GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

# SE QUESTA È NOMOFILACHIA. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO 2.0 SECONDO L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO (recensione al fascicolo monotematico dalla Rivista Diritto e Società n. 3/2021 "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17

di **Fabio Francario**

28 gennaio 2022

---

**SE QUESTA È NOMOFILACHIA. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO 2.0 SECONDO L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO (recensione al fascicolo monotematico dalla Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021 "*La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*")**

**di Fabio Francario**

1.- Veramente innumerevoli sono gli spunti di riflessione critica offerti dalle sentenze gemelle n 17 e 18 rese il 9 novembre 2021 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul tema (della proroga) delle concessioni balneari.

Il fascicolo monotematico dedicato al tema dalla **Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021** ne offre un primo immediato compendio grazie all'impegno dei vari Autori che si sono immediatamente cimentati in un commento, quasi a prima lettura, delle pronunce, evidenziando gli spunti problematici per i profili ritenuti di maggior interesse da ciascun Autore.

Il numero speciale si apre con un'ampia introduzione curata da Maria Alessandra Sandulli che, dopo aver sottolineato come nell'occasione l'Adunanza Plenaria abbia (coraggiosamente) elaborato una sua soluzione all'irrisolto problema della proroga delle concessioni "*assumendo sulle proprie spalle il pesante fardello di scelte che competevano e competono piuttosto al potere legislativo*", opera una preliminare ricostruzione generale del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, nel quale s'innestano le proroghe legislative della scadenza fino al 31 dicembre 2033, la pronuncia Promoimpresa CGUE 14 luglio 2016 e variegate pronunce del giudice amministrativo nazionale. Un ruolo centrale nella ricostruzione del quadro è attribuito alla lettera di messa in mora della Commissione UE del 3 dicembre 2020, con riferimento alla quale la Sandulli sottolinea innanzi tutto che "*la lettera non si è limitata ad affermare l'incompatibilità del modello di "proroga generalizzata e indiscriminata" con il diritto UE, ma ha espressamente sottolineato la necessità di individuare "con legge" i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei surrichiamati principi*", evidenziando sotto questo profilo la problematica dell'impugnabilità delle pronunce in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale. Sempre la stessa lettera messa in mora escluderebbe poi chiaramente la possibilità di ritenere che tutte le concessioni balneari italiane presentino quell'interesse transfrontaliero certo che imporrebbe l'apertura del mercato unionale e convincimento non dissimile sarebbe manifesto, a detta sempre dell'Autrice, nella stessa sentenza Promoimpresa, che del pari esclude che la condizione di scarsità della risorsa possa o debba ritenersi insita nel nostro bene costiero. Osservazioni che portano a concludere che " *Meglio sarebbe stato allora forse reinterrogare in modo più puntuale la Corte di Giustizia, anche sotto il profilo della possibilità di riconoscere effetti diretti verticali "inversi" della Direttiva al fine di consentire all'amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari*". L'Autrice passa poi a evidenziare vari profili critici delle sentenze, concludendo con una nota di preoccupazione per i problemi che ne conseguono.

Il contributo di Fabio Ferraro (*Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*) approfondisce i profili relativi ai temi dell'ambito di applicazione del diritto primario dell'Unione, della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) e della sua efficacia *self-executing*, fino ad arrivare ad esaminare le questioni del contemperamento del principio del primato del diritto dell'Unione con quello dell'autorità

del giudicato, e dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte di giustizia, osservando come le sentenze "*si conformano per molteplici profili al diritto dell'Unione e richiamano in modo puntuale la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, mentre per altri profili individuano delle soluzioni che possono apparire distoniche rispetto ad alcuni principi ormai sedimentati nell'ordinamento dell'Unione o che comunque richiedono una ulteriore riflessione*".

Sulla stessa linea si muove Elisabetta Lamarque (*Le due sentenze dell'adunanza plenaria... le gemelle di shining?),* dopo aver preliminarmente osservato che *"da qualche tempo accade che quando un giudice supremo del nostro ordinamento decide di imboccare una strada nuova e impervia, e pertanto esposta ai forti venti delle critiche della dottrina e delle sempre possibili ribellioni degli altri giudici, sceglie di farlo attraverso uno strumento certamente dotato di un peso e di una visibilità maggiori di quelli di una semplice sentenza, oltre che, almeno nelle intenzioni di quel giudice, più resistente alle prevedibili intemperie: quello della 'doppietta' di sentenze di identico, o analogo, contenuto, depositate in pari data e identificate con numeri successivi",* osservache nel caso di specie l'Adunanza Plenaria non si è però limitata a ciò, ma ha preso in prestito, indebitamente, strumenti propri della Corte costituzionale (l'istituto dei controlimiti opposti all'ingresso nel nostro ordinamento del diritto dell'Unione europea dotato di effetti diretti e la tecnica del differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento), ai quali la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso solo raramente e in occasioni particolari e che, soprattutto, non ha mai osato applicare insieme per decidere la medesima questione. Si tratta di strumenti, sottolinea con fermezza l'Autrice, che devono ritenersi sottratti alla disponibilità dai giudici comuni e che l'Adunanza plenaria non dichiara espressamente di applicare, ma aziona *di fatto,* ad esempio nel momento in cui sostiene che la norma europea che impone il principio della gara per l'assegnazione delle concessioni balneari trascura esigenze "irrinunciabili" dell'ordinamento italiano o in cui assimila i beni demaniali in questione ai "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" o ai "diritti inalienabili della persona" che possono essere invocati come controlimiti.

Il contributo di Giuseppe Morbidelli (*Stesse spiaggi, stessi concessionari?*) mette in luce come l'effetto ultimo prodotto dalle sentenze gemelle sia di dare luogo "*indirettamente ad una rete di protezione delle situazioni in atto".* L'Autore sottolinea in particolare come l'Adunanza Plenaria abbia sostanzialmente aperto alla possibilità di corresponsione di un indennizzo ai concessionari ("*l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi"* (v. n. 49)), dando una lettura avversativa dell'art. 49 cod. nav. ("

*Devoluzione delle opere non amovibili*"), il quale come noto dispone che "*salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato*".

Sul profilo della remunerazione degli investimenti effettuati dai concessionari si concentra anche l'attenzione di Marco Calabrò (*Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria)*, il quale, dopo aver sottolineato che nelle ipotesi di concessione demaniale marittima con finalità turistico-ricreativa le opere realizzate dal concessionario non sono "necessarie" per l'utilizzo dell'area stessa (come invece spesso accade in relazione alle concessioni demaniali portuali) e che ciò rende l'operatore economico tendenzialmente libero nel *se* e nel *cosa* realizzare, analizza in questa prospettiva il disposto dell'art. 49 cod. nav. che lega la devoluzione delle opere al patrimonio dello Stato al momento della "cessazione" della concessione.

Marcella Gola (*Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?)* muove dall'adesione dell'Adunanza Plenaria ad una concezione sostanzialistica del provvedimento di concessione come attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica ed alla conseguente scontata rilevanza nel mercato e per la libera circolazione dei servizi. Concentra conseguentemente la propria attenzione sul profilo delle procedure selettive che dovranno essere bandite per sottolineare come l'obiettivo europeo dell'apertura dei mercati dovrà tuttavia necessariamente considerare le peculiarità del turismo nazionale, da valorizzare come sistema, risorsa centrale per il nostro Paese non solo per l'estensione delle coste, ma anche per lo stretto collegamento con i luoghi e la cultura locale, parte integrante dei quali deve essere considerata, ai fini dell'opportuno bilanciamento, anche la natura prevalentemente familiare delle imprese interessate.

Una correzione di prospettiva nella ricostruzione del regime giuridico del demanio costiero e dei suoi usi, non risolvibile interamente nel concetto di concorrenza, è auspicata anche da Giovanna Iacovone (*Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*), la quale sottolinea che le caratteristiche del bene, e nel caso specifico la fragilità delle coste e dell'ecosistema al cui interno esse "vivono", dovrebbero indurre il legislatore ad una regolamentazione dell'uso del bene stesso in funzione della sua conservazione e valorizzazione in modo da valorizzare la funzione pubblica del demanio marittimo e delle spiagge, esigenze e valori la cui considerazione

dovrebbe parimenti governare la disciplina delle future procedure selettive.

Sul problema della natura giuridica delle concessioni demaniali balneari si è invece concentrata l'attenzione di Ruggiero Dipace (*L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria)*, con particolare riferimento ai profili della distinzione tra provvedimenti di autorizzazione e concessione e della distinzione tra concessioni di beni e di opere o servizi. Secondo l'Autore, la proposizione di una rilettura dell'istituto in chiave "*funzionale e pragmatica*" sembrerebbe suggerire che si stia intraprendendo un percorso simile a quello che ha portato ad attribuire natura negoziale alle concessioni di lavori e di servizi, ma sia l'esplicito riferimento al tema dell'"*interesse transfrontaliero certo*", che, come è noto, si riferisce essenzialmente all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, che l'affermazione secondo la quale "*il confronto concorrenziale è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita*", che suppone il riferimento ai "*servizi pubblici*", tradirebbero ambiguità e confusione in ordine all'oggetto della concessione.

Il profilo della disapplicazione da parte dell'Amministrazione della norma nazionale contrastante con la direttiva *self executing* viene affrontato da Renato Rolli e Dario Sammarro ( *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del consiglio di stato (adunanza plenaria)* ricostruendo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e comunitaria. Il tema è ripreso anche da Piergiuseppe Otranto (*Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela),*soprattutto nella sua correlazione, per un verso, con la negata qualificazione in termini di autotutela dell'intervento "dichiarativo" richiesto alle singole amministrazioni; per l'altro, con la cosa giudicata.

L'assunto che le aree costiere italiane presentano un interesse transfrontaliero certo "*tutte e nel loro insieme*" (che è, cioè, il valore della categoria del demanio marittimo unitariamente considerata a determinare quello di una singola concessione, la cui considerazione atomistica costituirebbe un "*artificioso frazionamento*" dell'importanza e della "*potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale*") è al centro delle riflessioni di Marco Ragusa (*Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?),* il quale critica il fatto che, tra gli indirizzi rivolti alle amministrazioni (e in parte al legislatore, il cui auspicato intervento rappresenta una delle giustificazioni a fondamento della originale moratoria al 2023 disposta dalle due decisioni), non ve ne sia alcuno attinente alla pianificazione degli usi del demanio

marittimo e alla puntuale identificazione *ex ante* delle aree concedibili (sia all'interno di un singolo tratto costiero, sia nel quadro complessivo del demanio marittimo nazionale, in tesi rilevante nella sua unitarietà). Non è infatti pensabile, secondo l'Autore, misurare la "*potenzialità economica*" delle aree gestite patrimonialmente senza previamente considerare proprio l'estensione e il valore della componente asservita a una (normale) destinazione *non* patrimoniale.

Il contributo di Enrico Zampetti (*La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria)* mira a evidenziare che ciò che il diritto europeo vieta sono le proroghe automatiche e generalizzate, ma non necessariamente le proroghe rapportate alle circostanze concrete che possono mirare a tutelare le legittime aspettative dei concessionari uscenti, soprattutto nei casi in cui si renda necessario garantire il riequilibrio economico della concessione. La critica si appunta conseguentemente sull'attribuzione di una rilevanza assoluta e incondizionata al principio della concorrenza, che in realtà deve sempre misurarsi, anche ai sensi dell'articolo 41 Cost., con altri interessi che talvolta possono provocarne una temporanea attenuazione.

Gli interventi si concludono ripubblicando l'articolo precedentemente apparso sulla rivista Federalismi.it a firma di Beniamino Caravita di Toritto, già condirettore della rivista e prematuramente scomparso lo scorso anno, e di Giuseppe Carlomagno, nel quale vengono tracciate le possibili linee di riforma del settore alla luce dei principi comunitari contenuti nella Direttiva Bolkestein e di quelli affermati nella sentenza CGUE Promoimpresa (*La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma).*

2.- Il fascicolo monotematico di Diritto e Società raccoglie dunque alcune prime riflessioni della dottrina sulle sentenze gemelle, ma gli spunti di riflessione critica sono in realtà innumerevoli. Ogni volta che si ripete la lettura delle sentenze, per cercare di meglio intenderne significato ed effetti, crescono i dubbi e le perplessità, in maniera tale che diventa impossibile farne anche solo una elencazione ragionata ed esaustiva.

La prima cosa che si può osservare, dunque, è che la lettura delle sentenze origina in chiunque, sia esso un cultore o studioso del diritto amministrativo, un pubblico amministratore, un operatore economico del settore, un magistrato, una sensazione di generale disorientamento.

Ciò che sicuramente colpisce è, innanzi tutto, la quantità degli istituti giuridici che vengono tirati in ballo. Non si ragiona, infatti, intorno ad un unico, per quanto complesso, istituto per chiarirne principi informatori o applicativi particolarmente controversi, ma si lavora per trovare la soluzione ad un problema creato dall'inerzia del legislatore.

In secondo luogo, colpisce il fatto che gli istituti evocati vengono richiamati dandone per scontata e presupposta l'utilizzabilità nel caso di specie o giustificandone l'impiego con affermazioni meramente assertive, laddove il loro impiego appare quantomeno fortemente problematico; senza nemmeno adeguatamente preoccuparsi della loro coerenza o non contraddittorietà in una logica di sistema. Le pronunce sembrerebbero ubbidire piuttosto ad una logica machiavellica: il fine (consentire e al tempo stesso limitare la proroga al 2023) sembrerebbe giustificare l'impiego di qualsiasi mezzo (istituto giuridico) utile a tal fine. Seguendo una logica di sistema, che richiede la dovuta attenzione alle esigenze di credibilità e di eguaglianza per rispondere alle quali gli istituti giuridici vengono creati, dovrebbe invece avvenire esattamente il contrario; e cioè che la decisione dovrebbe scaturire dall'applicazione dei secondi, e non viceversa.

Si ha così la netta sensazione che l'esercizio di una funzione nomofilattica sia evocato in realtà soprattutto a cercare di rinforzare l'efficacia di una decisione, che, se pur (forse) utile a dare un "segnale" alla Commissione UE, appare difficile leggere come esercizio tipico di una funzione giurisdizionale. E' evidente che l'attenzione della Plenaria non si concentra o comunque non si limita a precisare quale debba essere, in presenza d'interpretazioni contrastanti, il principio di diritto che deve essere applicato per decidere il caso controverso e quelli analoghi. Più che la pronuncia di un'Adunanza Plenaria, sembrerebbe di leggere una pronuncia resa dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, dal momento che vengono espressamente indicati i criteri che dovranno essere seguiti dal legislatore nel provvedere al riordino della materia, sia sotto il profilo della disciplina del rapporto concessorio (obbligo d'indennizzo), che dei criteri di selezione dei futuri concessionari e delle relative procedure. Per quanto è dato di sapere, prima delle pronunce gemelle, nei giudizi pendenti nessuna parte ha mai chiesto al giudice amministrativo di definire ciò.

Anche lo schema di una funzione tipicamente consultiva risulta però ben presto superato: il legislatore viene in realtà completamente sostituito nel momento in cui si ritiene possibile (" *congruo*") stabilire il termine massimo di efficacia del regime di proroga fino al 31 dicembre 2023. Peraltro, un attimo dopo aver precisato che il diritto eurounitario non consente più alcuna proroga e che sono pertanto nulle le proroghe disposte *ex lege.* Il legislatore nazionale non può disporre contro il diritto eurounitario, l'Adunanza del Consiglio di Stato sì. La piega presa

diventa inarrestabile: il legislatore non può nemmeno disporre diversamente dall'Adunanza Plenaria/ Generale del Consiglio di Stato : "*eventuali proroghe legislative del termine così individuato ... dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'unione*". E la sostituzione, a ben guardare, non si limita soltanto al legislatore, ma si estende al giudice penale ("*la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale*"), al Giudice delle leggi e alla Corte di Giustizia UE, escludendo che la valutazione del contrasto della norma di legge nazionale con il diritto dell'Unione possa essere oggetto dei rispettivi giudizi di costituzionalità o d'interpretazione eurounitaria.

Nella evocata logica machiavellica, gli istituti giuridici impiegati sembrano subire quasi tutti una torsione innaturale.

A cominciare dal principio del contraddittorio.

L'Adunanza Plenaria è investita della questione ai sensi dell'art. 99 co. 2 c.p.a., d'ufficio, con decreto presidenziale che seleziona due soli ricorsi nell'ambito di un contenzioso ampiamente diffuso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza e dirimere contrasti giurisprudenziali, con chiaro e dichiarato intento nomofilattico. Ritiene di doversi limitare ad enunciare il principio di diritto e dichiara inammissibili tutti gli interventi, svolti direttamente innanzi all'Adunanza Plenaria o nel giudizio di merito, limitando di fatto la partecipazione alle sole parti principali del giudizio *a quo*. Il fatto di essere parte in altro giudizio vertente su una *quaestio iuris* analoga è ritenuto insufficiente per qualificare l'interesse a partecipare nel giudizio in cui si definisce la regola di giudizio da applicare successivamente, sebbene ciò che ha giustificato la necessità di una pronuncia nomofilattica è stata proprio la considerazione "*degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori*". Anche in tal caso, dunque, vengono pacificamente applicati principi tutt'altro che scontati e sussiste una evidente torsione dei principi e delle regole sull' intervento processuale e sul contraddittorio che allontana il lettore dalla possibilità di condivisione del *dictum*.

Questione senz'altro centrale nell'impianto delle decisioni è quella del carattere auto esecutivo o meno della direttiva Bolkestein, dalla soluzione della quale dipende la possibilità di disapplicazione o meno della norma nazionale. Implica, in buona sostanza, che (anche) la direttiva è immediatamente applicabile e invocabile nel rapporto cittadino – PA se le sue disposizioni sono "*incondizionate e sufficientemente precise*" (CGUE 22 giugno 1989, Flli Costanzo). Difficile o quantomeno fortemente opinabile assumere che si sia in presenza di disposizioni " *incondizionate e sufficientemente precise*" quando l'art 12 della Direttiva, prima di statuire

chiaramente che la concessione "*non può prevedere la procedura di rinnovo automatico*", afferma che il divieto si applica solo *"Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*" e che solo in tal caso gli Stati membri sono tenuti a seguire "*una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*". Senza considerare il ricorrere dell'ulteriore condizione dell'interesse transfrontaliero certo. L'Adunanza Plenaria non ha invece dubbi nel ritenere che la direttiva *de qua* presenti un "*livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre di conseguenza una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità*", aggiungendo che il carattere s*elf – executing* sarebbe stato espressamente riconosciuto dalla sentenza CGUE Promoimpresa. In ciò la sostanza della motivazione, che per il resto riproduce le argomentazioni proprie già della sentenza Flli Costanzo, che si collocano però questa volta in un contesto profondamente diverso: lì si trattava di rimuovere il limite che la norma nazionale poneva alla possibilità di tutelare una ben definita situazione di diritto o comunque pretensiva riconosciuta dalla norma comunitaria; qui di creare un limite nell'attesa che venga definita una nuova disciplina, di disapplicare cioè *in malam partem*. Anche a prescindere dall'utilizzabilità di tale argomentazione, sta il fatto che la stessa Adunanza poco oltre afferma che non v'è dubbio che il legislatore debba intervenire "*con una disciplina espressa e puntuale*", confermando con ciò la sua mancanza allo stato attuale. Ma ciò che più deve essere sottolineato è che in realtà l'Adunanza tutto fa tranne che disapplicare: la norma nazionale non viene sostituita immediatamente e direttamente dalla norma comunitaria (che escluderebbe in maniera incondizionata la possibilità di proroga), ma da un'altra norma nazionale pretoriamente creata nell'esercizio della funzione nomofilattica (che riduce la proroga nel termine ritenuto più congruo fino al 2023). Che nella realtà delle cose (e nella realtà dei processi) si sia in presenza della sostituzione di una norma nazionale con altra norma nazionale di creazione giurisprudenziale, e non con la norma comunitaria, è del resto confermato dalla decisione successivamente assunta dal giudice al quale sono stati restituiti gli atti per la decisione. Il CGARS, con la sentenza n. 116 del 24 01 2022, ha accolto in parte il ricorso (proposto avverso il diniego di proroga e per l'accertamento del diritto all'estensione della durata della concessione sino al 31 12 2033, ai sensi della l. 30 12 2018 n. 145) accertando il diritto alla proroga della concessione fino al 31 dicembre 2023, ai sensi di quanto statuito dall'Adunanza del Consiglio di Stato.

La stessa considerazione può ripetersi con riferimento al potere di graduare gli effetti delle proprie sentenze. La fissazione del termine al 31 12 2023 viene giustificata invocando la possibilità del giudice amministrativo di graduare gli effetti delle proprie decisioni. A parte che l'affermazione del principio sarebbe già di per sé più che discutibile, andrebbe in ogni caso considerato che il precedente invocato si riferisce ad ipotesi di pronunce di annullamento e non di disapplicazione. Disapplicazione e annullamento non sono la stessa cosa. L'annullamento rimuove un atto invalido con efficacia *ex tunc*; la disapplicazione opera sull'efficacia dell'atto lasciandolo in vita, ma impedendo che produca effetti nel caso di specie, in cui viene appunto disapplicato. Già è dubbio che si possa ritenere consolidata la riscrittura dei canoni classici dell'annullamento. Stravolgere anche quelli della disapplicazione senza nessuna argomentazione giuridica pare francamente troppo.

Lo stesso è a dirsi a proposito dell'interesse transfrontaliero e della categoria del demanio. L'interesse transfrontaliero certo viene desunto dalla qualificazione del mercato delle concessioni demaniali balneari con finalità turistico ricreative come complesso valutato unitariamente e complessivamente ("*tutte e nel loro insieme*"), coincidente con l'intero patrimonio costiero nazionale. Scompare la distinzione tra demanio e patrimonio.

E così per l'autotutela. Si afferma che non v'è necessità di rimuovere gli atti amministrativi di proroga perché questi hanno avuto funzione meramente ricognitiva perché l'effetto autoritativo (di proroga) è stato prodotto direttamente dalla legge. Nondimeno si afferma che "*ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda comunque a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarlo al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*". Anche in tal caso una sofisticata argomentazione per escludere in maniera non convincente la necessità del *contrarius actus*.

E ancora per il giudicato. Secondo l'Adunanza, non vi sarebbero ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria, anche se, sul diritto alla proroga, si sia formato un giudicato, perché la sopravvenienza normativa inciderebbe sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Anche in tal caso l'affermazione parrebbe opinabile, perché, nel caso di specie, lo *jus superveniens* non statuisce sulla durata del rapporto, ma vieta che possano essere disposte proroghe automatiche. Se la concessione della proroga è ormai coperta da giudicato, in assenza di un'espressa statuizione in ordine al carattere retroattivo dello *jus superveniens*, si dovrebbe a rigore ritenere che questo abbia disposto unicamente per il futuro.

I profili sopra accennati non sono esaustivi e non possono essere approfonditi in questa sede. Sono però all'origine di quella sensazione già ricordata che la lettura delle pronunce ingenera nel lettore. Le pronunce sembrano cioè lontane dal raggiungere lo scopo dichiarato di voler svolgere una funzione nomofilattica, perché non orientano, ma piuttosto disorientano l'attività di interpretazione. non sembrano preoccuparsi tanto di convincere con la forza dell'argomentazione ragionevole e condivisibile, proponendo l'argomentazione più attendibile all'esito del confronto tra gli argomenti spendibili; quanto di trovare una soluzione che sia in grado di risolvere il problema dato, anche se questa passa per argomentazioni divisive, non consolidate e spesso implausibili. La generosità e l'intelligenza che contraddistinguono il Consiglio di Stato consentono di indicare elegantemente una soluzione applicativa, ma gli istituti a tal fine impiegati non sembrano rispondere ai canoni consolidati secondo la scienza del diritto amministrativo e del diritto processuale amministrativo: l'interesse ad intervenire non è riconosciuto a chi non è parte principale del giudizio; il giudicato cede sempre e comunque allo *jus superveniens*; l'autotutela non è necessaria per gli atti dichiarativi, che così sfuggono al suo regime; il demanio non si distingue più dai beni patrimoniali; l'annullamento non ha più efficacia *ex tunc*; la disapplicazione non opera più sull'efficacia dell'atto nel caso concreto; il giudice amministrativo può sostituirsi al legislatore, al giudice penale, alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia nella creazione delle norme e nel rispettivo sindacato. In pratica, c'è quanto basta per riscrivere interamente un manuale di diritto amministrativo, sostanziale e processuale, che resta però affidato alle linee guida fluide e imprevedibili che verranno dettate da qui in avanti dall'Adunanza del Consiglio di Stato. Salvo che cambi rotta. Perché non è giusto che i vuoti della politica stravolgano il ruolo del Consiglio di Stato, che, a norma dell'art 100 Cost., è organo di consulenza giuridico-amministrativa "*e di tutela della giustizia nell'amministrazione*", non nella legislazione.