

CONSIGLIO DI STATO

Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17

Pres. Patroni Griffi — Est. Molinaro — Comet. s.r.l. (avv. Puzzello)
c. Autorità del Sistema Portuale dello Stretto (Avvocatura dello Stato) e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avvocatura dello Stato).

CONSIGLIO DI STATO

Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18

Pres. Patroni Griffi — Est. Giovagnoli — Comune di Lecce (avv. ti Astuto, Lazzari) c. Andrea Caretto (avv. Vetrò) e Associazione Federazione Imprese Demaniali (avv. Massa).

459

Provvedimento amministrativo - Provvedimento antieuropeo - Contrasto tra norma interna e diritto europeo - Disapplicazione normativa - Annullamento d'ufficio - Legge provvedimento - Decorrenza effetti sentenze amministrative - Concessioni balneari.

Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative — compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 — sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione (1).

Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali [atti] siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiano comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo [a]gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esse[n]t, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in

rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto (2).

Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E. (3).

(1-3) Norma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo “antieuropeo”.

Abstract

Il contributo analizza le recenti sentenze rese dal Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021 n. 17 e n. 18 in materia di concessioni balneari.

L'analisi si sofferma in particolare sugli aspetti delle pronunce in commento riguardanti le conseguenze per il provvedimento amministrativo del (rilevato) contrasto tra una norma interna e il diritto europeo e, più in generale, sui profili di natura *lato sensu* processuale affrontati dall'Adunanza Plenaria.

Per questa via, si arriva a mettere in evidenza come la giurisprudenza amministrativa sembri ancora dominata da un certo grado di empiria ogni qual volta la stessa è chiamata a confrontarsi con il tema dello statuto giuridico del provvedimento antieuropeo.

NATIONAL PROVISION CONTRASTING WITH EU LAW, PUBLIC SERVANT' DUTIES AND FATE OF THE ANTI-EUROPEAN ADMINISTRATIVE ACT

Abstract

The article analyses the recent judgements Council of State, Ad. Plen., 9 November 2021 n. 17 and n. 18 concerning beach concessions.

The analysis is focused especially on the consequences for the administrative act deriving from the contrast between a national provision and EU law, as well as on the processual issues taken into account by the Council of State.

In doing so, the essay underlines that national administrative jurisprudence seems to be still characterized by an approach “case by case” when it has to deal with administrative acts contrasting with EU law.

Keywords: *Administrative act - administrative act contrasting with EU law - conflict between national provision and EU law - disapplication of law - ex officio annulment - law-decision - judgements' effects - beach concessions.*

SOMMARIO: 1. Due sentenze molto attese. — 2. Antefatto. — 3. L'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi a partire da Tar Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020 n. 1321 e i quesiti

sottoposti all'Adunanza plenaria. — 4. I principi di diritto stabiliti dall'Adunanza plenaria. — 4.1. Dovere (anche) del funzionario amministrativo di non applicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo. — 4.2. Annullamento d'ufficio vs. legge provvedimento. — 4.3. Proroga *tamquam non esset*, ma solo a partire dal 1 gennaio 2024. — 5. A proposito del trattamento giuridico del provvedimento antieuropeo: un punto fermo e (forse) un interrogativo.

1. Seppure per ragioni e con aspettative differenti, c'era grande attesa da parte sia del mondo giuridico, sia degli operatori economici e — non da ultimo — di una quota dell'opinione pubblica nei confronti delle sentenze in commento.

Con le pronunce n. 17 e n. 18 del 2021, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha inteso risolvere il contrasto giurisprudenziale recentemente sorto con riguardo al dovere del funzionario pubblico di non applicare una norma interna contrastante con il diritto europeo (1).

Per tale via, inoltre, il supremo consesso di giustizia amministrativa ha fissato anche alcuni importati principi di diritto in ordine al regime giuridico delle concessioni balneari. Tema, quest'ultimo, oramai da tempo al centro del dibattito giuridico (così come della cronaca) (2), attesi i reiterati profili di contrarietà con il diritto europeo della disciplina nazionale, costati — di recente — al nostro Paese anche l'apertura di una nuova procedura di infrazione (3).

In disparte tale ultima questione, pure di estremo interesse — specie dal punto di vista della gestione dei beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali e della regolazione

(1) Contrasto che, come si dirà *amplius infra*, è divampato a seguito della sentenza Tar Puglia, Lecce, I sez., 27 novembre 2020 n. 1321. In dottrina, sull'orientamento espresso dal Tar Lecce si v. E. CHITI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 6, 801 e A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, spec. 19 ss. Più in generale, in ordine all'obbligo anche per le amministrazioni di non applicare la norma nazionale in contrasto con il diritto europeo — oltre ai riferimenti bibliografici richiamati *infra* — si v. il recente contributo di M. C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 35.

(2) Al riguardo, tra i contributi più recenti, si v. innanzitutto A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022, *passim*, nonché C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 2018, 1, 287; M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1069; F. DI LASCIO, *Una spiaggia è per sempre? Sul conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, 2018, 1, V e A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017, *passim*. *Ex multis*, nella prospettiva della tutela ambientale, si v. G. DE GIORGI CEZZI (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, Roma, 2017, *passim*.

(3) Sul punto C. FELIZIANI, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e giurisprudenza amministrativa: riuscirà l'Adunanza Plenaria là dove ha mancato il legislatore?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022. Per una lettura della questione dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, si v. C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2021, 2, 247. Con riguardo alla vicenda relativa alla prima procedura di infrazione riferimenti anche in A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016, 1.

CONSIGLIO DI STATO

economica delle attività turistico-ricreative che su tali beni insistono in virtù di altrettanti rapporti concessori —, nelle pagine che seguiranno si darà tuttavia conto unicamente degli aspetti delle sentenze in commento riguardanti le conseguenze per il provvedimento amministrativo del (rilevato) contrasto tra una norma interna e il diritto europeo e, più in generale, dei profili di natura *lato sensu* processuale affrontati dalla Adunanza Plenaria.

Dunque, una volta ricostruiti i termini del contrasto giurisprudenziale che ha portato all'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato, l'analisi si soffermerà essenzialmente sulla questione concernente il dovere di non applicazione da parte del funzionario pubblico della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione europea; sulle conseguenze, per il provvedimento amministrativo, che derivano dall'essere stato adottato in applicazione di una norma siffatta e, infine, sulla scelta dell'Adunanza Plenaria di modulare nel tempo gli effetti delle pronunce in esame.

Per tale via si arriverà così a mettere in evidenza come le sentenze in commento, pur fissando taluni importanti principi di diritto, sembrino al contempo confermare l'impressione di una giurisprudenza amministrativa ancora dominata da un certo grado di 'empiria' ogni qual volta la stessa sia chiamata a confrontarsi con il tema dello statuto giuridico del provvedimento c.d. antieuropeo e dei suoi molteplici corollari (4).

2. Le due sentenze in esame traggono origine da altrettante vicende fattuali e processuali concernenti il regime giuridico delle concessioni balneari. O meglio concernenti la legittimità dei dinieghi di proroga di due concessioni demaniali marittime disposti, in un caso, da un Comune pugliese (5) e, nell'altro caso, dal Presidente di un'Autorità portuale (6). Dinieghi motivati dalle rispettive amministrazioni sulla base della acclarata contrarietà con il diritto dell'Unione europea (7) di quanto previsto dall'art. 1, comma 682 ss., l. 30 dicembre 2018, n. 145 (8).

(4) In questo senso già G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1392 e spec. 1410.

(5) Questo l'oggetto del contendere nella causa in prime cure decisa da Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021 n. 73.

(6) Questo l'oggetto del contendere nella causa in prime cure decisa da Tar Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504.

(7) Segnatamente, il contrasto è con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein) e con l'art. 49 del TFUE, concernente la libertà di stabilimento, come interpretati anche dalla Corte di Lussemburgo nella nota sentenza C. giust. UE, sez. V, 16 luglio 2016, in cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa s.r.l.*. Per un commento a tale pronuncia, si v. — tra gli altri — E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. app.*, 2016, 11, 1217; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 912; A. SQUAZZONI, *Il regime delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2016, 166.

Più in generale, in ordine alla libertà di stabilimento si v. — per tutti — M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, 159. Mentre, con riguardo alla direttiva servizi si v. B. NASCIBENE, *La direttiva 2006/123/Ce sui servizi nel mercato interno*, in *Contr. Impresa*, 2007, 861.

(8) In specie, l'art. 1, comma 682 ss., l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge finanziaria per il 2019) ha disposto la proroga sino al 1 gennaio 2034 delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative vigenti alla data di entrata in vigore della legge medesima. Si è

Rispetto a vicende sostanzialmente analoghe i giudici di prime cure hanno tuttavia offerto soluzioni di tenore radicalmente opposto. In specie, il Tar Lecce — richiamando in senso adesivo il proprio precedente del novembre 2020 (9) — ha ritenuto che al funzionario della pubblica amministrazione sia precluso non applicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo. All’esito di un articolato quanto — sia consentito — impreciso ragionamento sul rapporto tra ordinamenti e tra le fonti di questi, il collegio ha infatti affermato che “l’amministrazione [è] certamente tenuta [...] ad attenersi all’applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura *self executing* di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita” (10). Dal che, la sezione ha fatto derivare l’illegittimità dell’impugnato diniego “perché — si legge nella sentenza — in palese violazione della legge nazionale 145/2018, ovvero l’unica normativa che possa applicarsi nella specie [...]” (11).

Viceversa, il Tar Catania — prendendo espressamente le distanze dal poc’anzi richiamato orientamento del giudice pugliese (12) — ha osservato che “anche il funzionario pubblico [al pari del giudice nazionale], nel dare attuazione alla legge, deve applicare la normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo”. E ciò, tanto più se — come nel caso di specie — la contrarietà della norma interna con il diritto sovranazionale sia già stata acclarata dalla Corte di giustizia con una pronuncia emessa all’esito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione (13). Sulla scorta di questi (ed altri) argomenti il collegio ha dunque concluso nel senso della legittimità del diniego di proroga espresso dall’Autorità portuale e, per l’effetto, ha respinto il ricorso.

463

trattato, in sostanza, di una proroga *ex lege*, successivamente ribadita sia dall’art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modificazioni in l. 17 luglio 2020, n. 77, recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19” (i.e. decreto rilancio), sia dall’art. 100, comma 1, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. con modificazioni in l. 13 ottobre 2020, n. 126, “Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell’economia” (i.e. decreto agosto). Quest’ultimo, in particolare, ha esteso anche alle concessioni lacuali e fluviali quanto disposto dalla legge finanziaria per il 2019.

(9) Vale a dire la già ricordata sentenza Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 1321/2020, v. nota n. 1, *retro*.

(10) Così Tar Lecce, sez. I, n. 73/2021, punto IX della parte in diritto.

(11) Così al punto XIII della parte in diritto della sentenza in parola, dove il collegio prosegue rimarcando “la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è *self-executing* e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la c.d. disapplicazione in evidente mera violazione della legge (disapplicazione in senso assoluto)”.

(12) Si v. ad esempio quanto affermato dal Tar Catania, sez. III, n. 504/2021 a p. 12 ss. e poi spec. a p. 15.

(13) Vale a dire la sopra richiamata sentenza *Promoimpresa s.r.l.*, ove si legge infatti: “d’altronde, come ripetutamente affermato anche dalla giurisprudenza interna, le statuizioni della Corte di giustizia, che chiariscono il significato e la portata della norma del diritto dell’Unione europea, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, in quanto aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione”.

CONSIGLIO DI STATO

Entrambe le pronunce di prime cure sono state impugnate in appello, rispettivamente, dinanzi al Consiglio di Stato e al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia. Attesi tuttavia, da un lato, il divario esistente tra le soluzioni espresse dai due giudici di prima istanza e, dall'altro lato, il seguito *medio tempore* registrato dall'orientamento del Tar Lecce (14), nel mese di maggio 2021 il Presidente del Consiglio di Stato — con il decreto n. 160 — ha deciso di deferire d'ufficio la questione all'Adunanza plenaria (15).

3. Per vero, provando a leggere tra le righe del poc'anzi richiamato decreto, non sembra affatto da escludersi come, più che il contrasto giurisprudenziale in sé, sia stato soprattutto il progressivo prendere corpo — a partire dalla già più volte citata sentenza n. 1321/2020 — dell'orientamento prospettato dal giudice pugliese a far emergere con una certa urgenza l'esigenza di un intervento di portata nomofilattica (16).

Ciò in quanto, al di là della soluzione offerta al caso di specie, tale orientamento è parso voler arrivare a mettere in aperta discussione i principi che regolano i rapporti tra ordinamento interno e diritto europeo e, ovviamente, tra le rispettive fonti (17). Nonché, di conseguenza, a mettere in discussione anche le regole che oramai da molti anni informano il trattamento spettante al provvedimento amministrativo c.d. antieuropeo nell'ambito dell'ordinamento nazionale (18).

Infatti, sovvertendo uno dei precipitati dell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinario

464

(14) Solo nei primi mesi del 2021 in senso adesivo rispetto all'orientamento espresso dal Tar Lecce con la già richiamata sentenza n. 1321/2020, oltre alla poc'anzi citata pronuncia dello stesso giudice n. 73/2021, si v. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021 nn. 71, 72, 74 e 75. Ancora, si v. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 1 febbraio 2021 n. 155, 156, 160, 161, 164; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 23 aprile 2021, n. 231; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 26 aprile 2021, n. 768.

(15) Si v. il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 24 maggio 2021 n. 160, adottato ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a.

(16) In ordine alla portata delle pronunce dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato si v., per tutti, S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019, *passim* e spec. 63, dove l'A. osserva: "il potere di nomofilachia è apparso come forte antidoto all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica. La nomofilachia è negli intenti delle recenti riforme una declinazione del principio di certezza del diritto come prevedibilità delle decisioni giudiziarie che garantisce il legittimo affidamento dei cittadini e delle imprese, aumenta la credibilità dell'istituzione giudiziaria e riduce la conflittualità sociale".

(17) Al riguardo, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 170 ss.

(18) Sul tema del provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione Europea e del relativo regime giuridico, salvo gli ulteriori riferimenti bibliografici di cui si darà conto *infra*, si v. specialmente i contributi di M. P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 477; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, *ivi*, 2008, 505; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, spec. 81 ss.; G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, cit., 1392 ss.; M. RAMAJOLI - R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, 283 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 446 ss., nonché dal punto di vista dello studioso del diritto europeo G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 747.

invalso a seguito della sentenza *Granital* del 1984 (19), il giudice pugliese — sin dalla pronuncia n. 1321/2020 — ha radicalmente escluso che il funzionario amministrativo abbia, non solo il dovere, ma persino il mero potere di non applicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo (20). E tanto finanche quando, come nel caso di specie, la contrarietà della norma in questione al diritto sovranazionale sia stata acclarata da una sentenza della Corte di giustizia emessa in esito ad un rinvio pregiudiziale di interpretazione (21). Vale a dire una sentenza che — secondo opinione unanime — reca valenza *erga omnes* e, come tale, non vincola solo il giudice *a quo*, ma “deve essere considerata

(19) C. cost., 8 giugno 1984, n. 170, per un commento alla quale si v. — ad es. — G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. cost.*, 1985, 1222 e G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1984, 263. Ha sottolineato tra i primi l'influenza che la pronuncia in parola ha avuto in ordine alla definizione, per via innanzitutto giurisprudenziale, dello statuto giuridico del provvedimento amministrativo antieuropeo R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1989, III, 149 ss. e spec. 158 (nota a Tar Marche, 16 gennaio 1986, n. 1). Sostanzialmente, la soluzione che — a seguito di tale sentenza — si è affermata in ordine al problema del provvedimento antieuropeo è consistita (*rectius*, consiste) nel ritenere lo stesso illegittimo per violazione di legge e, come tale, annullabile dal giudice amministrativo, previa disapplicazione da parte di quest'ultimo della norma interna in contrasto con il diritto europeo. A tale “schema” si legano inoltre quali corollari, da un lato, il dovere del funzionario pubblico di non applicare (*ex ante*) la norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione e, dall'altro lato, il potere/dovere dello stesso di rimuovere (*ex post*) dall'ordinamento l'eventuale provvedimento amministrativo antieuropeo mediante il ricorso ai c.d. poteri di secondo grado. In giurisprudenza, si v. già Tar Trentino Alto Adige, Trento, 30 giugno 1987, n. 221, in ordine alla quale R. ROSSOLINI, *Diritto comunitario e obbligo di riserva di forniture e lavorazioni a favore delle imprese ubicate nel mezzogiorno*, in *Dir. scambi internaz.*, 1988, 138 e poi soprattutto Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003 n. 35, per un commento alla quale P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza “conservativa” e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, 547.

Infine, sui seguiti della sentenza *Granital* in punto di rapporti tra Corti, si v. spec. A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 2007, nonché ancor più di recente C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1.

(20) A p. 12 della sentenza in discorso, il Tar Lecce ha infatti affermato che il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa “non appare [...] condivisibile quanto all'accennato obbligo posto a carico dell'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, ritenendosi viceversa tal attività riservata solo ed esclusivamente al giudice”. Ciò in quanto — tra le altre cose — “la disapplicazione di una norma di legge costituisce il risultato di un'attività di interpretazione abrogativa” non consentita alla pubblica amministrazione.

(21) Nella specie si trattava della già richiamata sentenza *Promoimpresa s.r.l.*. A p. 9 della sentenza del Tar Lecce in parola si legge infatti che “le sentenze della Corte di giustizia non sono quindi sussumibili tecnicamente tra le fonti del diritto e il riconosciuto effetto vincolante risulta circoscritto alle sole sentenze interpretative del diritto unionale [...]”. Inoltre, con specifico riferimento alla sentenza *Promoimpresa s.r.l.*, a p. 10 ss. il collegio ha affermato che “non può invece riconoscersi natura interpretativa vincolante ad una relativamente recente pronuncia della Corte di giustizia nella quale risulta affermato il principio secondo cui la prevalenza della norma unionale su quella nazionale comporterebbe l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello Stato membro “in tutte le sue articolazioni” ovvero sia da parte del giudice che da parte dell'amministrazione”.

CONSIGLIO DI STATO

anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata, proprio perché si pronuncia su punti di diritto" (22).

A riprova di quanto appena affermato, basti osservare come i quesiti sottoposti all'esame dell'Adunanza Plenaria non abbiano riguardato direttamente — se non in minima parte — la disciplina giuridica applicabile alle concessioni balneari *tout court* intesa, bensì i poteri spettanti all'amministrazione qualora la fattispecie soggetta alla propria azione sia regolata da una norma interna in contrasto con il diritto europeo.

Infatti, con il primo quesito è stato chiesto all'Adunanza plenaria di chiarire "se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro [...] nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva".

In secondo luogo, e subordinatamente ad una risposta affermativa in ordine al quesito che precede, il supremo consesso è stato invitato a pronunciarsi sul "se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio".

Da ultimo, l'Adunanza plenaria è stata sollecitata ad esprimersi in ordine alla portata da ascrivere all'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34/2020 (c.d. decreto rilancio), con il quale il legislatore — in piena crisi pandemica e, dunque, nell'asserito intento di offrire un sostegno al settore turistico — ha disposto sostanzialmente il divieto di avvio o, se del caso, di prosecuzione delle gare per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (23).

(22) Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 347. In giurisprudenza si v., ad es., C. cost., 23 aprile 1985, n. 113; 18 aprile 1991, n. 168 e 13 luglio 2007, n. 284.

Ex multis, sul rinvio pregiudiziale e sul ruolo da questo giocato nell'ambito del dialogo tra le Corti dal punto di vista del diritto amministrativo, si v. in particolare A. BARONE, *The European "nomofilachia" network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 315 e S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 958.

(23) L'articolo in parola è rubricato "Ulteriori misure di sostegno per il settore turistico" e al suo comma secondo dispone: "In riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da Covid-19 nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 34 del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati. Le disposizioni del presente comma non si applicano in riferimento ai beni che non hanno formato oggetto di titolo concessorio, né quando la riacquisizione dell'area e delle relative

In sostanza, e come anticipato, dal tenore letterale dei quesiti in discorso si evince chiaramente come questi, pur presupponendo necessariamente una riflessione in ordine alla compatibilità o meno con il diritto europeo della disciplina nazionale in materia di concessioni balneari, siano stati formulati in modo tale da sollecitare una presa di posizione da parte dell'Adunanza plenaria innanzitutto in merito all'orientamento da ultimo espresso dal Tar Lecce in punto di rapporti tra diritto interno e diritto europeo. E tanto verosimilmente al fine ultimo di non alimentare il disordine che, anche per altre vie (24), da qualche tempo sembra (aver ripreso a) connotare la giurisprudenza tutta

pertinenze è conseguenza dell'annullamento o della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto del concessionario" (corsivo aggiunto).

(24) Il riferimento è qui specialmente a Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, con la quale il giudice di Piazza Cavour ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia al fine di ottenere da questa un chiarimento circa il se nel concetto di "motivi di giurisdizione" ex art. 111, comma 8, Cost. rientri oggi anche il mancato rispetto del diritto europeo. O meglio, se l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza possa configurare un "motivo di giurisdizione" atto a legittimare la ricorribilità in Cassazione avverso la pronuncia del Consiglio di Stato. Dal che, ovviamente, deriverebbe (*rectius*, sarebbe derivato) un tanto evidente quanto potenzialmente sconfinato ampliamento delle ipotesi di ricorribilità in Cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo. Mentre questo articolo andava in stampa, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione con la sentenza C. giust. UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia SpA*, sostanzialmente destituendo di ogni fondamento la rilettura dei "motivi di giurisdizione" prospettata dalla Corte di cassazione. Per un commento a tale sentenza, si v. R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *SIDIBlog*, 21 gennaio 2022 e M. P. CHITI, *Un conflitto tra i giudici supremi italiani deciso dalla Corte di giustizia: "tutti gabbati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 225. Mentre, per un commento alla citata ordinanza della Corte di cassazione, si v. specialmente A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 65; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, *ivi*, 2020, 675; A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, *ivi*, 2021, 1, 31; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, 3415. *Ex multis*, dal punto di vista di studiosi di altre discipline si v. R. BIN, *È scoppiata la "terza guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 32/2020 e E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come "motivo di giurisdizione"*, in *Foro it.*, 2020, I, 3419.

Ancora, con specifico riguardo all'obbligo per il giudice di ultima istanza di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (art. 267, par. 3, TFUE), si v. per tutti G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 336 ss.. Mentre, con riguardo alla opportunità di rivedere le condizioni — fissate dalla stessa Corte di Lussemburgo a partire dalla nota sentenza C. giust. CE, 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit* — cui soggiace tale obbligo, si v. — da ultimo — le conclusioni dell'Avv. Generale Bobek in causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. vs. Rete Ferroviaria italiana S.p.A.*, e la soluzione poi sposata dalla Corte di giustizia nella sentenza relativa alla medesima vicenda processuale (*i.e.* C. giust. UE, Grande sezione, 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. vs. Rete Ferroviaria italiana S.p.A.*). Per un commento tanto alle Conclusioni dell'Avv. Generale Bobek, quanto alla sentenza della Corte di Lussemburgo si v., rispettivamente, G. TULUMELLO, *Sui presupposti dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un'esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021 e ID., *Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021.

CONSIGLIO DI STATO

quanto ai rapporti tra ordinamenti (25), con inevitabili ripercussioni sulla tenuta di quel dialogo tra le Corti tanto faticosamente costruito negli anni (26).

4. Orbene — come poc'anzi accennato — al fine di rispondere ai questi sopra richiamati, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha necessariamente dovuto prendere le mosse da una riflessione preliminare circa la compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale che regola il rilascio e il rinnovo delle concessioni balneari (27).

All'esito di una articolata riflessione in ordine alla *ratio* e agli obiettivi che animano gli artt. 49 TFUE (28) e 12 della direttiva 2006/123/CE (29) — il cui esame *funditus* esorbita tuttavia dal perimetro di questo commento —, il collegio ha potuto dunque concludere nel senso che “il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità [con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva servizi] della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere” (30). Vale a dire, l'art. 1, commi 682 ss., della l. n. 145 del 2018 (*i.e.* legge finanziaria per il 2019) e il successivo art. 100, comma 1, del d.l. n. 104 del 2020 (*i.e.* decreto agosto), che ha esteso anche alle concessioni lacuali e fluviali la disciplina prevista dalla Legge finanziaria per il 2019 (*i.e.* proroga delle stesse al 1 gennaio 2034) (31).

(25) Il pensiero corre qui necessariamente anche a C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269, per un commento alla quale si v. i contributi di A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quad. cost.*, 2/2018, 1; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018, 1; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, 240; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 e D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2018, 1.

Ex multis, si ricordano a seguire: C. cost., 21 febbraio 2019, n. 20; 21 marzo 2019, n. 63; 10 maggio 2019, n. 112; ord. 10 maggio 2019, n. 117.

(26) Con specifico riferimento all'impatto su detto dialogo dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2019 si v. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 1 ss. e A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consultaonline*, 2019, 242.

(27) Par. 11 e ss. delle sentenze in commento.

(28) Par. 15 e ss. delle sentenze in commento.

(29) Par. 17 e ss. delle sentenze in commento.

(30) Par. 14 delle sentenze in commento. Sia consentito tuttavia precisare come la proroga disposta dalla legge finanziaria per il 2019 sia fino al 1 gennaio 2034.

(31) L'art. 100 del c.d. decreto agosto è infatti rubricato “Concessioni del demanio marittimo, lacuale e fluviale” e al suo comma 1 reca testualmente: “le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018 n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la

Nell'argomentare tale assunto, i giudici di Palazzo Spada hanno mostrato di condividere pressoché totalmente — e salvo talune ulteriori precisazioni di tenore non di meno conforme e finanche più severo (32) — quanto già a suo tempo rilevato dalla Corte di giustizia in occasione della nota sentenza *Promoimpresa* (33).

Il che pertanto ha consentito al collegio, per un verso, di dare conto delle ragioni alla base della mancata proposizione di un (nuovo) rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo (34) e, per altro verso, di risolvere immediatamente il terzo dei quesiti sottoposti al suo esame nel senso della pari contrarietà con l'art. 49 TFEU e con l'art. 12 della direttiva servizi anche dell'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 (35). Nonché — ha aggiunto da ultimo il supremo consesso con un inciso che suona come un chiaro monito rivolto al legislatore — della contrarietà con tali norme di derivazione europea anche “delle norme legislative nazionali [...] che in futuro dovessero ancora disporre la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative [...]” (36).

realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”.

(32) Il riferimento è essenzialmente a quanto osservato dall'Adunanza plenaria con riguardo innanzitutto al concetto di interesse transfrontaliero. Si v. in proposito par. 15 ss. e specialmente il par. 16, dove si legge: “non vi è dubbio [...] che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica *presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo [...]*” (corsivo aggiunto). Ancora, si v. le considerazioni espresse con riguardo al concetto di scarsità della risorsa al par. 25, dove — all'esito di un articolato ragionamento — è possibile leggere: “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 già raggiunto il — o si è molto vicini al — tetto massimo di aree suscettibile di essere dato in concessione” (corsivo aggiunto). In dottrina, in senso conforme, A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2021, 232 e spec. 234.

(33) Così già al par. 12 delle sentenze in commento e successivamente in molti altri passaggi.

(34) Si v. par. 29, dove il collegio ha spiegato la decisione di non rinviare la questione alla Corte di giustizia (come invece richiesto da alcune delle parti in causa) sulla base dell'assunto per cui “la questione controversa è stata [...] già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo sia di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del Tar Lecce (...)”. In ordine all'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo da parte del giudice nazionale di ultima istanza si v. quanto già riportato nella nota n. 24, *retro*.

(35) Si v. par. 28 delle sentenze in commento, dove — tra le altre cose — si legge: “[...] anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria del tutto analoghi a quelli fino ad ora evidenziati. Non è infatti seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al « contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica »”.

(36) Si v. par. 51 punto n. 1 delle sentenze in commento. Corsivo aggiunto. Appare evidente che, con tale inciso, il collegio ha voluto esortare il legislatore a porre fine una volta per tutte alla, oramai lungamente invalsa, prassi delle proroghe *ex lege*. *Amplius* sul punto —

4.1. Chiarita la contrarietà con il diritto europeo della disciplina nazionale in materia di concessioni balneari, l'Adunanza plenaria si è potuta pertanto dedicare alla disamina “dei quesiti concernenti le conseguenze di tale contrasto normativo” (37). Il che — come si dirà meglio tra breve — ha permesso al collegio di fissare (e in taluni casi ribadire) dei principi di diritto che, andando ben al di là del singolo caso di specie, paiono atti ad offrire delle coordinate quanto ai rapporti tra ordinamento interno e diritto europeo, nonché quanto al trattamento giuridico da riservare al provvedimento amministrativo antieuropeo.

La prima questione presa in esame dai giudici di Palazzo Spada ha riguardato l'an del generale dovere anche per il funzionario amministrativo di non applicare (*i.e.* disapplicare) una norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione, compresa l'ipotesi in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing* (38).

Sul punto il collegio, per vero nulla innovando, si è limitato a ribadire innanzitutto quello che oramai da molto tempo costituisce un “approdo [...] consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale” (39). Vale a dire, il fatto che tutte le articolazioni dello Stato, compresa ovviamente la pubblica amministrazione e i suoi funzionari, sono tenuti ad applicare il diritto dell'Unione se del caso non applicando (*i.e.* disapplicando) la norma interna che con quello si ponga in contrasto (40).

In altri termini, a giudizio dell'Adunanza plenaria non sussiste — almeno non a

se si vuole — C. FELIZIANI, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e giurisprudenza amministrativa*, cit., spec. par. IV.

(37) Così testualmente al par. 30 delle sentenze in commento.

(38) Par. 31 ss. delle sentenze in commento. In dottrina, con riguardo al concetto di direttiva *self-executing* si v. per tutti G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 153 ss., nonché M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 192 ss. e spec. 193, dove si legge: “le mutate caratteristiche delle direttive [nel senso del loro essere sempre più dettagliate] ne hanno accentuato la rilevanza per la pubblica amministrazione e per il diritto amministrativo. Oltre al loro oggetto, assai spesso di carattere amministrativo, il carattere autoapplicativo che può essere loro proprio ne fa il parametro della legittimità dell'azione delle pubbliche amministrazioni nazionali; ciò avviene anche per le direttive non ancora trasposte, a certe condizioni”. In giurisprudenza, si v. già C. giust. CE, 4 dicembre 1974, in causa C-41/74, *Duyn*.

(39) Par. 32 delle sentenze in commento.

(40) Sul punto, quanto alla giurisprudenza di Lussemburgo, si v. in particolare C. giust. CE, 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo* e Id., sez. IV, 24 maggio 2012, in causa C-97/11, *Amia*. Nell'ambito della giurisprudenza interna si v., ad es., C. cost., 21 aprile 1989, n. 232; 11 luglio 1989, n. 389; Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 30 giugno 1987, n. 221; Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n. 452; sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3072.

In proposito, oltre al già richiamato contributo di M. C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, cit., 35, si v. G. TULUMELLO, (voce) *Disapplicazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1986, il quale osserva: “la disapplicazione delle leggi (statali e regionali) contrastanti con norme comunitarie, è [...] il meccanismo in base al quale la giurisprudenza costituzionale [...], dopo quella comunitaria, risolve il problema delle antinomie fra norme interne e norme comunitarie. L'istituto della disapplicazione opera qui nel senso di *imporre* al giudice, ed *alle pubbliche amministrazioni* (C. cost. n. 389/1989), di assegnare preferenza, in caso di contrasto con una norma interna, alla norma comunitaria posta da un regolamento, o da una direttiva autoapplicativa (C. cost. n. 168/1991), nonché alle statuizioni contenute nelle sentenze interpretative (C. cost. n. 113/1985) e di condanna (C. cost. n. 389/1989) della Corte di giustizia” (corsivo aggiunto).

questi limitati fini — quell'artificioso distinguo tra poteri del giudice e poteri dell'amministrazione su cui il Tar Lecce ha imperniato il proprio ragionamento al fine di escludere il dovere del funzionario pubblico di non applicare la norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione (41).

Il distinguo, infatti, attiene semmai solo al momento temporale in cui la norma interna antieuropea si trova ad essere disapplicata. Né potrebbe essere diversamente. Mentre il giudice è chiamato a fare ciò nel momento in cui, dovendosi pronunciare sulla legittimità del provvedimento amministrativo portato alla sua cognizione, ne riscontra l'illegittimità per contrasto con il diritto europeo (42); il funzionario amministrativo è chiamato a fare ciò — di regola — in un momento antecedente, vale a dire in sede procedimentale all'atto di assumere la decisione in ordine al contenuto del provvedimento medesimo (43). E salvo, s'intende, la possibilità (*rectius*, il dovere) di intervenire su tale provvedimento ancora in un momento successivo alla sua adozione, esercitando i c.d. poteri di secondo grado (44).

Diversamente opinando, ha osservato opportunamente il collegio, si finirebbe per "autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto" (45). In altri termini — si legge poco oltre — si andrebbe ad affidare "di fatto [...] alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva

(41) Si v. già la sentenza n. 1321/2020 p. 12 ss. e spec. p. 17, dove si legge: "risulterebbe del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, si ritenesse viceversa *sic et simpliciter* attribuito in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all'ausilio di tali facoltà (*i.e.* possibilità di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e ricorso incidentale alla Corte costituzionale)". Si v. altresì la sentenza n. 73/2021, p. 22-23.

(42) In proposito, si v. le considerazioni espresse da V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno tra Stato e Regioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 859. In giurisprudenza, lo schema indicato si rintraccia — ad es. — già in Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 200, 3 n. 35; Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3621.

(43) Si v. ancora una volta Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 30 giugno 1987, n. 221, in un passaggio della cui motivazione si legge: "è pacifico che la U.S.L. resistente in questa sede, di fatto non abbia applicato — consapevolmente o meno — tale normativa nazionale, ma secondo l'orientamento della stessa Corte costituzionale [...] nessuna illegittimità è attribuibile a detta amministrazione per questa disapplicazione, sicché l'atto impugnato deve ritenersi legittimo [...]". In dottrina, in senso adesivo si v. R. ROSSOLINI, *Diritto comunitario e obbligo di riserva di forniture e lavorazioni a favore delle imprese ubicate nel mezzogiorno*, cit., 140.

(44) Oltre a quanto si dirà più diffusamente al par. IV.2, *infra*, si v. già ad es. Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54; sez. V, 18 aprile 1996, n. 447; sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918 e, ancora, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, nonché — nell'ambito della giurisprudenza di primo grado — Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049. In dottrina, si v. ad es. E. CASETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2018, 591 ss.

(45) Par. 32 delle sentenze in commento.

CONSIGLIO DI STATO

[*rectius*, della norma di derivazione europea] andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi [...]” (46).

Non solo. Ampliando di poco l’angolo di visuale, ci si avvede del fatto che si finirebbe altresì per mettere in aperta discussione i ben noti principi del primato e dell’effetto utile del diritto europeo (47). Operazione, quest’ultima, quanto mai ardita giunti a questa fase del processo di integrazione europea, a meno — s’intende — di non voler arrivare a porre in dubbio finanche la stessa ragion d’essere del diritto dell’Unione e il sistema integrato delle fonti del diritto che ne deriva (48).

Deciso evidentemente a fugare in radice tale ultima eventualità, il collegio ha chiarito inoltre come un simile obbligo in capo al funzionario amministrativo non conosca

(46) Par. 35 delle sentenze in commento. In senso conforme in dottrina v. già R. ROSSOLINI, *Diritto comunitario e obbligo di riserva di forniture e lavorazioni a favore delle imprese ubicate nel mezzogiorno*, cit., 140, il quale a proposito del dovere del funzionario pubblico di non applicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo osserva: “ciò, del resto, si impone anche sotto un profilo puramente logico. Infatti, sarebbe inaccettabile considerare lo stesso provvedimento amministrativo, applicativo di una norma interna contrastante con quella comunitaria, legittimo o illegittimo a seconda che si consideri l’operato dell’autorità amministrativa (in ipotesi tenuta ad applicare la norma interna) o del giudice (obbligato a disapplicarla). Vero è, invece, che in tanto il giudice può ritenere legittimo (o illegittimo) il provvedimento amministrativo disapplicativo (od applicativo) della norma interna contrastante con quella comunitaria in quanto anche l’autorità amministrativa sia obbligata a disapplicare tale norma”.

Sulla tendenza, molto in uso nel nostro ordinamento, a demandare al momento processuale quanto invece di spettanza innanzitutto della fase procedimentale, nonché sulle conseguenze di una tale prassi, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in questa *Rivista*, 2019, 758 ss. e spec. 793 ss.

(47) Principi, questi, la cui esigenza di garanzia invece è avvertita come tanto necessaria da spingere la Corte di giustizia persino a limitare il principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri. Si v., ad es., già C. giust. CE, sez. V, 21 settembre 1983, in cause C-205 e 215/82, *Deutsche Milchkontr GmbH et A. vs. Repubblica federale di Germania*; Id, 20 marzo 1997, in causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz vs. Alcan Deutschland GmbH*; Id, 19 settembre 2000, in causa C-336/99, *Republik Österreich vs. Martin Huber*; Id, sez. V, 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Delena Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and Regions*. In argomento, si v. ad es. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss. e spec. 29; J. SCHWARZE, *Administrative Law under European Influence: on the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, London, 1996, *passim*, nonché *amplius* — se si vuole — C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici*, Napoli, 2018, spec. 91 ss..

(48) Per una panoramica del sistema integrato delle fonti, si v. — per tutti — D. U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 91 ss. e spec. 130 ss. Hanno evidenziato come la risposta che si intende dare al problema del provvedimento amministrativo antieuropeo e alle altre questioni che ad esso si legano, tra cui ovviamente anche quella in esame, dipenda innanzitutto dalla prospettiva che si sceglie di assumere quanto ai rapporti tra ordinamento interno e Unione europea, G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell’atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l’applicazione del diritto dell’UE*, cit., 1393 ss. e S. VALAGUZZA, *Sull’impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l’incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in questa *Rivista*, 2005, 1112.

eccezione alcuna, neppure nell'ipotesi in cui la fonte normativa europea sia costituita da una direttiva *self-executing*, qual è nella specie — diversamente da quanto sostenuto dal Tar Lecce (49) — la direttiva servizi (50).

La ragione è molto semplice e, anche questa volta, pienamente condivisibile: escludere il dovere del funzionario amministrativo di non applicare la norma interna in contrasto con una direttiva *self-executing* “si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive autoesecutive e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme UE direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della P.A.” (51).

Ad ulteriore supporto di quanto precede deve poi aggiungersi un dato che, pur non essendo stato particolarmente valorizzato dall'Adunanza plenaria ai fini in discorso, riveste tuttavia un rilievo tutt'altro che secondario. Vale a dire, la circostanza per cui nel caso di specie nessuna attività interpretativa in senso proprio poteva ritenersi concretamente rimessa al funzionario amministrativo, atteso che il contrasto con il diritto europeo della disciplina nazionale in materia di concessioni balneari era già stato acclarato dalla Corte di giustizia con una sentenza emessa all'esito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione (52). Sentenza che, come già ricordato nelle pagine che precedono, può a pieno titolo considerarsi fonte del diritto, giacché reca “la stessa efficacia vincolante delle

(49) Già nella sentenza capofila, la n. 1321/2020, la terza sezione del Tar Lecce provava ed evidenziare quelle che — a suo dire — sono le peculiarità delle direttive c.d. autoesecutive (p. 8). Nelle pronunce successive, la questione è stata poi ripresa ed ulteriormente sviluppata: si v. — ad es. — p. 12 ss. della sentenza n. 71/2021, nonché p. 12 ss. della sentenza n. 73/2021. Qui, in particolare, a p. 25 il collegio esclude radicalmente che la direttiva servizi sia *self-executing* giacché — si legge nella sentenza — tale direttiva “non possiede i requisiti oggettivi dell'auto-esecutività e non è pertanto — per quanto di seguito evidenziato — immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione”.

(50) Par. 34.1 delle sentenze in commento.

(51) Par. 34.2 delle sentenze in commento.

(52) A nulla rilevando — si precisa — in senso contrario la circostanza che nella causa *Promoimpresa s.r.l.*, la norma interna che veniva in rilievo fosse l'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25, (c.d. decreto Milleproroghe) come modificato dall'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n.179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, (c.d. decreto sviluppo *bis*). E ciò in quanto il tenore di tale articolo era nella sostanza analogo a quello dell'art. 1, comma 682, l. n. 145 del 2018. Le norme in discorso si pongono infatti in rapporto di stretta identità dal punto di vista concettuale, oltre che di continuità sotto il profilo temporale, avendo tutte disposto la proroga *ex lege* delle concessioni balneari. Prassi, questa ultima, alla quale — ha osservato una volta per tutte la Corte di giustizia, pronunciandosi nella causa *Promoimpresa s.r.l.* — ostano gli artt. 49 TFUE e 12 della direttiva servizi. È proprio sulla scorta di tale identità, del resto, che l'Adunanza plenaria ha potuto escludere, non solo la necessità, ma finanche la mera opportunità di proporre un nuovo rinvio pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia (v. quanto osservato al par. IV, *retro*, nonché al par. 29 delle sentenze in commento). In questo senso, infine, anche la lettera di costituzione in mora con cui la Commissione europea nel dicembre 2020 ha aperto una seconda procedura di infrazione nei riguardi del nostro Paese. *Amplius*, sul punto, C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, cit., spec. 261, la quale scrive: “con la lettera di messa in mora, la guardiania dei Trattati ha contestato tanto la legislazione che aveva già fatto oggetto della sentenza *Promoimpresa* (v., *supra*, par. II e III) quanto la legislazione adottata dopo tale sentenza (*supra*, in questo par.)”.

CONSIGLIO DI STATO

disposizioni interpretate” (53) e per tale ragione è suscettibile di esplicitare i propri effetti anche ben oltre il singolo “contesto processuale che l’ha provocata” (54).

Il riferimento è qui ancora una volta alla pronuncia resa dalla Corte di Lussemburgo nella causa *Promoimpresa s.r.l.*, sulla cui rilevanza nella materia *de qua*, anche rispetto all’operato del funzionario pubblico, la giurisprudenza amministrativa si era peraltro già inequivocabilmente espressa. Contrariamente a quanto sostenuto dal Tar Lecce (55), infatti, nel 2019 la VI sezione del Consiglio di Stato aveva affermato che “le statuizioni della Corte di giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell’Unione, possono e *devono* essere applicate anche a *casi diversi* rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte” (56). Inoltre, e per quanto maggiormente rileva ai presenti fini, poco oltre il collegio ricordava anche che — secondo un principio oramai consolidato — “la disapplicazione (*i.e.* non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto euro-unitario, *a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE*, costituisce un *obbligo* per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, *anche per l’apparato amministrativo e per i suoi funzionari*” (57).

4.2. Se — come si è avuto modo di vedere nel paragrafo che precede — la soluzione offerta al primo quesito si colloca nel segno di una sostanziale continuità con il consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinario, il principio di diritto che

474

(53) Così testualmente le sentenze in commento al par. 44, dove tra le altre cose il collegio richiama il proprio precedente Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016 n. 11, per un commento alla quale si v. N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un’occasione sprecata dall’Adunanza Plenaria*, in questa *Rivista*, 2016, 1169, spec. Par. IV.

(54) Si v. ancora G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 347, nonché G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forma di produzione normativa*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2004, 2, 251 e più di recente M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Id.* (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 521, dove l’A. scrive: “il carattere interpretativo delle sentenze della Corte [di giustizia] assunte su rinvio pregiudiziale e la natura vincolante delle disposizioni interpretate fanno sì che la statuizione interpretativa assunta non abbia un valore limitato al caso che l’ha originata, e dunque essa varrà in ogni altro caso, giurisdizionale od amministrativo, in cui il medesimo atto risulti applicabile” (corsivo aggiunto). E, ancora, poco oltre: “l’interpretazione assunta con tale procedura chiarisce e precisa il significato e la portata della norma [interpretata], quale *deve*, o *avrebbe dovuto*, [o *dovrà*] essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore” (corsivi aggiunti). Di qui pertanto l’efficacia, di regola, *ex tunc* di tali sentenze.

(55) Si v. la sentenza n. 1321/2020 a pag. 9 e poi ancora a pagg. 10-11. Ancora, si v. la sentenza n. 73/2021 pagg. 15-17.

(56) Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, par. 14. Corsivo aggiunto. Riferimenti a tale pronuncia in S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, 625 e spec. 626 ss.

(57) Ancora par. 14 della sentenza richiamata alla nota che precede. Corsivo aggiunto. A chiusura di tale passaggio motivazionale peraltro il collegio concludeva affermando che “qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall’ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta”. *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342.

l'Adunanza Plenaria ha espresso in relazione al secondo dei quesiti sottoposti al suo esame presenta invece alcuni interessanti elementi di originalità rispetto alla pregressa giurisprudenza in materia.

Nel dettaglio — si ricorda nuovamente —, al supremo consesso è stato chiesto di chiarire “se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea [...], nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio” (58).

In proposito, è d'uopo innanzitutto rammentare che la possibilità per l'amministrazione di ricorrere allo strumento dell'annullamento d'ufficio (59) può essere considerata — al pari, si è visto, della disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto europeo (60) — un corollario della risposta che la giurisprudenza maggioritaria, confortata da ampia parte della dottrina (61), a far data all'incirca dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso ha ritenuto di offrire al problema del provvedimento amministrativo antieuropeo (62).

Infatti, se in sede giurisdizionale lo schema oramai consolidato ruota attorno all'illegittimità per violazione di legge con conseguente annullamento del provvedimento *sub iudice*, previa disapplicazione (da parte dello stesso giudice) della norma interna in contrasto con il diritto europeo; in sede amministrativa a venire in rilievo sono i poteri c.d. di secondo grado e, in specie, il potere di annullamento d'ufficio del provvedimento antieuropeo (63).

Inoltre, benché nelle sentenze in commento l'Adunanza plenaria sembri essere di

(58) Par. 39 delle sentenze in commento.

(59) L'istituto in parola, come noto, è disciplinato oggi nell'ordinamento interno dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 s.m.i.. Tale articolo, oltre a costituire il fondamento normativo dell'annullamento d'ufficio, individua — tra le altre cose — anche i presupposti per il suo esercizio. Tali sono innanzitutto l'illegittimità del provvedimento di primo grado ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241/1990, nonché “l'esistenza di un interesse pubblico che richieda l'annullamento, interesse che deve essere attuale [...] e specifico [...]» (R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 629). Dal che la dottrina maggioritaria ricava la natura, di principio, discrezionale del potere di annullamento d'ufficio. In tal senso, si v. specialmente G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 341 e G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Padova, 2020, 167. Non manca tuttavia chi, pur accedendo alla tesi della discrezionalità del potere in questione, sottolinea l'esistenza di “indizi che sembrano spingere l'istituto verso il lido della doverosità/vincolatezza”, specie quando — come nel caso qui in esame — ci si confronti con il diritto europeo (E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2018, 591 e ss.).

(60) Si v. quanto osservato *amplius* al par. IV.1 che precede, nonché alla nota n. 19, *retro*.

(61) In senso adesivo rispetto all'indirizzo giurisprudenziale largamente invalso, si v. spec. G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit., 505 ss. e più di recente R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 1295.

(62) Vale a dire, si ribadisce, la tesi della annullabilità per violazione di legge del provvedimento antieuropeo. In tal senso, si v. innanzitutto le già richiamate sentenze Tar Marche, n. 1/1986; Tar Trentino Alto Adige, Trento, n. 221/1987; Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, nonché — tra le molte — le successive Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; 15 febbraio 2012, n. 750; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 23 dicembre 2014, n. 1295.

(63) Oltre ai riferimenti di cui alla nota n. 59, *retro*, in ordine ai poteri di secondo grado e, in particolare, in ordine all'istituto dell'annullamento d'ufficio, anche nella prospettiva del diritto europeo, si v. i recenti contributi di M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela*

CONSIGLIO DI STATO

diverso avviso (64), va altresì detto che — al fine di assicurare il pieno rispetto dei principi del primato e dell'effetto utile del diritto europeo — il ricorso all'autotutela finisce in alcuni casi per essere configurato da ampia parte della giurisprudenza, tanto europea (65) quanto nazionale (66), come sostanzialmente doveroso (67). Senza peraltro che, nella

alla tutela, Napoli, 2018, *passim* e C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, spec. 262 ss..

(64) Par. 40 delle sentenze in commento, dove il collegio afferma: “[...] è utile ricordare che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto UE di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento risulti conformato da un giudicato”. Poco oltre tuttavia la stessa Adunanza plenaria sembra cadere in contraddizione citando una giurisprudenza europea di segno sostanzialmente contrario (i.e. C. giust. CE, 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz NV*, e Id., Grande sezione, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Willy Kempter KG vs. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*). Sul punto, v. *amplius* quanto osservato al par. V di questo lavoro.

(65) Tra le molte pronunce, senz'altro: C. giust. CE, sez. V, 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Delena Wells vs. Secretary of State for Transport, Local Government and Regions*, in ordine alla quale si v. D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35; C. giust. CE, 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz NV*, per un commento alla quale si v. D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723; C. giust. CE, Grande sezione, 19 settembre 2006, in causa C-422/04, *i-21 Germany*, in merito alla quale si v. B. MARCHETTI, *Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale, ma si sbilancia un pò*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1132; C. giust. CE, Grande sezione, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Willy Kempter KG vs. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, per un commento alla quale si v. F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1527.

(66) Oltre alle sentenze indicate nella nota n. 44, *retro*. Si v., ad es., Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, per un commento alla quale M. DELSIGNORE, *Il ruolo della Pubblica amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 443 (la quale tuttavia mostra di propendere per la tesi della discrezionalità dell'esercizio del potere di autotutela a fronte di un provvedimento antieuropeo) e, più di recente, Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 16 marzo 2021, n. 875.

(67) In dottrina, hanno qualificato come doveroso — a fronte di un provvedimento antieuropeo — l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione, A. BARONE, *nota al parere Cons. Stato, I sez., 9 aprile 1997 n. 372*, in *Foro it.*, 1996, 334; G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, cit., 747 ss.; R. GAROFOLI, *Concessione di lavori: discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio e vincoli comunitari*, in *Urb. app.*, 1998, 1344, nonché M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 516 il quale, a proposito della già citata sentenza Tar Palermo, sez. II, n. 2049/2007, ha osservato come tale pronuncia abbia “riversato il potere di autotutela della pubblica amministrazione in caso di atti illegittimi per contrasto con il diritto comunitario [...]”. In altri termini — prosegue l'A. — “il Tar Sicilia ha individuato la peculiarità dell'autotutela « comunitaria » nella doverosità dell'autotutela, e non solo nella sua possibilità, in tali circostanze, « alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 TCE » [...]”. Più di recente si v. altresì quanto osservato in E. CASETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 595 e B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 379. In senso critico, tuttavia, altra parte della dottrina, tra cui si v. specialmente S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in questa *Rivista*, 2004, 1245, la

prospettiva del giudice di Lussemburgo, a ciò osti — almeno al ricorrere di talune condizioni (68) — neppure l'esistenza di un giudicato con cui sia stata previamente esclusa l'illegittimità del provvedimento medesimo (69).

Nel caso di specie tuttavia i giudici di Palazzo Spada, innovando rispetto alla precedente giurisprudenza in materia (70), hanno mostrato di andare oltre tale questione, ritenendo per converso di dover escludere che nella vicenda portata al loro esame si ponesse propriamente una questione di esercizio di poteri di riesame sui provvedimenti amministrativi di proroga delle concessioni balneari adottati in violazione del diritto europeo.

A parere del collegio, infatti, "l'atto di proroga [è] un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa riconducibile" (71). Ciò si ricaverebbe dalla stessa formulazione letterale dell'art. 1, comma 682, della legge finanziaria per il 2019, la quale non lascia alcun margine di discrezionalità in capo alle amministrazioni competenti giacché lì il legislatore ha stabilito che, nelle more di un riordino complessivo della materia, le concessioni demaniali marittime "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 quindici". Vale a dire, fino al 1 gennaio 2034.

In sostanza, secondo l'Adunanza plenaria, la disposizione appena rammentata integra un'ipotesi di legge-provvedimento (72), la cui caratteristica precipua — come

quale sostanzialmente ha evidenziato come configurare l'autotutela come sempre doverosa (a fronte di un provvedimento antieuropeo) rischi di sacrificare in maniera ingiustificata il legittimo affidamento dei privati.

(68) *Amplius*, D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, cit., spec. 728 ss..

(69) Si v., per tutte, la già richiamata sentenza *Khune & Heitz NV*, spec. par. 28, nonché, in precedenza, C. giust. CE, sez. I, 28 giugno 2001, in causa C-118/00, *Larsy*.

Benché quella della sorte del giudicato non sia questione su cui le pronunce in commento si soffermano *funditus*, è in ogni caso possibile osservare come il rapporto tra diritto europeo e cosa giudicata — inteso ovviamente quale profilo del più generale tema del rapporto tra primato del diritto dell'Unione europea e principio di autonomia procedurale degli Stati membri — sia da tempo al centro del dibattito giuridico. Sul punto, si v. ad es. C. giust. UE, sez. I, 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapfeer*, rispetto alla quale M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 525 ha parlato di "relativizzazione del principio del giudicato" e C. giust. UE, sez. II, 10 luglio 2014, in causa C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari*, per un commento alla quale si v. C. FIGLIOLA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 925. *Ex multis*, in argomento si v. in particolare i contributi di V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in questa *Rivista*, 2018, 646 e — con maggiore attenzione al sistema europeo-convenzionale — A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in questa *Rivista*, 2016, 456.

(70) Si v., ad es., la stessa sentenza *Tar Puglia, Lecce*, I sez., n. 1321/ 2020, ma anche la di poco precedente sentenza Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6472.

(71) Par. 42 delle sentenze in commento.

(72) Sul tema sia sufficiente richiamare, per tutti, il lavoro monografico di S. SPUNTA-RELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, *passim* e il saggio di F. CINTIOLI, *Posizioni*

CONSIGLIO DI STATO

noto — è quella di “non [disporre] in via generale e astratta, ma [di intervenire] su un numero delimitato di situazioni concrete” regolandole come altrimenti farebbe un provvedimento amministrativo (73). Nella specie, si ha infatti che, nel disporre una volta e per tutte la proroga di quindici anni dei rapporti concessori in essere al momento della sua entrata in vigore, l’art. 1, comma 682, della l. n. 145 del 2018 ha dato luogo — si legge nelle sentenze in commento — ad “una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento” (74).

Dunque, se la proroga del rapporto concessorio è stata disposta direttamente dalla legge e se pertanto in capo alle amministrazioni competenti non residuano margini di discrezionalità circa l’*an* della proroga medesima, ecco che — prosegue l’Adunanza plenaria — la pubblica amministrazione non può neppure esercitare alcun potere di riesame in senso proprio, posto che “il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l’autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge” (75).

Si avrà, pertanto, che le proroghe eventualmente disposte saranno, sì, da considerarsi *tamquam non essent*, ma non in virtù del successivo annullamento d’ufficio da parte delle amministrazioni, bensì in ragione del fatto che la legge-provvedimento che le ha disposte — per le ragioni di cui si è detto nelle pagine che precedono — si pone in contrasto con il diritto europeo e, dunque, non avrebbe dovuto essere applicata (76).

Non di meno, all’esito di tale suggestiva argomentazione — sinora inedita, si è detto, nell’ambito della giurisprudenza intervenuta nella materia *de qua* — il collegio si è visto tuttavia costretto a tornare in certa misura sui propri passi per poi virare verso una soluzione che, dal punto di vista pratico, conduce ad un risultato analogo a quello che sarebbe stato ottenuto accedendo *tout court* alla tesi dell’annullamento d’ufficio.

Infatti, non potendo negare “la particolare funzione svolta dall’atto ricognitivo [di proroga] eventualmente adottato dall’Amministrazione”, né tantomeno la rilevanza che esso assume in termini di certezza dei rapporti giuridici (77), l’Adunanza plenaria ha sottolineato l’opportunità che a fronte di un tale provvedimento “l’amministrazione [che

giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e “valore legge”, in questa Rivista, 2001, 33, dove al par. 5.2 viene specificatamente affrontato il tema della legge provvedimento in contrasto con il diritto europeo e delle conseguenze, anche di ordine processuale, che a tale eventualità si legano.

(73) Par. 42 delle sentenze in commento.

(74) Ancora, par. 42 delle sentenze in commento.

(75) Par. 43 delle sentenze in commento.

(76) Così sempre al par. 43 delle sentenze in commento, dove si legge altresì: “sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l’effetto di mancata proroga delle concessioni”. Al successivo par. 45, inoltre, l’Adunanza plenaria afferma: “[...] pertanto, 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 giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna”.

(77) Scrive infatti l’Adunanza plenaria: “tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall’Amministrazione nell’ambito di una società fluida come quella contemporanea” (par. 43).

lo ha emanato] provveda, comunque, a render[ne] pubblica l'inconsistenza [...] e [a] comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto" (78). E tanto anche qualora "sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale" (79), giacché nella specie "il giudicato incide su un rapporto di durata" (80) che, in quanto tale, ben può essere messo in discussione da sopravvenienze normative, quale nella specie viene ritenuta essere la sentenza interpretativa della Corte di giustizia nel caso *Promoimpresa s.r.l.* (81).

Avendo però il collegio scartato — probabilmente, sia consentito osservare, per

(78) Così sempre al par. 43 delle sentenze in commento. Si v. inoltre quanto riportato al successivo par. 45. In dottrina, ha sottolineato il carattere contraddittorio di tale affermazione, rispetto a quanto poco prima sostenuto dallo stesso collegio, P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Dir. soc.*, 2021, 583 e spec. 599.

(79) Par. 44 delle sentenze in commento.

(80) Ancora, par. 44 delle sentenze in commento. In dottrina, circa la diversa efficacia nel tempo che possono avere i provvedimenti amministrativi, si v. per tutti il contributo di S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 241 ss..

(81) *Amplius*, par. 44 delle sentenze in commento, dove si legge testualmente: "la sentenza interpretativa della Corte di giustizia è [...] equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica". E, ancora, "considerato che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato" (corsivo aggiunto). In senso analogo, si v. altresì la recente sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2002, resa nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, spec. p. 7 e 8 dove si legge: "correttamente l'amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato, deve tenere conto del quadro normativo nel quale si inserisce la riedizione del potere occasionata dalla necessità di eseguire il giudicato di un giudice (amministrativo)". Detto quadro — prosegue il collegio — ad oggi "è connotato dalla presa in considerazione dell'efficacia del [contesto] giuridico unionale, ricavabile, [...] dalla nota sentenza Corte UE *Promoimpresa* del 14 luglio 2016 come quadro giuridico che impone la procedura selettiva, ove il comune decida di esternalizzare la gestione degli arenili a fini turistico-ricreativi per la scarsità della ricorso [...]".

A quanto precede, vale inoltre la pena ribadire ulteriormente (v. nota n. 54, *retro*) che tanto la stessa giurisprudenza di Lussemburgo, quanto ampia parte della dottrina evidenziano la portata retroattiva delle sentenze emesse all'esito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione. In questo senso, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia si v., ad es., C. giust. CE, sez. VI, 19 ottobre 1995, in causa C-137/94, *Richardson*; Id., 15 settembre 1998, in causa C-231/96, *Edis c. Ministero delle Finanze*, e Id., sez. I, 3 ottobre 2002, in causa C-347/00, *Barreira Perez*. Mentre in dottrina si v., per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 349, il quale chiarisce che "si tratta di una efficacia *ex tunc*, in quanto la pronuncia definisce la portata della norma dell'Unione così come avrebbe dovuto essere intesa ed applicata fin dal momento della sua entrata in vigore. Ciò vuole dire che l'effetto della sentenza [...] si estende anche a rapporti sorti in epoca precedente alla sentenza stessa, purché non esauriti" e M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 522 ss., il quale sottolinea come la Corte si sia altresì "riservata la possibilità in eccezionali circostanze di limitare il carattere retroattivo delle proprie sentenze pregiudiziali interpretative, in relazione ad esigenze imperative di certezza del diritto riguardanti l'insieme degli interessi in gioco, sia pubblici che privati".

CONSIGLIO DI STATO

ragioni più di politica del diritto che giuridiche in senso stretto (82) — l'opzione dell'annullamento d'ufficio, resta allo stato irrisolto il dubbio circa il come (i.e. con quale tipo di atto) — a parere dell'Adunanza plenaria — l'amministrazione debba materialmente provvedere a rendere nota all'oramai ex concessionario "l'inconsistenza" del provvedimento ricognitivo di proroga della concessione di cui lo stesso era titolare.

4.3. A questo punto, avendo l'Adunanza plenaria risposto a tutti e tre i quesiti sottoposti al proprio esame, la questione avrebbe potuto considerarsi chiusa. Il collegio, tuttavia, ha ritenuto di doversi spingere ancora oltre ed affermare un ulteriore principio di diritto a proposito degli effetti nel tempo delle sentenze in commento.

Poiché infatti — come si è avuto modo di dire nel paragrafo che precede — dalla soluzione offerta al secondo quesito discende che tutte le proroghe disposte in forza dell'art. 1, comma 682, della l. n. 145 del 2018 — essendo tale norma in contrasto con il diritto europeo e, dunque, inapplicabile — sono (sarebbero) da considerarsi *tamquam non essent*, il collegio ha ritenuto di dover tenere in debita considerazione la situazione di fatto che si sarebbe venuta a creare qualora le sentenze in discorso avessero preso a produrre immediatamente i propri effetti in *parte qua*.

Al riguardo, pienamente "consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione [della norma interna contrastante con il diritto europeo] può comportare", l'Adunanza plenaria ha osservato che la situazione di incertezza normativa ed amministrativa allo stato già esistente "sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto [...]" (83).

Di tal che, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto opportuno "modulare gli effetti temporali della propria decisione" (84) e, conseguentemente, hanno stabilito che i rapporti concessori in essere — la cui durata è stata prorogata in applicazione dell'art. 1, comma 682, della l. n. 145/2018 — conservano i propri effetti fino alla data del 31 dicembre 2023. Viceversa, "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" (85).

Da questo punto di vista, dunque, le sentenze in commento mostrano di inserirsi in

(82) La soluzione di aver "imputato" la proroga non ai singoli provvedimenti amministrativi, bensì direttamente alla legge (i.e. legge - provvedimento), sembra infatti rispondere, per un verso, all'intento di ammonire il legislatore affinché ponga finalmente fine alla reiterata previsione delle proroghe *ex lege* (in questo senso v. anche il par. 48 e il par. 51.1 delle sentenze in commento) e, per altro verso, sembra intesa a raggiungere l'obiettivo di una maggiore certezza dal punto di vista della prassi amministrativa e giudiziaria. Impressione, questa, avvalorata peraltro dal terzo principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, ossia dalla scelta di tenere in vita fino al 31 dicembre 2023 le proroghe *medio tempore* accordate. Sul punto v. *amplius* le considerazioni di cui al par. 4.3 di questo lavoro.

(83) Par. 46 delle sentenze in commento.

(84) Par. 47 delle sentenze in commento.

(85) Par. 48 delle sentenze in commento, dove il collegio ha avuto altresì cura di specificare che "eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere".

senso adesivo nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale (86) incline a ritenere che, a fronte di esigenze (ritenute) superiori — qual è, nella specie, la certezza dei rapporti giuridici (87) —, il giudice amministrativo possa modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce (88) sì da evitare, o quanto meno contenere, il prodursi di vuoti normativi e in ogni caso l'inverarsi di conseguenze pregiudizievoli per le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio.

Si tratterebbe — stando alle argomentazioni addotte in giurisprudenza a suffragio di simile ricostruzione, anche con specifico riguardo alle sentenze dell'Adunanza plenaria — di una possibilità analoga a quella che l'art. 264, par. 2, TFUE assegna alla Corte di giustizia (89). Al pari delle pronunce del giudice di Lussemburgo infatti — si è sostenuto — anche le sentenze dell'Adunanza plenaria recano “carattere essenzialmente interpretativo”, giacché tese ad accertare “il significato originario delle disposizioni e [delle] norme strumentali alla soluzione della singola controversia” (90). Dal che, la possibilità

(86) Pietra miliare in tal senso la oramai nota sentenza Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2011, n. 2755, dove il collegio ha disposto l'annullamento con efficacia *ex nunc*, e non *ex tunc*, della sentenza di annullamento di un piano faunistico regionale adottato in carenza di preventiva VAS. Al riguardo, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. CdS*, 2012, 425 ss.. L'indirizzo giurisprudenziale inaugurato da tale sentenza ha poi trovato un certo seguito. Tra le molte, si v. ad es. Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 695; Tar Campania, Napoli, sez. I, 25 marzo 2015, n. 1787; Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858 e soprattutto, per quanto qui interessa, Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, che è parsa ascrivere alla Adunanza plenaria la possibilità di modulare nel tempo l'efficacia dei principi di diritto dalla stessa espressi. Per un commento a tale ultima pronuncia si v. A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria*, in questa *Rivista*, 2018, 1134.

(87) Al par. 47 delle sentenze in commento l'Adunanza plenaria mostra chiaramente di accordare preminenza a tale interesse laddove afferma che “la deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa [...]”.

(88) In generale, in ordine alle sentenze (specie) di annullamento del giudice amministrativo e ai relativi effetti nel tempo si v., per tutti, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 318 ss., che richiama la sistematizzazione a suo tempo operata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 313 ss.

(89) L'argomento di un possibile parallelismo con il diritto europeo e, più in generale, l'esigenza di assicurare la c.d. effettività della tutela era contenuto già in Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2011, n. 2755. Adesiva in tale senso, sembrerebbe potersi dire la posizione di una parte della dottrina M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 54 e poi 183.

(90) A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria*, cit., 1134 ss., che riporta, criticandoli, gli argomenti addotti da Cons. Stato, ad. plen., n. 13/2017. L'A. infatti poco oltre non manca di osservare come “la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia abbia tradizionalmente affermato come la modulazione degli effetti delle sentenze interpretative non costituisca l'espressione di un principio, quanto una eccezione alla regola della retroattività. Tale eccezione discenderebbe da necessità di tutela della certezza del diritto, con riferimento alla disciplina di rapporti sorti sulla base di una differente interpretazione della disciplina legale oggetto di rinvio”. In senso analogo si v. inoltre M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 523

CONSIGLIO DI STATO

di modulare gli effetti di simili pronunce risponderebbe alla “necessità di garantire la certezza del diritto rispetto a situazioni consolidate in un momento anteriore al c.d. *prospective overruling* impresso dalla Plenaria alla interpretazione di questioni controverse” (91). Necessità, questa, che appare particolarmente impellente qualora — come è stato ritenuto nel caso di specie — occorra “tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, [...] evitare gravi ripercussioni socio-economiche” (92).

In sostanza, detto indirizzo — per vero non esente da critiche da parte della dottrina (93) — sembrerebbe “sottende[re] un’implicita applicazione del principio generale di proporzionalità, che, con riferimento al potere di modulazione degli effetti [delle sentenze da parte] del giudice, imporrebbe di annullare [immediatamente] l’atto [o di dare prontamente seguito al principio di diritto stabilito dalla Adunanza plenaria] solo dove la misura sia strettamente necessaria ed adeguata alle esigenze di tutela del ricorrente” (94).

e G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 352. Altresì critica, alla luce di una serie di argomenti di diritto interno, la posizione di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 323.

Nell’ambito della giurisprudenza di Lussemburgo l’eccezionalità della decorrenza *ex nunc* degli effetti delle sentenze emesse all’esito di un rinvio pregiudiziale è stata sottolineata, ad esempio, da C. giust. CE, 8 aprile 1976, in causa C-43/75, *Defrenne*; 15 settembre 1998, in causa C-231/96, *Edis c. Ministero delle Finanze*.

(91) A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un’innovazione necessaria*, cit., 1134 ss. Riferimenti, in proposito, anche in M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 54.

(92) Ancora, A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un’innovazione necessaria*, cit., 1134 ss., il quale tuttavia si mostra critico nei riguardi di un simile argomento laddove osserva: “non si sottostimano [...] le preoccupazioni di ordine pratico sottese al tentativo di limitare gli effetti delle pronunce [...] si può tuttavia obiettare come — ai sensi dell’art. 101 Cost. — non sia il giudice a doversi fare carico delle conseguenze economico-sociali delle sentenze, ove esse risultino consequenziali all’applicazione di principi giuridici coerenti con il sistema di riferimento”.

(93) Oltre alle osservazioni critiche formulate dalla sottoscritta e contenute nel commento indicato alla nota n. 86, *retro*, si v. spec. R. DIPACE, *L’annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica della flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2012, 1273; E. FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439; C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in questa *Rivista*, 2012, 280; A. TRAVI, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e non annullamento dell’atto illegittimo*, in *Urb. app.*, 2011, 927. Perplesità peraltro si rintracciano anche all’interno della stessa giurisprudenza amministrativa, tra cui — ad es. — Cons. Stato, ad. plen., 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5; Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4 (v. spec. l’inciso di cui al punto 4 dei motivi di diritto), per un commento alla quale v. M. SILVESTRI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L’Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2207.

(94) Così A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un’innovazione necessaria*, cit., 1134 ss. In dottrina, sul principio di proporzionalità si v., per tutti, F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell’azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 80 e G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2017, 98 ss. Nonché gli studi monografici di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, *passim*; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, *passim*; A. SANDULLI, *La*

Al fondo, dunque, vi sarebbe una sorta di bilanciamento di interessi *mutatis mutandis* non dissimile a quello che normalmente sottostà alla adozione del provvedimento amministrativo. Nel caso di specie, il bilanciamento operato dal collegio è parso essere tra la necessità — ad oggi, non più rinviabile — di garantire la conformità al diritto europeo della disciplina nazionale concernente l'assegnazione delle concessioni balneari, da un lato, e l'opportunità di evitare il prodursi di un vuoto normativo ed amministrativo non immediatamente emendabile, dall'altro lato.

L'Adunanza plenaria, infatti, non ha mancato di sottolineare come alla immediata disapplicazione dell'art. 1, comma 682, della l. n. 145 del 2018 conseguano tanto l'assenza di una normativa interna (conforme al diritto europeo) applicabile alla materia *de qua*, quanto la necessità di ricostituire, previa gara, nuovi rapporti concessori. Vale a dire vicende che, oltre ad essere tra loro inestricabilmente connesse, richiedono *naturaliter* del tempo per trovare idonea risposta.

Di tal che lo slittamento al 1 gennaio 2024, lungi dal voler essere elusivo degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, rappresenta — nella prospettiva del collegio — un termine congruo (*i.e.* proporzionato) per il raggiungimento di un duplice ed ineludibile obiettivo: consentire al legislatore di adottare una nuova normativa (finalmente) compatibile con il diritto europeo (95) e permettere alle pubbliche amministrazioni di espletare le gare per la assegnazione delle nuove concessioni balneari (96).

Non di meno, e al netto delle pur meritorie intenzioni che nel caso di specie sembrano aver mosso l'Adunanza plenaria, non può farsi a meno di osservare come, anche in questa circostanza, una simile opera di "ingegneria processuale" (97) se, per un verso, può rispondere adeguatamente alle esigenze di politica del diritto, per altro verso,

483

proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova, 1998, *passim*; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, *passim*.

(95) Si v. il par. 47 delle sentenze in commento, dove si legge: "l'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare *doverosamente* una normativa che possa *finalmente* riordinare la materia e disciplinare *in conformità* con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali" (corsivi aggiunti). *Ex multis*, v. par. 49 dove l'Adunanza plenaria offre, di fatto, indicazioni utili ad orientare il futuro operato sia del legislatore sia delle amministrazioni concedenti. In dottrina, spunti interessanti in ordine a quella che, *de jure condendo*, dovrebbe essere la disciplina volta a regolare le concessioni balneari, oltre che — più in generale — la tutela delle coste si rintracciano spec. in M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir. soc.*, 2021, 441 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti di fronte al mare*, Torino, 2019, 67 ss.; G. DE GIORGI CEZZI (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, cit., spec. 177 ss.; G. VOSA, *Una proposta dalla Spagna: il modello Consejos Rectores come paradigma di un futuro (improcrastinabile) intervento legislativo nella materia delle concessioni balneari*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, cit., 145 ss.

(96) Si v. ancora il par. 47 delle sentenze in commento, laddove il collegio afferma: "[...] la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione [...]".

(97) L'espressione è chiaramente presa in prestito dal titolo del contributo di E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 439 ss.

continua tuttavia a sollevare alcune non trascurabili perplessità circa la sua fondatezza in punto di stretto diritto (98).

5. Orbene, le sentenze in commento sono balzate immediatamente agli onori della cronaca perché hanno ad oggetto un tema da tempo molto discusso, vale a dire la disciplina giuridica relativa alla assegnazione e al rinnovo delle concessioni balneari.

Non di meno — al di là della vicenda fattuale e degli aspetti di diritto sostanziale, pure di indubbio interesse — tali pronunce si impongono alla attenzione del giurista anche per alcuni profili concernenti i rapporti tra ordinamento interno e diritto europeo, nonché — più in particolare — per i riflessi che le stesse paiono in grado di avere in ordine al tema del trattamento giuridico da riservare al provvedimento amministrativo antieuropeo.

Alla luce di quanto riportato nelle pagine che precedono, si può osservare come a tale ultimo riguardo due siano i passaggi delle sentenze in commento che maggiormente rilevano e sui quali quindi merita spendere qualche ulteriore considerazione conclusiva.

Innanzitutto, a rilevare è la risposta che l'Adunanza Plenaria ha offerto al primo dei quesiti che le erano stati sottoposti, vale a dire l'*an* del dovere per il funzionario amministrativo di non applicare la norma interna in contrasto con il diritto europeo.

Sul punto — si rammenta nuovamente — il collegio ha ribadito la soluzione su cui già da tempo giurisprudenza (99) e dottrina (100) maggioritarie convergevano: tutte le articolazioni dello Stato, compresa la pubblica amministrazione e i suoi funzionari, sono tenuti ad applicare il diritto dell'Unione, se del caso non applicando (*i.e.* disapplicando) la norma interna con esso contrastante. E tanto anche qualora il parametro di diritto europeo sia rappresentato da una direttiva *self-executing*.

Tale assunto, pur non rappresentando affatto una novità nel panorama giurisprudenziale, assume tuttavia particolare importanza in questa circostanza nella misura in cui si pone come argine autorevole nei confronti dell'orientamento di recente prospettato dal Tar Lecce, il quale al contrario — si è visto — nega (*rectius*, vorrebbe negare) in radice l'esistenza di un tale dovere di disapplicazione in capo al funzionario pubblico (101). Con ciò, tuttavia, portando seco — per le ragioni già evidenziate nelle pagine che precedono

(98) Quanto alle perplessità in discorso, oltre ai contributi dottrinari citati nelle note che precedono, si v. — da ultimo, in ordine di tempo — A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 323, dove l'A. osserva: “un potere del genere non trova però riscontro nel codice del processo amministrativo e più in generale la sua configurabilità è stata contestata, alla luce del principio di legalità processuale cui si ispira anche il codice e che è richiamato oggi dall'art. 111, 1 comma, Cost.”.

(99) Si richiamano ancora una volta, a titolo esemplificativo, Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 30 giugno 1987, n. 221; Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n. 452; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3072. Nonché, nell'ambito della giurisprudenza europea C. giust. CE., 22 giugno 1989, in causa C-103/88 *Fratelli Costanzo*, e più di recente C. giust. UE, sez. IV, 24 maggio 2012, in causa C-97/11, *Amia*.

(100) Si v. già R. ROSSOLINI, *Diritto comunitario e obbligo di riserva di forniture e lavorazioni a favore delle imprese ubicate nel mezzogiorno*, cit., 140 e più di recente M. C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, cit., 35. Nonché, con precipuo riguardo all'orientamento espresso dal Tar Lecce a partire dalla sentenza n. 1321/2020, E. CHITI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, cit., spec. 807 ss. e A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, cit., spec. 19 ss.

(101) Si v. Tar Lecce, sez. I, n. 73/2021, p. 23.

— implicazioni di non poco momento anche in punto di rapporti tra ordinamenti e rispettive fonti.

Ancora, a rilevare è poi la risposta che l'Adunanza plenaria ha offerto al secondo dei quesiti che le erano stati prospettati, vale a dire: se l'amministrazione sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento adottato in applicazione di una norma interna in contrasto con il diritto europeo e se un tale obbligo ricorra anche qualora sul provvedimento in questione sia intervenuto un giudicato favorevole.

Sul punto il collegio, prendendo le distanze dalla pregressa giurisprudenza in materia (102), ha ritenuto che nel caso di specie non possa venire in rilievo l'istituto dell'annullamento d'ufficio, giacché il provvedimento di proroga della concessione balneare si presenta come “meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa riconducibile” (103). Legge-provvedimento (*i.e.* art. 1, comma 682 ss., l. n. 124 del 2018), dunque, nei cui confronti evidentemente l'amministrazione non può intervenire esercitando i poteri di riesame (104).

Nelle pagine che precedono si è già detto come una simile soluzione, al pari della scelta di mantenere in vita le concessioni oggetto di proroga sino al 31 dicembre 2023, paia rispondere specialmente a ragioni di politica del diritto (105). In ogni caso, pur accedendo a tale ricostruzione — e al netto del fatto che i giudici poco oltre affermano l'opportunità che l'amministrazione “provveda comunque a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente adottato”, salvo omettere di dire come l'amministrazione debba fare ciò (106), — c'è tuttavia un passaggio in questa parte delle sentenze che solleva qualche perplessità.

Il riferimento è all'inciso in cui l'Adunanza plenaria ha affermato che, anche alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, “va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato” (107).

Al riguardo non può farsi a meno di evidenziare come tale affermazione, ove non meglio precisata, trovi in realtà argomenti di segno contrario già nella pregressa giurisprudenza, tanto nazionale quanto soprattutto europea.

Muovendo proprio da quest'ultima, vale la pena ricordare come la Corte di giustizia — pur non essendo mai arrivata a parlare espressamente di un dovere generalizzato (108)

485

(102) Oltre ovviamente a Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 73/2021 e a Tar Sicilia, Catania, sez. III, n. 504/2021, si v., ad es., le più volte ricordate sentenze Cons. Stato, sez. V, n. 6472/2020 e Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 1321/2020.

(103) Par. 42 delle sentenze in commento.

(104) Par. 43 delle sentenze in commento.

(105) Si v. spec. nota n. 82, *retro*.

(106) Ancora par. 43 delle sentenze in commento.

(107) Par. 40 delle sentenze in commento.

(108) Ciò essenzialmente per una ragione di “simmetria” rispetto a quanto la stessa Corte di giustizia afferma con riguardo agli atti delle istituzioni europee. Sul punto, si v. D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*”, cit., 727 ss.: “non si può non osservare, del resto, che difficilmente la Corte di giustizia avrebbe potuto pervenire a conclusioni diverse ed affermare una assoluta doverosità dell'annullamento da parte delle autorità nazionali, quando essa stessa, con riferimento ai poteri di annullamento da parte delle istituzioni comunitarie di propri atti in contrasto con il diritto comunitario, afferma principi molto simili a quelli operanti nel nostro ordinamento interno in tema di annullamento d'ufficio”.

CONSIGLIO DI STATO

e pur non avendo mai fatto obbligo agli Stati membri di dotarsi di istituti di c.d. autotutela (109), per il semplice motivo che non ha la competenza per farlo — ha ripetutamente sottolineato che, al fine di non frustrare il primato e l'effetto utile del diritto europeo, “l'autorità nazionale competente [che sia dotata di poteri di secondo grado] è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare [*rectius*, annullare d'ufficio] la decisione” assunta in contrasto con il diritto dell'Unione (110). Peraltro, a nulla ostando — almeno a certe condizioni — la circostanza che su quel provvedimento sia *medio tempore* intervenuto un giudicato favorevole (111). E ciò specialmente laddove il contrasto del provvedimento (di primo grado) con il diritto europeo si desuma — come nelle vicende processuali all'origine delle pronunce in commento — già dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (112).

In altri termini, pur facendo sempre formalmente salvo il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, i giudici di Lussemburgo hanno dato vita ad un consolidato orientamento giurisprudenziale a mente del quale, a fronte di un provvedimento antieuropeo, l'amministrazione nazionale finisce molto spesso per essere tenuta ad intervenire, esercitando i c.d. poteri di secondo grado — ove, ben s'intende, la stessa amministrazione ne sia munita in forza delle norme interne — al fine di non frustrare la *ratio* e gli obiettivi del diritto europeo (113).

Meglio, è come se la discrezionalità di cui — stando al diritto interno — le amministrazioni nazionali dispongono all'atto di decidere se esercitare (o meno) i poteri di secondo grado si risolvesse qui nel bilanciamento tra la gravità della violazione del diritto europeo perpetrata per il tramite del provvedimento di primo grado e gli altri interessi contrapposti, compreso l'affidamento vantato dal privato (114). Di tal che, più la violazione è da considerarsi seria nell'ottica del diritto europeo — perché, ad esempio, si sostanzia in un *vulnus* al mercato unico — e più l'esercizio dei poteri di autotutela tende

(109) Nell'ambito della dottrina interna, per una critica al concetto stesso di “autotutela” si v. *amplius* per tutti G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. 339.

(110) C. giust. CE, *Alcan*, cit., nonché le più recenti C. giust. UE, sez. II, 14 settembre 2017, in causa C-628/15, *The Trustees of the BT Pension Scheme* e C. giust. UE, Grande sezione, 5 marzo 2019, in causa C-349/17.

(111) C. giust. CE, *Kuhne & Heitz*, cit.. Sentenza questa che, peraltro, la stessa Adunanza plenaria richiama sempre al par. 40.

(112) Nel caso di specie, il riferimento è ancora una volta alla sentenza *Promoimpresa s.r.l.*, la quale — come già più volte sottolineato — essendo stata adottata all'esito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione è suscettibile di spiegare i propri effetti ben oltre il giudizio *a quo*. In questo senso si v., ancora una volta, C. giust. CE, *Kuhne & Heitz*, cit., nonché il relativo commento di D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell'atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, cit., 727.

(113) In tal senso, si v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 595 e B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., 379.

(114) Così del resto avviene anche con riguardo a situazioni puramente interne. Si v., in proposito, quanto osservato da G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 342: “l'autorità amministrativa che avvia un procedimento di annullamento d'ufficio deve non solo accertare il vizio dell'atto sottoposto al riesame, ma deve anche valutare se l'annullamento corrisponda a un interesse pubblico concreto e attuale [...]. L'autorità [in altri termini] può annullare il provvedimento, non per restaurare la legalità violata, ma per curare l'interesse pubblico, quando a questo si opponga un precedente atto che sia illegittimo”. In senso conforme, ad es., G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, cit., 167-168.

ad assumere nella sostanza i tratti della doverosità (115). Particolarmente significativa in tal senso è, ad esempio, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato alle imprese (116).

In tali circostanze, peraltro, un simile obbligo appare essere concepito dalla Corte di giustizia in termini sufficientemente cogenti da finire sovente per essere — di fatto — anteposto anche al rispetto di altre regole pure di rilievo prioritario dal punto di vista dell'ordinamento interno, tra cui — si è visto — persino la c.d. intangibilità del giudicato (117). Non a caso, dunque, si è parlato e si parla, al riguardo, di una autonomia procedurale funzionalizzata degli Stati membri (118).

L'orientamento in discorso inoltre è stato da tempo recepito dalla giurisprudenza nazionale (119), la quale anche di recente — in relazione, ad esempio, ad una vicenda in materia di aiuti di Stato illegittimamente concessi — ha ribadito, non solo la doverosità dell'autotutela, ma anche la “recessività delle norme interne in materia di atti di ritiro [...]” (120). In altri termini, si ha che l'esercizio da parte dell'amministrazione nazionale del potere di riesame, pur conservando in linea teorica il carattere discrezionale che gli è proprio (121), quando si confronta con un provvedimento antieuropeo finisce sovente per configurarsi nei fatti come sostanzialmente doveroso (122). E tanto perché così impone il rispetto del primato e dell'effetto utile del diritto europeo, nonché il principio di leale cooperazione (123).

(115) Si v., ad es., B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., 379. In precedenza, già M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 516 ss., evidenziava come, pur residuando di principio il carattere discrezionale della « decisione sul riesame », una significativa trasformazione di tale potere è determinata dalla “aggiunta dell'interesse comunitario agli altri interessi di cui l'autorità del riesame deve tener conto nella sua decisione”. Si arriva per tale via — prosegue l'A. — alla “definitiva comunitarizzazione di un importante aspetto dell'autotutela amministrativa, dato che la fonte del nuovo obbligo di riesame deriva dal diritto comunitario”.

(116) Per una panoramica, al riguardo, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici*, cit., 91 ss.

(117) Ad es., la sentenza relativa al caso *Kempter*, cit.

(118) Al riguardo, si v. D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenze procedurale funzionalizzata*, cit., 16 e poi, con precipuo riguardo ai provvedimenti di riesame, 64 ss., nonché — se si vuole — C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici*, cit., 91 ss.

(119) Ad es., si v. ancora una volta Cons. Stato, sez. V, n. 3072/2009 e Tar Sicilia, Palermo, sez. II, n. 2049/2007.

(120) Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 16 marzo 2021 n. 875, par. 5, dove viene richiamato in senso pienamente adesivo il precedente dello stesso Tribunale citato alla nota che precede.

(121) In tal senso, D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, cit., 725 ss.; M. DELSIGNORE, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, cit., 443 ss. e spec. par. 2.

(122) In questo senso, si v. spec. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 516 ss. e più di recente E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 595; B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, cit., 379.

(123) In questo senso, si v. ancora la recente sentenza Tar Sicilia, Palermo, sez. I, n. 875/2021, par. 5. *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023. In dottrina, sul principio di leale cooperazione si v., per tutti, M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in G. AMATO - E.

Del resto, deve ribadirsi come — a ben vedere — il dovere del funzionario amministrativo di disapplicare *ex ante* la norma interna in contrasto con il diritto europeo e il potere/dovere della amministrazione di intervenire *ex post* — in esito ad un procedimento di secondo grado — sul provvedimento antieuropeo altro non siano che due volti di una stessa medaglia. Vale a dire, due corollari della risposta che — si è detto — a far data dalla sentenza *Granital* del 1984 la giurisprudenza e la dottrina nazionali hanno ritenuto di dare al problema del provvedimento amministrativo antieuropeo (124).

Di tal che, se il principio del primato del diritto europeo, in uno con quello di leale cooperazione, non ammette — si è visto — che il funzionario amministrativo dia consapevolmente vita ad un provvedimento in contrasto con il diritto europeo, sembra difficile poter ritenere che gli stessi principi depongano invece in senso sempre favorevole al consolidarsi, per il tramite del medesimo provvedimento amministrativo, di una violazione del diritto europeo (125), in disparte qualsiasi valutazione circa la reale consistenza dei diversi interessi in gioco (126).

Viceversa, nell'aver affermato l'inesistenza *tout court* di un simile dovere di riesame senza meglio chiarire tale assunto, e salvo tuttavia citare poco oltre giurisprudenza europea di segno contrario (127), l'Adunanza Plenaria rischia di (ri)aprire un interrogativo che sembrava altrimenti aver già ricevuto adeguata risposta in giurisprudenza.

Pertanto, se con riguardo al dovere (anche) del funzionario pubblico di disapplicare la norma interna contrastante con il diritto europeo le sentenze in commento mostrano la loro attitudine a mettere un punto fermo, in *parte qua* le stesse tendono invece a confermare l'impressione di una giurisprudenza amministrativa ancora dominata dall'"empiria" (128) laddove chiamata a confrontarsi con il tema del trattamento giuridico spettante al provvedimento amministrativo antieuropeo.

CHIARA FELIZIANI

MOAVERO MILANESI - G. PASQUINO - L. REICHLIN (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, 122 ss.

(124) In questo senso anche Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072, par. 6.1.2.

(125) Conforme, G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, cit., 747 ss., il quale osserva come ciò trovi conferma nel fatto che lo spirare dell'ordinario termine d'impugnazione non fa venire "meno [né] la responsabilità dello Stato sul piano comunitario", né "l'obbligo dello Stato di risarcire il danno arrecato al privato attraverso l'atto illegittimo".

(126) Valutazione (*i.e.* bilanciamento) che invece, si è visto, ha luogo di regola con riguardo alle situazioni puramente interne. In questo senso, si richiamano nuovamente i contributi di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 342 e G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, cit., 167.

(127) Si v. par. 40 delle sentenze in commento.

(128) G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, cit., 1410.