

Sul potere del giudice nazionale di stabilire l'efficacia nel tempo delle leggi e delle sentenze: disapplicazione differita del diritto interno contrastante col diritto dell'Unione? Considerazioni a margine delle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021

Bruno Barel

Università degli Studi di Padova

Abstract: On the national Courts' power to determine the temporal effects of laws and decisions: towards a delayed disapplication of national laws contrasting with EU laws? First impression on the judgments given by the Plenary session of the Council of State no. 17 and 18 on 9th November 2021.

The judicial power is expanding its competence in determining the effectiveness over time of legal rules and judicial decisions, both at the national and the international level. Recently, the highest Court of the Italian administrative justice found itself entitled to establish the date from which the national rules contrasting with self-executing provisions of EU law should be disapplied. This position seems inconsistent with the principle of supremacy of EU law. It contrasts with the power granted by EU Treaties to the Court of Justice to ensure the uniform interpretation and application of EU law.

Keywords: Temporal effects of laws and decisions, Role of Courts, Council of State, Conflict with EU law, Delayed disapplication of the national laws conflicting with EU law.

Sommario: 1. Il ruolo del giudice nell'applicazione delle regole legali sull'efficacia della legge nel tempo. – 2. Il *revirement* della giurisprudenza e la successione nel tempo di differenti interpretazioni autoritative. – 3. Ruolo e potere della Corte costituzionale nella determinazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze e delle leggi. – 4. Ruolo e potere della Corte di giustizia nella determinazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze e del diritto dell'Unione. – 5. Il recente orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'avocazione a sé del potere di differire nel tempo la disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto unionale dotato di efficacia diretta. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il ruolo del giudice nell'applicazione delle regole legali sull'efficacia della legge nel tempo

La determinazione dell'efficacia della legge nel tempo è uno dei temi cruciali per ogni ordinamento giuridico in quanto ne governa l'evoluzione e l'adeguamento agli

obiettivi e alle priorità individuate nel corso del tempo dalla sovranità popolare, assicurando continuità, coerenza e certezza alle relazioni giuridiche.

Il legislatore italiano si è fatto carico di stabilirne le regole di fondo, collocandole a naturale corollario dell'indicazione delle fonti del diritto, insieme a quelle relative all'efficacia della legge nello spazio, nelle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile del 1942, lasciandole immutate anche nel nuovo contesto dell'ordinamento repubblicano.

Col trascorrere del tempo, però, è emerso come la portata effettiva di quelle regole di base sia solo apparentemente chiara e univoca e come essa sia fortemente condizionata dal ruolo assunto dall'autorità giudiziaria, tanto sul piano della loro interpretazione ed applicazione quanto su quello, distinto ma interconnesso, dell'efficacia nel tempo delle stesse decisioni giudiziarie.

In effetti, le disposizioni delle preleggi, nella loro essenzialità, lasciano al giudice ampi margini di intervento per comporre e ricomporre il puzzle normativo nella sua evoluzione spesso disordinata e frammentaria, allorché sia chiamato a calare nel flusso delle relazioni giuridiche i criteri logico-giuridici della posteriorità temporale, dell'incompatibilità, della specialità, della concrete modalità di impatto dello *ius superveniens* su situazioni in fieri, rapporti di durata e procedimenti in corso.

La stessa regola della irretroattività della legge, sancita dall'articolo 11 disp. prel. c.c., per quanto espressione del valore primario della certezza del diritto e perciò qualificata come principio generale dell'ordinamento dalla stessa Corte costituzionale (sentenza n. 82 del 1991), è stata poi travolta – fatti salvi soltanto i limiti minimi presidiati a livello costituzionale, essenzialmente in materia penale – dal riconoscimento della sua derogabilità – perfino in modo implicito – ad opera di fonti sopravvenute di pari rango.

Ha assunto rilevanza sorprendente il fenomeno delle leggi di interpretazione autentica che, coll'imporre di attribuire ad una disposizione di legge vigente, fin dalla sua emanazione, un significato difforme da quello ritenuto corretto fino a quel momento secondo i canoni esegetici legali e il diritto vivente, hanno preteso di regolare non già l'avvenire bensì il passato¹. Di qui il travaglio della giurisprudenza

¹ Tra i molti contributi dottrinali dedicati al tema, si segnalano D. Zanoni, "Retroattività ed interpretazione autentica nel gioco del bilanciamento tra le corti", in *Osservatorio AIC*, 2 (2020), consultabile in: www.osservatorioaic.it [Data di consultazione: 10-6-2022]; G. Tracuzzi, "Diritto&finzione. Alcune considerazioni in tema di interpretazione autentica", in *Federalismi.it*, 8 (2019); R. Russo, "Le leggi di interpretazione autentica al vaglio del rasoio di Occam", Milano, 2017; U. Rescigno, "Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità", in *Giur. Cost.*, 2012, p. 1072 ss.; P. Virdigamo, "Interpretazione autentica e diritto civile intertemporale", Napoli, 2012; A. Pugiotto, "La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali", Milano, Giuffrè, 2003; G. Verde, "Alcune considerazioni sulle leggi interpretative nella giurisprudenza più recente", in *Osservatorio sulle fonti* (a cura di U. De Siervo), Torino 1996; G. Zagrebelsky, "Sulla interpretazione autentica (a proposito della «legge per Assisi»)", in *Giur. cost.*, 1974, VI, p. 3486.

nella ricerca di criteri per delimitare la portata retroattiva a fronte di situazioni ormai esaurite e irrimediabili².

Non meno incisivo è stato e permane il ruolo del giudice nel riconoscimento del carattere di specialità alla legge vigente o a quella sopravvenuta e apparentemente incompatibile con la prima, così da escludere l'effetto abrogativo da parte della *lex posterior* ed ammetterne la convivenza, seppure con una sottile ripermimetrazione del rispettivo ambito di applicazione.

La stessa applicazione in concreto dello *ius superveniens* per l'avvenire è tutt'altro che un'operazione lineare e scontata nei suoi esiti, specialmente, come spesso accade, quando esso cali su fattispecie a formazione progressiva, rapporti di durata, procedimenti amministrativi e giudiziari in corso. Non sempre il legislatore se ne fa carico ricorrendo a disposizioni ad hoc per porre un regime transitorio o di diritto intertemporale o per consentire una temporanea ultrattività del diritto vigente per il completamento di situazioni in itinere, il perfezionamento di procedimenti pendenti o avviati con istanze già presentate alla pubblica amministrazione; più frequentemente, nel silenzio del legislatore, è l'autorità giudiziaria a dover cercare soluzioni concrete ai problemi che sorgono in sede applicativa, attingendo spesso a criteri di logica giuridica desunti dai principi generali di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento riposto dai destinatari sul diritto vigente, come quello dell'esaurimento dei fatti o quello della natura – processuale o sostanziale – delle disposizioni sopravvenute.

² La Corte costituzionale è stata chiamata a valutare in diverse occasioni la legittimità di leggi di interpretazione autentica. Il principio affermato dalla Corte è quello per cui “La norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica ... non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limit[i] ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconosciuto come una delle possibili letture del testo originario” (sentenza n. 15 del 2012), ciò anche quando la legge sia emanata in assenza di un contrasto interpretativo in materia.

Per contro, sono state considerate costituzionalmente illegittime, per contrasto con i canoni di ragionevolezza previsti dall'art. 3 Cost., quelle leggi che, pur auto-qualificandosi come interpretative, sono in realtà volte ad attribuire ad una norma un significato nuovo e diverso rispetto a quelli astrattamente determinabili dalla disposizione interpretata applicando i canoni ermeneutici previsti dalle preleggi (sentenze nn. 15 del 2012, 234 del 2007, 274 del 2006 e 103 del 2013). Sul punto, v. A. Valentino, “Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Osservatorio AIC*, 3 (2012), consultabile in: www.osservatorioaic.it [Data di consultazione: 10-6-2022]. Anche la Corte EDU è stata chiamata a valutare la compatibilità di norme retroattive rispetto ai diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 1 del Protocollo n. 1. La sentenza *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia* del 28 ottobre 1999 ha affermato il principio secondo cui non è interdetto allo Stato adottare disposizioni retroattive che incidono sulle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini. Tuttavia, il principio della preminenza del diritto e il principio della garanzia del giusto processo ostano a che il potere legislativo possa adottare leggi retroattive con lo scopo di influenzare l'esito di un determinato contenzioso giudiziario, sicché, la previsione di norme retroattive dovrebbe rispondere esclusivamente alla tutela di motivi di interesse generale e rispettare i canoni di proporzionalità ed adeguatezza. Sul punto, v. D. Zanoni, cit.; M. Massa, “Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale”, in *Questione giustizia*, consultabile in: www.questionegiustizia.it [Data di consultazione 10-06-2022].

2. Il *revirement* della giurisprudenza e la successione nel tempo di differenti interpretazioni autoritative

Un forte impatto sull'assetto complessivo della regolazione nel tempo è determinato dal mutamento di indirizzo interpretativo da parte della giurisprudenza di legittimità. L'affermazione di un principio di diritto differente da quello precedentemente enunciato e praticato fa sorgere infatti in capo all'intero apparato giudiziario un obbligo generalizzato di conformazione al nuovo orientamento, anche nell'applicazione della disposizione a situazioni già formatesi ma ancora giustiziabili.

Il fenomeno è per certi aspetti equivalente a quello degli effetti delle leggi di interpretazione autentica, in quanto il nuovo principio di diritto vincola di lì in avanti l'interprete, in primo luogo ciascun giudice, ad applicare le disposizioni vigenti nel "nuovo" significato loro riconosciuto, in tutte le situazioni ancora giustiziabili. La Corte di cassazione, tuttavia, ha cercato una difficile conciliazione tra gli effetti del *revirement* interpretativo e il principio generale di irretroattività affermando che essi non sarebbero propriamente retroattivi in quanto collegati a mera attività di enucleazione del corretto significato originario della disposizione³.

È indubbio che l'opera di nomofilachia svolta dalla Corte di cassazione abbia un ruolo essenziale per mantenere coerente e governare il processo continuo di evoluzione dell'ordinamento giuridico, nell'esplicazione delle sue potenzialità in armonia con la Costituzione repubblicana e con la giurisprudenza costituzionale; tale azione, tuttavia, in assenza di un supporto normativo più puntuale di quello codicistico del 1942 che le riconosca all'occorrenza il potere di stabilire gli effetti nel tempo delle proprie decisioni, non appare priva di criticità, per la sua incisività sul diritto vivente e sull'affidamento riposto su di esso dai soggetti dell'ordinamento.

³ Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 gennaio 2007, n.565 e Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2021, n.21936 secondo cui "un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile allo *ius superveniens* ed è anche suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito, il quale può applicare l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene più idoneo a definire in modo corretto la controversia". In dottrina, in termini problematici: F. Roselli, "Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici", in *Giustizia Civile*, 2 (2021), pp. 377 ss.; A. Carratta, "Il giudice e l'interpretazione della norma processuale", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1 (2020), pp. 100-135, spec. pp. 125-127; P. Comoglio, "Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di *perpetuatio iurisdictionis*, *tempus regit actum* e *overruling* processuale", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2 (2013), pp. 525-540, spec. pp. 531-534; E. Vincenti, "Note minime sul mutamento di giurisprudenza (*overruling*) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale", in *Cass. pen.*, 12 (2011), pp. 4126 ss.

3. Ruolo e potere della Corte costituzionale nella determinazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze e delle leggi

Meglio definito sembra essere il potere di incidere sull'efficacia delle leggi nel tempo riconosciuto alla Corte costituzionale, atteso che l'articolo 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n.87 sulla sua costituzione e sul suo funzionamento stabilisce che le norme dichiarate incostituzionali “non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. Con la pubblicazione della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale si determina dunque la cessazione immediata ed assoluta di efficacia delle norme che ne sono oggetto: da quel momento è vietato a tutti, organi giurisdizionali compresi, assumere le norme dichiarate incostituzionali a parametri legali di giudizio per qualsiasi fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte⁴.

L'effetto delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale è perciò ben diverso dall'effetto abrogativo, il quale opera *ex nunc* (salvo previsioni speciali accessorie) e non tanto estingue in via assoluta l'efficacia delle norme incostituzionali quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia e quindi l'applicabilità ai fatti verificatisi sino ad un certo momento. È diverso però, secondo la giurisprudenza, anche dall'effetto retroattivo proprio di ogni declaratoria di inesistenza o nullità o annullamento di una norma, in ragione della sua speciale natura di obbligo di disapplicazione della norma dichiarata incostituzionale se e quando l'applicazione ne sarebbe ancora possibile⁵.

La presenza di una disposizione legislativa *ad hoc* sulla speciale efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale si è però rivelata insufficiente a risolvere una serie di criticità emerse nel corso del tempo, cosicché la stessa Corte costituzionale ha cercato di superare la rigidità del dato normativo ricorrendo ad una serie di “tecnicità”, nella formulazione delle proprie pronunce, con le quali ha finito però coll'incidere sulla legislazione vigente, per il passato e per il futuro, in modi diversi da quanto previsto dal legislatore.

Così è avvenuto con la configurazione, da parte della Corte, di sentenze interpretative, ora di rigetto ora di accoglimento, atte ad incidere sull'interpretazione del diritto vigente in modo sostanzialmente retroattivo, rimodellandone significato e contenuto e imponendone l'applicazione nel significato costituzionalmente doveroso a tutte le situazioni ancora giustiziabili.

Particolarmente incisivo si è rivelato il ricorso alla “tecnica” delle sentenze di accoglimento “additive”, con le quali si va a colmare – retroattivamente – una

⁴ In questo senso, sentenza n. 139 del 1984; così anche le sentenze n. 127 del 1966 e n. 49 del 1970.

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 luglio 1997, n. 7057, secondo cui “le pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale hanno effetto retroattivo, inficiando fin dall'origine la validità e l'efficacia della norma dichiarata contraria alla Costituzione, salvo il limite delle situazioni giuridiche “consolidate” per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico riconosce idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza”.

lacuna dell'ordinamento rispetto ai valori costituzionali, enucleando una nuova norma di portata retroattiva che, riguardando ogni situazione ancora giustiziabile, in certi casi può risalire perfino oltre la stessa data di entrata in vigore della Costituzione.

Così è avvenuto, ad esempio, con la sentenza n. 30 del 1983, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 555 del 1912 sull'acquisto della cittadinanza, nella parte in cui non prevedeva come modo di acquisto originario ed automatico della cittadinanza anche la nascita da madre cittadina, oltre che da padre cittadino: si è ritenuto in giurisprudenza che l'imprescrittibilità dello *status civitatis* acquisito *iure sanguinis* per forza di legge e la perdurante giustiziabilità del suo accertamento consentano anche ai nati da madre italiana e padre straniero anteriormente al 1° gennaio 1948 di rivendicarlo in ogni tempo in sede giudiziaria⁶.

Più di recente, la Corte costituzionale ha ulteriormente arricchito il proprio bagaglio di strumenti atti ad incidere sull'efficacia nel tempo delle proprie sentenze e, per questa via, sull'efficacia nel tempo delle leggi dichiarate costituzionalmente illegittime e delle disposizioni alternativamente applicabili. Questa volta, però, la Corte non si è limitata a modellare le proprie pronunce nei modi ormai tradizionali ma si è spinta fino a disattendere la stessa regola legale dell'articolo 30 l. n. 87/1953, in nome del rispetto concomitante di principi costituzionali che potrebbero essere pregiudicati dall'effetto di disapplicazione, simile a quello retroattivo.

Con la sentenza n. 10 del 2015 la Corte ha così rivendicato a sé il potere-dovere di valutare l'impatto complessivo che le sue decisioni sono destinate ad avere sull'ordinamento giuridico e di assicurare il bilanciamento tra una pluralità di valori costituzionali, e pertanto, all'occorrenza, anche il potere di fissare autonomamente l'efficacia nel tempo delle proprie sentenze di accoglimento, derogando alla regola legale dell'obbligo di disapplicazione a decorrere dalla pubblicazione della sentenza⁷.

⁶ Sul punto, B. Barel, "Cittadinanza", in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 386; G. Marazzita, "Ma la Costituzione è "retroattiva"? (Riflessioni a margine della sentenza n. 12061/98 della Corte di cassazione a sezioni unite)", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2 (1999), pp. 1386 ss.; A. Fedele, "Il valore dei principi nella giurisprudenza tributaria", in *Rivista di Diritto Tributario*, 10 (2013), pp. 875 ss.; A. Pace, "La c.d. retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale in materia di status", in *Foro it.*, 6 (2012), p. 223 s.

⁷ Questo orientamento è stato ripreso e consolidato nella successiva sentenza n. 246 del 2019, ove si legge: "È vero che "[l]e sentenze di accoglimento, in base al disposto dell'art. 136 Cost. confermato dall'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87, operano *ex tunc* perché producono i loro effetti anche sui rapporti sorti anteriormente alla pronuncia di illegittimità sicché, dal giorno successivo alla loro pubblicazione, le norme dichiarate incostituzionali non possono più trovare applicazione" (sentenza n. 139 del 1984; così anche le sentenze n. 127 del 1966 e n. 49 del 1970). Ma la naturale retroattività degli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale non è senza eccezioni. Da una parte, diversa è la decorrenza in caso di "illegittimità costituzionale sopravvenuta" (sentenza n. 178 del 2015), allorché è questa stessa Corte che indica in dispositivo la data in cui si verifica l'incostituzionalità, data successiva a quella di efficacia della disposizione dichiarata

La ricerca del bilanciamento, nella decisione di singole questioni, fra una pluralità di valori costituzionali coinvolti è in realtà il fondamento comune a tutte le “tecniche” elaborate dalla Corte nel corso del tempo, come nel caso delle sentenze di rigetto assunte sul dichiarato presupposto che la provvisorietà di determinate disposizioni consentisse di ritenerle tollerabili oppure sul diverso presupposto che fosse indispensabile lasciare al legislatore il tempo sufficiente per evitare le conseguenze negative che sarebbero state causate dall'aprirsi di una lacuna nell'ordinamento.

Da ultimo, con la sentenza n. 41 del 2021 la Corte ha fatto un altro passo in avanti nella stessa direzione. Questa volta il bilanciamento è stato ottenuto ricorrendo ad una sentenza di accoglimento ma sacrificandone gli effetti retroattivi, anzi differendoli nel tempo ad una data futura fissata dalla Corte stessa, per dare modo al legislatore di intervenire⁸.

Si è osservato in dottrina che in questo modo la Corte muove nella direzione della costruzione di un diritto processuale costituzionale di matrice prevalentemente

costituzionalmente illegittima (sentenze n. 501 del 1988, n. 1 del 1991, n. 416 del 1992, nonché la stessa citata sentenza n. 178 del 2015) oppure stabilisce che la declaratoria di illegittimità costituzionale “non incide [...] in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale” (sentenza n. 266 del 1988). D'altra parte, è possibile che vi sia “l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti” (sentenza n. 10 del 2015). Può infatti eccezionalmente presentarsi l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata.” Sul punto, v. G. Aversente, “La sentenza n. 246 del 2019; conferme e novità sul governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale (e non solo)”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, consultabile in: www.forumcostituzionale.it, [data di consultazione 31-3-2022]. A. Anzon Demmig, “La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie sentenze di accoglimento”, in *Rivista Aic*, 2 (2015), p. 67 ss.

⁸ Cfr. V. Onida, “Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?” in *Osservatorio AIC*, 2 (2021), consultabile in: www.osservatorioaic.it [Data di consultazione: 31-3-2022]; N. Fiano, “Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021”, in *Nomos*, 1 (2021). Consultato in: www.nomos-leattualitaneldiritto.it [Data di consultazione: 31-3-2022]; F. Zammartino, “Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento”, in *Nuove autonomie*, 2 (2021), p. 359 ss.; R. Pinardi, “Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)”, in *Consulta Online*, 1 (2021). Consultato in: <https://www.giurcost.org> [Data di consultazione 12-06-2022]; V. Onida, “Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?”, in *Rivista Aic*, 1 (2016). Consultato in: www.arivistaaic.it [Data di consultazione: 12-6-2021]; R. Pinardi, “La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività”, in *Consulta online*. Consultato in: www.giurcost.org [Data di consultazione: 12-06-2022]; M. D'Amico, “Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità”, Milano, Giuffrè, 1993; Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

giurisprudenziale, con un indebolimento della certezza e prevedibilità del diritto nella giustizia costituzionale, e anche col sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel giudizio *a quo*, con la trasfigurazione del giudizio incidentale in un giudizio del tutto astratto e oggettivo⁹.

In effetti, la Corte sembra avviata su un percorso che ne accentua il ruolo di garante dell'insieme dei valori costituzionali, con un bilanciamento fra i diritti individuali, in modo particolare quelli che costituiscono l'oggetto del giudizio *a quo*, e l'interesse generale, incluso quello alla stabilità economico-finanziaria del Paese e alla salvaguardia della certezza del diritto e dell'affidamento riposto dai soggetti dell'ordinamento sul diritto vivente.

Vi è sintonia fra questo percorso e l'atteggiamento assunto dalla Corte nel suo "dialogo" recente con la Corte europea dei diritti dell'uomo, volto a mettere in evidenza come le decisioni della Corte costituzionale, a differenza di quelle della Corte europea, non possano essere modellate sul caso concreto ma debbano tenere conto dell'insieme dei valori costituzionali e garantirne il bilanciamento anche nella valutazione di casi concreti, evitando i rischi insiti nella generalizzazione di decisioni settoriali¹⁰.

⁹ A. Lanzafame, "La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di legittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015", in *Rivista AIC*, 2 (2015), consultabile in: www.rivistaaic.it [Data di consultazione: 31-3-2022].

¹⁰ In varie occasioni la Corte costituzionale ha cercato di limitare la portata degli obblighi di conformazione dello Stato alle sentenze adottate dalla Corte EDU, ravvisando la necessità di bilanciarne la portata in relazione alla possibile interferenza con altri principi fondamentali o con ragioni di ordine sistemico. Con la sentenza n. 317 del 2009 ha rimesso in discussione il "ruolo interpretativo eminente" riconosciuto con le sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 alla Corte EDU e l'assunzione della giurisprudenza sulla CEDU come rigido parametro di legittimità costituzionale delle leggi interne, di fronte a leggi interne che quand'anche non perfettamente allineate alla giurisprudenza europea siano volte a tutelare altri beni ed interessi di rilievo costituzionale: "Questa Corte ha già chiarito che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa."

Da quella pronuncia, la Corte ha iniziato ad elaborare delle proprie "tecniche manipolative" del parametro convenzionale. Così è avvenuto con la sentenza n. 264 del 2012, sulle "pensioni svizzere", nella quale era contestata la legittimità costituzionale della legge adottata dal Parlamento per ottemperare alla sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2011 nel caso *Maggio ed altri contro Italia*, per violazione della CEDU quale parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost. La Corte costituzionale ha invocato il principio della massima espansione delle garanzie, facendo così prevalere il diritto interno ove assicuri ad un diritto fondamentale maggiore tutela rispetto a quella derivante dall'osservanza degli obblighi internazionali, guardando al bilanciamento con altri valori costituzionali come i principi di uguaglianza e solidarietà, sul presupposto che "A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed

4. Ruolo e potere della Corte di giustizia nella determinazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze e del diritto dell'Unione

All'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia è dedicata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione una specifica disposizione, che riguarda tuttavia soltanto le decisioni di controllo della legittimità di atti. L'articolo 264 attribuisce piena efficacia retroattiva alle decisioni che ritengano fondati i ricorsi, stabilendo che la Corte "dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato": tuttavia, riconosce alla Corte, ove lo reputi necessario, il potere di precisare "gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

Non c'è invece nessuna disposizione espressa relativa agli effetti delle sentenze interpretative emanate dalla Corte su rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali. È stata la stessa giurisprudenza della Corte a ricavare la risposta dall'ordinamento comunitario nel suo insieme, giungendo a ritenere che esse, oltre a vincolare il giudice *a quo*, abbiano una portata generale in quanto accertano e precisano il significato e gli effetti del diritto unionale interpretato, con efficacia naturalmente retroattiva quando si debba dare applicazione alla disposizione unionale interpretata relativamente a rapporti e situazioni formatesi in precedenza.

Tuttavia, la Corte ha introdotto un'eccezione, riservandosi il potere di decidere altrimenti, nel senso che:

Soltanto in via eccezionale la Corte può essere indotta, nella sentenza stessa che risolve la questione d'interpretazione a limitare la possibilità per gli interessati di far valere la disposizione in tal modo interpretata per rimettere in discussione rapporti giuridici sorti e costituiti anteriormente¹¹.

In questa circostanza, la Corte ha in realtà ribadito e in certo senso stabilizzato e generalizzato quell'orientamento di cui si era già avvalsa nel 1976, invocando allora "considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati".

è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata".

Con l'ordinanza n. 150 del 2012 la Corte costituzionale ha adottato il criterio della selezione e valutazione della "sostanza" e delle linee generali della decisione della Corte EDU, riservandosi un margine di apprezzamento e adeguamento per tenere conto della peculiarità dell'ordinamento interno in cui essa va ad inserirsi; ferma *in extremis* la possibilità di verifica di costituzionalità della legge di ratifica della CEDU da parte del giudice nazionale.

Nelle sentenze n. 264 del 2012 e n. 85 del 2013 la Corte ha ribadito la necessità di operare una "valutazione sistemica e non frazionata e del necessario bilanciamento così da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca".

¹¹ CGCE, sentenza 27 marzo 1980, cause riunite 66, 127 e 128/79, *Amministrazione delle Finanze / Salumi*.

In quel caso, volendo riconoscere piena efficacia diretta, anche nei rapporti fra privati, alla disposizione dell'articolo 119 del Trattato CEE che stabiliva il principio di parità di retribuzione a parità di lavoro senza discriminazioni in base al sesso, la Corte aveva limitato l'efficacia retroattiva della propria pronuncia ai soli lavoratori che al momento della pubblicazione avessero già promosso un'azione giudiziaria o proposto un reclamo equipollente, non invece a sostegno di nuove rivendicazioni relative a periodi di retribuzione anteriori alla data della sentenza. Secondo la Corte,

Benché le conseguenze pratiche di ogni pronuncia giurisdizionale vadano accuratamente soppesate, non si può tuttavia spingersi fino a distorcere l'obiettività del diritto od a comprometterne la futura applicazione, per tenere conto delle ripercussioni che un provvedimento giurisdizionale può avere per il passato. Cionondimeno, di fronte al comportamento di vari Stati membri ed agli atteggiamenti assunti dalla Commissione e portati ripetutamente a conoscenza degli ambienti interessati, è opportuno tenere conto, in via eccezionale, del fatto che gli interessati sono stati indotti, per un lungo periodo, a tener ferme pratiche in contrasto con l'art. 119, benché non ancora vietate dal diritto nazionale. Il fatto che la Commissione non abbia promosso, nei confronti di determinati Stati membri, dei ricorsi per infrazione ai sensi dell'art. 169, nonostante gli avvertimenti da essa dati, è stato atto a corroborare un'opinione erronea circa l'efficacia dell'art. 119¹².

La Corte di giustizia si è così attribuita il potere – sia pure esercitabile solo in via eccezionale – di limitare gli effetti delle proprie sentenze interpretative nel tempo, incluso il potere di differenziarne l'efficacia nel tempo per chi avesse già chiesto tutela giudiziaria dei propri diritti e per tutti gli altri interessati. Così facendo, la Corte – che riconduce all'attività interpretativa anche la valutazione dell'efficacia delle disposizioni unionali – ha finito col determinare l'efficacia (diretta) nel tempo delle disposizioni interpretate, giustificandolo come strumento di presidio della complessiva legalità dell'ordinamento dell'Unione in tutti i suoi

¹² CGCE, sentenza 8 aprile 1976, causa 43-75, *Defrenne*. Il medesimo principio è stato ribadito anche in sentenze recenti: *ex plusimis*, CGUE, sentenza 19 dicembre 2019, causa C-236/18, *GDFR SA*, punti 42 ss.: “Occorre ricordare che il principio della certezza del diritto richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti (v., in tal senso, sentenza dell'11 settembre 2019, *Călin*, C-676/17, EU:C:2019:700, punto 5 e giurisprudenza citata). A tale riguardo, la Corte ha, senz'altro, stabilito, da un lato, che essa può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno connessa in contrasto e, dall'altro, che un giudice nazionale può, nel rispetto delle condizioni che spetta unicamente alla Corte determinare, essere eccezionalmente autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato, sulla base di considerazioni imperative attinenti alla protezione dell'ambiente e alla sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica nello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Inter-Environnement Wallonie e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, EU:C:2019:622, punti da 177 a 179).”

valori costitutivi, compreso il principio della certezza del diritto e quello di tutela dell'affidamento ingenerato anche dal comportamento della pubblica autorità.

L'accertamento giurisdizionale dell'efficacia diretta delle norme unionali si riflette sul ruolo del giudice nazionale, che è tenuto – secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia condivisa dal giudice interno – a disapplicare tutte le eventuali norme interne in contrasto con quelle sovraordinate; si riflette anche su ogni altra autorità nazionale, pure soggetta al medesimo obbligo, per costante giurisprudenza.

L'obbligo di disapplicazione consegue di per sé alla presa d'atto della coesistenza di più norme direttamente applicabili alla medesima situazione e al principio del primato del diritto dell'Unione, con prevalenza della disposizione sovranazionale, purché dotata di efficacia diretta, su quella contrastante di diritto interno¹³. Poiché esso deriva dal sistema dei trattati¹⁴, prima che dall'intervento della Corte di giustizia, ciascuna autorità statale è tenuta ad agire di conseguenza fin dal momento in cui coesistano le disposizioni fra loro confliggenti; salvo che, eccezionalmente, la Corte non legittimi – come appunto nel caso *Defrenne* – la prevalenza, non *ex tunc* com'è regola bensì soltanto *ex nunc*, delle norme unionali, che si vedono così riconosciuta efficacia diretta *erga omnes* dal momento di pubblicazione della sentenza.

Il giudice nazionale ed ogni altra autorità nazionale non dispongono dunque di alcun potere proprio di stabilire l'efficacia diretta nel tempo delle norme dell'Unione e sono tenuti all'immediata disapplicazione del diritto interno contrastante, salvo che non sia la Corte di giustizia a esercitare il potere che si è riservata di differire nel tempo la decorrenza dell'efficacia diretta e così di incidere sul *dies a quo* per la disapplicazione delle norme interne confliggenti, differendolo

¹³ Il principio è stato recentemente ribadito anche da CGUE, sentenza 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*: “il diritto dell'Unione si caratterizza per la circostanza di derivare da una fonte autonoma, costituita dai trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri (v., in particolare, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti 166 e 167, sentenza del 10 dicembre 2018, *Wightman e a.*, C-621/18, EU:C:2018:999, punto 45, e parere 1/17, del 30 aprile 2019, EU:C:2019:341, punto 109)” sicché “ogni giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle proprie competenze, ha, in quanto organo di uno Stato membro, l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito (v., in tal senso, sentenze dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 55 e giurisprudenza ivi citata; 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 41, nonché del 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth*, C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punto 75)”.

¹⁴ Sul punto, v. R. Baratta, “Il sistema istituzionale dell'Unione europea”, 2° ed., Milano, 2022, p. 383 ss.; P. Bilancia, E. De Marco, “L'ordinamento della Repubblica”, Milano, 2021, p. 178 ss.; L. Daniele, “Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze”, 7° ed, Milano, 2020, p. 326 ss.; R. Adam, A. Tizzano, “Manuale di diritto dell'Unione europea”, 3° ed., Torino, 2020, p. 923 ss.

eventualmente ad un momento successivo alla pubblicazione della propria decisione interpretativa.

5. Il recente orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'avocazione a sé del potere di differire nel tempo la disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto unionale dotato di efficacia diretta

In senso diametralmente opposto all'orientamento emergente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa di recente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in due sentenze "gemelle" pubblicate nello stesso giorno su vicende simili ed aventi contenuto omogeneo.

Le sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 sono state pronunciate in sede giurisdizionale, ma non definitiva, dall'Adunanza plenaria a seguito di rinvio disposto dal Presidente del Consiglio di Stato, sul presupposto che la questione in oggetto rivestisse una particolare importanza economico-sociale "che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali". Si tratta della particolare ipotesi prevista dall'articolo 99 del Codice del processo amministrativo per risolvere questioni di massima di particolare importanza o per dirimere contrasti giurisprudenziali, in cui è previsto il rinvio dalle Sezioni semplici all'Adunanza plenaria, che enuncia il principio di diritto restituendo poi gli atti alla Sezione remittente per il giudizio definitivo.

Le vicende al fondo dei giudizi riguardavano l'ultima delle molteplici proroghe della durata delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricettive, oltre le scadenze previste dai titoli stessi, nell'attesa di un riordino normativo della disciplina interna per adeguarla al diritto dell'Unione¹⁵. Si trattava della proroga disposta dall'articolo 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, con la quale si era stabilito che le concessioni demaniali già rilasciate "vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, decorrente dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici"¹⁶.

Il Consiglio di Stato ha esaminato lo stato del diritto unionale vigente, giungendo alla conclusione che vigono nella materia disposizioni aventi efficacia

¹⁵ Sul tema, v. anche M. Conticelli, "Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4 (2020), p. 1069 ss.; F. Armenante, "La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie", in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4 (2020), p. 261 ss.

¹⁶ In precedenza, una prima proroga era stata disposta nel 2009 (dall'art. 1, comma 9, d.l. 194/2009, convertito con modificazioni in l. 26 febbraio 2010, n. 25) fino al 31 dicembre 2015; una seconda proroga, disposta nel 2012 (con l. 24 dicembre 2012, n. 228), aveva differito il termine di scadenza della concessioni fino al 31 dicembre 2020. Nel 2018, un'ulteriore proroga aveva ulteriormente prorogato quel termine fino al 31 dicembre 2033.

diretta incompatibili con la disposizione legislativa italiana di proroga adottata nel 2018. In particolare, le disposizioni dell'Unione sono l'articolo 49 TFUE sulla libera prestazione dei servizi e l'articolo 12, par.1 e 2, della direttiva "servizi" 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio. La prima questione affrontata era di natura strettamente interpretativa e riguardava specificamente l'applicabilità di tali disposizioni alla materia delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricettive; la seconda riguardava l'efficacia diretta di tali disposizioni; la terza si riferiva alla loro incompatibilità con la disposizione interna di proroga; la quarta atteneva alle conseguenze da trarre da parte delle autorità nazionali.

Su tutti questi punti l'Adunanza plenaria si è richiamata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, facendosi carico di controdedurre puntualmente agli argomenti contrari sviluppati nelle difese in giudizio. In particolare, ha fatto riferimento alla sentenza della Corte di giustizia *Promoimpresa*¹⁷, relativa proprio al tema della proroga automatica delle concessioni demaniali per attività turistico-ricettive prevista dal diritto interno italiano, sia pure riferita a disposizioni legislative anteriori a quella del 2018, e alla sentenza della Grande Sezione, 22 settembre 2020, cause riunite C-724/2018 e C-727/2018, punto 35, sull'applicabilità della direttiva al settore del turismo.

Sul primo e sul terzo punto, il Consiglio di Stato ha preso atto che il tema era già stato per larga parte "scandagliato" dalla Corte di giustizia giungendo alla conclusione che tanto l'articolo 49 TFUE quanto l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, correttamente interpretati, riguardano anche le assegnazioni di concessioni demaniali marittime ed ostano ad una misura nazionale come quella di proroga, per assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati e quindi per violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, che hanno come corollario la trasparenza.

Sul secondo punto, invece, l'Adunanza plenaria non si è soffermata sulla distinzione tra gli effetti propri della fonte primaria e della direttiva, dando per scontato che ambedue le disposizioni unionali determinino un contrasto col diritto interno.

In realtà, gli effetti non coincidono, in quanto, per giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, mentre l'efficacia diretta delle disposizioni dei trattati non incontra limiti, nel senso che incide su tutti i rapporti in corso, "verticali" od "orizzontali" che siano, e determina l'attribuzione sia di diritti che di obblighi, le direttive, dopo la loro scadenza, ove sussistano i requisiti indicati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, possono avere effetti esclusivamente "verticali" e più precisamente attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare nei confronti della pubblica amministrazione, mentre non possono imporre ai singoli degli obblighi.

Nel caso in esame, poiché il contenzioso nazionale riguardava concessionari e autorità pubbliche, l'efficacia diretta riconosciuta alle disposizioni della direttiva,

¹⁷ CGUE, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

pur incidendo su rapporti “verticali”, in realtà va oltre i limiti derivanti dall’esigenza di tutela dell’operatore economico contro l’autorità pubblica e viene ampliata fino a tutelare l’interesse generale e quello di altri virtuali concorrenti futuri e ad attribuire ai concessionari coinvolti una posizione di soggezione e perdita della concessione posseduta.

Si potrebbe obiettare che la questione è priva di rilevanza pratica, in quanto sarebbe sufficiente prendere atto dell’efficacia diretta della disposizione del trattato ad operare *erga omnes* oltre i limiti propri dell’efficacia diretta riconosciuta alle direttive; e che in effetti la Commissione europea già nel 2009 aveva avviato una procedura di infrazione contro l’Italia, relativamente all’articolo 37 del Codice della navigazione attributivo del c.d. diritto di insistenza al concessionario uscente, fondata proprio sull’articolo 49 TFUE. Per contro, è principio consolidato “che qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione”¹⁸; salvo che le disposizioni di diritto derivato non siano applicabili, nel qual caso torna ad avere diretta rilevanza la disposizione di diritto primario.

L’Adunanza plenaria non si è soffermata su questi profili; dalla ritenuta incompatibilità del diritto unionale con la misura nazionale ha tratto rapidamente la conseguenza della inapplicabilità della norma interna di proroga, anche nei giudizi pendenti a pregiudizio dei concessionari. In questo modo, seppure implicitamente, sembra trovare ulteriore spazio nella prassi la questione – attualmente assai dibattuta – se non ci siano ormai forti ragioni per ritenere meritevole di superamento la tradizionale impostazione sui limiti dell’efficacia diretta di talune disposizioni di direttive scadute e non attuate o non attuate integralmente e correttamente.

Il Consiglio di Stato si è allineato alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹ anche sul punto che non solo i giudici ma “tutti gli organi dell’amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali” sono tenuti ad applicare le disposizioni unionali dotate di efficacia diretta “disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi”: un principio condiviso espressamente anche dalla Corte costituzionale²⁰ e applicato dallo stesso Consiglio di Stato fin dal 1991²¹.

In consonanza con la Corte di giustizia, l’Adunanza plenaria ha fatto applicazione del principio al caso di specie, osservando che “se la proroga è direttamente disposta dalla legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell’Unione, ne discende, allora, che l’effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto”.

¹⁸ CGUE, sentenza 30 aprile 2014, causa C-475/12, punto 63, richiamata dalla sentenza *Promoimpresa*, punto 59.

¹⁹ Orientamento costante fin dalla sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

²⁰ Corte cost., sentenza n. 389 del 1989.

²¹ Cons. St., sez. V, 6 aprile 1991, n. 452.

A questo punto, però, il giudice amministrativo non ha tratto le logiche e naturali conseguenze dai principi condivisi: avrebbe dovuto disapplicare siccome *tamquam non essent* le disposizioni legislative del 2018 di proroga automatica della durata delle concessioni fino al 31 dicembre 2033 e pertanto considerare prive di effetti fin dal 31 dicembre 2020 tutte le concessioni virtualmente scadute in precedenza ma prorogate *ex lege* fino a quella data; e, quanto alle concessioni con scadenza naturale dal primo gennaio 2021 in avanti, avrebbe dovuto considerarle scadute al maturare del loro naturale termine.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha deciso diversamente.

Col dichiarato proposito di evitare il significativo impatto socio-economico che sarebbe potuto derivare da una dichiarazione di decadenza "immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere" nonché dell'esigenza "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", ha statuito che "le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023", vale a dire che "gli effetti della non applicazione della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato".

In più punti delle decisioni si legge che si è voluto lasciare un intervallo temporale "per l'operatività degli effetti della presente decisione", si sono ritenuti sussistenti i presupposti "per modulare gli effetti temporali della propria decisione" "a fronte di un quadro di incertezza normativa" che sarebbe ulteriormente aumentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto" "come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione".

A giustificazione di questa posizione, l'Adunanza plenaria si è richiamata ad un proprio precedente del 2017 in materia di vincoli paesaggistici per notevole interesse pubblico²². Già in quella decisione il giudice amministrativo aveva riconosciuto a se stesso il potere di modulare la portata temporale delle proprie pronunce e ne aveva limitato gli effetti al futuro, al verificarsi di particolari condizioni: a) un'obiettivo 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-economiche²³.

²² Cons. St., ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13.

²³ Nel medesimo senso, con parere del 24 giugno 2020, n. 1233, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno modulare gli effetti dell'annullamento di un provvedimento amministrativo generale (nella specie, il piano faunistico della Regione Puglia), con decorrenza dalla data di approvazione del nuovo piano, allo scopo di assicurare tutela ai rilevanti interessi ambientali sottesi al piano *sub iudice*. Sul punto, v. G. Bellomo, "Il Consiglio di Stato sul *prospective overruling* e sui criteri di modulazione degli effetti demolitori delle decisioni di annullamento", in *Cammino diritto*, 6 (2021). Consultato in: www.rivista.camminodiritto.it, [Data di consultazione 31-3-2022].

L'Adunanza plenaria nella pronuncia del 2017 aveva cercato sostegno nel diritto unionale, specificamente nella disposizione che consente alla Corte di giustizia di modulare la portata temporale delle decisioni giurisdizionali con riferimento alle decisioni di annullamento di regolamenti comunitari (art. 231 TCE) e, per implicito, anche di altri atti vincolanti²⁴ e, di recente, nel disposto dell'articolo 264 TFUE relativo ad ogni giudizio impugnatorio. Quell'orientamento era già stato recepito da alcune pronunce del giudice amministrativo in sede di annullamento di atti²⁵ e poi aveva trovato conferma in alcune disposizioni del Codice del processo amministrativo (artt. 34, comma 1, lettera a); artt. 121-122).

L'Adunanza plenaria nella medesima decisione del 2017 aveva cercato sostegno anche in quella giurisprudenza costituzionale – citata sopra – che aveva ammesso, seppure in via eccezionale, la possibilità di attribuire effetto *ex nunc* a talune sentenze dichiarative della incostituzionalità di una legge.

Consapevole tuttavia della portata costitutiva delle sentenze richiamate a conforto della propria posizione, ed invece della natura essenzialmente interpretativa e perciò dichiarativa delle proprie sentenze pronunciate in sede di enunciazione di principi di diritto, l'Adunanza plenaria ha cercato ulteriore avallo in un parallelismo con le decisioni pregiudiziali di interpretazione della Corte di giustizia e nel potere eccezionale di derogare alla loro retroattività per salvaguardare il principio di certezza del diritto.

In realtà, il parallelismo è solo apparente, vi è al contrario una pericolosa asimmetria. Il tentativo di enucleare un principio implicito attributivo al giudice interno del potere di modulare l'efficacia nel tempo di tutte le proprie sentenze, costitutive o anche interpretative, sull'assunto che esse siano assimilabili ad una sopravvenienza normativa retroattiva e che in quanto tali debbano confrontarsi col principio di certezza del diritto, si scontra con i principi di diritto dell'Unione europea, allorché la pronuncia del giudice nazionale riguardi l'applicazione del diritto unionale nell'ordinamento interno. La giurisprudenza comunitaria *Defrenne* riguardava infatti la delimitazione nel tempo dell'efficacia diretta di una norma comunitaria da parte del giudice comunitario, chiamato a garantirne *erga omnes* l'uniforme interpretazione ed applicazione.

L'Adunanza plenaria, lungi dal prospettare un proprio corrispondente potere relativo all'interpretazione e applicazione del diritto interno, senza interferenze con l'ordinamento dell'Unione, si spinge oltre e rivendica al giudice interno il potere di decidere in proprio sul termine di inizio della disapplicazione del diritto interno contrastante col diritto unionale dotato di efficacia diretta: in questo modo, disconosce l'efficacia diretta – naturalmente retroattiva – delle disposizioni

²⁴ Quanto alle decisioni, il principio è stato affermato con la sentenza 12 maggio 1998, causa C-106/96, *Regno Unito c. Commissione*; quanto alle direttive e a ogni altro atto generale, si vedano le sentenze 7 luglio 1992, causa C-295/90, e 5 luglio 1995, causa C-21/94, *Parlamento c. Consiglio*.

²⁵ Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488 e Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. In dottrina v. A. De Feo, C. Tangari, "VAS, VIA e Valutazione d'incidenza, regole procedurali e sostanziali diverse. La PA obbligata a conformarsi", in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 6 (2011), pp. 818 ss.

unionali, a fronte dell'incompatibilità già accertata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*, paralizzandola e differendone l'operatività ad un termine stabilito dallo stesso giudice nazionale.

In altri termini, l'Adunanza plenaria non ha propriamente modulato l'effetto nel tempo delle proprie decisioni – *ex nunc* anziché *ex tunc* – bensì ha deciso il *dies a quo* di disapplicazione del diritto interno in contrasto con disposizioni unionali ad efficacia diretta, rinviandolo ad una data futura. In questo modo, il giudice nazionale si è attribuito il potere di modulare gli effetti nel tempo del principio di supremazia del diritto dell'Unione sul diritto interno e di stabilire egli stesso da quale momento le disposizioni unionali dotate di efficacia diretta prevalgono sulle norme interne difformi. Dopo avere ritenuto *tamquam non essent* le norme interne di proroga delle concessioni demaniali, le ha fatte temporaneamente sopravvivere – ovvero ne ha sostituito la disciplina con una *regula iuris* di matrice giudiziaria – fino al 31 dicembre 2023.

Per evitare una soluzione così traumatica a livello dei principi, e così invasiva delle prerogative della Corte di giustizia, si sarebbe potuto ricorrere al rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia e coinvolgere il giudice dell'Unione su un tema così importante come quello dello spazio riservato al giudice nazionale in sede di disapplicazione del diritto interno in contrasto col diritto unionale.

6. Considerazioni conclusive

La certezza del diritto rappresenta un valore condiviso dall'ordinamento dell'Unione e dagli ordinamenti degli Stati membri. Si presta tuttavia a varie declinazioni perché, quando venga in rilievo nel contesto dell'applicazione del diritto unionale, non può che essere valutato nella prospettiva di quell'ordinamento – nel bilanciamento di tutti i vari e differenti interessi in potenziale conflitto – e rimesso infine alla Corte di giustizia, a pena altrimenti di disarticolare l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto sovranazionale secondo le diverse situazioni e sensibilità di ciascuno Stato membro e dei giudici nazionali e secondo le situazioni socio-economiche dei singoli Stati membri.

Vi è altrimenti il rischio che per questa via si vada formando un nuovo controlimito costituzionale all'applicazione del diritto unionale ad efficacia diretta, collegato all'impatto socio-economico che esso abbia nei diversi contesti e momenti storici, rimesso a valutazioni ampiamente discrezionali dei singoli giudici interni.

In termini più generali, è la stessa regolamentazione tradizionale dell'efficacia della legge nel tempo ad apparire ormai poco armonizzata col principio della certezza del diritto, tanto da indurre la giurisprudenza ad ampliare il proprio ruolo, già esteso, dal piano dell'interpretazione a quello della autoregolamentazione dell'efficacia nel tempo delle proprie decisioni e di qui anche

delle norme giuridiche interpretate. Una supplenza giudiziaria che, seppure “a fin di bene”, diretta a rafforzare la salvaguardia della certezza del diritto e la tutela dell’affidamento riposto dalla comunità nel diritto vivente, rischia di incrinarla ancora di più, in assenza di un intervento del legislatore.