendo, eccezionalmente quindi, efficacia "*pro futuro*" al diritto giurisprudenziale della Plenaria.

Ritenuto applicabile in talune circostanze a parere della giurisprudenza sia di merito³⁶ che di legittimità³⁷, tale istituto risulta conforme ai principi generali dell'ordinamento nazionale e dell'ordinamento dell'Unione Europea. Tuttavia, per un ufficiale riconoscimento occorrerebbe un intervento del legislatore che recepisca in un'apposita norma di legge tale istituto.

³⁵ In Giurisprudenza si veda Cass., sez. II, sent. 2 luglio 2010, n. 14627, *cit.*; Cass., sez. II, sent. 17 giugno 2010, n. 15811, in www.italgiure.giustizia.it.

³⁶ Per quanto riguarda la materia civile, tra le altre: Trib. Latina, 15 novembre 2010, in *Giur. merito* 2010, XII, 3028; Trib. Varese 8 ottobre 2010, in *Corr. Giur.*, 2010, 1451.

³⁷ Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*

Nel panorama giuridico attuale, il ricorso al *prospective overruling* pare essere, a parere di chi scrive, la soluzione migliore, più rapida ed efficace nei confronti degli *overruling* in *malam partem* operati dalla Plenaria; tuttavia anch'esso non è esente da critiche e da difficoltà.

Ad esempio, è facilmente eccepibile come l'istituto in esame porterebbe il giudice a vestire i panni del legislatore, violando così il principio di separazione dei poteri. Tale eccezione però è superabile. Infatti, come già detto, il principio della separazione dei poteri deve essere relativizzato³⁸. Inoltre, va sottolineato che l'applicazione solo *pro futuro* del nuovo orientamento non può essere considerata una indebita interferenza nel potere legislativo. Infatti, bisogna tener presente che il giudice, anche nel porre la norma giurisprudenziale "nuova", agisce sempre all'interno di una cornice posta e presupposta dal legislatore³⁹.

Si è già detto anche come sia eccezionale l'uso del *prospective overruling* e come, invece, la regola generale vuole la retroattività della sentenza anche innovativa – purchè in *bonam partem*. Si ricorre al *prospective overruling* in ipotesi ben precise, in presenza di determinati presupposti. Ciò contribuisce a giustificare la praticabilità di tale strumento nell'ordinamento nazionale.

In particolare, in primis, sarà necessario che l'*overruling* della Plenaria violi il legittimo affidamento del cittadino. Occorre, quindi, che esso sia lesivo. Un mutamento interpretativo "*in melius*", secondo i principi generali del nostro ordinamento, non potrà che essere retroattivo e quindi applicabile anche al caso di specie sottoposto alla Plenaria e, più in generale, ai giudizi pendenti anche davanti alle altre Corti⁴⁰.

Inoltre, occorre che il cittadino abbia maturato un legittimo affidamento. Qualora non possa ritenersi formato un legittimo affidamento da parte del cittadino, non potrà esservi neppure una sua lesione. Ad esempio, su una "singola" sentenza del TAR non si può nutrire un legittimo affidamento. Questa potrà in ogni caso essere disattesa da altro TAR o dal Consiglio di Stato, senza che vi sia alcuna lesione del legittimo affidamento del cittadino e conseguenziale attuazione del *prospective overruling*.

Allo stesso modo, non ci si può aspettare con certezza matematica che il TAR decida in modo conforme ad una sentenza della Plenaria, o alla giurisprudenza consolidata, in quanto il

³⁸ Si veda quanto già detto sul tema nel paragrafo 2.2.

³⁹ Maggiori approfondimenti saranno compiuti nel prossimo paragrafo, dove si analizzeranno i limiti al potere creativo della Plenaria.

⁴⁰ Si vedano a tal proposito le già analizzate sentenze di TAR Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, 11 aprile 2013, n. 366, *cit.* e TAR Basilicata, sez. I, 21 ottobre 2011, n. 525, *cit.*

giudice di primo grado non è ad esse vincolato in senso assoluto⁴¹, essendo libero, nel rispetto di certi limiti, di cambiare un orientamento interpretativo, perseguendo in tal modo l'ulteriore scopo di animare il dibattito giurisprudenziale; qualora i TAR operino nelle modalità appena descritte ritengo debbano farlo con coscienza, in modo tale da esercitare con maturità la libertà concessagli, nel rispetto della "etica del cambiamento"⁴².

Diversamente, in capo al cittadino che ricorra d'innanzi al Consiglio di Stato matura un legittimo affidamento pieno poiché ci si aspetta, ex art. 99, comma 3 CPA, che la Sezione Semplice decida conformemente alla decisione della Plenaria o, nel caso in cui non condivida il principio di diritto, che rimetta a quest'ultima la questione con ordinanza motivata.

La Plenaria, conseguentemente, qualora voglia mutare orientamento in modo innovativo e in *malam partem*, dovrà ricorrere al *prospective overruling*, poiché in questa sede il cittadino ha maturato un affidamento legittimo sul fatto che il Consiglio di Stato decida conformemente alla propria precedente giurisprudenza, in ragione della funzione nomofilattica ad esso attribuita.

Altra condizione necessaria perché si possa ricorrere al *prospective overruling* è individuata nel fatto che l'affidamento del cittadino sia maturato prima dell'intervenuta innovazione giurisprudenziale. La Cassazione 15144 a tale proposito afferma come l'affidamento in capo al precedente orientamento sia "tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva". Secondo la Cassazione, dunque, il momento della conoscibilità rappresenta "un giudizio di fatto che dovrebbe avere l'adeguato supporto allegatorio delle parti e, ove necessario, anche quello probatorio" (Vincenti, 2011: 18).

I presupposti elencati per la concessione del *prospective overruling* portano in definitiva a considerare tale strumento come un rimedio del tutto eccezionale. Né potrebbe essere diversamente, pena l'inammissibile trasformazione del giudice in un vero e proprio legislatore. Il *prospective overruling*, inoltre, è idoneo ad essere applicato nel nostro ordinamento alla luce delle osservazioni sulla giurisprudenza, sui principi di diritto comunitario e sul valore del precedente nel sistema di giustizia amministrativa compiute nei paragrafi precedenti del presente lavoro⁴³ e ai quali si rimanda.

⁴¹ Come si è messo in luce nei paragrafi precedenti è presente, però, un vincolo di sistema e un vincolo dato dalla giurisprudenza consolidata.

⁴² Punto 2.3, lett. e, della nota sent. Cass., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*

⁴³ Si veda in particolare paragrafo 3.

Per completezza si riporta anche la tesi di chi (Ruffini, 2011:1402) ritiene possibili quali rimedi all'*overruling*, alternativamente, o la rimessione in termini, o la compensazione delle spese di lite. Se riguardo alla prima opzione si è già chiarito come essa non sia idonea a risolvere i problemi derivanti dall'*overruling*, in questa sede occorre soffermarsi sulla seconda ipotesi.

A parere di chi scrive non si può intendere la compensazione alle spese di lite come strumento idoneo a tutelare il legittimo affidamento che una parte processuale aveva maturato su di un precedente orientamento poi *overruled*, tutt'al più tale previsione apparirà come una magra consolazione. Al contrario, la compensazione delle spese potrebbe accompagnare una sentenza in cui si sia operato un *prospective overruling*.

In questo modo si realizzerebbe un bilanciamento degli interessi in gioco: l'applicazione *pro futuro* dell'*overruling* andrebbe a soddisfare l'esigenza primaria, nell'ordinamento nazionale, di certezza del diritto (Costantino, 2011: 1073) e tutelerebbe l'affidamento di una delle parti sulla regola precedente; la compensazione delle spese andrebbe a tutelare colui che ha agito con l'intento di indurre il giudice ad operare un *overruling* poiché convinto che l'interpretazione corretta della norma sia diversa da quella operata fin a quel momento, ma consapevole del fatto che "le regole del gioco non si cambiano a partita iniziata"⁴⁴.

5. Limiti al potere creativo della Plenaria con particolare riferimento all'ipotetico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Dinnanzi a tali prime conclusioni, la dottrina positivista potrebbe considerare eccessivo il potere rimesso nelle mani dell'Adunanza Plenaria, in quanto potrebbero verificarsi delle indebite intromissioni nel regolare esercizio del potere legislativo, ma è bene chiarire fin da subito che il potere creativo della Plenaria non è assoluto.

Anzitutto, il giudice agisce sempre, anche in funzione creativa, all'interno di confini ben delimitati dalla norma legislativa (Barack, 1995). Inoltre, qualora il giudice anticipi il Legislatore, quest'ultimo può sempre intervenire successivamente nel regolare definitivamente la fattispecie, recependo quanto statuito dalla giurisprudenza o legiferando in modo ad essa contrario. Infine, nell'attuale sistema amministrativo, il potere creativo della Plenaria è ridimensionato dalla possibilità offerta, sia alle Sezioni Semplici che ai TAR, di poter disporre di diverse "vie di fuga" rispetto al principio di diritto affermato dalla Plenaria stessa (Maltoni, 2015: 142). Entrambi, innanzitutto possono ricorrere al semplice, ma efficace strumento del *distinguishing*: è sufficiente

⁴⁴ In questi termini Cass., sez. II, sent. 17 giugno 2010, n. 14627, *cit.*

dimostrare che le fattispecie siano effettivamente diverse, affinché il principio di diritto precedentemente affermato non trovi applicazione nel caso solo apparentemente analogo.

Oltre a ciò, è possibile sollevare la questione di legittimità costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Per quanto riguarda la prima opzione occorre osservare che, qualora ne ricorrano i presupposti, tale meccanismo può essere attivato da una delle parti del processo, o d'ufficio, anche qualora si sospetti l'illegittimità costituzionale della norma desunta dal "diritto vivente" ovvero dal principio di diritto della Corte superiore a cui si è vincolati (**Maltoni, 2015: 142**). Se può affermarsi ciò con riferimento al rapporto tra "diritto vivente"⁴⁵ e giudice di merito, allora a maggior ragione, a parer di chi scrive, sarà perseguibile la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, da parte delle Sezioni Semplici, allorquando non condividano il principio di diritto statuito dalla Plenaria, a cui le prime, ex art. 99.3 CPA, sono vincolate. A parere di chi scrive, non può che condividersi il pensiero di chi (**Maltoni, 2015: 142**) ritiene che una tale libertà attribuita alle Sezioni Semplici non sia eccessiva, bensì trovi un adeguato bilanciamento nel fatto che, qualora la questione di legittimità costituzionale non dovesse essere accolta dalla Corte Costituzionale, il giudice *a quo* sarebbe poi tenuto ad applicare il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria e risultato conforme a Costituzione.

Passando alla seconda opzione si può osservare come anche il giudice amministrativo possa esperire il rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia, la quale come noto ha il compito di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione Europea⁴⁶.

L'utilizzo di tale istituto è volto alla cooperazione giudiziaria tra giudice comunitario e giudici nazionali⁴⁷ e attribuisce al giudice nazionale la facoltà, e se di ultima istanza l'obbligo, di chiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia riguardo alla corretta interpretazione di una o più norme del diritto comunitario verificando, eventualmente, se la corretta applicazione di una norma comunitaria precluda l'applicazione di una norma nazionale. L'obbligo di rinvio codificato all'art.

⁴⁵ Secondo il pensiero della Corte Cost., l'esistenza del "diritto vivente" è determinata, dalla stabilità e reiterazione dell'interpretazione fornita dall'organo titolare del potere di nomofilachia (eventualmente, ma non necessariamente, confortata dall'orientamento dei giudici di merito e della dottrina), che permettono di ritenere certo che la norma desunta da una determinata disposizione, per l'uso ripetuto nel tempo ed il grado di consenso raccolto, è qualificabile come tale.

⁴⁶ Si vedano tra le tante Corte Giust., 21 luglio 2011, C-104/10, *Kelly c. National University of Ireland*, sent. ECLI:EU:C:2011:506, in *Raccolta Digitale*, luglio 2011, nella quale si afferma "l'art. 267 TFUE istituisce un meccanismo di rinvio pregiudiziale volto a prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri".

⁴⁷ In questi termini ad esempio Corte Giust., 15 maggio 2003, C-300/01, *Salzmann*, Sent. ECLI:EU:C:2003:283, in *Raccolta della giurisprudenza*, 2003, I-04899.

267, par. 3, TFUE per le giurisdizioni di ultima istanza, quale potrebbe essere il Consiglio di Stato, rafforza ancor più l'esigenza di uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione. Ai fini che in questa sede interessano è bene sottolineare come tale rinvio pregiudiziale possa essere utilizzato, purché ovviamente ne sussistano le condizioni, in modo strumentale dal giudice amministrativo qualora esso voglia, di fatto, sfuggire ai vincoli derivanti dal diritto giurisprudenziale, messi in luce nel paragrafo precedente.

In primo luogo il TAR, in qualità di giudice di primo grado, potrebbe ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, come ha fatto il TAR Piemonte⁴⁸, qualora nutra dei possibili dubbi sulla conformità del diritto nazionale al diritto europeo, tentando in questo modo di sfuggire all'applicazione della regola imposta dall'esistenza di un "diritto vivente", ovvero di un "vincolo di sistema".

Il TAR Piemonte sopra richiamato operando in termini di rinvio pregiudiziale evita di disattendere l'orientamento dell'Adunanza Plenaria 4/2011 e sfugge, abilmente, ad una probabile sentenza di annullamento davanti al Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia con la sentenza del 4 luglio 2013, C-100/12 (sentenza *Fastweb*)⁴⁹ ha condiviso l'impostazione suggerita nell'ordinanza di rinvio. Ciò ha comportato la possibilità per il TAR di disattendere, legittimamente, la Plenaria 4/2011. Inoltre, in modo consequenziale, anche lo stesso Consiglio di Stato in seguito alla sentenza dell'autorevole Corte di Giustizia ha mutato indirizzo, operando, di fatto, un *overruling* con la sent. della Plenaria 9/2014.

In secondo luogo, anche il Consiglio di Stato potrebbe operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Tuttavia, la questione davanti al giudice di massimo grado è più complessa. Negli ultimi anni, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea due importanti questioni pregiudiziali relative alla portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Il primo rinvio pregiudiziale⁵⁰ non necessita di particolari approfondimenti, infatti, almeno a sommo parere di chi scrive, non presenta profili di grande interesse ed è risultato, forse, un inutile aggravio per il Giudice Europeo, in quanto il Consiglio di Stato ha posto dei quesiti che potevano essere risolti guardando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Notevolmente più interessante ai fini del presente lavoro e di quanto in questa specifica sede si sta cercando di dimostrare è il rinvio pregiudiziale operato con ordinanza 848/2013 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (d'ora in poi CGA).

⁴⁸ TAR Piemonte, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208.

⁴⁹ Corte Giust., 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb SpA*, cit.

⁵⁰ Cons. St., sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tale provvedimento amministrativo attiene alla materia dei ricorsi reciprocamente escludenti.

L'ordinanza del giudice siciliano, solleva una serie di questioni, a cui si rinvia per uno studio approfondito, particolarmente rilevanti ai fini della presente trattazione. Egli in estrema sintesi ravvisa un possibile contrasto tra la normativa interna e la normativa comunitaria (in particolare tra l'art. 99, comma 3, CPA e l'art. 267, comma 3, TFUE).

La recentissima sentenza della CGUE⁵¹ risponde ai quesiti posti dal giudice siciliano, facendo chiarezza sul tema.

La Corte di Giustizia ha affermato senza dubbi il dovere di rinvio pregiudiziale sussistente anche in capo alla Sezione Semplice del Consiglio di Stato che ravvisi la mancanza di conformità tra il Diritto europeo (così come interpretato dalla giurisprudenza europea) e il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria, o la possibilità di disapplicare il principio di diritto affermato dalla Plenaria e dichiarato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea da una successiva sentenza della CGUE⁵², realizzando in questo modo un idoneo contemperamento del potere del giudice amministrativo.

Dunque, al pari dell'intervento del legislatore e della rimessione alla Corte Costituzionale, anche il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è possibile considerarlo a pieno titolo tra gli elementi volti a attenuare la rinnovata funzione nomofilattica (e a tratti nomopoietica) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La recente sentenza del giudice europeo risulta molto chiara, sintetica e assai incisiva tuttavia maggiore attenzione, forse, poteva essere data al profilo argomentativo, il quale, invece è stato meglio affrontato nelle prime conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet, presentate il 23 aprile 2015⁵³. La pronuncia definitiva della CGUE del 10 aprile 2016 non si è discostata dalle pregnanti parole dall'Avvocato Generale Wathelet.

Alla luce della recentissima sentenza in esame si può affermare di essere giunti ad una stabile soluzione di equilibrio. Infatti, ogni qual volta il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria risulterà non conforme al diritto europeo, la Sezione Semplice non sarà tenuta ad adeguarvisi, bensì ad investire della relativa questione direttamente la Corte di Giustizia. In questo modo, la Sezione Semplice avrà a disposizione una "via di fuga" dal vincolo nei confronti della

⁵¹ Corte Giust., Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *PFE c. Airgest Spa*, Sentenza ECLI:EU:C:2016:199

⁵² Come accaduto nella vicenda che ha visto protagonisti la sent. dell'Adunanza Plenaria 4/2011 e la successiva sentenza della Corte Giust., 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb SpA*, cit.

⁵³ Avvocato Generale M. Wathelet, 23 aprile 2015, C-689/13, *PFE c. Airgest Spa*., prime conclusioni ECLI:EU:C:2015:263.

Plenaria e quest'ultima, sulla base delle decisioni comunitarie, potrebbe mutare il proprio orientamento compiendo un vero e proprio "*overruling*". Viceversa, qualora il giudice di massimo grado non intenda discostarsi dal proprio orientamento in contrasto con il diritto europeo, ciò comporterebbe un ridimensionamento del proprio ruolo nomofilattico a favore delle Corti sovranazionali.

6. Osservazioni conclusive. L'adozione definitiva dell'istituto dell'*overruling* nell'ordinamento nazionale.

Al fine di compiere delle osservazioni conclusive e di dare conto, sinteticamente, dei risultati cui si è giunti nel presente articolo sul tema dell'*overruling* ci si può chiedere se tale istituto sia stato adottato definitivamente dal nostro ordinamento nazionale, portando quest'ultimo a trasformarsi in un sistema di *Common Law*; oppure, se il ricorso all'*overruling* sia stato dettato da circostanze del momento che fanno dell'istituto in esame un rimedio eccezionale e meramente transitorio.

Per rispondere a tale quesito occorre tornare ai fattori individuati come causa del moltiplicarsi dei casi di *overruling* giurisprudenziale *in malam partem*, evidenziati in apertura. Ebbene, la risposta al quesito iniziale, a parere di chi scrive, dipende a sua volta dalle caratteristiche di tali fattori. In altri termini, se le cause che hanno portato al verificarsi dei mutamenti giurisprudenziali improvvisi e preclusivi degli ultimi anni non possono essere eliminate definitivamente, non si potrà che ritenere l'*overruling* stesso quale istituto entrato definitivamente a far parte dell'ordinamento nazionale.

Si consideri a tal proposito che i principi del giusto processo e dell'effettività non possono certo essere esclusi in fase di interpretazione della norma giuridica: lo richiede il diritto comunitario e lo conferma il legislatore nazionale nel CPA. Allo stesso modo, non può non tenersi conto del pluralismo giuridico e delle sue influenze sull'attività giurisprudenziale, soprattutto oggi alla luce dell'efficacia del diritto europeo nell'ordinamento interno. E ancora, è di tutta evidenza come, di fatto, il giudice, soprattutto di ultima istanza (ad esempio l'Adunanza Plenaria), si sia evoluto in modo tale da assumere sempre più un ruolo di creatore di diritto, tanto che parte della dottrina (Mengozzi, 2015: 1) ha sostenuto come negli ultimi anni sia emerso "un vero e proprio ruolo normativo o para-normativo delle decisioni giudiziarie, o almeno di alcune di esse".

Unico fattore su cui si potrebbe (*rectius*, si dovrebbe) intervenire è rappresentato dalla crisi della norma giuridica. Il legislatore, auspicabilmente, dovrebbe recuperare la capacità di creare norme valide, efficaci ed effettive. Migliore sarà l'attività svolta dal legislatore e minore sarà lo spazio disponibile per l'attività (anche) creatrice di diritto dei giudici. Tuttavia, in ogni caso, a

prescindere dalla crisi della norma ordinaria, a parere di chi scrive, il superamento dell'immagine illuministica del giudice *bouche de la loi* e il riconoscimento della funzione ad esso attribuibile di "creatore del diritto", capace di "far vivere il diritto", trasformando le semplici disposizioni in norme, pare essere un traguardo raggiunto e non più eliminabile.

Il ruolo del giudice è oggi fondamentale e non vi sono motivi per pensare che non possa esserlo anche in futuro, vista la tendenza alla globalizzazione (Venturi, 2010) del diritto e alla sua capacità di recepire, più velocemente di qualunque legislatore, gli influssi del diritto comunitario e internazionale e le evoluzioni della società. La globalizzazione del diritto (e l'europeizzazione in particolare) ha portato i sistemi di *Common Law* ed i sistemi di *Civil Law* ad influenzarsi reciprocamente: l'*overruling* stesso ne è un tangibile esempio. "I due sistemi muovono verso soluzioni simili, dettate dalle esigenze del mercato e della società globale e sono accomunate dalla cultura occidentale, alla quale entrambe appartengono. Si assiste, in tal modo, alla diffusione di una cultura giuridica a livello mondiale" (Venturi, 2010).

Sulla base del percorso logico enunciato, non potendosi eliminare definitivamente le cause che han dato luogo alla necessità di adottare mutamenti innovativi e preclusivi e vista la conformità dello strumento in questione con le norme dell'ordinamento nazionale, si deve ritenere che l'*overruling* sia entrato definitivamente a far parte degli istituti che sono nella disponibilità del giudice italiano. A parere di chi scrive, non si può ritenere l'*overruling* un istituto di carattere eccezionale e, quindi, temporaneo, in quanto le cause che hanno richiesto una sua adozione non sono affatto transitorie.

Nonostante ciò, "per quanto si segnali da più parti che è in atto un processo di osmosi tra i due sistemi, (di *Common Law* e di *Civil Law*), con una inevitabile omologazione tra l'uno e l'altro, prima di dare come del tutto realizzato tale processo, è opportuno usare qualche prudenza" (Verde, 2012: 6). Le differenze tra i due sistemi sono ancora molte. Inoltre, si è visto come l'*overruling* non abbia le medesime caratteristiche dell'omologo istituto di *Common Law*.

Esso è stato recepito nell'ordinamento nazionale, ma, come si è visto, con alcuni aggiustamenti.

Nonostante l'avvicinamento dei due sistemi di diritto occidentali (Sabatino, 2013: 3), non pare possa dubitarsi della natura di *Civil Law* dell'ordinamento nazionale. Ritenere vincolante il solo precedente della Plenaria e, di conseguenza, sostenere che solo quest'ultima possa operare in termini di *overruling* vero e proprio, infatti, non può essere da solo motivo sufficiente per considerare avvenuta una trasformazione del processo amministrativo in un processo di *Common Law*, così come ipotizzato da parte della dottrina (Pesce, 2014).

A tal proposito, inoltre, si deve tenere in considerazione che le Sezioni Semplici e, ancor più i TAR, beneficiano di una certa libertà operativa idonea a limitare il potere (anche) creativo di diritto del giudice.

L'identità dell'ordinamento nazionale è salva, ma non è da escludere che in futuro le due grandi macroaree del diritto saranno permeate da ancora maggiori contaminazioni reciproche.

Bibliografia

Ajani, Gianmaria & Barbara Pasa, 2013. *Diritto comparato: Casi e materiali*. Torino: Giappichelli.

Barack, Aharon, 1995. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè.

Benvenuti, Feliciano, 2006. *Caso e incertezza del diritto* (1988), in *Scritti giuridici*. Milano: ed. Vita e pensiero.

Bin, Roberto & Giovanni Pitruzzella, 2010. *Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli.

Branca, Marzio, 2009. La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa. www.federalismi.it.

Caponi, Remo, 1990. La nozione di retroattività della legge. *Giur. cost.*, 1332.

- 2006. Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo. *Riv. dir. proc.*, 449.
- 2010. Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010). *Rassegna forense*, 3, 535.
- 2009. Rimessione in termini nel processo civile. *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, 466. Torino: Utet.

Cappelletti, Mauro, 1984. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè.

Cardozo, Benjamin, 1947. *Il giudice e il diritto*, New York.

Chiarloni, Sergio, 1992. In difesa della nomofilachia. *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 123.

Chiassoni, Pierluigi, 2001. Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico, *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci - R. Guastini. Torino: Giappichelli.

Cossutta, Marco, 2012. *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto. Per un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto*, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. Milano: Franco Angeli.

- Costantino, Giorgio, 2011. Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto. *Rivista di diritto processuale*, 5, 1073.
- Croce, Marco, 2006. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e impresa*, n. 4-5/2006, 1114.
- D'Elia, Giuseppe & Adrian Renteria Diaz, 2008. *Teoria e pratica delle fonti del diritto*. Roma: Carocci.
- De Lise, Pasquale, 2010. Verso il codice del processo amministrativo. www.giustizia-amministrativa.it.
- 2012. Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa per l'anno 2012. www.giustizia-amministrativa.it.
- Esposito, Carlo, 1992. La consuetudine costituzionale, Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi, cur. D. Nocilla. Milano: Giuffrè
- Ferrari, Vincenzo, 2014. *Lineamenti di sociologia del diritto, Azione giuridica e sistema normativo*. Roma-Bari: Editori Laterza.
- Follieri, Enrico, 2012. L'introduzione del principio dello *stare decisis* nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. *Dir. Proc. Amm.*, 1237.
- Ghezzi, Morris L., 2009. *La scienza del dubbio*. Milano: Mimesis.
- Gorla, Gino, 1962. Studio storico comparativo della "Common Law" e scienza del diritto (le forme d'azione). *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 25.
- Grossi, Paolo, 2014. Sull'odierna incertezza del diritto, *Giust. Civ.*, 92.
- Guadagni, Marco, 1996. *Il modello pluralista*. Torino: Giappichelli.
- Inzitari, Bruno, 1988. Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario. *Contr. imp.*, 526.
- Jori, Mario & Anna Pintore, 1995. *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Kelsen, Hans, 1966. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Luiso, Francesco Paolo, 2003. Il vincolo delle sez. semplici al precedente della s.u.. *Giur. italiana*, 821.

- Maltoni, Andrea, 2015.** Il vincolo al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali. *Il foro amministrativo*, 137.
- Maniàci, Arturo, 2014. Il precedente giudiziale in Italia: verso lo “Stare decisis”? *Riv. crit. dir. priv.*, 567
- Marinelli, Vincenzo. Alla voce “Precedente giudiziario”, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, aggiornamento VI, 871.
- Mattei, Ugo, 1996. Precedente giudiziario e stare decisis, *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 164.
- Mengozzi, Marta, 2015. Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione. www.associazionedeicostituzionalisti.it, osservatorio costituzionale, 1.
- Morelli, Mario Rosario, 2011. L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile, *Relazione tematica n.31, Ufficio del Massimario*.
- Nigro, Mario, 2002. *Giustizia amministrativa*. Bologna: Il mulino.
- Oggianu, Serena, 2011. *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova.
- Olivecrona, Karl, [1939] 1967. *Law as a fact*. London: Oxford Un. Press. *Il diritto come fatto*, Milano: Giuffrè.
- Pastore, Baldassarre, 2014. *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*. Padova: Cedam.
- Patti, Salvatore, 2014. L’interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato. *Il Foro Italiano*, 4, 114.
- Pesce, Giovanni, 2014. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di Common Law? *Il nuovo diritto amministrativo*, 1/2014.
- Pizzorusso, Alessandro, 1977. Delle Fonti del Diritto. *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, 533.
- Pizzorusso, Alessandro, 2007. *La problematica delle fonti del diritto all’inizio del XXI secolo*. *Foro italiano*, V, 33.
- Punzi, Carmine, 2011. Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d’interpretazione di norme processuali. *Rivista di diritto processuale*, 1337.
- Rolli, Rita, 2013. Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens. *Contratto e impresa*, 3/2013, 591.

- Rordorf, Renato, 2006. Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario dell'Adunanza plenaria nell'ordinamento italiano. *Il Foro italiano*, 131, 9, 279.
- Ross, Alf, 1965. *On law and Justice (Diritto e giustizia)* trad. Torino: Einaudi.
- Ruffini, Giuseppe, 2011. Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e “giusto processo”. *Rivista di diritto processuale*, VI, 1402.
- Russo, Rosaria, 2014. L'irretroattività ex legge della Plenaria n. 13 del 2011. *Urbanistica e appalti*, 2, 203.
- Sabatino, Diego, 2013. La via italiana al precedente vincolante. www.giustizia-amministrativa.it.
- Sassani, Bruno, 2006. Il nuovo giudizio di cassazione. *Riv. dir. proc.*, 233.
- Taruffo, Michele, 1994. Giurisprudenza, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali Treccani*.
- Torchia, Luisa, 2010. Il Nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali. *il Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2.
- Venturi, Denise, 2010. Il diritto davanti alle sfide della globalizzazione. www.filodiritto.com.
- Verde, Giovanni, 2012a. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole. *Rivista di diritto processuale*, I, 6.
- 2012b. Ius litigatoris e ius constitutionis, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, 25.
- Vincenti, Enzo, 2011. Le Sezioni Unite della Cassazione sull'overruling in materia processuale, Relazione tenuta all'incontro di studio promosso dall'Ufficio del Referente per la Formazione decentrata del C.S.M. sul tema “*L'overruling nel diritto italiano ed europeo*”, Napoli. www.togati.formazionemagistratinapoli.it
- Von Jhering, Rudolf, [1877] 1972. *Lo scopo nel diritto*, trad. di M. G. Losano, Torino: Einaudi.
- Von Jhering, Rudolf, 1954. *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. di F. Vassalli. Firenze: Sansoni.