



Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?

DI GINEVRA GRECO*

Sommario: 1. Lo spunto dell'indagine: le sentenze n. 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 2. La sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia – 3. Il carattere *self executing* dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e la sua efficacia diretta verticale unilaterale. L'efficacia diretta verticale e orizzontale dell'art. 49 TFUE – 4. Il contrasto delle leggi di proroga con la disciplina UE – 5. Sulla disapplicazione della normativa nazionale di proroga da parte delle singole amministrazioni – 6. Le opzioni processuali possibili: il rinvio alla Corte di giustizia, ovvero alla Corte costituzionale, sulla base del criterio della doppia pregiudizialità – 7. La disapplicazione della legge, il regime degli atti amministrativi in violazione del diritto UE e la (particolare) sorte dei provvedimenti di proroga *medio tempore* emessi – 8. Segue: una disapplicazione *erga omnes* e con effetti caducanti? – 9. Il superamento dei giudicati sui singoli rapporti concessori prorogati – 10. Sull'efficacia *pro futuro* delle sentenze – 11. Considerazioni conclusive.

1. Lo spunto dell'indagine: le sentenze n. 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Le sentenze n. 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria¹ danno lo spunto per ritornare su temi fondamentali del rapporto tra diritto UE e diritto nazionale. Esse, infatti, si occupano del contrasto tra norma sovranazionale e legge dello Stato, del carattere *self executing* della disciplina UE pertinente, della disapplicazione della legge nazionale (ad opera del giudice e della P.A.), del regime degli atti amministrativi emessi in violazione del diritto UE e persino della sorte delle sentenze *medio tempore* emesse e che avallano gli effetti di detti atti: una sorta di antologia del “diritto amministrativo

* Ricercatrice presso l'Università degli studi di Palermo.

¹ Pubblicate in data 9 novembre 2021.

europeo” o, meglio, di derivazione europea, che ha già registrato numerosi commenti, anche di autorevole dottrina².

Tuttavia, data l’ampiezza dei temi trattati e la singolarità delle soluzioni accolte, non pare superflua qualche ulteriore considerazione, da un angolo prospettico che tenga conto principalmente delle necessità proprie del diritto UE³.

Oggetto delle pronunce dell’Adunanza Plenaria erano atti amministrativi, emessi su istanza di proroga della concessione marittima, presentata, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145. Il cui art. 1, c. 682, statuiva (e statuisce) che le concessioni demaniali già rilasciate «vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni 15»⁴.

Le sentenze hanno accertato un insuperabile contrasto tra detta proroga *ex lege* e la normativa UE immediatamente applicabile, individuata, da un lato nel principio di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e, dall’altro lato, nell’art. 12 della c.d. Direttiva *Bolkestein*⁵, che impone l’espletamento di gare di rilievo comunitario per il rilascio e/o la rinnovazione di concessioni di tal fatta.

Detto contrasto riguarda, secondo l’Adunanza Plenaria, tutte indistintamente le concessioni marittime turistico-ricreative. Con la conseguenza che la normativa nazionale sarebbe sempre disapplicabile, senza alcuna necessità di rinvio alla Corte di giustizia, e che gli eventuali atti

² Basti considerare i contributi raccolti nel numero speciale della rivista *Diritto e Società*, n. 3, 2021, tra i quali si segnalano quelli di M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn.17 e 18 dell’Adunanza Plenaria*, ivi, pp. 331 e ss.; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, ivi, pp. 359 e ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, ivi, pp. 385 e ss.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una annosa vicenda o resta ancora aperta?*, ivi, pp. 401 e ss.; B. CARAVITA DI TORITTO E G. CARLOMAGNO, *Appendice*, ivi, pp. 621 e ss.

Si devono segnalare anche i contributi di F. FRANCIOSI, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. (Recensione al fascicolo monotematico della Rivista Diritto e Società n. 3/2021 “La proroga delle ‘concessioni balneari’ alla luce delle sentenze 17 e 18/2021)*, in *giustizia insieme*, 28 gennaio 2022 e di M.P. CHITI, *Juger l’administration c’est aussi légiférer? L’Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in corso di pubblicazione in *Riv. It. Dir. pubbl. comunitario*; e ancora M.A. SANDULLI, *Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, in *giustizia insieme*, 16 febbraio 2022.

³ Sulla scia dei preziosi commenti critici e ricostruttivi di F. FERRARO, *Diritto dell’Unione e concessioni demaniali*, cit.; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme*, 30 dicembre 2021; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *eurojus*, n.1, 2022.

⁴ Si tratta solo di una delle più recenti misure legislative al riguardo, dato che, come ricorda l’Adunanza Plenaria, punto 46, sono state numerose le leggi di proroga succedutesi nel tempo (Cfr. art. 1, c. 18 d.l. n. 194/2009, convertito in legge n. 25/2010; l. 24 dicembre 2012, n. 228; e, più di recente, l’art. 182, c. 2, d.l. 34/2020, convertito in legge 77/2020), sia in vista di una risistemazione dell’intera materia, sia a causa della situazione di emergenza causata dalla pandemia. La proroga disposta dal citato art. 1, cc. 682 e 683 della legge del 2018 consente la conservazione delle concessioni fino al 31 dicembre 2033.

⁵ Si tratta della ben nota direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Cfr., *ex multis*, D. DIVERIO, *Limiti all’accesso del mercato dei servizi*, Bari, 2019; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; F. BESTAGNO, L. RADICATI DI BRONZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; G. FONDERICO, *Il Manuale della Commissione per l’attuazione della direttiva servizi*, in *Giur. Dir. Amm.*, 2008, p. 921. In particolare rispetto al caso delle concessioni balneari cfr. F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021.

amministrativi di proroga (emessi nel tempo sulla base di tale normativa) sarebbero a loro volta tutti travolti da detta disapplicazione (indipendentemente dal fatto che fossero oggetto, o non, dei giudizi rimessi all'Adunanza Plenaria).

Si tratterebbe infatti di atti meramente riproduttivi di una norma di legge disapplicabile e così, par di capire, inefficace. Non sussisterebbe dunque alcuna necessità di procedere in via di autotutela alla rimozione di detti atti, essendo sufficiente una mera ricognizione dell'inefficacia degli stessi.

Anche le sentenze (passate, o non, in giudicato), che eventualmente avessero riconosciuto il diritto alla proroga, risulterebbero superate dall'accertato contrasto di cui si è detto. Sicché non potrebbero continuare ad operare per il futuro, in quanto superate, appunto, da detto accertamento equiparabile ad una sorta di *jus superveniens*.

L'adunanza Plenaria ha poi ritenuto di prevedere una dilazione temporale delle proprie decisioni e fissato per il 31 dicembre 2023 «l'operatività degli effetti» delle stesse, ispirandosi ad analoghe tecniche e canoni decisorii della Corte di giustizia. Ma anche a prescindere da quest'ultimo pur rilevante aspetto, già i temi tratteggiati forniscono molteplici spunti ricostruttivi che meritano riflessione. Infatti, pur nel commendevole intento di disinnesicare le molteplici accuse di infrazione operate dalla Commissione⁶ e allo scopo di sollecitare il legislatore nazionale ad intervenire, l'Adunanza Plenaria ha – così sembra – voluto svolgere subito un qualche ruolo di supplenza, forzando peraltro istituti e rimedi da tempo acquisiti e, comunque, dandone una diversa configurazione.

Nell'innovativa configurazione degli strumenti di applicazione del diritto UE l'Adunanza Plenaria tocca svariati temi, che incidono sul ruolo stesso del Giudice amministrativo rispetto alle attribuzioni e alle competenze della Corte costituzionale, del giudice comune (ivi compreso il giudice penale⁷) e persino della Corte di giustizia. Tuttavia non si può sfuggire al quesito se si tratti di una nuova frontiera dell'integrazione europea ovvero di una pronuncia episodica, dovuta alle particolarità delle fattispecie trattate⁸. Nell'uno e nell'altro caso, peraltro, dette pronunce forniscono l'occasione

⁶ La prima delle quali risale al 2008 (procedura di infrazione 2008/4908), che ha dato luogo alla lettera di messa in mora dell'Italia in data 29 gennaio 2009, come ricordano le stesse sentenze dell'Adunanza Plenaria (punto 38.1). Quella attualmente pendente è la procedura d'infrazione PI 2020/4118, che ha dato luogo alla lettera di costituzione in mora, ex art. 258 TFUE, in data 3 dicembre 2020.

⁷ Nel punto 37 delle sentenze, l'Adunanza Plenaria si pone il problema delle conseguenze penalistiche derivanti dalla soppressione delle concessioni balneari in relazione al reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo, previsto dall'art. 1161 cod. nav. E, in modo rassicurante, esclude tale implicazione penalistica sulla base del rilievo che «la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti in *malam partem*».

Ma non è detto che il Giudice penale giunga alle medesime conclusioni.

⁸ Nello specifico campo delle concessioni marittime. Peraltro, si possono registrare già varie pronunce che si basano sulle sentenze dell'Adunanza Plenaria, quanto meno in ordine all'effetto differito della caducazione delle concessioni con finalità turistico recettive (cfr. ad esempio, Cons. giust. amm. reg. sic., 24 gennaio 2022, n. 116).

per una sia pur sintetica rivisitazione di istituti generali attinenti al primato del diritto dell'Unione europea e agli strumenti che ne garantiscono l'applicazione nel diritto nazionale.

Prima però pare necessario fare un cenno almeno al tipo di atti amministrativi che hanno originato le controversie. Al tipo, cioè, degli atti impugnati e oggetto dei giudizi che hanno dato luogo alla remissione all'Adunanza Plenaria.

Infatti, anche se l'Adunanza Plenaria ha spaziato su temi più ampi, occorre tener presente che i relativi giudizi amministrativi riguardavano due dinieghi di proroga⁹. Riguardavano, in altri termini, due provvedimenti con cui l'Autorità competente aveva rigettato l'istanza di proroga da parte dei precedenti concessionari, emessi nonostante che tale proroga fosse disposta alla legge, come si è detto.

Tale precisazione pare opportuna, perché può sorgere l'impressione che i provvedimenti impugnati fossero atti di proroga contestati da terzi (concorrenti del concessionario). Il che darebbe luogo a scenari parzialmente diversi, come si vedrà a proposito dell'efficacia diretta della direttiva *Bolkestein*.

In ogni caso la legittimità di detti atti dipendeva dalla compatibilità della legge nazionale di proroga con la disciplina UE pertinente ed immediatamente applicabile. Da qui i due (principali) quesiti posti all'Adunanza Plenaria e consistenti, il primo, sul carattere doveroso, o non, anche da parte delle amministrazioni, della disapplicazione delle leggi italiane che prevedono proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni marittime con finalità turistico ricettive e, il secondo, sulla necessità, o non, dell'annullamento d'ufficio dei singoli provvedimenti di proroga emessi in contrasto con la normativa dell'Unione europea e se detto annullamento d'ufficio fosse precluso dall'eventuale presenza di giudicati favorevoli alla proroga.

2. La sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia

⁹ In particolare la sentenza 17 ha riguardato l'appello della sentenza del TAR Sicilia (Catania) 15 febbraio 2021, 504, che aveva respinto un ricorso presentato da un titolare di concessione demaniale marittima avverso un provvedimento dell'Autorità portuale dello Stretto, che aveva respinto la richiesta di proroga della concessione fino al dicembre 2033, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145. L'appello, proposto innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa, è stato poi deferito all'Adunanza Plenaria con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, «rilevato che la questione oggetto di ricorso riveste una particolare rilevanza economico-sociale [...], onde assicurare certezza ed uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali» (così sentenza 17/2021, punto 5).

La sentenza n. 18 ha riguardato l'appello della sentenza del TAR Puglia (Lecce) 15 gennaio 2021, n. 73, che aveva accolto il ricorso del titolare di una concessione marittima, con relativo stabilimento balneare, avverso il diniego dell'istanza di proroga *ex lege* 145/2018. L'appello, proposto innanzi al Consiglio di Stato, è stato deferito all'Adunanza Plenaria con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, di contenuto analogo a quello sopra richiamato.

In tema di concessioni balneari, la giurisprudenza pertinente non poteva che essere individuata nella sentenza *Promoimpresa*¹⁰, pronunciata dalla Corte di giustizia nel 2016. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale – che consentiva la proroga automatica delle concessioni marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative – con l’art. 49 TFUE (sulla libertà di stabilimento) e con l’art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (*Bolkestein*). Quest’ultima norma, come è noto, impone «una procedura di selezione tra i candidati potenziali», tutte le volte che «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili».

Importante è il rilievo preliminare della Corte in ordine all’ordine di disamina dei quesiti posti. Infatti, la Corte ha sentito la necessità di precisare che «qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione»¹¹.

È per tale ragione che la Corte si è occupata prima della compatibilità della normativa nazionale con l’art. 12 della Direttiva citata (ritenuta, dunque, norma di armonizzazione)¹² e poi, per l’eventualità che la stessa «non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici di rinvio stabilire»¹³, della compatibilità con l’art. 49 TFUE.

Quanto al primo profilo, la Corte ha anzitutto escluso che le concessioni marittime rientrino tra le concessioni di servizi disciplinate dalla Direttiva 2014/23/UE¹⁴. Poi ha giudicato – sia pure sulla base di una rappresentazione dell’istituto nazionale non del tutto perspicua da parte dei giudici di rinvio¹⁵ – che dette concessioni «possono quindi essere qualificate come <autorizzazioni>, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di esercitare la loro attività economica»¹⁶.

Va osservato che, come sempre, il giudizio della Corte risulta “incanalato” (se non condizionato) dalla rappresentazione dei fatti e dai quesiti posti dal giudice del rinvio. Il che è stato riconosciuto

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia, 14 luglio 2016, in cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, ECLI:EU:C:2016:558.

¹¹ Sentenza cit., punto 59, ove è richiamato il precedente del 30 aprile 2014, in causa C-475/12, *UPC DTH*, ECLI:EU:C:2014:285, punto 63 e giurisprudenza ivi citata.

¹² Sentenza cit., punto 61, ove la Corte precisa che «[...] si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano a un’armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione (v., per analogia, sentenza del 16 giugno 2015, *Rina Services e a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, punti 37 e 38)».

¹³ Sentenza cit., punto 62.

¹⁴ Sentenza cit., punti 44-47. E, infatti, «nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dall’ente aggiudicatore, bensì sull’autorizzazione a esercitare un’attività economica in un’area demaniale» (punto 47).

¹⁵ Perplesità in proposito sono state rappresentate dal Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo nella risposta alla lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE, in data 4 febbraio 2021.

¹⁶ Sentenza cit., punto 41.

espressamente dalla sentenza, là dove ha sottolineato che la Corte si muoveva «nel contesto di diritto e di fatto» individuato, sotto la propria responsabilità, dal giudice nazionale¹⁷.

Il rilievo è importante, perché l'inquadramento giuridico dell'istituto, nell'ambito delle categorie proprie del diritto UE, dipendeva molto nella specie dalla configurazione data dal giudice remittente alle concessioni marittime, di che trattasi. E, in particolare, dalla ricomprensione o meno nell'ambito dell'istituto (e cioè nell'oggetto della concessione), non solo dell'uso particolare del bene demaniale (verso un canone), ma anche dell'attività economica che, attraverso l'uso del bene, il concessionario poteva svolgere.

Nel primo caso si sarebbe potuto parlare soltanto di “locazione di beni”¹⁸, come tale verosimilmente sottratta alla direttiva *Bolkestein*, perché non riguarda (art. 4, n. 6 di tale direttiva) una decisione dell'autorità competente «relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio»¹⁹. Nel secondo caso – che è poi quello tenuto presente dalla Corte – l'inquadramento nell'ambito delle “autorizzazioni” ai sensi della direttiva 2006/123/CE è risultato pressoché inevitabile.

Il che non significa, per ciò solo, che la menzionata Direttiva debba trovare applicazione. Infatti l'art. 12 statuisce che «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

¹⁷ Sentenza, cit., punto 28. Il concetto è così ribadito «non spetta alla Corte, nell'ambito del sistema di cooperazione giudiziaria istituito dall'art. 267 TFUE, rimettere in discussione l'esattezza dell'interpretazione del diritto nazionale operata dal giudice del rinvio, poiché detta interpretazione rientra nella competenza esclusiva di quest'ultimo. Perciò la Corte, quando è adita in via pregiudiziale da un giudice nazionale, deve attenersi all'interpretazione del diritto nazionale che le è stata esposta da detto giudice». Cfr. anche sentenza 6 ottobre 2015, in causa C-69/14, *Târșia*, ECLI:EU:C:2015:662, punto 13, ivi citata.

¹⁸ In tal senso sembrerebbe orientato il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo nella citata risposta alla lettera di costituzione in mora della Commissione, ove è richiamato il considerando 15 della direttiva 2014/23/UE, che a sua volta chiarisce che «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore».

¹⁹ Giova ricordare che, ai sensi dell'art. 4, punto 6, della citata direttiva, è sottoposta al «regime di autorizzazione [...] qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio». Il n.1 del citato art. 4 definisce poi per “servizio” «qualsiasi attività economica [...] fornita normalmente dietro retribuzione».

L'applicazione, dunque, del citato art. 12 dipende anche dalla «questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali». Ma «spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto»²⁰.

Il tutto con la conclusione che «nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123 – circostanza che spetta al giudice di rinvio determinare [...] – occorre rilevare che, secondo il par. 1° di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità»²¹. E con l'ulteriore ovvia implicazione che, in tali casi (ma quest'ultima precisazione manca nel dispositivo), il più volte citato art. 12 «osta ad una misura nazionale [...] che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistiche-ricreative»²².

Quanto al secondo profilo (la compatibilità o meno delle leggi di proroga con l'art. 49 TFUE), la Corte ha rilevato che è stato da tempo chiarito che «le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare»²³.

Ma l'applicazione di dette regole fondamentali – e in particolare dell'art. 49 TFUE – presuppone che sussista «un interesse transfrontaliero certo» in ordine alla assegnazione delle concessioni di cui trattasi. Precisando che tale interesse transfrontaliero certo deve essere accertato anzitutto dal giudice del rinvio, «sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo di sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche»²⁴.

In ogni caso, se sussiste tale interesse transfrontaliero certo²⁵, una normativa che consente una proroga automatica delle concessioni in essere «ritarda il rilascio delle concessioni mediante una procedura trasparente di gara, cosicché si deve ritenere che [...] introduca, a danno delle imprese con

²⁰ Sentenza cit., punto 43.

²¹ Sentenza cit., punto 49.

²² Sentenza cit., punto 57.

²³ Sentenza citata, punto 66, che richiama anche il precedente della sentenza 17 luglio 2008, C-347/06, *ASM Brescia*, ECLI:EU:C:2008:416, punti 59 e 60 e giurisprudenza ivi citata.

²⁴ Sentenza citata, punto 66, che richiama vari precedenti, quali la sentenza 14 novembre 2013, in causa C-221/12, *Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

²⁵ Va sottolineato sin d'ora che tali caratteri sono stati riscontrati dalla Corte in uno dei due casi oggetto del giudizio di rinvio e non nel secondo, perché il giudice *a quo* non aveva fornito sufficienti ragguagli al riguardo (sentenza cit., punti 67-68).

sede in altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tali concessioni, una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall'art. 49 TFUE»²⁶.

La Corte, dunque, è pervenuta a conclusioni, che si potrebbero definire generalizzanti, in ordine alla qualificazione delle concessioni marittime, di cui trattasi, in termini di “autorizzazioni”, ai sensi della Direttiva *Bolkestein*. Così come è pervenuta a conclusioni, che appaiono altrettanto generali, in ordine al contrasto con la riferita disciplina UE delle concessioni balneari affidate (o prorogate) senza gara, ove sussistano le condizioni di applicazione previste dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE o dall'art. 49 TFUE e di cui si è fatto cenno. Con l'ulteriore conseguenza che una legge nazionale di proroga di tutte indistintamente le concessioni marittime non può, a sua volta, che essere considerata in contrasto con la disciplina comunitaria testé richiamata.

Si tratta di “paletti”, cui l'Adunanza Plenaria ha dichiarato di non potersi (né volersi) discostare. E tuttavia non pare che sia stato sempre così.

3. Il carattere *self executing* dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e la sua efficacia diretta verticale unilaterale. L'efficacia diretta verticale e orizzontale dell'art. 49 TFUE

L'Adunanza Plenaria, per rispondere ai quesiti posti²⁷, ha dovuto inevitabilmente affrontare il problema del carattere *self executing* dell'art. 12 della *Bolkestein*. E lo ha risolto in senso affermativo, ritenendo le relative disposizioni sufficientemente dettagliate e specifiche²⁸. Idonee come tali ad essere immediatamente applicabili e ad imporre, ove ve ne fossero i presupposti, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione.

È stata così confutata l'opposta tesi del TAR Puglia (Lecce)²⁹ – giudice di primo grado in uno dei due giudizi rimessi all'Adunanza Plenaria – che aveva tratto argomento dal contesto “impreparato” del quadro normativo nazionale e dalla inutilità della sua disapplicazione, che non avrebbe comunque potuto evitare la procedura d'infrazione, già promossa dalla Commissione.

Questi ultimi appaiono argomenti inaccettabili dal punto di vista del diritto dell'Unione e giustamente non sono stati presi in considerazione dall'Adunanza Plenaria. E, invero, l'inadeguatezza di un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale, rispetto all'inadempimento degli obblighi comunitari (che permangono finché la direttiva non riceva adeguata attuazione a livello nazionale), è un inconveniente del tutto inconfidente rispetto al carattere *self executing* della direttiva, che deve

²⁶ Sentenza citata, punto 69 e secondo punto del dispositivo.

²⁷ Quesiti posti non dalle Sezioni, presso cui pendevano i giudizi di appello, ma dal Presidente del Consiglio di Stato, nell'esercizio dei poteri conferiti dall'art. 99, c. 2, c.p.a.

²⁸ Sentenze dell'Adunanza Plenaria, punto 26.

²⁹ Sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73.

essere valutato di per sé e indipendentemente dal contesto normativo nazionale, che può essere più o meno preparato a riceverne gli effetti.

È, infatti, principio da tempo affermato e consolidato che una direttiva ha effetti diretti³⁰ – e quindi può essere fatta valere dinanzi al giudice nazionale – se presenti i caratteri del precetto compiuto e non condizionato³¹. E la direttiva *Bolkestein* (o almeno il suo art. 12), ben presenta tali caratteri, come implicitamente riconosciuto dalla sentenza *Promoimpresa*³².

Né in senso contrario si potrebbe sostenere che il citato art. 12 presenterebbe un carattere “condizionato”, dato che la sua applicazione è subordinata alla sussistenza di una “scarsità delle risorse naturali”. Si tratta di un presupposto di applicazione della norma (come del resto l’inquadramento della fattispecie tra le “autorizzazioni” ex art. 4, punto 6 della direttiva), che non condiziona l’effetto diretto della norma medesima, come è dimostrato dalla circostanza che, in base alla sentenza *Promoimpresa*, spetta al giudice nazionale accertarlo.

Del resto, come si è visto, anche l’art. 49 TFUE subordina l’applicazione del precetto all’interesse transfrontaliero certo, che la fattispecie concreta presenti. E non si può certo dubitare dell’efficacia diretta della norma, da gran tempo riconosciuta³³. Tant’è che, a proposito delle concessioni di servizi, per lungo tempo esclusi dalle direttive sui contratti pubblici, è sempre stata imposta, quanto meno, l’applicazione dei canoni di trasparenza, pubblicità e apertura alla concorrenza, in base al principio di libertà di stabilimento³⁴. E tant’è che la violazione del citato art. 49 è stata contestata in talune

³⁰ Sui possibili effetti diretti di una direttiva, si può risalire alla sentenza *van Duyn*: Corte giust. 4 dicembre 1974, in causa C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, punto 2 del dispositivo.

³¹ Cfr., ex multis, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2020, pp. 186 e ss.; L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2020, pp. 292 e ss.; R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell’Unione europea*, Milano, 2020, pp. 203 e ss.

³² Non pare esatto, dunque, l’affermazione che “*la GUCE non ha mai affermato la natura self executing della direttiva Bolkestein*” (T.A.R. Lecce sentenza 73/2021, cit.).

³³ Cfr. già Corte giust. 21 giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners*, ECLI:EU:1974:68. Cfr. anche, tra le tante, Corte giust. 11 dicembre 2007, in causa C-438/05, *The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union*, ECLI:EU:2007:772.

³⁴ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in GU.CE. 29 aprile 2000. Particolarmente è rilevante il punto 2.4 che precisa che: «benché le concessioni non siano contemplate dalle direttive sugli appalti pubblici, esse sono soggette alle norme e ai principi del trattato, nella misura in cui siano riconducibili ad atti dello Stato e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche.

Infatti, ogni atto dello Stato(23), contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del trattato e, in particolare, di quelle degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66)(24).

Sono perciò oggetto della presente Comunicazione gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto – vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto – la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione. Siffatti servizi rientrano nell'ambito della presente comunicazione se configurabili quali prestazioni di attività economiche ai sensi degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato. [...] Va, invece, sottolineato che quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, rientra nell'oggetto della Comunicazione».

procedure di infrazione per l'affidamento di contratti, pur al di fuori dell'ambito di applicazione cogente delle medesime direttive sugli appalti pubblici³⁵.

Il carattere "condizionato", o non, della direttiva non può essere collegato ad un particolare presupposto di applicazione della norma che spetta al giudice comune accertare. E lo stesso vale per la singola amministrazione, allorché spetti ad essa applicare la disciplina UE. Con la conseguenza che sarà precetto "condizionato" – e come tale non *self executing* – solo quello la cui operatività dipende da circostanze estranee alle valutazioni dell'organismo chiamato a darne attuazione nel caso concreto (ad esempio, dipenda da una normativa di dettaglio, espressamente richiesta e non ancora emessa³⁶, ovvero da ulteriori misure che devono essere adottate dalle Istituzioni o da autorità nazionali³⁷).

La direttiva *Bolkestein*, d'altra parte, non lascia margini di discrezionalità (almeno, significativi) ai singoli legislatori nazionali. E ciò conferma, per altro verso³⁸, la presenza appieno del requisito della "incondizionatezza"³⁹.

Resta il fatto che, pur essendo ad effetti diretti, le richiamate norme risultano applicabili solo se sussistono i presupposti ivi indicati. Il punto emerge chiaramente dalla sentenza *Promoimpresa* (ove si legge, ad esempio, che «nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123 – circostanza che spetta

³⁵ Cfr. Corte giust., 21 febbraio 2008, in causa C-412/04, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2008:102 a proposito della mancata disciplina in sede nazionale di taluni appalti sotto soglia. Ivi si legge che «Occorre in primo luogo rilevare che il legislatore comunitario ha fatto una scelta esplicita e di principio di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi.

Inoltre, quando sia accertato che un tale appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE» (punti 65-66). Cfr. anche Corte giust., Grande sezione, 13 novembre 2007, in causa C-507/03, *Commissione/Irlanda*, ECLI:EU:C:2007:676, a proposito di un appalto di servizi, ricompresi nell'Allegato 1B della direttiva 92/50/CEE, di per sé non soggetti al sistema di pubblicità comunitaria e agli obblighi di gara. E tuttavia la Corte ha giudicato che detto allegato 1B «non dev'essere interpretato nel senso che esso impedisce l'applicazione dei principi sanciti dall'art. 43 e 49 CE, nel caso in cui siffatti appalti presentino comunque un interesse transfrontaliero certo» (punto 29). Con l'ulteriore conseguenza che «qualora un appalto relativo a servizi rientranti nell'ambito dell'allegato 1B presenti un tale interesse, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad una impresa con sede nello Stato membro dell'Amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in altro Stato membro» (punto 30)».

³⁶ E dunque necessari di provvedimenti di attuazione: cfr. il caso *van Duyn*, Corte giust. 4 dicembre 1974, in causa C-41/74.

³⁷ Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 107.

³⁸ Cfr., ad esempio, Corte giust. 12 dicembre 1990, in cause riunite C-100/89 e C-101/89, punto 26.

³⁹ Questo profilo del grado di discrezionalità lasciato agli Stati è ben sottolineato da D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione*, cit., pp.203 e ss.

al giudice del rinvio determinare [... sulla base del requisito delle risorse naturali scarse, n.d.r.] – occorre rilevare che [...]»⁴⁰.

Ne deriva che, una volta accertato il sicuro interesse transfrontaliero del “mercato” delle concessioni marittime per scopi turistico-ricreativi e la relativa scarsità delle risorse naturali, l’Adunanza Plenaria non poteva che applicare le relative norme, ove sussistessero gli ulteriori presupposti, di cui si passa a parlare.

Occorre ricordare, infatti, che il riconosciuto carattere *self executing* delle due riferite norme dell’Unione non deve far dimenticare il diverso rango delle stesse e, soprattutto, la diversa portata dell’efficacia diretta. Che nel primo caso (mi riferisco all’art. 12 della *Bolkestein*) presenta un’efficacia diretta solo “verticale”⁴¹ e come tale può essere fatta valere dai singoli nei confronti dello Stato-amministrazione⁴², mentre tale limitazione non sussiste per le libertà fondamentali previste dal Trattato e, in particolare, per l’art. 49 TFUE.

Di tale diversa efficacia diretta, che il Consiglio di Stato non ha considerato, occorrerà viceversa tener conto, allorché si esamineranno gli strumenti in concreto utilizzati per assicurare l’applicazione di dette norme. In particolare dell’art. 12 della direttiva *Bolkestein* che, essendo ad effetti solo verticali unilaterali, non potrebbe essere applicato dalle amministrazioni a svantaggio dei cittadini interessati, viceversa, all’applicazione del diritto nazionale.

L’inadempienza (della non corretta o intempestiva attuazione delle direttive) è infatti imputabile allo Stato e quest’ultimo non potrebbe trarre vantaggio dal suo inadempimento e farlo gravare nei confronti dei cittadini (principio dell’*estoppel*⁴³). Si tratterebbe di un caso di “efficacia verticale invertita”, che è di per sé non consentita⁴⁴. Infatti, lo Stato membro non potrebbe mai pretendere di applicare direttive *self executing* (e di disapplicare la norma nazionale contrastante) a danno di cittadini e imprese: proprio il principio dell’*estoppel* preclude una tale operazione, come la giurisprudenza della Corte ha più volte ribadito⁴⁵.

⁴⁰ Sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 49.

⁴¹ Così come rilevato puntualmente da F. FERRARO, *Diritto dell’Unione e concessioni demaniali*, cit. pp. 372 e ss. Sul punto cfr. E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit.

⁴² Come tutte le direttive non trasposte dagli Stati membri (o trasposte in modo non corretto). Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 295; . ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell’Unione europea*, cit., pp. 187 e ss.; R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell’Unione europea*, cit., p. 204; D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione*, cit., p. 110, che richiama anche le conclusioni dell’Avvocato generale Slynn, in data 18 settembre 1985, in causa C-152/84, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1985:345.

⁴³ Vale infatti il principio che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l’inadempienza da parte sua degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa» (Corte giust., 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci/Italia*, ECLI:EU:C:1991:478, punto 11).

⁴⁴ Cfr. D. GALLO, *op. ult. cit.*, pp. 361 e ss.

⁴⁵ Cfr. Corte giust., 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, cit.; Corte giust. 26 febbraio 1986, in causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punto 47; Corte giust. 19 gennaio 1982, in causa 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7, punto 25; Corte giust. 5 aprile 1979, in causa 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110.

Viceversa l'art. 12 può essere fondatamente invocato, sia in sede procedimentale sia in sede processuale, dalle imprese e dai cittadini interessati alla sua applicazione, perché le amministrazioni non potrebbero farsi scudo di una inadempienza statale. Infatti, «la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta»⁴⁶.

Né si potrebbe pensare che, per estendere gli effetti negativi anche a danno del precedente concessionario, si possa invocare quella giurisprudenza che equipara il concessionario allo Stato o che qualifica il concessionario come autorità statale⁴⁷. Si tratta, infatti, di deroghe (o di *escamotages*⁴⁸), che si basano sul presupposto che il concessionario sia sottoposto al controllo dello

Non solo, ma il divieto dell'effetto verticale invertito, con riferimento alle direttive, è stato al vaglio dei giudici dell'UE anche in materie diverse dall'ambito penalistico:

- Corte giust., 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Ingeborg Beuttenmüller c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2004:264, ove la Corte, riprendendo le Conclusioni dell'Avvocato generale, ha statuito che: «uno Stato membro che è venuto meno all'obbligo ad esso incombente di recepire le disposizioni di una direttiva nel proprio ordinamento giuridico non può opporre ai cittadini comunitari i limiti derivanti da tali disposizioni, come non può pretendere da loro l'esecuzione di obblighi derivanti da tale direttiva» (punto 63);

- Corte giust., 5 luglio 2007, in causa C-321/05, *Kofoed c. Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2007:408, ove al punto 42 la Corte ha ricordato come il divieto di effetti verticali invertiti sia il logico corollario del principio della certezza del diritto. Infatti: «il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli. Le direttive non possono quindi essere fatte valere in quanto tali dallo Stato membro contro singoli (v., in particolare, sentenze 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò/X*, Racc. pag. 2545, punti 19 e 20; 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc. pag. 3969, punti 9 e 13; 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, Racc. pag. I-4705, punti 36 e 37, nonché 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, Racc. pag. I-3565, punti 73 e 74)»;

- Corte giust., 1 ottobre 2010, in causa C-227/09, *Antonino Accardo e altri c. Comune di Torino*, ECLI:EU:C:2010:624 ove la Corte, proprio nei confronti dello Stato italiano, ha ribadito che se la direttiva non è stata correttamente trasposta «le autorità di uno Stato membro che non si avvale di tale facoltà non possono invocare l'omissione attuata da tale Stato» (punto 46), poiché «secondo la consolidata giurisprudenza [della stessa] Corte [di giustizia], una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, Racc. pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, Racc. pag. I-3325, punto 20; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, Racc. pag. I-723, punto 56; 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, Racc. pag. I-8835, punto 108, nonché 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 46)» (punto 45);

- Corte giust., del 27 febbraio 2014, in causa C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. contro Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110, ove ancora una volta la Corte ha sottolineato come «ai sensi di una costante giurisprudenza, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (sentenza del 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, punto 37 e giurisprudenza ivi citata)» (punto 47). Non solo, ma trattandosi, a differenza degli altri tre casi *supra* riportati, di un'ipotesi di disapplicazione del diritto nazionale (come nel caso dell'Adunanza Plenaria più volte richiamata), è interessante sottolineare come la Corte abbia precisato in maniera chiara che la direttiva non possa essere invocata dallo Stato ai fini della disapplicazione della normativa nazionale qualora si producano effetti negativi per i singoli (punto 48).

⁴⁶ Corte giust., 26 febbraio 1986, in causa 152/84, *Marshall*, cit., punto 48.

Infatti, «in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere fatte valere, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero, inoltre, in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato (v., in particolare, sentenze 19 gennaio 1982, causa 8/81; *Becker*, punto 25; 10 settembre 2002, causa C-141/00, *Kügler*, punto 51, e 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.*, punto 98)» (Corte giust., 17 febbraio 2005, in cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis*, ECLI:EU:C:2005:92, punto 33).

⁴⁷ D. GALLO, op. cit., pp. 293 e ss.

⁴⁸ D. GALLO, op. cit., pp. 290 e ss.

Stato e disponga di poteri che eccedano quelli ordinari dei rapporti tra privati⁴⁹. Il che non pare che possa essere riconosciuto ai concessionari marittimi con scopi turistico ricreativi, tanto meno, poi, dopo che il rapporto con l'ente pubblico concedente sia stato qualificato come "autorizzazione", ai sensi della *Bolkestein*: infatti detta autorizzazione consente l'esercizio di attività economiche, senza il ben che minimo conferimento di compiti pubblici, che possano implicare poteri amministrativi.

Quindi l'art. 12 non potrebbe essere applicato per escludere una proroga, richiesta dal precedente concessionario⁵⁰. Potrebbe, viceversa, essere applicato per escludere una proroga su richiesta di un terzo interessato: in tal caso, infatti, sussisterebbero effetti negativi sul precedente concessionario, ma si tratterebbe della conseguenza (c.d. effetto triangolare⁵¹) dell'applicazione di una norma che il terzo ha diritto di far applicare: il c.d. caso *Fratelli Costanzo* ne costituisce nitida espressione⁵².

Problemi analoghi, peraltro, non sussistono per l'art. 49 TFUE, i cui effetti diretti sono di carattere anche orizzontale. Essi possono riguardare, dunque, anche conseguenze negative per il

⁴⁹ Cfr. in argomento E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo*, cit., che puntualmente richiama la sentenza *Foster*, 12 luglio 1990, in causa C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313, punti 18 e 20, e, più di recente, la sentenza *Farrel*, 10 ottobre 2017, in causa C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745.

⁵⁰ In senso contrario, pare, R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, cit., p. 113, che sottolinea che la disapplicazione delle leggi di proroga provoca indiscutibilmente uno svantaggio a carico del concessionario, che può essere inquadrato tra le «mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi», che la giurisprudenza della Corte a far tempo dalla sentenza *Fratelli Costanzo*, di cui *infra* nel testo, accetta possano prodursi. Ma quel che più rileva è che l'illustre Autore reputa che questo risultato possa prodursi «in particolare, ma non soltanto, quando è un altro privato ad invocare a proprio favore una disposizione contenuta in una direttiva». In tal caso, dunque, si sarebbe al di fuori del c.d. effetto triangolare (anch'esso *infra* nel testo), a cui la giurisprudenza della Corte pare ancora circoscrivere i casi di effetti negativi nei confronti dei singoli. Infatti, risulta ancora saldo l'insegnamento che «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato» cfr. Corte giust., 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, punto 57.

Vero è che la medesima sentenza precisa anche che «un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva», punto. 56. Ma tale passo pare costituire una limitazione al c.d. effetto triangolare e non già un ampliamento dei c.d. "inverse direct effect".

⁵¹ In questo caso non si tratterebbe di efficacia diretta verticale inversa, poiché sarebbe sempre un singolo a invocare una direttiva contro lo Stato, a titolo principale, mentre gli effetti negativi sui singoli controinteressati risulterebbero mere conseguenze incidentali e collaterali. Infatti, la possibilità che vi sia una direttiva UE in situazioni triangolari si verifica nei casi in cui una direttiva impone a carico dello Stato sia l'obbligo generale di recepirla, sia obblighi specifici relativi all'esercizio del potere amministrativo nei confronti dei privati, come il rilascio di autorizzazioni alla messa in commercio (caso *Smith & Nephew e Primecrown*, vedi nota seguente), la concessione di licenze ambientali (caso *WWF*, vedi nota seguente) o l'aggiudicazione di appalti pubblici (caso *Fratelli Costanzo*, vedi nota seguente). Per una più ampia analisi degli effetti triangolari, cfr. in dottrina D. GALLO, op. cit., pp. 303 e ss.; A. ARNULL, *The incidental effect of directives*, in *European Law Review*, 1999, n. 24, p. 1 ss.; R. KRÁL, *Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations*, in *European Public Law*, 2010, pp. 239 ss.; M. DOUGAN, *Disguised vertical direct effect of directives*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, pp. 586 e ss.; K. LACKHOFF, H. NYSENS, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *European Law Review*, 1998, n. 5, pp. 397 ss.; P. CRAIG, *Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *European Law Review*, 1997, n. 22, pp. 542 ss.

⁵² Cfr. Corte giust. 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256. Nello stesso senso cfr. Corte giust., 16 settembre 1999, in causa C-435/97, *WWF e a.*, ECLI:EU:C:1999:418, punti 69 e 71; Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-194/94, *Cia Security International*, ECLI:EU:C:1996:172, punti 40-55; Corte giust., 12 novembre 1996, causa C-201/94, *Smith & Nephew e Primecrown*, ECLI:EU:C:96:432, punti 33-39, e Corte giust., 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*, ECLI:EU:C:2000:496, punti 45-52.

singolo soggetto coinvolto nella sua applicazione, fermo restando il presupposto del rilievo comunitario della fattispecie e, cioè, l'interesse transfrontaliero.

Né ulteriori limitazioni possono derivare dalla circostanza che il diritto di stabilimento potrebbe essere invocato, ai sensi dell'art. 49 TFUE, solo da persone fisiche ed imprese di uno Stato membro diverso da quello in cui intendono svolgere la propria attività e, dunque, non da cittadini ed imprese italiane (c. d. "discriminazioni a rovescio")⁵³. L'art. 53 della legge 234/2012, infatti, ha da tempo superato detto inconveniente, disponendo che «nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea»⁵⁴.

4. Il contrasto delle leggi di proroga con la disciplina UE

Poiché gli atti impugnati innanzi al Giudice amministrativo erano, come si è accennato, altrettanti dinieghi di proroga e i ricorsi si basavano sull'applicazione delle leggi nazionali che viceversa tale proroga avevano indistintamente disposto, la prima questione posta all'Adunanza plenaria non poteva che essere quella della compatibilità di tali leggi con la disciplina dell'Unione (di cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente). Il tutto alla luce della sentenza *Promoimpresa*, che, come si è detto, ha demandato al giudice nazionale di verificare se sussistano le condizioni⁵⁵ dell'"interesse transfrontaliero certo" e della "scarsità delle risorse".

L'Adunanza plenaria, dunque, prima di rispondere agli specifici quesiti che le sono stati posti, ha dedicato ampio spazio a detti temi, prefigurando e superando i possibili ostacoli all'applicazione

⁵³ Cfr. A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EC law*, Wolters Kluwer, 2009; B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 717; F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi sufficienti o esorbitanti?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 917; D. DIVERIO, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 610; B. LEBAUT-FERRARESE, *Dans quelle situation, le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne?*, in *Petites affiches*, 17 mai 2005, n. 97, p. 8; R.E. PAPADOPOULOU, *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, in *Cahiers de droit européenne*, 2003, p. 98; E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, fasc. 2, pp. 351 e ss.; P. RAMBAUD, *La discrimination à rebours et le droit communautaire: un mythe juridique?*, in *Gaz. Pal.*, 1992, p. 339.

⁵⁴ Sulla portata di detta norma nazionale cfr. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2021, p. 46.

⁵⁵ Infatti, la decisione della Corte di giustizia all'esito del rinvio pregiudiziale si limita a fornire un'interpretazione (o un giudizio di validità) delle norme di diritto dell'Unione europea al caso di specie, non potendo risolvere la controversia pendente davanti al giudice *a quo*. «Infatti è il giudice del rinvio che, dopo la pronuncia della Corte, dovrà decidere la controversia applicando il principio di diritto definito dalla sentenza pregiudiziale ed eseguendo eventuali verifiche richieste dalla stessa Corte [come di fatto sovente avviene n.d.r.]» cfr. A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 199.

della disciplina UE. Molti dei quali, del resto, erano già stati espressamente o implicitamente vagliati dalla più volte citata sentenza *Promoimpresa*⁵⁶ e non potevano condurre a conclusioni diverse.

In tale disamina l'Adunanza Plenaria ha invertito l'ordine indicato dalla Corte di giustizia (prima il confronto con la normativa derivata e poi, se questa «non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici di rinvio stabilire», il confronto diretto con la norma del Trattato). Ma non pare che tale inversione sia stata dovuta alla consapevolezza della (probabile⁵⁷) inapplicabilità della direttiva *Bolkestein* «ai procedimenti principali», per le ragioni già accennate.

Per quel che concerne, dunque, il requisito dell'interesse transfrontaliero, esso consiste «nella capacità di una commessa pubblica [...] di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri»⁵⁸. E con riferimento a tale premessa, l'Adunanza Plenaria passa a considerare – si direbbe, nel suo complesso – il “mercato” delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative.

Infatti, «qui non si tratta [...] di un appalto “isolato”, da eseguirsi una tantum, rispetto al quale l'esiguo valore economico, la specialità, sotto il profilo tecnico, delle prestazioni richieste e anche l'ubicazione (lontana dai confini) della prestazione potrebbero scoraggiare o rendere comunque scarsamente probabile la partecipazione di operatori economici di altri Stati membri»⁵⁹. Si tratterebbe, viceversa, della messa a disposizione dei privati concessionari di tutto un complesso di beni demaniali, che costituiscono un patrimonio naturalistico di pregio mondiale⁶⁰.

Come si può constatare, il punto di riferimento dell'indagine è, per così dire, onnicomprensivo⁶¹.

Tale approccio di tipo complessivo è giustificato dall'Adunanza Plenaria sulla base del rilievo che non «si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse

⁵⁶ Si consideri, ad esempio, l'aspetto della funzione (anche) di armonizzazione, che la direttiva *Bolkestein* presenta (cfr. *supra*, par. 2 e punto 21 delle sentenze dell'Adunanza Plenaria). Si consideri, ancora, l'aspetto della tutela dell'affidamento (sentenze, cit. punto 37), che la sentenza *Promoimpresa* (punto 56) ha escluso con riferimento alla «proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indistintamente a tutte le autorizzazioni in questione».

⁵⁷ A meno che non si acceda ad una concezione particolarmente ampia di effetto triangolare della Direttiva. Ad una concezione, cioè, che comprenda non solo i casi in cui l'applicazione della Direttiva è effettivamente richiesta da un singolo per far valere un “diritto” scaturente dalla Direttiva medesima, ma anche i casi in cui tale effetto sia soltanto potenziale (nel senso che vi potrebbe essere, in via di mera ipotesi, un soggetto interessato a far valere detto “diritto”). Interpretazione di quest'ultimo tipo non è astrattamente da escludersi, ma implicherebbe un approfondimento *ad hoc*, che non è possibile operare nella presente sede. Qui si può solo evidenziare che la giurisprudenza della Corte, allo stato, non pare assecondare tale ampliamento dell'istituto.

⁵⁸ Ad. Plen. punto 15.

⁵⁹ Ad. Plen. punto 16.

⁶⁰ Ad. Plen. punto 16, che infatti precisa «Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo».

⁶¹ Come è confermato anche dal rilievo che «basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindi miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime» (pp. 14-15).

transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione»⁶². Da qui poi la consequenziale conclusione che l'interesse transfrontaliero sarebbe *in re ipsa*⁶³.

L'approccio onnicomprensivo è stato seguito anche con riferimento al requisito della «scarsità delle risorse naturali», di cui all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE⁶⁴. Infatti, anche in questo caso la disamina ha riguardato il complesso delle aree costiere italiane e alla disponibilità di aree ancora potenzialmente disponibili per operatori economici diversi da quelli “protetti” dalla proroga *ex lege*⁶⁵.

In tale contesto, l'Adunanza Plenaria ha rilevato che dai dati in suo possesso quasi il 50% delle spiagge italiane è coperto da stabilimenti balneari, con picchi di percentuali superiori in alcune regioni⁶⁶. E che inoltre molte Regioni hanno introdotto dei “tetti” ai tratti di costa suscettibili di concessione⁶⁷.

Da qui le conclusioni che, date le premesse, risultano coerenti e consequenziali: «Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione.

Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123»⁶⁸.

⁶² Ad. Plen. punto 16, che così continua: «Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*».

⁶³ Così in R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari*, cit., p.114. Infatti le sentenze dell'Adunanza Plenaria concludono nel senso che «non vi è dubbio, al contrario, che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentano tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere» cfr. Ad. Plen. sempre punto 16.

⁶⁴ L'Adunanza Plenaria ha precisato che «il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato» cfr. punto 25.

⁶⁵ Ad. Plen., sempre punto 25.

⁶⁶ Ad. Plen., ancora punto 45, ove si precisa che «i dati del sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti litorali soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità tecnico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”».

⁶⁷ Ma quest'ultima osservazione appare inconferente, dato che si trattava di stabilire se le risorse naturali fossero scarse e non se la scarsità derivasse da limiti normativi.

⁶⁸ Ad. Plen. punto 26.

Tuttavia l'Adunanza Plenaria ha ommesso di considerare, come si è accennato, che, per applicare l'art. 12 in questione ai “*procedimenti principali*”, occorre che gli stessi riguardassero pretese nei confronti dell'apparato statale⁶⁹ (inadempiente, per non aver trasposto correttamente la direttiva) e non pretese dell'apparato statale nei confronti di imprese e cittadini, cui la predetta inadempienza non può essere opposta. E non pare questo il caso di specie in entrambi i giudizi che hanno portato alla rimessione all'Adunanza Plenaria.

Indipendentemente da tale rilievo – che riguarda solo l'articolo 12 della direttiva e non l'art. 49 TFUE –, non si può non rilevare che l'approccio generalizzante, utilizzato in entrambi i casi, suscita più di una perplessità, almeno sotto un duplice profilo. E cioè sia *a*) per il metodo, sia *b*) per il merito.

a) Quanto al metodo, risulta che il supremo organo di giustizia amministrativa si è discostato dal criterio seguito dalla Corte di giustizia e consistente nel valutare “*caso per caso*” le fattispecie di possibile contrasto con la normativa dell'Unione.

E così, proprio nel caso *Promoimpresa* (preso a paradigma dall'Adunanza Plenaria), le fattispecie sostanziali da cui avevano tratto spunto i giudizi di rinvio alla Corte riguardavano il mancato rinnovo di una concessione lacuale del lago di Garda e provvedimenti di concessione di aree marittime in Sardegna. E la Corte nel primo caso ha riconosciuto la presenza di «un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione». Mentre nel secondo caso ha constatato che «il giudice di rinvio non ha fornito gli elementi necessari per consentire alla Corte di ritenere che esista un interesse transfrontaliero certo»⁷⁰.

Secondo la Corte, dunque, la presenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina UE pertinente deve essere accertata non in generale, ma con riferimento alla fattispecie concreta. Anche perché un approccio generale potrebbe risultare pericoloso, ove dovesse nascondere casi, pur sporadici, di contrasto con la normativa UE.

Ma non è questo il caso riscontrato dall'Adunanza Plenaria. E nulla impedisce, credo, che il Giudice nazionale possa giungere a conclusioni specifiche attraverso un ragionamento deduttivo, che passi dal generale al particolare: purché, tuttavia, gli effetti del suo giudizio siano limitati ai casi concreti, oggetto di impugnazione, senza che il più ampio spettro dell'indagine compiuta possa per ciò solo giustificare un'estensione del suo giudicato al di là dei limiti della materia del contendere (il punto sarà ripreso).

⁶⁹ «A tale proposito occorre rilevare che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli. Nei confronti di questi ultimi, le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti» cfr. sentenza *Wells*, cit., punto 56.

⁷⁰ Cfr. *supra* nota 25.

b) Quanto al merito, non si intende sindacare la valutazione fattuale e tecnica, che presenta inevitabilmente margini di opinabilità⁷¹. Essa dimostra, peraltro, che il Consiglio di Stato non si è appiattito sulle posizioni assunte dalle amministrazioni che avevano emesso gli atti impugnati, ma ha operato in piena autonomia di giudizio, manifestando di voler compiere quel sindacato pieno in fatto e in diritto, che è tipico del giusto processo⁷².

Tuttavia non si può non rilevare che essa pare “in fatto” distonica con altra norma prevista nella citata legge 30 dicembre 2018, n. 145. Si tratta dell’art. 1, c. 676, che demanda ad un emanando DPCM di stabilire «le condizioni e le modalità per procedere: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero marittimo; b) all’individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili [...]».

L’anomalia deriva non tanto dalla circostanza che l’Adunanza Plenaria non ha atteso l’emanazione di detto DPCM per avere un quadro istruttorio completo, quanto dalla circostanza che ha sostanzialmente escluso che vi fossero ulteriori aree marittime disponibili per le concessioni. Mentre la norma di legge, prevedendo la mappatura delle “*aree libere e concedibili*”, ha presupposto l’esatto contrario.

5. Sulla disapplicazione della normativa nazionale di proroga da parte delle singole amministrazioni

Che la singola amministrazione, all’atto del provvedere, debba applicare la normativa UE ad effetto diretto è un dato da sempre acquisito⁷³ (si parla al riguardo di “*administrative direct effect*”⁷⁴). Così come è da tempo acquisito (sin dalla già citata sentenza *Fratelli Costanzo* del 1989⁷⁵) che tale obbligo comporta anche la disapplicazione della normativa nazionale eventualmente contrastante.

⁷¹ Critiche al riguardo sono state avanzate da ampia parte della dottrina, come si può constatare leggendo i contributi raccolti nel numero speciale della rivista *Diritto e società*, già citato *supra* in nota 2.

⁷² Non si deve dimenticare, infatti, che il Consiglio di Stato era stato stigmatizzato dalla Corte EDU, allorché ha ritenuto di essere vincolato e di non potere sindacare la valutazione tecnica operata da un collegio medico: «come si evince chiaramente dalla sentenza del Consiglio di Stato, le censure del ricorrente alle conclusioni del Collegio [medico, n.d.r.] erano respinte perché tale tribunale non aveva il potere di esaminare il merito delle conclusioni della consulenza tecnica redatta dal collegio. Ciò faceva sì che le conclusioni del collegio fossero l’unica prova incontestata e decisiva utilizzata per determinare le questioni della causa e senza dubbio ciò sottolinea il carattere dominante o persino totalmente prevalente del collegio» (Corte EDU, 21 gennaio 2014, proc. n. 48754/11, *Placi v. Italia*, par. 78).

⁷³ Ma si può vedere, tra le tante, Corte giust. 14 ottobre 2010, in causa C-243/09, *Fuß*, ECLI:EU:C:2010:609.

⁷⁴ Così P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2015, p. 207.

⁷⁵ Corte giust., 22 giugno 1989, in causa C-103/88, cit. Seguita subito dopo dalla Corte costituzionale, che ha a sua volta riconosciuto che «Ribaditi questi principi, si deve concludere, con riferimento al caso di specie, che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell’interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea» (Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389, *Provincia autonoma di Bolzano*, ECLI:IT:COST:1989;389).

Infatti «sarebbe [...] contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopra menzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non è 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»⁷⁶.

Si tratta, del resto, di necessità che scaturisce dalla immediata applicabilità della normativa comunitaria (almeno di quella che presenta tale connotazione), così come configurata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a cominciare dalle ben note sentenze *Van Gend & Loos*⁷⁷, *Costa-ENEL*⁷⁸ e *Simmenthal*⁷⁹, che costituiscono altrettanti pilastri dell'effetto diretto e del primato del diritto UE. In particolare la sentenza *Simmenthal*, imponendo l'applicazione immediata ed uniforme delle norme comunitarie *self executing* (senza che la stessa possa essere ritardata, né intralciata da giudizi di costituzionalità accentrati), già prefigurava l'obbligo della disapplicazione non solo da parte dei giudici⁸⁰, ma anche da parte di ogni autorità amministrativa che dovesse intervenire in un ambito coperto dalla normativa comunitaria di cui si è detto.

Il che vale non solo per i Regolamenti UE e le norme del Trattato immediatamente applicabili, ma anche per le direttive *self executing*⁸¹.

Con la conseguenza che – salvo i limiti dell'efficacia solo verticale delle direttive, di cui si è detto – è illegittimo l'atto adottato in applicazione della legge ma in contrasto con la normativa UE direttamente applicabile, mentre è legittimo l'atto adottato in applicazione di quest'ultima e con disapplicazione della prima. Se non vi fosse l'obbligo di disapplicazione sarebbe compromesso il principio del primato, che le citate sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa-ENEL* hanno da tempo consacrato.

Gli atti impugnati nei giudizi che hanno portato alla rimessione all'Adunanza Plenaria sono di questo secondo tipo. Infatti, come si è accennato, sono tutti atti di diniego di proroga e sarebbe paradossale che dovessero essere considerati illegittimi, per aver applicato la disciplina UE (ci si

⁷⁶ Corte giust., 22 giugno 1989, in causa C-103/88, cit.

⁷⁷ Corte giust., 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1. Su detta sentenza, quale tappa fondamentale del riconoscimento dell'effetto diretto, inteso come costitutivo di diritti, cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta*, cit., pp. 3 e ss., pp. 155 e ss).

⁷⁸ Corte giust., 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁷⁹ Corte giust., 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49. Ma occorre ricordare anche la precedente sentenza 13 luglio 1972, in causa C-48/71, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1972:49.

⁸⁰ Come espressamente già riconosciuto dalla citata sentenza *Simmenthal*, punti 20-21.

⁸¹ Osserva al riguardo D. GALLO, *Efficacia diretta*, cit., p. 98, che «il caso delle direttive in materia di appalti pubblici è emblematico».

riferisce, in particolare, all'art. 49 TFUE, che presenta sicuri effetti anche orizzontali, come già si è sottolineato). Così come sarebbe paradossale pretendere dall'amministrazione l'applicazione di una normativa nazionale contrastante, per poi annullare in sede giurisdizionale il relativo atto.

Detto obbligo di disapplicazione presuppone altresì – al pari di quanto si è visto per il giudice – l'accertamento dei presupposti previsti dalla norma dell'Unione, perché la stessa possa dirsi applicabile al caso di specie.

L'Adunanza Plenaria ricorda la giurisprudenza della Corte in materia di appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria⁸². E ricorda che «spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale» (p. 13)⁸³.

Proprio per tali ragioni non può essere condiviso il contrario assunto che «l'accertamento della natura *self executing* della direttiva debba essere riservato solo al giudice e che la pubblica amministrazione sia in tal caso anzitutto tenuta all'osservanza della norma nazionale di certa applicabilità»⁸⁴. Si tratta di affermazione contraria ai principi comunitari da tempo acquisiti e come tale da respingere.

Se ciò è vero – e, ripetesi, in linea di principio ormai scontato –, non è detto che le varie amministrazioni che hanno accordato proroghe alle singole concessioni demaniali fossero per ciò solo tenute a disapplicare (globalmente) le leggi, appunto, di proroga. Dovendo, infatti, operare nel caso concreto, non è detto che – in assenza di un'elaborazione giurisprudenziale, quale quella che emerge dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria – le conclusioni della singola amministrazione non potessero essere diverse e (in ipotesi) legittimamente diverse⁸⁵.

⁸² Sentenze, punto 15.

⁸³ Corte giust., 15 maggio 2008, in causa C-147/06, *SECAP e Santorso*, ECLI:EU:C:2008:277. Ma vedi anche Corte giust., 21 febbraio 2008, causa C-412/04, *Commissione/Italia*, già citata nella nota 35, nell'ambito di un giudizio di infrazione.

Un altro caso che si potrebbe, ad esempio, richiamare è quello relativo all'obbligo di disapplicazione, da parte delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, di una normativa nazionale che aveva imposto a talune imprese la conclusione di accordi in violazione dell'art. 81 del Trattato CE (Corte giust., 9 settembre 2003, in. causa C-198/01, *CIF*, ECLI:EU:C:2003:430).

⁸⁴ Così T.A.R. Lecce, sentenza 73/2021, più volte citata, punto IX, che aggiunge: «E ciò sul piano generale (e quindi al di fuori della materia delle concessioni demaniali, oggetto del presente giudizio) e proprio al fine di assicurare certezza e parità di trattamento nell'attività amministrativa». Infatti, secondo la citata sentenza sarebbe illogico «rimettere alla soggettiva e personale valutazione del Dirigente la qualificazione della direttiva come autoesecutiva o meno, in quanto in tal modo si consentirebbe all'amministrazione di violare la norma di legge nazionale, salvo che nell'ipotesi in cui la natura *self executing* della direttiva risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale efficace *erga omnes*».

⁸⁵ Occorre, infatti, considerare che, indipendentemente dalle leggi di proroga, la normativa di settore presenta un istituto che ben può orientare la singola amministrazione competente in ordine ai requisiti di scarsità delle risorse naturali e all'interesse transfrontaliero. Si tratta dell'art. 37 del codice della navigazione, che prevede il caso di «concorso di più domande di concessione», indicando taluni criteri preferenziali e infine una procedura di gara.

Al riguardo potrebbe essere significativa anche l'osservazione dell'Adunanza Plenaria, secondo cui normalmente gli atti amministrativi di proroga non risultano impugnati per mancanza di controinteressati⁸⁶. Infatti, l'assenza di controinteressati potrebbe costituire un indice che nel caso concreto non sussistesse alcuna competitività e dunque un indice di mancanza di scarsità delle risorse e di interesse transfrontaliero certo.

Va poi considerato che non è affatto detto che l'ambito e l'intensità degli accertamenti delle amministrazioni corrisponda a quelle di un Giudice.

Occorre tener presente, infatti, che il Giudice può avvalersi del contraddittorio delle parti, che è ben diverso dal contributo conoscitivo che può fornire la partecipazione procedimentale dei singoli interessati, e soprattutto dispone di strumenti di valutazione preclusi al singolo organo amministrativo. Mi riferisco al possibile rinvio alla Corte costituzionale⁸⁷ (ove si ritenesse – a ragione o a torto – una direttiva non immediatamente applicabile ovvero si ritenesse la sussistenza di una c.d. doppia pregiudizialità)⁸⁸, ma mi riferisco soprattutto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Com'è noto, infatti, la Corte di giustizia «detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva [del diritto dell'Unione europea]. A questo scopo,»⁸⁹ detto rinvio pregiudiziale finisce per costituire la “chiave di volta” dell'intero sistema giurisdizionale dell'Unione europea⁹⁰, al precipuo fine di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri⁹¹.

Tale norma è qui richiamata non già per la disciplina, che essa prevede, ma proprio come criterio per accertare l'esistenza di detti presupposti. L'assenza di domande concorrenti può, infatti, ben costituire un elemento di convincimento della assenza di scarsità di risorse e di interesse transfrontaliero: e, trattandosi di una valutazione tecnica, da operare nel caso concreto, la stessa non può essere scartata in mancanza di prova contraria (Ciò è quanto avvenuto nel richiamato giudizio di infrazione contro l'Irlanda (*supra*, nota 35). Il quale non si è concluso con la constatazione di inadempienza dello Stato, sol perché la Commissione non aveva assolto ai propri oneri probatori).

⁸⁶ Ad. Plen., sentenze cit., punto 35.

⁸⁷ Osservazioni analoghe si rinvencono in T.A.R. Lecce, sentenza 73/2021, cit., par. VIII.

⁸⁸ Su tale specifico istituto si dirà oltre.

⁸⁹ Parere Corte giust, Seduta plenaria, 30 aprile 2019, 1/17, *Accordo UE-Canada*, ECLI:EU:C:2019:341, punto 111.

⁹⁰ Cfr. parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 174 a 176 e 246] e giurisprudenza ivi citata. Sul tema, in generale, si rinvia, per tutti, a *Il rinvio pregiudiziale*, F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), Torino, 2020. Cfr. anche P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, pp. 407 e ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 186 e ss.; L. DANIELE, *Commento all'art. 267 TFUE*, in in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 2103 e ss.; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli, 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Ius Publicum*, 2015, fasc. 2, pp. 1-28; ID., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003. In particolare, sull'art. 267 TFUE come “chiave di volta” del sistema, cfr. M. PUGLIA, *Finalità e oggetto del rinvio pregiudiziale*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 2, nonché B. NASCIMBENE, *Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE et le renvoi prévu par la protocole no. 16 à la CEDH*, in *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2019, pp. 127 ss.

⁹¹ Cfr. G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 196 e ss., p. 200.

Il singolo organo amministrativo non ha strumenti di tal fatta e, dunque, potrà disapplicare la legge nazionale contrastante solo nel caso in cui sia sicuro il carattere *self executing* di una direttiva, così come sia chiaro il contrasto con la stessa o con altra norma di rango primario. Anche nel caso già richiamato del caso *Fratelli Costanzo*, che pure riguardava un palese contrasto tra la direttiva di allora (che imponeva per l'esclusione dalla gara di un'offerta anormalmente bassa un previo procedimento in contraddittorio tendente ad accertare l'incongruità dell'offerta) e la legge nazionale (che prevedeva l'esclusione automatica dell'offerta distaccata di una certa percentuale dalla media delle offerte), è stato necessario un previo rinvio alla Corte di giustizia, perché detto contrasto fosse conclamato.

Nel caso di specie il carattere *self executing* dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* è risultato conclamato almeno a seguito della sentenza *Promoimpresa*. Ma non è stato accertato dalla Corte che sussistessero tutti i presupposti per l'applicazione della stessa o dell'art. 49 TFUE in tutti i casi nazionali di concessioni marittime per fini turistico-ricreativi, perché anzi la Corte, come si è visto, ha rimesso il relativo accertamento (e, in particolare, il carattere delle risorse naturali scarse o il carattere dell'interesse transfrontaliero) al giudice nazionale.

L'Adunanza Plenaria dedica ampia parte della motivazione per affermare che ci si trova di fronte ad un caso di scarsità delle risorse e di affidamenti relativi ad attività economiche di sicuro interesse transfrontaliero. Per accertare, cioè, il contrasto con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e con l'art. 49 TFUE, così come richiesto del resto dalla Corte di giustizia.

Ma pare eccessivo pretendere che il singolo organo amministrativo facesse altrettanto. E valutasse di volta in volta – e per il singolo affidamento o proroga dell'affidamento – la sussistenza dell'interesse transfrontaliero dell'attività autorizzata e la scarsità delle risorse naturali coinvolte, sulla base di una valutazione generalizzante dell'intero “mercato” delle concessioni marittime e lacuali turistico-ricreative. Non solo perché privo, come si è ricordato, degli strumenti processuali che un Giudice può utilizzare, ma anche perché la responsabilità del singolo amministratore è ben diversa nel caso di errata disapplicazione di una legge nazionale, rispetto al caso di errata applicazione di una legge nazionale incompatibile col diritto UE, perché in questo caso, a differenza dal primo, la responsabilità è ascrivibile anzitutto al legislatore.

In realtà, quando il contrasto non è evidente e certo, la disapplicazione da parte dell'amministrazione si può totalmente pretendere solo dopo che detto contrasto sia stato in qualche modo acclarato dalla Corte di giustizia o da un *trend* giurisprudenziale costante o ancora (venendo al caso di specie) da un organo giurisdizionale dotato di funzione nomofilattica. E l'intervento dell'amministrazione risulterà indispensabile, finché il legislatore, con l'annuale legge europea (o con

altro strumento), “cancelli” del tutto la norma di legge, ai sensi dell’art. 30 della legge 234/2012, come è suo dovere fare.

Gli accertamenti compiuti dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria hanno (o almeno dovrebbero avere) il merito di eliminare ogni margine di incertezza in ordine al contrasto (totale) delle leggi di proroga con i precetti di cui all’art. art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e all’art. 49 TFUE. L’interpretazione fornita⁹² chiarisce infatti (auspicabilmente) l’incidenza della disciplina UE su tutte le concessioni marittime, di che trattasi, quasi che si trattasse di una fattispecie a formazione progressiva⁹³.

Tutto ciò impone all’amministrazione di tenerne conto nel caso di specifici nuovi interventi o in sede di amministrazione attiva (rilascio di nuova concessione, rinnovo o proroga di quella in scadenza, ecc.), ovvero in sede di autotutela. Ma le soluzioni accolte dall’Adunanza Plenaria vanno ben oltre, come si vedrà di qui a poco, dando lo spunto per riflessioni di più ampio raggio.

Prima, però, può essere opportuna una ulteriore considerazione. Quale che sia l’ampiezza e l’intensità degli accertamenti della singola amministrazione, rispetto a quelli operabili dal Giudice, un dato dovrebbe essere sicuro: e, cioè che, nell’uno e nell’altro caso la disapplicazione della legge nazionale opera comunque sempre allo stesso modo e produce le medesime conseguenze⁹⁴.

Si vuol dire che l’istituto della disapplicazione è sempre lo stesso e che non pare possibile attribuire effetti diversi a seconda dell’autorità che se ne avvale. Vale, infatti, l’insegnamento,

⁹² Ci si riferisce alla risposta al primo quesito, il cui contenuto è stato illustrato nelle pagine precedenti.

⁹³ Secondo un ordine logico, più volte seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

E così, proprio con riferimento all’obbligo delle autorità pubbliche di rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE in generale e il principio di non discriminazione in particolare, «qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nel campo di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici», è un principio che è stato «dichiarato» dalla giurisprudenza della Corte sin dal 2008, trattandosi di procedimenti che «rientrano, per loro stessa natura, nell’ambito dell’art. 49 TFUE» (sentenza *Promoimpresa*, cit., punti 64-65) e sempre che si tratti di concessione che presenti un interesse transfrontaliero certo (punto 65, che richiama in particolare la sentenza 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, in causa C-347/06, EU:C:2008:416, punti 57 e 58).

Il tutto con la conseguenza che le concessioni rilasciate prima del 2008 potevano avvalersi, in applicazione del principio di certezza del diritto, di «un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili» (sentenza punto 72), mentre il contrario vale per le concessioni «attribuite quando era già stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza» (sentenza, punto 73).

Il che dimostra che, pur a disciplina normativa immutata, l’interpretazione fornita dalla Corte incide nel precisare i contenuti dei precetti.

Altro esempio è dato dalla procedura di infrazione n. 2012/2050, con cui la Commissione ha avviato un procedimento ex art. 258, nei confronti dell’Italia, a proposito di affidamenti assentiti a società *in house* poste -senza gara- sotto il controllo di società quotate in borsa. Nel relativo parere la Commissione precisava che la legge nazionale, che poi ha previsto la scadenza anticipata di tali concessioni (come si vedrà più oltre nel testo, «non si applica soltanto agli affidamenti assentiti prima del 1° ottobre 2003 a società quotate in borsa a quella data, vale a dire in un momento nel quale non esisteva ancora la giurisprudenza in base alla quale la partecipazione, anche minoritaria, di privati nel capitale di una società impedisce in ogni caso l’esistenza del controllo analogo (sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*)».

⁹⁴ Anzi probabilmente la disapplicazione della legge opera allo stesso modo della disapplicazione di qualunque atto amministrativo o regolamento amministrativo, così come è previsto in Italia per il Giudice ordinario, sin dalla legge abrogativa del contenzioso amministrativo (art. 5). Ed è noto che in tale contesto l’accertamento del Giudice è solo *incidenter tantum* (cfr., tra le tante, Cass. Civ., 29 maggio 1995, n. 6001; Cass. Civ., 7 gennaio 1981, n. 94).

secondo cui la disapplicazione consista nel «potere di non applicare ad una singola fattispecie un determinato atto che resta peraltro valido ed efficace per altre fattispecie o ad altri effetti. Ciò accade laddove l'ordinamento giuridico stesso limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto inibendogli l'annullamento del medesimo e consentendo unicamente l'accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla sola fattispecie sottoposta al suo esame»⁹⁵.

Ora, poiché è pacifico che la disapplicazione operata in via amministrativa riguarda soltanto la misura da prendere nel caso concreto, altrettanto dovrebbe essere (come del resto è sempre stato) per l'autorità giurisdizionale. Ma anche in questo caso l'Adunanza Plenaria si è discostata da tali schemi, operando una disapplicazione *erga omnes*, come si vedrà di qui a poco.

6. Le opzioni processuali possibili: il rinvio alla Corte di giustizia, ovvero il rinvio alla Corte costituzionale, sulla base del criterio della doppia pregiudizialità

Come si è ricordato, il giudice nazionale, in sede di applicazione della normativa dell'Unione europea, dispone – a seconda dei casi – degli strumenti del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e del rinvio alla Corte costituzionale. L'Adunanza Plenaria ha escluso entrambe tali possibili opzioni sulla base di considerazioni che meritano alcune riflessioni.

Per il diritto dell'Unione europea i casi in cui i giudici di ultima istanza hanno una facoltà e non un obbligo al rinvio sono tre: 1) quando la questione sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie (c.d. questione identica⁹⁶); 2) quando, pur mancando un precedente del tutto identico, la soluzione della questione risulti da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto: (c.d. *acte éclairé*⁹⁷); 3) quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (c.d. dell'atto chiaro⁹⁸).

Tali criteri, noti come giurisprudenza *Cilfit*, sono stati di recente confermati dalla stessa Corte di giustizia⁹⁹.

⁹⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed., F. MODUGNO, A. BALDASSARRE E C. MEZZANOTTE (a cura di), Padova 1991, p. 229.

⁹⁶ Cfr. Corte giust., 27 marzo 1963, in cause riunite 28 a 30/62, *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6. Ovviamente, in questo caso, il giudice sarà esentato dall'obbligo di rivolgersi alla Corte solo se intende applicare la soluzione che questa ha già fornito nella sua precedente decisione.

⁹⁷ Cfr. Corte giust., 6 ottobre 1982, in causa riunite 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335.

⁹⁸ Cfr. Corte giust., 6 ottobre 1982, in causa riunite 283/81, *CILFIT*, cit.

⁹⁹ Cfr. Corte giust., 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799, punto 33 ove testualmente «Secondo una giurisprudenza costante della Corte, un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi [v., in tal senso, sentenze del 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a., 283/81,

Facendo leva su detti criteri, l'Adunanza Plenaria ha escluso di dover procedere con un rinvio pregiudiziale. E la soluzione adottata pare coerente, anche perché la questione era stata già oggetto di esauriente interpretazione da parte della Corte di giustizia (il riferimento è ancora una volta alla sentenza *Promoimpresa*).

Peraltro ci si deve chiedere se il rinvio pregiudiziale alla Corte non fosse necessario per altro e diverso aspetto. Mi riferisco alla decisione di posticipare gli effetti delle proprie sentenze ad una data futura (31 dicembre 2023), così limitando nel tempo – si direbbe unilateralmente – il principio del primato del diritto UE.

In altri termini, la questione della necessità, o non, del rinvio alla Corte di giustizia nel caso di specie presentava caratteri particolari, che esorbitano dai criteri generali sopra richiamati. Su tale si tornerà nel proseguo, affrontando il tema degli effetti posticipati delle sentenze.

Quanto alla diversa questione della rimessione alla Corte costituzionale, la stessa è stata esclusa sulla base del rilievo che non ricorra alcuno dei casi (qualificati come “eccezioni”), in cui sia possibile un sindacato di costituzionalità in via incidentale (contrasto con una direttiva non *self executing* e ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità¹⁰⁰).

EU:C:1982:335, punto 21; del 15 settembre 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, punto 33, nonché del 4 ottobre 2018, *Commissione/Francia (Anticipo d'imposta)*, C-416/17, EU:C:2018:811, punto 110]. Cfr. F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *giustizia insieme*, 23 ottobre 2021 e M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri Cilfit e le preclusioni processuali*, in *giustamm*, n. 12, 2021.

La Corte, infatti, è tornata a pronunciarsi sul punto perché sollecitata dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek (15 aprile 2021, ECLI:EU:C:2021:291) che riteneva alcuni criteri *Cilfit* (in particolare proprio *acte clair*) come non agevolmente applicabili: «la giurisprudenza CILFIT è stata problematica in termini di fattibilità, ma soprattutto (o prima di ciò) è stata concettualizzata in modo errato» (punto 129). Cfr. P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Osservatorio europeo dUE (dirittounioneeuropea.eu)*, 2021; E. GAMBARO, I. BELLINI, *Rinvio Pregiudiziale e Giudice di Ultima Istanza: Occorre Ripensare i Criteri “CILFIT”?*, in *gtlaw.com*, 29 aprile 2021; R. TORRESAN, *La giurisprudenza CILFIT e l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: la proposta “ribelle” dell'avvocato generale Bobek*, in *eurojus*, 19 aprile 2021.

¹⁰⁰ Per una più ampia disamina del tema della “doppia pregiudizialità” e senza la minima pretesa di esaustività cfr. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 18 febbraio 2020; ID, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte Costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2, 2019; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019.; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2019; ID, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, fasc. 10, 2019; F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019.; G. MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2019, www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 163 et seq.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 87 et seq.; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 3 settembre 2019; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4, 2019; R. ROMBOLI,

Il che parrebbe da condividere, perché, seppur il contrasto di cui si è detto ridonda anche in illegittimità costituzionale (come ricordano le sentenze stesse richiamando le pronunce della Consulta su talune leggi regionali¹⁰¹), non sembra trattarsi di contrasto in senso stretto con i diritti fondamentali, nell'ambito dei quali dovrebbe essere circoscritta la teoria della c.d. doppia pregiudizialità¹⁰². E comunque, una volta accertati i presupposti per la disapplicazione (senza necessità di remissione alla Corte di giustizia), si può dire che manchino anche i presupposti della doppia pregiudizialità.

Infatti la doppia pregiudizialità sussiste solo «laddove una legge sia oggetto di dubbi tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria»¹⁰³. Nella specie l'Adunanza Plenaria non ha nutrito dubbi, come si è visto, quanto meno sul versante del diritto dell'Unione (il cui contrasto, poi, non riguardava neppure la Carta dei diritti fondamentali) e tanto basterebbe per escludere il meccanismo della doppia pregiudizialità.

Non si può però non tener conto che vi è un'interpretazione, proposta da una parte della dottrina, secondo la quale sussisterebbero comunque «diversi argomenti idonei a giustificare il fatto che la Corte» possa entrare “nel merito delle questioni, nonostante il contrasto tra la norma censurata ed una norma europea *self-executing*»¹⁰⁴. In questo senso pare orientata anche la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 11 del 2020¹⁰⁵.

Infatti, nonostante la Corte abbia dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, quel che è importante evidenziare è la parte della sentenza con cui la Corte stessa ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato con riferimento ai

Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po'), in *Consulta Online*, 2019.; A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *Federalismi*, fasc. 6, 2021; ID, *Ancora un passo avanti lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 2019; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019; D. TEGA, *Il superamento del “modello Granital”. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in *Consulta Online*, 27 gennaio 2020, www.giurcost.org; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 6 maggio 2019; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

¹⁰¹ Adunanza Plenaria, cit., punto 38.2.

¹⁰² Adunanza Plenaria, cit., punto 36, ove sono richiamate le sentenze n.269/2017, n. 20/2019, n. 63/2019, n. 112/2019 della Corte costituzionale.

¹⁰³ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269, par. 5.2.

¹⁰⁴ C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, p. 10. Cfr. anche A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, n. 3, 2017.

¹⁰⁵ Cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2019, l'A. sottolinea con forte senso critico come già con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte Costituzionale aveva inteso la regola della c.d. doppia pregiudizialità per tutte le norme della Carta e dunque «non solamente per quelle prive di diretta efficacia, ma anche per quelle direttamente efficaci».

parametri del diritto dell'Unione (specificamente con riferimento all'art. 16 della Carta, libertà di impresa, e all'art. 49 TFUE, libertà di stabilimento). In particolare era stato eccepito che tali norme, essendo dotate di effetto diretto, non potessero essere invocate come norme interposte.

La Corte, peraltro, ha superato l'eccezione, statuendo che «qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, “questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione” (*ex plurimis*, sentenza n. 63 del 2019)»¹⁰⁶. Con l'ulteriore precisazione che, anche rispetto all'art. 49 TFUE, non ci siano dubbi che le «disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata»¹⁰⁷.

Sembrerebbe dunque che anche la Corte Costituzionale, in quello che parrebbe proprio un cambiamento in radice rispetto all'impostazione originaria¹⁰⁸, sia orientata a svincolare la c.d. *doppia pregiudizialità* dal riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, bastando solo la corrispondenza tra libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) per consentire una sua pronuncia di merito, a nulla rilevando nemmeno gli effetti diretti della normativa europea¹⁰⁹. Le conseguenze di questa interpretazione porterebbero così alla possibilità di esperire la c.d. doppia pregiudiziale non solo ove una norma interna sia sospetta di contrasto con un diritto fondamentale tutelato sia dalla Carta, sia dalla Costituzione, ma in tutti i casi in cui una norma di diritto dell'Unione, a prescindere dal rango e dall'efficacia ad essa attribuita, sia passibile di contrasto con un diritto garantito dalla Costituzione (come nel caso sottoposto all'Adunanza Plenaria)β.

¹⁰⁶ Corte Cost., 5 febbraio 2020, n. 11, ECLI:IT:COST:2020:11, punto 3.4

¹⁰⁷ Corte Cost., 5 febbraio 2020, n. 11, cit., punto 3.4 del Diritto.

¹⁰⁸ Corte Cost., 14 dicembre, 2017, n. 269, cit., punto 5.3 ove testualmente: «deve rilevarsi che nella specie, la Commissione tributaria rimettente ha precisato che i ricorrenti hanno dedotto una violazione non di diritti fondamentali codificati nella CDFUE, ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, previste dalle disposizioni dei Trattati (artt. 49 e 56 del TFUE) delle quali è stata invocata la diretta efficacia (per una fattispecie analoga si veda la sentenza n. 111 del 2017). Non si versa, dunque, nei casi sopra indicati in cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Pertanto, il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

¹⁰⁹ Nello stesso senso pare anche la sentenza della Corte Cost., 9 marzo 2020, n. 44, ECLI:IT:COST:2020:44 che ha deciso nel merito una questione relativa a un contrasto tra una normativa nazionale, una direttiva europea (c.d. *self executing*) e un diritto costituzionalmente garantito. Anche in questo caso la Corte non si è pronunciata espressamente sulle norme della direttiva, ma ha statuito utilizzando il parametro costituzionale dell'art. 3.

Tale soluzione, come già *supra* anticipato, non pare condivisibile ed è stata fortemente criticata, poiché in netto contrasto con i principi di disapplicazione sanciti fin dalla sentenza c.d. *Simmenthal*¹¹⁰. L'Adunanza Plenaria, escludendo nel caso di specie la necessità di rimettere la questione in Corte Costituzionale, ha manifestato di attenersi a criteri conformi alle necessità del diritto dell'Unione.

7. La disapplicazione della legge, il regime degli atti amministrativi in violazione del diritto UE e la (particolare) sorte dei provvedimenti di proroga medio tempore emessi

Una volta accertato il contrasto della legge (o delle leggi) di proroga con la disciplina UE, di cui si è detto, e una volta esclusa l'ipotesi di un rinvio alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia, l'Adunanza Plenaria ha provveduto a rispondere al secondo quesito posto, che riguardava (come si è accennato), le procedure di autotutela relativa a provvedimenti inficiati comunque da illegittimità comunitaria. E, in particolare, l'obbligatorietà, o non, dell'annullamento d'ufficio in tali casi.

Infatti, l'esercizio del potere di autotutela consente di eliminare dal mondo giuridico atti inficiati (anche) da una violazione della normativa europea. E dunque può assumere un ruolo importante nel quadro dell'adempimento degli obblighi di leale collaborazione (art. 4 TFUE), che incombono su tutti gli Stati membri.

Le sentenze ricordano *en passant* la giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine ai casi in cui l'obbligo di (attivare il procedimento di) autotutela può dirsi sussistente (sentenze *Kühne-Heitz e Kempter*¹¹¹). Ma reputano di poter prescindere dalla relativa disciplina, sulla base del rilievo che nella specie si tratterebbe di atti meramente ricognitivi di una proroga *ex lege* e, come tali, automaticamente travolti dalla disapplicazione della legge stessa. Infatti – e qui si segnala una spiccata peculiarità delle sentenze – tale disapplicazione comporterebbe effetti caducanti su tutte le concessioni marittime via via assentite o prorogate (in violazione della disciplina europea), ancorché si tratti di atti amministrativi non impugnati, estranei ai giudizi di merito che hanno portato alla remissione all'Adunanza Plenaria e ormai inoppugnabili (o definitivi, secondo le categorie giuridiche dell'Unione).

Si tratta di una radicale deroga al regime degli atti amministrativi (in generale), e al regime degli atti amministrativi, che risultino inficiati per contrasto col diritto dell'Unione (in particolare).

¹¹⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, v. 5, pp. 504-505 ove testualmente l'A. sottolinea come nonostante «la libertà di stabilimento [sia] certamente (anche) espressione della libertà di impresa di cui si occupa l'art. 16 della Carta», tuttavia «se la conseguenza [...] fosse quella di spostare tutto l'asse dell'analisi sullo scrutinio costituzionale, allora l'allontanamento della dottrina *Simmenthal* e l'equiparazione dei trattati dell'Unione a qualsiasi altra fonte pattizia internazionale sarebbe pressoché completo».

¹¹¹ Rispettivamente del 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne-Heitz*, ECLI:EU:C:2004:17 e Corte giust., 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Kempter*, ECLI:EU:C:2008:78.

Il Consiglio di Stato ricorda, in proposito, che «secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio della primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultano comunitariamente illegittimi»¹¹². Ma poi reputa di poterlo superare (o comunque che il caso di specie costituisca un'eccezione) sulla base della considerazione che «l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile»¹¹³. Con l'ulteriore implicazione che «se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto»¹¹⁴.

Ora, indubbiamente, che il regime dell'atto amministrativo non cambi, anche nel caso di violazione della normativa UE, è un dato da tempo acquisito, dopo talune iniziali esitazioni¹¹⁵. Dopo la sentenza *Peterbroeck* del 1995¹¹⁶ e la sentenza *Ciola* del 1999¹¹⁷, che lasciavano pensare ad un regime di disapplicabilità (in qualunque momento) dell'atto amministrativo anticomunitario, la giurisprudenza della Corte ha, infatti, riconosciuto pacificamente il regime di annullamento, assoggettato a termini di decadenza piuttosto stretti, comunque ragionevoli (come del resto quelli

¹¹² Sentenze dell'Adunanza Plenaria, punto 40.

¹¹³ Sentenze dell'Adunanza Plenaria, punto 42.

¹¹⁴ Sentenze dell'Adunanza Plenaria, punto 43.

¹¹⁵ Cfr. TAR Piemonte, 8 febbraio 1989, n. 34, che ha qualificato come nullo l'atto amministrativo anticomunitario. In dottrina la tesi della disapplicazione è stata sostenuta da G. COCCO, *Le "liaisons dangereuses" tra norme comunitarie, norme interne, e atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, pp. 673 e ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992; M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, pp. 796 e ss.; ID, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003.

Prospetta l'ipotesi della nullità G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. Amm.*, 2014, pp. 217 e ss., p. 256 e ss.

¹¹⁶ Corte giust., 14 dicembre 1995, in causa C-312/93, *Peterbroeck*, ECLI:EU:C:1995:437, ove si legge, tra l'altro, che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che, a condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice a quo, vieti al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine».

¹¹⁷ Corte giust., 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212. Si trattava di un caso particolare di invalidità che si potrebbe dire sopravvenuta di un provvedimento emesso anni prima dell'adesione dell'Austria all'Unione Europea e divenuto, dopo tale adesione, in contrasto con le libertà fondamentali. In quel caso, comunque, la Corte, basandosi sul principio ormai acquisito della disapplicabilità della legge, è giunta alla conclusione che «un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale e astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione».

previsti dal Trattato per l'impugnazione delle decisioni della Commissione e di altri atti delle Istituzioni: art. 263 TFUE)¹¹⁸. E tale assetto è rimasto immutato.

Basti considerare che nell'unico (o comunque più importante) caso di disciplina comunitaria degli atti amministrativi nazionali (si è trattato delle direttive sui mezzi di ricorso negli appalti pubblici), è stato imposto – o comunque è stato dato per scontato – che gli stessi fossero soggetti al regime di annullabilità, ancorché in violazione della disciplina europea, appunto sugli appalti pubblici. Ed anche la giurisprudenza sopra richiamata sul potere di autotutela di atti amministrativi contrastanti col diritto dell'Unione, come risultanti a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia¹¹⁹, manifesta che essa dia per presupposto detto regime di illegittimità/annullabilità (con i relativi termini di decadenza e con l'attitudine dell'atto amministrativo a divenire definitivo).

A ciò aggiungasi, sul versante puramente nazionale, che l'art. 21 *septies* della legge 241/90 non contempla la violazione del diritto UE tra i pochi casi tassativi di nullità dell'atto. Sicché risulta totalmente confermato il regime di cui si è detto.

Ne deriva che il contrasto del singolo atto amministrativo con la disciplina UE direttamente applicabile comporta un vizio configurabile come violazione di legge. E comporta dunque un regime di annullabilità¹²⁰, con tutti i ben noti corollari in ordine all'onere di impugnazione, al termine di decadenza, al relativo consolidamento (in caso di non impugnazione) e all'assoggettabilità comunque ai poteri di autotutela da parte della stessa amministrazione.

Le sentenze si discostano profondamente da tali canoni, sulla base di una particolare configurazione degli atti amministrativi di proroga. Si tratterebbe di atti ripetitivi/ricognitivi di una legge-provvedimento, con la conseguenza che, disapplicata quest'ultima, dovrebbero essere considerati caducati anche tutti i primi. In altri termini in questo caso, venendo a mancare la copertura legislativa, l'atto ripetitivo non può che essere travolto, secondo le ben note logiche che si sono sviluppate soprattutto nei rapporti tra atti amministrativi nazionali (per cui, caducato l'atto presupposto, risulta travolto automaticamente – e senza necessità di specifica impugnazione – l'atto consequenziale).

¹¹⁸ Corte giust. 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex*, ECLI:EU:C:2003:103 che pone quale unica eccezione il caso in cui l'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale non fosse stato reso nel caso concreto impossibile o di difficile esercizio.

Cfr. anche, già prima, Corte giust., 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, ECLI:EU:C:2002:746, punto 79.

¹¹⁹ Cfr. sentenze *Kühne-Heitz e Kempter*, già citate.

¹²⁰ Cfr., tra le sentenze più recenti, Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, che ha riconosciuto che «per effetto di tale prevalente orientamento, quindi, la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inopponibilità del provvedimento medesimo (cfr. tra le tante Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538)».

Ma, ammesso che la qualificazione di atti ripetitivi o ricognitivi sia applicabile alla serie (non determinata, né conosciuta) degli atti amministrativi di proroga¹²¹, la relativa caducazione presuppone pur sempre la loro impugnazione. Presuppone, in altri termini, che tali atti fossero impugnati e che nel corso del giudizio fosse caducata la legge di proroga, di cui costituivano pedissequa esecuzione.

Viceversa le sentenze dell'Adunanza Plenaria manifestano di argomentare diversamente. Si legge, ad esempio, in tali sentenze che «l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia – o meno – un soggetto subentrante nella concessione».

Prescindendo per il momento dalla questione degli effetti posticipati delle sentenze (al 31 dicembre 2023), risulta comunque chiaro che le sentenze hanno inteso estendere i propri effetti costitutivi (di annullamento) al di là della materia del contendere pendente davanti ai giudici *a quo* (o *a quibus*). Come se oggetto di detti giudizi fossero tutte le concessioni marittime per scopi turistico-ricreativo via via prorogate (e si potrebbe pensare anche a quelle comunque affidate senza una previa procedura concorsuale di rilevanza europea) e come se *medio tempore* la legge di proroga fosse stata annullata.

¹²¹ Il che fa insorgere qualche perplessità.

L'assunto che i provvedimenti di proroga delle concessioni in essere siano meramente ripetitivi del disposto legislativo appare, infatti, discutibile nella sua assolutezza. Ben può essere che, in occasione della proroga, le amministrazioni competenti abbiano valutato la compatibilità delle leggi di proroga nel caso concreto, ovvero abbiano introdotto una disciplina innovativa del rapporto, sotto il profilo delle obbligazioni del concessionario (ad esempio, per quel che concerne l'aggiornamento del canone).

Infatti, se la singola proroga avrebbe dovuto preliminarmente appurare il carattere di risorsa scarsa e dell'interesse transfrontaliero, non si tratta certo di atto meramente riproduttivo. Dovrebbe essere considerato, viceversa, un atto basato su una valutazione tecnica (l'assenza dei caratteri appena richiamati), certamente sindacabile dal giudice amministrativo, ma con onere della prova a carico del ricorrente (come nel caso dell'azione di infrazione nei confronti dell'Irlanda, di cui si è fatto cenno *supra* in nota 35).

Occorre, al riguardo, considerare che «l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo» deve essere valutata «sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche» cfr. sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 66. Quanto al requisito del numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, il giudice nazionale (e dunque anche la singola amministrazione) dovrebbe considerare il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali sono rilasciate non a livello nazionale bensì a livello comunale: sicché dovrebbe determinare «se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato» sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 43.

Tali valutazioni, se compiute nel singolo caso concreto, avrebbero di per sé dovuto escludere il carattere di atti meramente ricognitivi di un effetto *ex lege*.

Le sentenze giungono a tale risultato, essenzialmente sulla base di una particolare valenza attribuita al momento di disapplicazione della legge, come si vedrà nel paragrafo successivo. Qui, viceversa, preme sottolineare che detto risultato non può essere giustificato:

- né dalla motivazione onnicomprensiva, di cui si è detto;
- né dal carattere di legge-provvedimento, riconosciuto alla legge di proroga, con conseguente qualificazione dei singoli atti amministrativi di proroga in termini di atti meramente ricognitivi di un effetto *ex lege*.

Quanto al primo profilo, i limiti soggettivi e oggettivi del giudizio sono ben determinati dalla stessa Adunanza Plenaria, allorché si è pronunciata sulla richiesta di intervento in giudizio di altri concessionari o di associazioni rappresentative di interessi collettivi¹²². Dunque la materia del contendere, ben precisata nel *petitum* e nella *causa petendi*, non può essere estesa, con efficacia di giudicato, a soggetti terzi. Né al riguardo ha rilievo l'ampiezza della motivazione, dato che i limiti soggettivi del giudicato vanno individuati in relazione all'oggetto del giudizio e non dipendono da circostanze occasionali, relative appunto al tipo di motivazione in concreto adottata dal giudice nel risolvere la controversia¹²³.

Quanto al secondo profilo (e cioè alle necessità derivanti dalla legge provvedimento e dalla natura meramente ricognitiva dei singoli atti di proroga), occorre ricordare che nell'ordinamento nazionale una tale legge è pur sempre assoggettata al regime tipico della norma primaria (e dunque al controllo di legittimità costituzionale della Corte costituzionale) e non è direttamente impugnabile innanzi al Giudice amministrativo. Con la conseguenza che «in ipotesi di leggi provvedimento l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella di impugnare gli atti applicativi delle stesse, anche se di contenuto vincolato rispetto alla legge, deducendo l'incostituzionalità della stessa»¹²⁴.

Dunque la tutela nei confronti delle leggi provvedimento passa dal seguente schema: impugnazione degli atti applicativi, rimessione alla Corte costituzionale, annullamento (da parte della Corte) della legge-provvedimento, annullamento (da parte del giudice amministrativo) degli atti applicativi.

Con la conseguenza che ai rapporti tra legge-provvedimento e atti amministrativi applicativi non può applicarsi il consueto schema tra atti amministrativi presupposti e atti consequenziali, di cui si è

¹²² Basta richiamare il seguente passo: «nel caso di specie, il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni» [e di altri concessionari, n.d.r.].

¹²³ Tra l'altro i provvedimenti impugnati non riguardavano proroghe delle concessioni, ma l'esatto contrario (diniego di proroga).

¹²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2409. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2335, che precisa che «deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, dunque muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo rispetto al quale la norma di legge si ponga quale presupposto».

Sull'intera problematica si richiama C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, pp. 45 e ss.

fatto cenno. E ciò per la saliente ragione che nei primi – e a differenza dei secondi – l'impugnazione degli atti applicativi si impone (così come si impone, comunque, l'annullamento della legge-provvedimento).

Ne deriva che, se l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di poter capovolgere tale rapporto (estendendo l'efficacia del proprio *decisum* agli atti amministrativi di proroga mai impugnati), le logiche applicate non sono quelle proprie della legge-provvedimento, ma altre. E sono tutte riconducibili alla particolare configurazione che si è ritenuta di riconnettere alla disapplicazione di una tale legge¹²⁵.

Il punto merita qualche approfondimento.

8. Segue: una disapplicazione *erga omnes* e con effetti caducanti?

In altri termini – e la circostanza pare molto chiara nel contesto delle sentenze stesse, ove si legge che «sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regola il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni»¹²⁶ – sarebbe la disapplicazione della legge disposta dall'Adunanza Plenaria, nel corso dei giudizi di cui si è detto, a provocare la caducazione di tutti gli atti amministrativi di proroga, certo non oggetto di tali giudizi. È come se la disapplicazione così disposta abbia provocato la paralisi assoluta degli effetti della legge, con effetti anche su altri concessionari e con conseguenze caducanti su tutti gli atti amministrativi (non impugnati o che avessero superato il vaglio del giudice), ripetitivi di una legge inefficace.

Dunque si tratta di una disapplicazione *erga omnes* e con effetti costitutivi (di annullamento) sugli atti amministrativi applicativi della legge. Ma la disapplicabilità assoluta, con effetti anche in quei procedimenti e in quei giudizi in cui non è stata disposta, significa caducazione della legge con effetti ancor più radicali di quelli che scaturiscono da una sentenza di incostituzionalità (che non incide sugli atti amministrativi ormai definitivi)¹²⁷.

Sin dalla sentenza *Granital* n. 170 del 1984 della Consulta (e, cioè, sin dalla prima sentenza della Corte costituzionale che ha ammesso la non applicazione della legge nazionale contrastante, uniformandosi per questo profilo alle insistenti richieste della Corte di giustizia) è stato chiarito che in caso di non applicazione la legge nazionale non risulta né abrogata, né derogata, né affetta da nullità o da altra invalidità. L'effetto connesso con tale vicenda «è perciò quello, non già di caducare,

¹²⁵ Come è dimostrato anche dal seguente passo della motivazione: «l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna» (punto 45).

¹²⁶ Sentenze dell'Adunanza Plenaria, punto 43.

¹²⁷ Cfr. per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010, p. 495.

nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale»¹²⁸.

Il che è stato poco dopo ribadito nei seguenti termini: «la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto»¹²⁹.

Tale acquisizione, poi estesa anche alle Autorità amministrative, è rimasta sostanzialmente immutata nel tempo, salvo per quel che concerne le premesse logiche (costituite dalla separazione degli ordinamenti, nel quadro della c.d. teoria dualistica e non dalla integrazione degli stessi, nel quadro della teoria monistica dell'intero sistema¹³⁰). La disapplicazione in altro non consiste che nell'accantonamento della disciplina nazionale contrastante con quella dell'Unione europea (immediatamente applicabile), per garantire che quest'ultima possa essere applicata nel caso concreto (sia esso oggetto di una controversia davanti ad un giudice comune, sia esso oggetto di un intervento amministrativo di tipo provvedimentoale).

Ed è da sottolineare che ciò vale sia in un contesto sistematico di separazione degli ordinamenti, sia in un contesto di integrazione.

Nel primo caso si è parlato talvolta di “non applicazione”¹³¹, anziché di disapplicazione, perché quest'ultimo termine «evoca vizi della norma in realtà insussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti»¹³². Ed è chiaro che l'accantonamento della norma di legge in tal caso non solo non comporta alcuna inefficacia, ma neppure alcuna valutazione di invalidità.

L'assenza di effetti caducanti vale peraltro, come si diceva, anche in un contesto di integrazione degli ordinamenti, nell'ambito del quale pur si dovrebbe riscontrare un qualche vizio della legge nazionale contrastante. In tale contesto, infatti, l'antinomia è espressiva di una qualche patologia della

¹²⁸ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, ECLI:IT:COST:1984:170.

¹²⁹ Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, cit., in *Giur. cost.*, n. 2, 1989, p. 1767.

¹³⁰ Secondo P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et “effet utile” dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne*, in AA.VV., *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, BWN Berliner Wissenschaft, Berlin, 2003, p. 331. Ove l'Autore sottolinea come la già citata sentenza della Corte di giustizia *Van Gend et Loos* sarebbe l'«acte Judiciaire fondateur du monisme communautaire». Cfr. anche D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 86 ove l'Autore ricorda come «l'impostazione monista che orienta la giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire da *Van Gend & Loos* e *Costa*, si declina, anche grazie a un'interpretazione delle norme UE modulata sul principio dell'effetto utile, nel considerare il diritto UE fonte dell'effetto diretto e fondamento del primato delle norme europee. Una concezione, dunque, opposta a quella dualista per cui fonte dell'effetto diretto e fondamento del primato sono riconducibili al diritto costituzionale di ogni singolo Stato membro» (p. 86).

¹³¹ Il che si può registrare anche in un recente passato (cfr. Corte cost., 8 dicembre 2010, n. 288, ECLI:COST:IT:2010:288).

¹³² Così Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, ECLI:COST:IT:1991:168.

legge nazionale, vuoi per violazione della gerarchia delle fonti¹³³, vuoi, se non altro, per violazione dell'art. 117, c. 1, della Costituzione (e, dunque, di norma interposta alla norma costituzionale).

Conferma si trae dalla circostanza che l'antigiuridicità comunitaria può essere accertata anche in sede di ricorso diretto alla Corte costituzionale. E così è stato giudicato, con riferimento ad una norma regionale contrastante col diritto UE (ad efficacia diretta) che «davanti al giudice comune la legge regionale deve essere applicata al caso concreto e la valutazione della sua conformità all'ordinamento comunitario deve essere da tale giudice preliminarmente effettuata al fine di procedere all'eventuale disapplicazione della suddetta legge [...] Davanti alla Corte costituzionale adita in via principale, invece, la valutazione di conformità alla legge regionale alle norme comunitarie si risolve, per il tramite dell'art. 117, primo comma Cost., in un giudizio di legittimità costituzionale; con la conseguenza che, in caso di riscontrata difformità, la Corte non procede alla disapplicazione della legge, ma [...] ne dichiara l'illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes*»¹³⁴.

Se, dunque, la stessa antinomia «comporta due diverse conseguenze, a seconda che il giudizio [...] penda davanti al giudice comune ovvero davanti alla Corte costituzionale a seguito di ricorso proposto in via principale» e se in questo secondo caso l'esito del giudizio comporta la declaratoria di illegittimità costituzionale, anche nel primo caso la disapplicazione presuppone una qualche forma di invalidità¹³⁵, che non può che derivare dal diverso rango della norma violata. Ciò nondimeno, come si è visto, la disapplicazione comporta effetti ben diversi da quelli (caducatori) disposti dalla Corte costituzionale¹³⁶.

Più di recente la Corte costituzionale ha riconosciuto che gli atti dell'Unione (ad effetto diretto) «sono cogenti e sovraordinati alle leggi ordinarie dell'ordinamento italiano»¹³⁷. Sicché anche la Corte costituzionale pare ormai allineata, pure nei presupposti sistematici, all'inquadramento sostenuto dalla Corte di giustizia, che da sempre ha parlato di integrazione¹³⁸ degli ordinamenti, di primato del

¹³³ Ammesso che sia applicabile (come credo) il rapporto gerarchico alla relazione tra disciplina UE (almeno riguardo a quella ad efficacia diretta) e fonti nazionali (cfr. sul punto D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 35 ove si interroga se si possa parlare «di una relazione di tipo gerarchico tra diritto europeo e ordinamenti nazionali» e, in termini non dubitativi, p. 87, ove ricorda che il concetto di autonomia «non implica separazione, anche il principio del primato, con l'edificazione di una relazione gerarchica che ne deriva»).

¹³⁴ Così Corte cost. sentenza n. 102/2008, che richiama anche *ex multis* la sentenza n. 94 del 1995.

¹³⁵ *Contra* C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., *passim*.

¹³⁶ Se, dunque, la disapplicazione presuppone una valutazione di invalidità della norma di legge nazionale, ciò non significa comunque che essa possa operare come se fosse un annullamento, dato che il giudice comune non ha certo un potere di tal fatta. Né costituisce certo fenomeno nuovo che da una stessa patologia possano scaturire conseguenze diverse, a seconda dell'organo giudicante e degli strumenti messi a disposizione di quest'ultimo.

Proprio nel sistema nazionale da gran tempo convive il potere del giudice amministrativo di annullare i regolamenti amministrativi e il potere del giudice ordinario di disapplicare gli stessi regolamenti (e più in generale gli atti amministrativi) per le stesse patologie. Ma ciò non implica confusione dei ruoli, né implica che la disapplicazione del giudice ordinario possa essere equiparata all'annullamento.

¹³⁷ Corte cost. 3 febbraio 2010, n. 28, ECLI:IT:COST:2010:28. Cfr. anche, più di recente, Corte cost. 23 gennaio 2014, n. 5, ECLI:IT:COST:2014:5, punto 5.1.

¹³⁸ Come concepita e imposta già dalla causa *Costa-ENEL*, cit. ove la Corte aveva già rilevato che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento

diritto UE¹³⁹ e (sentenza *Simmenthal*) di «rango superiore»¹⁴⁰ della norma comunitaria ad efficacia diretta rispetto a quello delle leggi degli Stati membri.

Ma ciò non comporta, come si diceva, l'inefficacia della legge nazionale contrastante. Infatti la medesima Corte di giustizia ha avuto cura di precisare che «non può pertanto dedursi dalla citata sentenza *Simmenthal* che l'incompatibilità col diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva abbia effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte ad una situazione del genere, il giudice nazionale è viceversa obbligato a disapplicare detta norma [...]»¹⁴¹.

Tale insegnamento è stato ancor di recente ribadito, precisando che «occorre distinguere tra il potere di astenersi dall'applicare, in un caso specifico, una disposizione di diritto nazionale contrastante col diritto dell'Unione, con il più ampio effetto di privarla di qualsiasi validità»¹⁴². Ed è stato precisato altresì che, mentre spetta alle autorità nazionali prevedere gli strumenti e le procedure dirette ad operare l'annullamento, ciò che «è importante» per il diritto UE, perché sia garantito il primato del diritto dell'Unione, è che «i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle proprie competenze, le norme del diritto dell'Unione abbiano l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione per via legislativa o mediante qualsiasi procedimento costituzionale»¹⁴³.

Il che dimostra che non sussistono necessità connesse al primato del diritto dell'Unione che impongano una diversa concezione della disapplicazione. La quale, come si è visto, riguarda un caso concreto, non produce effetti al di fuori del giudizio cui si riferisce e non comporta l'annullamento o l'abrogazione della norma (quindi neppure della legge-provvedimento).

giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare» p. 1144.

¹³⁹ Che significa non soltanto che il diritto comunitario deve prevalere su quello degli Stati membri, ma anche che tale prevalenza operi pure rispetto alle norme nazionali posteriori. Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 29 che richiama la sentenza *Costa-ENEL* sul primato (già più volte richiamata).

¹⁴⁰ Corte giust., sentenza *Simmenthal*, cit., punto 17.

¹⁴¹ Corte giust. 22 ottobre 1998, in cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *IN.CO.GE. e altri*, ECLI:EU:C:1998:498.

¹⁴² Corte giust., Grande Sezione, 4 dicembre 2018, in causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, ECLI:EU:C:2018:979, punto 33.

¹⁴³ Corte di giust., Grande Sezione, 4 dicembre 2018, in causa C-378/17, cit., punto 35.

Rileva sottolineare che è stato ritenuto «importante [...] sotto il profilo del diritto dell'Unione, la distinzione tra l'obbligo di astenersi dall'applicare una disposizione di diritto nazionale (in quanto tale disposizione è in contrasto con il diritto dell'Unione) in un caso specifico e l'obbligo di annullare siffatta disposizione con il più ampio effetto di privarla di qualsivoglia validità (*ex tunc o ex nunc*)» Conclusioni Avvocato generale Wahl, 11 dicembre 2018, in causa C-378/17, ECLI:EU:2018:698, punto 45. Tali conclusioni osservano anche che: «La linea giurisprudenziale sviluppatasi a partire dalla sentenza *Simmenthal*, che ha sancito il principio costituzionale della primazia e ha sottolineato il ruolo degli organi giurisdizionali e delle autorità amministrative nell'attribuire piena efficacia al diritto dell'Unione, si fonda su tale distinzione. Quest'ultima si basa sull'architettura decentralizzata del sistema giuridico dell'Unione, che lascia a ogni Stato membro il compito di definire i mezzi più appropriati per ottenere riparazione contro la violazione dei diritti attribuiti dal diritto dell'Unione e, soprattutto, di individuare le istituzioni investite del potere di annullare (o invalidare) disposizioni legislative», punto 46.

In tale contesto interpretativo appare distonica la concezione dell'Adunanza Plenaria, secondo cui la disapplicazione della legge si estenderebbe a tutti i possibili casi astrattamente coperti dalla medesima legge nazionale. Si tratterebbe di una disapplicazione *erga omnes*, che comporterebbe una sorta di inefficacia totale della legge medesima, equiparabile all'annullamento, che però solo la Corte costituzionale può disporre.

Va soggiunto che non sussiste neppure una necessità comunitaria, che consenta al giudice comune di andare oltre le proprie competenze. Infatti, sin dal caso *Simmenthal* la Corte ha chiarito che l'obbligo di disapplicazione sussiste solo laddove l'organo in questione agisca nell'ambito delle proprie competenze, come individuate dal diritto nazionale¹⁴⁴. Dunque, la disapplicazione della legge non è, né può essere, uno strumento per esorbitare dalle proprie competenze (come previste dal diritto nazionale), né può essere una ragione per operare *erga omnes*.

In realtà la disapplicazione è un'operazione logica che si presenta sempre con gli stessi connotati, che si son visti a proposito della disapplicazione da parte delle singole amministrazioni. Si tratta di un accertamento (si direbbe, incidentale) della norma che non può essere applicata nel caso concreto, per la preferenza che l'ordinamento (integrato o meno) accorda ad altra norma, contrastante con la prima¹⁴⁵.

Considerato il primato del diritto UE, la disapplicazione è, dunque, una misura che consente al giudice comune (così come all'Amministrazione) di determinarsi sulla base del precetto UE e non di quello nazionale. Una misura, in particolare, che esaurisce i suoi effetti all'interno del singolo processo (o procedimento), senza effetti esterni nei confronti di altri processi (o procedimenti) già esauriti¹⁴⁶. E, soprattutto, senza comportare la caducazione della legge nazionale disapplicata nel caso concreto: sarebbe davvero sorprendente che la disapplicazione operata nel singolo giudizio (e, a maggior ragione, quella operata nel corso del singolo procedimento, vista l'equiparazione tendenziale che sussiste in proposito) potesse comportare simili effetti.

Tant'è che è stato sottolineato in dottrina – prendendo spunto da quanto enunciato dalla Corte di giustizia, ma con riferimento al diverso caso dell'invalidità dell'atto comunitario accertato in un

¹⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale N. Wahl, presentate l'11 settembre 2018, in causa C-378/17, cit., punti 54-56.

¹⁴⁵ Sotto questo profilo non pare che vi sia differenza alcuna tra la disapplicazione, di cui si tratta, e la disapplicazione di un regolamento amministrativo nazionale per contrasto con norma di legge.

Nell'uno e nell'altro caso, peraltro, gli effetti della disapplicazione sono limitati al caso concreto e non si estendono *tout court* ad altri casi, in cui può riproporsi analogo problematica.

¹⁴⁶ Nei confronti, viceversa, dei procedimenti e processi in corso o futuri varrà il vincolo che deriva dall'interpretazione fornita da un organo con funzione nomofilattica.

procedimento pregiudiziale¹⁴⁷ –, che l'avvenuta disapplicazione altro non costituisce che un mero "precedente" da tener conto in altre circostanze e giudizi¹⁴⁸.

Nel caso di specie si tratta indubbiamente di un "precedente" particolarmente autorevole e vincolante, dato il ruolo nomofilattico esercitato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. Tuttavia occorre considerare la «natura essenzialmente interpretativa delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, in particolare quando essa ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente [...]: non si tratta di eliminare un atto dal mondo giuridico per vizi genetici o di dichiarare l'originaria difformità di una legge dalla fonte superiore, ma di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico qual era sin dal momento della sua venuta ad esistenza»¹⁴⁹.

In altri termini la decisione dell'Adunanza Plenaria potrà, attraverso la sua opera interpretativa, precisare meglio i parametri di legittimità della fattispecie normativa, cui giudici e amministrazioni dovranno attenersi nel loro operato¹⁵⁰. Ma non potrà estendere gli effetti costitutivi delle sentenze, rispetto ai limiti soggettivi e oggettivi della materia del contendere¹⁵¹.

Se queste considerazioni dovessero (come credo) valere anche a proposito della disapplicazione della legge nazionale di proroga delle concessioni marittime, ne deriverebbe che tale legge manterrebbe intatta la propria vigenza ed efficacia in tutti i casi estranei ai giudizi

¹⁴⁷ Si tratta della sentenza 13 maggio 1981, in causa 66/80, ICC, ECLI:EU:C:1981:102 ove la Corte, al punto 13, ha affermato che «l'invalidità di un atto di un'istituzione [...] sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini della decisione ch'esso debba emettere».

¹⁴⁸ Così C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., p. 17.

¹⁴⁹ Cons. Stato Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13.

¹⁵⁰ Infatti, ai sensi dell'art. 99, c. 3, c.p.a. «se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso». Ciò non toglie peraltro che, come sancito dalla sentenza della Corte di giustizia, 5 aprile 2016, in causa C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199 il giudice amministrativo nazionale adito possa in ogni caso effettuare un rinvio pregiudiziale. Infatti, la Corte con l'ormai nota sentenza ha affermato che «l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» punto 2 del dispositivo.

¹⁵¹ Tant'è che le stesse sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno riconosciuto, in sede di deliberazione della ammissibilità di interventi di associazioni di categoria e altri concessionari, che: «Né, per le ragioni già esposte, a giustificare l'intervento può rilevare la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato possa avere, specie per la valenza nomofilattica della pronuncia resa da questa Adunanza plenaria, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari. La soluzione delle *quaestiones iuris* deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati, ma produce effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera giuridica dei concessionari, il che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento, che, come si è detto, non può essere sorretto dalla necessità di sostenere una tesi di diritto e, quindi, da mere ed astratte finalità di giustizia (cfr. Ad. Plen. n. 9 del 2015)».

Va soggiunto, infine, che la portata nomofilattica di dette sentenze dovrebbe riguardare solo profili di interpretazione del diritto e non gli accertamenti fattuali, quali il carattere di "risorse naturali scarse" e l'interesse transfrontaliero di tutte le concessioni demaniali marittime o lacuali rilasciate nel territorio dello Stato. Sotto quest'ultimo aspetto si tratta soltanto di un autorevole precedente da tenere in considerazione (da parte dei giudici e delle amministrazioni), in ordine al contrasto della normativa nazionale di proroga con il diritto UE, ma non si tratta di un principio di diritto.

dell'Adunanza Plenaria. E correlativamente che i singoli atti amministrativi di proroga (ricognitivi «di un effetto prodotto automaticamente dalla legge») rimarrebbero a loro volta in vita, in quanto non travolti da un'inefficacia (totale) della legge, che non si è avuta.

Neppure la indubbia peculiarità della fattispecie (trattasi di una legge qualificata come legge-provvedimento) pare che consenta di discostarsi dai canoni sopra riferiti. Infatti, anche nell'ambito della qualificazione della legge come legge-provvedimento, occorre considerare che non si tratta di legge del caso concreto, ma si tratta di legge dotata sicuramente di effetti generali (se non proprio, come qualunque norma, anche di astrattezza). Il che comporta che i limiti propri della disapplicazione (confinata entro il perimetro della singola controversia o del singolo procedimento e senza alcuna inefficacia nei confronti di terzi) rimangono insuperabili.

9. Il superamento dei giudicati sui singoli rapporti concessori prorogati

Un ulteriore aspetto rilevante nei rapporti tra diritto UE e istituti nazionali riguarda la portata delle sentenze favorevoli al concessionario, già passate in giudicato. Anche in questo caso l'Adunanza Plenaria offre una chiave interpretativa, che merita qualche commento.

L'iter argomentativo può così essere riassunto.

Dette sentenze, che hanno avallato il rinnovo delle concessioni demaniali, riguardano un rapporto di durata, che come tale può subire modifiche a seguito di una sopravvenienza normativa. Le sentenze interpretative della Corte di giustizia sono notoriamente accreditate di efficacia normativa e spiegano «i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto»¹⁵².

Ne deriverebbe che, proprio a causa di tale efficacia normativa¹⁵³, le sentenze interpretative pregiudiziali della Corte di giustizia sarebbero idonee ad incidere «sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato»¹⁵⁴. Con l'ulteriore implicazione che la (accertata) «incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga ex lege delle concessioni demaniali produce come effetto, anche [...] nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna»¹⁵⁵.

¹⁵² Ad. Plen., cit., punto 44.

¹⁵³ Il principio dell'immediata efficacia e vincolatività delle «statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia» è stato ampiamente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale italiana (cfr., ad esempio, sentenze 2 febbraio 1990, n. 64, *giudizio sull'ammissibilità dei referendum*, ECLI:IT:COST:1990:64 e 18 aprile 1991, n. 168, *S.p.a. Industria Dolciaria Giampaoli*, ECLI:IT:COST:1991:168).

¹⁵⁴ Ad. Plen., cit., punto 44.

¹⁵⁵ Ad. Plen. cit., punto 45.

Talune considerazioni si impongono.

Anzitutto il tema, così come impostato dall'Adunanza Plenaria, è ben diverso dalla annosa problematica del superamento del giudicato ad opera di una sentenza della Corte di giustizia. Laddove, come è noto, si sono registrate pronunce della Corte che ora hanno considerato intangibile la statuizione giurisdizionale passata in giudicato (come nel caso *Kapferer*¹⁵⁶), ora viceversa lo hanno considerato superabile a causa del contrasto col diritto dell'Unione (come nel noto caso *Lucchini*¹⁵⁷, ovvero nel caso *Olimpiclub*¹⁵⁸).

Ma, a prescindere dall'assoluta peculiarità di questi ultimi due casi (la sentenza *Lucchini* riguardava la materia degli aiuti di Stato, di competenza "esclusiva" della Commissione¹⁵⁹, mentre la sentenza *Olimpiclub* riguardava un c.d. giudicato esterno e, dunque, le conseguenze della qualificazione giuridica di un rapporto in un periodo successivo al giudicato stesso), sta di fatto che in tali casi la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sulla necessaria disapplicazione dell'art. 2909 cod. civ., relativa appunto alla intangibilità del giudicato. Così come pure si è pronunciata sull'incidenza della propria pronuncia nel caso *Pizzarotti*¹⁶⁰, ove, pur riconoscendo la intangibilità del giudicato¹⁶¹, ne ha imposto il superamento, ove sussistessero adeguati strumenti nazionali per farlo¹⁶².

Ma non è questo certo quanto prospettato dall'Adunanza Plenaria. La quale, viceversa, si è basata sui rapporti tra giudicato e *jus superveniens*, sottolineando che anche le sentenze della Corte di giustizia possono avere tale ruolo.

¹⁵⁶ Corte giust., 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapferer*, ECLI:EU:C:2006:178, che ha riconosciuto che «il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme nazionali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione».

¹⁵⁷ Corte giust., Grande Sezione, 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, ECLI:EU:C:2007:434.

¹⁵⁸ Corte giust., sez. II, 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Olimpiclub*, ECLI:EU:C:2009:506.

¹⁵⁹ La peculiarità della fattispecie derivava anche dalla circostanza che preesisteva una precisa decisione della Commissione che aveva qualificato l'aiuto come illegittimo e di cui non era stata data evidenza nel giudizio civile innanzi alla Corte d'Appello di Roma, la cui sentenza era passata in giudicato per mancato ricorso per cassazione.

¹⁶⁰ Corte giust., 10 luglio 2014, in causa C-213/13, *Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067.

¹⁶¹ La sentenza *Pizzarotti* riconosce infatti che il diritto dell'Unione «non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto» (punto 59). Infatti, «il diritto dell'Unione non esige che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione» (punto 60).

¹⁶² Infatti in quel caso il giudice del rinvio (il Consiglio di Stato) aveva «fatto presente che, secondo la propria giurisprudenza, esso può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo a quel che chiama "giudicato a formazione progressiva"» (punto 55). E la sentenza della Corte ha pertanto statuito che «qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza ed effettività [...]» (punto 62).

Certo, che una normativa sopravvenuta possa incidere su rapporti di durata, pur coperti dal giudicato, è evenienza sempre ammissibile. Del resto è proprio l'intervento del legislatore che le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria auspicano e sollecitano espressamente.

Ma si deve trattare di un intervento legislativo o di fonte equiparata che disponga espressamente sulla durata dei rapporti. Come si è verificato, ad esempio, in un caso che presenta qualche analogia con la vicenda delle concessioni marittime e relativo ad una procedura di infrazione per operazioni societarie che avevano posto una società *in house* sotto il controllo di una società quotata in borsa, in assenza di procedure competitive conformi (per trasparenza, imparzialità e pubblicità) ai principi dell'Unione. In tal caso è intervenuto il legislatore (art. 8, c. 1, della legge 115/15, legge europea 2014), che ha disposto che «gli affidamenti diretti [a favore di tali società] cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018». Il che ha evitato la prosecuzione della procedura di infrazione.

Le sentenze della Corte di giustizia possono rivestire il ruolo delle sopravvenienze normative, per quanto si è già segnalato¹⁶³. Tuttavia non si vede quale sia, nella specie, la sentenza della Corte di giustizia che avrebbe prodotto un simile effetto.

Infatti, come tale non potrebbe certo essere considerata la più volte citata sentenza *Promoimpresa*, dato che la stessa, come pure si è visto, non ha affrontato la problematica nei termini generali che sono stati seguiti viceversa dal Consiglio di Stato¹⁶⁴. Né ha accertato “*tout court*” l'incompatibilità comunitaria di tutte le concessioni demaniali turistico-ricreative: anzi, ha rimesso al giudice del rinvio l'accertamento (caso per caso) del carattere di “risorse naturali scarse” da riconnettere alle spiagge oggetto di concessione (ai fini dell'eventuale applicazione dell'art. 12 della Direttiva *Bolkestein*), nonché dell'interesse transfrontaliero delle concessioni stesse (ai fini dell'applicazione del principio di libertà di stabilimento).

In ogni caso non sarebbe bastata una sentenza dichiarativa di tale contrasto. Essa avrebbe evidenziato l'erroneità delle diverse sentenze nazionali, che detta proroga hanno avallato, ma ciò non comporta di per sé la cessazione degli effetti di tutte le concessioni marittime, come le sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno ritenuto di poter imporre.

Proprio la già richiamata sentenza *Kühne-Heitz* ne fornisce la miglior prova. Infatti essa non prevede in tali casi la caducazione automatica degli atti amministrativi, ma solo l'attivazione di procedure amministrative di autotutela e sempre che ricorrano le seguenti condizioni:

¹⁶³ Vedi nota 151.

¹⁶⁴ Sulla sentenza *Promoimpresa* come *ius superveniens* si segnalano le puntuali precisazioni di E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., punto 6.

- l'Autorità amministrativa «disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza»¹⁶⁵.

Come si può constatare, in tali casi è possibile un qualche superamento del giudicato, ma sulla base di un equilibrato contemperamento di necessità “comunitarie” (mancata rimessione alla Corte di giustizia di una questione pregiudiziale interpretativa da parte di un giudice di ultima istanza) e salvaguardia dell'istituto della cosa giudicata. Infatti, «l'importanza del principio dell'autorità del giudicato vuoi nell'ordinamento giuridico dell'Unione, vuoi negli ordinamenti giuridici nazionali» è stata sempre tenuta presente dalla Corte di giustizia¹⁶⁶.

In ogni caso emerge chiaramente dalla giurisprudenza *Kühne-Heitz* che l'erronea interpretazione del diritto UE non comporta automaticamente il superamento del giudicato e che l'interpretazione (successiva) della Corte non può essere considerata alla stregua di una nuova disciplina incompatibile con la persistente efficacia delle concessioni prorogate.

Ne deriva che a proposito della sentenza *Promoimpresa* non si può parlare di *jus superveniens*, a meno che l'Adunanza Plenaria non abbia inteso riconnettere tale effetto proprio alle sue sentenze (ovvero al combinato disposto della sentenza *Promoimpresa* della Corte con le proprie sentenze). Ma se così fosse¹⁶⁷, non è possibile condividere l'assunto: le sentenze del Consiglio di Stato (e anche

¹⁶⁵ Cfr. sentenza *Kühne-Heitz*, cit., punto 28. La riferita interpretazione è stata ribadita dalla successiva e già citata sentenza *Kempter*, che ha precisato nel dispositivo che:

1) «Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

2) Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza».

¹⁶⁶ Corte giust., 22 dicembre 2010, in causa C-507/08, *Commissione c. Slovacchia*, ECLI:EU:C:2010:802, punto 59.

Infatti, è stato riconosciuto che l'autorità del giudicato costituisce un «principio caratteristico dello Stato di diritto» e che la questione riveste un'importanza fondamentale nella «definizione del regime di articolazione tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati membri» così Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, 9 settembre 2010, in causa C-507/08, *Commissione c. Slovacchia*, ECLI:EU:C:2010:507, rispettivamente punti 47 e 44.

¹⁶⁷ In realtà, che l'Adunanza Plenaria abbia inteso riconnettere l'effetto di *jus superveniens* proprio alle proprie sentenze è dimostrato dalla parte finale delle stesse, ove si legge che «ne deriva che i giudicati favorevoli per il concessionario formati sulla normativa in esame cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo biennale di cui sopra» (punto 50). Si tratta, infatti, del termine dilatorio (al 31 dicembre 2023) che le medesime sentenze

quelle emesse dall'Adunanza Plenaria, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica) non sono fonti normative, né (per questo aspetto) sono equiparabili a quelle della Corte di giustizia. Inoltre esse non hanno titolo per travolgere il giudicato formatosi a seguito di pronunce di altro giudice nazionale (sia esso ordinario o amministrativo): sicché l'intangibilità del giudicato non potrebbe (né dovrebbe) essere messo in discussione.

10. Sull'efficacia *pro futuro* delle sentenze

Come si è già accennato, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di posticipare gli effetti delle proprie decisioni al 31 dicembre 2023, avvalendosi del potere di modulare gli effetti temporali del giudizio, di cui ha già fatto uso in altre circostanze.

Si tratta di una giurisprudenza pretoria, che dichiara di trovare un qualche fondamento negli analoghi poteri della Corte di giustizia rispetto al giudizio di impugnazione degli atti delle Istituzioni dell'Unione (art. 264 TFUE). E l'estensione di tale potere anche alle sentenze del Giudice amministrativo risulterebbe giustificato dall'art. 1 c.p.a., che dispone che «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»¹⁶⁸.

Non è il caso di soffermarci su tale estensione di istituti e di tecniche di giudizio, previsti per la Corte di giustizia e privi di solide basi di diritto interno (si richiamano al riguardo anche l'art. 21-nonies della legge 241/90 e l'art. 34, c. 1, lett. a del c.p.a.¹⁶⁹). Anche se qualche perplessità può derivare dalla circostanza che la posticipazione degli effetti nel nostro caso non è stata disposta per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (come dice l'art. 1 c. p.a., cit.), ma essenzialmente per ragioni di certezza del diritto.

Qui, viceversa, preme sottolineare che, trattandosi di materia coperta dal diritto dell'Unione con efficacia diretta (come si è ampiamente illustrato), la posticipazione degli effetti delle sentenze comporta anche una temporanea paralisi degli effetti diretti di cui si è detto. Così in qualche modo derogando al primato stesso del diritto dell'Unione¹⁷⁰, che esige che la propria disciplina immediatamente applicabile sia uniformemente e contestualmente applicata in tutti gli Stati membri, tanto da non poter attendere neppure i tempi necessari per un giudizio accentrato di costituzionalità.

hanno assegnato «per l'operatività degli effetti» delle sentenze stesse (dell'Adunanza Plenaria e non certo di quella o quelle della Corte).

¹⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13.

¹⁶⁹ Cfr. ancora Ad. Plen. 22 dicembre 2017, n. 13, cit. .

¹⁷⁰ Cfr. F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali*, cit., pp. 378 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, cit., pp. 115-116.

Il Consiglio di Stato ritiene che sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione attraverso il richiamo alla sentenza della Corte di giustizia nota come il c.d. caso *Bidar*¹⁷¹. Tuttavia, come del resto già evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato, la sentenza *Bidar* enuncia i principi propri dell'ordinamento comunitario o per meglio dire propri della Corte di giustizia. Infatti, come si è accennato, l'art. 264 TFUE espressamente prevede che «la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi».

La sentenza *Bidar* esplicita la portata del citato articolo del Trattato e dichiara che la Corte può sospendere le proprie sentenze quando «i singoli e le autorità nazionali [siano] stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria a causa di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie»¹⁷². Risulta così ancor più evidente che, anche a voler superare il fatto che tale disposizione riguarda la Corte di giustizia e non il giudice nazionale, essa in ogni caso non avrebbe potuto trovare applicazione nella fattispecie in esame, ove il Consiglio di Stato ha espressamente qualificato la normativa dell'Unione come chiara, precisa e non condizionata e dunque dotata di efficacia diretta.

Vero è che nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata riconosciuta la possibilità di sospendere temporaneamente la disapplicazione di una norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali. Si tratta della c.d. disapplicazione del primato o, per utilizzare i termini della nostra Corte Costituzionale, la non applicazione del Diritto dell'Unione europea, che è stata per la prima volta sancita dalla Corte nella sentenza nota come *Winner Wetten*¹⁷³.

Ed è vero anche che a tale risultato la Corte di giustizia è giunta attraverso un parallelismo con i poteri ad essa stessa attribuiti. Infatti, ha statuito che «se [la Corte di giustizia] può segnatamente decidere di sospendere gli effetti dell'annullamento o della dichiarazione di invalidità di un atto [dichiarato nullo o invalido] sino all'adozione di un nuovo atto che ponga fine all'illegittimità constatata»¹⁷⁴, lo stesso potere «può 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»¹⁷⁵. Tuttavia, essendo una deroga al principio generale del primato, la stessa deve essere interpretata in maniera restrittiva e può trovare applicazione solo ove «sussistano esigenze imperative di certezza del diritto attinenti al complesso

¹⁷¹ Corte giust., 15 marzo 2005, in causa C-209/03, *Bidar*, ECLI:EU:C:2005:169. In generale sul tema degli effetti nel tempo delle decisioni interpretative della Corte di giustizia cfr., in dottrina, A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 205 e ss.

¹⁷² Corte giust., 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, cit., punto 69.

¹⁷³ Corte giust., 8 settembre 2010, in causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, ECLI:EU:C:2010:503. Per un commento alla sentenza cfr. T. BEUKERS, *Case C-409/06, Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2010*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2011, vol. 48, n. 6, 1985.

¹⁷⁴ Sentenza *ult. cit.*, punto 65.

¹⁷⁵ Sentenza *ult. cit.*, punto 67.

degli interessi in gioco, sia pubblici sia privati [...] e per il lasso di tempo necessario a porre fine a siffatta illegalità». La mancanza di tali esigenze ha, infatti, escluso l'applicazione di tale eccezione al caso appena esaminato¹⁷⁶.

Se da un lato, dunque, la Corte ha aperto la strada alla possibilità del giudice nazionale di sospendere temporaneamente la disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione europea, dall'altro lato ha specificato che la stessa possibilità debba essere interpretata in maniera restrittiva, limitandosi solamente a richiamare la presenza di esigenze imperative. Nonostante, dunque, non abbia precisato meglio le condizioni in cui tale eccezione potesse effettivamente applicarsi, tale competenza la Corte fa ricadere sempre su se stessa, esplicitando che per «una siffatta sospensione le [...] condizioni potrebbero essere determinate soltanto dalla Corte».

Successivamente la Corte (sentenza *Inter- Environnement Wallonie I*)¹⁷⁷ ha precisato i criteri-guida che devono indirizzare il giudice per essere autorizzato alla sospensione temporanea della disapplicazione. Espressamente, infatti, la Corte ha sottolineato come «il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato, a condizione che:

- tale atto nazionale costituisca una misura di trasposizione corretta della direttiva [...];
- l'adozione e l'entrata in vigore del nuovo atto nazionale [...] non consentano di evitare gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente che discendono dall'annullamento dell'atto impugnato;
- a seguito dell'annullamento di detto atto impugnato venga a crearsi, quanto alla trasposizione della direttiva [...], un vuoto giuridico che sarebbe ancor più nocivo per l'ambiente, nel senso che tale annullamento si tradurrebbe in una minor protezione delle acque contro l'inquinamento da nitrati provenienti da fonti agricole, risultando, così, in contrasto addirittura con l'obiettivo essenziale di detta direttiva, e
- il mantenimento eccezionale degli effetti di un tale atto valga solo per il lasso di tempo strettamente necessario all'adozione delle misure in grado di rimediare all'irregolarità constatata»¹⁷⁸.

Rispetto alla questione sottoposta all'analisi dell'Adunanza plenaria almeno le prime tre condizioni non paiono trovare riscontro.

¹⁷⁶ «una siffatta sospensione, le cui condizioni potrebbero essere determinate solo dalla Corte, va senz'altro esclusa nel caso di specie, in considerazione dell'assenza di esigenze imperative di certezza del diritto tali da giustificarla», sentenza *ult. cit.*, punto 67.

¹⁷⁷ Corte giust., 28 febbraio 2012, in causa C-41/11, *Inter- Environnement Wallonie ASBL e Terre wallonne ASBL c. Région wallonne*, ECLI:EU:C:2012:103.

¹⁷⁸ Sentenza punto 63.

Infatti, appare subito evidente come la seconda e la terza condizione circoscrivano l'eccezione a concrete operazioni di bilanciamento dei principi relativi alla protezione dell'ambiente¹⁷⁹ e all'impatto ambientale¹⁸⁰, che non rilevano nella fattispecie in esame. Del resto, se l'eccezione al primato non fosse circoscritta a determinati e precisi settori, si potrebbe arrivare ad un ampliamento continuo e significativo della stessa, che potrebbe rischiare di compromettere il sistema dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali, potendo così invertirsi il rapporto tra eccezione e regola e minando il principio del primato, «che rappresenta uno dei cardini fondamentali del processo di integrazione»¹⁸¹.

In ogni caso, anche se si volessero adattare tali condizioni (attinenti al diritto dell'ambiente) al diverso campo del diritto di stabilimento, le stesse non risulterebbero comunque soddisfatte. Infatti la posticipazione degli effetti non produce certo una minore lesione del diritto di stabilimento, ma anzi ne prolunga la lesione.

Non è, invece, collegata alla tutela ambientale la prima condizione e cioè che l' «atto nazionale costituisca una misura di trasposizione corretta della direttiva». Infatti, ammesso che la direttiva *Bolkestein* fosse applicabile nella specie¹⁸², non si può certo affermare – alla luce della procedura d'infrazione avviata contro l'Italia¹⁸³ e dalle sentenze stesse dell'Adunanza Plenaria – che la legge

¹⁷⁹ Nello stesso senso e sempre in materia di protezione dell'ambiente cfr. Corte giust., 28 luglio 2016, in causa C-379/15, *Association France Nature Environnement contro Premier ministre e Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, ECLI:EU:C:2016:603:

«il giudice nazionale può limitare nel tempo, qualora il diritto interno lo consenta, eccezionalmente e caso per caso, taluni effetti di una dichiarazione di illegittimità di una disposizione del diritto nazionale, adottata in violazione degli obblighi previsti dalla direttiva 2001/42, in particolare di quelli derivanti dall'articolo 6, paragrafo 3, di quest'ultima, a condizione che tale limitazione risulti necessaria alla luce di considerazioni imperative connesse alla tutela dell'ambiente e tenuto conto delle specifiche circostanze della controversia sottoposta al suo esame. Tale eccezionale facoltà può tuttavia essere esercitata soltanto allorché ricorrano tutte le condizioni indicate nella sentenza del 28 febbraio 2012, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne* (C-41/11, EU:C:2012:103), vale a dire:

- che la norma del diritto nazionale impugnata costituisca una misura di corretta trasposizione del diritto dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente;
- che l'adozione e l'entrata in vigore di una nuova disposizione del diritto nazionale non consentano di evitare gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente derivanti dall'annullamento della norma del diritto nazionale impugnata;
- che dall'annullamento di quest'ultima consegua la creazione di un vuoto giuridico relativo alla trasposizione del diritto dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente che risulterebbe ancor più nocivo, nel senso che tale annullamento si risolverebbe in una minore protezione finendo, quindi, per contrastare con l'essenziale obiettivo del diritto dell'Unione,

e

- che il mantenimento eccezionale degli effetti della disposizione impugnata del diritto nazionale copra soltanto il lasso di tempo strettamente necessario all'adozione delle misure che consentano di rimediare all'irregolarità accertata» (punto 43)

¹⁸⁰ Corte giust., 29 luglio 2019, in causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL contro Conseil des ministres* (c.d. *Inter-Environnement Wallonie II*), ECLI:EU:C:2019:622. Per una disamina alla sentenza cfr. A. CIRCOLO, «La disapplicazione del primato»: le eccezioni della Corte di giustizia all'efficacia prevalente del diritto dell'Unione sul diritto interno. Note a margine della pronuncia *Inter-Environnement Wallonie II*, in *dUE*, novembre 2019.

¹⁸¹ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), Napoli, 2020, p. 234.

¹⁸² Cfr. *supra* par. 3.

¹⁸³ Corte giust., 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, cit. p. 67.

nazionale in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime fosse una “trasposizione corretta della direttiva”»¹⁸⁴.

Sicché la mancata o erronea trasposizione della direttiva in nessun caso avrebbe potuto consentire l'applicazione dell'eccezione, di cui si è detto.

L'unica condizione che, forse, sarebbe stata applicabile nel caso di specie è la quarta, sopra riferita. Tuttavia, riprendendo una recente sentenza¹⁸⁵, la Corte ha ribadito che «solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con essa in contrasto. Infatti, se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»¹⁸⁶.

Dunque, vi è un obbligo di rinvio per il giudice nazionale che, ritenendo di rientrare nelle stringenti condizioni sopra riportate, intenda continuare ad applicare una normativa nazionale illegittima. Del resto che si trattasse di un obbligo era già evidente nella citata sentenza *Winner Wetten*¹⁸⁷ ove la Corte, pur non facendo espresso riferimento al rinvio pregiudiziale, aveva statuito che le condizioni per tale sospensione potessero essere determinate solo dalla Corte medesima. E sempre nello stesso senso può essere interpretata la sentenza *Inter- Environnement Wallonie I*¹⁸⁸ ove espressamente si indicava che «il giudice remittente pot[eva] eccezionalmente essere autorizzato».

Ma in ogni caso, anche se si fosse ritenuta applicabile l'eccezione al principio del primato, tale risultato non avrebbe mai potuto portare a una non applicazione generale, poiché «l'eccezionale facoltà concessa al giudice nazionale può essere esercitata soltanto caso per caso e non astrattamente o globalmente. Infatti, come la Corte ha già avuto modo di affermare, tale facoltà deve essere esercitata tenuto conto delle circostanze specifiche della controversia su cui è chiamata a pronunciarsi»¹⁸⁹.

Sussiste, infine, un'ulteriore ragione, preclusiva dell'effetto differito.

¹⁸⁴ Infatti, è la stessa Corte di giustizia – sempre in materia ambientale - che sul punto ha stabilito che «una siffatta possibilità [...] deve essere subordinata alla condizione di non offrire agli interessati l'occasione di eludere le norme di diritto dell'Unione o di disapplicarle e di rimanere eccezionale» (Corte giust., 26 luglio 2017, cause riunite C-196/16 e C-197/16, *Comune di Corridonie e a.*, ECLI:EU:C:2017:589, punto 38. Cfr. nello stesso senso Corte giust., 28 febbraio 2018, causa C-117/17, *Comune di Castelbellino contro Regione Marche e a.*, ECLI:EU:C:2018:129, punto 30).

¹⁸⁵ Corte giust., 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie II*, cit.

¹⁸⁶ Corte giust., 29 luglio 2019, causa C-411/17, cit.

¹⁸⁷ Corte giust., 8 settembre 2010, causa C-409/06, cit.

¹⁸⁸ Corte giust., 28 febbraio 2012, causa C-41/11, cit., punto 63

¹⁸⁹ Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-379/15, cit., punto 40.

Come si è visto, esso potrebbe basarsi su un'esigenza imperativa di certezza del diritto¹⁹⁰. Ma tale esigenza risulta già esclusa dalla sentenza *Promoimpresa*, che riguarda proprio il settore delle concessioni marittime, come si è ampiamente illustrato.

Infatti la sentenza *Promoimpresa* si è occupata anche del tema se l'eventuale previsione di un periodo transitorio «può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio di certezza del diritto»¹⁹¹. E, pur non escludendo in assoluto tale differimento¹⁹², ha concluso nel senso che «tuttavia le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'art. 49 TFUE»¹⁹³.

Le sentenze dell'Adunanza Plenaria si riferiscono anch'esse ad un periodo in cui tale chiarimento era stato ormai dato. Dunque anche per esse non poteva valere l'esigenza imperativa di certezza del diritto.

In conclusione, il differimento degli effetti delle sentenze dell'Adunanza Plenaria pare in contrasto con la giurisprudenza sopra richiamata e persino con il *decisum* della sentenza *Promoimpresa*. Tanto più in mancanza di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che nel contesto testé descritto risultava necessario, perché non coperto dalla giurisprudenza *Cilfit* a suo tempo richiamata.

11. Considerazioni conclusive

Le sentenze 17 e 18 dell'Adunanza plenaria hanno affrontato tutta una serie (inusuale per quantità ed importanza) di istituti fondamentali del diritto UE e di derivazione comunitaria: dall'efficacia diretta delle direttive alla disapplicazione della normativa nazionale da parte del giudice e dell'amministrazione, dal primato del diritto dell'Unione europea alla sospensione dello stesso per differimento degli effetti delle sentenze, passando per le tematiche del rinvio pregiudiziale, della c.d. doppia pregiudizialità e del giudicato.

Tali sentenze hanno dato un'interpretazione talvolta molto innovativa dei temi richiamati. Ma le soluzioni, di volta in volta proposte ed applicate, presentano tuttavia talune criticità, che riguardano

¹⁹⁰ Sentenza *Winner Wetten*, cit., punto 66

¹⁹¹ Sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 71.

¹⁹² Sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 72.

¹⁹³ Sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 73.

soprattutto i limiti della disapplicazione della legge, il superamento del giudicato e l'effetto posticipato delle pronunce.

Si potrà dire che le costruzioni proposte attengono (almeno le prime due) al diritto nazionale e sono espressioni dell'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁹⁴, consentita dall' «architettura decentralizzata del sistema giuridico dell'Unione»¹⁹⁵. In altri termini si tratterebbe di innovazioni in funzione di una sempre maggiore integrazione nel sistema giuridico dell'Unione.

Tuttavia, come si è visto, lo stesso Consiglio di Stato ha sentito la necessità di “compensare” i risultati di tali proposte innovative con un'efficacia posticipata delle proprie sentenze, che finisce per neutralizzare e violare per altro verso il principio del primato del diritto dell'Unione europea. Sicché sotto tale profilo le soluzioni accolte contrastano con le necessità “comunitarie” e più in generale con il sistema giuridico dell'Unione.

Quest'ultimo, pur essendo complesso e multilivello, si presenta ormai con caratteri sufficientemente precisati e consolidati, anche se ovviamente sempre suscettibili di assestamenti e perfezionamenti. Ma, a prescindere dal rilievo che tali possibili innovazioni potrebbero pervenire solo da istituzioni deputate allo scopo (prima fra tutte la Corte di giustizia), ciò che lascia perplessi nella ricostruzione del Consiglio di Stato è l'innovazione marcata e contestuale di vari istituti cardine del sistema: modificare contemporaneamente più tessere del mosaico significa creare una situazione di insostenibile incertezza, che difficilmente si trasforma in una razionalizzazione del sistema stesso.

Nella specie incombeva (così come incombe tuttora) la procedura di infrazione, già attivata dalla Commissione europea. E, indubbiamente, tale “spada di Damocle” ha favorito risposte condizionate dalla necessità di evitare ogni condanna. È noto, comunque, che il giudizio di infrazione¹⁹⁶ può essere proposto anche solo per la circostanza

¹⁹⁴ Art. 19, par. 2 TUE in combinato disposto con art. 4, par. 3 TUE, cfr., *ex multis*, Corte giust., 27 giugno 2013, in causa C-93/12, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov*, ECLI:EU:C:2013:432, punto 35: «Conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in virtù del principio dell'autonomia procedurale, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, fermo restando che, tuttavia, gli Stati membri sono tenuti a garantire in ogni caso la tutela effettiva di tali diritti (v., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01, Racc. pag. I-10239, punto 47; del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, Racc. pag. I-2483, punti 44 e 45; del 16 luglio 2009, *Mono Car Styling*, C-12/08, Racc. pag. I-6653, punto 48, nonché del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, Racc. pag. I-2213, punto 47)».

Sull'autonomia procedurale degli Stati membri cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*. *Studio sulla c. d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

¹⁹⁵ Conclusioni Avvocato generale Wahl, 11 dicembre 2018, in causa C-378/17, cit., punto 46.

¹⁹⁶ Com'è noto la mancata attuazione di una direttiva costituisce un caso specifico di inadempimento ex art. 258 TFUE, tanto che con il Trattato di Lisbona è stato previsto dall'art. 260, par. 3 TFUE che, in questo caso, già nel primo ricorso la Commissione possa indicare alla Corte «l'importo della somma forfettaria o di una penalità da versare da parte dello Stato».

Sull'art. 260, par. 3 TFUE cfr., in particolare, ST. VAN DER JEUGHT, *L'action en manquement “renforcée”: sanctions pécuniaires en cas de non-transposition des directives européennes*, in *Journal de droit européen*, 2011, p. 68 ss.; S. GÁSPÁR-SZILÁGI, *What constitutes “Failure to Notify” National Measures?*, in *European Public Law*, 2013, pp. 281 ss.; N. WAHL, L. PRETE, *Between Certainty, Severity and Proportionality: Some Reflections on the Nature and Functioning*

di una tardiva o cattiva trasposizione delle direttive. E nel nostro caso le sentenze gemelle non hanno certo scongiurato tale pericolo, anzi l'hanno accresciuto disponendo la protrazione degli effetti delle proroghe fino al 31 dicembre 2023.

La funzione di supplenza, rispetto ad un legislatore “recalcitrante”, non può dirsi dunque adeguata allo scopo. Anche se il monito rivolto al legislatore stesso – che è stato posto di fronte al fatto compiuto – è risultato sicuramente chiaro e forte.

Ma proprio per le ragioni esposte vi è da chiedersi se la soluzione accolta (con una disapplicazione “*urbi et orbi*” e con un effetto travolgente di sentenze ed atti amministrativi) fosse la più efficace, nel caso descritto. O se, viceversa, conformemente al secondo quesito posto dal Presidente del Consiglio di Stato, non sarebbe stato più utile (oltre che più corretto) muoversi nell’ambito di istituti da tempo conosciuti – perché introdotti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia –, quale l’autotutela doverosa (e, dunque, l’obbligo di attivare un procedimento di annullamento d’ufficio), a seguito di una nuova interpretazione fornita dalla Corte medesima, che ha messo in evidenza un’erronea applicazione del diritto UE.

Il discorso ritorna dunque sulla giurisprudenza *Kühne-Heitz*, che però richiede (come si è visto) che sussista una iniziativa dei soggetti danneggiati, subito dopo la nuova interpretazione di cui si è detto. Il che certo non era praticabile con riferimento alla sentenza *Promoimpresa* del 2016, perché verosimilmente antecedente ai vari atti di proroga e ai giudicati favorevoli su di essi.

Tuttavia non si tratta di ostacolo che appare insuperabile dal Consiglio di Stato, almeno per gli atti amministrativi di proroga non coperti da un giudicato¹⁹⁷. Infatti, l’istituto dell’autotutela doverosa non è certo sconosciuto nel sistema nazionale di diritto amministrativo (e, prevalentemente, con riferimento proprio a necessità di origine “comunitaria”¹⁹⁸).

In tale contesto, dunque, non sarebbe risultato ultroneo (né invasivo delle attribuzioni altrui, né lesivo del primato del diritto dell’Unione) un intervento nomofilattico dell’Adunanza Plenaria, che, adattando la giurisprudenza *Kühne-Heitz* alle necessità della specifica vicenda delle concessioni marittime, ricollegasse la tempestività delle richieste di intervento in autotutela questa volta non alle

of Article 260(3) TFEU, in *European Law Reporter*, 2014, pp. 169 ss.; E. VÁRNAY, *Sanctioning under Article 260(3) TFEU: Much Ado about Nothing?*, in *European Public Law*, 2017, pp. 301 ss.

Per un’ampia analisi in generale sulla procedura di infrazione, cfr., *ex multis*, M. CONDINANZI, A. AMALFITANO, *La procedura d’infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020 e per un’analisi dalla sua evoluzione nel tempo cfr., *ex multis* T. MATERNE, *La procédure en manquement d’État*, Larquier, Bruxelles, 2012; L. PRETE, *Infringement Proceedings*, in *EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017.

¹⁹⁷ Sulla salvaguardia del giudicato cfr. *supra* par. 9.

¹⁹⁸ Si pensi ai casi di autotutela vincolata in tema di aiuti di Stato rivelatisi illegittimi, a seguito di una decisione della Commissione. In tal caso l’annullamento d’ufficio risulta dovuto, in base al rilievo che la decisione della Commissione «non lascia alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento stesso incaricati della sua applicazione, applicazione avente carattere meramente automatico» (Corte giust. 5 maggio 1998, in causa C-386/96, *Dreijfus*, ECLI:UE:C:1998:193, punto 43).

La giurisprudenza nazionale si è adeguata a tale principio (cfr., tra le tante, Cons. giust. amm. Sicilia 30 luglio 2018, n. 459 e Cons. Stato, sez. VI, 17 agosto 2021, n. 5907).

sentenze della Corte di giustizia, ma alle proprie sentenze. Nel senso che avrebbe potuto imporre alle amministrazioni competenti l'esercizio doveroso del potere di autotutela, ove ve ne fosse richiesta dei soggetti interessati. Il che avrebbe avuto se non altro il vantaggio da un lato di superare per il singolo soggetto interessato la definitività di dette proroghe e, dall'altro lato, di verificare quanto poi ampia fosse la domanda di possibili concorrenti pretermessi e, così, indirettamente la scarsità delle risorse naturali e l'interesse transfrontaliero certo.