

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Gaetano Caputi

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 4/2021**

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



# Concessioni demaniali: le "relazioni pericolose" tra illegittimità comunitaria e il giudicato amministrativo sui rapporti di durata. Spunti a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 17 e 18/2021

di **Andrea Marco Colarusso**

(Dottore di ricerca e già Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".)

## Sommario

1. Premessa. L'iter processuale e la decisione dell'Adunanza Plenaria. – 2. I rapporti tra illegittimità comunitaria e giudicato amministrativo nelle concessioni demaniali marittime. –
3. L'influenza dell'illegittimità comunitaria sul rapporto concessorio. – 4. Conclusioni.–

## Abstract

The paper, taking the cue from the analysis of the decision of the Supreme Administrative Court no. 17/2021 and 18/2021, aims to assess the "dangerous liaisons" between the res judicata regarding the concessions of State-owned maritime property for touristic and recreational purposes and the supervening illegitimacy, pursuant to EU law, of the national legal framework of the grants of the same concessions.

*\* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*



1. *Premessa. L'iter processuale e la decisione dell'Adunanza Plenaria.*

1.0. Ai fini che qui ci occupano, pare opportuno effettuare una preliminare analisi dell'iter processuale e delle statuizioni dell'Adunanza Plenaria.

1.1. Una società titolare di una concessione demaniale marittima aveva impugnato, innanzi al T.A.R. Sicilia-Catania, il decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale n. 115/2020, con cui era stata rigettata la sua istanza di estendere la validità della concessione, in applicazione della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

In altro giudizio, avente oggetto analogo, un soggetto titolare di concessione demaniale marittima aveva proposto impugnativa innanzi al T.A.R. Puglia-Lecce avverso i provvedimenti con cui il Comune di Lecce aveva respinto l'istanza di proroga *ex lege* n. 145/2018, rivolgendo al concessionario formale interpello al fine di conoscere se lo stesso intendeva avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 182 del D.L. n. 34/2020, con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di non avvalersi di tale facoltà e di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre.

L'adito giudice amministrativo aveva respinto entrambi i ricorsi.

1.2. Le sentenze dei Tribunali siciliano e pugliese erano state gravate in appello, rispettivamente, innanzi al C.G.A.R.S. e al Consiglio di Stato e, conseguentemente, il Presidente del Consiglio di Stato, con Decreto n. 160/2021, avendo rilevato la particolare importanza della questione anche per i suoi riflessi economico-sociali, e al fine di garantire uniformità di orientamento nelle varie amministrazioni, aveva deferito d'ufficio la questione all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., enunciando i seguenti quesiti di diritto:

1) *se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;*

2) *se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-*



*excusing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;*

3) *nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;*

4) *se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, mail cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.*

1.3. L'Adunanza Plenaria, con le sentenze nn. 17 e 18 del 09/11/2021, ha risolto i quesiti proposti mediante l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

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

*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto;*

*al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio*



*che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E".*

1.4. Il Collegio, dunque, ha compiuto un'indagine sull'eventuale contrasto tra le norme nazionali regolanti la materia delle concessioni demaniali e quelle dell'ordinamento comunitario, direttamente applicabili alla fattispecie.

1.5. Nessuno degli argomenti addotti dai giudici di prime cure, che hanno sancito l'illegittimità della proroga automatica *ope legis* delle concessioni di beni demaniali, è stato smentito dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria, di tal che può dirsi che essa si è posta in continuità con dette pronunce, arricchendole e rafforzandole con ulteriori argomenti portati a sostegno del *decisum*.

1.6. Ed infatti, il Supremo Collegio ha, dapprima, enunciato le norme nazionali regolanti la materia delle concessioni demaniali (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), indi ha compiuto l'indagine sull'eventuale contrasto tra questa norma e quelle dell'ordinamento comunitario direttamente applicabili alla fattispecie, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio (in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*), che si era già occupata della questione.

Il Collegio è pervenuto alle seguenti affermazioni:

a) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;

b) l'articolo 49 TFUE – norma questa non considerata dal primo giudice – deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, *"nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo"*.

1.7. Il Giudice ha, poi, adottato ampia motivazione, in ordine all'ulteriore argomento fondato sulla violazione dell'art. 49 TFUE, rilevando il contrasto anche tra detta norma e le norme interne di proroga, con riguardo alle concessioni per cui la direttiva non può trovare applicazione.



È stato chiarito, infatti, che l'art. 49 TFUE ha l'obiettivo di consentire ai lavoratori autonomi, professionisti e persone giuridiche (articolo 54 TFUE), legalmente operanti in uno degli Stati membri, di esercitare, in maniera libera e concreta, un'attività economica in un altro Stato membro, su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento), e, quindi, di fornire servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'articolo 56 del TFUE), senza subire discriminazioni basate sulla nazionalità.

Di conseguenza, in forza della citata norma del TFUE e della sentenza della CGUE del 07/12/2000 (in causa C-324/98, *Telaustria* e *Telefonadress*), qualsiasi Stato dell'Unione, all'atto di stabilire le condizioni alle quali subordinare la prestazione di un'attività economica, è tenuto al rispetto dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento tra i soggetti appartenenti alla comunità, nonché dell'obbligo di trasparenza e di adeguata pubblicità, onde assicurare ad ogni potenziale offerente la possibilità di inserimento nel mercato dei servizi in regime di concorrenza.

1.8. Sempre con riguardo all'art. 49 TFUE, l'A.P. ha definito il concetto di "*interesse pubblico transfrontaliero*", assunto come requisito di applicabilità della norma e la cui sussistenza è stata dalla Corte di Giustizia rimessa alla valutazione del giudice nazionale.

Secondo l'Adunanza Plenaria le ragioni di fondo poste a base della giurisprudenza europea (in particolare della sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*), sono estensibili ad ogni attività economica autonoma o di impresa, laddove il contratto da stipulare (di concessione o di appalto) presenti un "*interesse transfrontaliero*", definito come "*capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di una opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione attraverso provvedimenti che non necessariamente portano alla conclusione di un contratto di attrarre operatori economici di altri Stati membri*".

L'obbligo dell'evidenza pubblica, discendente non solo dall'art. 12 della Direttiva n. 123/2006, potrebbe quindi applicarsi anche agli appalti c.d. sottosoglia e alle concessioni non rientranti nell'ambito applicativo della direttiva medesima, in quanto l'interesse transfrontaliero potrebbe essere ravvisato anche in essi, in aderenza alla giurisprudenza europea<sup>1</sup> che ne ha elaborato alcuni indici identificativi della sussistenza.

1.9. Ed invero, per quanto più specificamente riguarda le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative, il Collegio ha avvertito che l'interesse degli operatori deve essere valutato non tanto in base al valore del corrispettivo, o in maniera isolata e parcellizzata, bensì nell'ambito di un rapporto non isolato e di durata, considerando il complesso dei beni che l'Amministrazione mette a disposizione degli

<sup>1</sup> Cfr. C.G.U.E., 15/05/2008 in C-147/06; *id.* 21/07/2005 in C-231/03.



operatori/concessionari e l'appetibilità della concessione connessa alla rinomanza dell'oggetto (ad es.: il patrimonio costiero italiano).

Con ciò tenendosi anche conto della possibilità di affidare l'attività in subconcessione, allo stato consentita in via generalizzata dall'art. 10, comma 2, della Legge 16 marzo 2001 n. 18, che ha modificato l'art. 45-bis del Codice della navigazione<sup>2</sup>.

1.10. Inoltre, è stato sottolineato che la Corte di Giustizia aveva espressamente ritenuto l'applicabilità della Direttiva n. 123/2006 – e, quindi, la necessità della previa procedura ad evidenza pubblica – non solo ai prestatori che si intendono stabilirsi in altro Stato membro, ma anche a quelli che intendono stabilirsi nel proprio Stato (richiamando la sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punto 103).

Il Collegio ha altresì osservato che la sottrazione alla concorrenza del complessivo patrimonio concedibile, potenzialmente idoneo a generare profitti ragguardevoli per gli operatori, si porrebbe in contrasto anche con i principi costituzionali interni della libera iniziativa economica (art. 41, comma 1) e della ragionevolezza, che resterebbero frustrati dalle proroghe generalizzate.

1.11. Di seguito l'A.P. ha dato atto che, nonostante la pronuncia del 2016 della Corte di Giustizia, peraltro recepita anche dalla giurisprudenza nazionale e da altre sentenze della stessa CGUE, il contrasto giurisprudenziale in ordine alla compatibilità comunitaria delle proroghe *ex lege* delle concessioni non è cessato, laddove si è negato l'obbligo di far precedere da procedure ad evidenza pubblica le concessioni di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, giungendosi a mettere in dubbio i principi comunitari della concorrenza stabiliti sia dall'art. 49 TFUE, sia dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

La sentenza, al riguardo, si è data carico di confutare le obiezioni contrarie, sia in relazione all'assenza delle risorse naturali scarse (il cui accertamento è stato ancora una volta rimesso al giudice nazionale), sia a quella, che si pone in più radicale contrasto con l'arresto del giudice europeo, secondo la quale le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative non rientrerebbero nel campo dell'autorizzazione di servizi costituenti l'oggetto dell'art. 12 della Direttiva europea, da cui si fa derivare l'obbligo di evidenza pubblica.

1.12. Il Collegio ha premesso che la stessa Corte UE, con la sentenza *Promoimpresa*, ha ritenuto la immediata applicabilità della Direttiva di che trattasi e la sua vigenza nel campo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative.

---

<sup>2</sup> Che così dispone: "Il concessionario[ol], in casi eccezionali e per periodi determinati,] previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione. Previa autorizzazione dell'autorità competente, può essere altresì affidata ad altri soggetti la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione".



La sentenza ha proseguito nella critica degli argomenti contrari all'applicazione della Direttiva nella materia delle concessioni di che trattasi.

All'obiezione che la direttiva, approvata a maggioranza, mirerebbe ad armonizzare i disparati ordinamenti degli Stati membri, in assenza di previsioni di armonizzazione e coordinamento adottate all'unanimità ai sensi dell'art. 115 TFUE, il Collegio ha opposto che la Direttiva n. 2006/123, la cui base giuridica è rinvenibile nel Capo II e nel Capo IV del TFUE medesimo, mira non alla armonizzazione, bensì alla liberalizzazione, nel senso di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio per garantire l'implementazione del mercato interno e la salvaguardia del principio concorrenziale ad esso sotteso.

Ciò al fine, appunto, di rendere possibile l'attuazione della libera circolazione dei servizi nel mercato interno, come sancito dalla CGUE, laddove ha affermato che *"la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri"*.

Quanto detto consente anche di superare l'obiezione relativa all'assenza di competenza dell'U.E. ad adottare norme di armonizzazione in materia di turismo.

1.13. Riferendosi all'altra obiezione secondo la quale la concessione di beni demaniali marittimi non rientrerebbe comunque nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2006/123, posto che essa si limita a consentire soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico-ricreativo, senza autorizzare l'attività di servizio prestata dall'impresa turistico-balneare, il Consiglio di Stato ha osservato quanto segue.

Di norma, lo stabilimento balneare è esercitato su un suolo demaniale oggetto di concessione, che ne costituisce il presupposto, dovendo rifuggirsi una impostazione meramente formalistica che valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni e autorizzazione di attività.

Si rende necessario, dunque, rivisitare siffatta impostazione formalistica, nell'ottica funzionale e pragmatica del diritto dell'Unione, e in una chiave sostanzialistica, attenta piuttosto all'effetto economico del provvedimento di concessione.

Detto provvedimento, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata per svolgervi un'attività economica, di cui costituisce una precondizione, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

Alla luce della Direttiva (art. 4, punto 1) nel concetto di servizio va compresa qualsiasi attività economica non salariata, di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, *"un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale,*



rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (cfr. Corte di Giustizia, Grande sezione, 22/09/2020, in C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).

Del resto, è stata la stessa sentenza *Promoimpresa*, più volte citata, ad affermare chiaramente che le concessioni in parola "possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica".

E, dunque, 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 deve essere fatto rientrare nel campo applicativo della Direttiva 2006/123.

1.14. Con riguardo alla ulteriore obiezione secondo cui le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse, per il che mancherebbe, anche in fatto, il presupposto per applicare la norma della direttiva servizi, il Collegio ha fatto richiamo ancora una volta alla sentenza *Promoimpresa*, la quale ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale, fatto che deve "essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato".

Secondo l'Adunanza Plenaria il concetto di "scarsità" va interpretato non in termini assoluti, tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, quindi, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che, tramite il bene, viene immesso sul mercato, non omettendo di considerare, altresì, la quantità delle aree non ancora oggetto di concessione, ma potenzialmente concedibili.

1.15. In ordine all'obiezione per cui la Direttiva non potrebbe considerarsi *self executing*, perché carente di dettagliata specificità tale da consentirne il puntuale recepimento, l'A.P. ha puntualizzato che il livello di dettaglio di una direttiva va riguardato sotto il profilo del risultato che essa si propone e del tipo di prescrizioni necessarie per realizzarlo.

Pertanto, secondo il Collegio, se la normazione sovranazionale ha incontestabilmente lo scopo di aprire il mercato delle concessioni che ne occupano, sostituendo al sistema di assegnazione/rinnovo/proroga automatico e generalizzato quello della partecipazione concorrente, senza discriminazioni, dei soggetti interessati, appare chiaro che essa ha un sufficiente grado di dettaglio, laddove impone l'esperimento della procedura di evidenza pubblica per assicurare la *par condicio* dei soggetti medesimi a mezzo di una gara trasparente, aperta e imparziale.

Ha, inoltre, soggiunto che i principi guida della Direttiva, peraltro, affermati dalla giurisprudenza europea e nazionale, forniscono all'Amministrazione tutti gli



elementi per sostituire il regime delle proroghe *ex lege* con quello della gara rispettosa dei principi medesimi.

1.16. Al punto 28 della sentenza, il Consiglio di Stato ha inferito dalle sopra esposte considerazioni l'incompatibilità comunitaria anche della moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, del D.L. n. 34/2020, evidenziando inoltre che è priva di giustificazione la proroga fondata sul manifestato intento di contenere "le conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica" e sottolineando che non si coglie nessuna ragionevole connessione tra la pandemia e le proroghe fino alla cessazione dello stato emergenziale.

Inoltre – come segnalato dalla Commissione Europea nella lettera di messa in mora all'Italia – ha rilevato che la reiterata proroga potrebbe scoraggiare gli investimenti innovativi nella materia delle concessioni e sortire addirittura effetti deleteri, impedendo la modernizzazione di un settore cruciale per l'economia nazionale e l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, anziché essere funzionale all'obiettivo dichiaratamente perseguito attraverso la conferma di situazioni acquisite e cristallizzatesi nel tempo.

1.17 L'Adunanza Plenaria, inoltre, sulla base della c.d. "giurisprudenza *Cilfit*"<sup>3</sup> ha ritenuto di non dover operare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, atteso che la questione controversa era stata già esaminata dalla stessa Corte soprattutto nella sentenza *Promoimpresa*, i cui principi risultavano peraltro ampiamente recepiti dai giudici nazionali, non sussistendo elementi ragionevoli per ipotizzare il loro superamento.

1.18. Acclarato, come sopra, il conflitto tra la normativa nazionale che autorizza le proroghe automatiche e la normativa comunitaria, l'Adunanza Plenaria ha rilevato che, sia in campo europeo<sup>4</sup>, che in campo nazionale<sup>5</sup>, l'Amministrazione, in ogni sua articolazione, anche territoriale, come tutti i soggetti dell'ordinamento, è tenuta a disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie (comprese le Direttive *self executing*), o con l'interpretazione datane dalla CGUE, riconoscendo queste ultime come diritto certo e vincolante.

Il Collegio ha ribadito che non possono sussistere incertezze sul carattere auto-esecutivo della Direttiva, affermato, peraltro, dalla più volte menzionata sentenza *Promoimpresa* e da numerose pronunzie conformi dei giudici nazionali, non essendo, peraltro, dato di immaginare – operandosi una distinzione, priva di riscontri nella giurisprudenza, tra Direttive e Regolamenti – una categoria di norme europee direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della Pubblica Amministrazione.

<sup>3</sup> Da ultimo, CGUE, Grande Camera, sentenza 06/10/2021, C-569/19.

<sup>4</sup> C.G.U.E., *F.lli Costanzo*, 22/06/1989, in C-103/88.

<sup>5</sup> Corte costituzionale, 11/07/1989, n. 389; nonché Cons. Stato, sez. V, 06/04/1991, n. 452.



Una tale distinzione, ove mai possibile, porterebbe all'assurdo che l'atto emesso dall'Amministrazione in ossequio della (ed applicando la) legge nazionale confliggente con le regole europee sarebbe soggetto ad annullamento da parte del giudice, venendosi, a creare, in tal modo, contraddizioni ed inconvenienti pratici nel sistema e dubbi sulla certezza del diritto.

1.19 Nel risolvere i problemi connessi alla prima parte del secondo quesito, il Collegio ha premesso dapprima i principi che regolano l'intervento di secondo grado dell'Amministrazione sui rapporti già in essere creati da provvedimenti amministrativi.

Ha evidenziato che il potere di autotutela, inteso a regolamentare una seconda (e ulteriore) volta il rapporto di diritto pubblico, e l'interesse pubblico ad esso sotteso, presuppone l'esercizio precedente di un potere sfociato in un atto, creativo del rapporto, da assoggettare a nuova regolamentazione.

Ciò non avviene laddove il potere di regolare e creare il rapporto originario (*id est*: la concessione prorogata) sia espressione della *voluntas legis*, sulla quale, ovviamente, non è immaginabile l'esercizio dell'autotutela da parte della P.A.

Nella specie, infatti, non si rinviene l'atto autoritativo fonte del rapporto pubblicistico, in quanto la proroga deriva direttamente dalla legge, senza l'intermediazione del potere pubblico (agisce il meccanismo norma-fatto-potere, anziché quello norma-potere-fatto), così che l'atto concessivo di proroga ha natura meramente ricognitiva, atteso che l'effetto automatico è stato prodotto direttamente dalla legge che si iscrive nella categoria delle c.d. leggi-provvedimento, in quanto non dispone in via generale e astratta, ma interviene a regolare un numero limitato e già conosciuto di casi già preesistenti.

La P.A., quindi, esercita sul rapporto voluto dalla legge non già un potere autoritativo, ma può limitarsi alla presa d'atto (potere ricognitivo) di una situazione in cui il rapporto, siccome originato da un atto legislativo che, essendo in contrasto con la normativa europea, non poteva e non può (nel presente) essere applicato, deve essere considerato come *tamquam non esset*.

1.20. E, tuttavia, l'Amministrazione, una volta che abbia preso atto della situazione giuridica in essere, pur non avendo spazio per l'esercizio dell'autotutela, non può rimanere inerte, ma, al fine di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi estranei al rapporto, deve renderne pubblica l'inconsistenza di questo nei sensi sopra detti e comunicarla anche al soggetto che ne è titolare.

L'A.P. ha richiamato la giurisprudenza comunitaria (sent. *Khune*, in C-453/04, sent. *Kempter*, in C-2/06) per segnalare che la P.A. può intervenire in autotutela sull'atto comunitariamente invalido solo alle seguenti condizioni: a) quando l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) quando l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) quando tale sentenza, alla luce di una



giurisprudenza della C.G.U.E. successiva, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

1.21. Sulla stessa falsariga e sulla base degli stessi principi, l'Adunanza Plenaria ha, poi, risolto il ben più arduo problema della sorte e dell'efficacia del giudicato che abbia sancito la legittimità della proroga della concessione demaniale (seconda parte del secondo quesito).

Partendo dal presupposto che è sempre la legge ad essere fonte del rapporto, ha evidenziato che l'istituto della cosa giudicata è preposto a garanzia della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici e che il principio di autorità della *res judicata* è stato recepito in tutti gli ordinamenti degli stati membri, per cui la giurisprudenza comunitaria ne riconosce l'intangibilità anche quando il superamento dello stesso potrebbe rimediare ad una violazione del diritto europeo<sup>6</sup>.

Tuttavia, nel caso delle concessioni demaniali, vi è una particolarità a cui va adattato il principio del giudicato, siccome esso incide su un rapporto di durata.

Pertanto, deve ritenersi che una eventuale sentenza della C.G.U.E. interpretativa di una norma – e, come tale, avente lo stesso potere vincolante della norma interpretata – allorché venga ad incidere su rapporti in corso di svolgimento, come le concessioni in atto, qualora il giudicato abbia riconosciuto la legittimità (originaria) del rapporto concessorio, non ne copre l'ulteriore ed attuale svolgimento.

Sicché, la sentenza agisce come fonte regolatrice del rapporto, *rectius* di quella parte di rapporto che si svolge dopo il formarsi del giudicato, alla stessa stregua dello *jus superveniens* e, pertanto, trova immediata attuazione agendo sulla parte del rapporto non coperta dal giudicato che, quindi, non è più sorretto da una valida fonte normativa ed è, anzi, assoggettato alla nuova regola comunitaria, incompatibile con la legge nazionale che ha disposto la proroga.

1.22. L'Adunanza Plenaria si è, infine, preoccupata dell'impatto socio-economico del suo *decisum* che, se attuato, finirebbe per comportare la decadenza immediata di tutte le concessioni in essere, creando un vuoto nelle attività di servizio ad esse connesse.

Quindi, in considerazione dei tempi tecnici necessari alla predisposizione delle procedure di gara dopo lunghi periodi di proroga, ha ritenuto, in applicazione dei principi analoghi a quelli espressi dall'A.P. n. 13/2017<sup>7</sup>, di modulare gli effetti temporali della propria decisione in considerazione del quadro di incertezza normativa ad essa sotteso, dell'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle

---

<sup>6</sup> C.G.U.E., sent. 11/09/2019, in C-676/07; 16/03/2006 in C-234/2004; Cons. Stato, A.P. n. 6/2021; Cass. Civ., Sez. V, 27/01/2017, n. 246.

<sup>7</sup> Secondo cui, per quanto qui di interesse: "L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche".



norme da interpretare e della necessità di tutelare principi costituzionali o di evitare gravi ripercussioni economiche.

In altre parole, si è ritenuto di graduare gli effetti della decisione, e dell'effetto caducatorio da essa derivante, derogando alla retroattività della stessa e in considerazione dell'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa.

Si è, dunque, stabilito un periodo (ritenuto congruo) di moratoria, stabilendo che le concessioni in atto abbiano effetto fino del 31/12/2023, scaduto il quale le stesse devono considerarsi prive di effetto, indipendentemente dal subentro, o meno, nella concessione, con l'illegittimità e inapplicabilità di ulteriori proroghe normative.

Tale intervallo potrebbe altresì consentire al legislatore un riordino della disciplina del sistema di rilascio delle concessioni demaniali, in senso conforme all'ordinamento comunitario.

Il Collegio ha dettato anche alcuni principi che devono ispirare lo svolgimento delle successive procedure di evidenza pubblica, ulteriori a quelli già sanciti dall'art. 12 della Direttiva, mediante l'auspicabile previsione nella *lex specialis* di criteri che valorizzino la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica, l'esperienza e il *know-how*, gli *standard* qualitativi, di sostenibilità sociale e ambientale, di durata ragionevole e di competizione effettiva anche sulla misura dei canoni concessori).

1.23. Si è specificato, inoltre, che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario ai sensi della L. n. 145/2018, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si sarebbero prodotti al termine del periodo transitorio sopra menzionato (sebbene la sentenza del 2016 della CGUE, in quanto antecedente alla proroga del 2018, non costituisca tecnicamente una sopravvenienza tale da incidere sul giudicato formatosi successivamente).

La graduazione degli effetti, anche in questo caso, si impone al fine di perseguire ragioni di certezza e garanzia dell'applicazione in sede amministrativa del principio di diritto enunciato, consentendo al legislatore le opportune previsioni di adattamento, nonché di evitare disparità di trattamento.

I.24. Orbene, le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 2021, così riassunte nei loro tratti essenziali, costituiscono l'occasione per sviluppare alcune riflessioni in ordine ai rapporti tra l'illegittimità comunitaria e il giudicato amministrativo relativo alle concessioni demaniali marittime.

*2. I rapporti tra illegittimità comunitaria e giudicato amministrativo nelle concessioni demaniali marittime.*

2.1. Come detto, il Consiglio di Stato si è soffermato sul valore vincolante, alla stessa stregua delle norme europee, delle sentenze interpretative delle norme medesime



emesse dalla C.G.U.E., sia per il giudice che per i funzionari dell'amministrazione degli Stati membri<sup>8</sup>.

L'Adunanza Plenaria ha acclarato il contrasto delle proroghe automatiche delle concessioni effettuate dalla normativa nazionale di cui alla L. n. 145/2018, non precedute da una selezione tra potenziali aspiranti, con la normativa europea, come interpretata dalla C.G.U.E., e, precisamente, dalla sentenza del 14 luglio 2016, in C-458/14 e 67/15, che ha affermato il contrasto con l'art. 12, parr. 1 e 2, della Direttiva 123/2006/CE (c.d. "*Direttiva Bolkestein*") e con l'art. 49 del TFUE.

Le sentenze della C.G.U.E., interpretative delle norme comunitarie, sono state individuate quale *ius superveniens* incidente sulle proroghe delle concessioni dei beni demaniali turistico-ricreative e il Consiglio di Stato ha altresì esaminato l'effetto sul giudicato delle norme sopravvenute.

Procedendo nell'*iter* argomentativo, l'Adunanza Plenaria ha qualificato la concessione come rapporto di durata e, per poter far agire lo *ius superveniens* (delle norme/sentenze comunitarie) sul perdurare della concessione, ha operato una scissione del tempo di durata delle concessioni in due frazioni, corrispondenti, l'una, al tempo decorso *ante* norma europea/sentenza e, l'altra, al periodo successivo *post* norma/sentenza, in cui la concessione prorogata in forza di norme nazionali contrastanti con quelle europee, resta priva di valida copertura normativa, divenendo *tamquam non esset*, stante il vigore, in questo secondo periodo, della norma europea (*ius superveniens*) che ne sanziona la illegittimità<sup>9</sup>.

2.2. Al fine di rispondere al quesito posto nell'ordinanza di rimessione, si è posto a premessa il formarsi del giudicato sulla legittimità della concessione sul bene demaniale e non pare potersi negare che, parlando di giudicato, deve farsi riferimento al giudicato in senso sostanziale, la cui definizione, che manca nel diritto amministrativo, va rinvenuta nell'art. 2909 del Codice civile, ove è stabilito che "*l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*".

Si tratta, quindi, non del giudicato formale di cui all'art. 327 c.p.c. (che ne è la premessa), ma di quello sostanziale, che fissa in maniera definitiva e irretrattabile un diritto, una posizione, uno *status* o un rapporto, producendo sia un effetto positivo o conformativo, sia un effetto negativo, nel senso di impedire ogni ulteriore contestazione o, per il principio del *ne bis in idem*, ogni futuro processo sulla situazione accertata, ponendosi come legge tra le parti.

Non v'è dubbio che anche nel processo amministrativo, come in quello civile o penale, una sentenza può acquistare autorità di cosa giudicata, divenendo, perciò, immutabile, allorché si tratti di una sentenza del T.A.R. non impugnata oppure di

<sup>8</sup> Sul punto, Cons. Stato ,Ad. Plen., 09/06/2016, n. 11; Cass. Civ., 03/03/2000, n. 2433; Cass. Civ., 28/04/1998, n. 4327; Cons. Stato Ad. Plen., n. 9/1998; id. n. 8/98; 39/1998; nonché, Cons. Stato, Sez. IV, 06/11/1998, n. 1439.

<sup>9</sup> Cfr. parr. 39 e ss. delle sentenze dell'A.P. nn. 17 e 18 del 2021.



una pronuncia resa in grado di appello dal Consiglio di Stato, se non assoggettata al ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione<sup>10</sup>.

Delle sentenze del giudice amministrativo, in quanto emesse nell'esercizio di una funzione giurisdizionale, può essere dunque predicato sia il giudicato formale che il giudicato sostanziale, che è quello da prendere in considerazione in questa sede.

Per quanto concerne il giudicato sostanziale, poi, bisogna, in primo luogo, distinguere il giudicato di rigetto, che non produce alcun effetto sostanziale sul rapporto controverso, in quanto esso continua ad essere regolato dall'atto amministrativo non annullato, perché giudicato legittimo, col solo effetto preclusivo per la parte che abbia proposto ricorso, la quale non può proporre un secondo contro il medesimo atto e per i profili di illegittimità già ritenuti infondati.

Invece, nel caso in cui il giudicato si sia formato su una sentenza di accoglimento del ricorso, occorre differenziarne gli effetti a seconda che esso si sia formato su una sentenza emessa all'esito di un giudizio di legittimità di un atto amministrativo o nell'ambito in un giudizio di merito o, infine, in sede di giurisdizione esclusiva.

2.3. Senza indugiare nell'indagine delle differenze testé postulate, basti rilevare che, nel caso di specie, si è di fronte alla giurisdizione in materia di concessione di beni demaniali, in merito alla quale gli approdi della giurisprudenza sono ben noti e possono dirsi stabilizzati, dopo le iniziali oscillazioni, anteriori alla sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale e all'entrata in vigore del dell'art. 133, comma 1, lett. b), del c.p.a., che ha recepito le osservazioni del giudice delle leggi e ha individuato detta materia tra quelle rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>11</sup>.

Tali premesse paiono importanti perché:

1) in linea generale, deve condividersi la tesi anticipatrice di un'autorevole dottrina<sup>12</sup> e si condividono i successivi approdi della dottrina e della giurisprudenza prevalenti sviluppatasi sul nuovo Codice del Processo Amministrativo, che danno per acquisito che il processo amministrativo, sebbene formalmente strutturato come impugnazione di un atto dell'amministrazione, ha ad oggetto il rapporto di natura pubblicistica che intercorre tra il privato e la Pubblica amministrazione, con la conseguenza che le prescrizioni del giudicato non sono limitate all'atto impugnato, ma involgono la

<sup>10</sup> Sulle peculiarità del giudicato amministrativo, in dottrina, cfr. C. CALABRÒ, voce *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XV, 1989; F. BENVENUTI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1969; A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, Vol. I, 1987, p. 1645 e ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983; A.M. SANDULLI, *Il problema dell'esecuzione del giudicato amministrativo*, in *Dir. Soc.*, 1982, pp. 22 e ss.; M. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1971; V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Milano, 1976, pp. 451 e ss.; C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.

<sup>11</sup> Per gli approdi della giurisprudenza in materia, cfr. Cass. Civ. SS.UU., 12/10/2011 n. 20939; Cass. Civ., SS.UU., 13/03/2015, n. 5074; id. 09/06/2016, n. 11852; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2013, n. 5964; Cons. Stato, sez. V, 30/11/2012, n. 6110; id. 06/07/2012, n. 3963; C.G.A.R.S., 24/10/2011, n. 682.

<sup>12</sup> V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Milano, 1976, pp. 454 e ss.



spettanza di un bene della vita, fissando definitivamente l'ambito sostanziale del rapporto controverso nella sua esistenza, validità e contenuti tipici.

2) a maggior ragione, quindi, se il rapporto è coinvolto nel processo, lo è anche dal giudicato che si forma su una sentenza emessa in sede di giurisdizione di legittimità e, vieppiù, di giurisdizione esclusiva o di merito.

2.4. Ed allora, sembra corretto affermare che se la sentenza passata in giudicato coinvolge, nel senso suddetto, anche il rapporto concessorio, di esso, come meglio vedremo in seguito, è parte essenziale la durata, che non può essere in alcun modo intaccata dallo *ius superveniens*.

Ciò in coerenza con la nuova impostazione del processo amministrativo, di cui si è appena detto, dalla quale traspare chiaramente il suo evolversi verso l'indagine sul rapporto, laddove al giudice è concesso di andare oltre l'atto per indagare sull'effettiva spettanza al privato di un bene della vita, in ordine al quale sussiste una posizione di vantaggio del privato rispetto al potere amministrativo<sup>13</sup>.

Come detto, secondo la tesi oggi maggioritaria, le conseguenze del giudicato amministrativo non sono soltanto quelle demolitorie e conformative (in cui la P.A. si deve adeguare al *dictum* del giudice), oppure ordinatorie (verso la P.A. che è tenuta alla esecuzione alla sentenza), o anche inibitorie (di una nuova indagine sulla stessa fattispecie giudicata secondo il *petitum*), ma anche di merito sul rapporto che deve essere qualificato e regolato così come dettato dalla sentenza.

2.5 Tra i tipi di sentenza classificati dalla dottrina tradizionale non v'ha dubbio che quelle di condanna o costitutive sono suscettibili di passare in cosa giudicata.

---

<sup>13</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, pp. 89 e ss.; F. BENVENUTI, *Il giudicato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; P. VIRGA, *La Tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, che sono fautori della teoria tradizionale, ma con scritti anteriori al c.p.a. e V. CAIANIELLO che, sia pure con scritto anteriore, muove critiche penetranti alla teoria del Benvenuti e anticipa la visione di quel che è il processo amministrativo come attualmente configurato. Ed ancora, oltre a V. CAIANIELLO, si v. R. DE NICTOLIS, *La Giustizia amministrativa*, Roma, 2006, p. 313; I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. Dir. Proc.*, n. 4/2020; C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. It.*, n. 12/2016; R. GAROFOLI, *Codice Amministrativo Ragionato*, Roma, 2021, p. 412, sub art. 63; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001; M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo, profili di teoria generale*, in *Dir. e processo amministrativo*, n. 4/2017; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017; G. GRECO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 344 e ss.

Per la giurisprudenza, si vedano: T.A.R. Lazio-Roma, sez. I bis, 01/02/2021, n. 1304; Cons. Stato VI, 10.2.2020 n. 1001 e, per quanto concerne la "unità e inscindibilità" tra atto a monte e contratto a valle, sottoposto alla giurisdizione esclusiva del G.A. si veda Cons. Stato, 20/10/2010, n. 7578, stante la preordinazione funzionale tra tali atti. Si vedano, inoltre, Corte cost. 13/12/2019, n. 271, punto 11.2; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/06/2021, n. 3909; Cons. Stato, sez. VI, 10/02/2020, n. 1001; sez. IV, 26/09/2019, n. 6443; sez. VI, 16/07/2012, n. 4174; A.P. 23/03/2011, n. 3; Sez. VI, 10/07/2001, n. 3803; sez. V, 14/05/2001, n. 2634; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/06/2021, n. 3909; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III quater, 19/07/2019, n. 9682; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 31/03/2015, n. 167; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. III, 04/08/2011, n. 1346; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 10/05/2011, n. 4078; id., sez. IV, 04/11/2009, n. 6884; Cons. Stato, A.P., 22/12/1982, n. 19.



Ma anche le sentenze di mero accertamento o dichiarative, che sono le sentenze prive di effetti innovativi nel senso che non producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni o rapporti giuridici – come quella che abbia accertato la legittimità di una concessione – sono tuttavia suscettibili di passare in *rem judicatam*<sup>14</sup>. Orbene, la pronunzia del G.A. che abbia riconosciuto la legittimità della concessione ha natura di sentenza di mero accertamento, secondo quanto traspare dallo sviluppo dell'*iter* motivazionale delle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

Come detto, è indubbia l'attitudine delle sentenze amministrative di mero accertamento di passare in cosa giudicata, alla stregua delle altre sentenze della stessa natura.

Queste, infatti, hanno la stessa attitudine ad eliminare l'insicurezza attorno ad una realtà giuridica oppure a un rapporto giuridico, dichiarandoli come realmente sussistenti e certi e/o legittimi, nei termini del giudicato, in forza del quale tale certezza, si afferma come definitiva, in coerenza con la definitività che caratterizza il giudicato.

E tale certezza non può essere resa provvisoria – come pure vedremo in seguito – neppure da una norma successiva che, ove mai rimuovesse o modificasse gli effetti cristallizzati nel giudicato sul rapporto, incorrerebbe, sicuramente incorrerebbe negli strali della Corte costituzionale<sup>15</sup>.

2.6. Tuttavia, l'apparato argomentativo della sentenza in esame, per giungere al *decisum* finale, prende spunto dal rilievo che la concessione si realizza in un rapporto di durata (tipica dei contratti c.d. di utilizzazione o di godimento<sup>16</sup>), premessa che è certamente da condividere, atteso che gli obblighi delle parti nascenti dal contratto di concessione e gli effetti del contratto stesso si protraggono uniformemente nel tempo senza possibilità di frazionamento, come è proprio dei contratti ad esecuzione periodica.

Ma, se così è, nel contratto di concessione di un bene demaniale è connaturato il perdurare nel tempo, con la indicazione della durata e/o del termine di scadenza, a meno che non si voglia ipotizzare una concessione 'a tempo indeterminato', la cui praticabilità concreta sarebbe da porre fortemente in dubbio e, comunque, non parrebbe corrispondente alla realtà del caso esaminato.

---

<sup>14</sup> Sul passaggio in giudicato delle sentenze di mero accertamento o dichiarative, come quelle che si limitano ad accertare *l'an debeatur*, o una nullità, la qualificazione giuridica di un contratto, una inopponibilità, ovvero l'usucapione di un bene la giurisprudenza è sterminata. In particolare, si vedano, a titolo esemplificativo: Cass. Civ., sez. III, 20/02/2013, n. 4241; dichiarativa di responsabilità; id. sez. II, 25/07/2011, n. 16238, che dichiara la proprietà; id., sez. I, 01/02/2010, n. 23325, che dichiara l'obbligo del terzo nell'espropriazione presso terzi; sez. I, 24/09/2019, n. 23973, di accertamento negativo sul rapporto biologico di filiazione; sez. VI, Ord., 21/07/2021, n. 20882, che accerta la non autenticità della sottoscrizione di un documento; Tribunale Napoli, sez. IV, sent. 04/06/2021, che accerta l'autenticità e la trascrivibilità del documento.

<sup>15</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 07/11/2007, con nota di R. CAPONI; Corte Cost., 04/07/2013, n. 179.

<sup>16</sup> G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2010, cap. 2.



Del resto, l'ordinamento non conosce una concessione che non sia perdurante nel tempo ed in cui non sia indicato il termine finale (ed anche iniziale, espressamente o per implicito) o la scadenza, per cui si potrebbe dire che l'indicazione della durata/scadenza faccia parte di quelle che si sogliono definire gli *essentialia o naturalia negoti*.

Non a caso, il contratto di durata paradigmatico per eccellenza è il contratto di locazione, dal codice civile (art. 1571), definito come "il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra parte una cosa mobile o immobile "per un dato tempo", verso il pagamento di un corrispettivo".

Ebbene, il contratto di concessione di bene demaniale<sup>17</sup> è quello che, sebbene sorga e sia disciplinato come rapporto di diritto pubblico, maggiormente è assimilabile al contratto di locazione, poiché in entrambi i casi il proprietario del bene trae da esso una utilità indiretta, concedendone l'utilizzazione ad altro soggetto dietro pagamento di un canone.

Ne deriva che, come per il contratto di locazione, anche nel rapporto/contratto di concessione, l'indicazione della durata, se non un elemento essenziale del negozio, come sopra cennato<sup>18</sup>, ne rappresenta almeno la "condizione essenziale", o un "elemento fisionomico"<sup>19</sup>, un carattere peculiare ed "essenziale per ambo le parti", oppure un "elemento causale"<sup>20</sup>, una "connotazione quasi causale"<sup>21</sup>, o la "intrinseca componente"<sup>22</sup>.

Pertanto, qualunque sia la funzione che si voglia attribuire all'elemento della durata nell'economia della concessione - anche se chi scrive propende per la componente causale - si tratta, in ogni caso, di un elemento (o componente) originario intimamente legato al rapporto, non scindibile da esso, né frazionabile.

2.7. In definitiva, il contratto di concessione, come quello di locazione - e gli altri a questo assimilabili, quali, ad esempio, il contratto di somministrazione, di affitto di fondo rustico o di azienda, i contratti di associazione, quali la società in nome collettivo e la società per azioni<sup>23</sup>, per le quali l'indicazione della durata del rapporto nell'atto costitutivo è obbligatoria - non possono esistere senza la determinazione del tempo, tanto che se le parti hanno ommesso di indicare il tempo di durata del contratto (di locazione o di affitto), a tanto provvede la legge (artt. 1474 e 1630 c.c.).

<sup>17</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 228.

<sup>18</sup> A. BUCCI, E. MALPICA, R. REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *La Locazione. Disciplina generale.*, Milano, 1993.

<sup>19</sup> A. TABET, *La Locazione-conduzione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1972, XXV.

<sup>20</sup> F. MESSINEO, *Enc. del Dir.*, voce *Contratto (dir. priv.)*, Milano, 1961, vol. IX, p. 927.

<sup>21</sup> M. BESSONE, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2004, p. 421.

<sup>22</sup> R. MICCIO, *La Locazione*, Milano, 1961, XII, 61; S. COCO, voce *Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1974, XXIV.

<sup>23</sup> È un tipico contratto di durata. Si veda G. FERRI, *Della societate*, in *Commentario c.c. Scialoja e Branca*, Bologna, 1955, p. 221.



Ne deriva che, come non può concepirsi un rapporto di durata senza la determinazione del suo permanere per un dato tempo, che si iscrive nel profilo causale in quanto concilia l'interesse delle parti sotteso all'operazione economica, il giudicato sulla concessione non può immaginarsi distinto dal suo elemento causale, cioè dalla durata di essa, quale risulta dal provvedimento amministrativo che precede il contratto, nonché del contratto stesso<sup>24</sup>.

Con ciò si vuol dire che la determinazione della durata della concessione non è un mero effetto o una fase del contratto, priva di autonomia e di rilevanza giuridica propria, ma un requisito di esistenza e validità dello stesso.

2.8 Orbene, la sentenza in commento omette di considerare il dato che le norme che sopravvivono su situazioni in atto, nelle quali la durata sia componente essenziale, di regola contengono regole transitorie, che ne disciplinano la sorte e che nella fattispecie giudicata mancano.

2.9 Da tutto quanto sopra detto deriva, ad avviso dello scrivente, l'impossibilità di praticare la cesura operata dall'Adunanza Plenaria in ordine all'elemento essenziale della durata del rapporto concessorio che, in tal guisa, viene considerato come un elemento a sé stante.

In tal modo, esso sia verrebbe separato dal rapporto medesimo, che intrinsecamente lo contiene e al quale è intrinsecamente e inscindibilmente e funzionalmente legato come in un *unicum*, e sia verrebbe scisso nel tempo, ritenendolo coperto dal giudicato, fino all'intervento dello *ius superveniens* (norma comunitaria o sentenza che questa interpreta), e non coperto dal giudicato stesso per il tempo posteriore, ricadente sotto l'imperio della legge/sentenza comunitaria che, per la contrarietà alla legge nazionale, pone nel nulla l'entità concessione.

2.10 Le superiori considerazioni circa la natura e la struttura della concessione consentono di ritenere che il giudicato sulla legittimità della stessa si riflette inevitabilmente anche sul tempo totale della sua durata, così come fissato sin dall'origine nel contratto e come già stabilito nel provvedimento anteriore al contratto stesso.

Se una scissione siffatta potesse ammettersi, si giungerebbe a ritenere che qualora lo *ius superveniens* (europeo o nazionale), vietante la concessione non preceduta da gara,

---

<sup>24</sup> Se, ad esempio, poniamo l'esistenza di una società nel cui atto costitutivo sia indicato (necessariamente) il tempo, anche come tempo indeterminato, ne ricaviamo due considerazioni:

a) la prima è che la durata della società nel tempo è carattere indefettibile del contratto, che, *exempli gratia*, l'abbia fissata in cinquanta anni;

b) la seconda è che se, per avventura, dopo la costituzione e nel corso dell'operatività della società, riconosciuta come tale, anche nella durata, da un giudicato, intervenisse una norma (interna o europea) contenente il divieto di estendere la durata dei patti sociali oltre il decimo anno dalla costituzione e se questa norma non regolasse il periodo transitorio, la società, così riconosciuta dal giudicato, diverrebbe, per il periodo successivo all'entrata in vigore della norma, una entità *ope legis* inesistente.

Per la possibilità che le società siano costituite anche a tempo indeterminato, si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 1997, vol. II, p.55.



intervenisse contemporaneamente o un attimo dopo il (o prima del) provvedimento amministrativo a monte da cui il rapporto concessorio trae origine, questo resterebbe *uno actu perfectus*, perdendo la sua natura di contratto di durata e, soprattutto, sarebbe privato dell'elemento di tipicità causale della durata stabilita nel contratto, riducendosi, per quanto detto ad un contratto *sine causa*.

Vero è che la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità che lo *ius superveniens* agisca sui rapporti di durata per la parte successiva alla sua entrata in vigore, ma, nel caso delle concessioni che ci occupano, non si tratta di un intervento sui meri effetti del rapporto concessivo instauratosi tra il privato e la Pubblica amministrazione ma, piuttosto, di una azione eversiva di una delle componenti originarie ed essenziali del contratto, che non può essere preso in considerazione in se stesso, rescindendolo dal collegamento col fatto generatore, il quale, essendo ormai un fatto compiuto e, per di più, coperto dal giudicato, deve restare insensibile alla norma sopravvenuta.

E, in proposito, non a caso, per ammettere che l'intervento della nuova legge sugli effetti, qualora la norma intervenga appunto per regolare questi indipendentemente dal fatto giuridico che li abbia generati, la giurisprudenza si riferisce ad ipotesi di spettanze stipendiali, contributive ed assistenziali, sottese a rapporti sostanziali, ma solo nell'ipotesi in cui essi siano meramente consequenziali e non connaturati al rapporto. La giurisprudenza, cioè, ha riguardo a prestazioni periodiche dalla P.A. o dei privati non in conflitto col vincolo del giudicato<sup>25</sup>.

Anche la concessione edilizia, come moltissimi altri provvedimenti, ha effetti che durano nel tempo, ma non per questo, una volta rilasciata, può essere assoggettata al mutare della legge che ne regola i presupposti di legittimità.

2.11 Ma vi è di più. La posizione dell'A.P. riporta alle origini il processo amministrativo che, secondo la disciplina introdotta col Decreto Legislativo n. 104/2010, configura, come ormai acquisito dalla dottrina e dalla giurisprudenza uniformi, un giudizio sul rapporto, ovvero sul rapporto concessorio con il suo connaturato tempo di durata.

Orbene, pur nel rispetto dell'ordinamento comunitario, può ritenersi che il giudicato formatosi secondo la legge interna dello Stato membro, che l'ordinamento sovranazionale rispetta riconoscendone l'importanza sia nell'ordine giuridico Europeo sia in quello degli Stati membri<sup>26</sup>, copra la concessione (il rapporto concessorio) sia nel momento genetico, che nel suo intero e coesistente perdurare, in quanto la legge o il provvedimento a monte, concedono il bene demaniale per un tempo X, oppure prorogano la concessione per il tempo Y o fino alla data di Z.

---

<sup>25</sup> Cass. Civ., sez. lavoro, 03/03/2000, n. 2433; Cass. Civ., sez. I, 28/04/1998, n. 4327; Cons. Stato, Ad. Plenaria, nn. 8 e 9 del 1998; id. Cons. Stato, sez. IV, 06/11/1998, n. 1439.

<sup>26</sup> Cfr. CGUE, sent. *Kapfer*, in causa C-234/04; sent. *Distillerie Smeets Hasselt NV contro Stato belga* in causa C-126/08; sent. *Thyssen Krupp Nicosia*, in causa C-352/09; sent. *Eco Swiss* in causa C-126/97; sent. *Pizzarotti c. Comune di Bari*, in causa C-213/13.



2.12 Infine, per quanto riguarda il rispetto della forza del giudicato, la giurisprudenza, sia nazionale che europea, nonché la dottrina, hanno attentamente indagato sul contrasto tra il giudicato interno e la legge/sentenza sovranazionale (Norme CEE, sentenze CGUE, norme della Convenzione EDU e sentenze della Corte EDU), pervenendo alla conclusione che, fatta salva la materia penale, la possibilità del superamento del giudicato formatosi nel campo civile o amministrativo costituisce un evento assolutamente eccezionale, frutto di una valutazione attenta del legislatore chiamato ad adottare le misure necessarie per l'adeguamento della situazione sancita dal giudicato interno alle norme e sentenze sovranazionali, tenendo nella debita considerazione *"altri interessi meritevoli di tutela ed altri principi e valori tutelati dalla Costituzione, quali quelli di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e di salvaguardia delle decisioni pubbliche ( siano essere provvedimenti o sentenze dei giudici amministrativi) che possono costituire saldo e sicuro fondamento sui cui poggia il giusto affidamento dei cittadini e delle imprese"*<sup>27</sup>.

In proposito non è dato leggere nella giurisprudenza, né si apprende dalla dottrina, di un intervento diretto della norma/sentenza sovranazionale nei rapporti definiti dal giudicato, modificandoli o annullandoli, come nel caso esaminato dall'Adunanza Plenaria in cui la norma/sentenza comunitaria ha posto in situazione di *tamquam non essent* le concessioni di beni demaniali in atto per il tempo successivo al vigore delle norme stesse.

Dal panorama giurisprudenziale e dottrinale in questa materia, si apprende, invece, che lo Stato nazionale, nell'apprestare i rimedi straordinari che vanno *ultra (o contra) rem judicatam*, non può prescindere dall'intervento del legislatore o della Corte costituzionale e dalla mediazione dei giudici, come si evince con chiarezza dalla disciplina della revocazione e della revisione delle sentenze passate in giudicato in cui il giudizio che rescinde il giudicato (giudizio rescindente) e quello successivo che a questo sostituisce una diversa decisione (giudizio rescissorio), è sempre affidato al giudice nazionale<sup>28</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre ribadito il principio (generale) secondo cui il diritto comunitario non impone di regola la disapplicazione del giudicato interno, neppure se lesivo di norme comunitarie, mitigando detto principio con l'introduzione di alcune eccezioni particolari<sup>29</sup>.

E, per quanto riguarda le norme della Convenzione EDU, questa conseguenza è dovuta al vigore del principio secondo cui il giudice comune, a differenza di quanto

<sup>27</sup> A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici* (Commento a: Corte costituzionale 26 maggio 2017, n. 123), in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2018, p. 646.

<sup>28</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 113 del 07/04/2011, con cui il Giudice delle leggi è intervenuto, con sentenza additiva, per correggere la discrasia tra un giudicato penale di condanna e la sentenza della Corte EDU del 9 settembre 1988, non eliminando il giudicato, ma aggiungendo all'art. 630 del codice di procedura penale un nuovo caso di revisione.

<sup>29</sup> C.G.U.E., 18/03/2007, *Olimpiclub*, in C-2/808.



avviene per le norme/sentenze della CGUE, non può disapplicare la norma interna in contrasto con le norme della convenzione, ma può solo sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che è tenuto ad applicare.

Invero, la norma/sentenza convenzionale non produce effetti diretti nell'ordinamento nazionale, ma impone allo Stato l'obbligo di darvi esecuzione ai sensi – ad esempio – degli artt. 41 e 46 della Convenzione EDU<sup>30</sup>.

A comprova di ciò sta il fatto che anche nella materia penale non si è verificata direttamente, ad opera della norma sovranazionale, "l'erosione e lo smottamento del giudicato"<sup>31</sup>, atteso che l'introduzione del nuovo caso di revisione è frutto della sentenza additiva della Corte costituzionale e nella sua concreta operatività richiede l'intervento del giudice nazionale ( artt. 634 e ss. C.P.P.).

2.13. Conclusivamente, deve ritenersi che almeno le concessioni la cui legittimità sia stata accertata con sentenza passata in giudicato restano escluse, fino alla loro scadenza, dalla tagliola delle regole comunitarie che vietano le proroghe senza gara.

### 3. L'influenza dell'illegittimità comunitaria sul rapporto concessorio.

3.1. Se si ritiene corretta la tesi in precedenza sostenuta e, cioè, che della concessione si debba ritenere parte integrante ed essenziale il tempo di durata, deve logicamente ricavarsene la conseguenza della impraticabilità della scissione temporale operata sul perdurare della concessione (in parte sotto la legge statale e, in parte, sotto lo *ius superveniens/sentenza interpretativa* europea), poiché il tempo determinato nel provvedimento concessivo e nel contratto è, come sopra detto, insito nel rapporto concessorio in tutta la sua durata totale.

3.2. A questo punto, per completezza dell'indagine, occorre stabilire se l'espressione *tamquam non esset*, usata nella sentenza per definire la condizione in cui verrebbe a trovarsi la concessione a seguito dell'intervento della norma/sentenza comunitaria, limiti questo esito ai meri effetti della proroga o se, invece, debba intendersi riferita al rapporto concessorio.

Si tratta di una espressione anodina che va collocata nel campo delle invalidità.

La terminologia usata condurrebbe, *prima facie*, ad ascrivere la fattispecie sotto il profilo dell'inesistenza, conosciuta dalla dottrina amministrativa come perdita di qualsivoglia giuridica rilevanza dell'atto, che però, allo stato non si saprebbe se riferire al provvedimento di concessione, al contratto o, semplicemente, al tempo residuo della concessione.

Si ritiene che, per ragioni testuali ed anche in virtù degli argomenti spesi in precedenza in ordine all'appartenenza necessaria al rapporto del fattore durata,

---

<sup>30</sup> Corte EDU, Grande Camera, 13/06/2006, *Sejdovic c. Italia*, punto 119; id. Grande Camera, 17/09/2009, *Scoppola contro Italia*, punto 147; Grande Camera, 08/04/2004, *Assanidzé contro Georgia*, punto 198.

<sup>31</sup> A. POLICE, *op. ult. cit.*



l'espressione *tamquam non esset* debba ritenersi riferita al rapporto e non possa limitarsi al decorso del tempo posteriore alla norma europea.

Ciò, del resto, emerge dalla sentenza in commento, laddove parla di "avocazione" da parte del legislatore del potere di "regolamentare il rapporto di diritto pubblico" e prosegue, riferendosi al rapporto di durata, che "nasce o prosegue col rinnovo della concessione" e che il provvedimento ricognitivo della proroga disposta per legge assurge a "fonte di regolazione del rapporto"<sup>32</sup> e si riferisce non ai meri effetti attuativi, ma a "quella parte di rapporto non coperta dal giudicato" assoggettabile allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria<sup>33</sup>, scindendo ancora una volta il tempo di durata dal rapporto di durata, nonché quando si riferisce all'intervento delle norma comunitaria che provocherebbe l'improvvisa "decadenza dei rapporti concessori (sembrerebbe nella loro interezza, n.d.a.) in essere", e quando afferma che, venute meno le proroghe *ex lege*, i concessionari si troverebbero "privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod.nav.", ed infine allorché la sentenza dispone che "le concessioni in essere" continuano ad essere efficaci sino al 31/12/2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina, esse "cesseranno di produrre effetti", sottintendendosi la perdurante validità<sup>34</sup>.

Deve evidenziarsi che l'atto versante nella situazione patologica della nullità, invero, può non solo creare una situazione apparente e produrre effetti, fino a che non vi sia una pronuncia giurisdizionale di annullamento o un atto di annullamento di ufficio in sede di autotutela o finché non intervenga una sanatoria della nullità, impossibile per l'atto inesistente.

L'atto inesistente, al contrario, non può produrre effetti giuridici né materiali, né risultati nel mondo del diritto, né può essere suscettibile di sanatoria.

Né a fronte dell'atto definito come *tamquam non esset* può configurarsi una ipotesi di invalidità successiva, derivante da una legge che modifichi i presupposti o i requisiti dell'atto originariamente valido o dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale l'atto è stato posto in essere<sup>35</sup>, poiché, esclusa la pronuncia costituzionale, la legge intervenuta successivamente non si sottrarrebbe, come meglio si dirà più avanti, alla necessità di una dichiarazione espressa di retroattività.

Sicché, se ne ricava che l'espressione usata dalla sentenza deve riferirsi al rapporto concessorio e ha riguardo al vizio di nullità.

3.3. La sentenza in commento, ad ulteriore giustificazione dei propri assunti finali, così si esprime: "Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento

<sup>32</sup> Si veda il par. 42 della sentenza dell'A.P.

<sup>33</sup> Si veda il par. 44 della sentenza dell'A.P.

<sup>34</sup> Cfr. par. 51 della sentenza, sub. 3.

<sup>35</sup> G. GRECO, *Manuale, op. cit.*, p. 247.



*amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, 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 legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, 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*<sup>36</sup>.

Orbene, prescindendo dalla natura contrattuale della novazione, di cui meglio si dirà fra breve, deve osservarsi che, allorquando per argomentare si fa riferimento a un istituto del diritto civile<sup>37</sup>, di esso non possono non essere coerentemente applicate le regole civilistiche che lo regolano, soprattutto se su di esso manca una disciplina specifica nel diritto amministrativo.

Perciò, nel caso che ne occupa, si dovrebbe trattare di una sorta di novazione legale (*id est*: operata unilateralmente dal legislatore), e andrebbe innanzitutto esclusa la possibilità di riferirsi ad una "novazione sostanziale", che rappresenterebbe un *tertium genus* sconosciuto all'ordinamento, dovendo, invece, riferirsi invece alla novazione causale.

La novazione civilistica, secondo la giurisprudenza, si fa derivare da un contratto, oppure, secondo autorevole dottrina, anche da una fonte diversa non contrattuale, unilaterale, bilaterale o anche legale<sup>38</sup>, che sostituisce un rapporto obbligatorio con altro diverso per oggetto (novazione c.d. reale) o per titolo (c.d. novazione causale).

Quest'ultima è da ritenersi ricorrente nel caso di specie, dappoiché siffatto tipo comporta non solo il mutamento della fonte che regola il rapporto e le sue modalità esecutive<sup>39</sup> e la causa di esso non riconducibile a quella del precedente rapporto<sup>40</sup>, ma un nuovo rapporto sostituito al precedente<sup>41</sup>, essendo l'*aliquid novi* uno dei caratteri essenziali della novazione.

Deriva da quanto ora detto che la proroga *ope legis* e/o per provvedimento amministrativo ricognitivo instaura un rapporto nuovo (*aliquid novi*), sicché non

<sup>36</sup> Cfr. punto 42 della sentenza.

<sup>37</sup> Sulla contaminazione tra diritto civile e diritto amministrativo si vedano A. DI MAJO, *Europa e diritto privato. Osservatorio. Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 09/12/2021; A.M. COLARUSSO, *Interdittive antimafia e finanziamenti pubblici. Commento a C.D.S., A.P. n. 23/2020*, in *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2020*, a cura di S. Toschei, Roma, 2021.

<sup>38</sup> P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna, 1975, p. 61; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 696, con la dottrina ivi richiamata.

<sup>39</sup> P. RESCIGNO, voce *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, p. 436.

<sup>40</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1990, vol. IV, *L'obbligazione*, p. 450; N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984 p. 273.

<sup>41</sup> G. SCALFI, *Manuale di diritto privato*, Torino, 1986, p.129; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 1995, p. 172.



sarebbe più a parlarsi della continuazione o meno degli effetti del rapporto originario novato e ormai non più esistente<sup>42</sup>.

3.4. Si pone, a questo punto, la problematica dell'impatto dello *ius superveniens* non sul giudicato, come in precedenza detto, ma sulle situazioni esaurite.

La sentenza ritiene che queste integrino un rapporto di durata, in corso e non esaurito, ma in atto.

A siffatto argomento si può rispondere, salvo gli approfondimenti che seguiranno, che per rapporto esaurito s'intende il contratto così come è stato perfezionato anche nella sua componente causale della durata nel tempo che, peraltro, è preceduto dal provvedimento definitivo della P.A. che attribuisce la concessione.

Ed infatti, non può tralasciarsi di notare che lo *ius superveniens*, travolgendo in parte, secondo la sentenza in commento, gli effetti di durata e ponendo la concessione nello stato di *tamquam non esset*, travolgerebbe anche l'atto amministrativo che precede il contratto, con la conseguente violazione del principio *tempus regit actum*, in forza del quale quell'atto deve restare valido, dovendosene la validità apprezzare, appunto, in base alla legge vigente al tempo della sua adozione, atteso che "*secondo l'incontrastato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere accertata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, in applicazione del principio del tempus regit actum, con conseguente irrilevanza di provvedimenti successivi (in applicazione, quindi, di un consolidato indirizzo, di cui sono espressione, da ultimo, le seguenti pronunce*"<sup>43</sup>.

Problematica, questa, che l'Adunanza Plenaria non pare aver affrontato, avendo ommesso l'indagine sulla sorte del provvedimento amministrativo che si trova a monte, che è la base necessaria della concessione e che contiene anch'esso l'indicazione del tempo di durata di essa.

3.5. In buona sostanza se c'è, come pare non possa dubitarsi, prima e alla base del contratto che dà origine al rapporto di diritto pubblico di concessione di un bene demaniale, un atto amministrativo, peraltro discrezionale, che amplia la sfera giuridica del destinatario, al quale viene attribuito in diritto-dovere-potere di svolgere una attività economica sul bene medesimo, ne viene di necessità l'interrogativo circa l'impatto della sentenza/legge comunitaria (*ius superveniens*) sul provvedimento di concessione.

E, precisamente, ne scaturisce la domanda sul se lo *ius superveniens* abbia forza abrogante innanzitutto della legge che *ratione temporis* regola il provvedimento ed in base alla quale va scrutinata la legittimità di esso.

<sup>42</sup> Per tutti, si veda C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 443 e ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, pp. 690 e ss.; N. DI PRISCO, *op. cit.*, pp. 262 e ss.

<sup>43</sup> Così testualmente Cons. Stato, sez. V, 28/07/2014 n. 3990. Inoltre, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11/04/2014, n. 176; id. 06/12/2013, n. 5822; 21/08/2012, n. 458; 09/02/2012, n. 693; id., sez. IV, 12/06/2003, n. 3306; Cons. Stato 1763/2014; Cons. Stato 5708/2013; TAR Campania – Na, Sez. V, 13.1.2017 n. 329).



Come detto, in relazione alle norme della Convenzione EDU, la Corte di Strasburgo ha sempre ribadito il principio che la norma europea non ha effetto diretto nell'ordinamento nazionale, ma impone allo Stato membro di darvi esecuzione ai sensi degli artt. 41 e 46 della Convenzione<sup>44</sup> e, infatti, quando è stato necessario integrare l'art. 630 del codice di procedura penale, non essendo intervenuto il legislatore, l'integrazione è avvenuta ad opera delle Corti costituzionale<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda i rapporti tra ordinamento nazionale e norme comunitarie non pare che alcuno (e, invero, neppure la sentenza di cui trattiamo) abbia sostenuto l'abrogazione – in questo caso tacita, ma potrebbe anche dirsi quella espressa – di una legge nazionale ad opera di una legge europea, potendo crearsi, tutt'al più, una questione di conflitto tra norme, ma giammai una questione/rapporto tra norma *abrogans* e norma abrogata.

Ed inoltre, sul rapporto tra norme (e sentenze ad esse parificate) europee e giudicato, si è detto che la Corte di Lussemburgo ha sempre ribadito il principio generale secondo cui il diritto comunitario non impone di regola la disapplicazione del giudicato, neppure se lesivo di norme comunitarie, (tranne alcune specifiche eccezioni, ad esempio nel caso in cui il giudicato coinvolga settori di pertinenza esclusiva della Commissione CEE, regolati come tali prima del giudicato)<sup>46</sup>.

3.6. Viene allora da porsi la domanda sul se la norma europea, che non abroga la legge nazionale del tempo, 'abroga' (per così dire) il provvedimento che è alla base della concessione.

Ancora una volta, non pare che l'Adunanza Plenaria abbia sostenuto ciò e, del resto, l'istituto dell'abrogazione dei provvedimenti amministrativi è conosciuto in dottrina<sup>47</sup> non come espressione di un potere tipico della P.A. di emettere un *contrarius actus*, ma come effetto dell'incompatibilità che si crea tra un atto precedente e un altro atto successivo abrogante.

In ogni caso, va sottolineato che il procedimento amministrativo che conduce alla concessione (*rectius*: al contratto di concessione), una volta approdato alla determinazione conclusiva della P.A., per il principio *tempus regit actum*, deve ritenersi insensibile allo *ius novum*<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Corte EDU, Grande Camera, 13/06/2006, *Sejdovic c. Italia*.

<sup>45</sup> Corte Cost., 12/07/1991, n. 13.

<sup>46</sup> C.G.U.E., sent. *Lucchini*, 18/09/2007, in causa c-119/05, avente ad oggetto, da un lato, la decisione della Corte di Appello di Roma che aveva sancito, con forza di giudicato, l'obbligo dello Stato italiano di versare un sostanzioso contributo alla Lucchini, e, all'opposto, la decisione della Commissione CEE, che riteneva il contributo non spettante ed era antecedente alla formazione del giudicato, peraltro in una materia come gli aiuti di Stato di esclusiva competenza della Comunità; sent. *Olimpiclub*, già citata *supra*; sent. 07/01/2005, *Wells*; sent. 13/01/2004, *Kune & Heitz*; sent. 13/06/2006 in C-173/03; punto 37 della memoria dell'Avvocato Generale.

<sup>47</sup> E. CANNADA BARTOLI, voce *Abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, pp. 157 ss.

<sup>48</sup> Per l'affermazione implicita della intangibilità dell'atto che conclude il procedimento amministrativo e per il quale non sia più possibile l'intervento in autotutela della stessa P.A., cfr. Cons, Stato, Sez. III, 30/01/2012, n. 445;



Deriva da quanto precede che l'applicare lo *ius superveniens* al contratto di durata (o di utilizzazione, che dir si voglia), quale è la concessione di beni pubblici, oblitera l'incidenza dello *ius novum* sul provvedimento amministrativo definitivo che quella concessione precede e legittima e che sicuramente costituisce un fatto compiuto.

E, peraltro, sull'esistenza di una categoria di 'provvedimenti di durata' deve, a parere dello scrivente, darsi risposta negativa poiché il protrarsi nel tempo degli effetti del provvedimento non rende questo un 'provvedimento di durata' che nel suo svolgersi temporale possa cadere sotto il dettato della legge sopravvenuta.

3.7. Orbene, se la funzione del giudicato è quella di dirimere in maniera definitiva la lite nei limiti delle domande proposte e l'autorità dello stesso è oggettivamente circoscritta alla funzione della pronunzia giudiziale richiesta, sarebbe illogico immaginare che il concessionario chieda affermarsi la legittimità della concessione, ottenendo una pronunzia positiva in tal senso, e limiti la domanda al mero atto concessivo – e, per giunta ricognitivo, se la proroga è stabilita per legge – senza comprendere la durata del rapporto.

3.8. Ciò in quanto la giurisprudenza, anche costituzionale ed europea, e la dottrina sono pervenute alla conclusione che, fatta salva la materia penale<sup>49</sup>, il superamento del giudicato, formatosi secondo le norme interne nei processi civili e amministrativi, è evento assolutamente eccezionale ed è consegnato alla prudenza del legislatore che dovrà adottare le misure necessarie per adeguare la situazione sancita dal giudicato alle norme o sentenze sovranazionali<sup>50</sup>.

Ma, a quanto si apprende dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si tratta sempre di misure che prevedono l'intervento del legislatore nazionale oppure, per esso, della Corte costituzionale, senza che sia dato leggere di una influenza immediata e diretta delle regole (o sentenze) sovranazionali sui rapporti definiti dal giudicato, come nel caso esaminato dall'Adunanza Plenaria in cui la norma (sentenza) comunitaria sopravvenuta pone nel nulla il rapporto sancito come legittimo dal giudicato<sup>51</sup>.

Una attenta dottrina<sup>52</sup>, sia pur riferendosi all'intervento delle sentenze della Corte EDU, ha svolto una puntuale analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia, e, commentando la sentenza della Corte Costituzionale n. 123 del 2017, ha evidenziato come il Giudice delle leggi abbia posto in rilievo le differenze tra i giudicati civile e

---

in dottrina, con riguardo al *principio tempus regit actus*, si vedano E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008; G.D. COMPORTE, *Tempus regit actionem*, *Contributo allo studio di diritto intertemporale nei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001.

<sup>49</sup> Corte Cost., 07/04/2011 n. 113, che ha introdotto una specifica ipotesi di revisione della sentenza penale passata in giudicato e ha dato origine ai dubbi di costituzionalità anche con riguardo al giudicato amministrativo.

<sup>50</sup> Corte Cost., 18/01/2018, n. 6, punto 14, cpv.

<sup>51</sup> Per una panoramica sulla questione, cfr. Corte Cost., 18/07/2013, n. 210; Id. 07/04/2011, n. 113; Cons. Stato, Ad. Plen., 04/03/2015, n. 2; Corte EDU, Grande Camera, 05/02/2015, *Bochan*, par. 57; Cons. Stato, sez. IV, 17/11/2016, n. 4765.

<sup>52</sup> A. POLICE, *op. cit.*



amministrativo, rispetto alla *ratio* ispiratrice del precedente del 2013, riguardante la materia penalistica, e, considerando i valori connessi al giudicato, ha sottolineato la necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare la giustizia sostanziale (come nel caso dell'art. 630 c.p.p.) e l'esigenza, posta a tutela dell'interesse generale, di certezza del diritto e dei rapporti, senza indulgere verso quelle "posizioni di erosione e smottamento del giudicato" che viene collocato senz'altro in posizione recessiva rispetto alla norma sovranazionale<sup>53</sup>.

Si tratta, dunque, di contemperare il rispetto delle norme europee con altri principi ed interessi meritevoli di tutela e altri valori che pervadono l'ordinamento e sono presidiati dalla Carta fondamentale, quali, oltre a quelli già detti, possono essere i "principi di certezza e stabilità dei rapporti giuridici ed alla necessità che le decisioni pubbliche (siano esse provvedimenti amministrativi o sentenze dei giudici amministrativi sull'esercizio del pubblico potere) possano costituire saldo e duraturo fondamento del giusto affidamento del cittadino e delle imprese"<sup>54</sup>.

3.9. In proposito non giova alla tesi contraria la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2016 – alla cui lettura si rinvia – che ha compiuto una attenta analisi sul giudicato amministrativo e l'effetto che su di esso produce lo *ius superveniens*.

Ed invero, quella pronuncia è stata emessa in sede di giudizio di ottemperanza e per un caso in cui il giudicato non si era formato su una sentenza c.d. auto-esecutiva, che, come quella in commento, avendo statuito anche sul rapporto, aveva come effetto diretto e definitivo la conservazione del bene della vita.

Si trattava, invece, dell'ottemperanza ad una sentenza che richiedeva il riesercizio del potere amministrativo, da esercitarsi nella vigenza della norma comunitaria.

Ora, è noto che il giudizio di ottemperanza ha natura mista per cui, oltre ai profili di esecuzione del giudicato non adempiuto, presenta anche profili di cognizione, atteso che negli ampi poteri conferiti al giudice dell'ottemperanza rientra anche quello di interpretare il *decisum* della sentenza da eseguire, cioè di intendere il contenuto prescrittivo della sentenza cui dar seguito nella successiva attività amministrativa, eventualmente integrandone il comando, con la possibilità anche della messa in discussione dell'assetto del rapporto sostanziale attinto dal giudicato<sup>55</sup>.

Se così è, a fronte del giudicato di annullamento dell'atto amministrativo formatosi sulla sentenza esaminata dall'Adunanza Plenaria n. 11/2016, che comportava il riesercizio del potere amministrativo, il rapporto non poteva dirsi definitivamente cristallizzato nel giudicato a cagione del potere pubblico ancora esercitabile dalla

<sup>53</sup> Si veda la sentenza del 16 aprile 2002 nella causa *Dangeville c. Francia* e la più risalente sentenza *Dorigo* del 1998, nonché Cass. Pen., sez. I, 25/01/2007, n. 2800 in *Corriere Giuridico*, 2007, 5, 684, con nota di CONTI.

<sup>54</sup> A. POLICE, *op. cit.*, par. 3.

<sup>55</sup> Sulla natura "polisemica" del giudizio di ottemperanza la giurisprudenza è costante: si vedano, per tutte, C.G.A.R.S., 19/07/2021, n. 723; id. 12/07/2021, n.690; Cons. Stato, sez. II, 16/03/2021, n. 2248; Cass. Civ., SS.UU., 29/07/2021, n. 21762; Corte Cost., 12/12/1998, n. 406 che parla di potenzialità "sostitutive e intrinseche nell'azione amministrativa".



P.A., per cui il giudice dell'ottemperanza non si trovava di fronte ad un giudicato auto-esecutivo, ma di fronte ad un giudicato (sul rapporto) c.d. "a formazione progressiva". Tale accezione è descrittiva dello specifico mezzo processuale satisfattivo a disposizione della parte vittoriosa in forza di una sentenza non autoesecutiva, il che non può dirsi in relazione alla sentenza che abbia riconosciuto la legittimità del rapporto concessorio<sup>56</sup>.

Non sembra allora azzardato affermare che l'argomentazione dell'Adunanza Plenaria del 2016 potrebbe essere addotta sostegno della nostra tesi laddove quella sentenza testualmente afferma che *"la sopravvenienza normativa non rileva rispetto al giudicato che abbia definito ogni aspetto del rapporto controverso, mentre opera secondo l'ordinaria disciplina della successione di norme nel tempo, qualora incida sui tratti del potere amministrativo non vincolato dal giudicato"*, se si considera che, nel caso che ci occupa, si tratterebbe di un giudicato formatosi sulla legittimità della concessione, che abbraccia appunto *"ogni aspetto del rapporto controverso"*, e dunque non richiede, e neppure implicitamente prevede, attività amministrativa successiva, con la quale la P.A., tenendo conto delle prescrizioni della sentenza, si conformi al giudicato medesimo.

In conclusione, a parere dello scrivente, non è possibile scindere dalla concessione del bene demaniale il tempo della sua durata trattandolo come una entità a sé stante da assoggettare alla mutevolezza delle regole che possono intervenire nel corso del suo svolgimento.

III.10 Ma la questione affrontata dall'Adunanza Plenaria pone un ulteriore e serio problema e cioè quello che, oltre all'impatto delle norme sovranazionali sul giudicato, riguarda l'efficacia e i limiti temporali dello *ius superveniens* (e delle sentenze interpretative ad esso equiparate).

In buona sostanza, essa pone il problema della (ir)retroattività della legge.

In proposito l'art. 11, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale così recita: *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*.

A tal riguardo, è noto che il principio della irretroattività della legge riceve il crisma costituzionale solo per quanto riguarda le leggi penali (art. 25, comma 2, Cost.), mentre quello sancito nelle preleggi non è di rango costituzionale, ma ha un carattere meramente direttivo e/o interpretativo, che non vincola il legislatore, il quale può ben derogarvi.

Le deroghe, tuttavia, come ha sancito la Corte costituzionale, oltre che risultare da una espressa dichiarazione del legislatore, debbono avere carattere assolutamente

---

<sup>56</sup> Sul giudicato a formazione progressiva, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 04/11/2021 n. 7378; id., sez. V, 08/07/2021, n. 5196; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 01/07/2021, n. 2150; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II-quater, 10/05/2021 n. 5405; Cass. Civ., sez. I, 23/10/2009, n. 1732; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/07/2020, n. 2947.



eccezionale e poggiare su adeguate ragioni giustificatrici, restando comunque invalicabile per il legislatore il principio della *res iudicata*<sup>57</sup>.

Ed allora, delle due l'una:

- a) o la norma/sentenza europea non è retroattiva e, in tal caso non può colpire né il provvedimento né il conseguente contratto di concessione;
- b) oppure è retroattiva, e in tal caso, alla stessa stregua delle sentenze della Corte costituzionale o delle leggi di interpretazione autentica, produce l'invalidità originaria del provvedimento e del contratto.

Ma, per quanto detto sopra, la norma non può considerarsi retroattiva, non essendo la retroattività né giustificata, né espressa e nemmeno ricavabile dalla lettera, dalla struttura o dallo scopo di essa.

Si impone, perciò, la conclusione sub a).

Alle tesi contrarie a quelle sostenute in questo scritto non può giovare il richiamo alla sentenza della CGUE sul caso Lucchini, poiché quel giudizio verteva su una fattispecie affatto diversa, nella quale, da un lato, esisteva il giudicato formatosi sulla sentenza della Corte di Appello di Roma, che aveva sancito l'obbligo dello Stato italiano di versare il contributo alla impresa Lucchini, e, dall'altro, vi era la decisione della Commissione europea, precedente, si badi, alla decisione della Corte romana e notificata agli organi competenti, che sanciva la illegittimità comunitaria del contributo medesimo, e che sarebbe stata vanificata dall'A.G. nazionale.

Inoltre, il contrasto tra il giudicato e la decisione della Commissione verteva su una materia di specifica competenza della Commissione stessa e concernente, perciò, un diritto sottratto alla disponibilità dei soggetti nazionali.

Un illustre studioso del processo, dopo un'ampia disamina della giurisprudenza sovranazionale, così concludeva il suo commento alla sentenza Lucchini *"Non pochi saranno i problemi che si porranno al nostro Consiglio di Stato: esso, se non riterrà di dare solo atto del primato del diritto comunitario su qualunque altra norma nazionale (art. 111, comma 2 e comma 7, Cost., incluso), dovrà cercare di dare impulso - se del caso tramite rimessione alla Consulta - al predetto allargamento del motivi di revocazione straordinaria e così ristabilire la compatibilità, diversamente a rischio, fra principii costituzionali (quelli sull'equo processo che incorporano anche la definitività dell'accertamento espresso da un giudicato sostanziale, se non cade prima il giudicato come atto) e soggezione dei giudici nazionali alla funzione interpretativa accentrata della Corte di giustizia quale riflesso del*

---

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost., 28/07/1976 n. 194; 22/03/1971, n. 55 ; 10/12/1981, n. 185; Cons. Stato, sez. IV, 12/06/2003, n. 3306; Corte cost., 28/07/1976, n. 194; Cass. Civ., nn. 1176/66; 1538/67;19/70; 175/74; id. 70/83. Sui requisiti perché una legge possa dirsi retroattiva si segnalano particolarmente, Cass. Civ., SS.UU., 28/01/2021, n. 2061; Corte cost., 23/03/2021, n. 46, che così testualmente si esprime: *"il legislatore, nel rispetto del limite posto per la materia penale dall'art. 25 cost., può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale", ai sensi della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*



*primato dinamico del diritto comunitario. Siamo proprio (anziché a Lussemburgo) a Scilla e Cariddi*<sup>58</sup>.

#### 4. Conclusioni.

Conclusivamente, può ritenersi che:

- se l'impatto della norma sopravvenuta trova ostacolo nel giudicato;
- se non si verifica la incompatibilità abrogante del provvedimento, come sopra si è detto;
- se, ancora, la norma europea non può abrogare la legge del tempo in cui la P.A. si determinò per la concessione del bene demaniale al privato, ma può solo causarne la disapplicazione in favore della norma europea;
- se, ancora, l'atto finale del procedimento, la cui validità va scrutinata secondo la legge (nazionale) vigente al tempo in cui fu emesso, non può essere direttamente eliminato dall'entrata in vigore della regola europea;
- allora, all'Amministrazione concedente, essendo, peraltro, esclusa la possibilità di intervento in autotutela ex art. 21 *quinquies* e *nonies* della legge n. 241/90, come affermato dalla stessa sentenza nella risposta al secondo quesito, non resta che attendere lo spirare del termine concesso dall'Adunanza Plenaria che, così, ha sopperito alla mancanza della norma transitoria di solito presente nei casi di *ius superveniens*.

---

<sup>58</sup> C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere Giuridico*, 9/2007, pp. 1189 e ss.