

Stabilimenti balneari e instabilità del giudicato: considerazioni sulla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alla luce del principio del primato

Enrico Tinti (Dottorando di ricerca in Diritto europeo, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna) – 10 gennaio 2022

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato. – 2. Il superamento della *res iudicata* favorevole ai concessionari nelle motivazioni della pronuncia. – 3. Stabilità del giudicato nazionale e primato del diritto dell'Unione. – 4. Considerazioni conclusive: le possibili conseguenze processuali.

1. Con le recenti sentenze gemelle del 9 novembre 2021 (nn. [17](#) e [18](#)), il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (di seguito anche CS) si è pronunciato sulla *vexata quaestio* delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, cc.dd. concessioni balneari (per una complessiva ricostruzione cronologica della vicenda si veda C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *DUE*, n. 2, 2021, p. 247 ss.). In particolare, il CS ha appurato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali già rilasciate – art. 1, commi 682-683, L. 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di Bilancio per il 2019) e art. 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio) come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77 – per contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi o direttiva Bolkestein) (per un puntuale commento della pronuncia si rimanda su questo Blog ad [A. CIRCOLO, Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni](#)).

Il principio di diritto enunciato è il seguente: sussiste l'obbligo in capo ai giudici e alla pubblica amministrazione di non applicare le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali; ne consegue l'accertamento negativo del diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Com'è noto, il CS ha però posticipato al 31 dicembre 2023 il prodursi degli effetti della cessazione dell'efficacia delle concessioni già in

essere, in ragione dell'esigenza di evitare il significativo impatto socio-economico derivante dalla decadenza immediata, nonché della necessità di tener conto dei tempi tecnici affinché la P.A. predisponga le procedure di gara, e nell'auspicio di un intervento legislativo *medio tempore* di riordino della materia. Segnatamente, e per quanto qui interessa, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza di un diritto alla prosecuzione anche dei rapporti concessori che abbiano formato oggetto di un giudicato favorevole in applicazione della disciplina nazionale di proroga succedutasi nel 2018 e nel 2020.

Il presente commento si sofferma su tale conclusione alla luce del principio, anche di diritto dell'Unione europea, di stabilità della *res iudicata*, e ne prevede le possibili conseguenze processuali.

2. Occorre preliminarmente ripercorrere i passaggi motivazionali della sentenza sul punto.

Nel rilevare l'incompatibilità della proroga col diritto dell'Unione, il CS richiama la sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia (Corte giust. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, [Promoimpresa e Mario Melis](#)), pronunciata su rinvio pregiudiziale promosso dal TAR Lombardia e dal TAR Sardegna, e avente ad oggetto la disciplina nazionale (l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, per come inserito nella l. di conversione 17 dicembre 2012, n. 221), che estendeva la durata delle concessioni allora in essere sino al 31 dicembre 2020. In quell'occasione la Corte di giustizia aveva riconosciuto il carattere *self-executing* dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, concludendo per l'incompatibilità di una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati (punto 57). Parimenti, a parere della Corte, anche l'art. 49 TFUE osta a una tale normativa nazionale nei limiti in cui le concessioni demaniali presentino un interesse transfrontaliero certo (punto 74).

Dall'accertamento dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione discende, a parere del CS, la non applicazione della legge di proroga, che ha automaticamente prodotto l'estensione al 31 dicembre 2033 in via generalizzata, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. La norma, precisa ancora il Consiglio di Stato, si qualifica come legge-provvedimento, avendo disposto non in via generale e astratta ma su di un numero delimitato di situazioni concrete (punto 42, pronuncia del CS). Essa si è pertanto sostituita agli originali provvedimenti concessori per ciò che concerne la durata delle concessioni, operando una novazione sostanziale della fonte di regolazione dei relativi rapporti. Sicché gli atti di proroga eventualmente concessi dalla P.A. conformemente alla norma in esame sono meramente ricognitivi di un effetto direttamente riconducibile alla legge (*ibid.*). Di conseguenza, la non applicazione della norma di legge che dispone direttamente la proroga implica che l'effetto da essa prodotto sulle concessioni già rilasciate debba ritenersi *tamquam non esset*. Ciò senza che sia necessario

un intervento della P.A. per la rimozione in autotutela degli atti di proroga meramente dichiarativi dell'effetto legale (punto 43).

Risolta la questione circa la caducazione degli effetti dei provvedimenti favorevoli ai concessionari precedentemente adottati dalla P.A., il CS affronta poi il diverso caso in cui la P.A. abbia respinto un'istanza di rinnovo della concessione – autonomamente disapplicando la legge ritenuta incompatibile col diritto dell'Unione – e il concessionario, presentato ricorso al giudice amministrativo, sia risultato vittorioso con sentenza passata in giudicato, con conseguente annullamento del provvedimento di diniego e accertamento del diritto alla prosecuzione del rapporto fino al 2033 in applicazione della legge di proroga. A riguardo, la pronuncia ricostruisce la natura del rapporto concessorio quale rapporto di durata, in quanto tale soggetto all'incidenza delle sopravvenienze normative per quella parte del rapporto successiva al formarsi del giudicato. Essa richiama poi l'efficacia *erga omnes* della sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia resa in sede di rinvio pregiudiziale, la quale spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione delle medesime disposizioni di diritto (punto 44). In forza di tale efficacia, la pronuncia della Corte è equiparabile ad una modifica normativa successivamente intervenuta a disciplinare situazioni giuridiche durevoli. La conclusione del sillogismo porta il CS ad affermare che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, debba essere applicato lo *jus superveniens* enunciato dalla Corte di giustizia (*ibid.*).

A ben vedere, se così fosse non si porrebbe il problema del superamento del giudicato sostanziale del giudice amministrativo. Infatti, come esposto dall'Adunanza plenaria, il giudicato che abbia riconosciuto il diritto alla proroga non attribuisce un diritto incondizionato alla continuità del rapporto, che resta esposto alle sopravvenienze normative successive. Senonché è la stessa pronuncia a ritenere tale ricostruzione giuridica non applicabile al caso di specie in quanto “la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018, sicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (in particolare riguardante la modifica normativa del 2018)” (punto 50). Pertanto, la pronuncia giustifica il superamento della *res iudicata* favorevole ai concessionari non in base all'esistenza di sopravvenienze normative ma, nella concisa motivazione sul punto, sulla base di considerazioni di natura pubblicistica quali l'esistenza di “ragioni di certezza del diritto”, “la necessità di evitare disparità di trattamento” e “generali esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica” (*ibid.*).

3. Il superamento della stabilità del giudicato, così come motivato dal Consiglio di Stato, non convince. Va osservato preliminarmente che le sentenze dell'Adunanza plenaria – seppur dotate di un elevato grado di autorità persuasiva nei confronti del giudice amministrativo per via della funzione nomofilattica da essa svolta nell'enunciazione dei principi di diritto *ex art. 99 c.p.a.* – non godono, nell'ordinamento interno, di un'efficacia vincolante conformativa del diritto *erga omnes* paragonabile a quella della

Corte di giustizia nell'ordinamento dell'Unione, come sembrerebbe invece suggerire la stessa Adunanza plenaria (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 342 ss.). Sicché la pronuncia in commento non potrebbe costituire essa stessa quella sopravvenienza normativa idonea al superamento della *res iudicata*, né derogare al regime di stabilità del giudicato sostanziale nell'ordinamento interno.

Nel merito, va osservato, in primo luogo, come l'esigenza di garantire la certezza del diritto risulti essere una giustificazione debole se non contraddittoria per il superamento della *res iudicata*, in quanto l'intangibilità del giudicato costituisce essa stessa corollario imprescindibile del principio di certezza del diritto. Del pari, l'esigenza di evitare disparità di trattamento non persuade: la situazione di chi sia titolare di un diritto accertato con sentenza passata in giudicato è oggettivamente diversa da quella di chi ne sia privo; non si rinviene pertanto alcuna giustificazione per un trattamento analogo delle due fattispecie. Infine, resta quanto meno lecito dubitare che generiche esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica possano risultare così stringenti da prevalere sul giudicato sostanziale.

Alla luce di quanto osservato, conviene piuttosto verificare se il superamento della *res iudicata* possa trovare un qualche sostegno nel principio del primato del diritto dell'Unione europea. Al riguardo, è opportuno ricordare che il principio dell'intangibilità del giudicato ha un più che solido riscontro nello stesso diritto dell'Unione, anche alla luce del radicamento dell'istituto nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri (X. GROUSSOT, T. MINNSEN, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 386; [L. GROSSIO, La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea, in rivista.eurojus.it, n. 4, 2020 p. 232](#)). Pertanto, esso può costituire un limite alla stessa applicazione del principio del primato. In numerosi passaggi giurisprudenziali richiamati dalla stessa pronuncia in commento, la Corte di giustizia ha più volte ribadito l'importanza che il principio dell'intangibilità del giudicato riveste nell'ordinamento giuridico dell'Unione e negli ordinamenti giuridici nazionali quale espressione dei principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, e garanzia di una buona amministrazione della giustizia (Corte giust. 1 giugno 1999, C-126/97, [Eco Swiss](#), punto 46; 30 settembre 2003, C-224/01, [Köbler](#), punto 38; 16 marzo 2006, C-234/04, [Kapferer](#), punto 20; 3 settembre 2009, C-2/08, [Fallimento Olimpiclub](#) punto 22; 29 giugno 2010, C-526/08, [Commissione c. Lussemburgo](#), punto 26; 29 marzo 2011, C-352/09, [ThyssenKrupp Nirosta c. Commissione](#), punto 123; 10 luglio 2014, C-213/13, [Impresa Pizzarotti](#), punto 58; 11 settembre 2019, C-676/17, [Călin](#), punto 26). Tali principi (di certezza e stabilità del diritto) richiedono che le decisioni giurisdizionali nazionali divenute definitive non possano più essere rimesse in discussione. Pertanto, il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una pronuncia giurisdizionale, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da

parte di tale decisione ([Eco Swiss](#), sopra citata, punto 47; [Kapferer](#), sopra citata, punto 21; [Fallimento Olimpclub](#), sopra citata, punto 23; [Impresa Pizzarotti](#), sopra citata, punto 59; [Călin](#), sopra citata, punti 27 e 28).

In assenza di norme di armonizzazione, le modalità di attuazione del principio di autorità della *res iudicata* rimangono prerogativa del diritto nazionale in forza del principio di autonomia procedurale, con il limite esterno costituito dai principi di equivalenza ed effettività: la normativa processuale nazionale in materia di giudicato non può offrire una tutela meno favorevole alle situazioni giuridiche soggettive fondate sul diritto dell'Unione di quella offerta a situazioni analoghe di natura interna; né può rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (Corte giust. [Kapferer](#), punto 22; [Fallimento Olimpclub](#), punto 24).

Nel bilanciamento tra il primato del diritto dell'Unione e la stabilità della *res iudicata* nazionale contrastante, prevale di regola la seconda, ferma la responsabilità degli Stati per i danni arrecati ai singoli a causa di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale ([Köbler](#), sopra citata, punto 40; 13 giugno 2006, C-173/03, [Traghetti del Mediterraneo](#), punto 46). Si possono tuttavia rinvenire, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, due significative eccezioni.

In primis, in presenza di un giudicato nazionale che, in violazione dei principi che disciplinano il riparto delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione, incida su di una competenza esclusiva attribuita all'Unione, così da configurarsi un'ipotesi di carenza assoluta di giurisdizione per il giudice nazionale. In materia di aiuti di Stato, alla Commissione europea è attribuita una competenza esclusiva nell'esaminare la compatibilità di un aiuto con il mercato comune. Nel noto caso [Lucchini](#) (Corte giust. 18 luglio 2007, C-119/05), il giudice civile nazionale accertava il diritto dell'impresa all'erogazione dell'aiuto, ignorando la precedente decisione della Commissione che aveva dichiarato l'incompatibilità dello stesso col mercato comune. A parere della Corte, il diritto dell'Unione "osta a che l'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione di tale diritto e la cui incompatibilità sia stata constatata con una decisione della Commissione divenuta definitiva" (sopra citata; punto 63), con il conseguente obbligo di disapplicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano. (Cfr. B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – il caso Lucchini*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 35 ss.). Alle medesime conclusioni è giunta la Corte nel più recente caso [Buonotourist](#) (Corte giust. 4 marzo 2020, C-586/18 P), in cui ha qualificato come atto di concessione dell'aiuto la sentenza stessa nel giudice nazionale che quantificava – in assenza di una precedente decisione della Commissione sul punto – il contributo dovuto all'impresa ricorrente. (R. FEDERICO, *Lucchini Revisited: When Judgments Harm*

Competition in European State Aid Law Quarterly 2021, p. 144 ss.). Analogamente, in materia di vigilanza bancaria è attribuita alla Banca Centrale Europea (BCE) una competenza esclusiva, nell'ambito dell'Unione bancaria, per l'autorizzazione all'acquisto di partecipazioni qualificate in enti creditizi. A loro volta, gli organi giurisdizionali dell'Unione esercitano una competenza giurisdizionale esclusiva per il controllo della validità di tali decisioni. Nella sentenza *Berlusconi e Fininvest* (Corte giust. 19 dicembre 2018, C-219/17), la Corte ha affermato che l'articolo 263 TFUE "osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, preparatori o di proposta non vincolante" adottati dalle autorità bancarie nazionali nell'ambito di tale procedura, anche quando il giudice nazionale sia stato investito di un'azione specifica di nullità per violazione del giudicato formatosi su di una decisione giudiziaria nazionale (punto 59).

La seconda eccezione riguarda la capacità del giudicato contrastante con il diritto dell'Unione di spiegare effetti esterni – cioè effetti in un diverso processo, pendente sempre tra le stesse parti. Nella già citata pronuncia *Fallimento Olimpclub*, la Corte di giustizia ha concluso che il giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione, pur non potendo essere rimesso in discussione in ordine al rapporto su cui si è pronunciato, non può tuttavia essere ritenuto vincolante in altri giudizi, tra le stesse parti, in cui venga dedotto lo stesso rapporto di durata. Il caso riguardava l'applicazione delle norme comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) ad un medesimo contratto di durata, in annualità fiscali differenti. L'efficacia esterna del giudicato avrebbe consentito all'impresa contribuente di far valere – nei giudizi relativi ad altre annualità fiscali – l'effetto della sentenza passata in giudicato che annullava gli avvisi di rettifica emessi dall'amministrazione fiscale per un determinato periodo d'imposta. Secondo la Corte, in tali circostanze il diritto dell'Unione osta all'efficacia esterna del giudicato, in quanto tale efficacia impedirebbe al giudice nazionale di valutare il diritto dell'Unione sulle pratiche abusive in materia di IVA in un giudizio concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora prodotta una decisione giurisdizionale definitiva (*Fallimento Olimpclub*, sopra citata, punto 32). Pertanto, nel bilanciamento tra l'effetto esterno della *res iudicata* – disciplinato dagli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia procedurale – ed il principio di effettività del diritto dell'Unione, riemerge la prevalenza di quest'ultimo (F. SPITALERI, *Postilla: il caso Fallimento Olimpclub*, in ID., *L'incidenza del diritto comunitario*, cit., p. 276).

Alla luce della giurisprudenza sopra esaminata, non paiono riscontrarsi nel caso di specie le ragioni che hanno giustificato le eccezioni alla stabilità del giudicato enunciate dalla Corte di giustizia in forza del primato del diritto dell'Unione.

4. *Quid iuris*, dunque, in assenza di una legge di riordino della disciplina delle concessioni demaniali marittime che costituirebbe, essa sì, idonea sopravvenienza normativa?

Dando seguito alla pronuncia dell'Adunanza plenaria, la P.A. potrebbe mettere a gara l'aggiudicazione di nuove concessioni (da gennaio 2024) anche nei lotti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole agli attuali concessionari (in forza della legge del 2018 di proroga fino al 31 dicembre 2033). È facilmente prevedibile che tali concessionari presenterebbero allora ricorso in ottemperanza *ex art. 112 c.p.a.* per conseguire l'attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato e far dichiarare nulli *ex art. 114 c.p.a.* gli atti, quali i bandi di gara, adottati in violazione o elusione del giudicato. Il giudice amministrativo investito del ricorso potrebbe ragionevolmente non condividere la soluzione proposta dall'Adunanza plenaria sul piano del diritto interno. Potrebbe allora valorizzare il principio di stabilità del giudicato, rilevante tanto nell'ordinamento nazionale quanto in quello dell'Unione, e ritenere che non sussistano nel caso di specie le ipotesi in cui la Corte di giustizia ha diversamente fatto prevalere il primato del diritto dell'Unione sulla *res iudicata*. Come detto poco sopra, questa pare essere anche la soluzione più convincente sul piano del diritto dell'Unione. Nel dubbio sul punto, il giudice dell'ottemperanza potrebbe sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* avente ad oggetto l'interpretazione dei trattati. La questione potrebbe essere così formulata:

“Se il principio del primato del diritto dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale come quella di cui all'art. 2909 del codice civile, tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare la proroga automatica del termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative in contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE e l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE”.

La risposta della Corte di giustizia sicuramente contribuirebbe anche a meglio definire i contorni del principio di stabilità del giudicato nell'ordinamento dell'Unione europea.