

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2021

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

EDITORIALE

La Direzione di «Diritto e Società», assieme al fondamentale contributo dell'Editore, ha deciso di dotare la Rivista di un sito web, che affianchi – ma non sostituisca – la tradizionale e storica versione cartacea. Sul sito web (rivistadirittoesocieta.it), che sarà pienamente operativo nei primi mesi del 2022, saranno fruibili ad accesso libero tutti i fascicoli della Rivista entro i 18 mesi dalla data di loro pubblicazione (sono dunque già disponibili tutti i fascicoli della III serie della Rivista, pubblicati dal 2012 al 2020); dei fascicoli non ancora disponibili in open access potranno rinvenirsi gli indici e gli abstract, che saranno peraltro acquistabili direttamente dal sito web dell'Editoriale Scientifica (editorialescientifica.com) o tramite la libreria digitale Torrossa (torrossa.com); infine, saranno sempre fruibili ad accesso libero i contributi della sezione Attualità della Rivista, che verranno resi disponibili online non appena superato il procedimento di revisione previsto dall'art. 3 del Regolamento di «Diritto e Società» (e, dunque, in anticipo rispetto alla pubblicazione del relativo fascicolo).

Anticipando lo spirito di queste novità – che vogliono mantenere la Rivista al passo con i tempi, senza rinunciare alla sua veste tradizionale e storica – la Direzione di «Diritto e Società», in accordo con l'Editore, ha deciso di rendere integralmente accessibile online questo fascicolo, che è dedicato alla delicata tematica della natura e del regime delle concessioni demaniali marittime (ma anche lacuali e fluviali) con finalità turistico-ricreative (che, per brevità, saranno attecnicamente indicate come “concessioni balneari” o “concessioni costiere”) all'esito delle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inefficacia delle relative proroghe ex lege (per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033) per contrasto con il diritto eurounitario, rinviando tuttavia “l'operatività degli effetti” delle pronunce al 1° gennaio 2024.

Alla programmazione del fascicolo e alla successiva decisione di renderlo integralmente fruibile online aveva partecipato, con il suo consueto entusiasmo, anche il carissimo e compianto collega e condirettore Beniamino Caravita di Toritto, che aveva manifestato l'intenzione di inviare un contributo sul tema relativo ai profili che l'illustre Autore aveva recentemente affrontato in uno scritto pubblicato (a doppia firma) sul n. 20/2021 della rivista federalismi.it. Purtroppo, il brutto male che Lo aveva duramente colpito Gli ha impedito di attuare il progetto. In omaggio alla Sua memoria, con immensa commozione e profonda ammirazione per la Sua figura di amico, di giurista e di uomo delle istituzioni, ripubblichiamo qui, con il consenso della Direzione di federalismi.it, quello scritto.

La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria

saggi

- Maria Alessandra Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria* 331
- Fabio Ferraro, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?* 359
- Giuseppe Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?* 385
- Marcella Gola, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?* 401
- Ruggiero Dipace, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria* 419
- Marco Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria* 441
- Elisabetta Lamarque, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?* 473
- Renato Rolli e Dario Sammarro, *L’obbligo di “disapplicazione” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)* 489

Enrico Zampetti, <i>La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria</i>	507
Giovanna Iacovone, <i>Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione</i>	529
Marco Ragusa, <i>Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?</i>	545
Piergiuseppe Otranto, <i>Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela</i>	583

appendice

Beniamino Caravita di Toritto e Giuseppe Caromagnano, <i>La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma</i>	621
--	-----

Piergiuseppe Otranto

PROROGA *EX LEGE*
DELLE CONCESSIONI BALNEARI
E AUTOTUTELA

SOMMARIO: 1. Proroga delle concessioni, obbligo di disapplicazione ed autotutela decisoria: la questione di diritto sottoposta all'Adunanza plenaria. – 2. L'approdo dell'Adunanza plenaria: la proroga non è disposta attraverso un provvedimento e, dunque, non può esservi esercizio di autotutela. – 3. La c.d. anticomunitarietà indiretta dell'atto amministrativo e l'invalidità del provvedimento applicativo di norma incostituzionale. Cenni. – 3.1. *Segue*. La c.d. "invalidità sopravvenuta" dell'atto amministrativo applicativo di una norma incostituzionale. – 3.2. *Segue*. L'invalidità dell'atto amministrativo per "violazione indiretta" del diritto Ue. – 4. La proroga *ex lege* della concessione ed il necessario ruolo dell'Amministrazione. – 4.1. Atto di proroga della concessione, (pretesa) "natura ricognitiva" e potere amministrativo. – 4.2. *Segue*. La natura provvedimentale della proroga. – 5. "Rimozione" del provvedimento di proroga e annullamento d'ufficio. – 6. Disapplicazione della norma anticomunitaria e giudicato. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Proroga delle concessioni, obbligo di disapplicazione ed autotutela decisoria: la questione di diritto sottoposta all'Adunanza plenaria*

Con la sentenza n. 17 del 9 novembre 2021 (e con la "gemella" n. 18) l'Adunanza plenaria ha scritto un nuovo capitolo della tormentata vicenda delle concessioni "balneari", andando a supplire alla neghittosità di un legislatore poco incline, nonostante le sollecitazioni della dottrina¹,

¹ I contenuti essenziali di una legge generale sulle concessioni marittime – che tenesse in debito conto le esigenze di gestione e valorizzazione del bene pubblico, gli interessi degli utenti, quelli dei concessionari e del mercato – erano stati delineati da V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al Mare. Atti del Convegno di Sestri Levante, 15-16 giugno 2019*, Torino 2019, 67 ss. Nel saggio l'A., muovendo dalla prospettiva della appartenenza pubblica come proprietà-dovere – già approfondita nella voce *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, nonché in *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, in

a individuare un punto soddisfacente di equilibrio tra le ragioni delle imprese del settore e le sollecitazioni del diritto europeo².

Il decreto presidenziale di deferimento dell'affare all'Adunanza plenaria³ riguardava, tra le altre, anche la questione di diritto oggetto del presente studio e relativa all'autotutela decisoria sul provvedimento di proroga delle concessioni in essere.

Il Collegio era infatti chiamato a chiarire, se in adempimento dell'eventuale obbligo di disapplicazione della legge nazionale ritenuta in contrasto con l'ordinamento europeo⁴, "l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in

Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, vol. II, 179 ss. – sollecitava una complessiva riforma del settore che ponesse al centro non solo l'operatore economico, ma "la presenza del cittadino sulla costa, offrendogli non soltanto sicurezza, comodità e svaghi, ma, fin dove sia possibile – e di solito è possibile – migliore utilizzazione della spiaggia".

² Limitandoci agli studi più recenti, cfr. C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 2018, 287 ss.; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, *Riv. giur. ed.*, 2020, 261 ss.; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 1 ss.; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, n. 26/2020, 24 ss.; M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1069 ss.; A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, n. 18/2021, 1 ss. Si vedano anche i saggi raccolti in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al Mare. Atti del Convegno di Sestri Levante, 15-16 giugno 2019*, cit., in particolare: B. LAGEDER, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, (165 ss.); M.P. CHITI, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e codice dei contratti pubblici. Simmetrie ed asimmetrie*, (192 ss.).

Si veda anche lo studio monografico di M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino 2020.

Un'utile raccolta della giurisprudenza più rilevante è in M. FERRARA, G. IOANNIDES, G. VOSA, (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *federalismi.it*, 21 luglio 2021.

³ Sul decreto 24 maggio 2021, n. 160, adottato dal Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., si vedano le annotazioni di R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 luglio 2021.

⁴ Secondo l'Adunanza plenaria, l'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 (che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate) contrasta, sia con gli artt. 49 e 56 TFUE, sia con l'art. 12 della direttiva 2016/123, considerata *self executing* (punti 11-29).

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”.

In questa sede si intende ripercorrere la decisione dell'Adunanza plenaria, indagando anzitutto il regime giuridico dell'atto amministrativo adottato sulla base di una norma nazionale che risulti in contrasto con il diritto Ue e operando un raffronto con la c.d. “invalidità sopravvenuta” dell'atto amministrativo applicativo di una norma incostituzionale, onde individuare tratti comuni e differenze, anche con riguardo alle tecniche di tutela. Si analizzerà il ruolo dell'Amministrazione nell'adozione di atti idonei a determinare, sul concreto piano dei rapporti e degli interessi già delineati dalla concessione, gli effetti conseguenti alla proroga disposta dalla legge, giungendo a qualificare gli stessi come provvedimenti amministrativi. La conclusione, che qui si anticipa (critica rispetto l'approdo della sentenza in commento), è che tali provvedimenti dovrebbero essere soggetti – entro il termine perentorio di dodici mesi di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990 – al potere di autotutela decisoria il cui esercizio si ritiene debba condurre, in nome dell'uniforme applicazione del diritto Ue ed in assenza di un affidamento meritevole di tutela, verso l'annullamento dell'atto. Di contro, non saranno considerate le implicanze giuridiche relative al caso in cui, nonostante la proroga *ex lege*, l'Amministrazione non abbia adottato alcun atto: mancando l'atto (e non vertendosi in ipotesi di silenzio significativo) non può porsi un problema di autotutela decisoria. Un cenno è dedicato, in ultimo, al rapporto tra giudicato favorevole (su cui eventualmente si fondi il provvedimento di proroga) e sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia, per concludere che la seconda non consente di mettere in discussione l'assetto delineato dal giudicato eventualmente contrastante con il diritto Ue.

2. *L'approdo dell'Adunanza plenaria: la proroga non è disposta attraverso un provvedimento e, dunque, non può esservi esercizio di autotutela*

Prima di procedere nell'analisi dei numerosi profili giuridici che vengono in rilievo, è necessario ricostruire anzitutto il quadro normativo di riferimento.

Nonostante alcuni punti fermi segnati dal diritto dell'Unione, dalla

Corte di giustizia, dalla Corte costituzionale, dalla Commissione europea, da una parte della giurisprudenza del g.a.⁵, tutti tendenti ad evidenziare la necessità di apertura dei procedimenti di affidamento delle “concessioni balneari” alle regole dell’evidenza pubblica ed al mercato, il legislatore nazionale ha a lungo serbato una condotta attendista, volta a non modificare nella sostanza il regime giuridico di *favor* per i concessionari previsto dall’ordinamento interno da epoca risalente.

E così, di proroga in proroga⁶, si è giunti alla norma della “legge di bilancio” per il 2019, nella quale si preannunzia una “generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime”, ispirata dall’esigenza di “tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un’ottica di armonizzazione delle normative europee” (art. 1, comma 675, l. 30 dicembre 2018, n. 145).

Tuttavia, lo *status quo* (e con esso l’efficacia delle concessioni in essere) viene garantito attraverso il comma 682 del medesimo articolo, a mente del quale le concessioni “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”.

La disposizione, dunque, introduce per le concessioni in essere una proroga *ex lege* sino al 31 dicembre 2033, ma, secondo l’Adunanza plenaria, sarebbe in contrasto con il diritto Ue⁷.

L’effetto di proroga secondo la plenaria “è prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile”, mentre mancherebbe l’attribuzione di qualsiasi potere in capo all’Amministrazione dal momento che la legge “assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto”, realizzandosi “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” (punto 42).

⁵ Si vedano i punti 38.1 e 38.2 della sentenza in commento. Come ricorda Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, prima ancora della nota sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, la giurisprudenza aveva già aderito all’interpretazione dell’art. 37 cod. nav. che privilegia l’esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime.

⁶ Art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 s.m.i.

⁷ Il contrasto sussisterebbe rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché all’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (*Bolkestein*), come interpretato dalla Corte di giustizia in *Promoimpresa*.

Si delinea, nella prospettazione del Consiglio di Stato, una situazione in cui non sussisterebbe in capo all'Amministrazione alcun potere di incidere in prima battuta sul rapporto concessorio e – come logica conseguenza – di agire in via di autotutela sul provvedimento di proroga adottato in forza di una norma anticomunitaria: se l'atto eventualmente adottato dall'Amministrazione “svolge la sola funzione ricognitiva (...), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, (...) l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (*con i vincoli che la caratterizzano*) (...) in quanto il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge”.

Non di meno, secondo l'Adunanza plenaria, dal contrasto della norma nazionale con il diritto Ue, deriverebbe la giuridica necessità che il concessionario “provveda, *comunque*, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto”. Per tal via sembra emergere un potere (atipico) dell'Amministrazione di rimuovere gli effetti dell'atto (asseritamente non provvedimentale) di proroga e siffatto potere non sarebbe soggetto ai limiti tracciati, non senza fatica, dall'ordinamento al potere di autotutela decisoria della p.A.

Sebbene l'autotutela decisoria debba intendersi non più quale espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere di amministrazione attiva⁸, ma appaia più strettamente ancorata al principio di legalità⁹,

⁸ Sulla non riconducibilità degli atti di riesame alla logica dell'inesauribilità del potere M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli 2018, spec. 205 ss. Sulla inesauribilità del potere, ancorché con riferimento al riesercizio dello stesso a seguito di annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale, e sul superamento dell'idea di piena libertà dell'Amministrazione nei suoi rapporti con la giurisdizione, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2002, 955 ss.

⁹ In questo senso, cfr. F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, n. 8/2017, 17. Osserva l'A. che le diverse norme in materia di autotutela decisoria, oggi contenute nella legge n. 241/1990, non sono “meramente dichiarative di un principio generale immanente nell'ordinamento, ma costitutive di un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica Amministrazione e che dipende, pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla legge” (*op. cit.*, 30). Sulla “nuova autotutela” all'indomani della l. n. 124/2015, cfr., nell'ambito di una vasta dottrina, F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *federalismi.it*, n. 20/2015; M.A. SANDULLI, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli 2016, 125 ss.; Id., *Autotutela*, in

sembra quasi che, secondo la sentenza in esame, per sciogliere l'Amministrazione dai limiti introdotti dalla legge, sia sufficiente, come in un gioco di prestigio, cambiare il nome alle cose: se l'atto di proroga non è un provvedimento, esso non può essere oggetto di riesame.

Ma lo sforzo compiuto dall'ordinamento per limitare, attraverso la legge, l'esercizio del potere di autotutela – a lungo considerato espressione del privilegio generale dell'Amministrazione di tornare unilateralmente sulle proprie decisioni – e di garantire, così, la più ampia considerazione degli interessi dei cittadini alla stabilità degli effetti determinati dal provvedimento di primo grado¹⁰, rende doverosa un'indagine sulla fondatezza della tesi sostenuta dall'Adunanza plenaria.

3. *La c.d. anticomunitarietà indiretta dell'atto amministrativo e l'invalidità del provvedimento applicativo di norma incostituzionale. Cenni*

Prima di procedere in tale direzione, è utile rimarcare le coordinate di base tracciate dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul regime dell'atto amministrativo violativo del diritto dell'Ue.

Il libro dell'anno del Diritto 2016, Roma 2016; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, n. 20/2016; F. COSTANTINO, *Annullamento d'ufficio*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 869 ss.; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli 2016, 85 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124 del 2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione: ricerche giuridiche sull'Amministrazione e l'economia*, 2017, 383 ss.; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *federalismi.it*, n. 5/2017; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, n. 6/2017; ID., *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 1173 ss.; M. ALLENA, F. GOISIS, *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 691 ss.

Tra gli studi monografici, cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli 2015; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino 2016; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino 2017; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli 2018.

¹⁰ F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., *passim*.

Come è stato ampiamente messo in rilievo dalla dottrina, si distingue l'anticomunitarietà diretta – che ricorre allorché il provvedimento nazionale sia in contrasto con una norma europea applicabile senza la “mediazione” di una norma di diritto interno – da quella indiretta (che, all'opposto, si verifica quando l'atto emanato sia conforme ad una norma interna la quale, tuttavia, risulti in contrasto con il diritto europeo)¹¹.

La vicenda del provvedimento amministrativo adottato sulla base di una norma interna in contrasto con il diritto europeo si presta ad un parallelismo con quella del provvedimento amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale: in entrambi i casi la norma interna risulta in contrasto con una fonte sovraordinata.

Vi è però una differenza strutturale che merita di essere ricordata.

In riferimento alla violazione della Costituzione, il meccanismo di controllo accentrato di costituzionalità fa sì che l'illegittimità della norma possa essere accertata solo dalla Consulta, con effetto dal giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza nella Gazzetta ufficiale (art. 136 Cost.).

All'opposto, il contrasto tra diritto interno e diritto Ue non solo è oggetto di controllo diffuso anche da parte del giudice comune, chiamato a disapplicare la norma interna anticomunitaria; ma, come è noto, tale contrasto può – e deve – essere accertato da qualunque soggetto dell'apparato dello Stato, compresa la p.A.

Tale differenza non è priva di conseguenze anche in relazione alle tecniche di tutela in ipotesi di invalidità dell'atto.

¹¹ Il tema della legittimità dell'atto amministrativo anticomunitario è stato ampiamente trattato dalla dottrina, anche in riferimento all'atteggiarsi del potere nazionale di autotutela a fronte di un atto violativo del diritto Ue. Cfr., almeno, M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687 ss.; ID., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 477 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 513 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli 2007; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 ss.; F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Milano 2010; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.

3.1. Segue. *La c.d. "invalidità sopravvenuta" dell'atto amministrativo applicativo di una norma incostituzionale*

È pacifico che la pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge, mentre non spiega effetti sui c.d. rapporti esauriti (situazioni ormai consolidate che derivano da un giudicato, da un atto amministrativo divenuto inoppugnabile, ovvero da prescrizioni o decadenze)¹², determina la cessazione della sua efficacia *erga omnes* con effetto retroattivo in relazione alle questioni ancora pendenti¹³.

Rispetto alla seconda ipotesi si è parlato in dottrina di invalidità "sopravvenuta"¹⁴ in quanto l'atto, pur essendo conforme alla legge nel momento in cui è stato adottato, risulta (indirettamente) violativo dell'ordinamento a seguito della declaratoria di incostituzionalità della norma attributiva o regolatrice del potere¹⁵.

Si è tuttavia osservato che solo apparentemente l'invalidità sarebbe "sopravvenuta": il contrasto dell'atto con il paradigma normativo "non

¹² Cfr., tra le tante, Cons. St., sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5012.

¹³ Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1458.

¹⁴ Sulla nozione di invalidità sopravvenuta, cfr. anzitutto S. ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Studi Vacchelli*, Milano 1938; G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Padova 1991; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, cit., 1751 ss.

In senso critico cfr., tra gli altri, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1958, 318; R. PEREZ, *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, 364 ss.; V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967, 209. Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 406, "non possono considerarsi casi di invalidità sopravvenuta quelli in cui l'invalidità di un atto venga dichiarata in conseguenza dell'emanazione di una sentenza della Corte cost. che abbia fatto venir meno, con operatività *ex tunc*, taluna delle norme in base alle quali l'atto era stato emanato, come pure quelli in cui l'invalidità di un atto amministrativo venga dichiarata in conseguenza dell'invalidazione, con effetto *ex tunc*, di altri atti, che abbiano condizionato l'emanazione di quello in questione. In entrambe le ipotesi considerate l'atto amministrativo era infatti da considerare invalido (e poteva essere perciò disapplicato) fin dal principio".

¹⁵ Secondo la nota distinzione tra norme di relazione e norme d'azione delineata da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1942 (spec. 30-31).

La distinzione è stata ripresa ed approfondita da A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975, 133 ss., il quale, anche di recente (in *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 819), è tornato ad evidenziare "la distinzione tra [norme] che definiscono i poteri (...) e quelle che all'interno di questi loro poteri ne regolino solo l'esercizio". Si veda anche lo studio monografico di F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova 2004.

poteva emergere perché non ancora accertato”¹⁶, ma non di meno sussisteva *ab origine*, senza esser stato tuttavia ancora dichiarato dalla sentenza.

Si tratterebbe di un vizio “*originario* quanto alla decorrenza (...), ma *sopravvenuto* quanto alla sua riconoscibilità”¹⁷.

Tale discrasia temporale è determinata proprio dal controllo accentrato di costituzionalità: è solo con la sentenza della Corte che la norma di legge viene espunta dall’ordinamento con effetti *ex tunc*.

Ciò comporta che l’invalidità dell’atto amministrativo, ancorché preesistente rispetto alla sentenza che la dichiara, può emergere solo dopo la sentenza.

In giurisprudenza a partire da Ad. plen. 8 aprile 1963, n. 8¹⁸, ricorre l’affermazione secondo la quale l’atto amministrativo applicativo di una norma di legge successivamente dichiarata incostituzionale è sì esistente¹⁹, ma è affetto da illegittimità²⁰ (talvolta qualificata come “derivata”)²¹ e, dunque, annullabile²².

Né pare che tale indirizzo possa esser scalfito dalla pronuncia con la quale il Consiglio di Stato ha affermato la nullità del provvedimento adottato sulla base di una norma attributiva dichiarata incostituzionale²³. A ben vedere, infatti, in quel caso il Consiglio di Stato, più che affrontare

¹⁶ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2016, 555. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 406. Ammette l’invalidità sopravvenuta R. VIL-LATA, *L’atto amministrativo*, in *Aa.Vv. Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna 2005, 825.

¹⁷ N. PIGNATELLI, *Illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, cit., 3646.

¹⁸ Commentata da F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del potere esecutivo*, cit.; F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. it.*, 1964, III, 67 ss.; ID., *Annullamento d’ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, in *Giur. it.*, 1965, III, 203 ss.; A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia d’incostituzionalità delle leggi sull’atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.

¹⁹ L’inesistenza è negata da un orientamento che risale a Cons. St., sez. IV, 29 settembre 1966, n. 630.

²⁰ Secondo Ad. plen. n. 8/1963 si tratterebbe di un “vizio riflesso” dell’atto amministrativo. In giurisprudenza si afferma che non è nullo, né inefficace (ma solo annullabile) l’atto emesso in attuazione della norma – ancorché attributiva del potere – dichiarata incostituzionale (Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2001, n. 1153; id., 16 marzo 2005, n. 1093; id., 13 febbraio 2018, n. 935; id., 19 febbraio 2018, n. 1064).

²¹ Cfr., ancor di recente, Cons. St., sez. II, 7 settembre 2020, n. 5399.

²² Su questi profili, cfr. N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, spec. 129 ss., con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

²³ Cons. St. sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993. Si trattava, nella specie, di un provvedimento di “acquisizione sanante” adottato nella vigenza di una norma (art. 43 d.lgs. n. 327/2011) successivamente dichiarata incostituzionale (Corte cost., 7 luglio 2010, n. 293).

da un punto di vista dommatico la natura dell'invalidità sopravvenuta della norma attributiva dichiarata incostituzionale, ha inteso risolvere il problema processuale che si era posto a seguito della irrituale prospettazione del vizio²⁴.

Nell'occasione, il Collegio, al contrario, ha ribadito, in linea generale, che “i provvedimenti amministrativi, in ragione delle evidenti esigenze di certezza dell'ordinamento, sono assistiti da una presunzione di validità, superabile solo ove la contestazione intervenga nei ristretti termini decadenziali previsti dalla legge, ed il giudice, in accoglimento della domanda pronunci sentenza demolitoria” sicché “la sopravvenuta caducazione della legge non vale (...) ad invalidare anche i provvedimenti amministrativi che ne abbiano fatto incontestata applicazione”.

Non sorprende, dunque, che solo pochi mesi dopo sia stata nuovamente affermata l'annullabilità dell'atto amministrativo adottato sulla base di una norma attributiva del potere dichiarata incostituzionale²⁵.

Ciò che preme rilevare è che, secondo il Consiglio di Stato, l'autonomia dell'Amministrazione e la posizione istituzionale che la stessa ricopre nell'ordinamento valgono a spiegare perché la declaratoria di incostituzionalità della legge non travolga *ex se* l'atto amministrativo (annullabile) che sia applicativo della disposizione (o che sulla stessa, addirittura, risulti fondato), essendo a tal fine necessario che intervenga l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale o amministrativa²⁶.

²⁴ Il privato proprietario, infatti, non aveva dedotto il vizio di incostituzionalità sopravvenuta attraverso un atto di “motivi aggiunti”, ma si era limitato ad invocare, per il tramite di una mera memoria non notificata, l'applicazione della sentenza della Corte costituzionale. Sulla base di tale rilievo l'Amministrazione resistente riteneva che, non essendo stato ritualmente dedotto il “vizio di incostituzionalità sopravvenuta”, non si potesse dichiarare l'illegittimità del provvedimento in relazione a tale profilo. Sicché, facendo leva sul potere officioso del giudice di rilevare la nullità in ogni tempo, il Collegio ha risolto il caso specifico dichiarando la nullità per difetto assoluto d'attribuzione del provvedimento impugnato.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4624. In senso conforme anche Cons. St., sez. IV, 1° luglio 2020, n. 4221.

²⁶ Orientamento consolidato a partire da Ad. plen. n. 8/1963, ove si afferma: “*Fra legge ed atto amministrativo non sussiste un rapporto di consequenzialità analogo a quello ravvisabile tra atto preparatorio e atto finale del procedimento amministrativo. L'atto amministrativo, quale manifestazione di autonomia del potere esecutivo, ha una sua vita ed una sua individualità propria e non resta direttamente travolto dalla cessazione di efficacia della legge. Erra pertanto il giudice amministrativo che dichiari improcedibile il ricorso giurisdizionale avverso agli atti emanati da organo creato da norma dichiarata incostituzionale sul riflesso che si tratta di atti inesistenti. Essendo la incostituzionalità della legge e la legittimità dell'atto amministrativo emanato in base alla legge medesima*”.

3.2. Segue. L'invalidità dell'atto amministrativo per "violazione indiretta" del diritto Ue

Con riguardo all'invalidità indiretta dell'atto amministrativo (che sia, cioè, conforme alla norma nazionale anticomunitaria) può osservarsi che il principio di primazia del diritto dell'Unione – esplicitato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa*²⁷ – è stato declinato nell'obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto Ue²⁸ da parte dell'autorità giudiziaria²⁹ e degli organi dell'Amministrazione³⁰.

Proprio in ragione della immediata disapplicabilità della norma interna in contrasto con il diritto Ue (e dunque del controllo "diffuso" dell'anticomunitarietà della norma interna, secondo uno schema opposto a quello previsto per il controllo di costituzionalità), il vizio che affligge il provvedimento applicativo di tale norma non può considerarsi "sopravvenuto": esso, infatti, è *originario* non solo quanto alla decorrenza, ma anche quanto alla sua riconoscibilità da parte dell'Amministrazione e, in seconda battuta, del giudice.

I Trattati ed il diritto derivato, ivi comprese le disposizioni *self executing* delle direttive ed i principi enunciati dalla Corte di giustizia adita in sede di rinvio pregiudiziale³¹, infatti, costituiscono il parametro in base al quale Amministrazione e giudice comune devono valutare la legittimità della norma nazionale onde pervenire, eventualmente, alla disapplicazione della stessa.

In particolare, le statuizioni della Corte di giustizia che 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

situazioni reciprocamente autonome, anche se la seconda è influenzata dalla prima, i ricorsi impostati sulla intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale vanno decisi dal giudice amministrativo tenendo presente che *l'atto amministrativo continua ad avere vita autonoma finché non sia rimosso con uno degli strumenti a ciò idonei* e che persiste l'interesse di chi ne ha chiesto l'annullamento ad ottenerlo" (corsiivi aggiunti). Ancor di recente, cfr. T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 17 luglio 2020, n. 3185; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 10 agosto 2020, n. 1557.

²⁷ Corte di giustizia, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*.

²⁸ Corte di giustizia, 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Italia*.

²⁹ Corte di giustizia, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

³⁰ Corte di giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*.

³¹ G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.

rinvio – aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte³².

Resta ferma, tuttavia, la necessità che alla disapplicazione della norma interna segua l'abrogazione o la modifica della stessa, quale scelta autonoma del legislatore in ossequio al principio di leale cooperazione e di primazia del diritto europeo³³.

Secondo un orientamento giurisprudenziale risalente (e rimasto minoritario) l'atto emanato sulla base di una norma interna anticomunitaria doveva considerarsi nullo³⁴.

La giurisprudenza più recente propende per l'annullabilità per vio-

³² Così Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874 (che richiama: Corte cost., ord. 23 giugno 1999 n. 255 e 23 aprile 1985 n. 113, nonché Cass. civ., sez. I, 28 marzo 1997, n. 2787). Secondo Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11: “le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. Corte giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.lli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947)” (punto 54). La sentenza è stata annotata tra gli altri da: N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1169 ss.; A. TRAVI, in *Foro it.*, 2017, III, 186 ss.; S. VACCARI, *ivi*, 204 ss.

Sul ruolo del precedente della Corte di giustizia nel “network della nomofilachia europea” si rinvia all'analisi di A. BARONE, *La nomofilachia “oltre i confini”*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018, 143 ss., il quale sottolinea come la nomofilachia europea si realizzi anche attraverso l'opera dei giudici nazionali, anche di primo grado, e delle amministrazioni (*ivi*, 146). Le tesi sono state sviluppate successivamente in ID., *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 557 ss. Dello stesso A., cfr. anche *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari 2008.

³³ Cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389; *contra* M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2008, 151 ss., per il quale “l'abrogazione o la modifica del diritto nazionale è invece atto dovuto a seguito di sentenza interpretativa della Corte di giustizia”.

³⁴ T.a.r. Piemonte, 8 febbraio 1989, n. 34, in *Giur. it.*, 1989, III, 148 ove si afferma la nullità del provvedimento di esclusione da una gara per contrasto tra la legge italiana applicata dalla stazione appaltante e diritto comunitario. Su questa pronuncia, cfr. R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1989, III, 149 ss.; L. TORCHIA, *Il giudice disapplica ed il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, III, 203 ss.; R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 200 ss.; G. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1990, 359 ss.

lazione di legge, pur se si continua talvolta ad affermare che “la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”³⁵.

Si tratta, tuttavia, di un’affermazione che si ripete in maniera tralattiva nella giurisprudenza, ma che in nessuno dei casi portati alla cognizione del giudice amministrativo ha condotto alla declaratoria di nullità del provvedimento, trattandosi di fattispecie nelle quali non veniva in rilievo la violazione della norma attributiva del potere.

Secondo questa prospettiva, il provvedimento adottato in ossequio ad una norma d’azione in contrasto con il diritto Ue è annullabile con la conseguenza che esso soggiace al termine decadenziale di sessanta giorni per l’impugnazione giurisdizionale³⁶ e resta efficace fino all’esercizio (eventuale) dei poteri di autotutela³⁷.

L’orientamento dianzi richiamato configurava, ancorché a livello di *obiter dictum*, un diverso regime dell’“invalidità indiretta” prevedendo rispettivamente la nullità (talvolta qualificata come “inesistenza”) o l’annullabilità quale conseguenza del contrasto con il diritto Ue di una norma interna “di relazione” ovvero “d’azione”.

La dottrina, tuttavia, ha rilevato in senso critico come tale distinzione appaia più teorica che foriera di conseguenze applicative rilevanti, in quanto per un verso sarebbe solo astratta la possibilità che la normativa

³⁵ Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35 sulla quale cfr. M.P. CHITTI, *L’invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit.

Secondo il Consiglio di Stato “la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell’atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità [mentre] la diversa forma patologica della nullità (o dell’inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l’atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario. Al di fuori del caso da ultimo descritto, quindi, l’inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell’atto amministrativo, l’annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l’onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità”. In senso conforme, cfr. Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072; sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538.

³⁶ Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; id., 19 maggio 2009, n. 3072; sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579.

³⁷ Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072.

europea si sovrapponga a quella nazionale sull'attribuzione del potere amministrativo³⁸ e, per altro verso, la norma attributiva del potere – ancorché in contrasto con il diritto euro-unitario – non potrebbe considerarsi “inesistente”, con la conseguente sussumibilità della patologia del provvedimento nella categoria della annullabilità³⁹.

Per altra via, la tesi della nullità sembra rievocare la teoria, respinta dalla giurisprudenza più recente⁴⁰, che predica la nullità del provvedimento per “carenza di potere in concreto”.

³⁸ M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit. 701, ritiene che la nullità possa sussistere “solo nel caso, assai teorico, di un atto normativo italiano che senza potere si inserisca scorrettamente nel sistema comunitario in una parte priva di disciplina di tale fonte”. Sui rapporti tra Amministrazione nazionale e Amministrazione delle istituzioni europee, cfr., senza pretesa di esaustività, C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova 1993; Id., *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1179 ss.; M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, vol. I, Milano 2007, spec. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, *ivi*, 1 ss.; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, *ivi*, 497 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., *passim*; C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino 2017.

³⁹ G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 940 ss.

Per R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, 467, il regime di riferimento è quello dell'annullabilità indipendentemente dal fatto che la norma anti-comunitaria sia attributiva o “regolativa” del potere esercitato. Per rilievi critici sull'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la nullità del provvedimento amministrativo adottato in forza di una norma attributiva del potere anti-comunitaria, cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, cit., 3665, per il quale “la soluzione della nullità rischia di minare il principio di affidamento ed il principio di certezza delle situazioni giuridiche pubbliche, visto che gli atti sarebbero (precarì ed) eliminabili in qualsiasi momento, anche a distanza di molti anni dall'adozione”.

Di contro, V.M. SESSA, *Le nullità sopravvenute del provvedimento amministrativo*, Napoli 2018, 329 ss. ritiene che il provvedimento adottato sulla base di una norma attributiva anti-comunitaria sia affetto da una “nullità sopravvenuta” che emerge a seguito della disapplicazione da parte del giudice. Anche F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie*, cit., 286-288, riconduce la fattispecie all'ipotesi di nullità per carenza di potere.

⁴⁰ Cons. St., sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228, evidenzia che “l'indirizzo del Consiglio di Stato è consolidato nel ritenere che la nullità del provvedimento abbia carattere eccezionale (...) e che il ‘difetto assoluto di attribuzione’, quale causa di nullità del provvedimento amministrativo, evochi la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce (cfr. Cons. St., sez. IV, 19 dicembre 2007, n. 2273; Id., sez. V, 2 no-

Proprio in materia di proroga delle concessioni balneari, il Consiglio di Stato, superando quell'orientamento tralatizio nel quale si tentava di enucleare una distinzione tra nullità ed annullabilità, ha affermato che il provvedimento adottato dall'Amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto euro-unitario andrebbe considerato annullabile e non nullo⁴¹.

Da tale affermazione consegue che il provvedimento soggiace non solo al termine decadenziale per l'impugnazione giurisdizionale, ma anche alle regole che disciplinano l'annullamento d'ufficio, ivi compresa quella che pretende che l'autotutela sia esercitata entro un termine ragionevole (che, in talune ipotesi, non può essere superiore a dodici mesi).

4. *La proroga ex lege della concessione ed il necessario ruolo dell'Amministrazione*

L'art. 1, comma 682, l. n. 145/2018, nel disporre la proroga *ex lege* delle concessioni in essere, ha implicitamente attribuito⁴² alle Amministrazioni concedenti il potere di adeguare il contenuto dei provvedimenti esistenti alle nuove prescrizioni legali, non essendo possibile l'inserzione

vembre 2011, n. 5843; Id., sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372; Id., sez. V, 30 agosto 2013, n. 4323; Id., sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). Fattispecie, questa, assolutamente residuale, tanto da aver condotto all'affermazione che, ricostruito in questi termini, il difetto assoluto di attribuzione rappresenti, in definitiva, un caso di scuola (Cons. St., sez. VI, n. 5266 del 2013, cit.)”.

⁴¹ Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

⁴² Nell'ordinamento italiano, la teorizzazione dei poteri impliciti è risalente. Per una disamina approfondita, si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006, 273 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.

Sulla configurabilità di poteri impliciti, cfr. Cons. St., 26 ottobre 2015, n. 4897 che, in ordine alla non trascrivibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero, ha affermato che la norma “dove cataloga (con un'elencazione tassativa) gli elementi e i contenuti (formali e sostanziali) prescritti per la trascrivibilità dell'atto di matrimonio, impone evidentemente (*ancorché implicitamente*) all'ufficiale dello stato civile il potere (*rectius*: il dovere) di controllarne la presenza, prima di procedere alla trascrizione dell'atto (da valersi quale atto dovuto, *pur a fronte della sua natura dichiarativa*, e non costitutiva, solo se ricorrono tutte le condizioni elencate nella predetta disposizione) (...). La trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile (e la cui verifica preliminare deve ritenersi compresa nei doverosi adempimenti affidati all'ufficiale dello stato civile)” (corsivi aggiunti).

automatica (e non mediata) del nuovo termine di durata del provvedimento.

Ed in vero, non può aversi un'etero-integrazione del provvedimento concessorio da parte della legge, attraverso un meccanismo simile a quello che conduce all'applicazione automatica della norma sopravvenuta ai rapporti contrattuali pendenti e limitatamente agli effetti non ancora prodotti dagli stessi⁴³. La volontà della legge, infatti, necessita di essere recepita e trasfusa in un atto attraverso il quale l'Amministrazione esercita la funzione che è propria del ruolo istituzionale che l'ordinamento le affida⁴⁴.

Secondo tale impostazione, che si fonda sul ruolo che l'Amministrazione riveste nell'ordinamento in una prospettiva istituzionale, la volontà (di disporre la proroga) espressa dalla legge n. 145/2018 necessita di una concreta attuazione per il tramite di un atto amministrativo.

Attraverso tale atto – adottato all'esito di un procedimento avviato ad iniziativa della parte interessata o d'ufficio – l'Amministrazione, in relazione agli effetti non ancora prodotti dal provvedimento ad efficacia durevole, innova l'assetto inizialmente delineato nella concessione in riferimento alla durata della stessa⁴⁵.

La tesi sembra trovare conferma in una recente pronuncia della Corte costituzionale⁴⁶.

In un giudizio innanzi al T.a.r. Veneto, avente ad oggetto la legittimità delle clausole del bando di gara per l'affidamento di una concessione bal-

⁴³ Ad esempio, Corte cost. del 27 giugno 1997, n. 204, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1938 c.c. (così come modificato dall'art. 10 l. n. 154/1992 in materia di "fideiussioni omnibus"), ha affermato che l'entrata in vigore della nuova disciplina (che sanciva la nullità delle obbligazioni future senza limitazioni d'importo) comporta la validità della garanzia fideiussoria per le sole obbligazioni principali già sorte e non anche l'applicabilità della disciplina previgente ad obbligazioni principali successive al divieto posto dalla legge. La legge successiva, dunque, andava ad integrare in via automatica il contenuto di un contratto già concluso, ancorché limitatamente agli effetti non ancora prodotti. Secondo Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 1998, n. 831 "il principio di irretroattività non impedisce che la legge nuova si applichi ai rapporti che, pur avendo origine sotto il vigore della legge abrogata, siano destinati a durare ulteriormente e ne modifichi l'assetto con effetto *ex nunc*, vale a dire dal momento della sua entrata in vigore".

⁴⁴ Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8.

⁴⁵ Secondo F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2015, 298, "anche nel caso in cui l'effetto sia disegnato totalmente dalla norma vincolante, perché esso si produca concretamente occorre che l'amministrazione adotti l'atto di sua competenza. Il che, detto in altri termini, significa che l'effetto è *costituito* dall'atto, anche se è *determinato* dalla disposizione vincolante".

⁴⁶ Corte cost., 23 ottobre 2020, n. 222.

neare, il giudice aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale di talune disposizioni della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33, relative alla disciplina della procedura comparativa che sovraincidente al rilascio, alla modifica e al rinnovo delle concessioni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative. La difesa regionale eccepiva, innanzi alla Consulta, la sopravvenuta carenza di interesse della ricorrente quale effetto della proroga “automatica” *ex lege* della concessione in capo al beneficiario “uscente” (art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che espressamente richiama l’art. 1, comma 682 ss., l. n. 145/2018). La Corte costituzionale ha rigettato tale eccezione osservando che il concessionario uscente non si era “avvalso della facoltà di proroga della concessione, quantunque attribuitagli *ex lege*”.

Secondo l’argomentare della Consulta, la l. n. 145/2018 non determinerebbe in via automatica un effetto novativo della concessione in essere disponendone la proroga; dal che può desumersi logicamente che a tal fine sia necessario un atto dell’Amministrazione concedente, eventualmente adottato su istanza dell’interessato, titolare della facoltà di chiedere la proroga⁴⁷.

4.1. Atto di proroga della concessione, (pretesa) “natura ricognitiva” e potere amministrativo

Nella sentenza in commento l’Adunanza plenaria afferma che l’atto di proroga sarebbe non necessario, in quanto la legge “assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l’atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell’effetto prodotto dalla norma”.

In maniera contraddittoria, tuttavia, poco dopo sembra quasi invocare un intervento dell’Amministrazione: in prima battuta per “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”; in seconda battuta

⁴⁷ “La proroga *ex lege* delle concessioni balneari [non] può assumere rilievo in questa sede come *jus superveniens*, così da imporre un riesame della rilevanza delle questioni da parte del giudice rimettente, come richiesto dalla Regione Veneto. Infatti, la modifica normativa potrebbe interferire sulle disposizioni censurate solo se il concessionario uscente avesse manifestato l’intento di proseguire la propria attività; ma tale circostanza di fatto non è neppure stata allegata dalla Regione, mentre è incontestato il dato secondo cui lo stesso concessionario non si è avvalso della facoltà di proroga della concessione, quantunque attribuitagli *ex lege*” (punto 2.4 in diritto).

perché “provveda, *comunque*, a rendere pubblica l’inconsistenza oggettiva dell’atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto”.

Secondo tale prospettazione, l’atto di proroga sarebbe un “atto ricognitivo” che non costituirebbe il “portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica” dal momento che “l’effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge”.

L’assenza di un potere autoritativo renderebbe inapplicabile la disciplina dell’autotutela “*con i vincoli che la caratterizzano*”.

A fondamento della tesi della “natura meramente ricognitiva” dell’atto di proroga, l’Adunanza plenaria richiama la sentenza 18 novembre 2019, n. 7874 della VI sezione⁴⁸.

In quell’occasione il Collegio si è anzitutto preoccupato di chiarire che il rinnovo automatico (cui è equiparata la proroga) *ex lege* della concessione demaniale marittima “non integra un provvedimento amministrativo a formazione tacita né (...) abilita l’ente ad adottare un provvedimento amministrativo a portata costitutiva”: le norme che dispongono il rinnovo (o la proroga) delle concessioni “non possono essere considerate come fonti legali di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito, ma si sono limitate ad incidere, *ex lege*, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati”⁴⁹; la proroga non può mai ritenersi tacitamente accordata, mentre l’effetto, ancorché voluto direttamente dalla legge, si produce a seguito di un atto amministrativo che non ha “portata costitutiva”, ma ha “natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge”.

A ben vedere, anche in questa prospettazione, all’Amministrazione spetta il compito di adottare un atto che ha (quantomeno) natura dichiarativa degli effetti, sul singolo rapporto concessorio, previsti dalla legge che dispone la proroga.

Gli è che nel momento stesso in cui si riconosce un potere in capo all’Amministrazione – sia anche esso soltanto un potere che agisce sul

⁴⁸ Sulla quale si vedano le considerazioni di A. TRAVI, *In tema di concessioni demaniali marittime*, in *Foro it.*, 2020, III, 82 ss. Cfr., altresì, S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 625 ss.

⁴⁹ Sul punto, Cons. St., sez. VI, n. 7874/2019 espressamente richiama id., 6 giugno 2018, n. 3412: “poiché per l’art. 2 della legge n. 241/90 l’amministrazione ha l’obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, si deve ritenere che i provvedimenti taciti e i ‘silenzi significativi’ siano configurabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge (con impossibilità di applicazione analogica delle relative disposizioni)”.

piano della dichiarazione degli effetti di una volontà che è del legislatore – l'atto che ne costituisce espressione diviene manifestazione del ruolo istituzionale che l'Amministrazione riveste nell'ordinamento, consistente nel dare concreta attuazione a tale volontà.

Non sembra che si possa accogliere l'impostazione dell'Adunanza plenaria che – dando per acquisito proprio ciò che dovrebbe dimostrare – afferma in modo perentorio che “la proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo”.

Al contrario, considerato che, come abbiamo ricordato, non esiste una consequenzialità automatica tra legge ed atto amministrativo⁵⁰, affinché la disposizione determini un mutamento dell'assetto delineato dal provvedimento concessorio, la volontà del legislatore deve essere tradotta in un atto che della stessa faccia concreta applicazione.

Tale atto non può considerarsi, dunque, “meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge”, ma è esso stesso a produrre, nel singolo caso concreto, l'effetto delineato, genericamente e per tutti i casi consimili, *ex lege*.

La soggezione dell'Amministrazione alle regole dell'ordinamento, anzitutto al principio di legalità, impone alla stessa di esercitare la propria funzione (e, dunque, di adottare l'atto) applicando le regole e i principi vigenti, anche quando essi conducano alla disapplicazione della norma interna i cui effetti “automatici” si dovevano (*solamente*) dichiarare.

D'altro canto, la stessa giurisprudenza cui facciamo riferimento chiarisce che le conseguenze previste dalla legge e “dichiarate” nell'atto di proroga “si producono, qualora siano compatibili col diritto europeo”⁵¹.

Se all'Amministrazione spetta, in una prospettiva istituzionale, la funzione di dichiarare l'operare della proroga (nella misura fissa già individuata dal legislatore), nella medesima prospettiva non può esser negato all'Ente il compito di accertare la validità (anche avendo a parametro le norme europee) della norma interna da applicare, giungendo a negare l'idoneità di tale norma a spiegare l'effetto voluto.

Esiste, dunque, un potere amministrativo del quale l'atto che dispone la proroga – o, al contrario, la nega – costituisce espressione⁵².

⁵⁰ Cons. St., Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8.

⁵¹ Cons. St., sez. VI, n. 7874/2019, punto 13.

⁵² Peraltro, la tesi che predica l'assenza di qualsivoglia potere sotteso all'adozione dell'atto di proroga *ex art.* 1, comma 682, l. n. 145/2018, contrasta con l'affermazione per la quale tali atti sarebbero “atti confermativi (e non meramente confermativi, contenendo

Si tratta di un potere non esplicitamente attribuito dalla legge, ma, non di meno, funzionale al conseguimento del fine pubblico perseguito attraverso l'esercizio, previsto dall'ordinamento di settore, del potere concessorio.

Secondo l'Adunanza plenaria, l' "atto ricognitivo" adottato dall'Amministrazione assolverebbe ad una funzione "di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi"⁵³ che, pur in assenza di un "potere autoritativo", è comunque "riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento generale".

Tale tesi non persuade, in quanto la funzione dell'atto di proroga è, piuttosto, quella di rendere efficace la concessione sino al 31 dicembre 2033 e si correla direttamente alla produzione di un'utilità economico-sociale in capo al concessionario, ben più che all'esigenza di "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".

È innegabile che l'atto di proroga produce una "certezza invariabilmente insita nell'atto amministrativo", ma non per questo può considerarsi alla stregua di un "atto amministrativo produttivo di certezza"⁵⁴.

Nell'argomentare del Consiglio di Stato, l'assenza di potere autoritativo varrebbe a negare la natura provvedimentoale dell'atto amministrativo di proroga che sfuggirebbe, per tale ragione, all'esercizio dell'autotutela decisoria.

Deve osservarsi, tuttavia, che l'atto di proroga, nel produrre effetti favorevoli nei confronti del concessionario (ed eventualmente sfavorevoli

elementi nuovi, quale ad esempio il richiamo alla ultima disposizione di legge volta ad introdurre un ulteriore periodo di efficacia delle concessioni in essere fino al 2033) delle proroghe della originaria concessione" e, come tali, suscettibili di impugnazione (Cons. St., sez. VI, n. 7874/2019, punto 16).

⁵³ Sull'evoluzione dell'attività amministrativa volta a produrre certezza, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss., il quale evidenziava il rischio che un'eccessiva dilatazione concettuale della funzione di produzione di "certezza pubblica" finisse per risolversi in una notazione descrittiva della relativa attività, senza permettere di delinearne la disciplina giuridica (874). Il pensiero dell'A. è stato ripercorso da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione di produzione di certezza pubblica nella riflessione di Antonio Romano Tassone*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAIITA, N. SAIITA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli 2017, 387 ss.

⁵⁴ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, cit., *passim*.

nei confronti di quei soggetti che vedono la concessione sottratta ad un regime di contendibilità), è connotato da autoritatività⁵⁵.

Ma, anche volendo accedere alla tesi secondo la quale l'atto "ricognitivo" sarebbe espressione di una funzione pubblica legata all'immissione di certezza giuridica nell'ordinamento, gli esiti non sarebbero differenti. Ed in vero, se il potere è finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico, esso esprime non solo supremazia, ma funzione: "appare così il fattore finale del potere (...) la funzionalizzazione all'interesse"⁵⁶.

Sicché, l'adozione di quello che per il Consiglio di Stato sarebbe un mero "atto ricognitivo" è in realtà espressione di una funzione che viene esercitata anzitutto delibando l'istanza dell'interessato (ove essa sia presente) e comunque operando una valutazione sull'applicabilità del diritto interno.

Di recente, il giudice amministrativo ha affermato che il potere delle Amministrazioni di certificare che un credito vantato da un privato nei propri confronti sia certo, liquido ed esigibile "ha natura pubblicistica essendo espletato dall'Amministrazione in virtù della posizione di *supremazia* che la stessa riveste nell'ordinamento quale soggetto istituzionalmente preposto alla tutela di interessi pubblicistici"; il relativo certificato, pertanto, "non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina

⁵⁵ Sull'evoluzione del concetto di autoritatività, cfr. R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss., spec. 645. Cfr. anche ID., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino 2017, 17 ss.

S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 366 ss., opera una rilettura del fondamento del provvedimento e dell'imperatività – considerata non più quale espressione di sovranità, ma semplice modalità dell'effetto giuridico prodotto dall'esercizio del potere – ed approda ad una nozione di provvedimento che risente degli influssi derivanti dal mutato assetto costituzionale: "il provvedimento amministrativo non è più la sintesi della dialettica fra autorità e libertà, perché non è più espressione della sovranità. Non è neppure configurabile come la sintesi della dialettica fra libertà e autorità (se mai lo è stato), secondo una impostazione volta a privilegiare il momento della libertà rispetto a quello dell'autorità, perché non ha più il suo fondamento nella sovranità. La Costituzione rende recessivo il momento dell'autorità nella dinamica relativa all'esercizio del potere amministrativo (...). Il provvedimento assurge a momento di sintesi dei valori dominanti nell'ambito della Costituzione", vale a dire, sintesi della dialettica fra libertà e uguaglianza.

⁵⁶ A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. Sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, in *Giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2021, per il quale "quando il potere è vincolato a un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse".

nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico”⁵⁷. Ma vi è di più: l’atto “ricognitivo”, essendo finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico attraverso un “motivato giudizio critico” ha natura di “atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell’esercizio di poteri autoritativi”.

4.2. Segue. *La natura provvedimento della proroga*

Applicando gli insegnamenti di quella giurisprudenza anche alla fattispecie che ci occupa, possiamo affermare che l’adozione della proroga presuppone un “giudizio critico” dell’Amministrazione sulla compatibilità della norma interna (che tale proroga prevede) con il diritto europeo.

L’atto che l’Amministrazione adotta è frutto di un processo valutativo e volitivo che verte non sull’*an* della proroga o sulla durata della stessa (profili rispetto ai quali la legge elide ogni margine di discrezionalità), ma sull’applicabilità della norma che fonda il protrarsi dell’efficacia temporale della concessione⁵⁸.

È attraverso l’atto (e non in virtù dell’operare automatico della legge) che si modifica l’assetto di interessi delineato dalla concessione.

L’atto con il quale si dichiara la proroga voluta dal legislatore ha – contrariamente a quanto sostenuto dall’Adunanza plenaria – natura provvedimento che, peraltro, è sovente riconosciuta agli atti, con rilevanza esterna, emanati da una pubblica Amministrazione, ancorché privi

⁵⁷ Cons. giust. amm. reg. Sic., 13 settembre 2021, n. 802: “non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poiché sottesi all’emissione del provvedimento in questione sono i poteri di verifica dell’esistenza e regolarità dell’obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell’esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l’amministrazione non agisce *iure privatorum*, e correlativamente, il privato non è titolare di un diritto soggettivo. La finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la proceduralizzazione dell’attività certificatoria, per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento, caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l’attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione”.

⁵⁸ Per A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. Sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, cit., “il potere vincolato resta potere amministrativo, perché la legge conserva il vincolo all’interesse e quindi trasfonde nell’atto l’esigenza che quel vincolo si esprima in un ‘motivato giudizio critico’ (...). Il motivato giudizio critico è l’essenza di ciò che è il potere autoritativo: il giudizio sull’interesse”.

di efficacia autoritativa o costituiva e dotati di soli effetti accertativi o dichiarativi⁵⁹.

D'altro canto, la natura provvedimentoale della proroga emerge dai repertori di giurisprudenza, nei quali si segnalano, per un verso, numerosi casi in cui il rigetto dell'istanza ha determinato la reazione del concessionario in sede giurisdizionale; per altro verso il maturare di opposti orientamenti ermeneutici che si intendeva comporre proprio attraverso la pronuncia dell'Adunanza plenaria⁶⁰.

Ma se l'atto con il quale si nega la proroga è un provvedimento impugnabile (e sovente impugnato), anche l'atto con il quale la proroga è accordata ha natura provvedimentoale ed è, pertanto, assoggettato al regime di invalidità degli atti amministrativi non meno che al potere di autotutela decisoria dell'Amministrazione, entro i limiti tracciati dall'ordinamento.

Come abbiamo osservato innanzi, proprio perché legge e atto amministrativo costituiscono espressione di differenti e autonome funzioni dello Stato, non si ha la caducazione automatica degli effetti di un atto amministrativo adottato sulla base di una norma ritenuta anticomunitaria: esso deve essere rimosso da una pronuncia del giudice o da un provvedimento amministrativo di secondo grado.

⁵⁹ Cons. St., 26 ottobre 2015, n. 4897, punto 3.5. Secondo S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 260, si tratta di atti "che esternalano una situazione giuridica preesistente con l'efficacia giuridica tipica del provvedimento". Sui provvedimenti dichiarativi, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2014, 447; F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, cit., 302.

⁶⁰ Il decreto del Presidente del Consiglio di Stato deferisce due ricorsi in appello su controversie nelle quali i giudici di prime cure avevano adottato decisioni opposte in ordine alla legittimità del rigetto di istanze di proroga di concessioni balneari. T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 73, impugnata dinnanzi al Consiglio di Stato con ricorso n. 1975/2021, aveva dichiarato la non disapplicabilità del diritto nazionale da parte della p.A. e, dunque, aveva annullato il provvedimento di diniego di proroga siccome in contrasto con l'art. 1, commi 682 ss., l. n. 145/2018. In senso sostanzialmente conforme in ordine alla "non disapplicabilità" del diritto interno, cfr. la sentenza annotata da R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a Puglia – Lecce, sez. I, del 18 novembre 2020 n. 1321)*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 dicembre 2020. Per l'orientamento che dal potere/dovere (anche) del funzionario pubblico di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con quella dell'Unione, desume la legittimità del provvedimento di diniego di proroga impugnato dal concessionario, cfr., tra le tante, T.a.r. Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504, che ha originato la pronuncia in commento.

5. “Rimozione” del provvedimento di proroga e annullamento d’ufficio

Non è questa la sede per ricostruire compiutamente l’evoluzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sul potere di autotutela dinnanzi a provvedimenti illegittimi per violazione del diritto Ue.

Basterà ricordare che un primo orientamento tendeva a configurare tale potere come “vincolato” in ossequio all’adempimento di un obbligo internazionale assunto dallo Stato⁶¹, mentre non erano mancate decisioni che, ai fini dell’annullamento d’ufficio, richiedevano l’accertamento, nell’esercizio di un’attività tipicamente discrezionale, di ragioni attuali di pubblico interesse diverse dal ripristino legalità (comunitaria) violata e la ponderazione di interessi, anche privati, che potessero militare per la conservazione dell’atto⁶².

Tuttavia, dall’analisi della giurisprudenza europea e nazionale della Corte di giustizia emerge come – al di là dei richiami, talvolta meramente deferenti e formali ad esigenze di certezza del diritto e tutela dell’affidamento – il principio di primazia del diritto dell’Unione di fatto escluda ogni possibilità di contemperamento del principio di legalità comunitaria con le esigenze di stabilità degli effetti del provvedimento⁶³.

Ad esempio, muovendo dal principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri⁶⁴, la Corte⁶⁵ – pur senza configurare un obbligo

⁶¹ Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54; sez. V, 18 aprile 1996, n. 447; sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918

⁶² Cons. St., sez. I, parere 9 aprile 1997, n. 372/97, in *Foro it.* 1999, III, 334, con nota di A. BARONE.

⁶³ Sul punto sia consentito il rinvio a P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 14/2020.

⁶⁴ Su tale tema, cfr. almeno G. GRECO, *A proposito dell’autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss. e la bibliografia ivi citata. Per le implicazioni sui poteri officiosi del giudice derivanti dall’autonomia processuale e procedimentale degli Stati membri, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 401 ss., spec. 448-451.

⁶⁵ Corte di giustizia, sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-442/04, *Arcor*, commentata, tra gli altri, da B. MARCHETTI, *Sul potere di annullamento d’ufficio, la Corte ribadisce l’autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po’*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1132 ss.; L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevalente sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 477 ss.; G. GRÜNER, *L’annullamento d’ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell’autonomia procedurale degli Stati membri, dall’altro*, in *Dir. amm.*, 2007, 240 ss. Secondo M.P. CHITI, *Le peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., 491, “il principio di certezza del diritto, con il corollario della stabilità delle posizioni giuridiche, cede così il passo al principio del rispetto della legalità comunitaria”.

generale di ritiro dell'atto amministrativo nazionale violativo del diritto dell'Unione e divenuto inoppugnabile a seguito del mancato esperimento dei mezzi di ricorso – ha affermato che spetta all'Amministrazione, in ossequio al principio di equivalenza, valutare se le condizioni previste dall'ordinamento nazionale per il ritiro dell'atto divenuto definitivo che risulti illegittimo alla stregua del diritto nazionale, sussistano anche in relazione all'illegittimità comunitaria dello stesso.

Il principio di legalità (comunitaria) prevale sulle esigenze di stabilità dell'atto amministrativo⁶⁶ (e perciò di “certezza del diritto”, nella sua dimensione “nazionale”), ma alle medesime condizioni previste nell'ordinamento nazionale di riferimento, senza che l'osservanza del primo valga a guidare sempre e comunque l'Amministrazione dello Stato membro, vincolandola al ritiro dell'atto anticomunitario.

La “certezza del diritto” (intesa nella sua dimensione esclusivamente nazionale, della quale la “definitività” di un provvedimento amministrativo e l'intangibilità del giudicato costituiscono espressione) appare nell'ordinamento europeo principio cedevole innanzi a quello di primazia ed unità dell'interpretazione (e dell'applicazione) del diritto dell'Unione⁶⁷.

La discrezionalità tradizionalmente riconosciuta all'Amministrazione nazionale nell'esercizio dell'autotutela non può che risultare limitata: il primato del diritto dell'Unione, infatti, sospinge – si direbbe fatalmente – verso il ritiro dell'atto interno anticomunitario in quanto, se la legalità nazionale e quella europea risultino in contrasto, “la prima deve soccombere e i poteri di autotutela devono essere utilizzati dall'amministrazione nazionale a tutela della seconda”⁶⁸.

Tuttavia, è pur sempre alle regole nazionali che occorre far riferimento nell'esercizio dell'autotutela sui provvedimenti anticomunitari.

In proposito si osserva che, almeno a partire dalla l. n. 124/2015, l'ordinamento interno pare orientato verso una più ampia considerazione delle esigenze di certezza giuridica, specie nei rapporti aventi una rilevan-

⁶⁶ Secondo *Arcor*, punto 51, il rispetto del principio di certezza del diritto “permette di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito”.

⁶⁷ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss., spec., 1256 ss.

⁶⁸ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1257. Di “una legalità comunitaria che predomina su quella nazionale” parla L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 481.

za economica⁶⁹. In questa prospettiva si giustifica anzitutto la previsione del “termine ragionevole” per l’annullamento d’ufficio *ex art. 21 nonies* l. n. 241/1990 (come introdotto dalla l. n. 15/2005) e, a più forte ragione, l’individuazione del termine di dodici mesi per l’annullamento dei soli provvedimenti “di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”⁷⁰.

Tale ultima disposizione introduce una norma di relazione, idonea a tracciare quella linea di demarcazione che il potere pubblico non può oltrepassare senza ledere la sfera dei diritti del cittadino⁷¹: decorso il termine (da considerarsi perentorio)⁷² di dodici mesi, si assiste ad una estinzione del potere⁷³.

Il diritto soggettivo alla stabilità degli assetti delineati dal provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici una volta che sia decorso il termine di dodici mesi, costituisce portato del principio di “certezza giuridica” (o, secondo la più prudente terminologia adoperata dalla Consulta, “sicurezza giuridica”⁷⁴) inteso in una dimensione “individuale”⁷⁵. Tale principio assume rilevanza in relazione all’affidamento

⁶⁹ Si veda l’analisi di A. CIOFFI, *Annullamento d’ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, cit., 75 ss.

⁷⁰ Il peso crescente che assume l’interesse del destinatario del provvedimento favorevole, specie quando si tratti di provvedimenti aventi un significativo impatto economico, emerge anche dalla disciplina dell’art. 21 *quinquies* – come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 – che ne esclude la revocabilità in ipotesi di “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”.

⁷¹ P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, cit.

⁷² Sulla natura perentoria del termine, cfr., tra gli altri, M. RAMAJOLI, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 107. In giurisprudenza, cfr. T.a.r. Puglia Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2019, n. 44.

⁷³ N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2017, 380. Argomenti a sostegno di tale tesi possono rinvenirsi anche in Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45.

⁷⁴ Cfr. le sentenze 20 marzo 2019, n. 54 (punto 3 in diritto); 5 novembre 2015, n. 216 (punto 4.2 in diritto); 31 marzo 2015, n. 56, (punto 4.1 in diritto); 18 luglio 2014, n. 219 (punto 5.3 in diritto); 4 giugno 2014, n. 154 (punto 5.2 in diritto); 17 dicembre 2013, n. 310 (punto 13.8 in diritto); 9 maggio 2013, n. 83 (punto 5 in diritto); 27 giugno 2012, n. 166; 22 ottobre 2010, n. 302 (punto 3.1 in diritto).

⁷⁵ È il caso di rilevare che accanto a questa dimensione “individuale” ne esiste una ulteriore: la “certezza giuridica” costituisce oggetto di un interesse pubblico alla stabilità degli assetti ordinamentali la cui tutela è affidata trasversalmente a tutte le Amministrazioni. La Corte EDU ha colto le ricadute “sistemiche” della stabilità delle situazioni giuridiche (sez. I, sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, n. 32269/09, § 35) ed ha qualifica-

generato in capo al cittadino in ordine al consolidamento nel tempo dell'assetto determinatosi per effetto del provvedimento: sia perché esso si è protratto “per un periodo sufficientemente lungo”, sia perché si è manifestato “in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”⁷⁶.

Una parte della dottrina ha ritenuto, anche alla luce del diritto europeo, che alla categoria dei provvedimenti “di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” possano essere ricondotti tutti i provvedimenti che rappresentano la condizione per lo svolgimento di un'attività economica nonché quelli che attribuiscono al destinatario un vantaggio anche solo indirettamente apprezzabile in termini economici⁷⁷.

La tesi sembra oggi avvalorata dalle affermazioni dell'Adunanza plenaria: la distinzione, considerata “di stampo giuridico-formale”, tra concessione di beni (“come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale”) e autorizzazione di attività (“come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente”) “deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione”⁷⁸.

Se è vero che “il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi, va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara”, esso dovrà esser considerato alla stregua di un'autorizzazione anche con riferimento all'esercizio del potere di autotutela decisoria.

Alla luce delle su esposte considerazioni, possiamo ritenere che, nel caso dei provvedimenti di proroga delle concessioni balneari, l'illegittimità comunitaria fa sorgere il potere/dovere dell'Amministrazione di

to la “certezza dei rapporti giuridici” elemento fondamentale dello Stato di diritto (Causa *Mazzeo v. Italia*, cit., § 36 e giurisprudenza *ivi* richiamata) così come la Corte di giustizia considera la “certezza del diritto” quale principio generale del diritto dell'Unione (tra le tante, sez. VI, sentenza 28 febbraio 2019, in causa C-14/18, *Alfamicro*, punto 75).

⁷⁶ Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89 (punto 9.5 in diritto).

⁷⁷ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 350-353.

⁷⁸ Ad. plen. n. 17/2021, punto 24.

agire in via di autotutela attraverso l'annullamento d'ufficio ed entro il termine di dodici mesi dall'adozione⁷⁹.

Si può prevedere che i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento del concessionario non impediranno la rimozione degli effetti del provvedimento di primo grado.

Anzitutto perché, in linea generale, la c.d. "legalità comunitaria" tende a prevalere sugli altri principi. Sotto altro profilo, perché nel caso di specie, non poteva sussistere un affidamento meritevole di tutela in capo al concessionario⁸⁰. Osserva infatti il Collegio che "qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09)" (punto 38).

Le numerose procedure di infrazione, la direttiva *Bolkestein*, la giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte costituzionale, del giudice amministrativo, erano tutti elementi che non potevano consentire all'operatore economico di confidare sulla stabilità degli assetti determinati dalla proroga.

A presidio di un effettivo esercizio del potere di annullamento si colloca la disposizione che lascia ferme le responsabilità connesse al mancato annullamento del provvedimento illegittimo (art. 21 *nonies* l. n. 241/1990).

Resta, tuttavia, un limite invalicabile: il termine di dodici mesi dall'adozione del provvedimento di proroga, posto con chiarezza dal legislatore ed applicabile anche nel caso di anticomunitarietà indiretta.

Ma se la proroga è qualificata come "atto dichiarativo" e se non c'è spazio, quindi, per l'autotutela, quel limite di colpo sparisce mentre compare nuovamente il privilegio dell'Amministrazione di tornare unilateralmente ed in ogni tempo sulle proprie decisioni.

⁷⁹ Per la tesi secondo la quale, decorso il termine di diciotto mesi (oggi dodici) dalla sua adozione, il provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici non potrebbe essere annullato anche se in contrasto con il diritto Ue, cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, 2748 ss.; G. MANFREDI, *Annulamento doveroso?*, cit., 397-399; *contra*, C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 328. Per l'applicabilità di tale termine anche alla proroga delle concessioni balneari, cfr. S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, cit., 641.

⁸⁰ Sul punto, cfr. A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, cit., 13-19.

Si garantisce così l'effetto utile della sentenza dell'Adunanza plenaria: dettare una nuova disciplina "autoapplicativa" che privi comunque di efficacia le concessioni balneari allo spirare del termine (unilateralmente individuato) del 31 dicembre 2023⁸¹.

6. *Disapplicazione della norma anticomunitaria e giudicato*

Il secondo quesito rimesso all'Adunanza plenaria verteva anche sull'annullabilità del provvedimento di proroga sul quale sia intervenuto un giudicato favorevole e si ricollega al rapporto tra autotutela decisoria e giudicato.

Il Collegio richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine al riesame di un provvedimento nazionale rivelatosi illegittimo alla luce dell'interpretazione del diritto europeo accolta dalla Corte dopo l'acquisizione del carattere della definitività della statuizione amministrativa a seguito della formazione del giudicato.

Nella prima sentenza richiamata⁸², la Corte – dopo aver affermato che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva (a seguito della scadenza dei termini ragionevoli di ricorso o dell'esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali) e ciò in ossequio al principio di "certezza del diritto"⁸³ – ha individuato precise condizioni⁸⁴ in presenza

⁸¹ All'indomani del decreto di deferimento n. 160/2021 del Presidente del Consiglio di Stato, A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, cit., 22, adombra la volontà del supremo organo della giustizia amministrativa "di imprimere una svolta nella vicenda amministrativa riguardante la concessione delle spiagge, orientando l'attività della P.A., di fatto prendendo il posto del legislatore".

⁸² Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne&Heitz* sulla quale, cfr. D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723 ss.; R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*, in *Urb. e app.*, 2004, 1154 ss.

⁸³ *Kühne&Heitz*, punto 24.

⁸⁴ *Kühne&Heitz*, punto 28: L'organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, è tenuto a riesaminare una "decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: – disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; – la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; – tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni

delle quali il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 TCE (oggi art. 4 del Trattato sull'Unione) impone, viceversa, all'autorità amministrativa, investita di un'istanza di tale oggetto, di riesaminare il provvedimento definitivo.

In quella decisione il declamato⁸⁵ (e richiamato) principio di "certezza del diritto" – che fonda il principio dell'intangibilità del giudicato – cedeva il passo all'uniforme applicazione del diritto europeo (siccome riveniente dall'interpretazione sopravvenuta della Corte di giustizia), spingendo istituzioni, organi e giudici dei Paesi membri verso la difesa, oppure il ripristino, di condizioni di parità di trattamento dei cittadini (*recte* degli operatori economici) in situazioni simili.

L'Adunanza plenaria richiama anche la sentenza *Kempter*⁸⁶ nella quale la Corte di giustizia ha precisato che affinché sussista l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa – divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, ma contrastante con una giurisprudenza sopravvenuta della Corte –, non è necessario che l'interessato abbia sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi.

Accanto a queste due fondamentali pronunce, è utile in questa sede richiamare anche i principi enunciati in *Arcor*, dove, come abbiamo ricordato, la Corte ha affermato che spetta all'Amministrazione dello Stato membro valutare se le condizioni previste dall'ordinamento interno per il ritiro dell'atto definitivo illegittimo secondo il diritto nazionale, sussistano anche nel caso di illegittimità comunitaria.

La plenaria, tuttavia, dopo aver richiamato i principi enunciati in *Kühne* e *Kempter*, se ne discosta e risolve il contrasto tra legalità (comunitaria) violata e certezza del diritto (che fonda il principio di intangibilità del giudicato), attraverso percorsi ermeneutici e ricostruttivi tutti interni

previste all'art. 234, n. 3, CE; – l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza". Quanto alla prima condizione richiamata, nella sentenza si legge (punto 26): "il diritto nazionale [olandese] riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva".

⁸⁵ Di meri "omaggi verbali alla certezza del diritto" parla opportunamente P. GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 180.

⁸⁶ Corte di giustizia, grande sez., sentenza 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*. Per un articolato commento alla pronuncia, cfr. F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1527 ss.

al diritto nazionale: tali principi sono ritenuti non “applicabili al caso di specie, dove, a ben guardare, non si pone propriamente una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi” (punto 41).

Ancora una volta, uscendo dal perimetro angusto (perché tracciato dal legislatore) dell'autotutela, sembra dilatarsi lo spazio per l'interpretazione creativa del giudice amministrativo.

Il Collegio – nonostante il deferente richiamo al principio di certezza del diritto – individua un'opzione ermeneutica che demolisce sotto i colpi dell'uniforme applicazione del diritto europeo, il valore del giudicato, andando così ben oltre i limiti delineati dalla stessa Corte di giustizia a tutela della primazia del diritto dell'Unione.

Secondo l'Adunanza plenaria, infatti, “in seguito al rinnovo [*recte* “proroga”] della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata” sicché vi sarebbe una parte di tale rapporto (quella successiva all'adozione della sentenza favorevole per il concessionario), che non sarebbe coperta dal giudicato e rispetto alla quale dovrebbe trovare applicazione la sopravvenienza normativa⁸⁷ “cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia”.

Tuttavia, si può obiettare, che se il giudicato riguarda proprio la legittimità della proroga *ex lege* accordata, è evidente che l'effetto della pronuncia consiste esattamente nel consentire il legittimo perdurare nel tempo (e sino al nuovo termine) del rapporto di durata.

Affermare che il giudicato sulla legittimità della proroga non copre la parte del rapporto successiva all'adozione della sentenza, significa di fatto privare quest'ultima di qualsiasi portata precettiva. L'effetto giuridico consistente nella operatività della proroga è già integralmente prodotto nel momento in cui la sentenza è adottata e non può esser posto in discussione dallo *jus superveniens*⁸⁸.

Il Collegio richiama a supporto della propria tesi la sentenza Ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11 che, tuttavia, si riferisce ad una fattispecie

⁸⁷ Sul rapporto tra giudicato amministrativo e *jus superveniens*, cfr., almeno, C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, III, 99 ss.; F. FRANCIARIO, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Id.*, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli 2019, 105 ss., già pubblicato in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.

⁸⁸ Sulla incidenza dello *jus superveniens* non retroattivo “limitato alle sole situazioni durevoli e, nell'ambito di queste ai soli effetti giuridici che possano ritenersi non ancora prodotti”, cfr. F. FRANCIARIO, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, cit., 117.

differente da quella che ci occupa, riguardando il c.d. giudicato a formazione progressiva⁸⁹ ed il rapporto tra sentenza che chiude il giudizio di cognizione e statuizioni rese in sede di ottemperanza⁹⁰.

Il richiamo, tuttavia, appare fuorviante dal momento che l'Adunanza plenaria pretende di desumere dal proprio precedente una regola applicabile a tutte le vicende in cui sul provvedimento di proroga "sia intervenuto un giudicato favorevole", indipendentemente dal fatto che tale giudicato sia stato oggetto di giudizio di ottemperanza.

Occorre osservare, peraltro, che, in termini oggettivi e sotto il profilo temporale, la sentenza della Corte di giustizia *Promoimpresa* (del 14 luglio 2016) non può certamente considerarsi sempre e comunque una "sopravvenienza normativa" idonea ad incidere su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato⁹¹.

Infatti, se il giudice amministrativo ha, dopo tale data, deciso una controversia in senso difforme dagli insegnamenti di *Promoimpresa*, non

⁸⁹ Sul giudicato a formazione progressiva, cfr., almeno, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1979, 288 ss.; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912 ss.

Sul giudicato amministrativo, nell'ambito di una vasta dottrina, cfr. F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano 1969, 987 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1157 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, cit.; C. CALABRÒ, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, Roma 1989; ID. voce *Giudicato – diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, agg. XV, Roma 2003; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano 1990; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano 2002; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova 2004; ID., *Il giudicato*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2020, 613 ss.; F. SATTÀ, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 302 ss.; L. FERRARA, G. MANNUCCI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Treccani.it*, 2015; F. FRANCIARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano 2016.

Tra gli studi più recenti, cfr. S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo* Torino 2017; G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino 2020.

⁹⁰ Sulla possibilità del giudice dell'ottemperanza di adeguare il contenuto del giudicato formatosi alla sopravvenuta sentenza interpretativa della Corte di giustizia, cfr. C. FIGLIOLIA, *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 ss.

⁹¹ Ad. plen. n. 11/2016 (punto 55 in diritto).

può certo sostenersi che i principi enunciati dalla Corte costituiscano *jus superveniens* idoneo a travolgere il giudicato. Se si pone mente al fatto che l'ultima proroga è stata introdotta con l. n. 145/2018, si può affermare che tutte le volte che il giudicato abbia ad oggetto la legittimità della proroga accordata in applicazione di tale disposizione, i (già vigenti) principi di *Promoimpresa* (direttamente applicabili dal giudice adito) non potranno considerarsi *jus superveniens*⁹². In tale ipotesi si verserebbe, di contro, nella situazione in cui il giudicato amministrativo contrasta con il vigente diritto europeo ed in relazione alla quale si pone il ben noto problema – oggetto di acceso contrasto giurisprudenziale⁹³ che parrebbe

⁹² Al contrario, nel caso in cui una sentenza abbia annullato il diniego della proroga *ex lege* ed il relativo giudicato si sia formato anteriormente al 14 luglio 2016 (dunque, con riguardo ad ipotesi di proroga *ex lege* introdotte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 s.m.i.) i principi di *Promoimpresa* costituirebbero una sopravvenienza normativa che assumerebbe rilievo per l'Amministrazione chiamata a (ri)esercitare il potere per garantire l'effetto conformativo della sentenza. In tale ipotesi, qualora, per effetto della sentenza, la proroga fosse stata successivamente accordata – disattendendo, così i principi di *Promoimpresa* – si sarebbe solo potuto annullare d'ufficio o impugnare (entro i consueti termini) il provvedimento così adottato. Un problema di incidenza dello *jus superveniens* rispetto al giudicato a formazione progressiva si sarebbe posto, invece, ove alla sentenza di annullamento del diniego fosse seguito il giudizio d'ottemperanza volto ad ottenere il provvedimento di proroga. Di contro, il giudicato formatosi anteriormente al 14 luglio 2016 non sarà inciso da *Promoimpresa* nel caso in cui la sentenza abbia rigettato il ricorso avverso la proroga concessa, non potendosi porre, come è noto, rispetto alle sentenze di rigetto, alcun giudizio di ottemperanza idoneo a far sorgere un problema di “giudicato a formazione progressiva”.

⁹³ Senza pretesa di esaustività si vedano le annotazioni critiche di 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*, n. 32/2020; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020; ID., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, n. 34/2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 675 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme.it*, 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *I motivi di giurisdizione nell'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020, fra ruolo della Cassazione ed esigenze di riforma costituzionale dell'assetto delle giurisdizioni*, in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. sez. un. n. 19598/2020*, Roma 2021, 165 ss. Si vedano anche i contributi raccolti in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2021, spec.: M.P. CHITI, *La Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni. Osservazioni sull'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598/2020*, *ivi*, 1 ss.; A. PAJNO, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione fra costruzione e decostruzione*, *ivi*, 31 ss.; A. SANDULLI, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, *ivi*, 57

aver trovato recente composizione anche grazie all'intervento della Corte di giustizia⁹⁴ – dell'ammissibilità dell'impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato innanzi alle SS.UU. della Corte di Cassazione *ex art.* 111, comma 8 Cost., per *errores in iudicando* o *in procedendo*⁹⁵.

La breve disamina svolta, sebbene non possa considerarsi esaustiva, mostra la complessità delle situazioni che possono venirsi a determinare rispetto ai numerosissimi casi nei quali il giudice amministrativo è stato, negli ultimi anni, chiamato a pronunciarsi sulle proroghe *ex lege* delle concessioni balneari.

Tale complessità scompare, tuttavia, nella decisione dell'Adunanza plenaria, che sembra ispirata dalla volontà di fornire una soluzione chiara, netta e di generale applicazione ad una questione giuridica risalente e dalle rilevanti implicanze economiche.

La soluzione delineata è giustificata attraverso il richiamo al “ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da

ss.; A. CARBONE, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, *ivi*, 65 ss.

⁹⁴ Corte di giustizia, grande sez., 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstadt*, ove si afferma che non contrasta con il diritto dell'Unione l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. fornita dalla Corte costituzionale ed in forza della quale non è ammissibile equiparare un motivo vertente su una violazione del diritto dell'Unione a un “motivo inerente alla giurisdizione” ai fini dell'esperibilità del ricorso *ex art.* 111, comma 8, Cost.

Il riferimento è alla sentenza Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, sulla quale, cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 113 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 122 ss.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1111 ss.

Sulla sentenza *Randstadt* si vedano le primissime osservazioni di F. FRANCARIO, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustiziainsieme.it*, 12 gennaio 2022.

⁹⁵ In dottrina, oltre ai contributi citati nelle note 93 e 94, cfr. R. VILLATA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2014; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss.; F. FRANCARIO, *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma 2019.

Si vedano anche i saggi raccolti in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli 2018.

un lato, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria 'onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali'; e, dall'altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia" (punto 50).

Ma, in nome della certezza del diritto, si finiscono per introdurre, anche sotto il profilo dell'incidenza dello *jus superveniens* rispetto al giudicato, fattori di nuova e profonda incertezza.

7. Osservazioni conclusive

Volendo trarre delle considerazioni d'ordine generale sulla sentenza, non circoscritte al solo profilo dell'autotutela, può osservarsi che l'Adunanza plenaria, allorquando ha affermato che rispetto agli atti di proroga non vengono in rilievo i poteri di autotutela decisoria della p.A., non si è limitata a dichiarare il "diritto vivente"⁹⁶, ma sembra aver creato nuovo diritto⁹⁷, con possibili significative ripercussioni di sistema⁹⁸.

La creazione di nuovo diritto attraverso il formante giurisprudenziale, che dalla forza del precedente trae costantemente linfa⁹⁹, non può

⁹⁶ Su queste problematiche si vedano le riflessioni di E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1237 ss.

⁹⁷ L. FERRAIOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, 13 ss.; N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 492 ss.; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, n. 17/2018.

⁹⁸ Ad esempio, nella parte in cui nega la natura provvedimentale dell'atto "dichiarativo" di proroga (e, per tal via, la potenziale lesività dell'atto), la sentenza ne limita – certamente in modo involontario – la giustiziabilità *ex art.* 113 Cost.

⁹⁹ Nella dottrina più recente, senza pretesa di esaustività, cfr. F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2015, 585 ss.; A. TRAVI, *Valore del precedente nella giurisdizione amministrativa*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 109 ss. per il quale il valore del precedente dipende dalla sua variabile "capacità persuasiva", senza che possa configurarsi alcun valore formale e, per così dire, "automatico" al precedente. Tra gli studi monografici, cfr. A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisione della P.A.*, Napoli 2018.

considerarsi certamente un fenomeno nuovo, specie per il diritto amministrativo che, sin dalla sua fondazione, si connota come diritto eminentemente pretorio,¹⁰⁰ nel quale i principi enunciati in sede giurisprudenziale talvolta sono in contrasto con la legge¹⁰¹ e sovente refluiscono nella legge¹⁰².

In questo caso – pur a fronte di un legislatore inerte in quanto decisore politico troppo debole per assumere decisioni destinate a scontentare gli operatori economici nazionali – la necessità di “creare” nuovo diritto sembra potersi individuare nella difficoltà di sottrarre l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio dell’atto di proroga ai vincoli introdotti dal legislatore, specie in relazione al termine decadenziale di dodici mesi.

Qualora si fosse riconosciuta, con minore sforzo creativo, la natura provvedimentale della “proroga” (nella misura fissata *ex lege*), la declaratoria della illegittimità comunitaria dell’art. 1, comma 682, l. n. 145/2018 avrebbe determinato la doverosità del procedimento d’annullamento d’ufficio (con il suo esito demolitorio pressoché scontato) anche alla luce delle responsabilità connesse al mancato annullamento del provvedimento illegittimo (art. 21 *nonies* l. n. 241/1990)¹⁰³.

¹⁰⁰ Sul rilievo che ha assunto la giurisprudenza nella costruzione stessa del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto, cfr., nell’ambito di una vasta dottrina, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano 1983, 121 ss.; M. D’ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 299 ss.; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2001, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; ID., *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.; F. SAITTA, *Appunti per una riflessione sul diritto giurisprudenziale, sul ruolo della dottrina e sul metodo nel diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 10/2013; A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.

¹⁰¹ M.A. SANDULLI, “Principi e regole dell’azione amministrativa”: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale, in *federalismi.it*, n. 23/2017.

¹⁰² S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, cit., 3, osserva, con la consueta efficacia e capacità evocativa: “Vi sono schiere di consiglieri di Stato che scrivono norme da sottoporre all’esame parlamentare, nelle quali versano principi e regole affermati in sede giurisdizionale. Dunque, principi giurisprudenziali diventano leggi approvate dal Parlamento. Ma, poi, queste leggi sono sottoposte al vaglio giurisdizionale, nel corso del quale principi e regole sono nuovamente precisate, limitate e ampliate, sviluppate, ecc.”.

¹⁰³ In ordine alla capacità del precedente di incidere sull’assetto della responsabilità,

Tuttavia, la mancata adozione tempestiva (e comunque entro dodici mesi dal provvedimento di primo grado) dell'annullamento d'ufficio avrebbe compromesso quell'unitarietà di disciplina che si intendeva garantire.

Non può negarsi che la forza giuridica della pronuncia resa dall'Adunanza plenaria, che in virtù dell'art. 99, comma 3 c.p.a., impone i suoi principi alle Sezioni del Consiglio di Stato e, indirettamente ai T.a.r.¹⁰⁴ (ed alle amministrazioni, naturalmente sospinte a conformarsi all'insegnamento del supremo consesso) finisce per costituire un fattore che rischia di indurre il giudice ad occupare spazi riservati nell'ordinamento al legislatore.

Ciò che si vuol dire è che se la sentenza resa dalla plenaria non può esser messa in discussione (se non attraverso una nuova remissione allo stesso organo), essa finisce per esser recepita acriticamente dalle amministrazioni e dallo stesso g.a. (magari in una sentenza in forma semplificata *ex art. 74 c.p.a.*). Gli argini dell'ordinamento verso la creazione del diritto da parte del giudice si fanno, per tal via, cedevoli, con rilevanti conseguenze in ordine alla certezza giuridica.

Così, volendo recuperare attraverso la funzione nomofilattica una certezza giuridica sempre vagheggiata¹⁰⁵ – ma troppo spesso smarrita nei sentieri tortuosi di una giurisprudenza che approda a soluzioni sempre

cfr. A. TRAVI, *Valore del precedente nella giurisdizione amministrativa*, cit., 110. Sul rapporto tra azione amministrativa e precedente giurisprudenziale, cfr. A. DE STANO, *Precedente giudiziario e decisione della P.A.*, cit., spec. 152 ss.

¹⁰⁴ E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit.; ID., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova 2015, 25 ss.; ID., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 17 ss. Con particolare riguardo alla funzione del "principio di diritto nell'interesse della legge" volta anche a garantire, in una prospettiva di certezza delle regole, un'interpretazione tendenzialmente uniforme dell'ordinamento interno di fronte all'ordinamento dell'Unione, si veda lo studio di A. ANGIULI, *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli 2017, 173 ss.

Tra gli studi monografici più recenti S. SPUNTARELLI, *Sentenze interpretative dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e argomentazione dell'interpretazione*, Roma 2018.

Sul ruolo della Corte di giustizia quale garante di una sorta di "diritto di ribellione" del giudice nazionale al vincolo del precedente derivante dall'ordinamento interno, cfr. A. BARONE, *La nomofilachia*, cit., 147.

¹⁰⁵ Appare ineludibile il riferimento a N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.

diverse, mutevoli ed imprevedibili – si crea un nuovo fattore di incertezza non solo sul piano delle fonti del diritto, ma in senso più profondo, sul ruolo del potere giudiziario nell'ordinamento e sulla concreta capacità di incidere sulle dinamiche di formazione della legge in senso formale.

Dinnanzi alla graduale recessività del diritto di origine “legislativa”¹⁰⁶, alla pluralità ed atipicità delle fonti¹⁰⁷ ed alla debolezza di un legislatore sempre meno capace di fornire risposte appaganti alla domanda di certezza proveniente dalla società civile e dal mercato, è necessario – anche da parte della dottrina¹⁰⁸ – operare un richiamo ad una più sorvegliata osservanza delle prerogative proprie del potere legislativo, rifuggendo da ogni tendenza verso il rafforzamento di derive creazioniste della giurisprudenza, foriere di conseguenze pregiudizievoli che rischiano di intaccare gli stessi equilibri costituzionali dell'ordinamento.

¹⁰⁶ I fattori di crisi del “diritto legislativo” sono analizzati da F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 13 ss. Cfr., altresì, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 55, ss. spec. 66-68; B. SPAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 11/2017. Alla certezza delle regole è stato dedicato il Convegno AIPDA del 2014 i cui atti sono raccolti in *L'incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA Napoli 3-4 ottobre 2014*, Napoli 2015, ove si veda, spec., R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, (anche in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss., spec., 661).

¹⁰⁷ F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo. Atti del Convegno Annuale AIPDA. Padova 9-10 ottobre 2015*, Napoli 2015, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

¹⁰⁸ A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, cit.; F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, cit. 23.