

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 3/2021

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

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

Comitato scientifico

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

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

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

EDITORIALE

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

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

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

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

saggi

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

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

appendice

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

Maria Alessandra Sandulli

INTRODUZIONE AL NUMERO SPECIALE
SULLE “CONCESSIONI BALNEARI”
ALLA LUCE DELLE SENTENZE NN. 17 E 18 DEL 2021
DELL’ADUNANZA PLENARIA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 3. In via preliminare. L’inammissibilità degli interventi e la possibilità di impugnare le sentenze della Plenaria “*per motivi di giurisdizione*”. – 4. Il confronto con il diritto UE. – 5. Gli effetti del rilevato contrasto con il diritto UE.

1. *Premessa*

Come anticipato nell’Editoriale, la Direzione della Rivista ha deciso di dedicare questo fascicolo alla delicata tematica della natura e del regime delle concessioni demaniali marittime (ma anche lacuali e fluviali) con finalità turistico-ricreative (che, per brevità, saranno attecnicamente indicate come “concessioni balneari” o “concessioni costiere”) all’esito delle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l’inefficacia delle relative proroghe *ex lege* (per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033) per contrasto con il diritto europolitano, rinviando tuttavia “*l’operatività degli effetti*” delle pronunce al 1° gennaio 2024¹.

La questione della compatibilità delle suddette proroghe con il diritto europolitano è nota e ampiamente dibattuta². Essa si lega essenzialmente

* Il testo è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*, in corso di pubblicazione.

¹ Per un primo commento sulle sentenze, v. E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell’Ad. plen. del Consiglio di Stato*; F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, entrambi in *Giustiziainsieme.it*, 2021 e M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara... all’ultima spiaggia*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2021 e *ivi* ulteriori richiami.

² La bibliografia sul tema è vastissima. Si segnalano quindi, per tutti, senza pretesa di

alla riconducibilità di tali concessioni all'ambito applicativo della Direttiva CE n. 123 del 2006 (cd "Direttiva Servizi" o "Direttiva Bolkestein", relativa ai "servizi nel mercato interno", di seguito anche "DS") – che, dopo aver accolto, all'art. 4.1, una definizione molto lata di "servizi", comprensiva di "qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione", dispone, all'art. 12, che "1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano 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", precisando che, in tali casi, l'autorizzazione debba avere "una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" – e, più in generale, alla necessità che il relativo affidamento si conformi ai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza ai sensi dell'art. 49 TFUE.

In Italia la questione assume massima e particolarissima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, le cd concessioni balneari in essere ammontano a circa 30000³ e, nella maggior parte dei casi, i loro titolari hanno creato vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti.

esaustività, i lavori monografici di A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli 2018 e di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020 e i lavori ivi richiamati; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli 2021; nonché, oltre allo scritto di B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, pubblicato in *federalismi.it*, n. 20/2021 (che si ripubblica in questo fascicolo in memoria dell'illustre condirettore), i contributi raccolti nel volume a cura di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021 e, con specifico riferimento al decreto con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria, R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative*, in *Giustiziasinsieme.it*. 2021.

³ Fonte: Unioncamere.

Pur avendo ripetutamente preannunciato un riordino della materia nel rispetto dei suddetti principi di evidenza pubblica, il nostro legislatore ha quindi, fino a oggi, inaccettabilmente “temporeggiato”, continuando a rimandare il problema, attraverso una reiterata serie di proroghe generalizzate delle concessioni in essere; ciò che ha evidentemente scatenato la reazione delle istituzioni eurounitarie (sfociata il 3 dicembre 2020 in una lettera di messa in mora da parte della Commissione che avviava la fase precontenziosa di una nuova procedura di infrazione⁴) e dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵ e creato un clima di gravissima incertezza nel settore.

In questa situazione, con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, facendo per la prima volta uso dello speciale potere riconosciutogli dall’art. 99, comma 2, c.p.a., ha investito del tema l’Adunanza plenaria, sottoponendole i seguenti quesiti:

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

⁴ Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020.

⁵ In particolare, l’Autorità ha osservato che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un’esclusiva, o sono ammessi a operare un numero limitato di soggetti, l’affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario. Con conseguente obbligo di disapplicare la normativa interna, che viola i principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere (*ex multis*, AS1701 del 28 luglio 2020, Comune di Piombino, AS1712 del 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia, AS1719 del 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate. Cfr. anche AS1684 del 7 luglio 2020, *Osservazioni in merito al alle disposizioni contenute nel Decreto Rilancio*).

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

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

Nonostante tale intervento “propulsivo” del Giudice amministrativo, o magari proprio in attesa di un “soccorso” dell'Adunanza plenaria, il Governo ha assunto ancora una volta una posizione “attendista” e, sordo alle pressanti sollecitazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁶, ha espunto il tema delle concessioni balneari dal d.d.l. concorrenza 2021, limitandosi a prevedere una delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata, un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. Una scelta che, pur sicuramente fondata sull'auspicio di poter effettivamente creare i presupposti per provvedere, in tempi brevi, all'indispensabile riordino della materia, non poteva mancare di destare perplessità e preoccupazione, non soltanto alla luce del fallimento dell'analogo progetto del 2018, ma anche – e so-

⁶ Cfr. la Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. n. 287 del 1990 in merito a *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza Anno 2021*, 45 s.

prattutto – perché non accompagnata da alcuna anticipazione del termine di scadenza del 2033.

E così, lo scorso 9 novembre, l’Adunanza plenaria, con le richiamate sentenze 17 e 18, identiche nella motivazione e nella numerazione dei paragrafi, ha coraggiosamente elaborato la “sua” soluzione, assumendo sulle proprie spalle anche il pesante fardello di “scelte” che competevano e competono piuttosto al potere legislativo.

Come era prevedibile, e come è stato immediatamente confermato, le sentenze hanno acceso un intenso dibattito, di cui hanno dato testimonianza anche vari incontri di studio (consultabili *on line*)⁷.

Si tratta, infatti, di pronunce fortemente impattanti sul piano economico, sociale e giuridico, e che, sotto quest’ultimo profilo, pongono rilevanti questioni processuali e sostanziali, attinenti a vari rami del diritto (eurounitario, costituzionale, amministrativo, civile e penale).

La Direzione della Rivista ha ritenuto pertanto opportuno raccogliere alcuni primi autorevoli commenti per offrire un contributo attivo all’approfondimento delle tematiche affrontate dal massimo consesso della giurisdizione amministrativa e delle questioni che esso lascia purtroppo aperte.

2. *Il quadro normativo e giurisprudenziale*

I profili di interesse e di criticità delle sentenze sono molteplici e non possono essere tutti evidenziati in queste brevi considerazioni introduttive. Mi limiterò pertanto a segnalare alcuni tra i più significativi, che sono però già sufficienti a dare un’idea della problematicità della situazione determinata dalle sentenze in commento.

Prima di entrare nel vivo del ragionamento svolto dalla Plenaria, sembra utile premettere, in termini di estrema sintesi, un richiamo al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Come noto, le concessioni di cui si discute hanno a oggetto l’utilizzo di beni che, ai sensi dell’art. 822 c.c., appartengono al demanio necessa-

⁷ *Inter alia*, *Demanio e mare: il problema delle concessioni alla luce dell’adunanza plenaria*, organizzato dall’Università della Calabria il 22 novembre 2021, e *Diritto dell’Unione Europea e concessioni balneari alla luce delle recenti sentenze dell’Adunanza Plenaria*, organizzato dall’Università degli studi di Napoli Federico II il 20 dicembre 2021, cui *adde* la Relazione tenuta sul tema da G. MORBIDELLI al convegno IGI del 14 dicembre 2021.

rio dello Stato e la cui gestione (ad eccezione dei porti) è stata poi affidata alle regioni, che l'hanno a loro volta delegata ai comuni.

Con specifico riferimento al demanio marittimo, gli artt. 36 e 37 c. nav. dispongono che *“L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo”*, e che *“Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”*.

Qualche maggiore indicazione è rinvenibile nel Regolamento per l'esecuzione dello stesso codice (d.P.R. n. 328/1952), che, all'art. 18, prevede una modalità particolare di evidenza pubblica, avviata e condizionata dalla presentazione di una domanda di concessione (per certi aspetti analoga a quella prevista dall'art. 7 del TU della legislazione sulle acque pubbliche – R.D. n. 1775 del 1933 – per le concessioni di queste ultime, ma) con un regime di pubblicità molto ridotto⁸.

⁸ Art. 18 – Pubblicazione della domanda 1. Quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della provincia.

2. Il provvedimento del capo del compartimento che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune.

3. In caso di opposizione o di presentazione di reclami la decisione spetta al ministro dei trasporti e della navigazione.

4. In ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda.

5. Nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni.

6. Il ministro dei trasporti e della navigazione può autorizzare l'esame delle domande presentate anche oltre detto termine per imprescindibili esigenze di interesse pubblico.

7. Quando siano trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande concorrenti senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto da addebitarsi allo stesso, possono essere prese in considerazione le domande presentate dopo detto termine.

8. Le disposizioni del presente articolo si applicano in ogni altro caso di presentazione di domande concorrenti.

Il successivo art. 19 del Regolamento individua il “contenuto dell'atto di concessione”, precisando che:

Il c. 2 dell'art. 37, c. nav. prevedeva peraltro che, che, nel caso di pluralità di domande di concessione di beni demaniali marittimi, fossero preferite in sede di rinnovo, i titolari delle precedenti concessioni.

Il d.l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito nella l. n. 494, recante disposizioni per la determinazione dei canoni delle concessioni demaniali marittime, stabiliva poi all'art. 01 che "1. *La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività:*

- a) *gestione di stabilimenti balneari;*
- b) *esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio;*
- c) *noleggio di imbarcazioni e natanti in genere;*
- d) *gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive;*
- e) *esercizi commerciali;*
- f) *servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione".*

Il comma 2 dello stesso articolo, come modificato dall'art. 10 della l. n. 88 del nel 2001 e "autenticamente interpretato" dalla l. n. 172 del 2003 (e infine abrogato dalla l. n. 217 del 2011 per far posto alle proroghe "a data unica"), dopo aver fissato in 6 anni la durata delle concessioni "indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività", stabiliva peraltro che le concessioni per finalità turistico-ricreative di cui alle lettere da *a* a *f* (a eccezione di quelle rila-

1. Nell'atto di concessione devono essere indicati:
 - 1) l'ubicazione, l'estensione e i confini del bene oggetto della concessione;
 - 2) lo scopo e la durata della concessione;
 - 3) la natura, la forma, le dimensioni, la struttura delle opere da eseguire e i termini assegnati per tale esecuzione;
 - 4) le modalità di esercizio della concessione e i periodi di sospensione dell'esercizio eventualmente consentiti;
 - 5) il canone, la decorrenza e la scadenza dei pagamenti, nonché il numero di rate del canone il cui omesso pagamento importi la decadenza della concessione a termini dell'articolo 47 del codice;
 - 6) la cauzione; 7) le condizioni particolari alle quali è sottoposta la concessione, comprese le tariffe per l'uso da parte di terzi;
 - 8) il domicilio del concessionario.
2. Agli atti di concessione devono essere allegati la relazione tecnica, i piani e gli altri disegni.
3. Nelle licenze sono omesse le indicazioni che non siano necessarie in relazione alla minore entità della concessione.

sciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla l. 28 gennaio 1994 n. 84) fossero tutte automaticamente prorogate di ulteriori 6 anni a ogni scadenza.

Ancora, la l. n. 296/2006 (“legge finanziaria 2007”), modificando l'art. 3 del d.l. n. 400/1993, prevedeva che le concessioni demaniali marittime dovessero avere una durata non inferiore ai 6 e non superiore ai 20 anni “*in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni*”.

Il sistema finiva dunque di fatto per consentire concessioni perpetue, con conseguente sostanziale preclusione di ogni possibilità di subentro per altri eventuali aspiranti.

Merita tuttavia evidenziare che, per un verso, anche da un primo confronto con i sistemi vigenti negli altri Stati dell'Unione non si riscontra una situazione normativa chiara e univoca sul regime dei beni pubblici e sulle regole di selezione dei soggetti privati eventualmente autorizzati a occuparli e a utilizzarli a fini economici⁹ e, per l'altro verso, che, a differenza di quanto avvenuto, prima, per gli appalti e, poi, anche per le concessioni di lavori e di servizi, il legislatore europolitano non ha mai adottato specifiche regole per disciplinare la durata e le modalità di affidamento delle concessioni di beni. Anzi, la Direttiva 2014/23/UE, che, per la prima volta, ha disciplinato le procedure di affidamento delle concessioni di servizi pubblici, ha espressamente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di beni. E così, evidentemente, anche il nostro codice dei contratti pubblici.

Pure la giurisprudenza comunitaria che, dalla nota sentenza Teleaustria del 2000 (richiamata anche dalla Plenaria), ha sancito l'obbligo di rispettare i principi generali di pubblicità, trasparenza e imparzialità nella selezione dei contraenti pubblici, si riferiva comunque alla – diversa – materia degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e di servizi pubblici, tra i quali, come espressamente precisato dal riportato art. 01 del d.l. n. 400 del 1993, non rientrano evidentemente quelle per finalità turistico-ricreative.

In questo contesto si è però inserita, nel 2006, la richiamata Direttiva 123, che, come detto, dopo aver accolto, all'art. 4.1, una definizione

⁹ Si rinvia, in proposito, allo studio del Parlamento europeo, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Bruxelles, 2017 e agli Studi della Camera dei Deputati su *Le concessioni demaniali marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna*, Info aggiornate all'8 marzo 2018.

molto lata di “servizi”, comprensiva di “qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione”, ha, come visto, enunciato, all’art. 12, che, a fronte di risorse scarse per l’esercizio di un’attività, le relative autorizzazioni debbano avere una durata limitata ed essere esito di apposite procedure di selezione tra i candidati potenziali, con idonee garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, con conseguente divieto di rinnovo automatico e di altre misure di preferenza per i precedenti titolari.

Nel 2008, la Commissione europea ebbe quindi ad aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, che ne ottenne l’archiviazione, rassicurando le istituzioni europee che avrebbe sollecitamente provveduto al riordino della materia.

Pur preannunciando, sin dal 2009, un intervento diretto a disciplinare le modalità di affidamento delle concessioni *de quibus* “nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell’esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti”, il nostro legislatore, confidando evidentemente anche in un diffuso convincimento della inapplicabilità della Direttiva alle concessioni di beni (tesi sostenuta del resto dallo stesso F. Bolkestein proprio in riferimento alle concessioni balneari in un’audizione alla Camera dei Deputati¹⁰), si è peraltro limitato a sopprimere il cd “diritto di insistenza” del concessionario uscente (previsto dal testo originario dell’art. 37, c. nav.), ed è, all’opposto, ripetutamente intervenuto a posticipare la scadenza dei rapporti in essere (art. 1 c. 18, d.l. n. 194/2009, convertito con modificazioni nella l. n. 25/2010 e art. 24 c. 3-*septies* d.l. n. 113/2016 convertito nella l. n. 160/2016).

Tale comportamento è stato stigmatizzato dalla CGUE nella nota sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016, che ha costituito la base argomentativa della decisione assunta dalla Plenaria.

Ma, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020 (fissata nella citata l. n. 160 del 2016), con la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 (“legge finanziaria 2019”) il nostro legislatore, pur apparentemente avviando un iter di riordino della materia¹¹, ne procrastinava di fatto ulteriormente

¹⁰ Cfr. E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso, in federalismi.it*, n. 18/2020. Il discorso integrale di Frits Bolkestein, dal titolo “*Convegno. L’Euro, l’Europa e la Bolkestein spiegate da Mr. Bolkestein*” e registrato da Radio Radicale a Roma il 18 aprile 2018, è disponibile sul sito www.radioradicale.it.

¹¹ Si affidava a un apposito dPCM da emanare entro 120 giorni, di fissare i termini, le modalità e le condizioni per procedere: alla ricognizione e mappatura del litorale e

l'attuazione, demandando (senza termini) al Governo di individuare (con apposito dPCM) i principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione (delle sole) nuove concessioni di aree demaniali prive di concessioni in essere, all'esito di una consultazione pubblica della durata massima di 180 giorni, e disponendo una nuova proroga generalizzata delle concessioni esistenti, questa volta addirittura al 31 dicembre 2033 (art. 1, c. 682 e 683).

Ne è seguita una situazione di grave incertezza per gli operatori e per le amministrazioni, cui i comuni hanno reagito in modo non univoco, alcuni concedendo la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri disapplicando la norma nazionale e avviando procedure selettive, altri ancora adottando soluzioni tampone, con proroghe limitate nel tempo in attesa dell'auspicato riordino, altri, infine, omettendo di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari.

Ciò ha dato vita a vari contenziosi, che, a fronte di un prevalente orientamento nel senso della necessaria disapplicazione (*rectius*, non-applicazione) della legge di proroga¹², hanno visto emergere una forte posizione di dissenso da parte del TAR di Lecce, che, come dichiarato anche in diverse interviste del suo Presidente, si è espresso in senso nettamente contrario alla configurabilità, *de iure condito*, di un obbligo delle am-

del demanio costiero-marittimo; all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere o concedibili; all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie o sub-concessionarie; alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione dell'uso delle coste; all'individuazione di un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, nonché di un sistema di rating delle imprese che svolgono tali attività; alla revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime contenute nel codice della navigazione o in leggi speciali in materia; al riordino delle concessioni demaniali marittime ad uso residenziale ed abitativo; alla revisione e all'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari.

Le amministrazioni competenti, individuate dal medesimo dPCM, avrebbero dovuto provvedere, entro due anni, all'esecuzione delle attività ivi previste.

Nessun dPCM è stato però emanato.

¹² *Inter alia*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, ma, già sulla proroga del 2016, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342. La stessa sez. V del Cons. di Stato, con le sentenze dalla n. 7251 alla 7258 del 2019, in una serie di contenziosi identici in cui si contestava l'avvio da parte di un comune di procedure di evidenza pubblica per la concessione di beni demaniali marittimi, ha tuttavia dichiarato "l'improcedibilità" degli appelli promossi dal comune per l'intervenuta l. n. 145/2018.

ministrazioni di disapplicare le leggi di proroga e di avviare procedure selettive in assenza delle necessarie regole statali¹³.

La situazione si è, se possibile, ulteriormente aggravata quando, nell’ambito degli interventi connessi all’emergenza epidemiologica da COVID-19, con il d.l. n. 34 del 2020 (convertito nella l. n. 77/2020), c.d. Decreto Rilancio, il Governo, nel ribadire la valenza delle proroghe fino al 2033, ha disposto la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, facendo espresso divieto alle amministrazioni di intervenire qualora “*l’utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall’atto di concessione*” (art. 182, c. 2)¹⁴.

Infine, il d.l. n. 104/2020 (convertito nella l. n. 126/2020), nell’ambito delle misure a sostegno dell’economia, ha esteso formalmente la suddetta proroga al 2033 alle concessioni lacuali e fluviali, oltre che a quelle per la nautica da diporto.

Ne è seguita, il 3 dicembre 2020, una nuova lettera di messa in mora da parte della Commissione UE, che ha contestato l’inottemperanza dell’Italia agli obblighi imposti dagli artt. 12 DS e 49 TUE.

In particolare, dopo aver sottolineato che, nella sentenza *Promoimpresa*, la CGUE ha “*chiaramente confermato che le “concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un’area demaniale a fini turistico-ricreativi” devono essere qualificate come autorizzazioni all’esercizio di una determinata attività economica in base al concetto di “regime di autorizzazione” stabilito dall’articolo 4 della DS*”, e “*ha inoltre confermato in via generale che il capo III della direttiva sui servizi (quindi anche l’articolo 12 della medesima direttiva) si applica anche a situazioni puramente nazionali*”, la Commissione ha rilevato che “*sebbene abbia lasciato al giudice del rinvio la valutazione circa la scarsità delle risorse naturali necessaria ai fini dell’applicazione dell’articolo 12 della DS nei singoli casi oggetto di contenzioso, la CGUE ha sottolineato tuttavia che “il fatto che le concessioni di cui ai procedimen-*

¹³ A. GIUZIO, *Balneari, Pasca: “Inammissibile negare proroga al 2033, urge riforma concessioni”*, in *MondoBalneare.com*, 2021 e, tra le diverse pronunce, la sentenza 27 novembre 2020, n. 895.

¹⁴ A fronte di diverse sentenze che hanno ribadito la necessità di disapplicazione delle proroghe *ex lege* – tra cui TAR Campania, Sez. Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265 e TAR Sicilia, Sez. Catania, 15 febbraio, 2021 n. 504 – il TAR Lecce ha continuato ad esempio a sostenere la sua posizione (cfr. la sentenza n. 603 del 2021).

ti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato". Inoltre, evidenziando il carattere assoluto e generalizzato delle proroghe disposte dal nostro legislatore, la Commissione ne ha desunto "che la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguardi concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE". E ancora che la medesima legislazione nazionale "non distingue tra situazioni in cui esiste un interesse transfrontaliero certo e situazioni in cui tale interesse non esiste, per cui ha ad oggetto anche situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE".

Per quanto qui più interessa, la Commissione ha poi osservato che non è possibile invocare l'art. 12.3 DS, il quale, come si dirà meglio *infra*, consente di derogare alle regole proconcorrenziali per motivi imperativi di interesse generale, "senza un'analisi caso per caso che consenta di valutare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, come nel caso di "una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione". E ha aggiunto che "secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili¹⁵". Da ultimo, la Commissione ha rilevato che, in ogni caso, "nella misura in cui è probabile che venga pregiudicato un interesse transfrontaliero certo – per quanto riguarda almeno alcune delle concessioni oggetto delle proroghe ex lege stabilite dalla legislazione italiana, è possibile presumere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo sulla base dell'ubicazione geografica

¹⁵ Sentenze 16 novembre 1983, *Thyssen AG c. Commissione*, C-188/82, ECLI:EU:C:1983:329, § 11; 6 febbraio 1986, *Vlachou c. Corte dei conti*, C-162/84, ECLI:EU:C:1986:56, § 6; 20 settembre 1990, *Commissione c. Germania*, C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320, § 14; 7 giugno 2005, *VEMW*, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, §§ 73-74; 24 novembre 2005, *Germania/Commissione*, C-506/03, ECLI:EU:C:2005:715, § 58; 16 dicembre 2010, *Kabla Thüringen Porzellan/Kabla Thüringen Porzellan/Commissione*, C-537/08, ECLI:EU:C:2010:769, § 63; 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra/Commissione*, C-67/09, ECLI:EU:C:2010:607, § 71 ss.

dell'area demaniale e del valore economico delle concessioni”, le suddette proroghe comportano anche una violazione dell'art. 49 TFUE.

La lettera ha poi specificamente censurato anche il divieto di sospendere i rapporti concessori in essere per violazione del principio di leale cooperazione degli Stati membri nell'osservanza del diritto dell'Unione.

E, ancora con riferimento all'art. 12 della DS, ha stigmatizzato le richiamate disposizioni della l. n. 145/2018 per ciò che, per l'assegnazione delle nuove concessioni potenzialmente disponibili, non definiscono “alcun criterio specifico e oggettivo né prevedono alcuna procedura, in particolare per quanto concerne l'obbligo di assicurare una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento” (il che “nella pratica non permette di assicurare che tali nuove concessioni siano assegnate in conformità ai detti principi”), e, per le concessioni esistenti, prevedono tempistiche estremamente lunghe (almeno tre anni) delle attività preparatorie del previsto riordino, non prevedono norme o procedure che tengano conto anche delle possibili specificità locali e che garantiscano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti le suddette garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità e, oltre tutto, ne affidano la definizione a uno strumento tecnico (il dPCM) di rango secondario, inadeguato a modificare il quadro normativo vigente (d.l. n. 400 del 1993 e Regolamento di esecuzione del c. nav.).

La lettera non si è quindi 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.

La Commissione ha pertanto invitato la Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 258 TFUE, a trasmetterle le proprie osservazioni entro due mesi dal ricevimento della lettera, riservandosi “il diritto di emettere, se del caso, il parere motivato previsto dal medesimo articolo”.

Come detto, il legislatore italiano non è più intervenuto sul tema, e, anzi, il Governo lo ha espunto dal d.d.l. concorrenza, riproponendo la strada della previa mappatura della situazione esistente (sulla base, peraltro di criteri che dovranno a loro volta essere definiti con decreto legislativo delegato da adottare entro l'ulteriore termine di sei mesi dell'entrata in vigore della – non ancora emanata – legge concorrenza 2021).

Dal momento che, a distanza di 13 mesi dalla lettera di contestazione, la Commissione non ha espresso il parere motivato, si poteva però ipotizzare che (anche se non ve ne è traccia pubblica) lo Stato italiano avesse fornito una risposta idonea a rassicurare la Commissione.

In ogni caso, stante il diverso piano in cui operano la politica e la giurisdizione, tale risposta non può essere consistita nell'auspicio di un intervento "suppletivo" del massimo consesso della giustizia amministrativa.

Le considerazioni svolte nella lettera di contestazione sono comunque molto utili per una più consapevole disamina delle sentenze dell'Adunanza plenaria e delle problematiche da esse affrontate (e sollevate).

3. *In via preliminare. L'inammissibilità degli interventi e la possibilità di impugnare le sentenze della Plenaria "per motivi di giurisdizione"*

In primo luogo, proprio considerando l'impatto delle pronunce, non può non destare perplessità la rigida "chiusura" agli interventi delle Associazioni di categoria e dei soggetti che erano intervenuti negli altri giudizi che, pur analogamente pendenti dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, non sono stati "deferiti" all'Adunanza plenaria. La straordinaria capacità "creativa" dimostrata, pure in questa occasione, dal Giudice della nomofilachia amministrativa avrebbe quantomeno potuto essere utilizzata anche per chiedere alle Sezioni di riferimento una previa pronuncia sulla ammissibilità di tali interventi. La portata innegabilmente "decisoria" delle risposte date ai quesiti e il fortissimo impatto "a tutto tondo" delle pronunce sull'intero sistema giuridico-economico delle nostre coste (significativamente considerate come un unico bene per affermarne l'interesse transfrontaliero certo: v. *infra*) – con la dichiarazione di radicale inefficacia di tutte le proroghe, anche future, delle concessioni a uso turistico-ricreativo disposte con apposite leggi e senza una previa procedura di evidenza pubblica – avrebbe invero imposto di garantire la massima effettività del contraddittorio con tutte le parti che avevano manifestato il loro concreto interesse a difendere le posizioni cui il legislatore, le amministrazioni e, come si è visto, in alcuni casi, gli stessi giudici, avevano riconosciuto stabilità. Per le stesse ragioni non è accettabile il rifiuto dell'intervento delle Associazioni di categoria (§ 10.3) con la giustificazione che la pronuncia è resa sui quesiti posti in un giudizio sul "diniego di proroga di una singola concessione demaniale", e "non incide

in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati [da tali Associazioni], ma produce solo effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera dei concessionari”.

Già per questo primo profilo, incontestabilmente decisorio, le sentenze potrebbero essere quindi impugnate dinanzi alla Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost., per eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di astratto e aprioristico “diniego di giustizia” nei confronti dei predetti aspiranti intervenienti.

Con riferimento alla più ampia questione della possibilità di farne oggetto di ricorso per “motivi di giurisdizione”, merita peraltro sin da ora osservare che, anche in termini più generali – per quanto detto e per quanto emerge dalla piana lettura del relativo testo – tali pronunce sono immediatamente idonee a incidere, anche sotto il profilo sostanziale, (quantomeno) sulle posizioni delle parti in causa e non appare pertanto giustificabile escluderne *a priori* la censurabilità dinanzi alla Corte di Cassazione semplicemente trincerandosi dietro la natura formalmente non decisoria delle sentenze dell’Adunanza plenaria (in pretesa analogia con quanto affermato, in una singola pronuncia e in situazione affatto diversa, dalla Suprema Corte nella sentenza 22 dicembre 2017, n. 13, con riferimento al vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico antecedenti al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Una tale soluzione di chiusura contrasterebbe, a tacer d’altro, anche con il principio di economicità del sistema (o “servizio”) giustizia, evidentemente pregiudicato dalla moltiplicazione dei ricorsi avverso le successive decisioni man mano rese dalle Sezioni semplici nel rispetto delle conclusioni accolte dalla Plenaria. Ma, soprattutto, come è agevole comprendere, essa rallenterebbe in termini oltremodo rischiosi l’acquisizione di una necessaria certezza sulla effettiva intangibilità processuale del quadro “costruito” dal Giudice amministrativo. Un quadro che, da più parti e sotto vari profili, è apparso come un’indebita invasione della sfera riservata al legislatore¹⁶.

¹⁶ Sulla ritrosia della Corte di cassazione a riscontrare in concreto tale vizio, pur ripetutamente riconosciuto in astratto, sia consentito il rinvio a M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020.

4. *Il confronto con il diritto UE*

La lettura – e rilettura – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello -proprio piuttosto della funzione consultiva- di “ausiliare” il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di “opportunità” e di “equilibrio” nel temperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica. Pur comprendendo la generosità del gesto – particolarmente importante in un momento di grande sintonia tra i vertici nazionali e quelli dell'Unione – siffatto *modus operandi*, come già rilevato in altre occasioni¹⁷, non manca di destare serie perplessità.

Il percorso motivazionale delle sentenze non appare del resto lineare. A cominciare dall'approccio al diritto UE.

La Plenaria muove dal richiamo alla citata sentenza 14 luglio 2016 della CGUE sul caso *Promoimpresa*, evidenziando (§ 12 delle sentenze) che essa ha affermato, in sintesi che

1) l'art. 12, §§ 1 e 2, della DS deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;

2) l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per attività turistico ricreative, “*nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo*” e, dichiarando di dividerla, ribadisce “*il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in*

¹⁷ Da ultimo, *La “risorsa” del giudice amministrativo in Questione giustizia*, n. 1/2021 e, *ivi* ulteriori richiami.

essere”, ritenendolo evincibile sia dall’art 49 (e dall’art. 56) TFUE, che dal citato art. 12 della Direttiva 123/2006.

Sotto il primo profilo, richiamando peraltro soltanto la giurisprudenza UE in tema di appalti, la Plenaria afferma che *“l’interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un’opportunità di guadagno offerta dall’Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri”*. Senonché, per poter aprioristicamente sostenere la sussistenza di tale interesse per la totalità delle “concessioni balneari” (con buona pace del ritenuto difetto di legittimazione delle Associazioni di categoria), è costretta a fare un ulteriore salto logico, affermando che per queste ultime *“a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo”*, e facendo leva sull’eccessivo guadagno consentito ai concessionari (anche solo per effetto della combinazione tra la modestia del canone e la facoltà di subconcedere il bene a un prezzo più alto), per sostenere che, per evitare *“disparità di trattamento”* tra le diverse aree, *“non vi è dubbio che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”*.

L’argomento appare francamente forzato e dimostra, anzi, la debolezza della costruzione. L’interesse transfrontaliero certo richiesto per invocare la violazione del Trattato TFUE deve riguardare il singolo atto e non può essere evidentemente riferito a un insieme di situazioni e di rapporti con diversi soggetti. La stessa sentenza *Promoimpresa* ricorda del resto che l’individuazione di tale interesse deve essere effettuata dal

giudice del rinvio, “*tenendo conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico*” della relativa concessione, tanto da dichiarare inammissibile la questione prospettata da un giudice che non aveva specificamente individuato la sussistenza di un siffatto interesse in relazione alla fattispecie controversa (§ 68). In termini ancor più evidenti, la lettera di contestazione della Commissione UE si era, come visto, limitata a rappresentare la “*possibilità di presumere*” la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo per “*almeno alcune*” delle concessioni in oggetto, senza affatto affermare un siffatto interesse per tutte quelle esistenti. Ogni eventuale dubbio a tale riguardo avrebbe dovuto dunque essere sottoposto alla CGUE, pena la sottrazione della questione al suo giudice naturale e la conseguente censurabilità della pronuncia per invasione della sfera ad esso riservata¹⁸.

Non convince neppure, evidentemente, il richiamo all’esigenza di evitare disparità di trattamento tra le diverse aree. Tale disparità, legittimata dalla stessa Commissione, è invero perfettamente ragionevole e logica in considerazione proprio del diverso *appeal* del bene e della maggiore o minore disponibilità di analoghe risorse.

Evidentemente consapevole della debolezza dell’approccio, la Plenaria afferma infatti che “*l’obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall’applicazione dell’art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell’interesse transfrontaliero certo*”. Il problema si sposta però – e le sentenze ben lo comprendono – sulla riconducibilità delle concessioni *de quibus* all’ambito di applicazione di tale articolo e, questione di non poco momento, sull’idoneità della direttiva a esplicare un effetto diretto sui rapporti concessori in essere. L’*iter* argomentativo seguito a tale riguardo dal massimo Consesso della giustizia amministrativa si appoggia ancora una volta sulla richiamata sentenza *Promoimpresa* del

¹⁸ Non è questa la sede per addentrarsi nella disamina della sentenza CGUE del 21 dicembre scorso sul caso *Randstad Italia*, ma si segnala che la Grande Sezione non si è pronunciata sul secondo quesito, con il quale la Cassazione le chiedeva di chiarire “*se gli art. 4, 19 TUE e 267 TFUE, ostino all’interpretazione ed applicazione degli artt. 111 Cost., 360 e 362 c.p.c. e 110 c.p.a., secondo cui il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per motivi inerenti alla giurisdizione, sotto il profilo del c.d. difetto di potere giurisdizionale, non sia proponibile come mezzo di impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo su questioni disciplinate dal diritto dell’Unione Europea, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con l’effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario e di pregiudicare l’uniforme applicazione e l’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto dell’Unione*”.

2016 (e a ben vedere, pur non evidenziandolo, sulla ricostruzione fattane nella lettera di contestazione del 2020). Anche sotto questo profilo, il ragionamento della Plenaria non appare tuttavia agevolmente condivisibile. È ben vero, infatti, che – nonostante, come anticipato, lo stesso Frits Bolkestein abbia espressamente escluso che la DS intendesse riferirsi anche alle concessioni di beni¹⁹ – la giurisprudenza UE, anche recentemente, facendo leva sull’ampia definizione di “servizio” data dal suo art. 4.1, comprensiva di “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione*”, vi abbia specificamente ricondotto anche l’ “*attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale*” (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, § 34).

Il tema dei suoi effetti sulle proroghe *de quibus* è tuttavia molto più complesso.

Il primo possibile ostacolo individuato dalla sentenza *Promoimpresa* a una immediata e generalizzata eliminazione dal mondo giuridico delle proroghe *ex lege* delle concessioni balneari è invero rappresentato, come ha poi ricordato la stessa Plenaria, dalla condizione della scarsità della risorsa. Condizione che significativamente la CGUE, lungi dal ritenere insita nel bene costiero, rimette di valutare, evidentemente di volta in volta, al giudice nazionale. Lascia, quindi, perplessi la valutazione svolta in modo generale e onnicomprensivo dalla Plenaria. Il Supremo Collegio ritiene invero di poter superare l’ostacolo riconosciuto dalla stessa CGUE richiamando dati non pubblici²⁰ e riferiti, ancora una volta, alla situazione complessiva nazionale, oltre che al netto delle concessioni in proroga. Laddove la valutazione avrebbe dovuto, più coerentemente, essere operata, caso per caso, dal giudice delle singole fattispecie – anche alla luce del fatto, valorizzato dalla sentenza *Promoimpresa* (cfr. § 25 sentenze), che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale – e, possibilmente, all’esito di una attenta e puntuale ricognizione e pianificazione dell’uso delle coste, di cui significativamente il Governo ha ribadito la necessità, tanto che, per questa espressa ragione, ha nuovamente rinviato il riordino del sistema. Merita a tale proposito ancora una volta richiamare la lettera di contestazione del 2020: la Commissione non

¹⁹ Si v. anche C. FOTINA, *Bolkestein: «La direttiva non si applica agli stabilimenti balneari»*, in *Il Sole 24 ore*, 18 aprile 2018.

²⁰ Si parla genericamente di “*dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture*”.

ha escluso *ex se* la necessità della prodromica ricognizione della situazione in essere (limitandosi a censurare le tempistiche previste dalla l. n. 145 del 2018), né ha affermato che tutte le aree demaniali destinabili a uso turistico-ricreativo sono “risorse scarse”, ma ha soltanto – affatto diversamente – rilevato che disposizioni della suddetta l. n. 145/2018 “*sono di natura generale e assoluta e non tengono conto né delle specificità locali (ad esempio non vi è alcuna disposizione che limiti tali proroghe alle zone in cui le risorse non sono limitate) né di eventuali valutazioni effettuate nel contesto delle attività di mappatura e di revisione svolte a norma dei commi 677 e 678*”. Come per l’interesse tranfrontaliero, la Commissione ha dunque stigmatizzato il fatto che, attraverso una proroga generale indiscriminata, la legislazione nazionale in questione vi abbia inevitabilmente compreso anche concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall’art. 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE. La differenza rispetto a quanto affermato dalla Plenaria è plateale.

Anche sotto questo profilo, pertanto, il Supremo Collegio, qualora avesse nutrito dubbi al riguardo, avrebbe dovuto rivolgere uno specifico quesito alla Corte UE.

In ogni caso, non sembra pacifico che sussistano i presupposti per parlare di violazione di una “*direttiva self executing*”. Innanzitutto, perché la Direttiva Servizi è stata specificamente recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 59 del 2010, che, all’art. 16, riprendendo testualmente i contenuti dell’art. 12 DS, impone alle autorità competenti al rilascio di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi, limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, di applicare “*una procedura di selezione tra i candidati potenziali e assicurare la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l’imparzialità, cui le stesse devono attenersi*”. Aggiunge però, in linea col co. 3 dello stesso art. 12, che “*Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità’ competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario*”.

In secondo luogo, perché, nonostante gli abili sforzi del Collegio giudicante per affermarlo, si potrebbe obiettare che la Direttiva, richiedendo comunque un intervento del legislatore, non abbia quel livello di

dettaglio e di specificità necessario ai fini della sua diretta applicabilità e difatti, significativamente, nella sentenza Promoimpresa non vi è alcuna affermazione in tal senso e, come visto, la Commissione censura la l. n. 145 del 2018 anche perché, non fissando alcun “*criterio specifico e oggettivo*” per l’affidamento delle nuove concessioni e non prevedendo “*alcuna procedura, in particolare per quanto concerne l’obbligo di assicurare una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”, non permettono in pratica di assicurare che esse siano assegnate in conformità ai detti principi. La Plenaria supera l’impasse osservando che “*il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato*”, sicché, nella specie, esso sarebbe rinvenibile nella chiarezza dell’obiettivo – apertura al mercato dei servizi – e nella correlata imposizione di “*una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità*”, che, pur in assenza di una specifica declinazione di tali principi, le amministrazioni concedenti potrebbero (e dovrebbero) autonomamente costruire per porre fine al sistema privilegiato delle proroghe (§ 26 sentenze).

L’imprescindibilità di un intervento legislativo, più volte sottolineata anche dalla Commissione, è tuttavia dimostrata dagli stessi successivi passaggi delle sentenze in commento, laddove si fa riferimento alla possibilità/opportunità di consentire la proroga delle concessioni in essere quando ciò sia finalizzato alla tutela di interessi culturali, sociali, ecc., e alla necessità di prevedere meccanismi idonei in qualche modo a tutelare le posizioni dei gestori uscenti, ma anche – e, si può dire, soprattutto – laddove, dopo aver nettamente dichiarato che gli atti di proroga adottati in attuazione di leggi in tesi inapplicabili devono ritenersi *tamquam non essent*, dilazionano di due anni tale “inesistenza” sulla scorta di una valutazione di “congruità” del tempo necessario per disciplinare, allestire e concludere le nuove gare.

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.

Ancora meglio, tuttavia, sarebbe stato portare un tema così delicato

alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale delle leggi di proroga per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della DS quale parametro interposto di costituzionalità.

Così facendo, si sarebbe correttamente rimessa al Giudice delle leggi la scelta – naturalmente sempre previo eventuale rinvio alla Corte di Giustizia – se dichiarare incostituzionali le leggi di proroga per contrasto con un diritto UE privo di effetti diretti (e la sentenza costituzionale, in questo caso, avrebbe potuto sospendere il giudizio in attesa dei chiarimenti della Corte di Giustizia o al limite prevedere anche un differimento dei suoi effetti temporali); oppure – qualora la DS fosse stata ritenuta dotata di effetti diretti – valutare l'esistenza di possibili “controlimiti” all'ingresso della norma europea nell'ordinamento italiano.

Le sentenze sembrano però tradire, a ben vedere, un interesse di fondo diverso da quello del mero rispetto del primato del diritto UE, che nulla ha a che vedere con questo e che, ancora una volta, introduce un elemento eccentrico rispetto al ruolo del giudice: l'esigenza di un migliore sfruttamento del patrimonio nazionale costiero “*e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza*” per “*contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita*” (§ 27 sentenze). Così come, del resto, è eccentrica l'affermazione, nella lettera di messa in mora della Commissione, che, attraverso le proroghe delle concessioni costiere in essere, “*l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano*”. Se è vero, infatti, come è vero, che la Direttiva Bolkestein si occupa soltanto di liberalizzazione delle attività economiche, e, solo in questi limiti, anche di quelle turistiche, la considerazione è totalmente fuori luogo e dovrà essere, se mai, riproposta nel quadro di una normativa di armonizzazione della disciplina di tutte le attività turistiche all'interno dell'Unione. Normativa che, per quanto concerne le autorizzazioni contingentate, dovrà però tenere conto anche dei regimi adottati dagli altri Stati in ordine alla gestione di tutti i beni pubblici utilizzati da terzi per l'esercizio di attività economiche.

Il richiamato § 27 delle sentenze rivela, inoltre, un probabile equivoco di fondo, che potrebbe avere sviato l'intero ragionamento del Supremo Giudice amministrativo, laddove afferma che “*il confronto “è estremamente prezioso per garantire ai cittadini (...) una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza*”. L'abbaglio

è evidente e trova espressa conferma nell’art. 01 del d.l. n. 400 del 1993, che, come visto, tiene espressamente distinte le concessioni per finalità turistico-ricreative da quelle “*per servizi pubblici*” (il che rende inapplicabili alle prime i principi e le regole delle concessioni finalizzate alla gestione di tali servizi e, per l’effetto, lascia privo delle necessarie specifiche regole il relativo affidamento). Senza dimenticare che la DS non trova applicazione ai servizi pubblici, sicché, se il riferimento a questi ultimi fosse convinto, il richiamo a tale Direttiva sarebbe improprio. Mentre, se, come è verosimile, è il riferimento a essere “improprio”, le ragioni di interesse generale sulle quali la Plenaria fonda la necessità di un confronto competitivo generalizzato si indeboliscono, vedendo rafforzare l’esigenza di investire della questione la Corte costituzionale, per una ponderata valutazione dei possibili “controlimiti” all’indiscriminato cedimento dei valori del nostro patrimonio costiero al diritto della concorrenza.

5. *Gli effetti del rilevato contrasto con il diritto UE*

Con buona pace dei principi di certezza del diritto, ci troviamo quindi di fronte a pronunce che, per un verso, mentre ribadiscono che gli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE sono semplicemente annullabili, subito dopo – per sfuggire ai limiti temporali dell’autotutela caducatoria stabiliti dall’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 s.m.i. – muovendo da presupposti, come visto, a loro volta incerti, affermano con nettezza che le proroghe disposte dalle singole amministrazioni mediante il richiamo alle leggi del 2018 e del 2020 non sarebbero espressione di un potere amministrativo, ma atti meramente ricognitivi, i quali, stante il contrasto delle suddette leggi con norme UE a effetto diretto (da cui l’obbligo di tutte le autorità nazionali di non applicarle²¹), devono ritenersi addirittura *tamquam non essent*, e, per l’altro verso, consapevoli dell’ingestibilità degli effetti di una tale deflagrante affermazione, statuiscono (*recte* dispongono), attraverso una inedita e poco convincente analogia con la graduazione degli effetti dell’annullamento di un atto illegittimo, che l’operatività degli effetti delle decisioni assunte deve essere rinviata di un

²¹ Nel senso che anche gli organi amministrativi son giuridicamente tenuti a disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con la normativa europea di dettaglio immediatamente applicabile, nell’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, cfr. già le sentenze CGUE 22 giugno 1989 (Fratelli Costanzo) e C. cost. n. 389 del 1989.

biennio, come se il “fatto” dell’inesistenza *ab imis* di tali atti potesse essere artificiosamente sospeso fino al 1° gennaio del 2024 (!).

È però agevole obiettare che, diversamente dal caso dell’annullamento di un provvedimento, che incide, sia pure con effetto *ex tunc*, sulla sua validità – tanto che il provvedimento, fino a che viene annullato, è valido ed efficace – un atto qualificato *ab origine tamquam non esset*, perché meramente ricognitivo di una legge a sua volta *ab origine* inapplicabile, non può acquistare efficacia in virtù di una sentenza, tanto più se è proprio quella che dichiara l’inapplicabilità della legge che ne è il fondamento. Non solo.

Per soccorrere il legislatore, le sentenze incorrono anche in una contraddizione che non pare superabile: se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all’applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l’effetto davvero essere considerati *tamquam non essent*, le sentenze che ne affermano comunque l’efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, esse stesse per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto UE. E, dunque, proprio in forza del ragionamento svolto, dovrebbero essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici.

Non è difficile immaginare la confusione che ne conseguirà.

Si è già detto che le sentenze (o comunque quelle, a partire dalle pronunce sui giudizi *a quibus*, vi si adegueranno) potrebbero essere impugnate dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell’art. 111, co. 8, Cost., per eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore e/o della Corte di Giustizia e/o ancora della Corte costituzionale.

Ma, anche senza considerare tali evenienze, i contenziosi che ne seguiranno saranno verosimilmente numerosi.

Le singole amministrazioni concedenti dovrebbero, secondo la Plenaria, “comunicarne” l’esito ai concessionari in proroga, i quali, verosimilmente, attiveranno autonomi giudizi per difendere le proprie posizioni, prospettando presumibilmente in quelle sedi questioni di compatibilità costituzionale ed eurounitaria. L’espressa esclusione di ogni potere amministrativo potrebbe peraltro creare, nonostante la materia sia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dubbi sulla giurisdizione.

Le amministrazioni che hanno già avviato procedure di evidenza pubblica, qualora non ritenessero di disapplicare le sentenze, dovreb-

bero confermare l’operatività delle proroghe fino al 31 dicembre 2023; e verosimilmente saranno destinatarie di azioni risarcitorie da parte dei concessionari non prorogati.

Ma, soprattutto, non mancheranno le azioni risarcitorie contro le amministrazioni concedenti e contro lo stesso Stato (in forma di giudice o di legislatore²²) per aver creato un affidamento nella stabilità del titolo. Proprio l’investitura della Plenaria e il suo contorto esito escludono invero che la situazione antiggiuridica da essa riscontrata – ma significativamente confermata per un ulteriore biennio – fosse immediatamente percepibile ai concessionari²³, che, all’opposto, avevano pieno titolo per sentirsi rassicurati dai ripetuti interventi del legislatore (dal 2009 al 2020), dalle proroghe amministrative e, in vari casi, anche da appositi giudicati e/o dal decorso del tempo per l’esercizio del potere di autoannullamento che la stessa Plenaria ha confermato essere di norma lo strumento per la rimozione degli atti anticomunitari. Sicché, per poter essere edotti della pretesa inconsistenza delle proroghe amministrative, i concessionari, non solo avrebbero dovuto essere esperti di diritto eurounitario, ma avrebbero dovuto addirittura avere coscienza che esse non avevano valenza provvedimentale, ma meramente ricognitiva e che, per tale ragione, dovevano ritenersi sottratte ai limiti dell’autotutela e alle garanzie dell’impugnabilità²⁴.

È del pari prevedibile l’avvio di un intenso contenzioso civile (con conseguenti eccezioni di illegittimità costituzionale e incompatibilità eurounitaria) tra coloro che abbiano eventualmente stipulato atti di trasferimento o di subconcessione, con possibile chiamata in causa delle stesse amministrazioni concedenti.

Nonostante le “rassicurazioni” fornite dalla Plenaria, le sentenze potranno poi avere riflessi di carattere penale. Come dimostrato dalle considerazioni svolte dal GIP del Tribunale di Genova sull’istanza di revoca del sequestro dei “Bagni Liggia”²⁵, infatti, è innegabile che le sentenze daranno forza all’orientamento più rigoroso già manifestato dalla Corte di Cassazione sul carattere abusivo delle occupazioni fondate sulle proro-

²² Sulla responsabilità dello Stato legislatore, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l’attività amministrativa*, Napoli 2019.

²³ Come richiesto dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 20 del 2021 per configurare un concorso di colpa del beneficiario di un atto o comportamento illegittimo a lui favorevole.

²⁴ Sono molto utili, in tal senso, le considerazioni svolte dal GIP del Tribunale di Genova nel provvedimento del 3 dicembre 2021, di revoca del sequestro dei “Bagni Liggia”.

²⁵ Provvedimento 3 dicembre 2021, di revoca del sequestro.

ghe *ex lege*, in ragione del relativo contrasto con il diritto UE²⁶. Evidenzia infatti il Giudice, richiamando le parole della Suprema Corte penale, che, contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, con riferimento all'operazione di disapplicazione di una norma anticomunitaria, non può *“porsi una questione di applicazione in malam partem della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi l'ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali”*; sicché, come si legge nel medesimo provvedimento, le decisioni assunte dalla Plenaria, lungi dall'essere irrilevanti ai fini penali, contribuiscono, con il loro *“autorevole avallo”* a confermare *“l'esistenza dell'elemento oggettivo del reato”*. E non si può purtroppo escludere il rischio che, dopo le lapidarie affermazioni di tali pronunce, i giudici penali ritengano che la *factio* del “rinvio” al 31 dicembre 2023 dell'operatività dei relativi effetti non sia sufficiente a riconoscere l'assenza dell'elemento soggettivo di un illecito che, anche per la stessa Plenaria, è già in atto da molti anni.

Da ultimo, ma assolutamente non ultimo, c'è poi sicuramente da attendersi un vasto e acceso contenzioso sulle modalità e sulle procedure di selezione dei nuovi concessionari, che, nonostante l'imprescindibilità di una disciplina unitaria a livello nazionale (ai sensi dell'art. 117, comma 1, lett. e, Cost.), sintomaticamente rilevata, come visto, anche dalla Commissione UE nella lettera di contestazione del 2020, la Plenaria sembra imporre di fatto alle singole amministrazioni di avviare (e concludere) entro il 31 dicembre 2023.

Dopo avere (in tesi) legittimato le proroghe di un ulteriore biennio, il Collegio afferma infatti, che *“scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia –o meno– un soggetto subentrante nella concessione”* e, utilizzando lo schema delle sentenze “monito” della Corte costituzionale, aggiunge con assoluta nettezza che *“si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi*

²⁶ *Inter alia*, sent. 25993 del 2019 e le altre sentenze citate nel menzionato provvedimento di dissequestro.

organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere”.

Ma *quid iuris* nell’ipotesi, che la storia vede tutt’altro che improbabile, di ulteriore inerzia del legislatore? Potrà il fardello gravare interamente sulle amministrazioni, demandandosi così di fatto a queste ultime, con le scarse indicazioni date nel § 49 delle sentenze in un ennesimo, indebito, slancio “paranormativo”, anche l’individuazione delle possibili eccezioni per superiori ragioni di interesse pubblico e di misure idonee a tutelare in qualche modo (ma non troppo) le posizioni dei concessionari uscenti. Senza soffermarmi sugli altri profili, limitandomi allo spinoso tema dell’indennizzo, merita segnalare che la Plenaria afferma, tra l’altro, testualmente che *“l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, 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”*. Ma trascura evidentemente che, in mancanza di diverse norme primarie, la disposizione applicabile è l’art. 42 c. nav. (cui la Plenaria non fa alcun cenno), il quale prevede la corresponsione di un indennizzo soltanto nel caso, evidentemente diverso da quello configurato dalle sentenze in commento (concessioni scadute per proroghe *tamquam non essent*), in cui sia stata disposta una revoca anticipata della concessione e soltanto qualora questa abbia *“dato luogo a costruzione di opere stabili”*, con la precisazione che, salvo che non sia diversamente stabilito, l’indennizzo è *“pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato”* e che, in ogni caso, esso *“non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l’ammontare degli effettuati ammortamenti”*.

Lo stesso codice della navigazione aggiunge peraltro, all’art. 49, parimenti non considerato dalle sentenze, 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. In quest’ultimo caso, l’amministrazione, ove il concessionario non esegua l’ordine di demolizione, può provvedervi a termini dell’articolo 54”*.

Mentre è indubbio che i concessionari uscenti che, confidando nelle proroghe, hanno continuato a investire le proprie risorse (economiche e

personali) nelle imprese e nelle attività svolte sulle aree in concessione, dovranno essere, quanto meno, adeguatamente indennizzati, non soltanto per gli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati (condizione sulla cui ricorrenza si apriranno ulteriori contenziosi), ma anche per l'avviamento aziendale di cui i nuovi gestori potranno fruire.

Quanto alla peculiarità delle diverse situazioni e agli interessi pubblici che giustificano la sottrazione di alcune concessioni alle regole della concorrenza, è agevole, innanzitutto pensare a quelli di carattere sociale (tipico l'esempio delle aree attrezzate per le colonie) o di carattere storico-culturale (in analogia a quanto ritenuto per i ristoranti "Savini", "Gatto rosso" e "Il salotto" all'interno della Galleria Vittorio Emanuele II di Milano²⁷), ma anche a luoghi di particolare pregio paesaggistico e/o rilevanza ambientale, strettamente legati nella tradizione all'identità di una specifica comunità territoriale.

Il problema dei problemi, come ben evidenziato dalla Commissione UE nella lettera di messa in mora 2020, è comunque quello della definizione dei requisiti e delle regole della procedura. L'espressa esclusione delle concessioni di beni dall'ambito di applicazione della Direttiva sulle concessioni di servizi pubblici, in una con la altrettanto espressa distinzione tra le concessioni di aree demaniali per finalità turistico-ricreative e le concessioni di servizi pubblici tracciata dall'art. 01 del d.l. n. 400 del 1993 (significativamente richiamata anche nella lettera di messa in mora del 2020) non consentono di utilizzare *sic et simpliciter* i criteri e le regole procedurali stabiliti per tali concessioni. Né può di certo indurre in tal senso il riferimento, evidentemente atecnico, ai "servizi pubblici", contenuto nel § 27 delle sentenze. E tanto meno può essere rimessa all'autonomia (e alla fantasia) delle singole amministrazioni comunali la fissazione di tali criteri e regole, a rischio di creare una vera e propria Babele. *Quid iuris*, allora, se il 31 dicembre 2023 non saranno stati ancora individuati nuovi concessionari? Varrà, verosimilmente, la regola generale che impone al concessionario uscente di garantire la gestione del bene fino al subentro del nuovo gestore. Ma quale gestore continuerà a investire senza alcuna certezza sulle sorti di tali investimenti?

Il rischio, dunque, è che il Consiglio di Stato, per "soccorrere" il legislatore, abbia inferto un altro duro colpo alla sicurezza giuridica e all'economia del nostro Paese.

²⁷ Cfr. C. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018 n. 5157 (redatta dallo stesso estensore della sentenza n. 18).

Fabio Ferraro

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
E CONCESSIONI DEMANIALI:
PIÙ LUCI O PIÙ OMBRE NELLE SENTENZE GEMELLE
DELL'ADUNANZA PLENARIA?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto primario dell'Unione, questioni puramente interne e interesse transfrontaliero certo. – 3. La direttiva servizi e la sua finalità liberalizzatrice. – 4. Segue. La sua efficacia diretta verticale unilaterale. – 5. L'obbligo per l'amministrazione di applicare direttamente il diritto dell'Unione. – 6. Primato del diritto dell'Unione e giudicato. – 7. L'efficacia temporale delle sentenze gemelle. – 8. Le questioni aperte dei requisiti di gara e dell'indennizzo dei concessionari uscenti.

1. *Premessa*

Dalla ormai nota sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa *Promoimpresa*¹ ad oggi sono passati più di cinque anni, ma sulla vicenda delle concessioni demaniali marittime non è stata probabilmente ancora detta l'ultima parola². Come è emerso dai primi commenti³ e

¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

² Per una rassegna della normativa e della giurisprudenza, nazionale e dell'Unione europea, sulle concessioni demaniali marittime, v. M. FERRARA, G. IOANNIDES, G. VOSA (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *federalismi.it*, 21 luglio 2021. Sul tema del rapporto tra diritto dell'Unione e concessioni demaniali marittime, v. F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli 2021; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20/2021; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021.

³ Per un primo commento delle sentenze, v. F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria*

dalle prese di posizione di alcune associazioni di categoria⁴, le recenti sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria sono destinate ad alimentare ulteriormente il vivace dibattito dottrinale anche negli anni a venire, a causa delle loro notevoli implicazioni giuridiche, politiche, economiche e sociali, che vanno ben oltre la soluzione del caso concreto⁵.

L'importanza delle sentenze di cui si discute è notevole tanto per i risvolti pratico-applicativi quanto sul piano teorico e sistematico. Invero, tali sentenze non solo prendono espressa posizione sulla questione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, pronunciandosi per la loro incompatibilità con il diritto dell'Unione e, al tempo stesso, per il mantenimento della loro efficacia fino al 31 dicembre 2023, bensì analizzano *funditus* alcuni principi fondamentali e qualificanti del rapporto tra diritto dell'Unione e diritto interno. A titolo esemplificativo, l'Adunanza plenaria affronta i 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.

La strada sembrava in qualche modo segnata dopo l'avvio da parte della Commissione europea della nuova procedura di infrazione del 2020⁶, che aveva fortemente censurato la proroga delle concessioni per ulteriori 15 anni, fino al 2034, disposta dall'art. 1, commi 682 e 682, della legge del 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), poiché in palese contrasto con l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva 2006/123/

del Consiglio di Stato, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2021; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021; A. CIRCOLO, *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni*, in *Blog di Aisdue*, 2 dicembre 2021.

⁴ Cfr. Il sito delle associazioni balneari: <https://www.mondobalneare.com/argomenti/sindacati-e-associazioni>.

⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

⁶ Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020. Nella stessa direzione si muove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (v. ad es. AS1749 – *Comune di Cropani (CZ) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con Finalità Turistico-Ricreative*, del 7 maggio 2021; AS1799 – *Regione autonoma della Sardegna – proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, del 22 ottobre 2021).

CE, come interpretati dalla pronuncia *Promoimpresa*⁷. Tuttavia, le sentenze gemelle del supremo Consesso amministrativo 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.

Il presente contributo si propone di formulare alcune osservazioni critiche soltanto sulle principali questioni di diritto dell'Unione affrontate dalle sentenze dell'Adunanza plenaria e, pertanto, si colloca in una limitata prospettiva di indagine, senza alcuna pretesa di ricostruire in modo esaustivo la complessa problematica delle concessioni demaniali.

2. *Il diritto primario dell'Unione, questioni puramente interne e interesse transfrontaliero certo*

Il primo nodo che logicamente l'Adunanza plenaria è stata chiamata a sciogliere riguarda il campo di applicazione del diritto dell'Unione, tanto di disposizioni di diritto primario (art. 49 TFUE) quanto di quelle di diritto derivato (direttiva 2006/123/CE). Nonostante l'ampliamento delle competenze dell'Unione e la loro vis espansiva, che finiscono inevitabilmente per restringere le competenze statali, rimane ferma l'esigenza di individuare correttamente le questioni che rientrano nel cono d'ombra del diritto dell'Unione⁸.

A questo proposito, il giudice amministrativo esamina prima la questione dell'interpretazione del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e poi quella della direttiva 2006/123/CE e della sua efficacia, mentre non ritiene applicabile la direttiva 2014/23/UE⁹, in quanto le concessioni in esame vertono sull'autorizzazione a esercitare un'attività

⁷ Sull'obbligo di conformarsi alle sentenze pregiudiziali, v. G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, 6/2020, p. 189.

⁸ Cfr. A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli 2019.

⁹ La stessa direttiva 2014/23/UE esclude dal suo campo di applicazione "gli accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico (...) in particolare nel settore dei porti marittimi o interni" (15 considerando). Cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *RIDPC*, 2015, p. 1095.

economica in un'area demaniale anziché su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore.

Con riferimento a quest'ultimo profilo definitorio, è il caso di ricordare che l'Adunanza plenaria non accoglie la tradizionale distinzione tra concessione di beni, come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale, e autorizzazione di attività, come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente, optando per un'interpretazione sostanzialistica che valorizza l'autorizzazione che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica. La trama argomentativa del Consiglio di Stato privilegia la sostanza sulla forma e si colloca nel solco del diritto dell'Unione, che spesso utilizza una propria terminologia superando gli ostacoli derivanti da rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche nazionali. In tal senso, infatti, le sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia hanno definito nozioni autonome, come, ad esempio, quelle di lavoratore dipendente¹⁰, di impresa¹¹ e di giurisdizione nazionale¹², con l'obiettivo di evitare che le norme interne escludano unilateralmente persone, enti e organi dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Allo stesso modo, è funzionale all'obbligo imposto dal diritto dell'Unione di indire procedure di gara l'approdo interpretativo dell'Adunanza plenaria che riconduce le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative nell'ambito delle autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi. Pertanto, si inquadrano nella consolidata prospettiva funzionalistica della giurisprudenza dell'Unione le sentenze dell'Adunanza Plenaria che rivedono la distinzione giuridico-formale tra concessione di beni e autorizzazione di attività per assicurare la *par condicio* tra gli operatori del mercato balneare.

Tanto premesso, l'applicabilità del diritto di stabilimento in relazione alle concessioni demaniali è stata contestata ritenendo mancante nel caso di specie il requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione plausibile

¹⁰ Corte di giustizia, sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, p.to 14; 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martinez Sala*, p.to 32; 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, p.to 25.

¹¹ Corte di giustizia, sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, p.to 21; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, p.to 107; 27 aprile 2017, causa C-516/15 P, *Akzo Nobel e a./Commissione*, p.to 47.

¹² Corte di giustizia, sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Goebbels*, p.ti 1-14; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, p.to 23.

del giudice nazionale¹³. È bene ricordare che affinché l'articolo 49 TFUE possa essere applicato in materia di appalti e concessioni ad attività i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro, è necessario che il contratto in discussione nel procedimento principale presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto di determinati criteri oggettivi e concordanti¹⁴. L'iniziale giurisprudenza della Corte in merito al requisito dell'interesse transfrontaliero certo ha subito un'evoluzione nel corso degli anni al fine di rispondere alle molteplici critiche, che si erano incentrate principalmente sulla sostanziale vaghezza dei criteri individuati¹⁵. Per tale motivo attualmente la Corte impone al giudice nazionale di addurre elementi concreti sull'interesse transfrontaliero certo, quali, ad esempio, in tema di appalti di lavori: a) l'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione; b) il luogo di esecuzione dei lavori; c) le caratteristiche tecniche dell'appalto; d) le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa; e) l'esistenza di eventuali denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri.

L'Adunanza plenaria richiama questi requisiti e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia laddove evidenzia che un complesso di beni demaniali, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Non si può che condividere questa affermazione dei giudici di Palazzo Spada, così come quella in merito alla enorme differenza tra il giro d'affari stimato del settore, che si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, e l'ammontare dei canoni di concessione, che supera di poco i cento milioni di euro, pur potendo il concessionario ricorrere alla sub-concessione. Qualche dubbio solleva invece la conseguenza di queste affermazioni, vale a dire che le spiagge italiane, le aree lacuali e fluviali per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentano tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo. Si tratta di una affermazione generalizzata e astratta che mette aprioristicamente sullo

¹³ Sul diritto di stabilimento in generale, v. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino 2021, 169; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), volume II, Napoli 2021, p. 85.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenze 16 aprile 2015, causa C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*, p.to 16; 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, p.to 22.

¹⁵ Cfr. D.P. DOMENICUCCI, *Il rinvio pregiudiziale e i confini mobili delle situazioni puramente interne*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino 2020, 77.

stesso piano tutte le spiagge italiane senza alcuna valutazione del singolo caso concreto e, quindi, dello specifico bene demaniale. Se è vero che la maggior parte delle spiagge italiane presenta un interesse transfrontaliero certo, ciò non toglie che vi possano essere alcune spiagge nazionali che difettano di questo requisito. Per questo motivo nella sentenza *Promoimpresa* la Corte di giustizia aveva richiesto di valutare le “caratteristiche proprie dell’appalto in questione” sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, dichiarando irricevibile la prima questione pregiudiziale di una delle due cause riunite (causa C-67/15), in quanto il giudice del rinvio non aveva fornito gli elementi necessari per ritenere soddisfatto il requisito dell’interesse transfrontaliero certo¹⁶. Questa indicazione non sembra sia stata colta in tutta la sua pienezza dalle sentenze in commento, visto che il giudice amministrativo nazionale ha richiamato in modo generico l’interesse transfrontaliero certo, anziché imporre di distinguere caso per caso o, quanto meno, riconoscere la possibilità di dimostrare l’assenza di questo requisito in ipotesi peculiari. Peraltro, l’affermazione indistinta del Consiglio di Stato, se portata all’estreme conseguenze, potrebbe svantaggiare gli operatori dello Stato italiano rispetto a quelli di altri Stati membri, le cui spiagge per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica non sono complessivamente paragonabili a quelle del bel paese.

In definitiva, solleva alcune perplessità l’indifferenziato criterio individuato per l’accertamento dell’interesse transfrontaliero certo, che costituisce la premessa fondamentale per assoggettare gli affidamenti alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, segnatamente ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità e di trasparenza. Al di là di questa dovuta precisazione, non si può che concordare con l’esigenza generale di assegnare le concessioni demaniali per mezzo di procedure concorsuali ad evidenza pubblica, che è stata pienamente recepita dall’Adunanza plenaria.

3. *La direttiva servizi e la sua finalità liberalizzatrice*

La questione dell’interesse transfrontaliero certo non appare direttamente, in quanto superata dall’esistenza della direttiva 2006/123/CE, la

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza *Promoimpresa*, cit., p.ti 68 e 69.

cui applicazione prescinde dalla sussistenza di tale requisito¹⁷. Le regole di questa direttiva in materia di stabilimento sono destinate a trovare applicazione anche a situazioni i cui elementi rilevanti si collocano “tutti all'interno di un solo Stato membro”¹⁸. Nondimeno, l'obbligo di evidenza pubblica contenuto nell'art. 12 della direttiva servizi è stato messo in discussione dalle parti del giudizio per altre motivazioni, che sono state giustamente confutate dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo qualifica correttamente la finalità liberalizzatrice della direttiva 2006/123 sulla scorta della sua base giuridica, dei suoi considerando e delle sue disposizioni. Occorre premettere che la distinzione tra la finalità liberalizzatrice di una direttiva e quella di armonizzazione può risultare non evidente e difficile da tracciare, considerato che questo atto vincolante comporta un certo grado di uniformità, precludendo l'adozione di norme nazionali con essa incompatibili¹⁹. Ad ogni modo, la finalità principale della direttiva servizi consiste non nell'armonizzazione delle disposizioni nazionali, bensì nell'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, con l'obiettivo di garantire l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso. Si tratta di una liberalizzazione più profonda di quella prevista dal Trattato, che restringe il margine di manovra degli Stati per l'imposizione di restrizioni.

Sulla base delle convincenti e lineari argomentazioni del Consiglio sulla finalità liberalizzatrice della direttiva è stata rigettata anche la contestazione in merito all'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo alla luce dell'art. 195 TFUE. Va posto in chiara evidenza che la direttiva servizi riguarda il mercato interno e la concorrenza, che rientrano, rispettivamente, nell'ambito delle competenze concorrenti ed esclusive dell'Unione piuttosto che in quelle che vengono definite complementari e che comprendono anche il turismo. Com'è noto, l'Unione non può sostituirsi alla competenza nazionale nel settore del turismo, ma può limitarsi soltanto a sostenere, coordinare o completare l'intervento degli Stati membri. Ciò

¹⁷ Cfr. F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009.

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-361/16, *X e Visser*, p.to 110. Sulla questione, v. J. SNELL, *Independence day for the Services Directive: Visser*, in *CMLR*, 2019, 1119; E. SPAVENTA, *Le libertà fondamentali del Mercato*, in *AA.VV., Annali AISDUE*, Bari 2020, 178; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, cit., 176.

¹⁹ In tal senso, v. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli 2013, 147.

non implica l'esistenza di una generale *tourism exemption* dall'applicazione delle regole del mercato interno e della concorrenza, considerato che tali regole sono per loro natura trasversali, investendo e intersecandosi necessariamente con altre competenze. Più in generale, secondo il principio invalso nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri non esclude il rispetto del diritto dell'Unione²⁰. Basti pensare che neppure la competenza esclusiva degli Stati membri in tema di sicurezza nazionale, espressamente prevista dall'art. 4, par. 2 TUE, sfugge al rispetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione²¹.

Due ulteriori osservazioni contenute nelle sentenze corroborano la conclusione alla quale è pervenuto il giudice amministrativo in ordine ai rapporti tra direttiva servizi e concessioni demaniali senza sollevare particolari problemi interpretativi. Per un verso, il turismo non è espressamente escluso dalla sfera di applicazione della direttiva servizi, poiché non coincide con i "servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali" ai quali non si applica l'atto dell'Unione. Per altro verso, l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riflette direttamente sulla politica nazionale in materia di turismo, in quanto "il rilascio della concessione rappresenta solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva".

L'Adunanza plenaria ha cercato poi di mettere un punto fermo in merito alla scarsità delle aree demaniali marittime a disposizione, che costituisce uno dei presupposti per l'indizione delle procedure di selezione aperte, pubbliche e basate su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, ai fini dell'affidamento delle concessioni per un periodo di tempo limitato. Al riguardo, possono riproporsi le stesse obiezioni sollevate in relazione al requisito dell'interesse transfrontaliero certo, giacché non necessariamente tutte le aree demaniali destinabili a uso

²⁰ V. M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018, in part. 224 ss.; P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in DPCE, 2/2019, 5.

²¹ Al riguardo, ci permettiamo di rinviare a F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Atti offerti a Claudia Morviducci*, Bari 2019, 27.

turistico-ricreativo sono da considerare risorse scarse. In tal caso l'articolata risposta del giudice amministrativo sembra trasporre nell'ambito dei beni demaniali principi e istituti tipici del diritto della concorrenza²², quali ad esempio la definizione del mercato rilevante e l'esistenza di limiti quantitativi e di barriere all'ingresso²³, per dimostrare che le risorse disponibili sono ormai (quasi) inesistenti e arrivare al risultato della contendibilità del titolo concessorio. I dati di mercato richiamati dal giudice amministrativo per suffragare questa conclusione devono essere attentamente verificati, ma il ragionamento seguito appare più lineare e motivato rispetto a quello concernente il requisito dell'interesse transfrontaliero certo. Un *caveat* è però d'obbligo: l'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sul requisito della scarsità delle risorse per risolvere la questione dell'applicabilità della direttiva servizi ed evitare la preclusione dell'accesso al mercato da parte di nuovi operatori, mentre non è stata direttamente coinvolta sull'esigenza fondamentale di regolamentare i beni demaniali in modo da tenere in debita considerazione le istanze delle collettività e consentire l'accesso dei cittadini alle spiagge libere²⁴.

²² Peraltro, sotto il profilo del diritto della concorrenza la concessione di un bene demaniale senza una remunerazione adeguata in linea con i tassi di mercato potrebbe finanche rientrare nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE laddove si traduca in una rinuncia a entrate dello Stato o nell'attribuzione di un vantaggio (Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GUUE C 262, 19.7.2016, 1).

²³ Ciò si riscontra, in particolare, nelle parti in cui le sentenze gemelle mettono in risalto che la scarsità "di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga ex lege", "ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane", può "creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva".

²⁴ Cfr., al riguardo, A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, cit. Sull'esigenza di conformarsi al diritto dell'Unione coniugando il principio della concorrenza con quello dell'economia sociale di mercato, v. B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, cit.

4. Segue. *La sua efficacia diretta verticale unilaterale*

Il giudice amministrativo ha cercato di dipanare anche la complessa questione degli effetti della direttiva in esame, con affermazioni che non appaiono del tutto soddisfacenti, fermo restando l'illegittimità della prosecuzione *ex lege* delle concessioni fino al 2033 alla luce del diritto dell'Unione. Non vi è dubbio che la previsione contenuta nell'art. 12 della direttiva risulta provvista di efficacia diretta²⁵, in quanto chiara, precisa e suscettibile di applicazione immediata, in particolare, nella parte in cui impone l'obbligo negativo di non prorogare le concessioni demaniali. Al contempo, non rileva che il d.lgs. n. 59 del 2010 abbia formalmente recepito la direttiva servizi, atteso che le successive norme di legge hanno disatteso l'obbligo di non prorogare le concessioni imposto da tale atto dell'Unione.

Ciò nonostante, la ricostruzione del Consiglio di Stato appare incompleta sotto diversi profili, innanzitutto in relazione alla questione degli effetti diretti verticali inversi della direttiva. Difatti, occorre ricordare che le norme di una direttiva provviste di efficacia diretta possono essere invocate soltanto da parte dei singoli nei confronti dello Stato, poiché al singolo che fa valere il proprio diritto lo Stato non può opporre la mancata trasposizione della direttiva di cui si è reso inadempiente²⁶. Specularmente al riconoscimento del principio degli effetti diretti verticali unilaterali trova applicazione il divieto di effetti diretti verticali all'inverso, visto che non possono essere imposti obblighi in capo ai singoli indipendentemente da una legge interna che vi abbia dato tempestiva e corretta attuazione²⁷. In altri termini, un conto è domandare all'amministrazione di applicare direttamente una norma di una direttiva *self-executing*, altro è invocare tale norma nei confronti del privato. Ne discende, ad esempio,

²⁵ Sul tema dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione, v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018.

²⁶ Corte giustizia, sentenze 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, p.to 22; 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, p.to 24; 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall I*, p.to 47.

²⁷ V., ad es., Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, la quale ha ribadito ancora una volta che “ a norma dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, il carattere vincolante di una direttiva, sul quale si fonda la possibilità di invocarla, sussiste solo nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta» (p.to 66), ricordando “che, anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un singolo” (p.to 67).

che un operatore interessato ad aggiudicarsi una concessione demaniale prorogata può legittimamente richiedere al Comune di applicare direttamente l'art. 12 della direttiva servizi, mentre è precluso all'amministrazione, almeno in linea di principio, di ricorrere in modo immediato a questa disposizione nei confronti del concessionario.

Questo ostacolo poteva essere rimosso percorrendo tre soluzioni, di cui due sono affiorate nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sia pure in modo del tutto episodico e discontinuo, e una costituisce un rimedio ormai consolidato nella nostra giurisprudenza costituzionale.

Per un verso, la Corte europea ha affermato che "un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli"²⁸. Per questa via, i concessionari potrebbero rientrare nel novero dei soggetti tenuti applicare direttamente la direttiva servizi, non potendo essere semplicemente assimilati a dei soggetti privati. Si tratta di riconoscere degli effetti diretti non tanto verticali inversi quanto orizzontali tra soggetti in qualche modo riconducibili allo Stato, mettendo in luce una problematica non ricorrente nella prassi, in quanto nel caso di specie non è il privato ma l'amministrazione a rivendicare l'efficacia diretta della direttiva nei confronti di un soggetto in senso lato pubblico.

Per altro verso, ci si interroga se vi sia uno spazio per attribuire alla direttiva servizi degli effetti di esclusione o di opposizione per risolvere le sue antinomie con il diritto nazionale. Questa nozione si fonda sull'idea che un atto dell'Unione sprovvisto di efficacia diretta può limitarsi ad impedire l'applicazione di una norma interna con esso contrastante senza comportare la sua sostituzione²⁹. Pertanto, si poteva riconoscere nel caso di specie questo effetto di esclusione della disposizione dell'art.1, commi 682 e 682, della legge di bilancio 2019 contrastante con una norma della direttiva priva di effetti diretti nei confronti dei privati.

Sotto un profilo puramente interno, può essere aggiunto un ulteriore tassello al complesso mosaico delle soluzioni applicabili nel caso di specie

²⁸ Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster*, p.ti 18-21.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 2000, causa C-456/98, *Centroteel*, p.to 15; 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione/Italia*, p.to 23. Cfr. M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n. 4, 931.

per superare la questione degli effetti diretti. Infatti, è d'uopo ricordare che in presenza di un conflitto con disposizioni di una direttiva priva di effetti diretti, anche nei soli rapporti con i privati, la legge nazionale può essere sottoposta al controllo di costituzionalità³⁰. Ne discende che il Consiglio di Stato poteva sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge di proroga delle concessioni demaniali per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della direttiva servizi quale parametro interposto di costituzionalità³¹. Invero, non è tollerabile la vigenza di disposizioni di legge incompatibili con una direttiva in attesa di una loro espressa o implicita abrogazione. Questa soluzione appare più agevole rispetto a quelle precedentemente indicate e avrebbe avuto il pregio di rimuovere in via definitiva dal nostro ordinamento le norme di legge sulla proroga delle concessioni, ma è stata esclusa dal Consiglio di Stato, verosimilmente, a causa dell'errato riconoscimento dell'effetto diretto pieno della direttiva. In considerazione della riluttanza del legislatore nell'ottemperare ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione, la pronuncia accentrata di costituzionalità con effetti *erga omnes* poteva rappresentare un rimedio particolarmente efficace nel caso di specie per risolvere la questione delle norme non *self-executing* e per garantire certezza del diritto³².

Tuttavia, non vi è traccia nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato della citata giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale né della più generale problematica degli effetti diretti verticali inversi della direttiva, sebbene si tratti di un campo battuto in lungo e in largo dalla dottrina³³. È il caso di precisare però che la problematica di

³⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, 589; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, 195.

³¹ V. ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28.

³² Peraltro, nel corso degli anni la Corte costituzionale ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedevano delle proroghe delle concessioni demaniali (v., ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 29 gennaio 2021 n. 10, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 46/2019 della Regione Calabria).

³³ Cfr., *ex multis*, P. CRAIG, *Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *European law review*, 1997, 519; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, 417; C.A. VARNER, *The Effectiveness of European Community Law with Specific Regard to Directives: The Critical Step Not Taken by the European Court of Justice*, in *Michigan Journal of International Law*; 2001, 457; J. M. PRINSEN, *Direct effect: Rethinking a classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002; E. CANNIZZARO, *Autonomia processuale degli Stati membri e limiti derivanti*

cui si discute non si pone in relazione alla previsione contenuta nell'art. 49 TFUE, che è dotata di effetti diretti pieni e bidirezionali, sia verticali che orizzontali, con la conseguenza che le amministrazioni possono legittimamente pretendere la sua applicazione immediata e diretta nei confronti dei concessionari dei beni demaniali aventi interesse transfrontaliero certo. Questa motivazione può aver indotto l'Adunanza plenaria a non affrontare la complessa questione del conflitto delle norme di legge con le disposizioni della direttiva prive di effetto diretto nei confronti del concessionario.

L'analisi del Consiglio di Stato appare incompiuta anche in relazione alle implicazioni penali dell'occupazione *sine titulo* del concessionario. Il giudice amministrativo avrebbe dovuto prendere in considerazione che nella giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia si è costantemente affermato che una direttiva non può avere come effetto, "indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione" delle sue disposizioni³⁴. Il che significa che i concessionari non possono essere sanzionati per non essersi conformati a una direttiva non correttamente trasposta, in quanto lo Stato non può avvalersi del suo inadempimento nei loro confronti. Se è vero che la direttiva è stata formalmente recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 59 del 2010, occorre pure considerare che con le successive norme di legge (l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020) lo Stato italiano ha finito per porsi in contrasto con l'obbligo di non prorogare le concessioni previsto dall'art. 12 della direttiva servizi. Pertanto, tale obbligo non è stato rispettato e la responsabilità di questa violazione non può essere imputata al concessionario, bensì solo allo Stato. A bene vedere, l'organo giurisdizionale amministrativo arriva comunque ad escludere la responsabilità penale dei concessionari, ma sulla base dei principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale, "che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario", impedendo in tal modo

dal diritto dell'Unione, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il falso in bilancio*, Napoli 2004, 37; R. KRÁL, *Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations*, in *European Public Law*, 2010, 239; M. RASMUSSEN, *How to enforce European law? A new history of the battle over the direct effect of Directives*, in *ELJ*, 2017, 2019.

³⁴ Corte di giustizia, 3 maggio 2005, causa C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, p.to 74. Cfr. F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *DUE*, 2006, 211.

la produzione di effetti penali diretti in *malam partem*. Pur se la Corte di Cassazione ha escluso l'esistenza di una questione di applicazione in *malam partem*³⁵, non ritenendo ipotizzabile una violazione dei principi di legalità e di tassatività, assume comunque rilevanza dirimente il fatto che il concessionario non possa essere sanzionato per la violazione di un obbligo che grava esclusivamente sullo Stato. In tal senso, si può ritenere che la violazione della direttiva da parte dello Stato paralizzi la sua pretesa punitiva nei confronti del concessionario la cui occupazione abusiva del bene demaniale trae origine proprio dal comportamento illegittimo dello Stato.

Al di là delle implicazioni penali dell'occupazione abusiva di uno spazio demaniale marittimo, si osserva che l'Adunanza plenaria non riconosce il legittimo affidamento degli attuali concessionari al mantenimento della proroga sulla scorta di motivazioni che non sollevano alcun problema rispetto al diritto dell'Unione, in quanto richiamano, in modo chiaro e con dovizia di particolari, le procedure di infrazioni avviate nei confronti dello Stato italiano e la giurisprudenza della Corte di giustizia, oltre quella costituzionale, le quali convergono nella direzione di imporre procedure competitive ispirate ai principi di trasparenza e non discriminazione.

5. *L'obbligo per l'amministrazione di applicare direttamente il diritto dell'Unione*

L'Adunanza plenaria ha sentito l'esigenza di fare definitiva chiarezza in merito a un'ulteriore questione inerente all'effetto diretto in modo da evitare che vengano messi in discussione principi ormai consolidati della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che stentano, ancora oggi, ad essere del tutto metabolizzati da alcuni organi giurisdizionali nazionali, come nel caso del TAR Lecce³⁶. Secondo quest'ultimo soltanto al giudice nazionale sarebbe riservata la piena competenza di dare pieno effetto alle norme dell'Unione, mentre questo potere sarebbe generalmente precluso all'amministrazione e, per essa, al funzionario o al dirigente proposto.

³⁵ Corte di Cassazione, Sez. 3[^], sentenza 12 giugno 2019, n. 25993.

³⁶ Tar Lecce, sez. I, sentenza 27 novembre 2020, n. 895; cfr. G. VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *dirittounione-europea.eu*, 11 febbraio 2021.

In disparte la questione problematica degli effetti diretti verticali di cui si è discusso in precedenza, per confutare il discutibile orientamento del TAR Lecce, l'Adunanza plenaria si muove nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia ricorrendo a molteplici argomentazioni, univoche e concordanti nel riconoscere la piena legittimazione dell'amministrazione ad applicare le norme dell'Unione *self-executing*.

In primis, occorre evidenziare che il Consiglio di Stato chiarisce che la tesi del giudice di prime cure si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive *self-executing* e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme dell'Unione direttamente applicabili nei rapporti verticali solo da parte del giudice e non della pubblica amministrazione. Anzi, i giudici di Palazzo Spada giustamente rilevano che vi è una progressiva valorizzazione dell'efficacia diretta della direttiva, anche se, è bene ribadirlo, ciò non si traduce nell'espressa affermazione del loro effetto verticale inverso o orizzontale. Semmai, vi è una costante espansione del principio dell'interpretazione conforme per evitare o attenuare le conseguenze discriminatorie che possono discendere dal mancato riconoscimento degli effetti diretti orizzontali della direttiva, oltre che l'utilizzo di altri rimedi (quali, ad esempio, il risarcimento dei danni, l'utilizzo combinato della Carta di diritti fondamentali o di un principio generale del diritto dell'Unione e nel nostro ordinamento la proposizione di una questione di legittimità costituzionalità). Va qui chiarito però che il principio dell'interpretazione conforme non è applicabile nel caso di specie, atteso che la portata di tale principio non può costituire il fondamento di una interpretazione *contra legem* delle norme nazionali.

In secondo luogo, l'Adunanza plenaria ha giustamente sottolineato che la limitazione dei poteri dell'amministrazione finirebbe per affidare alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi in via definitiva. Questa situazione risulta lampante in relazione al contenzioso di cui si discute, visto che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso. Più in generale, a giudizio del Consiglio di Stato costituisce una contraddizione in termini riconoscere che l'amministrazione sia "costretta" ad adottare un atto illegittimo destinato in un secondo momento ad essere annullato dal giudice, non potendo essere invocata al riguardo alcuna ragione di certezza del diritto.

Tutte queste argomentazioni risultano pienamente conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁷, la quale ha costantemente affermato che il principio della preminenza del diritto dell'Unione impone non solo al giudice, bensì allo Stato membro nel suo insieme, dunque a tutte le sue articolazioni, in particolare le amministrazioni, di dare pieno effetto alle norme dell'Unione. Vale a dire che i soggetti interessati possono richiedere l'applicazione dell'art. 12 della direttiva servizi a tutti gli organi dell'amministrazione, ivi compresi quelli degli enti territoriali, senza che questi ultimi possano rinviare la definizione della questione ai giudici nazionali, alimentando in tal modo il contenzioso amministrativo.

Alla luce di quanto evidenziato viene giudicata infondata la preoccupazione sollevata dal TAR Lecce di non affidare la disapplicazione della legge nazionale a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea³⁸. Peraltro, l'organo giurisdizionale di ultima istanza ritiene che proprio nel caso di specie tale incertezza non sussista, poiché il carattere *self-executing* della direttiva 2006/123 è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella precedente sentenza *Promoimpresa*, oltre che dalla successiva e copiosa giurisprudenza nazionale³⁹.

Pur esprimendo l'auspicio che il legislatore intervenga con una disciplina espressa e puntuale che sia conforme al diritto dell'Unione, l'Adunanza plenaria statuisce che l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi in essa contenuti forniscono già tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege. Con questa statuizione il Consiglio di Stato dimostra di essere pienamente a conoscenza che in base alla giurisprudenza consolidata della Corte di

³⁷ Corte di giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, punto 32. V. anche Corte di giustizia, sentenze 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, p.to 26 ss.; 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Larsy*, p.ti 52 e 53; 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), p.ti 49-50.

³⁸ In senso favorevole all'orientamento formulato dal Tar Lecce, v. F.P. BELLO, *Principali considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit., il quale evidenzia che "Ritenere sussistente in capo alla p.a. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, significa indirettamente chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito (di uniformare il diritto interno a quello dell'Unione) che è proprio del legislatore e che questi dovrebbe esercitare difendendo le proprie prerogative".

³⁹ V. ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 18 novembre 2019, n. 7874; Tar Campania, sentenza 23 febbraio 2021 nn. 1217 e 1218; Tar Toscana, sentenza 8 marzo 2021 n. 363, Tar Sicilia, Sez. Catania, sentenza 15 febbraio 2021 n. 505.

giustizia l'inerzia del potere legislativo non incide sul potere dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali che consentono la prosecuzione del rapporto concessorio. Come evidenziato dalla stessa Adunanza plenaria, rimane invariato l'obbligo del legislatore di "depurare" l'ordinamento nazionale dalle norme interne in contrasto con la direttiva servizi vuoi per assicurare il principio del primato del diritto dell'Unione ed evitare che la procedura di infrazione vada avanti, vuoi per una esigenza di certezza del diritto⁴⁰.

6. *Primato del diritto dell'Unione e giudicato*

La parte motiva concernente i rapporti tra primato e giudicato perviene a delle conclusioni condivisibili e adeguatamente motivate, nonostante le argomentazioni utilizzate possano apparire non del tutto lineari. È ben noto che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha più volte ribadito l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche sancite dall'esito definitivo di un processo e in definitiva della certezza del diritto. Le sentenze definitive o le decisioni amministrative definitive in contrasto con il diritto dell'Unione possono essere rimesse in discussione sul piano sostanziale solo in casi eccezionali ed in presenza di rigorose condizioni previste dal diritto interno. Per la precisione, nella sentenza *Kbune*⁴¹, richiamate puntualmente dal Consiglio di Stato e successivamente confermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴², si prevede che l'obbligo di autotutela o di riesame sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Queste affermazioni non vanno riviste alla luce della recente sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Randstad*⁴³, la quale è pervenuta alla conclusione che il diritto dell'Unione non osta a una disposizione di diritto interno che, secondo la giurisprudenza nazionale, non consente al

⁴⁰ Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389.

⁴¹ Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

⁴² Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*.

⁴³ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, causa C-497/20.

singolo di contestare nell'ambito di un ricorso per cassazione la conformità del diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa⁴⁴. Tale pronuncia non ha fatto altro che confermare che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali, a condizione che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

In base al diritto interno il Consiglio di Stato equipara la sentenza pregiudiziale interpretativa del giudice dell'Unione ad una sopravvenienza normativa, che incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato, non consentendo la continuazione del rapporto concessorio. Lo stesso Consiglio di Stato ha contribuito a limitare gli effetti di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione in modo da non perpetuare la violazione in altri giudizi nazionali o procedimenti amministrativi, sollevando, ad esempio, nella causa *Pizzarotti* un rinvio pregiudiziale che ha dato modo alla Corte di giustizia di riconoscere al giudice nazionale la possibilità, se il diritto interno lo consenta, di ritornare nel giudizio di ottemperanza sulla propria decisione per tener conto dell'interpretazione fornita successivamente dalla Corte di giustizia⁴⁵.

In questa prospettiva si collocano le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, le quali riconoscono però che i principi contenuti nella giurisprudenza europea si riferiscono alle ipotesi in cui il giudicato si sia formato prima della pronuncia *Promoimpresa*, mentre non riguardano i casi in cui le decisioni amministrative o giudiziali siano diventate definitive successivamente all'intervento della Corte di giustizia. Infatti, il Consiglio di Stato sottolinea che la particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, ossia prima della modifica normativa del 2018, cosicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente.

Si può comunque ritenere che anche nei casi successivi all'arresto *Promoimpresa* il diritto interna possa permettere al giudice o all'amministrazione nazionale di circoscrivere gli effetti di una decisione definitiva

⁴⁴ Sul tema, v. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *giustiziainsieme.it*, 11 dicembre 2020.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

in contrasto con il diritto dell'Unione. L'Adunanza plenaria giustifica la sua posizione sul giudicato in considerazione soprattutto del ruolo che svolgono le sue pronunce in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano. Tale ruolo sarebbe reso evidente, in particolare, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra la normativa nazionale e il diritto dell'Unione.

In realtà, il carattere recessivo del giudicato, laddove contrastante con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, è stato già riconosciuto dalla Corte lussemburghese in materia fiscale al fine di evitare la concreta reiterazione nel tempo, di una pratica abusiva in materia di iva non giustificabile con l'astratta tutela di principi generali quali la certezza del diritto e la stabilità delle decisioni divenute incontrovertibili⁴⁶. La Corte di giustizia è arrivata ad affermare che una sentenza definitiva relativa al pagamento dell'IVA non può impedire di ridiscutere nell'ambito di un procedimento successivo la medesima controversia concernente altri anni d'imposta, privilegiando in tal caso il principio dell'effettività dei rimedi rispetto ad un'applicazione formalistica del giudicato.

Allo stesso modo, non può che condividersi l'esigenza evidenziata dall'Adunanza plenaria di impedire la continuazione nel tempo della medesima violazione del diritto dell'Unione, tanto più se, come sembra, tale rimedio sia consentito nel diritto nazionale. Semmai qualche ulteriore riflessione richiede, almeno sul piano teorico, l'affermazione che la non applicazione della legge implica che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi *tamquam non esset*. Le attività già svolte dai concessionari sulla base della illegittima proroga *ex lege* non possono ormai essere più messe in discussione, mentre non è giustificabile perpetuare la violazione del diritto dell'Unione fino al 2033, indipendentemente dalla presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o dall'esistenza di un giudicato. Si può ritenere che delle isolate decisioni definitive in contrasto con il

⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*. Cfr. D. BERLIN, *De l'autorité relative de l'arrêt limitant l'autorité absolue*, in *Revue des affaires européennes*, 2009-10, 577. V. anche la nota sentenza *Lucchini* (Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05), anche se riguarda un settore particolare, come quello degli aiuti di Stato alle imprese, che rientra nella competenza esclusiva della Commissione; in questo caso, inoltre, la sentenza passata in giudicato contrastava con una precedente decisione dell'Unione divenuta definitiva.

diritto dell'Unione siano in qualche modo fisiologiche ed eventualmente rimediabili con un'azione risarcitoria⁴⁷, ma una sistematica violazione di tale diritto destinata a durare nel tempo pone dei problemi gravi e manifesti di conformità all'ordinamento sovranazionale, che l'Adunanza plenaria ha giustamente deciso di risolvere.

7. *L'efficacia temporale delle sentenze gemelle*

L'aspetto che appare più discutibile delle due decisioni in oggetto riguarda la modulazione dei loro effetti, in quanto il giudice amministrativo consente alle concessioni vigenti di continuare ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023⁴⁸, facendo in tal modo un piccolo passo indietro rispetto a quanto precedentemente affermato. Sebbene venga messo in risalto che alla scadenza di questo termine tutte le concessioni saranno prive di effetto, in questo passaggio delle due sentenze del giudice amministrativo vi sono delle possibili frizioni con il diritto dell'Unione e la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non sembra dubitarsi del fatto che l'indizione di procedure pubbliche e imparziali richiede un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione e la continuazione dei rapporti concessori sulla base della concessione già rilasciata fino alle nuove aggiudicazioni. Tuttavia, l'Adunanza plenaria è consapevole che questa esigenza di carattere generale non è di per sé sufficiente a giustificare la mancata applicazione immediata delle norme dell'Unione provviste di effetto diretto da parte delle amministrazioni. Per questo motivo e in considerazione del notevole impatto che l'immediata non applicazione della legge nazionale può comportare, anche dal punto di vista sociale ed economico, il giudice nazionale richiama la giurisprudenza dell'Unione che riconosce la possibilità di una limitazione nel tempo degli effetti delle sentenze pregiudiziali⁴⁹. In effetti, è possibile derogare alla retroattività delle sentenze della Corte di

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C- C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Una isolata e grave violazione del diritto dell'Unione può dare origine anche ad una procedura di infrazione (Corte di giustizia, sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione/Francia*).

⁴⁸ Sul problema del creazionismo giurisprudenziale, riproposto dalle sentenze gemelle sulle concessioni balneari, v. M.A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *federalismi.it*, 2021, n. 26, 187.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, p.ti 67 ss. Sul

giustizia se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti un comportamento dei destinatari del precetto non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni⁵⁰. Benché la norma interpretata dalla Corte di giustizia debba essere di regola applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti sorti prima della pronuncia, in quanto quest'ultima ne chiarisce la portata e le modalità applicative a partire dalla sua entrata in vigore, può sussistere l'esigenza di circoscriverne gli effetti così da escludere dal suo perimetro i rapporti giuridici già costituiti in buona fede⁵¹.

L'Adunanza Plenaria tralascia, tuttavia, di considerare che questa deroga alla generale efficacia *ex tunc* delle sentenze pregiudiziali, in ragione del suo carattere eccezionale, può essere pronunciata solo dalla Corte di giustizia nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta della norma dell'Unione⁵². Il Consiglio di Stato non ha rispettato questo principio, poiché ha disposto autonomamente di posticipare gli effetti delle sue decisioni sulla proroga delle concessioni, nonostante la sentenza *Promoimpresa* si fosse già pronunciata sull'art. 49 TFUE e sulla direttiva servizi senza dichiarare la limitazione temporale della loro efficacia nella vicenda in esame⁵³.

Le sentenze gemelle avrebbero invece potuto richiamare quel filone giurisprudenziale della Corte di giustizia che consente, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, di concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con

tema degli effetti temporali della decisione pregiudiziale interpretativa, v. A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *op. cit.*, 205 ss.

⁵⁰ Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, p.to 53.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza 14 aprile 2015, causa C-76/14, *Manea*, p.to 54.

⁵² Corte di giustizia, *ex multis*, sentenze 2 febbraio 1988, causa 309/85, *Barra*, p.to 14; 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot*, p.to 29; 16 luglio 1992, causa C-163/90, *Legros e a.*, p.to 30; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman e a.*, p.to 142, e 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.*, p.to 57.

⁵³ Si è affermato al riguardo che "il principio secondo cui una limitazione può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta garantisce la parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto e rispetta, allo stesso modo, gli obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto" (Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke e a.*, p.to 37).

essa in contrasto⁵⁴. È chiaro che questo potere non può che essere generalmente devoluto alla Corte di giustizia, poiché se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione⁵⁵. Nondimeno, la Corte di giustizia "ha inteso riconoscere, caso per caso ed eccezionalmente, a un giudice nazionale la facoltà di amministrare gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione nel rispetto delle condizioni poste dalla giurisprudenza" dell'Unione⁵⁶. Vero è che queste condizioni non sembrano soddisfatte nel caso di specie se solo si considera che le ipotesi ammesse dalla Corte di giustizia non hanno mai riguardato le concessioni demaniali *aut similia*, bensì la certezza dei traffici giuridici, la protezione dell'ambiente e la sicurezza dell'approvvigionamento elettrico.

In sostanza, l'orientamento formulato dal Consiglio di Stato appare opinabile, giacché si colloca a metà strada tra il principio sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, che consente però in via esclusiva alla Corte di giustizia di provvedere in tal senso, e il principio che riconosce al giudice nazionale di sospendere del tutto eccezionalmente l'applicazione di una norma dell'Unione, ma soltanto in presenza di rigorose condizioni che non sussistono nel caso di specie.

Peraltro, la graduazione degli effetti delle sentenze del Consiglio di Stato sembra in contraddizione con l'applicazione nel caso di specie del brocardo latino *tamquam non esset*, che conduce a ritenere non esistenti le proroghe delle concessioni.

A ben vedere, rimanevano a disposizione due ulteriori soluzioni, che sono state prima esaminate e poi escluse dal Consiglio di Stato⁵⁷. In pri-

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenze 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*. Per un commento della sentenza, v. T. BEUKERS, *Case C-409/06, Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2010*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2011, vol. 48, n. 6, 1985.

⁵⁵ Corte di giustizia, sentenze *Winner Wetten*, cit., p.ti 66 e 67; 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, p.to 33; 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environment Wallonie*, p.to 177.

⁵⁶ Corte di giustizia, sentenza *Inter-Environment Wallonie*, cit., p.to 178.

⁵⁷ Sulla doppia pregiudizialità, v., tra i tanti, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*; 2019, 7; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, 2019, 9; C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Riv. AIC*, 296; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La Doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *op.*

mo luogo, si poteva sottoporre alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE, avente ad oggetto la possibilità di sospendere in via provvisoria l'applicazione delle norme dell'Unione e di posticipare le gare per un breve lasso di tempo, anche se il giudice dell'Unione si era già pronunciato per l'illegittimità delle proroghe delle concessioni senza lasciare alcun ragionevole dubbio⁵⁸ e difficilmente avrebbe autorizzato il giudice nazionale a procedere nella direzione di una modulazione degli effetti di tali proroghe⁵⁹. In secondo luogo, si poteva coinvolgere la Corte costituzionale per rimuovere in via definitiva la norma di legge illegittima, ma anche in tal caso la fissazione di un termine a partire dal quale far decorrere gli effetti demolitori della declaratoria di incostituzionalità sarebbe risultata verosimilmente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁰. Per chiudere il cerchio, si può osservare che la stessa Corte costituzionale avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale e avvalersi dell'ormai sempre più intenso rapporto di collaborazione con la Corte di giustizia⁶¹, al fine di richiedere a quest'ultima l'interpretazione necessaria a concludere il suo scrutinio di costituzionalità.

8. *Le questioni aperte dei requisiti di gara e dell'indennizzo dei concessionari uscenti*

Il Consiglio di Stato si è mostrato determinato a salvaguardare l'esigenza di indire procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni e ha fornito degli spunti di sicuro interesse anche in relazione alle questioni dell'indennizzo dei concessionari uscenti e ai criteri di selezione dei nuovi concessionari.

cit., 289; A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *federalismi.it*, 2021, 211.

⁵⁸ Sull'esistenza di un ragionevole dubbio e sulla nota giurisprudenza *Cilfit*, v. da ultimo: Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*. Per un commento della sentenza sia consentito rinviare a F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *giustiziainsieme.it*, 23 ottobre 2021.

⁵⁹ Semmai, il giudice dell'Unione avrebbe potuto fornire ulteriori chiarimenti in merito ad altri aspetti controversi, come quelli dell'interesse transfrontaliero certo e dell'efficacia diretta della direttiva

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, p.to 84.

⁶¹ V. ad esempio, Corte cost. ordinanze 26 gennaio 2017, n. 24; 10 maggio 2019, n. 117 e 8 luglio 2020, n. 182 (c.d. bonus Bebè).

La questione dell'indennizzo non è nuova nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare si ricava dalla sentenza *Laezza*⁶² che l'obbligo imposto al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività, l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse può rendere meno allettante l'esercizio di tale attività, impedendo a detto concessionario di trarre profitto dal proprio investimento. Il giudice dell'Unione perveniva alla conclusione che questa misura costituiva una restrizione delle libertà garantite dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, non soddisfacendo il test di proporzionalità, e suggeriva di realizzare "l'obiettivo di continuità dell'attività con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione..."⁶³.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sembra consapevole di queste indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella parte in cui statuisce che 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". Tuttavia, le sentenze non forniscono ulteriori chiarimenti, sicché è facile prevedere che in ordine ai requisiti per ottenere l'indennizzo e al suo ammontare sorgeranno problemi interpretativi e applicativi, vista anche la difficoltà di individuare con precisione la congruità della durata delle concessioni in relazione agli investimenti effettuati. Certo è che l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art.1 del protocollo n. 1, della CEDU.

Volgendo lo sguardo ai requisiti delle nuove gare, sembra che il Consiglio di Stato cerchi, in modo nemmeno troppo velato, di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei precedenti concessionari. Da un lato, la Plenaria si sente investita del compito di sottolineare che nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni non dovrà essere confezionato un vestito su misura per il concessionario uscente. In questa prospettiva, si ritiene che ipotesi di preferenza "automatica" potrebbero verificarsi nell'ipotesi in cui le rego-

⁶² Corte di giustizia, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, p.to 23.

⁶³ Corte di giustizia, sentenza *Laezza*, supra cit., p.to 41.

le di gara attribuiscono rilevanza agli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi. La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è finalizzata ad evitare future sperequazioni tra la posizione del concessionario uscente e quella degli aspiranti alla concessione. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato non solo esclude che l'art. 12 della direttiva 2006/123 imponga il rispetto del principio di rotazione, ma richiede di "valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale", pur ribadendo che ciò dovrà realizzarsi in ossequio al principio della par condicio.

In conclusione, le sentenze dell'Adunanza plenaria lasciano sicuramente un segno importante in merito ai rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamento nazionale, con qualche elemento di criticità, in particolare, sulla posticipazione della fine delle concessioni, anche se verosimilmente questo risultato si sarebbe comunque realizzato per il tempo strettamente necessario all'indizione e alla conclusione delle procedure di gara. Le ulteriori zone d'ombra derivanti dall'insoddisfacente prospettazione del giudice amministrativo in merito al requisito dell'interesse transfrontaliero certo e al principio dell'effetto diretto verticale inverso non inficiano l'indiscutibile illegittimità della proroga delle concessioni alla luce del diritto dell'Unione. Tuttavia, la posta in palio è alta e numerosi sono gli interessi coinvolti nelle procedure di selezione, sicché è difficile immaginare che la *querelle* delle concessioni demaniali sia stata definitivamente risolta.

STESSE SPIAGGE, STESSI CONCESSIONARI?

SOMMARIO: 1. L'applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari e l'obbligo di disapplicazione delle leggi di proroga generalizzata dalle stesse. – 2. L'efficacia differita dell'obbligo di disapplicazione. – 3. Di taluni effetti pro-concessionari attuali scaturenti dal differimento. – 4. L'apertura da parte del Consiglio di Stato alla corresponsione di un indennizzo ai concessionari. – 5. Ragioni costituzionali che impongono l'indennizzo. – 6. L'indennizzo deve comprendere anche l'avviamento. – 7. I criteri dettati dal legislatore per il rilascio delle concessioni. – 8. Di talune esclusioni dal regime del principio di competitività. – 9. Conclusioni in punto di rete di tutela delle concessioni in essere.

1. *L'applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari e l'obbligo di disapplicazione delle leggi di proroga generalizzata dalle stesse*

Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021 n. 17 e n. 18, che tanto clamore hanno suscitato, e soprattutto tante reazioni avverse da parte dei concessionari di aree del demanio marittimo (ma anche lacuale e fluviale) per finalità turistico-ricreative, in realtà non hanno detto nulla di nuovo con riguardo al punto centrale della questione, ovvero al tema dell'obbligo di porre sul mercato attraverso procedure concorsuali le concessioni e di converso del contrasto con la normativa eurounitaria della legislazione statale di proroga generalizzata delle concessioni in essere¹. Il Consiglio di Stato aveva infatti già più volte

¹ La materia in esame è stata oggetto di un vero e proprio effluvio di contributi dottrinali, di decisioni giurisprudenziali ai vari livelli, di documenti della Commissione europea, ecc. Su tutto questo si fa rinvio al recentissimo e documentato contributo di B. CARAVITA e G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in fe-

affermato il principio per cui la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, così da rendere necessaria una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione². In tal senso vi era anche una consolidata giurisprudenza a livello di TAR³, con l'eccezione del TAR di Lecce secondo cui la direttiva 2006/123/CE (c.d Bolkestein) non avrebbe il carattere *self-executing*, di talché non sarebbe suscettibile di diretta e immediata applicazione⁴. Tutto questo, del resto, in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza "Promoimpresa"⁵: la quale, dopo aver rilevato che tali concessioni vanno qualificate come "autorizzazioni" ai sensi delle disposizioni della direttiva servizi 2006/123/CE, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica, ha concluso nel senso che l'art. 12 della direttiva servizi osta a una misura legislativa nazionale che preveda la proroga automatica delle

deralismi.it, 11 agosto 2021 che viene ripubblicato in questo fascicolo, anche nel ricordo dell'illustre giurista prematuramente scomparso.

² V. già Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, ID., Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2828, rese, tra l'altro come evidente sulla base dei soli principi del Trattato: da ultimo v. invece, Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2016 n. 889; ID., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; sui cui v. la nota di S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 625 ss.

³ V. TAR Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021 n. 363 (su ricorso di AGCM); TAR Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40; TAR Veneto, Sez. I, 3 marzo 2020, n. 218.

⁴ Tra le tante, Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 1 febbraio 2021 n.164; ID., 1 febbraio 2021, n. 165; ID. 15 febbraio 2021, n. 263 e ID., 15 febbraio 2021, n. 268; su tale indirizzo v. il commento critico di E. CHITI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021, 801 ss. Per il vero si potrebbe osservare che la direttiva ha effetti diretti solo sul piano verticale, vale a dire nel rapporto tra individui e Stato; e non ha invece effetti a favore dello Stato nel senso che lo Stato inadempiente all'obbligo di attuare la direttiva non può avvalersi della stessa per immettere sul mercato le aree. Questo sulla base del principio per cui lo Stato "non può trarre vantaggio (giuridico) dal proprio inadempimento": v. in tal senso E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato di Enzo Cannizzaro*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁵ V. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 458, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti tra cui, v. per tutti, E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 2016, 1217 ss.

concessioni demaniali per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Del resto, anche la stragrande maggioranza della dottrina si era pronunciata in senso adesivo all'applicazione della direttiva c.d. Bolkestein alle concessioni demaniali⁶, condividendo la lettura sostanzialista dell'istituto della concessione dei beni pubblici, quali si atteggiavano con riguardo alle concessioni con finalità turistico-ricreative stante l'indifferenza comunitaria al *nomen iuris* dell'istituto. In altri termini, è stato messo in luce come invero non si tratti di concessioni di beni o meglio, non solamente di concessioni di beni: questi ultimi sono solo il *prius* necessario o la piattaforma per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale. Il bene viene cioè ad essere utilizzato come "asset aziendale", per riprendere l'efficace espressione delle sentenze in rassegna dell'Adunanza Plenaria. Di qui l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

2. L'efficacia differita dell'obbligo di disapplicazione

Le decisioni nn. 17 e 18 hanno peraltro stabilito che gli effetti nomofilattici da esse prodotti attraverso la enunciazione dei principi di diritto (*ex art. 99 c.p.a.*) ovvero l'obbligo di disapplicazione da parte delle amministrazioni oltre che dei giudici, delle leggi di proroga opera a partire dal 31 dicembre 2023. Di talché le concessioni prorogate, comprese quelle prorogate con atti formali in quanto pur sempre derivati dalla legge ritenuta contrastante con la normativa eurounitaria, mantengono i propri effetti per ancora due anni e due mesi.

La modulazione degli effetti temporali della direttiva, istituito che pur in difetto di una base normativa, ma ricavato dai principi eurounitari il Consiglio di Stato aveva già applicato (suscitando tuttavia numerose critiche e perplessità su cui in questa sede non è possibile entrare)⁷, nella specie trova fondamento sia nel fatto che Parlamento e Governo debbono dar luogo ad una normativa che da un lato recepisca i principi dell'ordi-

⁶ V. per tutti, anche per ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza, E. CHITTI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, cit.

⁷ V. in particolare E. FOLLIERI, *Il prospective overruling delle sentenze dell'Adunanza Plenaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 3/2018, spec. 391 e ss. ma v. altresì A. CASSATELLA, *Vincolo preliminare derivante dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1134; M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro. It.*, III, 2018, 163 ss.

namento europeo e dall'altro tuteli "l'altrettanto e importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti", sia nel fatto che le operazioni propedeutiche alle gare come pure le gare stesse che investiranno una moltitudine di concessionari, (oltre 11 mila!) e dunque di rapporti tra l'altro diversificati sotto vari profili (entità e livello di ammortamento degli investimenti, durata del rapporto, importo del canone, ecc.) richiedono per forza di cose un tempo adeguato⁸.

3. Di taluni effetti pro-concessionari attuali scaturenti dal differimento

Dalle sentenze si possono tuttavia trarre anche alcune conseguenze di segno positivo per gli attuali concessionari. La prima è che almeno fino al 31 dicembre 2023 (ma non è da escludere una proroga questa volta per legge e non per sentenza, motivata sulle stesse ragioni addotte dal Consiglio di Stato ove le nuove procedure divise si rivelino più complesse e laboriose del previsto, o perlomeno una proroga *in parte qua* con riguardo a determinate situazioni), le concessioni prorogate *ex lege* non possono essere disapplicate⁹.

⁸ Da notare che nel precedente citato dalle sentenze in rassegna (cioè Adunanza Plenaria 27 ottobre 2017 n. 13), l'applicazione *pro-futuro* del principio di diritto trovava fondamento nel ricorrere di una ipotesi di *prospective overruling*, ovvero della introduzione in via giurisprudenziale di un nuovo principio di diritto. Sicché l'applicazione differita era giustificata dal rispetto del principio di certezza del diritto con riferimento alla disciplina di rapporti sorti sulla base di una diversa interpretazione. Mentre nel caso in esame le ragioni del differimento non nascono da modifiche di indirizzo giurisprudenziale (anzi lo stesso Consiglio di Stato rileva che si tratta di principi da tempo consolidati), e si fondano invece su ragioni di certezza intesa come stabilità dei rapporti, di semplificazione amministrativa, di difficoltà di applicazione in concreto del principio del diritto enunciato e altro ancora (v. n. 50 delle sentenze). È evidente che in tal maniera si allargano a dismisura le ipotesi di differimento della applicazione dei principi di diritto ben al di là della ragione incentrata sull'*overruling*. Invero già nella sentenza del 2017, l'Adunanza Plenaria aveva fatto riferimento alla esistenza della necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche, peraltro sempre in combinato con l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale contrario alla interpretazione adottata.

⁹ Naturalmente questo non è d'ostacolo di per sé a che la procedura di infrazione avviata con la nota di messa in mora n. 4118 del 3 dicembre 2020, nella quale la Commissione ha rilevato come "la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'Unione europea, sta in contrasto con la sostanza della sentenza della Corte di giustizia del 2016" proceda comunque. Peraltro, in questa sede mi limito ad esaminare le conseguenze operative nei confronti dei concessionari e non affronto il tema della responsabilità dello Stato.

Ciò significa che la proroga biennale (o poco più) in via nomoflattica costituisce uno scudo contro iniziative giurisdizionali avverso l'*incumbent*, attraverso il meccanismo della diffida ad immettere sul mercato le aree demaniali ed in caso di rifiuto o silenzio attivare ricorso al giudice amministrativo o anche, in caso di provvedimento amministrativo di proroga (per quanto non necessario a meno che non contenga prescrizioni innovative) di ricorsi diretti contro lo stesso. Nello stesso tempo non avrà ragione d'essere la giurisprudenza della Cassazione penale che sulla base della disapplicazione della normativa di proroga, in quanto in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e, comunque, con l'art. 49 TFUE è giunta a qualificare i concessionari "prorogati" privi di alcuna concessione e dunque responsabili di occupazione abusiva del bene demaniale (*ex art. 1161 cod. nav.*)¹⁰, giurisprudenza che invero non teneva conto della buona fede del concessionario atteso che il loro *status* è comunque validato dalla legge. Su questo le sentenze dell'Adunanza Plenaria sono molto recise, rilevando che la non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem* (v. n. 37). È vero che rimane l'autonomia valutativa del giudice penale, *ex art. 2 c.p.p.*¹¹, ma insistere sulla tesi fin qui affermata significherebbe "disapplicare" anche i principi di diritto enunciati dalla Plenaria. Del resto, già alla attualità non mancano sentenze di giudici di merito che hanno messo in luce l'essere profondamente irragionevole pretendere dal privato cittadino di sostituirsi addirittura al legislatore nazionale nel rilevare che una norma di legge sia anticomunitaria¹².

¹⁰ Tra le tante, Cass., pen., Sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170; ID., Sez. IV, 5 luglio 2016, n. 40739; ID., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 21281; ID., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993; ID., Sez. II, 11.12.2019, n. 18200.

¹¹ "... al giudice penale spetta il potere di risolvere autonomamente ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito e che l'unica disposizione che attribuisce espressamente "efficacia di giudicato" nel processo penale a sentenze extra-penali è l'art. 3, comma 4, c.p.p. con riferimento alla "sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza": Cass. Pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 17855.

¹² V. in tal senso la recentissima sentenza del GIP di Genova (3.12.2021, Galli).

4. *L'apertura da parte del Consiglio di Stato alla corresponsione di un indennizzo ai concessionari*

Il secondo punto di rilievo è dato dal fatto che il Consiglio di Stato afferma testualmente che *“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). In tal maniera il Consiglio di Stato, riprendendo una formula analoga impiegata da AGCM¹³, dà una lettura avversativa dell’art. 49 cod. nav. Disposizione quest’ultima, intitolata *“Devoluzione delle opere non amovibili”*, secondo cui *“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”*. È vero che la lettura proposta del Consiglio di Stato potrebbe essere ritenuta in contrasto con la giurisprudenza costituzionale che a fronte di leggi regionali che prevedevano la corresponsione di un indennizzo a carico del concessionario subentrante ha affermato che *“la previsione dell’indennizzo subordinando il subentro nella concessione all’adempimento del suindicato obbligo, incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all’affidamento. La normativa regionale impugnata viola dunque la competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», non essendo qualificabile come pro-concorrenziale”*¹⁴.

In realtà, come emerge da altre sentenze della Corte Costituzionale relative sempre a disposizioni di leggi regionali che avevano previsto indennizzi a favore dei concessionari uscenti¹⁵, la dichiarazione di incostituzionalità muove soprattutto dalla ragione che la disciplina in punto di indennizzo riguarda una *“sfera di competenza riservata in via esclusiva*

¹³ AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, IV, A dedicato a *“Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative”*.

¹⁴ Corte Cost., 7 luglio 2017, n. 157, 6.4.1 parte in diritto. Nello stesso senso Corte Cost., 23 ottobre 2020, n. 222 (3.3. parte in diritto).

¹⁵ V. le decisioni 30 maggio 2018, n. 109 e 16 gennaio 2019 n. 1.

alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni", ciò per la ragione che tale forma di tutela incide sui "criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo", i quali "devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost."¹⁶. Ed infatti nella già menzionata sentenza n. 222/2020 così si legge: "il fatto, poi, che la stessa normativa dell'Unione europea consenta ai legislatori nazionali di adottare garanzie per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore uscente non permette, in sé solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.)".

Se ne deduce che nella sostanza la Corte ha rilevato nella previsione di misure indennitarie una asimmetria di disciplina e dunque di invasione da parte della Regione nella materia concorrenza riservata allo Stato, più che di contrasto in sé per sé con i principi pro-competitivi. Al contrario, come del resto le due sentenze dell'Adunanza Plenaria, la Corte Costituzionale mette in campo l'esigenza di tutela dell'affidamento dei concessionari in essere, se pur all'interno di un delicato e complesso bilanciamento. In altri termini, l'affermazione per cui l'indennizzo determinerebbe un vantaggio per l'*incumbent* e dunque una barriera all'ingresso di nuovi operatori, non può che essere intesa come meramente rafforzativa della incompetenza regionale, anche perché in realtà non si tratta di un vantaggio ma del riconoscimento di una situazione che potremmo definire "*paraproprietaria*" alla luce dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, che si riferisce con previsione generale ai beni, ma la nozione di bene secondo la giurisprudenza di Strasburgo¹⁷ ha da essere interpretata in senso estensivo e indipendentemente dalle qualificazioni formali del diritto interno sino così ad includervi un'ampia gamma di interessi economici che non si limitano alla proprietà di beni materiali

¹⁶ Così Corte Cost., 1/2019, 4.11 parte in diritto.

¹⁷ V. ad esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 2014, Valle Pierimpìe Soc. Agricola S.p.a. c. Italia.

ed immateriali, nel senso che investono anche le utilità provenienti dal rapporto concessorio (c.d. proprietà commerciale). Sicché la non corresponsione dell'indennizzo si tradurrebbe in una sorta di espropriazione larvata vietata dall'art. 42 Cost., dalla CEDU e anche dall'ordinamento europeo. Valga, sotto questo ultimo profilo, rammentare come nella sentenza Huber Wachauf, la Corte di Giustizia abbia significativamente affermato che *“una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario”*¹⁸.

Quest'ultimo richiamo consente altresì di rilevare come la normativa eurounitaria non debba esser applicata a senso unico dando rilievo assorbente al principio di piena competitività senza tener conto degli altri principi che pure innervano l'ordinamento eurounitario e italiano. Tra i quali il principio di tutela del legittimo affidamento, che a sua volta va ascritto ai motivi imperativi di interesse generale, anche se non è espressamente inserito nell'elenco di cui all'art. 4 n. 8 della direttiva 2006/123/CE sia perché l'elenco ha natura meramente esplicativa sia perché l'anzidetto principio si inserisce tra i principi forti del diritto eurounitario come affermato più volte dalla Corte di Giustizia¹⁹, e dunque ha da essere inserito tra i criteri che presidono al rilascio delle concessioni. Né esso è degradato per effetto della giurisprudenza sopra ricordata e dalla presenza delle procedure di infrazione atteso che a sua volta trova sostegno nella legge di proroga²⁰.

5. *Ragioni costituzionali che impongono l'indennizzo*

Del resto la mancata previsione di un indennizzo (tra l'altro non vietato in assoluto, salvo sia diversamente stabilito nell'atto di concessione), solleverebbe profili di incostituzionalità sotto tre versanti.

¹⁸ Sent. 13 luglio 1989, part. 19, C-5/88, Huber Wachauf.

¹⁹ V. C. Giust. CE, 15 luglio 2004 Di Leonard, C-37/02 E C-38/02.

²⁰ Tutto questo vale a maggior ragione per coloro che dispongono di concessioni anteriori alla normativa che ha soppresso il diritto di insistenza (art. 1, comma 18, d.l., 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25) e il rinnovo automatico (art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217, legge comunitaria 2010) in quanto in precedenza il rapporto concessorio di beni demaniali per uso turistico-ricreativo si connotava come rapporto pluriennale di durata tendenzialmente indefinita, appunto in virtù del c.d. diritto di insistenza (art. 37 cod. nav.) e del c.d. rinnovo automatico ex art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88.

Primo perché la disciplina del codice della navigazione si riferisce alla concessione di beni di cui si è fatto uso, e che vengono restituiti nello stato iniziale. Tutto diverso è il caso in cui la concessione è di beni connessi ad attività, anzi prodromici e funzionali ad un'attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento. Del resto, già nell'ordinamento statutario a fronte di concessioni di beni connessi funzionali ad attività imprenditoriali era previsto che il concessionario subentrante fosse tenuto a corrispondere un indennizzo al pregresso concessionario: v. ad es. l'art. 36, l. mineraria 29 luglio 1927, n. 1443. In altri termini, una volta acquisita la configurazione della concessione in oggetto come concessione di attività e non di semplici beni o, nel linguaggio eurounitario, come autorizzazione all'esercizio dell'attività economica da spiegarsi in un'area demaniale non è più possibile seguire il principio che in altra sede ho definito "ranelletiano"²¹ in quanto informato alla natura "graziosa" della concessione con quanto ne consegue, tanto che si riteneva che nemmeno la revoca potesse essere indennizzata (salvo l'ipotesi in cui la revoca dipendesse da motivi di interesse pubblico estranei a quelli dell'Amministrazione concedente): Ranelletti infatti asseriva che la revoca è "*l'effetto della dichiarazione della volontà dell'autorità amministrativa e delle norme giuridiche relative a quella data concessione, cioè l'effetto dello stesso atto amministrativo; avviene quindi un fatto, che è inerente alla natura stessa delle facoltà del privato, le quali portano in loro stesse il germe della loro morte, e perciò non vi può essere indennità*"²².

In secondo luogo, per contrasto con il *tertium comparationis* rinvenibile nello stesso codice della navigazione con riferimento alle concessioni aeroportuali. L'art. 703, comma 5, di tale codice (come introdotto dall'art. 15 *quinquies*, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 convertito in l. 4 dicembre 2017, n. 172) stabilisce infatti che: "*alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente il valore di subentro*". È evidente che in questo caso, in deroga al principio generale sancito dall'art. 49 cod. nav., si è

²¹ G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino 2019, 182.

²² V. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.* 1895-1896 ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III. *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992, 291.

tenuta presente l'attività imprenditoriale connaturata e consequenziale alla concessione del sedime aeroportuale.

In terzo luogo, l'assenza di indennizzo si pone in contrasto con il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), come si ricava dal caso *Laezza*²³. In tale occasione si è difatti osservato che “*gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*”. Anzi, nel caso appena ricordato sia la Corte di Giustizia (v. punto 23) sia l'Avv. Generale (v. paragrafi 62 e 63 delle sue conclusioni) hanno messo in luce come, di contro, una disposizione di tal fatta ha effetti anticompetitivi perché rende meno attraente l'esercizio di tale attività. Difatti, il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso costituisce una barriera per gli investimenti. Sicché l'assenza di indennizzo non solo determina un pregiudizio per l'*incumbent*, ma o riduce la platea dei concorrenti per la considerazione che i loro investimenti non avranno alcun riconoscimento oppure riduce al minimo gli investimenti dei subentranti, in entrambi i casi con conseguenze anticompetitive. Lo stesso principio è ricavabile dalla sentenza *Hubert Wachauf*, nella quale la Corte di Giustizia CE ha affermato, “*una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario*”²⁴: avremmo infatti una spoliazione del frutto del lavoro altrui senza indennizzo, in spregio delle garanzie costituzionali (come infatti aveva rilevato nell'ordinanza di rinvio, il *Verwaltungsgericht*). Tra l'altro, le tematiche in punto di necessità dell'indennizzo per coerenza costituzionale fanno superare l'eventuale esclusione dall'indennizzo nei confronti di coloro che, per una ragione o per l'altra, possano essere rite-

²³ Corte di Giustizia UE, sez. III, 28 gennaio 2016, n. C-375.

²⁴ Sent. 13 luglio 1989, par.19, C-5/88, *Hubert Wachauf*.

nuti non meritevoli di affidamento. Difatti a prescindere dal rilievo che di per sé le varie leggi di proroga e dunque la presa d'atto di una specifica e reiterata volontà del legislatore è di per sé idonea a radicare l'affidamento, resta il fatto che comunque l'acquisizione senza indennizzo determina la violazione di una garanzia costituzionale.

6. *L'indennizzo deve comprendere anche l'avviamento*

Il punto richiede un *addendum*. Consiglio di Stato e AGCM riconoscono il diritto all'indennizzo per gli investimenti. Ciò è testualmente affermato e ribadito nella frase “*ove ve ne siano i presupposti*”, che vuol dire laddove investimenti vi siano stati e implicitamente non siano stati ammortizzati. Si tratta del resto della previsione presente nel codice della navigazione con riguardo alle ipotesi di revoca della concessione (v. art. 42 comma 4 e 5). Senonché, a parte l'ipotesi sicuramente residuale in cui l'Amministrazione decida di dare all'area demaniale una destinazione, anche pur sempre turistico-ricreativa, del tutto diversa (ad es. parco giochi o una scuola di vela o di nuoto), di talché vi è una soluzione di continuità con l'attività del precedente concessionario, chi acquisisce la concessione, con essa acquisisce un complesso di beni in cui è ricompreso anche l'avviamento (e non a caso – come già ricordato – l'Adunanza Plenaria parla di *asset* aziendale). Non interessa vedere se quest'ultimo costituisca un bene a sé stante o una qualità dell'azienda, ciò che rileva è che contribuisce a determinarne il valore. E di esso si deve tener conto secondo i correnti criteri di estimo. Vale del resto aggiungere che l'avviamento è espressamente considerato nell'ipotesi di fine locazione di immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale (v. art. 34, l. 27 luglio 1978 n. 392), normativa idonea a costituire *tertium comparationis*, perché in entrambi i casi si ha la cessazione di un rapporto di durata e in entrambi i casi l'impiego del bene di proprietà altrui ne ha determinato un arricchimento. Sicché l'indennizzo, per essere tale, deve corrispondere al valore di mercato o al valore “reale” del bene alla luce della giurisprudenza costituzionale così come declinata attraverso le c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007²⁵, e pertanto non può non ricomprendere anche tale componente del compendio che si va ad acquisire. Tra l'altro, nella specie non si tratta di un indennizzo di espro-

²⁵ Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

priazione per pubblica utilità, ma di acquisizione di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicché non vi sono neppure quelle esigenze del “giusto equilibrio” tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell’indennizzo. Tantopiù considerato che la componente “avviamento” è di solito frutto di una attività lungimirante quanto impegnativa, protrattasi per lustri e lustri. Sarebbe agevole solo evocare il nome di stabilimenti balneari che di per sé costituiscono attrazione e segni identitari della località in cui sono situati. Ma al di là di queste eccellenze situate in località come Capri, Forte dei Marmi, Lido di Venezia, Santa Margherita Ligure *et similia*, sta il fatto che l’avviamento è riscontrabile anche nelle strutture a carattere familiare e anzi anche per questa caratteristica vocate ad essere luogo di incontro e di richiamo.

7. *I criteri dettati dal legislatore per il rilascio delle concessioni*

Le sentenze dell’Adunanza Plenaria dettano anche dei criteri che il legislatore statale dovrà seguire per dare attuazione alla direttiva nel settore in esame. Sotto tale profilo, per riprendere la terminologia impiegata a suo tempo con riguardo a talune sentenze della Corte Costituzionale, sono pertanto definibili “sentenze delega”²⁶.

Da tali criteri traspare invero l’esigenza di tutela dell’affidamento degli ex concessionari, del resto espressamente enunciata: “È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l’altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti” (v. n. 47). Affermazione che poi viene bilanciata dal richiamo a più riprese dei principi di proporzionalità, non discriminazione, *par condicio*. Il risultato del complesso bilanciamento traluce nella parte “propositiva”, laddove l’Adunanza Plenaria rileva che “Nell’ambito della

²⁶ Da precisare che i criteri dettati dall’Adunanza Plenaria se da un lato si impongono come veri e propri “comandi” alle pubbliche amministrazioni per l’ipotesi che la materia continui a non essere legificata dopo il 31.12.2023 o per la ipotesi in cui le amministrazioni nell’istante procedano al rilascio di concessioni di aree non più coperte da concessioni (qualunque ne sia la ragione), dall’altro nei confronti del legislatore operano come “consigli”, al punto che potremo parlare di esercizio di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale.

valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori" (v. n. 49).

Come si può notare se da un lato a più riprese si evocano la *par condicio* e (in maniera ridondante) la parità di trattamento, dall'altro si dà rilievo all'esperienza e al *know how* professionale acquisito e questo non solo a livello generale, ma in rapporto alla specificità del territorio e dunque – da ritenersi – dando rilievo alle esperienze tipiche delle aree di riferimento come tale peculiari in *primis* degli *ex* concessionari.

Vero è che si deve trattare di criteri non preclusivi e che ad essi si accompagnano altri criteri quali gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, l'entità del canone, fattori tutti "disponibili" per l'intera platea dei concorrenti e non riservati ai concessionari uscenti. Aggiungasi che all'interno di questo non agevole contemperamento tra tutela dell'affidamento e *par condicio* è indubbio che dovranno essere introdotti limiti massimi per la stessa impresa o lo stesso gruppo alla partecipazione alle gare bandite dalle singole amministrazioni. Il che di fatto si traduce in un criterio di tutela delle piccole imprese quali sono quelle che nella stragrande maggioranza dei casi gestiscono gli stabilimenti balneari. Del resto, la tutela della categoria delle piccole imprese risponde al principio generale quale si ricava dall'art. 30, comma 7, cod. contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) secondo cui "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese*". Ma anche dall'art. 51 dello stesso codice secondo cui "*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali, ovvero in lotti prestazionali*" e "*nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*". Si tratta comunque di indicazioni che trovano fondamento nel Libro Verde del 2011 sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea

in materia di appalti pubblici e anche nel “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici” di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25.06.2008 (cfr. il *considerando* n. 78, Dir. 2014/24/UE) e che hanno una portata tale da investire ogni procedura di competitività del mercato di discendenza europea. Non per nulla gli stessi “*considerando*” della direttiva Bolkestein sono intrisi di continui richiami alla tutela delle piccole e medie imprese (v. già i “*considerando*” 2, 3, 4).

8. *Di talune esclusioni dal regime del principio di competitività*

Va infine tenuto presente che i criteri che disciplinano il potere di valutazione delle domande di concessione (o autorizzazione secondo il lessico eurounitario) debbono essere “conformati” ai fini della tutela di esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale, esigenze cioè che mirano ad interessi prioritari che pertanto possono fare aggio sul principio di concorsualità o comunque temperarlo. In particolare, tra le ipotesi suscettibili di rendere cedevole il principio di competitività rientra anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell’interesse storico-culturale (cfr. l’art. 4 della direttiva 2006/123/CE e conseguente art. 8, l. 26 marzo 2010, n. 59). E difatti la giurisprudenza, con riferimento ai c.d. locali storici, ha ritenuto che essi, in quanto elementi di qualificazione e di attrazione turistica del contesto, e nel contempo fattori di valorizzazione dell’immateriale economico dell’intero ambiente circostante, possono essere sottratti alle regole di evidenza pubblica: ciò è quello che è avvenuto con riguardo ad alcuni locali storici situati all’interno della galleria Vittorio Emanuele II a Milano²⁷. E non v’è dubbio che taluni stabilimenti balneari situati in rinomate e storiche località turistiche, per antica risonanza e per le loro caratteristiche (si pensi a taluni stabilimenti in stile liberty di Viareggio) possono essere riconducibili entro l’ambito di detta categoria.

Mentre sono del tutto al di fuori della direttiva i servizi non economici di interesse generale ai sensi dell’art. 2, lett. a) della direttiva stessa. Sicché concessioni del bene demaniale a favore di enti pubblici, istituti di assistenza e beneficenza, corpi morali, in funzione di usi sociali, a favore di minori, categorie protette o comunque attività di

²⁷ V. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157.

esclusivo rilievo sociale, fuoriescono *in toto* dal campo di applicazione della Bolkestein.

9. Conclusioni in punto di rete di tutela delle concessioni in essere

In conclusione, la coniugazione tra i principi di tutela delle piccole e medie imprese, l'obbligo di indennizzo, l'inserimento nell'indennizzo del valore di avviamento, la introduzione di criteri basati sulla esperienza specifica e "di territorio", la stessa difficoltà pratica di porre in essere e concludere entro il 31.12.2023 le operazioni finalizzate al rilascio delle nuove concessioni, come pure le difficoltà di redazione di un testo normativo che operi il necessario bilanciamento tra i vari interessi in gioco e comunque le incertezze interpretative che non mancheranno in via di fatto, danno luogo indirettamente ad una rete di protezione delle situazioni in atto.

Il che non significa, per riprendere una terminologia corrente ed abusata (quanto non coerente con il pensiero mortatiano), espressione della prevalenza della costituzione materiale rispetto alla costituzione formale, ma si traduce nella risposta necessaria ed inevitabile al particolarismo legato alle circostanze di luogo o di storia o di esigenze specifiche che per la natura delle cose prevale sulle regole "uniformanti" derivanti da livelli sovranazionali. Tra l'altro, proprio sulla base di queste considerazioni nell'ambito di un discorso più generale, oltre 10 anni fa in un librettino intitolato per l'appunto *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*²⁸ ebbi a scrivere che un esempio paradigmatico dell'esigenza di una disciplina che non si presti ad un incasellamento forzoso entro "le regole del mondo globale" è proprio dato dalla materia in esame, osservando testualmente che la disciplina della c.d. direttiva *Bolkestein* (e relativo d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 di attuazione), nello stabilire che la messa a gara di beni pubblici già in concessione a privati, non tiene conto della specificità degli stabilimenti balneari così come costruiti e gestiti in talune zone costiere d'Italia, mentre invece richiederebbe per la sua specificità una normativa *ab hoc* onde dare rilievo delle tradizioni e dei correlativi investimenti che hanno caratterizzato il settore. Conclusioni queste che trovano fondamento nello stesso TUE che (già nel preambolo) dichiara di rispettare la storia, la cultura e le tradizioni dei popoli, dando così

²⁸ Napoli 2012.

evidenza ai principi di tutela del mantenimento della diversità, nonché della tutela delle peculiarità dei diversi ordinamenti e quindi in definitiva di protezione dell'identità differenziata degli Stati. E identità significa anche garanzia di situazioni specifiche, deputate proprio ad esprimere i momenti di autonomia e di particolarismo. Tutto ciò trova forte conferma nel fondamentale principio di sussidiarietà (art. 5, 3° comma, TUE), da leggere tra l'altro in sintonia con il principio di prossimità (art. 1, 2° comma, e art. 10, 3° comma, TUE)²⁹.

Sicché la rete di contenimento dianzi evidenziata, che potrebbe essere ulteriormente potenziata attraverso una lettura estensiva dei motivi di interesse generale che presiedono alla definizione dei criteri per il rilascio delle concessioni tali da dare rilievo alla particolarità del settore, costituisce in definitiva il precipitato dell'esigenza di protezione di uno degli elementi, come la tradizione delle concessioni balneari, che vanno a dare *corpus* alla identità differenziata.

²⁹ V. in tal senso, G. DE VERGOTTINI, *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino 2006, 14.

IL CONSIGLIO DI STATO, L'EUROPA
E LE "CONCESSIONI BALNEARI": SI CHIUDE
UNA – ANNOSA – VICENDA O RESTA ANCORA APERTA?

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Il termine delle concessioni in corso. – 3. La dimensione economica della vicenda. – 4. Il turismo e l'UE. – 5. Conclusioni. Uno sguardo al futuro.

1. *Il contesto*

La pronuncia del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, n. 17 (e, in senso analogo, la immediatamente successiva n. 18) ha un impatto sull'ordinamento amministrativo nazionale destinato ad avere un'estensione ben maggiore rispetto a quella delle 'concessioni balneari' cui pure è dedicata¹.

L'Adunanza plenaria, infatti, interviene – due volte consecutive – sull'ormai annosa² disputa relativa all'applicazione nazionale della 'di-

¹ Cfr, a prima lettura, le considerazioni di F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2037-primissime-considerazioni-sulla-nuova-disciplina-delle-concessioni-balneari-nella-lettura-dell-adunanza-plenaria-del-consiglio-di-stato>.

² È utile indicare i passaggi più significativi che delineano la complessità della controversia. Un punto di partenza si può individuare nell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea avviato nel 2009, basato su un reclamo riguardante la l. r. Friuli-Venezia Giulia del 13 novembre 2006 che riprendeva a sua volta l'art. 37 del Codice della Navigazione, censurando il fatto che in Italia l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative fosse basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti (c.d. *diritto di insistenza*) ritenuto discriminazione dissimulata rispetto al principio di parità di trattamento e chiedendo di conseguenza la modifica dello stesso articolo: cfr. sentenza del 13 luglio 1993, *Commerzbank*, causa C-330/91. Il Governo nazionale ha dato seguito all'eliminazione del 'diritto di insistenza' abrogando l'art. 37 cod. nav., prevedendo inizialmente il termine del 31 dicembre 2015 per consentire

rettiva Bolkestein' all'ambito delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa.

L'adeguamento degli ordinamenti regionali in seguito all'entrata in vigore del federalismo demaniale, con l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 (c.d. 'milleproroghe'), al cui testo originario in sede di conversione è stato però disposto un rinvio all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 1993 che dispone il meccanismo di rinnovo automatico per le concessioni sessennali. Come scelta del metodo, è da segnalare che anche per la Corte costituzionale ogni automatismo è da ritenere lesivo della libera concorrenza, in quanto "coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore" (sent. n. 180 del 2010 e n. 1 del 2019). La scelta adottata dal Legislatore nazionale ha indotto la Commissione a inviare all'Italia il 5 maggio 2010 una lettera di messa in mora complementare, riferendosi anche all'art. 12 della sopravvenuta 'direttiva servizi' (v. nota successiva), chiedendo al Governo di correggere l'art. 1, comma 18 del decreto "mille proroghe", eliminando il rinvio in questione e abrogando il meccanismo di rinnovo automatico previsto dal citato d.l. n. 400 del 1993. Per corrispondere alle contestazioni della Commissione l'Italia ha inserito nella legge comunitaria per il 2010 (l. n. 217 del 2010). Per rispondere alle ulteriori contestazioni mosse dalla Commissione l'art. 11 della Legge comunitaria 2010 ha abrogato il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime di cui all'art. 1, comma 18, legge n. 25 del 2010, conferendo al Governo una delega per il riordino della materia. Anche dopo la chiara posizione espressa dalla Corte di giustizia nella causa 'Promoimpresa', cit., della Corte di giustizia il Legislatore nazionale è nuovamente intervenuto sulla materia controversa con l. n. 160 del 2016, che, all'art. 24, co. 3-*septies*, che così disponeva: "nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25". Successivamente, l'art. 1, commi 682-684 della legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145 del 2018), proroga le concessioni demaniali marittime per un ulteriore periodo di quindici anni a partire dall'entrata in vigore della stessa legge (quindi fino a fine 2033), rimettendo contestualmente a un d.P.C.m. – da adottare entro 120 gg. – la fissazione de "i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime" da attuare alla scadenza indicata o in caso di nuove concessioni, delegificando quindi la materia. Più recentemente il 'decreto rilancio', d.l. n.34 del 2020, rafforzato in sede di conversione, ha confermato il sistema, disponendo all'art. 182 che, fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dalla l. n. 145 del 2018, "le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili (omissis), per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Sulla vicenda si deve ricordare anche l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con segnalazione al Governo e alle Camere del 20 dicembre 2018 (AS1550), in cui si auspica "l'adozione in tempi brevi di una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo effi-

L'Adunanza plenaria coglie l'occasione offerta da questa non semplice vicenda per trattare il tema del rapporto tra l'ordinamento eurocomunitario e quello italiano, fissando principi di interpretazione tra i due livelli validi oltre la disputa risolta.

Tuttavia, proprio la significativa ed ampiamente argomentata interpretazione che concerne il rapporto tra i due ordinamenti, evidenziandone di fatto la non raggiunta integrazione, non deve condurre il lettore a prestare un'attenzione più limitata alla fattispecie giudicata.

Anch'essa, peraltro, affronta un aspetto decisivo dell'intervento pubblico nel mercato, per la sua portata non limitato al solo settore dell'industria turistica. Si tratta infatti di riorganizzare l'istituto delle concessioni balneari alla luce della 'direttiva Bolkestein', o 'direttiva servizi', n. 2006/123 rivolta alla 'liberalizzazione' o, più correttamente, all'apertura del mercato attraverso la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi- di attività imprenditoriali che, per il loro esercizio, presuppongono il tipico provvedimento di conferimento di competenza delle Amministrazioni nazionali, intervento che resta affermato per la permanente rilevanza pubblica del suo oggetto.

Proprio quest'ultima trova nella pronuncia dell'Adunanza plenaria più che una conferma un'estensione, attraverso il richiamo della qualificazione come *transfrontaliero* dell'interesse connesso al particolare pregio del contesto in cui lo stabilimento balneare si colloca, tradotto in elevato grado di capacità attrattiva esercitato nei confronti – anche – di imprese di altri Stati membri.

È in quest'ottica che il Giudice Amministrativo ritiene insostenibile la sottrazione di queste stesse risorse alla libera competizione del mercato alla luce tanto dell'ordinamento nazionale, tanto e soprattutto di quello europeo come detto coinvolto in considerazione della dimensione sovranazionale – più esattamente, transfrontaliera – riconosciuta agli interessi in gioco.

L'insufficienza di una visione nazionale non consente quindi un frazionamento del mercato europeo, realizzata – anche – attraverso l'istituto della proroga automatica che consente localmente la gestione oltre

ciente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività".

Per un approfondimento nella prospettiva del diritto europeo v. ampiamente C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, consultabile da http://www.dirittounione europea.eu/index_html.

la scadenza della concessione, a maggior ragione quando questa tecnica sia applicata *ex lege* con ulteriore discriminazione tra categorie di concessionari, non tutti egualmente beneficiari della dilazione dei termini di esercizio.

A questo proposito il Consiglio di Stato evidenzia che il ricorso alla proroga automatica risulti ulteriormente “in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”: così al punto 16 del considerato in diritto, che con tale richiamo supera anche l’eventuale resistenza contro l’applicabilità del ‘direttiva servizi’ al caso di specie.

2. *Il termine delle concessioni in corso*

La controversia alla base del provvedimento europeo si concentra sull’imposizione di una procedura selettiva per l’individuazione del concessionario, limitando il ‘passaggio di mano’ dalle istituzioni pubbliche titolari ai gestori del servizio. L’affermazione merita una piccola, ma importante, chiosa sulla qualificazione dell’oggetto di concessione, a prima vista e alla luce dell’impostazione nazionale più datata non erroneamente identificabile con la gestione del bene demaniale, di cui costituisce un modo d’uso. Questa lettura escluderebbe in via di principio l’applicazione della ‘direttiva servizi’, come gli operatori di settore hanno sostenuto all’indomani dell’adozione della norma europea. In realtà l’interpretazione risultata ben presto prevalente, e ormai non più oggetto di rinnovata discussione, utilizza – coerentemente con la situazione analizzata – criteri classificatori di impostazione europea, alla luce dei quali ciò che rileva è sostanzialmente l’effetto economico del provvedimento di concessione che, consistendo nell’attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un’attività economica, ha rilevanza nel mercato e per la libera circolazione dei servizi.

Anche l’adozione di questa impostazione come detto sostanzialistica, che supera le qualificazioni date dal legislatore nazionale, per inciso, è un riflesso importante del tema trattato, ponendo in generale in luce la necessità per le Amministrazioni di adeguarsi e assumere una prospettiva appunto europea nell’interpretazione delle norme alla cui attuazione

sono chiamate, per corrispondere al processo di integrazione di cui sono parte portante.

È a questo proposito che l'Adunanza Plenaria sostiene il principio in base al quale la Pubblica amministrazione è direttamente tenuta alla disapplicazione delle norme contrastanti con l'ordinamento comunitario senza distinzione tra norme *self-executing* o meno, aderendo all'orientamento consolidato della CGUE (v. sent. *Fratelli Costanzo*, citata dalla pronuncia) e in linea con la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989). Secondo il Collegio, "*opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto*" (così al punto 32 del considerato in diritto). Le Magistrature nazionali ed europee si trovano quindi allineate in questa impostazione che esalta la funzione armonizzatrice e, talvolta faticosamente, unificatrice delle direttive europee. Si tratta, come anticipato, di un punto destinato a produrre effetti oltre il caso esaminato, la cui complessità merita comunque un'adeguata e distinta considerazione³.

Il fulcro della questione qui trattata, riassunto con estrema sintesi, consiste nell'ottemperanza all'obbligo assunto in ambito Europeo di garantire l'accesso al mercato di nuovi operatori, che si ritiene possano essere in grado di presentarsi alla selezione con offerte (economicamente) più vantaggiose rispetto ai concorrenti in occasione delle gare presupposte al rilascio della concessione con vantaggio sia per il mercato in cui

³ Cfr. tra gli altri in medesimo senso Cons. Stato, 2 maggio 2018, sez. VI, n. 2621, punto 3 del considerato in diritto: "deve essere disapplicata la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, per il contrasto della stessa con l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, (cosiddetta direttiva Bolkestein) e, comunque, anche con l'articolo 49 TFUE". Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in cui si afferma che «[...] l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia Promoimpresa, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009 e dell'art. 34-duodecies, d.l. n. 179 del 2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento», aggiungendo che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033 è coinvolta nel ragionamento giuridico sopra esposto, in quanto "una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario", da relazionare alla data di adozione della direttiva 2006/123/CE» (cfr. punti 10-12 del considerato in diritto).

operano – prospettiva europea – sia per l'Amministrazione aggiudicatrice – prospettiva nazionale –.

Tale obbligo risulta eluso dal Legislatore italiano che da tempo ricorre alla proroga automatica delle concessioni in atto: in particolare, il giudizio dell'Adunanza plenaria riguarda gli artt. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018 e 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 con i quali è stata appunto disposta la *proroga automatica* delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Tali norme, sancisce il Consiglio di Stato, sono da ritenere in contrasto con il diritto dell'UE, e segnatamente con l'art. 49 TFUE (cui si affianca anche l'art. 56 dello stesso Trattato, rafforzando l'affievolimento della concorrenza già imputabile alla lunga durata sin dall'origine prevista per le concessioni in atto) e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE⁴.

La conseguenza di quanto affermato è, per l'Adunanza plenaria, l'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali da parte sia dei giudici, sia – ciò che qui più rileva – direttamente dalla pubblica amministrazione.

Le misure previste dall'ordinamento europeo per le concessioni di servizi riconducibili all'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein, infatti, impongono tra l'altro la predeterminazione di un termine improrogabile, applicabile anche alle concessioni in corso.

È questo il nodo dal quale muove la contestazione da subito avviata dagli operatori del settore, forti di una 'prassi' che sostanzialmente ha portato al rinnovo automatico delle concessioni stesse ai precedenti titolari, senza nemmeno rivedere le condizioni che connotano il rapporto così confermato. Le Magistrature europee e nazionali intervenute sulla fattispecie hanno accolto l'impostazione che privilegia il momento dinamico del rapporto, rilevando che l'attribuzione del bene riservato – oggetto che si evidenzia nell'impostazione più tradizionale – è secondaria rispetto all'effetto di procurare al concessionario vantaggi economicamente rilevanti, in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

⁴ La norma citata così dispone: "1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano 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. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

Da questa premessa deriva la conclusione che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative sono riconducibili alla tipologia delle *autorizzazioni* ai sensi dell'art. 12 della citata 'direttiva servizi', e in quanto tali il relativo rilascio sia assoggettato a gara pubblica (cfr. punti 23 e 24 della pronuncia).

D'altra parte, in una prospettiva giuridica, proprio la progressiva dequotazione del profilo dominicale – la pur sostanzialmente indiscussa proprietà pubblica del bene demaniale, correlata quanto meno al valore paesaggistico delle coste sulle quali le concessioni in discussione insistono – corrisponde alla valorizzazione dell'aspetto attivo, riferito all'esercizio dell'impresa turistica, cui gli stabilimenti balneari sono destinati.

La considerazione dell'attività economica espressa dalla gestione del bene porta così a concentrarsi sull'utilità economica che deriva dal suo utilizzo, cui si collega la potenziale esclusione dal mercato di altri aspiranti da parte del titolare del provvedimento concessorio. Come ulteriore conseguenza, per inciso, si dovrà considerare che si attui anche il trasferimento del rischio connesso al perseguimento degli obiettivi imposti dalla P.a. in capo al concessionario imprenditore.

L'attività economica organizzata per l'uso del bene pubblico peraltro realizza una tipologia di impresa che trova direttamente una disciplina speciale nella legge (vedi in particolare l'art. 4 del d.lgs. n. 79 del 2011, Ordinamento del mercato turistico, c.d. Codice del turismo⁵), che la dif-

⁵ La disciplina legislativa della impresa turistica (con scopo di lucro: del no profit si occupa il successivo art. 5 successivo) è dettata dall'art. 4 del d.lgs. n. 79 del 2011, recante 'ordinamento del mercato turistico', c.d. Codice del turismo, il quale dispone: "1. Ai fini del presente decreto legislativo sono imprese turistiche quelle che esercitano attività economiche, organizzate per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, *di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari*, di infrastrutture e di esercizi, compresi quelli di somministrazione facenti parte dei sistemi turistici locali, concorrenti alla formazione dell'offerta turistica. 2. L'iscrizione al registro delle imprese, di cui alla legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni, e con le modalità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, e successive modificazioni, ovvero al repertorio delle notizie economiche e amministrative laddove previsto, costituiscono condizione per usufruire delle agevolazioni, dei contributi, delle sovvenzioni, degli incentivi e dei benefici di qualsiasi genere ed a qualsiasi titolo riservate all'impresa turistica. 3. Fermi restando i limiti previsti dall'Unione europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, alle imprese turistiche sono estesi i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni, gli incentivi e i benefici di qualsiasi generi previsti dalle norme vigenti per l'industria, così come definita dall'articolo 17 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nei limiti delle risorse finanziarie a tal fine disponibili ed in conformità ai criteri definiti dalla normativa vigente. 4. Le imprese turistiche non costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro dell'Unione europea o di uno Stato AELS (EFTA)

ferenza così dal *genus* al quale appartiene, riconoscendone rilevanza e caratteristiche legate al contesto. In questa più ampia prospettiva, infatti, risulta evidente il collegamento che esiste tra turismo e luogo, complessivamente inteso, in cui questa complessa attività – composta di imprenditorialità e sviluppo economico ed occupazionale, di servizi alla persona, di fruizione di cultura locale, paesaggio ed ambiente, di benessere e svago – merita una considerazione proporzionata anche al peso che i suoi risultati economici hanno per il sistema Paese.

L'Adunanza plenaria espressamente nomina la “peculiarità del settore” (punto 16 del considerato in diritto: “con riferimento al “mercato” delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere “adattati”, tenendo conto della *particolarità* del settore di mercato che viene in considerazione”) rapportato all'estensione e al pregio naturalistico sul territorio nazionale dei beni utilizzati per l'impresa turistica esercitata dal concessionario e all'entità dell'impatto economico ad essa imputabile⁶.

possono essere autorizzate a stabilirsi e ad esercitare le loro attività in Italia, secondo il principio di reciprocità, previa iscrizione nel registro di cui al comma 2, ed a condizione che posseggano i requisiti richiesti dalle leggi statali e regionali, nonché dalle linee guida di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. Cfr. la ricostruzione di M. SOLI, *Le imprese turistiche*, in AA.Vv., *L'ordinamento del mercato turistico*, a cura di S. Cogliani, M., Gola, M.A. Sandulli, R. Santagata, Torino 2012, 79 ss. La nozione di impresa turistica era già presente nella prima l. quadro, n. 217 del 1983. E si riferiva alle sole strutture ricettive (in linea con il testo della Costituzione vigente, definendo le materie riconducibili alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni si riferiva all'industria alberghiera) ‘ed annessi servizio turistici’ (art. 5, l. cit.). La nozione di impresa turistica è stata ampliata dalla seconda legge quadro di settore, la n. 135 del 2001 (art. 7), con lo scopo di “creare un impianto unitario ed organico di principi normativi per il rilancio del settore turistico nazionale” (M. SOLI, *op. cit.*, 83). Per un inquadramento del tema v. anche V. anche V. FRANCESCHELLI, *L'autonomia privata*, in AA.Vv., *Manuale del diritto del turismo*, a cura di V. Franceschelli, G. Morandi, Torino 2019, 69 e ss.; R. SANTAGATA, *Il diritto del turismo*, Torino 2021, 45 e ss.

⁶ L'Adunanza plenaria così prosegue: “Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo”.

3. *La dimensione economica della vicenda*

La componente imprenditoriale del turismo, in specie per quanto concerne le attività connesse alla gestione degli stabilimenti balneari, merita una considerazione specifica.

Il giro d'affari, nella pronuncia del Consiglio di Stato, è stimato in circa quindici miliardi di euro all'anno: proprio la considerazione di questo importante dato economico, sempre come si evince dalla risoluzione in esame, mette in luce la sproporzione dell'ammontare dei canoni di concessione, ammontante a poco oltre i cento milioni di euro, circostanza che censura la poco efficiente gestione delle risorse pubbliche conferite dallo Stato (cfr. ancora punto 16 del considerato in diritto, cit.).

Il punto è quindi quello di migliorare l'efficienza dell'amministrazione concedente, sino ad oggi ritenuta implicitamente passiva rispetto alla gestione della ricchezza ad essa riservata con la titolarità del bene demaniale e a risultati economici potenzialmente molto più convincenti rispetto al valore offerto al mercato.

Questo obiettivo di vantaggiosità economica può trovare senz'altro un momento di affermazione con l'esperimento della gara per la scelta del concessionario tra più offerenti, premiando quello più conveniente per l'amministrazione aggiudicatrice.

L'esperimento della gara non è però l'unico momento, né l'unico criterio, in cui questo risultato migliorativo può essere conseguito, e altri elementi oltre a quello basato sulla quantificazione dell'offerta concorrono a determinare la qualità della gestione nel suo complesso.

In particolare, se il problema è quello della sproporzione del canone corrisposto in rapporto ai benefici economici ottenuti dal concessionario – la cui presenza, si ricordi, non esclude solo il godimento da parte dei concorrenti aspiranti alla medesima concessione ma limita anche la fruizione generalizzata del bene demaniale da parte della collettività – è su questo aspetto che occorrerà intervenire, soddisfacendo l'interesse pubblico alla massimizzazione del rendimento del proprio patrimonio. Si tratta però di una questione interna, che non interseca direttamente gli interessi dell'ordinamento europeo, che senz'altro incontra la resistenza degli operatori del settore ma che deve trovare un punto d'intesa proporzionato alle rispettive pretese.

Il Legislatore nazionale fino ad ora non ha assunto una chiara determinazione in proposito, ricorrendo ad interventi derogatori, l'ultimo dei quali imperniato sull'emergenza pandemica, chiamata a giustificare

l'ulteriore slittamento, ma non l'eventuale esenzione, facendo leva sugli elementi di specificità esistenti, anche assumendosi la responsabilità della interpretazione restrittiva in ambito europeo ma basandosi su dati oggettivi, in cerca di una condivisione – o ritrattazione – con i partners, strada difficile ma che non sarebbe mai da escludere a priori.

Deve perciò essere condivisa l'affermazione dell'Adunanza plenaria laddove ritiene non sostenibile la moratoria introdotta con l'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 (c.d. decreto rilancio, convertito dalla l. n. 77 dello stesso anno, tra le misure dedicate al sostegno del settore turistico), non compatibile con l'ordinamento europeo. È infatti poco convincente sostenere che la sua previsione concorra al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica": non sono ravvisabili, a detta del Collegio, nessi di ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, ma piuttosto si deve, al contrario, considerare la sua previsione in contrasto con l'obiettivo stesso, ribadendo la permanenza di posizioni acquisite nel tempo che appunto non vanno nella direzione dell'apertura del mercato (cfr. punto 28 del considerato in diritto).

La questione, analizzata nella concreta realtà nazionale, è però più complessa, e merita alcune considerazioni che, pur non essendo di per sé in grado di superare la sistematica ricostruzione in termini di principio svolta dalle Magistrature, devono attirare l'attenzione del Legislatore nazionale e orientarlo verso le opportune correzioni per garantire una piena corrispondenza della disciplina del mercato turistico alle caratteristiche del nostro sistema ricettivo, in senso ampio.

Non è infatti corretto omettere la considerazione che, in campo turistico, la competitività dell'offerta italiana nel mercato globale si misura anche – e in particolare per il settore balneare – nei confronti di altri Stati membri dell'Unione.

Gli interventi dei legislatori nazionali sono infatti espressamente rivolti a sostenere l'impresa turistica locale, senza per questo porsi di default al di fuori dello spirito dell'UE ma valutando margini di flessibilità che il TFUE deve consentire nel rispetto delle scelte dettate dalle politiche nazionali che, nel settore in esame, comprendono valutazioni non strettamente legate ai soli aspetti economici connessi allo sviluppo del turismo, tali evidentemente da giustificare l'affermata competenza statale: si pensi agli aspetti di promozione territoriale e culturale dei luoghi interessati.

4. Il turismo e l'UE

Il TFUE si occupa espressamente di turismo, all'art. 195, ponendosi nella prospettiva del *completamento* dell'azione degli Stati membri "in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore"⁷. La norma del trattato pone un preciso limite all'intervento integrativo assegnato al Parlamento europeo e al Consiglio, sancendo che questi Organi, "deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*". L'intervento dell'UE in ambito turistico risulta perciò disegnato come supporto agli Stati per il confronto del sistema interno nei confronti dei competitori extraeuropei, senza comprimere la sovranità degli Stati membri nella definizione del proprio intervento.

Un ulteriore aspetto che si scontra con l'apertura generalizzata del mercato turistico interno, senza distinguo aggiuntivi legati all'evidente differenziazione delle realtà che lo compongono si evidenzia con la considerazione delle imprese turistiche, non per ogni aspetto omologabili in un'unica categoria al di fuori delle finalità perseguite dalla legge che le individua, tra quelle, degli stabilimenti balneari.

Si tratta in genere non solo di piccole imprese – la dimensione delle misure dirette alla cura dell'interesse pubblico merita di essere proporzionata a quella dell'impresa cui si rivolgono –, ma di *imprese familiari*, categoria priva di una propria autonomia giuridica in ambito europeo ma oggetto anch'essa di interventi differenziati e volti al sostegno da parte dell'Unione europea⁸. Si apre quindi una sorta di conflitto interno, tra

⁷ Il testo dell'art. 195 è il seguente: "1. L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*".

⁸ V. in particolare la relazione 30.6.2015 della Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia sulle imprese a conduzione familiare in Europa, documento in cui tra i primi considerando si legge che "in passato le imprese a conduzione familiare in generale hanno ampiamente contribuito al fiorire dell'economia europea e hanno svolto un ruolo signifi-

obiettivi assunti dall'ordinamento sovraordinato. Da un lato l'apertura del mercato, cardine essenziale sin dall'origine per le Istituzioni europee, dall'altro la tutela di quella che è una delle caratteristiche proprie del mercato stesso, particolarmente evidente in Italia, data dalla natura familiare della gran parte del sistema imprenditoriale nazionale, riscontrabile con evidenza nel segmento del turismo balneare.

Gli stabilimenti balneari spesso si identificano con il nome del titolare originario, trovando nella continuazione della gestione familiare un riscontro alla fidelizzazione che lega l'utente dei servizi offerti con quella località: anche questo, indubbiamente, in un'ottica di turismo come sistema rappresenta un elemento da considerare adeguatamente, di cui senza dubbio si sarebbe dovuto tenere conto al momento della definizione della direttiva che impone un cambiamento radicale destinato ad incidere oltre al necessario.

Come già evidenziato, l'applicazione della direttiva servizi è invocata anche in prospettiva di tutela dell'interesse economico nazionale, soprattutto per quanto riguarda l'importo dei canoni correnti o il contrasto con insostenibili 'rendite di posizione' che si vogliono eliminare: è il caso del ricorso, se non ammesso espressamente tollerato nei fatti, alla subconcessione.

ficativo nella crescita economica e nello sviluppo sociale, nel calo della disoccupazione, soprattutto giovanile, e negli investimenti in capitale umano; che il carattere multigenerazionale delle imprese a conduzione familiare rafforza la stabilità dell'economia; che le imprese a conduzione familiare svolgono un ruolo essenziale nello sviluppo regionale in termini di occupazione, trasferimento delle conoscenze e organizzazione del territorio; che politiche mirate a favore di tali imprese potrebbero favorire l'imprenditorialità e motivare molte famiglie europee ad avviare la propria impresa familiare". Si tratta di una complessa ed importante realtà, considerato che secondo la stima dell'Ernst and Young Family Business Yearbook 2014 riportata nel documento, l'85% di tutte le imprese europee è rappresentato da imprese a conduzione familiare, le quali forniscono il 60% dei posti di lavoro nel settore privato; inoltre, sempre secondo le considerazioni della Commissione, "le imprese a conduzione familiare hanno dimensioni variabili, il che le espone a difficoltà e problematiche diverse". Nella motivazione alla base della richiesta di intervento da parte delle Istituzioni europee si legge inoltre che "Le imprese a conduzione familiare hanno una prospettiva più a lungo termine rispetto alle aziende che non sono gestite dai titolari, poiché desiderano che l'azienda sia economicamente solida anche nelle generazioni successive. In numerosi Stati membri dell'UE vi sono aziende a conduzione familiare consolidate, giunte alla terza, quarta o quinta generazione. Queste storie di successo devono naturalmente proseguire. *Alla luce della propria storia, molte imprese familiari sono fortemente radicate al territorio.* Per questo motivo, offrono un contributo decisivo nell'assicurare la competitività dell'Europa e nel creare posti di lavoro" (il corsivo è di chi scrive). La documentazione richiamata è consultabile sul sito del Parlamento europeo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0223_IT.html.

Si tratta di disfunzioni dell'istituto concessorio così com'è oggi impostato, e in quanto tali da correggere con interventi mirati, non sovrapponibili e non risolvibili con una periodica sostituzione dei concessionari che non tenga conto dell'apporto personale e professionale effettivamente corrisposto nella gestione terminata. Questa costruzione si pone in linea con gli obiettivi di miglioramento qualitativo dell'offerta turistica perseguiti con la legislazione di settore, diretta anche a rafforzare l'offerta sul piano concorrenziale spingendo gli operatori ad agire come sistema, esaltandone la territorialità. Non si tratta di chiudere un mercato, scelta incompatibile non solo con l'UE ma con le stesse logiche economiche, ma di valorizzare, come già accennato, quella che è una risorsa caratterizzante lo Stato ospitante.

Pur in presenza di questa rilevante circostanza, legata alla particolare natura dell'impresa turistica in questione, la cui continuità nella gestione rappresenta un valore da considerare in sede di rinnovo, non sarebbe tuttavia corretto invocare il principio del legittimo affidamento per rappresentare la situazione dei concessionari in regime – o in attesa – di proroga, considerato che la tutela dello stesso trova correttamente collocazione nella definizione della procedura selettiva (v. punto 38 del considerando in diritto, richiamando le considerazioni espresse nella sentenza *Promoimpresa* dalla Corte di Giustizia europea il 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15 cit., in cui la Corte ha dichiarato il sistema di proroghe italiano incompatibile con il diritto dell'Unione).

Anche se il meccanismo della proroga automatica è stato indubbiamente praticato con grande frequenza non è corretto ritenere che i concessionari, proprio in virtù della loro situazione derivata e soggetta periodicamente a nuove valutazioni dell'interesse pubblico – che potrebbero anche portare al mutamento di destinazione d'uso della spiaggia, demaniale, il che rende in qualche modo fisiologicamente instabile la loro posizione, fermi restando piuttosto gli obblighi di correttezza e buona fede che competono (anche) alla P.a. all'atto di definizione del rapporto.

Ancora una volta le soluzioni da trovare richiedono un intervento 'politico', da parte del Legislatore, ricordando la già evidenziata conciliazione con la natura familiare delle imprese turistiche considerate, la cui stabilità deve essere preservata anche per espressa volontà delle Istituzioni europee.

La spiaggia, infatti, in quest'ottica è bene strumentale, essenziale per l'esercizio dell'impresa che gestisce lo stabilimento balneare. Non si tratta di tutelare un 'affare di famiglia', che contrasterebbe con il regime

concessorio dettato per il settore, ma di tutelare e valorizzare una particolare tipologia di impresa, quella familiare, la cui valutazione non si può basare solo su elementi di maggiore vantaggiosità economica ma anche di capacità di creare empatia tra turista fruitore e luogo che lo accoglie. Il confronto tra reddito di settore e canoni, alla ricerca di una congruità di questi ultimi, come già detto è cosa diversa dalla posizione del concessionario che abbia costruito un sistema di accoglienza basato su servizi al bagnante, operatore turistico la cui esperienza deve essere tenuta in debita considerazione. Il turista non consuma solo un prodotto espressamente acquistato – il noleggio delle attrezzature messe a disposizione dal ‘bagnino’, – ma si inserisce temporaneamente nel luogo che lo ospita, di cui la capacità di valorizzazione deve essere parte della valutazione alla base dell’affidamento in concessione.

5. *Conclusioni. Uno sguardo al futuro*

Il Giudice amministrativo, in questa fattispecie, pur affermando l’insuperabilità degli obblighi assunti in sede Europea, così come sopra ricostruiti, si è spinto oltre, fornendo una sorta di assist al Legislatore, fino ad ora non rivelatosi in grado di uscire dalla difficile situazione qui ricostruita.

Per questo l’Adunanza plenaria si propone in una veste per così dire ‘sussidiaria’, indicando alcuni criteri da osservare senza entrare in contrasto con l’ordinamento europeo.

Giustamente la premessa parte dalla considerazione che non sia ipotizzabile un taglio netto dell’esistente, cancellando tutte le proroghe disposte dalle leggi che hanno transitoriamente toccato il tema, aumentando esponenzialmente la situazione di incertezza che penalizza gli operatori del settore e che non depone di certo a favore di quel miglioramento della gestione che si auspica per la competitività dell’intero settore turistico, disincentivando ad esempio gli investimenti per il miglioramento delle strumentazioni messe a disposizione dell’attività svolta. Si pensi in particolare alle azioni che possono essere rivolte a un auspicato miglioramento della sostenibilità ambientale e sociale, da integrare nell’attività turistica con una prospettiva non di breve termine.

Confermato il principio della gara pubblica alla base del conferimento della concessione, questo dovrà raggiungere un punto di equilibrio capace di soddisfare tanto l’esigenza di non inserire automatismi per pri-

vilegiare i precedenti concessionari, in ciò vanificando il senso stesso della gara, al tempo stesso assegnando una corretta valutazione degli aspetti connessi alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli aspiranti concessionari, desumibili anche dall'esperienza maturata nel settore, senza con ciò precludere l'ingresso di nuovi operatori. Senza vanificare altresì il *know how* acquisito e la connessione con il sistema turistico locale nel suo complesso ma spingendo piuttosto i gestori, vecchi e nuovi all'adozione di modelli diretti a un continuo miglioramento delle performance – pensando a un criterio progressivo e continuo simile a quello della 'migliore tecnologia disponibile' richiesta in ambito ambientale –, idonei a soddisfare tanto le richieste del mercato e della competitività, tanto della valorizzazione delle risorse pubbliche.

Anche la questione oggetto di contestazione, legata alla durata delle concessioni, in un'ottica realistica richiede una valutazione ponderata, commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa, tenendo conto del tempo necessario all'ammortamento e alla remunerazione di quanto investito per lo svolgimento dell'attività gestita, garantendo in ogni caso una valorizzazione di quanto eventualmente non recuperato nel periodo concesso nella determinazione della base d'asta.

Come sopra ricordato, e come i Magistrati interpellati hanno affermato, la pandemia che ha colpito gran parte del mondo non rappresenta sempre una valida giustificazione per ogni eccezione alle discipline vigenti.

Tuttavia, la crisi economica e sociale che è, questa sì, da connettere all'emergenza sanitaria offre lo spunto per mettere mano alle riforme da troppo tempo – decenni – rinviate o incompiute di cui, nello specifico, l'Amministrazione italiana è destinataria principale. L'importante, oltre all'effettività delle stesse, è considerare sin da subito correttamente la prospettiva europea da cui dette riforme si devono muovere e cui debbono corrispondere, non senza chiudere la strada a un dialogo a livello sovranazionale ove emergano elementi di differenziazioni validi a corrispondere alle esigenze prospettate: del resto, se come indicano i Giudici l'obiettivo da conseguire ai sensi della 'direttiva servizi' non è quello dell'armonizzazione ma quello dell'apertura del mercato, i margini di flessibilità non possono mancare.

In questa prospettiva di rinnovamento, anche il PNRR si occupa di rinnovo della disciplina delle concessioni, inserendole nella parte dedicata alle riforme classificate come "abilitanti" – "cioè gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli

ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza. Nello specifico, trattando della promozione della concorrenza, si legge: “La tutela e la promozione della concorrenza – principi-cardine dell’ordinamento dell’Unione europea – sono fattori essenziali per favorire l’efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la pandemia. Possono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale. La concorrenza è idonea ad abbassare i prezzi e ad aumentare la qualità dei beni e dei servizi: quando interviene in mercati come quelli dei farmaci o dei trasporti pubblici, i suoi effetti sono idonei a favorire una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale. Protagonisti della tutela e della promozione della concorrenza sono la Commissione europea e l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ma la concorrenza si tutela e si promuove anche con la revisione di norme di legge o di regolamento che ostacolano il gioco competitivo. Sotto quest’ultimo profilo, si rende necessaria una continuativa e sistematica opera di abrogazione e/o modifica di norme anticoncorrenziali. Questo è il fine della legge annuale per il mercato e la concorrenza.” L’obiettivo esplicito comprende la voce “B. Rimozione di barriere all’entrata nei mercati. Al fine di favorire la rimozione di molte barriere all’entrata dei mercati, si renderà necessario adottare una serie di norme dirette a modificare in senso pro-concorrenziale alcuni regimi concessori, nonché a superare alcuni ostacoli regolatori al libero svolgimento di attività economiche” (*omissis*), oltre agli interventi dedicati alla semplificazione del codice di appalti pubblici e concessioni, enunciando in proposito tra i principi e i criteri direttivi della pianificata delega legislativa quello della “piena apertura e contendibilità dei mercati”.

Anche se l’ambito di applicazione sul quale il PNRR si concentra è quello delle infrastrutture, la riforma dell’istituto concessorio nel suo complesso fa parte del processo di adeguamento che la P.a. deve affrontare, contando sul necessario presupposto che il Legislatore sia attento al contesto reale nel quale le sue scelte produrranno effetti.

Il Consiglio dei ministri, nel definire le misure necessarie per dare attuazione al Piano, ha approvato il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell’articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99), che comprende uno specifico intervento applicabile alle spiagge, nella sezione intitolata alla ‘Rimozione di barriere all’entrata nei mercati:

i regimi concessori⁹, dove appunto l'attenzione è correttamente rivolta all'istituto concessorio per definirne l'adeguamento e revisione, partendo dalla ricostruzione e mappatura dell'esistente, presupposto necessario per ogni corretta definizione degli indirizzi politici e degli strumenti necessari a realizzarli: tale intervento ricognitivo era peraltro già stato previsto dalla l. n. 145 del 2018, senza produrre gli esiti attesi.

L'approccio adottato dal Governo torna a focalizzare l'attenzione sulla concessione del *bene pubblico*, prevedendo espressamente la raccolta di tutti i dati utili "a verificare la persistenza in favore del medesimo soggetto delle concessioni e la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico" (così art. 2, cit., comma 2, tra i principi e i criteri direttivi della delega legislativa proposta).

Anche l'assenza di una proroga automatica apre la strada a un possibile confronto, non immediatamente in termini di conflittualità, con l'UE, offrendo l'occasione di raccogliere ed evidenziare elementi che

⁹ Il testo della norma richiamata è il seguente: "Art. 2 (Delega per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici) 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, un decreto legislativo per la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici, al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori. 2. Il decreto legislativo di cui al comma 1 è adottato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) definizione dell'ambito oggettivo della rilevazione includendo tutti gli atti, i contratti e le convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva del bene pubblico; b) identificazione dei destinatari degli obblighi di comunicazione continuativa dei dati, in tutte le amministrazioni pubbliche di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che abbiano la proprietà del bene ovvero la sua gestione; c) previsione della piena conoscibilità della durata, dei rinnovi in favore di un medesimo concessionario, di una società controllata dal concessionario o di un suo familiare diretto, del canone, dei beneficiari, della natura della concessione, dell'ente proprietario e, se diverso, dell'ente gestore, nonché di ogni altro dato utile a verificare la persistenza in favore del medesimo soggetto delle concessioni e la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico; d) obbligo di trasmissione e gestione dei dati esclusivamente in modalità telematica; e) standardizzazione della nomenclatura e delle altre modalità di identificazione delle categorie di beni oggetto di rilevazione per classi omogenee di beni, in relazione alle esigenze di analisi economica del fenomeno; f) affidamento della gestione della banca dati al Ministero dell'economia e delle finanze; g) previsione di adeguate forme di trasparenza dei dati di cui alla lettera c), anche in modalità telematica, nel rispetto della normativa in materia di tutela dei dati personali; 4 h) coordinamento con gli altri sistemi informativi e di trasparenza esistenti in materia di concessioni di beni pubblici".

possano consentire una proporzionata e motivata differenziazione all'interno di quello specifico settore di mercato.

Soprattutto, il mancato ricorso a quello strumento derogatorio rimette correttamente in gioco la P.a., riconsegnandole il ruolo essenziale per la cura degli interessi pubblici, valutati osservando la forma della funzione nelle varie fattispecie concrete. Spetta all'Amministrazione attuare il bilanciamento degli interessi in gioco, nel rispetto dei principi che ne regolano l'azione.

L'approccio adottato è in linea con quanto sopra evidenziato, e consente un opportuno adeguamento del potere concessorio in grado di valorizzare tanto il territorio – anche in senso amministrativo – sul quale impatta, aprendo la strada a un'opportuna, e realmente concorrenziale, qualificazione dei servizi offerti, soggetti a valutazioni delle performance gestionali, compresa la soddisfazione dei fruitori e l'integrazione raggiunta con il sistema turistico locale.

L'INCERTA NATURA GIURIDICA
DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME:
VERSO L'EROSIONE DELLA CATEGORIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La controversa applicazione del principio della concorrenza alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria. – 3. L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali: verso l'erosione della categoria. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative è da anni oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza alimentato da un quadro normativo non del tutto chiaro e in contrasto con il diritto europeo.

Tale contrasto, più volte evidenziato dalla giurisprudenza sia europea sia nazionale, è stato chiaramente certificato da recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 17 e 18 del 20 ottobre 2021)¹.

Le decisioni hanno una notevole rilevanza per i numerosi profili di diritto esaminati nonché, più in generale, perché evidenziano il ruolo “supplente” del giudice amministrativo rispetto a un legislatore riluttante nel disciplinare compiutamente la materia già oggetto di procedure di infrazione europee. Infatti, le decisioni hanno affermato non solo che le norme di proroga automatica delle concessioni sono in contrasto con il diritto europeo ma anche la decadenza delle stesse una volta spirato il

¹ In *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un primo commento alle decisioni si veda E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*; F.P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustiziainsieme.it*.

termine individuato dal giudice. Nella sostanza il Consiglio di Stato si è fatto “legislatore” individuando un termine di decadenza non previsto da alcuna disposizione normativa e, peraltro, del tutto disancorato dall’esercizio di qualsiasi potere amministrativo di ritiro o revisione dei precedenti provvedimenti adottati.

Il profilo, però, che verrà preso in considerazione in questa sede atiene alle considerazioni svolte dalle decisioni sulla natura giuridica delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative.

Il Consiglio di Stato, infatti, al fine di superare le tesi che negano la sottoposizione di tali concessioni all’evidenza pubblica in quanto non rientranti nella categoria delle autorizzazioni per attività previste dall’art. 12 della direttiva c.d. Bolkestein, afferma che alla distinzione fra autorizzazioni e concessioni non deve essere fornita una lettura di “stampo giuridico formale” propria del diritto nazionale quanto piuttosto che l’intera categoria deve “essere rivisitata nell’ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell’Unione”: trattandosi di un atto che procura un vantaggio patrimoniale a un privato, al di là del *nomen iuris*, deve essere sottoposto al principio dell’evidenza pubblica.

Non solo si scolora la distinzione fra autorizzazioni e concessioni, ma le statuizioni del Consiglio di Stato suscitano ulteriori riflessioni in ordine al problema della assimilazione di questi atti alle concessioni di opere e servizi oramai pacificamente ritenute fattispecie contrattuali. Ma nel caso delle concessioni di beni demaniali nessuna norma qualifica in tal senso l’istituto. Pur non rientrando tra i contratti, con l’affermazione dell’evidenza pubblica, la concessione di bene per finalità turistico ricreativa perde i connotati tradizionali caratterizzati dall’esercizio del potere unilaterale e imperativo rientrando in quelle fattispecie in cui la pubblica amministrazione negozia l’assetto degli interessi con il privato. Si ritiene, quindi, che in questi casi si possa configurare la concessione in termini di accordo amministrativo *ex art. 11 della legge 241/1990*.

Peraltro, dall’applicazione del principio dell’evidenza pubblica, oramai giustamente ineludibile, derivano ulteriori dubbi in relazione alla finalità che deve avere la gara pubblica.

Infatti, nell’ambito della disciplina delle concessioni di servizi e lavori, l’evidenza pubblica ha come finalità quella di scegliere il migliore “cessionario”, ossia quello più affidabile che garantisce lo svolgimento delle prestazioni contrattuali e la gestione dell’intervento pubblico nel modo migliore garantendo un equilibrio tra l’interesse pubblico e quello privato. Occorre chiedersi se tale finalità possa caratterizzare una

procedura avente a oggetto il mero sfruttamento del bene pubblico ai fini esclusivamente lucrativi senza che venga in rilievo alcun connotato pubblicistico dell'attività svolta dall'imprenditore. L'interrogativo riguarda, quindi, l'oggetto della gara, i requisiti di partecipazione che devono essere posseduti dai concorrenti e le modalità di svolgimento della stessa.

2. *La controversa applicazione del principio della concorrenza alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: i principi enunciati dall'Adunanza Plenaria*

Come noto la questione di cui si sono occupate le decisioni del Consiglio di Stato riguarda la necessità o meno, alla luce del diritto europeo e in particolare della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) di procedere, una volta scadute le concessioni, a una selezione pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario. In tal senso si era espressa la Corte di giustizia UE (sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) secondo la quale l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE “*deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*”². Tali concessioni, quindi, rientrano nel campo applicativo della direttiva fermo restando il potere del giudice nazionale di valutare la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, la direttiva prevede che “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano 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*”. In questi casi, quindi, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata e non può prevedere alcuna “*procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*”³.

² C.d. decisione “Promoimpresa”.

³ Per un commento sulla citata decisione si veda G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Gda*, 2017, 60; M. MAGRI, “Diret-

A discapito del dato normativo europeo e dell'interpretazione della Corte di Giustizia, il legislatore nazionale ha previsto continue proroghe automatiche alla durata delle concessioni evitando così il ricorso alle procedure a evidenza pubblica imposte dal diritto europeo⁴.

tiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della corte di giustizia U.E., in *Rged*, 2016, 359. Più recentemente sul tema si vedano M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino 2020; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Rged*, 2020, 261; S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico ricreative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 625; M. CONTICELLI, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*; in *Giur. cost.* 2020, 2475; G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla commissione europea*, in *Urb. app.*, 2021, 153

⁴ In particolare, l'art. 1, c. 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), ha prorogato per quindici anni le concessioni demaniali marittime (fino al 2033). Tali norme hanno causato l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea in data 3 dicembre 2020. Da ultimo, per far fronte alla crisi economica derivante dall'emergenza sanitaria, l'art. 182, c. 2, del d.l. n. 34 del 2020, ha previsto una moratoria generalizzata al ricorso alle gare per le concessioni. A contribuire a rendere il quadro ancora più complesso si sono inserite alcune disposizioni regionali che hanno replicato le norme statali riguardanti le proroghe automatiche delle concessioni. Tali normative però sono state impugnate dallo Stato che le ha ritenute lesive delle competenze statali in materia di tutela della concorrenza (ex art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). In particolare, la questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la decisione 9 giugno 2021, n. 139. In quel contenzioso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 che prevedeva che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreative e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, si estendesse a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033. Si trattava, quindi, di una legge regionale che riproduceva il meccanismo statale della proroga automatica delle concessioni. La Corte costituzionale con la sentenza 139/2021 ha statuito che la regione Friuli Venezia Giulia, pur essendo titolare di competenze legislative primarie in materia di ittica, pesca e turismo, nonché delle competenze amministrative sul demanio marittimo, lacuale e fluviale, ha leso la competenza legislativa statale in materia di concorrenza prevedendo una proroga delle concessioni in essere sino al 2033 non favorendo il ricorso a procedure di selezione pubblica e, quindi, limitando la concorrenza fra imprese. La Corte, inoltre, ha precisato che in questo campo la regione non può vantare alcuna competenza statutaria. Tale contraddittorio quadro normativo ha dato luogo a differenti approcci delle amministrazioni concedenti alcune delle quali, in ossequio alla normativa europea favorevole alle procedure a evidenza pubblica, hanno negato le proroghe, disapplicando la normativa nazionale (in alcuni casi sono state concesse solo mere proroghe tecniche in attesa delle gare); altre amministrazioni hanno deciso in senso diametralmente opposto concedendo proroghe in applicazione della disciplina nazionale. Ovviamente, questa complessa situazione ha generato un consistente contenzioso con decisioni ondivaghe

Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria (20 ottobre 2021, n. 17

sia di primo sia di secondo grado. Al fine di dirimere le numerose questioni interpretative in materia, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto 24 maggio 2021, n. 160, ha deferito d'ufficio all'Adunanza plenaria due appelli in materia. Il potere officioso ex art. 99 c. 2 c.p.a. è stato utilizzato raramente e ciò dimostra la rilevanza delle questioni sottoposte al massimo organo della giustizia amministrativa. Il provvedimento presidenziale riguarda due ricorsi in appello rispettivamente sulle decisioni del Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 gennaio 2021, n. 73 e Tar Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504. Le due controversie riguardavano il rigetto di istanze di proroga di concessioni con due decisioni dall'esito opposto. Con la prima decisione, il Tar Puglia ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento del Comune di Lecce con il quale si rigettava la richiesta della proroga automatica di una concessione in quanto in palese contrasto con la normativa nazionale ritenuta l'unica applicabile stante la sua prevalenza rispetto alla direttiva *Bolkestein* ritenuta non autoesecutiva e, pertanto, non suscettibile di diretta e immediata applicazione. Il Tar, infatti, non ha ritenuto sussistenti i requisiti oggettivi dell'autoesecutività ossia l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale e un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che non lascia alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti fra privato e pubblica amministrazione e/o tra privati. Secondo il Tar Puglia sarebbe necessaria la normativa nazionale attuativa e di riordino del settore che dovrebbe individuare la durata delle concessioni; le norme in materia di procedure selettive; la previsione di un indennizzo per i precedenti concessionari e, quindi, norme a tutela del loro legittimo affidamento. Stante la natura non autoesecutiva della direttiva non sussisterebbe in capo alla pubblica amministrazione alcun obbligo di applicazione immediata della norma europea. Per cui un provvedimento amministrativo che disapplichi la norma nazionale sarebbe illegittimo per violazione di legge. Da ciò deriva la decisione del Presidente del Consiglio di Stato che con il citato decreto ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti: "1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudizio favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145."

e 18) hanno affermato la piena applicabilità della direttiva *Bolkestein* alle concessioni demaniali marittime in consonanza con quanto sostenuto dalla decisione “Promoimpresa” sulla base di un’articolata argomentazione.

Il Consiglio di Stato ha svolto alcune considerazioni sul “mercato” delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative. Si è specificato che in questi casi a venire in rilievo come strumento di guadagno offerto dalla pubblica amministrazione non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio. Ciò che contraddistingue queste concessioni dagli appalti o dalle concessioni di servizi è che la pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati un complesso di beni demaniali e che costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più attrattivi nel mondo. Infatti, il giro di affari stimato sia aggira nell’ordine di quindici miliardi di euro mentre l’ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro per cui si rende evidente il potenziale guadagno per le pubbliche amministrazioni da una gestione maggiormente efficiente delle concessioni.

Questa eccezionale potenzialità economica dimostra che le concessioni non possono essere sottratte al regime della concorrenza e dell’evidenza pubblica in quanto esse hanno un interesse transfrontaliero certo ai sensi dell’articolo 49 del TFUE che disciplina la libertà di stabilimento nei paesi membri della unione europea.

Oltre a questo argomento, il Consiglio di Stato afferma che l’obbligo di evidenza pubblica discende direttamente dall’applicazione dell’articolo 12 della direttiva servizi, che prescinde dall’individuazione dell’interesse transfrontaliero certo.

Le affermazioni più interessanti della sentenza riguardano proprio la qualificazione delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative in termini di autorizzazioni di servizi ai sensi dell’articolo 12 della direttiva.

L’Adunanza Plenaria, infatti, supera la tesi che nega l’applicazione di tale normativa sulla base dell’osservazione che in questi casi la concessione attribuirebbe il bene, o meglio il diritto di sfruttarlo, ma non autorizza l’esercizio dell’attività e che, inoltre, comunque le attività svolte dal concessionario non sarebbero identificabili in attività di servizi.

Per il giudice amministrativo tale impostazione risulta “meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un nuovo diritto su un’area demaniale) e autorizzazione di

attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente)". A fronte di tale distinzione occorre operare, invece, una lettura "funzionale pragmatica" della natura dell'istituto. Infatti da tempo, il diritto dell'Unione ha dato impulso ad una rivisitazione in chiave sostanzialistica delle concessioni amministrative attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione "il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi". D'altra parte la stessa direttiva considera "servizi" anche le attività di locazione di un bene immobile, per cui la locazione (*rectius* concessione) di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce attività economica rientrante nell'ambito applicativo della normativa europea. Quindi, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale a un operatore economico, consentendogli di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere un'attività di impresa erogando servizi turistico ricreativi va considerato un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre all'evidenza pubblica.

In tal senso non ha neppure pregio valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale per eludere il principio della concorrenza. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il concetto di scarsità deve essere interpretato tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio. Considerando che in tutto il territorio nazionale le aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche a operatori economici diversi da quelli già concessionari sono limitate, in quanto la maggior parte delle coste sono occupate da stabilimenti balneari, sussiste il requisito della scarsità della risorsa che rende applicabile l'articolo 12 della direttiva.

Il confronto competitivo sarebbe uno strumento non solo per la selezione più efficace del miglior contraente, ma anche un mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere di accesso.

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, il confronto concorrenziale sa-

rebbe estremamente utile per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una offerta di servizi pubblici più efficienti e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica del nostro Paese.

Le questioni relative alla natura giuridica delle concessioni verranno affrontate in seguito, ma sul tema della “scarsità” della risorsa così come affrontato dal Consiglio di Stato occorre sollevare qualche dubbio. In effetti la decisione considera la risorsa “scarsa” sulla base di dati riguardanti tutto il territorio nazionale, senza operare alcun approfondimento sul tema.

La valutazione in relazione alla natura “scarsa” della risorsa è configurata dalla norma europea come presupposto indefettibile per indire le singole procedure di gara per la concessione. Ciò significa che ogni pubblica amministrazione dovrà tener conto della situazione specifica del proprio territorio per valutare se sia sussistente il presupposto previsto dalla norma. Non si ritiene possibile, quindi, che la valutazione su tale presupposto venga operata in via generale e “sostitutiva” da parte della decisione senza, peraltro, un’adeguata mappatura della situazione esistente sui singoli territori.

La decisione del Consiglio di Stato affronta anche altri relevantissimi aspetti della questione a partire dalla affermazione della natura *self-executing* della direttiva che determinerebbe la non applicazione della disciplina nazionale contenente la proroga *ex lege* fino al 2033 e imporrebbe una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Inoltre, viene affermato che l’obbligo di non applicare la legge anticomunitaria debba gravare anche in capo all’apparato amministrativo oltre che al giudice.

Sull’obbligo da parte degli amministrazioni di disapplicare la normativa difforme dal diritto europeo si osserva che, se in via astratta è soluzione conforme ai principi generali più volte ribaditi dalla giurisprudenza, appare tuttavia nel concreto di difficile attuazione in quanto comporta valutazioni molto spesso caratterizzate da un elevato livello di complessità e opinabilità (come in questo caso in cui è addirittura discussa la natura autoesecutiva della direttiva) e che potrebbero indurre i funzionari pubblici a privilegiare soluzioni chiaramente imposte da norme nazionali, disinteressandosi del diritto europeo di incerta applicazione per evitare rischi di contenzioso e di responsabilità.

Ecco perché in questa materia è indispensabile una normativa chiara

che contribuisca alla regolazione dei rapporti giuridici evitando dubbi applicativi.

Vengono respinti anche gli argomenti che fanno leva sulla tutela del legittimo affidamento degli operatori economici concessionari in quanto la situazione relativa al destino delle concessioni balneari era da tempo nota agli operatori tanto è vero che la prima procedura di infrazione risale al 2008.

È, inoltre, affrontato il tema della sussistenza o meno dell'obbligo di autotutela con riferimento a un provvedimento amministrativo emanato in contrasto con il diritto europeo. Per superare le difficoltà, anche derivanti dalla giurisprudenza comunitaria, che escludono un obbligo di autotutela, a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudice, il Consiglio di Stato ritiene che nel caso in questione non si ponga il problema dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Infatti, l'atto di proroga sarebbe un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e, quindi, alla stessa riconducibile. La proroga sarebbe disposta da una legge-provvedimento per cui l'atto amministrativo non è espressione di un potere autoritativo. Da ciò deriva che non verrebbe in rilievo la necessità che si adotti un provvedimento di secondo grado, espressione del potere di autotutela perché questo non può avere a oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Sul punto la decisione del Consiglio di Stato non è condivisibile.

Infatti, comunque la proroga, ancorché prevista dalla legge in via generalizzata, è stata riconosciuta sulla base dell'esercizio di un potere tramite un atto amministrativo. Infatti, il provvedimento di proroga deve quantomeno accertare la sussistenza dei requisiti che giustificano la sua adozione e ciò comporta una valutazione da parte dell'autorità amministrativa che viene effettuata dal provvedimento. Solo con il provvedimento, ossia attraverso l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, si realizza l'effetto giuridico di proroga voluto dalla legge. Nell'ipotesi in questione si tratta di un'attività al più vincolata, ma anche all'atto totalmente vincolato non può essere negata la natura provvedimentale: ciò significa che l'effetto giuridico è costituito dall'atto anche se è determinato dalla disposizione vincolante⁵. L'esercizio del

⁵ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.* 1995, 286. Si veda anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, 79, i quali danno conto del dibattito che intorno alla contrastata natura provvedimentale dell'attività vincolata è stato sollevato soprattutto in

potere amministrativo viene in rilievo anche nelle ipotesi in cui, come in questo caso, ci si trova di fronte a una norma che prevede un'attività vincolata della pubblica amministrazione. Per cui rilevando l'esercizio di un potere vincolato espresso tramite un atto amministrativo è chiaro che per la rimozione dell'atto di primo grado sia necessario l'esercizio del potere di autotutela.

Sembra, però, che la decisione, affermando la natura ricognitiva dell'atto amministrativo, consideri la proroga *tamquam non esset*, in quanto contraria al diritto europeo. Ma per arrivare ad affermare che l'atto di proroga non produce alcun effetto giuridico, pur esistendo nel mondo giuridico stesso, il giudice amministrativo avrebbe dovuto correttamente procedere a una sua disapplicazione e, quindi, non tenerne conto ai fini della controversia. Il giudice, però, non ritiene di qualificare in tal modo il proprio potere, probabilmente temendo di creare un precedente per il pieno riconoscimento del potere di disapplicazione dell'atto nel processo amministrativo.

Sul punto occorre osservare che l'affermazione del potere di disapplicazione dell'atto (al di là della disapplicazione regolamentare) non è affatto contrario ai principi del processo amministrativo, anzi risulta espressione dell'effettività della tutela giurisdizionale in un contesto che ha ampliato i poteri del giudice alla luce della atipicità delle azioni previste dal codice del processo amministrativo⁶.

L'incompatibilità europea della legge nazionale che dispone la proroga generalizzata e automatica delle concessioni, secondo il Consiglio di Stato, non farebbe produrre alcun effetto giuridico agli atti adottati (anche se confermati da un giudicato favorevole) per cui i rapporti concessori dovrebbero venir automaticamente meno all'esito della pronuncia giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato però ritenendo che un'immediata e improvvisa cessazione dei rapporti concessori possa avere gravi conseguenze sulle posizioni degli imprenditori, modula gli effetti temporali della propria decisione derogando al principio di retroattività dell'annullamento giuri-

relazione alle situazioni soggettive che si confronterebbero nell'ambito dei rapporti giuridici scaturenti da questi atti. Non più interessi legittimi ma diritti soggettivi con il conseguente spostamento della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario (sul punto si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova 1996).

⁶ Sul punto sia consentito rinviare a R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino 2011.

sdizionale. Ciò anche al fine di consentire al Governo e al Parlamento di approvare una normativa di riordino della materia. Pertanto, l'Adunanza plenaria individua autonomamente un lasso di tempo che ritiene ragionevole per l'operatività degli effetti della decisione (31 dicembre 2023): "scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia -o meno- un soggetto subentrante nella concessione".

Il giudice, quindi, si sostituisce al legislatore individuando un termine di validità delle concessioni del tutto sganciato da qualsiasi disposizione normativa; non solo ma lo stesso giudice afferma che qualsiasi proroga al termine individuato dalla decisione deve considerarsi contraria al diritto dell'unione e pertanto rende *tamquam non esset* le concessioni.

Nell'opera di sostituzione del legislatore, il Consiglio di Stato poi sembra dettare le regole per le successive gare improntando un *vademecum* che dovrà seguire la normativa di riordino del settore.

Dovranno innanzitutto essere valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale. A tutela del legittimo affidamento delle autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, l'indizione di procedure competitive dovrà essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dei concessionari uscenti. Viene declinata anche l'applicazione del principio della rotazione, non espressamente previsto dall'articolo 12 della direttiva. In tal senso il giudice afferma che nel conferimento delle concessioni andrebbero evitate ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti. Ciò significa anche che il concessionario uscente potrà partecipare alla gara ma in condizioni di parità con gli altri aspiranti.

Inoltre, i criteri di selezione dovrebbero riguardare anche la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. I criteri tecnici professionali devono valorizzare l'esperienza professionale e il *know how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi, anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale. Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta possono riguardare gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

Il Consiglio di Stato però in questa operazione di individuazione delle regole non si spinge oltre consapevole delle difficoltà e delle implicazioni delle proprie affermazioni. Infatti, come si avrà modo di rilevare in

seguito, risulta problematico a questo punto individuare con precisione l'oggetto della gara e, conseguentemente, i requisiti che debba possedere il concorrente.

Il tema della durata è un altro problema che il Consiglio di Stato affronta affermando che la durata dovrebbe essere commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito. Anche la misura dei canoni concessori dover essere oggetto della procedura competitiva e riflettere il reale valore economico e turistico del bene oggetto dell'affidamento.

3. *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali: verso l'erosione della categoria*

Le nette affermazioni del Consiglio di Stato con riferimento all'applicazione del principio dell'evidenza pubblica pongono rilevanti problemi in relazione all'esatta individuazione della natura giuridica delle concessioni demaniali.

La proposizione di una rilettura di tale istituto in chiave "funzionale e pragmatica" suggerisce, infatti, che si stia intraprendendo un percorso simile a quello che ha portato ad attribuire natura negoziale alle concessioni di lavori e di servizi. Infatti, per le citate concessioni si era da tempo posto il problema relativo all'elusione del principio della concorrenza derivante dal loro inquadramento in chiave pubblicistica sia con riferimento all'individuazione del concessionario sia per la scelta del contraente da parte dei concessionari. A monte, l'individuazione del concessionario da parte dell'amministrazione avveniva direttamente con il provvedimento senza alcun confronto competitivo. A valle, i concessionari, in quanto soggetti privati, non ritenevano di dover seguire le norme dell'evidenza pubblica per selezionare i propri contraenti, poiché tale scelta si sarebbe dovuta effettuare tramite la libera negoziazione privatistica senza alcun obbligo di un confronto concorrenziale. Per ovviare a tali problemi l'evoluzione della legislazione europea ha portato alla configurazione della concessione non più in termini pubblicistici ma come manifestazione dell'attività consensuale delle pubbliche amministrazioni⁷. Le concessio-

⁷ Su tale evoluzione si veda D. SIMEOLI, *Concessioni e servizi di interesse economico generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V., Milano 2019, 27.

ni di lavori e servizi, quindi, sono da considerarsi contratti tra il soggetto pubblico e il soggetto privato caratterizzati dall'allocazione in capo al privato del rischio economico finanziario dell'operazione. Tali contratti presentano le medesime caratteristiche dell'appalto, a eccezione del fatto che la controprestazione consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato dal pagamento di un prezzo.

Il diritto europeo, quindi, si è concentrato su una definizione dell'istituto di carattere economico finanziario, non preoccupandosi del problema della natura giuridica dell'atto di conferimento o del trasferimento dei poteri pubblicistici ai soggetti privati e tale lettura è stata causata dal timore che una classificazione in termini pubblicistici avrebbe in qualche modo ristretto l'ambito applicativo dell'istituto, favorendo discipline speciali e discriminatorie che avrebbero creato ostacoli alla libertà di trasferimento e di prestazione di servizi⁸.

Il Consiglio di Stato sembra intraprendere questa strada con riferimento alle concessioni demaniali anche se con un percorso argomentativo non sempre coerente, nella consapevolezza che a tali fattispecie non si possono applicare direttamente le norme in materia di contratti pubblici.

La decisione prende spunto dalla sentenza "Promoimpresa" per superare le tesi che ritenevano non applicabile la direttiva servizi alle concessioni demaniali in quanto non assimilabili alle autorizzazioni prese in considerazione dalla normativa comunitaria.

La sentenza "Promoimpresa", infatti, partiva dall'evidenziare il contenuto di alcuni "considerando" della direttiva per equiparare le due categorie provvedimentali ai fini dell'applicazione dell'evidenza pubblica. Il considerando 39 affermava che "la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale". Mentre il considerando 57 afferma che "le disposizioni della presente

⁸ Si veda sulle concessioni F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir., Annali*, 2007, vol. I, 250, il quale rinviene vari fattori di crisi del modello concessorio. Tra questi si individuano le trasformazioni del tessuto normativo, la modificazione del rapporto fra potere e libertà, l'influenza del diritto europeo che concepisce la concessione come uno strumento potenzialmente lesivo della concorrenza e l'elaborazione giurisprudenziale. Tali fattori, infatti, determinano "un progressivo scostamento della concessione da un chiaro e ben definito modello, anche definitorio, inizialmente proposto dalla dottrina giuspubblicistica".

direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente". Viene, però espressamente esclusa l'applicazione della direttiva alle fattispecie riguardanti "la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici".

Più in particolare, la direttiva definisce come "regime di autorizzazione": qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio. Quindi, il punto fondamentale per la direttiva non è tanto la natura giuridica dell'atto (sia esso concessione o autorizzazione) quanto piuttosto che l'autorità amministrativa autorizzi un'attività "di servizio" o il suo esercizio (art. 4.6). Il successivo art.12 impone, poi, la procedura di selezione nei casi in cui il numero delle autorizzazioni sia limitato per via della scarsità della risorsa.

Sempre la decisione "Promoimpresa" chiariva che nel caso delle concessioni balneari non si sarebbe dovuta applicare la disciplina delle concessioni di servizi in quanto queste sono caratterizzate da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità a un concessionario e che questi dispone di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione. Invece, le concessioni di beni demaniali non riguardano una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, ma un'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale.

Da queste considerazioni il Consiglio di Stato trae spunto per affermare innanzitutto che l'attività "di servizi" ai quali si riferisce la direttiva deve interpretarsi come attività economica e, quindi, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale a un operatore economico, consentendo grazie a questo bene di svolgere un'attività di impresa, erogando servizi turistico ricreativi, si deve considerare "autorizzazione di servizi".

Concessioni e autorizzazioni si confondono in quanto tutti e due atti che consentono lo svolgimento di un'attività di rilievo economico. Infatti, anche le concessioni di beni consentono di svolgere un'attività economica sfruttando il bene demaniale e ciò appare in linea con quella tendenza,

espressa anche dalla dottrina, alla “patrimonializzazione del beni pubblici”⁹.

Ma da questa “confusione” tra categorie occorre chiedersi se la valorizzazione operata dal diritto europeo del principio della concorrenza faccia addirittura mutare natura giuridica alle concessioni di beni nel senso di una loro contrattualizzazione così come accaduto per quelle di opere e servizi.

La decisione del Consiglio di Stato non prende una specifica posizione sulla questione ma occorre rilevare che essa in più punti appare ambigua. Tale incertezza in ordine alla qualificazione giuridica della concessione è da subito evidente allorché la decisione fa esplicito riferimento al tema dell’“interesse transfrontaliero certo” che, come è noto, si riferisce essenzialmente all’attività negoziale delle pubbliche amministrazioni. Infatti, la decisione, per precisare il concetto di interesse transfrontaliero, prende in esame la giurisprudenza europea sui contratti della pubblica amministrazione.

Ma ulteriore elemento di ambiguità è rappresentato dall’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”. Il riferimento ai “servizi pubblici” appare tradire una certa confusione in ordine all’oggetto della concessione. Non si riesce a comprendere se l’oggetto della concessione sia il bene o il suo utilizzo attraverso l’attività economica dell’imprenditore che può assumere anche i connotati di servizio pubblico. Se però si accede alla tesi che l’attività svolta dai concessionari si possa, in parte, inquadrare nell’ambito dei servizi pubblici è di tutta evidenza che a questa si debba applicare il regime

⁹ Sul punto si veda A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2019, 436, il quale evidenzia che al di là della disciplina codicistica dei beni pubblici vi sono normative speciali che fanno propendere per un generale ripensamento della nozione di bene pubblico orientata a privilegiare maggiormente il profilo oggettivo rispetto a quello soggettivo superando gli ostacoli che limitano la possibilità di valorizzazione e di gestione economica dei beni. Ciò implica una accezione “funzionale”, “dinamica” ovvero “oggettiva” dei beni pubblici per cui si può ipotizzare una forma alternativa di tutela che prescindendo dall’appartenenza al soggetto pubblico, portando a verificare la possibilità di un’interpretazione volta a “patrimonializzare” la classificazione originaria dei beni pubblici.

giuridico previsto per i contratti di concessione e, quindi, che tali fatti-specie rientrino nell'attività negoziale dell'amministrazione.

Peraltro, la circostanza che ad alcuni segmenti dell'attività del concessionario si attribuisca la natura di servizio pubblico potrebbe trovare appiglio nelle norme del codice della navigazione che impongono specifici obblighi al concessionario.

Infatti, se è vero che l'interesse a libero accesso della spiaggia ha ceduto il passo all'istanza del turista di godere, con comodità e sicurezza, dei servizi offerti da uno stabilimento balneare¹⁰ e ciò ha fatto diventare la spiaggia strumento per l'esercizio di attività imprenditoriali di servizi è altrettanto certo che tali nuove prospettive non hanno comunque escluso che la concessione debba comunque rispettare le "esigenze del pubblico uso" di cui all'art. 36 del codice della navigazione. Tali esigenze, poi, si traducono in specifici obblighi del concessionario concernenti l'interesse pubblico che l'amministrazione con la concessione intende perseguire ossia la migliore fruizione della spiaggia e del mare ai turisti¹¹. Gli obblighi ai quali il concessionario è sottoposto consistono essenzialmente nel mantenimento della pulizia delle aree in concessione e degli spazi limitrofi, nel garantire servizi igienico sanitari, nel garantire il salvataggio e nel garantire il transito libero e gratuito per l'accesso alla battigia (anche per i soggetti disabili). A tal fine il concedente deve costantemente monitorare il corretto rispetto degli obblighi da parte del concessionario e, nel caso di inadempimento, adottare il provvedimento di decadenza. In tali obblighi si può rinvenire il connotato pubblicistico dell'attività economica espletata dal concessionario.

Ma a dire il vero questi obblighi, sia pure consistenti, non sono tali da rendere l'attività del concessionario volta all'erogazione di un servizio nei confronti della collettività quanto piuttosto a garantire l'uso corretto del bene che rimane principalmente oggetto di attività imprenditoriale, ossia di attività lucrativa attraverso la quale si prestano servizi alla clientela.

¹⁰ R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Torino 2014, 140.

¹¹ L'art. 1 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494) dispone che "la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

Peraltro tale considerazione induce a ritenere che l'oggetto della concessione di bene demaniale non si rinvenga principalmente nel bene concesso quanto piuttosto nell'attività economica che il concessionario, con propri mezzi, intende svolgere sull'area concessa¹².

A ben vedere, però, si tratta di un uso particolare a fini lucrativi colorito da prestazioni che hanno il connotato pubblicistico (si tratta di quelle inerenti gli obblighi relativi alla gestione del bene pubblico sopra individuati)¹³. Ci si trova in presenza di un istituto di "frontiera": non si tratta di un vero e proprio contratto ma è ipotesi che si avvicina molto a esso anche perché sono talmente consistenti i profili per i quali si deve concordare l'assetto di interessi in gioco che rimane difficile un inquadramento della fattispecie in termini unilaterali e imperativi.

La conferma che non ci si trovi dinanzi a un contratto della pubblica amministrazione deriva anche dal fatto che nessuna norma qualifica in tal senso la concessione demaniale a differenza di quanto è previsto per quelle di opere o di servizi.

La fattispecie, allora, deve essere inquadrata nell'ambito della attività pubblicistica dell'amministrazione che, però, come detto perde i connotati tradizionali della unilateralità e della imperatività.

Oggetto di negoziazione sono: le tipologie di attività economiche esercitabili da parte del concessionario; gli obblighi relativi all'uso pubblico della spiaggia; la durata della concessione; i profili di tutela sociale, del lavoro e ambientale; la determinazione del canone.

Se, quindi, si vuole continuare a mantenere le concessioni demaniali nell'alveo pubblicistico occorre inquadrare la fattispecie nella categoria degli accordi sostitutivi del provvedimento ex art. 11 della legge 241/1990.

Solo, infatti, con l'accordo possono essere individuate, caso per caso, le specifiche condizioni che devono regolare la concessione del bene demaniale.

Tale ricostruzione è differente rispetto a quella tradizionale della concessione- contratto ossia del modello duale con la previsione di un contratto accessivo al provvedimento, che comporta problemi di individuazione dei regimi applicabili ai due atti (provvedimento e contratto)¹⁴. Inquadrando in tal modo la concessione, la parte "contrattuale" viene

¹² M. TIMO, *Funzioni amministrative*, cit. 34.

¹³ Sui possibili usi dei beni pubblici si veda, A. POLICE, *op. cit.*, 434. Per una recente ricostruzione del dibattito relativo agli usi dei beni pubblici si veda M. TIMO, *op. cit.*, 74.

¹⁴ Ciò anche con riferimento ai possibili problemi relativi all'incidenza dei vizi del

assorbita dall'accordo pubblicitario stante l'impossibilità della qualificazione della fattispecie in termini negoziali. Il regime sarà, quindi, quello previsto per gli accordi dalla legge generale sul procedimento.

Tale accordo, però, deve essere stipulato solo a seguito dell'individuazione del concessionario attraverso una procedura a evidenza pubblica. Si tratta, evidentemente, di una peculiarità rispetto al modello "puro" di accordo *ex lege* 241/1990 che prevede una fase di "trattativa" con un unico soggetto privato¹⁵.

La procedura a evidenza pubblica si caratterizza come fase di trattativa "multipla" finalizzata alla stipula dell'accordo.

Ciò implica che con gli imprenditori aspiranti concessionari l'amministrazione dovrà affinare il contenuto dell'accordo in sede di gara.

Queste considerazioni hanno una ricaduta pratica anche sui modelli di procedura/trattativa che possono essere utilizzati.

Infatti, la procedura di selezione deve essere connotata da notevole flessibilità, come peraltro, si intuisce dalla stessa sentenza del Consiglio di Stato.

La decisione, infatti, mette in evidenza che le procedure dovranno valorizzare profili di politica sociale, del lavoro e di tutela ambientale; dovranno prevedere criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; dovranno prevedere criteri relativi alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto. I criteri, pur nel rispetto della *par condicio*, devono consentire anche la valorizzazione dell'esperienza professionale e del *know how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi, anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico ricettivo del territorio locale. Infine, gli elementi dell'offerta possono riguardare standard qualitativi dei servizi, sostenibilità sociale ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

Le procedure tradizionali, come quella aperta o ristretta, previste dal codice dei contratti, non sono adatte all'aggiudicazione di queste particolari concessioni.

L'amministrazione nel momento in cui indice la gara potrebbe non avere chiaro il quadro delle prestazioni e quello economico-finanziario entro il quale si svolgerà l'attività imprenditoriale. I singoli partecipanti,

provvedimento sul contratto e ai problemi di individuazione della giurisdizione in caso di contenzioso sull'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

¹⁵ La fase della trattativa è prevista dall'art. 11, c. 1 bis, della legge 241/1990.

anche in relazione alle loro pregresse esperienze, dovranno fornire adeguati piani economico finanziari, comprensivi degli investimenti che intendranno effettuare per garantire il migliore sfruttamento del bene e l'equilibrio del loro piano finanziario.

Una tale procedura deve richiedere un'accurata negoziazione di tutti gli aspetti appena elencati con gli aspiranti contraenti e, di conseguenza, l'oggetto della procedura può essere individuato a monte solo in via generica dall'amministrazione.

Le prestazioni oggetto della concessione potranno essere specificate in corso di gara solo a seguito di specifiche negoziazioni con i concorrenti.

Da ciò deriva che la procedura di affidamento della concessione può essere modellata sulla base del dialogo competitivo previsto dal codice dei contratti, che rappresenta la migliore soluzione per quelle fattispecie che prevedono un rilevante coinvolgimento del privato nell'attività da gestire¹⁶. Tale procedura, infatti, offre una valida combinazione tra elementi propri delle procedure ristrette e delle procedure negoziate, consentendo all'amministrazione di negoziare l'oggetto delle prestazioni a carico del privato, a differenza dei tradizionali sistemi di aggiudicazione, ove il contenuto del contratto è prestabilito fin dalla presentazione dei capitolati che le imprese sono tenute ad accettare. Sono gli stessi candidati, quindi, che concorrono a definire i profili contrattuali e non è l'amministrazione a predeterminarli. Al privato si chiede di proporre un progetto, di stabilirne la copertura finanziaria e di affinare progressivamente l'offerta tecnica.

Un altro problema riguarda il raggio di azione del principio della concorrenza.

Infatti, occorre chiedersi se il principio della gara pubblica di debba applicare anche alle ipotesi di sub ingresso nella concessione.

In queste fattispecie si può riscontrare un evidente contrasto fra quanto affermato in generale dalla disciplina europea e la normativa nazionale.

Ai sensi dell'art. 46 del codice della navigazione "quando il concessionario intende sostituire altri nel godimento della concessione deve chiedere l'autorizzazione dell'autorità concedente. In caso di vendita o

¹⁶ Il codice dei contratti definisce il dialogo competitivo (art. 3, c. 1, lett. *vvv*) come una "procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura".

di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente".

Tale norma, però, è incompatibile con l'affermata applicazione delle regole concorrenziali. Infatti, nel caso di subingresso nell'attività di gestione non sembra più sufficiente la mera autorizzazione da parte dell'amministrazione ma è necessaria la procedura ad evidenza pubblica. L'ipotesi di subingresso così come definita dal codice della navigazione non dovrebbe più trovare spazio nel nostro ordinamento.

Differente è l'ipotesi prevista dell'art. 45 bis del codice della navigazione secondo il quale "il concessionario, in casi eccezionali e per periodi determinati, previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione. Previa autorizzazione dell'autorità competente, può essere altresì affidata ad altri soggetti la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione". In questi casi vengono in rilievo contratti riguardanti attività accessorie e strumentali rispetto alla concessione che non necessitano dell'individuazione del contraente da parte del concessionario con procedure a evidenza pubblica: la mera autorizzazione da parte dell'amministrazione concedente è in linea con la normativa europea.

4. *Considerazioni conclusive*

La vicenda delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative è emblematica del percorso evolutivo che la categoria delle concessioni ha subito nel corso dei decenni, caratterizzato da una progressiva contrattualizzazione funzionale all'affermazione del principio della concorrenza. Le decisioni dell'Adunanza Plenaria si pongono nell'alveo di questo processo, anche se non fugano tutti i dubbi relativi al regime giuridico applicabile alla fattispecie. Si afferma una rilettura "pragmatica" dell'istituto al di là delle tradizionali categorie giuridiche ma non si forniscono elementi per un nuovo inquadramento della fattispecie. Occorre, però, rilevare che un preciso inquadramento nell'ambito delle categorie giuridiche è funzionale all'individuazione della disciplina giuridica applicabile alla fattispecie presa in considerazione.

Salvo affermare l'applicabilità del principio della concorrenza il giudice non va oltre, creando, a dire il vero, una sensazione di incertezza.

È auspicabile, quindi, che il legislatore colmi quanto prima questo

vuoto di disciplina prendendo anche una netta posizione in ordine alla natura giuridica di questi provvedimenti onde individuarne un preciso regime giuridico, soprattutto con riferimento allo svolgimento delle procedure a evidenza pubblica che potrebbero essere modellate su quanto previsto dal codice dei contratti al fine di garantire maggiormente i soggetti partecipanti alle gare.

Sullo sfondo rimane l'inarrestabile "erosione", come conseguenza dell'applicazione del diritto europeo, della categorie delle concessioni amministrative.

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME
AD USO TURISTICO-RICREATIVO E ACQUISIZIONE
AL PATRIMONIO DELLO STATO DELLE OPERE
NON AMOVIBILI: UNA RIFORMA NECESSARIA

SOMMARIO: 1. Premessa. Concessioni demaniali marittime, aperture concorrenziali e remunerazione degli investimenti. – 2. Il carattere della gratuità della devoluzione dei beni al patrimonio dello Stato. – 3. Il regime delle opere realizzate dai concessionari su aree demaniali. – 4. La controversa nozione di non amovibilità. – 5. Il (futuro) nuovo regime delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e le ragioni della auspicata riforma dell'art. 49 del Codice della navigazione.

1. *Premessa. Concessioni demaniali marittime, aperture concorrenziali e remunerazione degli investimenti*

Le Adunanze Plenarie nn. 17 e 18 del 2021¹ hanno ribadito la lesione dei principi di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza imposti dal diritto europeo (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'art. 12 della direttiva n. 2016/123) da parte della disciplina statale (art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020) che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, concludendo per la necessità di disapplicare la stessa sia da parte dell'apparato giurisdizionale che delle stesse amministrazioni concedenti². Al fine di consentire la transizione al modello che prevede l'affidamento di tutte le concessioni mediante procedure di gara, le Plenarie hanno previsto (non ci si occuperà in questa sede del se ne avessero la facoltà) una breve proroga degli attuali rapporti concessori, stabilendo

¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18.

² In tal senso si erano pronunciate già Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Foro it.*, 2/2020, III, 65; Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2019, I, 1409.

che al 31 dicembre 2023 le concessioni demaniali marittime in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente dalla circostanza che vi sia o meno un soggetto subentrante nella concessione. Il *decisum* delle Plenarie – pur non presentando particolari novità in punto di motivazione – è destinato ad avere, a quanto riconoscono le stesse pronunce, effetti “ad ampio spettro”, il che rende, tra l’altro, non più ipotizzabile che il legislatore italiano persegua nel tenere una condotta “pervicacemente incline all’elusione”³ delle molteplici sollecitazioni pervenute sia da parte della Commissione europea che della Corte di Giustizia, determinandosi ad affrontare il riordino complessivo della disciplina dell’affidamento delle concessioni demaniali marittime. È evidente, infatti, che un radicale mutamento del profilo relativo alle modalità di individuazione dei concessionari e, soprattutto, della durata del rapporto concessorio, è destinato ad incidere sull’intero regime ed, in particolar modo, su quegli aspetti derogatori della disciplina generale che trovavano una loro giustificazione proprio in ragione della lunga durata delle concessioni e del loro (di regola) automatico rinnovo.

Nel presente contributo si esaminerà, nello specifico, il profilo della remunerazione degli investimenti effettuati dai concessionari, investimenti, si sottolinea sin d’ora, non imposti dal rapporto concessorio, ma comunque tutti “autorizzati” dal soggetto pubblico concedente in quanto ritenuti compatibili con le esigenze del pubblico uso (art. 36, R.D. 30 marzo 1942, n. 327, Codice della navigazione, d’ora innanzi cod. nav.), nonché idonei a soddisfare gli interessi pubblici sottesi alla scelta di affidare quell’area demaniale in uso esclusivo temporaneo ad un operatore economico. Investimenti, tra l’altro, spesso consistenti nella realizzazione di strutture e manufatti di notevole valore e dimensione, che tendenzialmente rinvenivano (sino ad oggi) una loro adeguata “contropartita” nella lunga durata del rapporto concessorio⁴.

In ordine a tale profilo, assume un ruolo centrale la disposizione di cui all’art. 49 cod. nav., ai sensi del quale – salvo che nell’atto di concessione non venga diversamente stabilito – al momento della cessazione del rapporto, le opere non amovibili realizzate su area demaniale sono automaticamente devolute a titolo gratuito allo Stato, a meno che quest’ultimo non decida di ordinarne la demolizione allo stesso concessionario

³ E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 11/2016, 1217.

⁴ M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2020, 1071.

uscente. Si tratta, in altri termini, di una applicazione settoriale dell'istituto dell'accessione, di cui all'art. 934 c.c., in deroga, tuttavia, alla connessa previsione del pagamento di un indennizzo, di cui al successivo art. 936 c.c., in base al quale, qualora il proprietario del fondo intenda non optare per l'abbattimento delle opere, egli è tenuto a versare una cifra pari al valore dei materiali e della mano d'opera oppure, a sua scelta, all'aumento di valore recato al fondo. La *ratio* della disposizione di cui all'art. 49 cit. riposa evidentemente nella opportunità che le opere "stabili", destinate ad essere mantenute sul suolo demaniale (fatta salva la loro possibile demolizione), risultino – al termine del rapporto concessorio – nella piena disponibilità dell'amministrazione titolare dell'area, al fine di consentirle la più efficace gestione delle stesse nell'interesse pubblico al miglior sfruttamento dei beni demaniali⁵.

Invero, se si escludono rare ipotesi di decadenza⁶ o revoca⁷ – comunque connotate da una natura sanzionatoria, estranea alla fattispecie della mera scadenza – sino ad oggi l'art. 49 non ha quasi trovato applicazione, attesa prima l'operatività del diritto di insistenza di cui alla precedente versione dell'art. 37 cod. nav.⁸, in uno con il c.d. rinnovo automatico ori-

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5556, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶ Ai sensi dell'art. 47 del cod. nav., "L'amministrazione può dichiarare la decadenza del concessionario: a) per mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione, o per mancato inizio della gestione, nei termini assegnati; b) per non uso continuato durante il periodo fissato a questo effetto nell'atto di concessione, o per cattivo uso; c) per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione; d) per omesso pagamento del canone per il numero di rate fissato a questo effetto dall'atto di concessione; e) per abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione; f) per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione, o imposti da norme di leggi o di regolamenti".

⁷ Ai sensi dell'art. 42 del cod. nav., "Le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima".

⁸ Come noto, il Codice della navigazione contemplava, originariamente, un criterio preferenziale, nell'individuazione del concessionario del bene demaniale marittimo, da applicarsi nel caso in cui quel bene fosse stato oggetto di una precedente concessione, in ordine alla quale fosse stata presentata istanza di rinnovo. In particolare, ai sensi dell'art. 37, c. 2, cpv. 2, cod. nav. era sancito il cd. diritto di insistenza, in base al quale, in sede di rinnovo, era riconosciuto un requisito preferenziale in capo ai titolari di precedenti concessioni già rilasciate, rispetto alle nuove istanze. Negli anni la giurisprudenza aveva sostanzialmente provveduto a svuotare di contenuto il diritto di insistenza, affermando che – anche in sede di rinnovo di una concessione demaniale marittima – l'amministrazio-

ginariamente riconosciuto ai titolari di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa⁹, e poi le diverse proroghe *ex lege* succedutesi nel tempo¹⁰. È chiaro che, di contro, nell'immediato futuro la portata applicativa della devoluzione gratuita al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili assumerà notevoli dimensioni, allorquando (decorso il termine del 31 dicembre 2023) buona parte del tratto costiero nazionale vedrà cessare i rapporti concessori in essere e si dovrà procedere alla predisposizione delle gare per l'individuazione del nuovo operatore economico cui affidare la gestione dell'area demaniale.

Come si avrà modo di chiarire *infra*, il profilo applicativo della disposizione in esame che presenta maggiori criticità è l'assenza della previsione di un indennizzo a favore del concessionario uscente. Le Plenarie si soffermano solo incidentalmente sul tema, laddove sanciscono che l'assegnazione delle nuove 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".

ne non si sarebbe potuta esimere dall'operare una concreta valutazione comparativa tra le istanze presentate da soggetti concorrenti senza violare i principi costituzionali e europei di parità di trattamento, di non discriminazione e di *par condicio* (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 28 gennaio 2011, n. 200, in *Foro amm. TAR*, 1/2011, 293; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, in *Urb e app.*, 10/2009, 1209). Ciò nonostante, con procedura di infrazione n. 2008/4908, la Commissione Europea ha sollecitato lo Stato italiano ad eliminare dalla disciplina relativa alla gestione del demanio marittimo la preferenza accordata al precedente concessionario – in quanto contraria al principio di libertà di stabilimento (art. 43 Trattato CE), nonché all'art. 12 della Direttiva servizi – eliminazione operata dall'art. 1, co. 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 – convertito con modifiche dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25 – contenente l'abrogazione del c. 2, cpv. 2, dell'art. 37 cit., nella parte in cui prevedeva il diritto di insistenza. Sul tema, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2/2012, 453 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 01, c. 2, d.l. n. 400/1993, era previsto che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa avessero durata di sei anni, ma che alla scadenza esse si rinnovassero "automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza", fatta salva l'ipotesi di revoca per ragioni di interesse pubblico. Anche tale disciplina preferenziale nei confronti dell'operatore economico già titolare della concessione è stata in seguito soppressa dal legislatore italiano, ad opera dell'art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217 (Legge Comunitaria 2010). Sulle criticità connesse al precedente regime del rinnovo automatico v. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. CDS*, 3/2010, 678 ss.

¹⁰ Cfr. art. 1, co. 253, l. n. 296/2007 (prima proroga di venti anni); art. 34 d.l. n. 179/2012 (proroga al 2020); art. 1, co. 682, l. n. 145/2018 (proroga al 2033).

Almeno apparentemente, quindi, il Giudice amministrativo segnala l'esigenza che le amministrazioni concedenti procedano ad una valutazione caso per caso, al fine di verificare le fattispecie nelle quali sia necessario remunerare gli attuali concessionari uscenti, a fronte di una anticipata cessazione del rapporto¹¹. Al riguardo, in via preliminare, si specifica che con il presente contributo non si intende affrontare il tema (rilevante, ma contingente) dell'applicabilità o meno dell'art. 49 cit. ai c.d. *incumbents*, ovvero a quei soggetti titolari da un notevole lasso di tempo della concessione (in forza del diritto di insistenza e delle successive proroghe *ex lege*), ai quali il legislatore aveva assicurato una certa durata della concessione, oggi drasticamente ridotta e, quindi, rispetto ai quali si potrebbe porre il tema della tutela di un legittimo affidamento¹². In una prospettiva di più ampio respiro, in questa sede si intende prescindere dallo specifico "primo" passaggio tra gli attuali concessionari ed i futuri subentranti, volendo indagare piuttosto se in senso assoluto il disposto di cui all'art. 49 cit. sia compatibile con un contesto regolativo ormai profondamente mutato, connotato da concessioni di breve durata e il cui affidamento è obbligatoriamente assoggettato a procedure selettive concorrenziali.

2. Il carattere della gratuità della devoluzione dei beni al patrimonio dello Stato

Il Codice della navigazione non contiene una disciplina specifica della realizzazione di opere su area demaniale, con conseguente operatività del rinvio generale alle norme del Codice civile presente nell'art. 1 cod. nav., con specifico riferimento al diritto di superficie e consequenziale acquisto della proprietà superficaria a titolo originario da parte di colui che

¹¹ Sebbene in assenza di un intervento del legislatore, è alto il rischio che la scelta di remunerare il concessionario uscente in una misura che vada oltre quanto già previsto all'interno dell'atto concessorio venga censurata dal giudice contabile.

¹² Sul punto v. G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino 2019, 181 ss., che individua nei confronti degli *incumbents* una ipotesi di violazione dell'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (*Protezione della proprietà*) – ove, come noto, si fa riferimento ad una nozione di "bene" che ricomprende anche le legittime aspettative – "nel senso che l'abrogazione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico e la conseguente applicabilità dell'art. 49 cod. nav. comprimono una *espérance légitime* che si fondava *sur une disposition législative* (l'art. 10, Legge n. 88/2001) *ou sur un acte légal* (i rinnovi in via amministrativa ex art. 37 cod. nav.)", 188.

costruisce il manufatto¹³(su tale profilo, v. *amplius* par. 3). Si tratta, a ben vedere, di un diritto di superficie “a termine” e tale ricostruzione trova conferma nella assoluta coerenza tra quanto disposto dall’art. 49 cit. ed il contenuto dell’art. 953 c.c., ai sensi del quale, in caso di costituzione di un diritto di superficie a tempo determinato, “allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione”.

L’art. 49 cod. nav. lega, in particolare, la devoluzione delle opere al patrimonio dello Stato al momento della “cessazione” della concessione, intendendo comprendere, con l’uso di tale termine, tutte le ipotesi di estinzione del rapporto (scadenza, revoca, decadenza, rinuncia e impossibilità sopravvenuta di godimento)¹⁴. Secondo una prima “formalistica” interpretazione della norma, l’acquisizione gratuita si verificherebbe anche in caso di rinnovo automatico, nella misura in cui quest’ultimo, a differenza della proroga, comporta in ogni caso l’estinzione del precedente rapporto ed il contestuale rilascio di una nuova concessione¹⁵. La giurisprudenza maggioritaria, invero, è da tempo portatrice di un diverso orientamento, propendendo per una interpretazione sostanzialistica della nozione di cessazione, ai sensi della quale la devoluzione delle opere non amovibili non trova applicazione in ipotesi di rinnovo del titolo concessorio, configurandosi quest’ultimo, “al di là del *nomen iuris*, come una piena proroga dell’originario rapporto senza soluzione di continuità”¹⁶. A ben vedere, invero, tale disputa interpretativa è destinata ormai a perdere qualsiasi rilievo, attesa l’attuale inammissibilità di forme di rinnovo automatico, con conseguente pacifica operatività dell’art. 49 cit. in tutte le ipotesi di cessazione del rapporto concessorio.

¹³ Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1997, n. 132.

¹⁴ M. LUCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 1/2019, 22.

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505, in *Riv. giur. edilizia*, 1/2011, 228; Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2004, n. 5842, in *Foro amm. CDS*, 2004, 682; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2035, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 656; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 1995, n. 365, in *Foro amm.*, 1995, 987.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2019, I, 1348. In termini cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 6 giugno 2017, n. 3018, in *Foro amm.*, 6/2017, 1406; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1307, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 626, in *Foro amm. CDS*, 2/2013, 491; Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 100, in *Foro amm. TAR*, 1/2008, I, 223.

Ancora, in merito all'ambito di applicazione della disposizione in esame, occorre evidenziare come essa non venga in rilievo in caso di realizzazione di opere abusive su area demaniale, fattispecie che rinviene una propria autonoma disciplina nell'art. 54 cod. nav., ai sensi del quale in ipotesi di interventi edilizi non autorizzati "il capo del compartimento ingiunge al contravventore di rimettere le cose in pristino"¹⁷. A fronte di un abuso, pertanto, la sola opzione contemplata è quella della demolizione del manufatto¹⁸.

Al contrario, per le opere edificate a seguito di rilascio di regolare titolo abilitativo, la demolizione rappresenta solo una possibilità¹⁹ (alternativa a quella dell'acquisizione del manufatto) che, ove prescelta, comporta il sorgere dell'obbligo, in capo al concessionario, di provvedere alla demolizione ed al ripristino dello stato precedente a sua cura e spese²⁰.

¹⁷ Al riguardo, condivisibilmente, G. COLOMBINI, in *Lido e spiaggia* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 262 ss. sottolinea che "nel caso in cui l'opera risulti eseguita senza concessione demaniale ma in base a concessione edilizia, l'intervento repressivo non potrà che provenire dall'amministrazione statale sulla base del disposto contenuto nell'art. 54 c. nav. Viceversa, quando alla mancanza di concessione demaniale si aggiunge la mancanza della concessione edilizia, l'esercizio dei poteri repressivi non può che ispirarsi al principio della cooperazione. In buona sostanza se è il sindaco a provvedere, l'art. 14 legge n. 47 del 1985, impone che esso ne dia immediata all'ente proprietario del suolo. Analogamente si deve ritenere che tale obbligo insorga nei casi in cui sia invece l'autorità marittima che, rilevato l'illecito, si attivi ai sensi del citato art. 54". Sul punto v. anche T.A.R. Veneto, sez. II, 13 settembre 2004, n. 3281, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2485.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2019, n. 5208, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2010, n. 31953, in *Foro amm. TAR*, 7-8/2010, 2479. *Contra* D.S. COLOMBO, *La salvaguardia dei beni demaniali marittimi*, in *Diritto dei trasporti*, 1994, 505 ss., il quale ritiene che anche in relazione alle opere abusive occorrerebbe riconoscere in capo alla p.a. la facoltà di disporre l'acquisizione del manufatto ogniqualvolta ragioni di interesse pubblico inducano a preferire tale soluzione rispetto a quella della demolizione. In termini cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, 2 maggio 1984, n. 487. M. LUCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, cit., segnala come alcune concessioni demaniali contemplino una disposizione in base alla quale è prevista la devoluzione al patrimonio dello Stato anche delle opere abusive, osservando come ciò desti "perplexità in considerazione sia dell'implicita affermazione della possibile realizzazione di strutture abusive [...] su area demaniale, sia della lapalissiana anti-economicità dell'opera", 25.

¹⁹ Ovviamente l'ordine di riduzione in pristino non può riguardare anche le opere eventualmente preesistenti al momento del rilascio della concessione (Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2007, n. 6098, in *Foro amm. CDS*, 11/2007, I, 3223).

²⁰ Cfr. art. 31, d.P.R. 15 febbraio 1952 n. 328 (Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione). Tale previsione, a ben vedere, non sembra essere pienamente coerente con la fattispecie in esame. Da un lato, l'opera è stata realizzata in maniera legittima, il che rende paradossale che – solo perché lo Stato non intende mantenerla sul suolo demaniale – il concessionario uscente debba affrontare la spesa della sua demolizione. Ma

L'art. 49 cit. non fornisce alcun criterio in base al quale l'amministrazione dovrebbe optare per l'incameramento dell'opera o per la demolizione della stessa²¹. Sebbene la natura demaniale del suolo su cui sorge il manufatto dovrebbe far ritenere preferenziale l'opzione della riconduzione dell'area al suo stato originario, libero da occupazioni, piuttosto sorprendentemente la giurisprudenza tende invece a qualificare "principio normale" il mantenimento dell'opera e la sua acquisizione al patrimonio dello Stato²². Tuttavia, proprio l'assenza di criteri normativi *ad hoc*, dovrebbe imporre all'amministrazione di esercitare la propria funzione decisoria – a carattere ampiamente discrezionale – nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, il che, si ritiene, dovrebbe indurre la p.a. ad acquisire unicamente le opere in buono stato, in grado di incrementare il valore dell'area demaniale e di consentire una migliore utilizzazione della stessa²³.

Ciò posto, 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), il che rende l'operatore economico tendenzialmente libero nel *se* e nel *cosa* realizzare²⁴. È evidente, quindi, che la scelta di effettuare un certo tipo di investimento (in termini quantitativi e qualitativi) discende da ragioni puramente imprenditoriali, ovvero dalla convinzione che ciò possa rendere maggiormente profittevole l'attività economica condotta sull'area demaniale.

la previsione appare ancora più contraddittoria rispetto alla circostanza che – come afferma graniticamente la giurisprudenza – nell'esatto momento in cui scade la concessione, l'opera inamovibile passa in proprietà dello Stato: l'effetto devolutivo della proprietà, quindi, opera *ex lege*, in un momento antecedente alla scelta se demolire o mantenere l'opera sul suolo demaniale (Cass. civ., 27 febbraio 1980, n. 1369, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1301), con la conseguenza che allo Stato, una volta acquisita in proprietà l'opera, non dovrebbe essere riconosciuta la facoltà di obbligarne un terzo (il concessionario uscente non ha ormai alcuna relazione giuridica con l'immobile) ad effettuare la demolizione.

²¹ Sulla piena alternatività tra le due scelte v. T.A.R. Marche, sez. I, 7 novembre 2017, n. 842, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R., Toscana, sez. III, 30 gennaio 2012, n. 224, in *Foro amm. TAR*, 1/2012, 129; Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre, 1981, n. 505, in *Giur. it.*, 1982, III, 1, 245; Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1301; Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 1963, in *Foro it.*, 1963, I, 720.

²² Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 11 giugno 1991, n. 351, in *TAR*, 1991, I, 3245; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 19 aprile 1991, n. 237, in *Foro amm.*, 1992, 650.

²³ In termini L. CURTULLI, *Il reato di abusiva occupazione del demanio marittimo*, in *Dir. dei trasporti*, 1994, 169.

²⁴ A meno che, ovviamente, la realizzazione di determinate opere non sia una condizione fissata *ab initio* nel titolo concessorio.

È altrettanto indiscutibile, tuttavia, che – una volta cessato il rapporto – quella scelta (si ripete, libera e, quindi, non rientrante nei fattori presi in considerazione per l'individuazione del canone concessorio) può rivelarsi piuttosto vantaggiosa per l'amministrazione: da un lato, la realizzazione di manufatti funzionali all'uso turistico del litorale conduce (almeno potenzialmente) ad un aumento del valore dell'area demaniale, arricchita da opere; dall'altro lato, la presenza di strutture recettive, ristoranti, bar, attrezzature sportive, etc., porta ad un incremento del canone demaniale che il concessionario subentrante sarà tenuto a corrispondere. Ai sensi dell'art. 1, co. 251 e 252 della l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007), infatti, i criteri di calcolo dei canoni concessori hanno subito una rimodulazione, in base alla quale, accanto al valore tabellare dell'area, è prevista una quota commisurata al valore di mercato dei manufatti destinati ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi²⁵.

Ebbene, nonostante i suddetti effetti (economici) positivi derivanti dall'incameramento delle opere realizzate dal concessionario, l'art. 49 cit., come detto, non contempla alcuna forma di indennizzo in favore di quest'ultimo, introducendo così un regime di accessione gratuita, derogatorio rispetto alla fattispecie generale prevista dall'art. 934 c.c. e ss. In particolare, ai sensi dell'art. 936 c.c., il proprietario del fondo (nel nostro caso, lo Stato) ha diritto di acquisire le opere realizzate da terzi (il concessionario) o di obbligare colui che le ha realizzate a demolirle (e sin qui, l'analogia), ma la disposizione del codice civile procede sancendo che “se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo”²⁶.

²⁵ Per un commento dei criteri per il calcolo dei canoni demaniali marittimi v. E. NESI, *Sull'accessione di opere inamovibili realizzate sul demanio marittimo. Conseguenze sulla determinazione dei canoni nel caso di concessioni demaniali marittime comprensive di pertinenze* (nota a T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 marzo 2012, n. 144), in <http://www.studiolegalepn.it/demanio-e-patrimonio-accessione-di-opere-non-amovibili-costruite-su-zona-demaniale-marittima/>.

²⁶ “Ove il proprietario eserciti il diritto di ritenzione delle opere fatte dal terzo sul fondo, sorge automaticamente, a suo carico, l'obbligo di pagamento della relativa indennità, e ciò indipendentemente dalla prova degli esborsi per eventuali miglioramenti” (Cass. civ., sez. II, 8 marzo 2011, n. 5420, in *Giust. civ.*, 2/2012, I, 502). La giurisprudenza qualifica l'indennità di cui all'art. 936 c.c. “debito di valore”, essendo essa destinata non solo a ricostituire il patrimonio dell'avente diritto, ma anche a ricompensarlo dei potenziali incrementi di valore non documentabili (Cass. civ., sez. VI, ord. 17 marzo 2017, n. 6973).

La giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni evidenziato come la disciplina dell'accessione gratuita risulti "fortemente penalizzante" per i concessionari, a fronte degli "investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo"²⁷. Le ragioni che giustificano l'assenza di indennizzo²⁸ riposerebbero, secondo la prevalente dottrina, nella natura giuridica di bene demaniale "naturale" marittimo dell'area sui cui insistono i manufatti, rispetto alla quale al concessionario sarebbe riconosciuto un diritto di superficie idoneo a "comprimere" solo temporaneamente il regime demaniale²⁹.

Tale orientamento troverebbe riscontro nella circostanza che al termine del rapporto concessorio il demanio si "riespanderebbe" automaticamente, senza bisogno di un atto formale di acquisizione al patrimonio dello Stato, avendo il c.d. provvedimento di incameramento una valenza meramente ricognitiva e di accertamento³⁰. In effetti, la giurisprudenza lega il trasferimento della titolarità del bene in capo all'amministrazione direttamente alla scadenza della concessione, e non agli atti formali successivamente posti in essere (quale, ad esempio, il "verbale di consistenza" e il "testimoniale di Stato")³¹: questi ultimi avrebbero, piuttosto, una duplice valenza, da un lato, di accertamento, tesa a rendere ostensibile ai terzi il nuovo assetto di interessi formatosi³², e, dall'altro lato, finanziario-contabile, strumentale a consentire l'inserimento del valore dei beni devoluti nel conto Patrimoniale dello Stato³³.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 626, in *Foro amm. CDS*, 2/2013, 491; Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623.

²⁸ Il Codice della navigazione contempla un'unica ipotesi di indennizzo in caso di cessazione del rapporto concessorio: si tratta della fattispecie della revoca per ragioni di pubblico interesse, in merito alla quale è stabilito che laddove siano state realizzate "opere stabili", l'amministrazione "è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato" (art. 42 cod. nav.).

²⁹ V. VALLARIO, *Il demanio marittimo*, Milano 1970.

³⁰ In termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 729, in *Foro amm.*, 2/2017, 317; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 7 novembre 2012, n. 664, in *www.ambienteditto.it*; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505, in *Riv. giur. edilizia*, 1/2011, 228; Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3187, in *Dir. trasporti*, 2004, 265; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2035, in *Cons. St.*, 2000, I, 888.

³¹ Esamina analiticamente la procedura di estinzione del rapporto concessorio M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, cit., 1078-1080.

³² Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 729, in *Foro amm.*, 2/2017, 317; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5123, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2012, I, 1184.

³³ "Nell'ipotesi di mantenimento delle opere allo Stato, da parte delle Amministra-

In realtà, tuttavia, seguendo tale ragionamento si finisce inevitabilmente per confondere l'area (demanio naturale) con i beni ivi realizzati, i quali divengono sì pertinenze demaniali, ma non in quanto demanio naturale (che "espandendosi" li ingloba), bensì come demanio artificiale, laddove la demanialità non discende dalla natura del bene, bensì da una precisa scelta legislativa³⁴. Del resto, qualificare anche le opere realizzate dal concessionario come demanio naturale si porrebbe in aperta contraddizione con la prima parte dell'art. 49 cit., laddove la formula "salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione" attribuisce evidentemente all'amministrazione concedente la facoltà di derogare all'acquisizione gratuita, disponendo in maniera difforme all'interno dell'atto concessorio. Evidentemente la deroga non può contemplare il permanere della titolarità dell'opera in capo al concessionario uscente (una volta "recisa" la relazione di quest'ultimo con l'area demaniale), il che implica che la previsione difforme rispetto al dettato normativo può riguardare unicamente il riconoscimento di un indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati³⁵, previsione che dovrebbe considerarsi assolutamente illegittima se si qualificassero i manufatti edificati come demanio naturale.

zioni competenti, devono essere svolte le consuete operazioni di incameramento, alle quali deve intervenire un rappresentante dell'Agenzia del demanio ai fini della redazione dei relativi testimoniali di stato. Le opere incamerate sono iscritte nell'inventario dei beni del "demanio pubblico dello Stato" (ramo marina mercantile) a termine degli articoli 3 e 4 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e della contabilità dello Stato (R.D. 827/1924). Analogamente in catasto verranno aggiornate le intestazioni secondo quanto sopra riportato" Ministero dei Trasporti, Agenzia del Demanio, Circolare 4 marzo 2008 (prot. n. M-TRA/DINFR 2592).

³⁴ A. LEFEBVRE, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 2013, 100 ss.

³⁵ Parte della giurisprudenza, invero, afferma che la decisione dell'amministrazione concedente di derogare alla gratuità della devoluzione non potrebbe condurre alla corresponsione di un indennizzo pari o commisurato al valore della costruzione, bensì dovrebbe riguardare "le spese richieste per la eventuale demolizione della costruzione, o nel senso di riconoscere al concessionario un diritto a conseguire i materiali di demolizione" (Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2017, n. 3842; Cass. civ., 27 febbraio 1980, n. 1369, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1301). M. LUCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, cit., non esclude, invece, che la deroga possa riguardare anche la stessa devoluzione, valorizzando la collocazione dell'inciso "salvo che" in apertura della disposizione. "Se la *ratio* sottesa fosse stata infatti limitata al solo indennizzo, sarebbe risultato più coerente porre l'inciso prima, o anche dopo, l'espressione «senza alcun compenso o rimborso»", 30.

3. *Il regime delle opere realizzate dai concessionari su aree demaniali*

La disciplina del demanio marittimo, quale bene pubblico³⁶, ha conosciuto un processo evolutivo (involutivo!), secondo una parabola che da una concezione del demanio inteso quale bene destinato ad essere conservato in funzione dell'uso generale al quale è naturalmente destinato³⁷, è transitata verso un assetto regolatorio in cui prevale l'esigenza di rendere "redditizio" qualsiasi bene pubblico, anche demaniale³⁸: l'uso eccezionale diventa la regola³⁹, il che, tra l'altro, influisce sul ruolo stesso dello Stato, non più inteso quale gestore diretto dell'area, bensì quale regolatore di rapporti concessori⁴⁰. Tale concezione è evincibile anche dalla lettura di diverse disposizioni del Codice della navigazione, tutte volte – ovviamente fermo il primario interesse a garantire comunque la libera balneazione in capo alla collettività⁴¹ – a consentire la valorizzazione

³⁶ A.M. SANDULLI, *Beni pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, 714 ss.

³⁷ F. CAMMEO, *Demanio* (voce), in *Dig. It.*, IX, Torino 1989, 881 ss.

³⁸ A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015. Per un'approfondita analisi di tale processo evolutivo e delle necessarie distinzioni che esso comporta in termini di tipologia di concessioni e modelli di sfruttamento compatibili con la natura demaniale dei beni, si rinvia a A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017.

³⁹ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008. Sulla distinzione tra uso generale, speciale e eccezionale dei beni demaniali v. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934; Cass. civ., sez. II, 29 luglio 1964, in *Foro it.*, 1964, I, 2112. G. COLOMBINI, in *Lido e spiaggia* (voce), cit., 262 ss., distingue tra uso pubblico generale (fruizione collettiva), uso particolare (utilizzo del bene da parte di un soggetto specifico), uso diretto (da parte dell'amministrazione che ha in gestione il bene per l'esercizio dei propri fini istituzionali) e uso economico (impiego del bene per il conseguimento di redditi). L'Autrice riconduce il rilascio di una concessione demaniale marittima ad uso turistico ricreativo alla categoria dell'uso particolare.

⁴⁰ E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1219; C. CACCIAVILLANI, *Profili funzionali del demanio marittimo*, in G. COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, Napoli 2009, 75 ss.

⁴¹ "La scelta dell'amministrazione stessa di concedere spazi di arenile va effettuata considerando sempre il superiore interesse pubblico a garantire la libera balneazione e rapportando, quindi, tale esigenza alla situazione effettiva delle persone e alla esistenza di spiagge sufficienti a soddisfare il bisogno collettivo", Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3312, in *Foro amm. CDS*, 5/2006, 1582. In generale, per la considerazione secondo cui – a fronte di determinati presupposti – usi cd. "speciali" di un bene pubblico, che ne limitino o condizionino in via temporanea la fruizione collettiva, risultino in linea generale compatibili con la sua destinazione pubblica v. V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione*

ne (anche in chiave produttiva) del bene demaniale⁴², (mitigata da istanze paesaggistico-ambientali⁴³) anche attraverso, per l'appunto, l'edificazione di manufatti strumentali all'erogazione di servizi.

Atteso, infatti, che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa rinvencono il loro oggetto specifico nella gestione di un bene pubblico in un'ottica di valorizzazione e tutela dello stesso⁴⁴, è evidente che in gran parte dei casi proprio il conseguimento dei suddetti fini richiede la realizzazione di infrastrutture idonee da parte dei concessionari.

L'attività edificatoria su area demaniale è soggetta ad una disciplina pianificatoria complessa, se solo si considera che le prescrizioni del piano regolatore (ormai inerenti l'intero territorio comunale, compreso il demanio⁴⁵) sono integrate dalle specifiche disposizioni dei diversi piani settoriali vigenti sulla zona costiera, contenenti generalmente prescrizioni vincolistiche più o meno stringenti⁴⁶. L'assetto definitivo di un'area demaniale deve emergere, pertanto, dal bilanciamento dei molteplici interessi che su di essa convergono, ed è in tale prospettiva

economica e fruizione collettiva dei beni, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano 2004, 24 ss.; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004.

⁴² Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, in *Giur. cost.*, 5/2010, 3922.

⁴³ M. TIMO, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. it.*, 2017, 2191 ss. Più in generale, sulla necessità di "ripensare" il demanio pubblico in un'ottica di integrazione tra istanze di sfruttamento ed esigenze di tutela v. S. CASSESE, *La teoria della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007, 67 ss.

⁴⁴ "Oggetto della concessione è quindi una particolare *utilitas* che il bene pubblico è idoneo a rendere, ossia, ad essere filologicamente corretti, la concessione è sul bene, non del bene", M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 673. Per una attenta ricostruzione del tradizionale dibattito sulla natura giuridica delle concessioni amministrative in generale v. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4/2012, 567 ss.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 4925, in *Foro amm. CDS*, 10/2013, 2750; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 845, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1814. Per un'approfondita analisi del dibattito sorto in merito al rapporto tra strumenti urbanistici e realizzazione di opere (pubbliche e private) su area demaniale marittima, si rinvia a M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli 2017, 120 ss.

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4777, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2147; Cons. Stato, sez. II, 20 maggio, 1998, n. 548, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 82. Sul tema si rinvia a A. D'AMICO CERVETTI, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano 1983; V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ss.

che la giurisprudenza ha in più occasioni sancito l'illegittimità di Piani regolatori generali o Regolamenti edilizi approvati senza la previa intesa con le autorità statali e/o regionali competenti, relativamente alle scelte concernenti le parti di territorio rientranti nel demanio marittimo⁴⁷.

Con specifico riferimento al demanio marittimo, occorre, invero, effettuare una distinzione tra quegli strumenti tesi a pianificare gli interventi necessari a difendere le coste da fenomeni di erosione e dagli effetti dei cambiamenti climatici – contenenti essenzialmente prescrizioni vincolistiche (Piani delle coste)⁴⁸ – e i diversi strumenti pianificatori (Piani di utilizzo delle aree demaniali) all'interno dei quali sono invece indicate non solo le aree sulle quali è consentito rilasciare una concessione demaniale marittima, ma anche gli indirizzi di carattere generale relativi alle possibili trasformazioni di cui le suddette aree sono suscettibili⁴⁹. È proprio mediante questi ultimi strumenti di pianificazione che le amministrazioni regionali esercitano la scelta discrezionale “di fondo” circa l'utilizzo dell'area demaniale, ovvero se destinarla al suo naturale uso generale o, al contrario, se prevederne uno sfruttamento economico mediante uso eccezionale⁵⁰.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932, in *Dir. marittimo*, 2/2008, 492; Cons. Stato, 10 luglio 1986, n. 478, in *Cons. St.*, 1986, 816; T.A.R. Lazio, Roma, 22 ottobre 1984, n. 936, in *Cons. St.*, 1980, 3561. Su tale profilo si rinvia alle osservazioni di G. COLOMBINI, *Lido e spiaggia*, cit. In generale, sulla necessità che le prescrizioni del piano regolatore e dei piani di settore siano il risultato di un confronto dialettico tra le amministrazioni coinvolte, v. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino 2004, 254.

⁴⁸ Si tratta di piani che – pur avendo ad oggetto aree di proprietà statale – sono oggi attribuiti alla competenza delle Regioni e degli Enti locali, ai sensi del d.lgs. n. 112/1998. In generale, sulla disciplina di tali strumenti di pianificazione, v. F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021, il quale sottolinea come si tratti di “una pianificazione settoriale, che nasce cioè per governare in maniera specifica e differenziata rispetto alla pianificazione generalista un determinato interesse pubblico (difesa della costa), ma integrata, che deve cioè al tempo stesso farsi carico della considerazione della molteplicità degli interessi pubblici coinvolti”, 7.

⁴⁹ Cfr. art. 6, co. 3, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 “Ai fini di cui al presente articolo, le regioni predispongono, sentita l'autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi”.

⁵⁰ Cfr. l'art. 1, co. 254, l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007), ove è disposto che le regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, sentiti i comuni interessati, “devono altresì individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili; devono inoltre individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratu-

Ciò premesso, dopo un primo periodo nel quale vigeva un regime di incertezza circa la necessità o meno di acquisire anche il titolo abilitativo edilizio (insieme alla concessione demaniale) – essendo, secondo alcuni, il manufatto realizzato dal concessionario equiparabile alle opere pubbliche statali⁵¹ – l’art. 10 della l. n. 765/1967, nel modificare l’art. 31 della l.n. 1150/1942, ha definitivamente chiarito che anche l’attività edificatoria dei privati su area demaniale è assoggettata al rilascio della licenza edilizia (oggi permesso di costruire)⁵², disposizione successivamente confermata dall’art. 8 del d.P.R. n. 380/2001.

Il rilascio della concessione demaniale configura un antecedente logico e temporale rispetto alla richiesta del titolo abilitativo all’amministrazione comunale competente in materia edilizia, in quanto, ai sensi

ito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l’area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione”. Sulla duplice vocazione (naturale ed economica) del demanio costiero v. F.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano 2002, 15 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm TAR*, 3/2009, 787 ss.

⁵¹ Escludeva la sussistenza di qualsiasi potestà comunale su area demaniale F.A. QUERCI, *Demanio marittimo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 92 ss. Affermava, invece, che qualunque attività edificatoria dovesse essere assoggettata alle prescrizioni urbanistico edilizie comunali, anche se realizzata su area demaniale V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Disciplina comunale delle costruzioni private sorgenti sul demanio marittimo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1959, II, 76 ss. Ma anche successivamente alla riforma del 1967, non mancano pronunce tese ad escludere che il titolare di una concessione demaniale necessiti del rilascio di un titolo edilizio per la realizzazione di un’opera, qualificando quest’ultima in termini di “opera pubblica”, in adesione alla concezione unicamente oggettiva della nozione (cfr. Cass. civ., sez. un., 8 aprile 1991, n. 3659, in *Riv. giur. edilizia*, 1991, I, 1026; Cass. civ., sez. un., 26 marzo 1982, n. 2118, in *Giust. civ. mass.*, 1983). Per una completa ricostruzione del dibattito sorto sia in dottrina che in giurisprudenza si rinvia a C. CELO-NE, *Attività edilizia dei privati su aree demaniali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano 2015, 251-253.

⁵² Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 13 giugno 2019, n. 548, in *Foro amm.*, 6/2019, 1046; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 28 novembre 2017, n. 2758, in *Foro amm.*, 11/2017, 2348; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3046, in *Foro amm. CDS*, 5/2011, 1659; Cons. Stato, sez. II, 30 aprile 1996, n. 2005, in *Cons. St.*, 1998, I, 723; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1991, n. 298, in *Foro amm.*, 1991, 753. M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano 1986, 66 ss. In merito alla titolarità della funzione di accertamento circa la conformità del progetto alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti, l’originaria versione dell’art. 81 del d.P.R. n. 616/1977 – successivamente abrogato *in parte qua* dall’art. 4 d.P.R. n. 383/1994 – individuava nello Stato il soggetto competente, laddove disponeva che “Per le opere da eseguirsi da amministrazioni statali o comunque insistenti su aree del demanio statale, l’accertamento della conformità alle prescrizioni delle norme e dei piani urbanistici ed edilizi, salvo che per le opere destinate alla difesa militare, è fatto dallo Stato, d’intesa con la regione interessata”.

del Testo unico per l'edilizia, occorre una specifica qualificazione soggettiva (ad es. proprietario o, per l'appunto, concessionario) per poter essere legittimato ad ottenere il rilascio del permesso di costruire⁵³. È evidente, ancora, che il possesso di uno solo dei due titoli non legittima la realizzazione di opere, essendo l'atto concessorio ed il titolo edilizio destinati a soddisfare interessi pubblici convergenti ma diversi⁵⁴, sebbene non si possa escludere che all'interno della concessione demaniale siano indicate anche specifiche prescrizioni a carattere edificatorio, necessarie per garantire la compatibilità dell'opera con la demanialità dell'area. A completamento del quadro di riferimento, deve aggiungersi che ai sensi dell'art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) le coste sono considerate *ex lege* beni paesaggistici e, pertanto, qualsiasi intervento su di esse è assoggettato al rilascio di autorizzazione paesaggistica⁵⁵.

Posto, pertanto, l'obbligo per il concessionario di dotarsi sia del titolo abilitativo edilizio che dell'autorizzazione paesaggistica, occorre interrogarsi sulla natura dell'opera realizzata, ovvero se essa debba essere considerata bene privato o pubblico. Al riguardo, la giurisprudenza è concorde nell'affermare che le opere legittimamente edificate dal concessionario su area demaniale non assumono la qualifica di beni demaniali: esse sono riconducibili, al contrario, alla categoria dei beni di proprietà privata, destinati ad essere trasferiti nell'ambito del demanio statale unicamente alla scadenza del rapporto concessorio⁵⁶. Il

⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2021, n. 6335, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, sez. I, 26 luglio 2012, n. 517, in *Foro amm. TAR*, 7-8/2012, 2410; Cons. Giust. Amm. Sic., 4 aprile 1979, n. 42, in *Foro amm.*, 1979, 1527.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. II, 8 maggio 2020, n. 2906, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5461; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 27 febbraio 2007, n. 1255, in *Foro amm. TAR*, 2007, 663. M.P. GENESIN, *sub art. 8*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI, *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Padova 2005, 150 ss.

⁵⁵ M.A. BASSO, *Costruzioni su demanio marittimo, sottoposto a vincolo paesaggistico, tra competenza del comune e controllo del Ministero per i beni e le attività culturali: i poteri di annullamento dell'autorizzazione per vizi amministrativi e l'interesse generale*, in *Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, 9/2011, 564 ss.

⁵⁶ "Non tutti i manufatti insistenti su aree demaniali partecipano della natura pubblica – e dell'inerente qualificazione demaniale – della titolarità del sedime, poiché solo ad alcuni, nella stessa dizione della legge, appartiene la natura pertinenziale. Per gli altri [...] si deve allora riconoscere, per esclusione, la qualificazione di cose immobili di proprietà privata fino a tutta la durata della concessione, evidentemente in forza di un implicito diritto di superficie" (Corte cost., 27 gennaio 2017, n. 29). In termini cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 225, in *Foro amm.*, 2/2016, 405; T.A.R. Toscana,

soggetto titolare della concessione, laddove autorizzato a trasformare l'area demaniale, agisce in forza di un diritto di superficie⁵⁷: la natura "reale" dell'atto concessorio rende il privato, pertanto, proprietario dei beni immobili legittimamente realizzati su di esso, "proprietà superficaria, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione"⁵⁸. In tal senso, esplicitamente, si può richiamare l'art. 703, co. 1 cod. nav., ove – in relazione al "parallelo" settore del demanio aeroportuale – si dispone che "Le opere realizzate dal gestore aeroportuale sul sedime demaniale appartengono al suo patrimonio fino alla cessazione della concessione".

La correttezza di tale ricostruzione trova, altresì, diretta conferma in quelle disposizioni del Codice della navigazione che consentono al concessionario di atteggiarsi rispetto ai terzi in qualità di titolare del bene, ad esempio costituendo ipoteca (art. 41), affidando ad altri la gestione dell'attività (art. 45-bis) o, addirittura, vendendo il manufatto (art. 46)⁵⁹, fatta salva la necessità del previo gradimento da parte dell'ente concedente, giustificato in ragione della natura fiduciaria del rapporto concessorio⁶⁰.

La dottrina ha osservato come, nel caso di specie, venga sostanzialmente a determinarsi una "scissione orizzontale dell'assetto dominicale dell'area interessata"⁶¹: l'amministrazione concedente resta titolare dell'area demaniale (né potrebbe essere altrimenti), mentre il titolare della concessione acquisisce (temporaneamente) la proprietà superficaria del manufatto dallo stesso realizzato. Certo, si tratta di una proprietà fortemente "conformata", in quanto obbligatoriamente

sez. III, 27 febbraio 2015, n. 328, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3308, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623; Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1997, n. 132. In termini, E. SARTOR, *L'acquisizione di opere inamovibili da parte della pubblica amministrazione ex art. 49 c. nav.: un'inversione di rotta del Consiglio di Stato*, in *Dir. trasporti*, 4/2014, 573.

⁵⁸ Cass. civ., sez. VI, 18 febbraio 2014, n. 3761.

⁵⁹ T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2000, n. 539, in *Dir. trasporti*, 2001, 872; Cass. civ., sez. I, 4 maggio 1998, n. 4402, in *Foro it.*, 1998.

⁶⁰ F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, I, Milano 2007, 250 ss.

⁶¹ F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 3/2021, 48.

funzionalizzata all'esercizio di attività di interesse collettivo⁶², nonché "precaria", ovvero suscettibile di limiti o addirittura esclusione a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali da parte della p.a. (ad es. modifica o revoca della concessione) e, in ogni caso, dotata di una efficacia limitata nel tempo.

Solo alla scadenza della concessione, allora, le opere legittimamente realizzate su area demaniale da parte del concessionario – una volta avvenuta la devoluzione al patrimonio statale – acquisiscono la natura di pertinenza demaniale marittima, così come definita dall'art. 29 cod. nav., ovvero costruzione "appartenente allo Stato", posta entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale.

4. *La controversa nozione di non amovibilità*

Un ulteriore profilo dell'attuale formulazione dell'art. 49 cod. nav. che desta non poche perplessità e che rischia di provocare un notevole contenzioso nel prossimo futuro, riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della norma. La disposizione, infatti, individua nelle sole opere "non amovibili" l'oggetto dell'acquisizione al patrimonio dello Stato, senza che tuttavia sia possibile rinvenire una precisa definizione di tale categoria nell'intero Codice (né, invero, in altri testi normativi). Indice della non particolare attenzione per l'uso di una terminologia chiara ed inequivoca, da parte del legislatore del Codice della navigazione, è il riferimento – in altri articoli del medesimo *corpus* normativo – a locuzioni differenti per indicare concetti apparentemente analoghi: "impianti di difficile sgombero" (artt. 36 e 42), "impianti di difficile rimozione" (artt. 8, 9 e 13), "opere stabili" (art. 42); tutte espressioni in qualche modo assimilabili alla nozione di opere non amovibili, nessuna delle quali, tuttavia, trova una precisa definizione e differenziazione all'interno del Codice⁶³.

Al fine di consentire un'applicazione certa ed uniforme della disposizione, si sono susseguite nel tempo alcune circolari del Ministero delle

⁶² T.A.R. Liguria, sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1479, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2887.

⁶³ Sottolinea il difetto di chiarezza nell'utilizzo della terminologia da parte del legislatore del Codice della navigazione D. GAETA, *Sorte delle opere costruite sul demanio marittimo*, in *Dir. dei trasporti*, 1993, 28.

Infrastrutture e dei Trasporti⁶⁴, nonché dell’Agenzia del Demanio⁶⁵, tese a perimetrare la nozione di non amovibilità, che viene sostanzialmente legata alla struttura stabile del manufatto (in cemento armato), tale da comportare la necessaria distruzione dello stesso in sede di rimozione. Anche la giurisprudenza sembra in qualche modo aderire al criterio distintivo operato dalla prassi amministrativa, ritenendo, ad esempio, non amovibili strutture metalliche che – pur non essendo fissate direttamente al terreno – risultano ancorate mediante bulloni ad una base di cemento armato (a sua volta incorporata al suolo)⁶⁶.

Più di recente, un parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici – premessa la netta distinzione tra i concetti di facile amovibilità e di precarietà⁶⁷ – prospettava il superamento della distinzione tra beni di facile e non facile amovibilità, anche alla luce dell’evoluzione nell’uso di

⁶⁴ Circolare MIT, 24 maggio 2001, n. 120, in https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/normativa/2016-02/Circolare_numero_120_protocollo_1268_24-05-2001_all_1.pdf, ove sono indicate alcune tipologie di opere da considerarsi amovibili (Strutture prefabbricate realizzate su piattaforma di cemento armato incernierate o appoggiate con calcestruzzo in basamento; Strutture prefabbricate appoggiate sul suolo o interrate) e non amovibili (Costruzione in muratura ordinaria con solaio in cemento armato semplice o misto; Costruzioni in muratura ordinaria con solaio in pannelli prefabbricati su piattaforma in cemento armato). Una precedente circolare del Ministero della marina mercantile del 18 luglio 1962, n. 53, aveva suddiviso gli impianti realizzati nell’ambito delle concessioni demaniali marittime in tre categorie: a) permanenti; b) inamovibili; c) amovibili o di facile sgombero o a carattere transitorio o semipermanenti.

⁶⁵ Circolare prot. 2007/62/DAO del 21 gennaio 2007.

⁶⁶ Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2009, n. 22441, in *Dir. dei trasporti*, 1/2011, 188, con nota di A. LIARDO, *Occupazione anticipata di area demaniale non seguita da concessione: la sorte delle opere non amovibili*. V. anche Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2010, I, 1623, ove si sancisce l’illegittimità della “valutazione di inamovibilità del manufatto insistente sull’area demaniale fondata sulla sola complessità delle operazioni di smontaggio dei pannelli prefabbricati o leggeri, posto che tale circostanza non esclude sul piano logico che l’operazione sia comunque effettuabile senza distruzione dell’opera, sia pure con successiva necessità di ripristinarne gli elementi accessori”.

⁶⁷ “La nozione di “facile amovibilità” di un’opera edilizia, in assenza di una definizione legislativa di carattere generale, deve essere ricavata dal sistema in via interpretativa; non può essere differenziata in ragione della proprietà pubblica o privata dell’aerea sulla quale l’opera stessa è destinata ad essere realizzata; a maggior ragione quando siano comunque in gioco interessi di rilevanza pubblicistica, come quelli paesaggistici; non è perfettamente sovrapponibile a quella di precarietà, parametrata quest’ultima al diverso criterio – di tipo funzionale – della destinazione dell’opera ad un’attività temporanea, nell’ottica di escludere la necessità di titolo edilizio (cfr. art. 6, T.U. edilizia): se invero un’opera precaria presenta – di regola – la caratteristica dell’amovibilità, un’opera di facile rimozione potrebbe anche non essere destinata ad un uso temporaneo” (T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 10 dicembre 2019, n. 1639, in www.giustizia-amministrativa.it).

nuovi materiali e nell'attuazione di innovative tecniche architettoniche, tali da rendere sostanzialmente rimovibile qualsiasi manufatto⁶⁸. Tra l'altro, a ben vedere, la disposizione in esame appare del tutto peculiare, non facendo essa riferimento (come tradizionalmente avviene in ambito edilizio) al carattere della "non facile" amovibilità del bene, bensì a quello (maggiormente restrittivo) della "non amovibilità" in senso assoluto, il che sembrerebbe restringerne notevolmente il raggio di azione.

Non a caso una proposta di legge del 2015, tesa a chiarire la portata applicativa dell'art. 49 cod. nav., introduceva un comma contenente una definizione piuttosto ampia di manufatto amovibile, tale da comprendere quelle opere che "pur realizzate con strutture fisse e stabili, possono essere comunque demolite e rimosse con la restituzione in pristino dell'area demaniale concessa in un periodo massimo di novanta giorni"⁶⁹. Alla luce di un'analisi sistematica del Codice della navigazione, invero, sembra possa affermarsi come già la regolazione attualmente vigente preveda una ridotta applicazione dell'art. 49 cit.: l'art. 37 cod. nav., infatti, dispone che – a fronte della presentazione di due o più istanze di concessione demaniale – "è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili". Le ragioni di tale preferenza riposano evidentemente nell'esigenza di preservare il più possibile l'ambiente costiero e, di conseguenza, di non "occupare" nuovo suolo, urbanizzandolo con manufatti idonei a stravolgerne *usque ad aeternum* la naturalità originaria.

Tuttavia, in molti casi le condizioni di fragilità del terreno oggetto di concessione demaniale, nonché l'assenza di opere di protezione (da eventi atmosferici naturali) in cui versa gran parte del tratto costiero italiano, non consentono la realizzazione di strutture con materiali leggeri e non stabilmente ancorate al terreno; spesso, quindi, l'impiego di cemento armato e l'edificazione di manufatti infissi al suolo non rappresenta una libera scelta del concessionario, quanto piuttosto una conseguenza necessaria per garantire adeguate condizioni di sicurezza agli utenti⁷⁰.

Urge, pertanto, un intervento da parte del legislatore, teso a fornire

⁶⁸ Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, sez. III, 21 luglio 2011, prot. n. 84/2011 (*Manufatti di facile e difficile rimozione*).

⁶⁹ Proposta di legge n. 3492, presentata in data 14 dicembre 2015, *Modifica all'articolo 49 del codice della navigazione in materia di sgombero e devoluzione di opere non amovibili nelle concessioni demaniali marittime*.

⁷⁰ M. LUCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, cit., 24.

una chiara definizione di opera non amovibile ed a rimuovere una inaccettabile situazione di incertezza, a causa della quale i concessionari non sono messi nelle condizioni di prevedere *ex ante* con sicurezza le opere destinate ad essere acquisite al patrimonio dello Stato ai sensi dell'art 49 cod. nav., e, di conseguenza, a modulare adeguatamente i relativi investimenti. L'incertezza definitoria, tra l'altro, ha fatto sorgere un ampio contenzioso penale, laddove numerosi titolari di stabilimenti balneari e loro tecnici – pur avendo in buona fede dichiarato di aver realizzato strutture amovibili ai sensi delle circolari ministeriali – sono stati accusati di truffa e falso ideologico, in quanto, ad un successivo controllo, le opere sono state invece qualificate come non amovibili da parte dell'Agenzia del Demanio⁷¹.

5. *Il (futuro) nuovo regime delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e le ragioni della auspicata riforma dell'art. 49 del Codice della navigazione*

A fronte della imminente scadenza di migliaia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, il profilo della acquisizione delle opere al patrimonio dello Stato assume un rilievo fondamentale. Per quanto si è osservato in merito alle incertezze che attualmente connotano la disciplina di riferimento, non è certo auspicabile che – in attuazione del principio di immediata (o, meglio, prorogata, ma solo fino al 2023) disapplicabilità della normativa anticomunitaria da parte delle singole amministrazioni⁷² – ciascuna p.a. concedente dia avvio a procedure di gara per l'attribuzione delle aree e dei beni demaniali in assenza di una nuova e completa regolazione.

⁷¹ Sul punto v. G. CARDOSI, *Incameramento di opere inamovibili realizzate sul demanio marittimo*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 12/2013, 41 ss., il quale riporta, tuttavia, che “il giudice penale, riconoscendo il valore non normativo delle circolari; la mancanza di colpa o dolo sia in chi aveva attestato di aver progettato o controllato l'esecuzione di un'opera conformemente alle circolari 53/1961 e 120/2001, sia nell'imprenditore turistico che si era affidato alla professionalità di un progettista, incaricandolo di ideare e realizzare opere di facile rimozione, risulta aver assolto, a nostro avviso assai saggiamente, sia progettisti che imprenditori”, 42-43.

⁷² Sull'intollerabile stato di incertezza che grava sulle amministrazioni concedenti, a fronte del dovere di disapplicazione della norma interna dal tenore palesemente contraddittorio con la norma UE ritenuta *self-executing* v., da ultimo, M. MANFREDI, *L'efficacia diretta della “Direttiva servizi” e la sua attuazione da parte della pubblica amministrazione italiana: il caso delle concessioni balneari*, in *Jus*, 1/2021, 63 ss.

Il legislatore statale non può più esimersi dal provvedere finalmente a quel “riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea”, annunciato ormai nel lontano 2016 anche per far fronte alle procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea, ma mai realizzato⁷³. Del resto, le stesse Plenarie nn. 17 e 18 del 2021 affermano come sia “compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l’altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti”.

A ben vedere, la futura regolazione delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rischia di partire già “sconfitta”, se non verrà preceduta da una operazione di ricognizione generale del patrimonio demaniale costiero. L’accertamento dello stato della fascia costiera⁷⁴, insieme al censimento completo delle opere, amovibili e inamovibili (operazione, come detto, di per sé delicata), si pongono come premesse ineludibili: solo in presenza di dati certi e completi, infatti, lo Stato sarà in grado di stabilire quali tratti costieri destinare ad uso eccezionale, predisporre adeguatamente le nuove gare e, infine, individuare i giusti canoni concessori⁷⁵.

⁷³ Cfr. l’art. 24, comma 3-septies d. l. n. 113 del 2016, convertito in legge n. 160/2016. Al riguardo, si ricorda che già l’art. 11 della l. n. 217/2011 (Legge finanziaria 2010) delegava il Governo ad adottare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime, al fine, tra l’altro, di “stabilire limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, entro i quali le regioni fissano la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all’interesse pubblico nonché proporzionato all’entità degli investimenti”.

⁷⁴ Già la l. 6 agosto 2015, n. 125 (*Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali*) imponeva alle Regioni di effettuare una verifica dello stato delle proprie coste, al fine di elaborare una proposta organica di revisione del demanio marittimo.

⁷⁵ Come è noto, il tema della corretta individuazione dei canoni concessori è anch’esso da tempo oggetto di dibattito. È evidente che il beneficio economico tratto dal concessionario dovrebbe riverberarsi in maniera proporzionale sulla quantificazione del canone, laddove, al contrario, è oggi possibile registrare una generale inadeguatezza dei corrispettivi pagati dai privati rispetto alla effettiva redditività delle concessioni. Sul tema si rinvia alle considerazioni di M. D’ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit., 283 ss.; F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, cit., 789; F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 493 ss. Da ultimo, la questione è stata sollevata anche dall’AGCM, che ha sottolineato come nel 2019 “su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone inferiore ad euro 2.500” (AGCM, Segnala-

Con specifico riferimento al profilo indagato in questa sede, una prima soluzione potrebbe essere quella di recepire il modello francese, ai sensi del quale al concessionario è consentito unicamente realizzare opere facilmente amovibili, con consequenziale riduzione dell'entità degli investimenti da ammortizzare ed agevole (nonché obbligatorio) ripristino dello stato precedente ad ogni scadenza del rapporto concessorio⁷⁶. Tuttavia, come si è già avuto modo di osservare, tale opzione – oltre a non risolvere la questione relativa alle centinaia di opere fisse già presenti sulle coste italiane – rischierebbe di condurre a non pochi problemi di ordine applicativo, ogniqualvolta la fragilità del suolo o le condizioni dei venti e delle mareggiate non consentano l'installazione di manufatti non ancorati al terreno.

Come si è avuto modo di osservare, l'attuale formulazione dell'art. 49 cod. nav. già conterrebbe una possibile soluzione al problema della mancata remunerazione degli investimenti dei soggetti concessionari, laddove prevede che l'amministrazione concedente possa contemplare nell'atto concessorio una deroga alla regola della gratuità della devoluzione delle opere al patrimonio dello Stato. Tuttavia, si ritiene che un intervento riformatore del legislatore che imponga il pagamento di un'indennità sia comunque necessario. Appare evidente, infatti, come l'assenza di alcun criterio circa la scelta sul se prevedere o meno un indennizzo (né tantomeno in ordine al *quantum* dello stesso) fa sì che, ad oggi, la sorte del concessionario venga valutata caso per caso sulla base di una decisione ampiamente discrezionale della p.a. concedente (sostanzialmente

zione AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/legge-annuale>).

⁷⁶ Cfr. l'art. 2 del *Dècret n. 2006-608*, ai sensi del quale, fatta eccezione per le strutture sanitarie e di sicurezza, sulle spiagge è permessa unicamente la realizzazione di strutture amovibili o trasportabili, che non presentano ancoraggi durevoli al suolo. Tale disposizione si lega ad un altro principio presente nel suddetto decreto, in base al quale ogni opera edificata dal concessionario deve essere concepita in modo da poter permettere, alla fine del periodo di vigenza del rapporto, il ritorno dell'area allo *status quo ante*. Richiama la disciplina d'oltralpe anche M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, cit., la quale sottolinea altresì come “tale ordinamento giuridico si differenzia, tuttavia, dalla nostra esperienza per l'organizzazione amministrativa e le gestione, che sono fortemente centralizzate”, 1086. Sempre in chiave comparata, per un'analisi dei modelli regolatori portoghese e spagnolo, con specifico riferimento al profilo dell'obbligo della selezione del concessionario mediante procedura ad evidenza pubblica, v. C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 28-35.

insindacabile), con inevitabili conseguenze anche in termini di violazione del principio di parità di trattamento.

Parte della dottrina ha affermato, invero, come l'art. 49 cod. nav. – nel determinare l'incameramento dei beni in proprietà superficaria del concessionario in assenza di indennizzo – violerebbe gli artt. 3 e 42 Cost., nonché l'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e l'art. 17 della Carta di Nizza (entrambi dedicati alla tutela della proprietà), laddove l'acquisizione gratuita al patrimonio dello Stato di un complesso di manufatti formatosi per effetto dell'attività (legittima) e degli investimenti dei concessionari uscenti configurerebbe una ipotesi di espropriazione sostanziale, priva del corrispettivo pagamento della giusta indennità⁷⁷.

Recentemente, è stata altresì prospettata la lesione degli artt. 49 e 56 TFUE (rispettivamente disciplinanti il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi) scorgendo nella previsione di cui all'art. 49 cod. nav. una violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza allo scopo. Richiamando il caso *Laezza*⁷⁸ in tema di concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi, l'Autore ricorda come in quell'occasione la Corte di Giustizia abbia ritenuto compatibile con il diritto europeo l'imposizione del rilascio a titolo gratuito dei beni da parte del concessionario solo in ipotesi di decadenza o revoca (a titolo sanzionatorio), ostando gli artt. 49 e 56 TFUE ad una disposizione nazionale che preveda la cessione a titolo non oneroso anche nelle ipotesi di naturale scadenza del rapporto concessorio⁷⁹.

La previsione di un indennizzo nei confronti del concessionario uscente, del resto, non configurerebbe una assoluta novità nell'ambito dello stesso Codice della navigazione, il cui art. 703 prevede l'obbligo di corrispondere il "valore di subentro" da parte del concessionario entrante, in caso di realizzazione di impianti o immobili fissi (anche a carattere commerciale), realizzati, con l'autorizzazione dell'ENAC, in quanto strumentali all'erogazione del servizio ed alla valorizzazione dell'aeroporto. Del medesimo tenore anche la disciplina delle concessioni di produzione di gas naturale, l. 17 maggio 1999, n. 144, ove è imposto al nuovo con-

⁷⁷ F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, cit., 50-52. Parla di "esproprio larvato" G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino 2019, 189.

⁷⁸ Corte Giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2016, C-375.

⁷⁹ G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, cit., 185-186.

cessionario di corrispondere una somma al distributore uscente pari al valore di rimborso degli impianti da quest'ultimo realizzati (art. 41).

Nel recente passato, alcune regioni – a fronte dell'inerzia del legislatore statale e con l'obiettivo di introdurre una normativa idonea a regolamentare in maniera sistematica e differenziata il settore – hanno emanato leggi in materia di rilascio di concessioni demaniali marittime, inserendo, tra l'altro, una previsione che contemplava la possibilità di imporre al concessionario subentrante il pagamento di un indennizzo a favore dell'uscente⁸⁰. Tuttavia, tali interventi normativi sono stati sottoposti al vaglio della Consulta, che ne ha dichiarato l'incostituzionalità *in parte qua*, affermando (condivisibilmente) come la rimodulazione della durata delle concessioni ed il riconoscimento di un indennizzo a favore dei concessionari uscenti, rientrando nella materia “tutela della concorrenza”, siano profili riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co.2 Cost. e, pertanto, illegittimamente regolati da parte delle regioni⁸¹.

⁸⁰ Ci si riferisce alla l.r. Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2017, n. 10 (*Disposizioni in materia di demanio marittimo regionale e demanio marittimo stradale*) – censurata da Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109 – il cui art. 49 disponeva che “fermo restando quanto previsto nella concessione, il concessionario subentrante è tenuto a corrispondere al concessionario uscente un indennizzo onnicomprensivo che tiene conto: a) della quota parte residua degli ammortamenti relativa agli investimenti di cui al regolamento di attuazione della legge regionale 22/2006, effettuati a proprie spese, non previsti nella concessione e autorizzati dall'amministrazione concedente, dei quali alla scadenza della concessione non sia stato conseguito l'integrale recupero mediante il loro totale ammortamento; b) del valore commisurato all'avviamento, calcolato come la media dei redditi dichiarati ai fini delle imposte sui redditi in relazione agli ultimi cinque periodi d'imposta anteriori riferiti all'attività oggetto di concessione, moltiplicato per il valore, comunque non superiore a tre, corrispondente al 10 per cento della durata in anni della concessione uscente”. In senso analogo v. anche l.r. Toscana, 9 maggio 2016, n. 31, con la quale si riconosceva al concessionario uscente il diritto a ricevere un indennizzo, da parte del concessionario subentrante, pari al 90% del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione (dichiarata incostituzionale *in parte qua* da Corte cost., 23 maggio 2017, n. 157).

⁸¹ Oltre alle pronunce richiamate nella nota che precede, v. anche Corte cost., 7 giugno 2018, n. 118, ove viene censurata una disposizione della l.r. Abruzzo, 27 aprile 2017, n. 30 tesa a tutelare il legittimo affidamento dei concessionari uscenti; Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, che dichiara l'incostituzionalità di alcune disposizioni della l.r. Liguria, 10 novembre 2017, n. 26 in tema di durata delle concessioni (per un commento a quest'ultima pronuncia v. G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di quad. cost.*, 3/2020, 542 ss. In più occasioni la Consulta ha sottolineato come la disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investa contemporaneamente diversi ambiti di materia, attribuiti alla competenza esclusiva statale

In alcune decisioni la Corte è andata oltre il profilo formale della competenza, contestando anche nel merito la previsione dell'indennizzo: esso, a parere dei giudici costituzionali, non solo costituirebbe un disincentivo alla partecipazione da parte di nuovi potenziali concorrenti, ma finirebbe altresì per riconoscere un ingiusto vantaggio al concessionario uscente, favorendo il consolidamento di posizioni dominanti, in violazione dei principi introdotti dalla direttiva Bolkestein⁸². Le conclusioni cui giunge la Consulta non appaiono condivisibili: a ben vedere, infatti, nel caso di specie il riconoscimento di un indennizzo non configurerebbe affatto un vantaggio per il concessionario uscente, né tantomeno violerebbe il principio della uniformità delle condizioni di accesso al mercato; esso, piuttosto, sarebbe posto unicamente a tutela delle legittime aspettative del titolare del rapporto concessorio in ordine ad una proporzionata remunerazione dei capitali investiti e della consequenziale valorizzazione dell'area demaniale, evitando in tal modo il configurarsi di un (questo sì) indebito arricchimento in capo allo Stato (per l'incremento di valore) e del gestore subentrante (per il fatto di poter beneficiare di opere già realizzate e idonee a garantire i servizi turistici).

Del resto, delle due l'una: posto che il concessionario ha edificato manufatti che, sebbene autorizzati, non erano "imposti" dal rapporto concessorio (e, pertanto, non rientravano nella dinamica originaria che ha determinato l'assetto degli interessi), tali investimenti possono: a) essere considerati dall'amministrazione un disvalore per il demanio (in quanto obsoleti o semplicemente non idonei alla migliore valorizzazione dello stesso), con consequenziale emanazione del relativo ordine di demolizione; b) essere reputati un elemento in grado di incrementare il valore della proprietà pubblica e di agevolare lo sfruttamento dell'area da parte del concessionario entrante, nel qual caso l'assenza di un indennizzo

(concorrenza), concorrente Stato/Regioni (governo del territorio) ed esclusiva regionale (turismo) (cfr. Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40; Corte cost., 4 luglio 2011, n. 213).

⁸² "La previsione dell'indennizzo incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento", Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109. Per una attenta disamina della portata applicativa della direttiva Bolkestein nel settore delle concessioni, v. A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, cit., 142 ss., ove si prospetta una interessante distinzione tra concessioni reddituali e concessioni funzionali, assumendo come elemento dirimente il tipo di interesse pubblico sotteso alla singola fattispecie concessoria.

nei confronti di chi ha determinato tale incremento di valore (pur non essendone obbligato) configurerebbe inevitabilmente una fattispecie di indebito arricchimento.

Tali conclusioni appaiono incontestabili, ed anzi, si ritiene che l'applicazione dell'art. 49 cod. nav. – incidendo negativamente sulla posizione del concessionario – rischia di ostacolare il conseguimento degli stessi obiettivi europei di introduzione di un regime pienamente concorrenziale nel settore: la consapevolezza di incorrere nel pregiudizio derivante dalla cessione gratuita delle opere inamovibili al momento della scadenza della concessione, infatti, potrebbe, da un lato, disincentivare la partecipazione alle gare da parte di coloro che dovessero ritenere non conveniente l'“operazione economica” nel suo complesso e, dall'altro, ridurre la quantità e la qualità degli investimenti⁸³. Nulla di grave, si potrebbe obiettare, se non fosse che alla base della scelta di non destinare la spiaggia all'uso generale e di concederne la gestione ad un operatore economico per la realizzazione di attività a carattere turistico-ricreativo sussiste l'interesse pubblico a sviluppare le attività turistiche e l'economia locale⁸⁴. L'amministrazione non è certo obbligata ad assegnare un determinato tratto di costa in concessione, dovendo anzi essa primariamente valutare se le esigenze pubblicistiche (in special modo di carattere paesaggistico-ambientale) che connotano quel territorio possano essere più adeguatamente soddisfatte escludendo l'area dal novero di quelle passibili di essere concesse a terzi⁸⁵; dal che si desume che ogniquale volta la

⁸³ In termini v. G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, cit., 191.

⁸⁴ La giurisprudenza ha avuto da tempo modo di chiarire che l'utilizzo economico del bene demaniale marittimo da parte di un privato deve in ogni caso essere finalizzato (anche in via indiretta) al soddisfacimento dell'interesse generale, ad esempio garantendo alla collettività migliori condizioni di fruibilità del bene stesso (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 11 dicembre 2020, n. 2815, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 12 ottobre 2018, n. 758, in *Foro amm.*, 10/2018, 1731; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7765, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, sez. I, 29 giugno 1998, n. 292, in *Foro amm.*, 1999, 832). Sul punto, interessanti le riflessioni di G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 2020, che – nel sottolineare il legame tra area costiera e identità culturale di una popolazione locale – rinviengono un obbligo nell'amministrazione concedente, consistente nell'assicurarsi “che il concessionario utilizzi il bene demaniale secondo modalità in grado di promuovere il turismo ed assicurare la ricettività del territorio, al contempo conferendo all'offerta turistica un carattere differenziato basato sulle tradizioni del luogo”, 42.

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3428, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 572, in *Riv. giur. amb.*, 2/2010, 357.

scelta sia quella del regime concessorio, questo risponda in maniera più adeguata alle istanze di valorizzazione dell'area⁸⁶.

Ma anche una volta optato per l'uso eccezionale dell'area, il perseguimento dell'interesse pubblico continua ad indirizzare l'operato della p.a. concedente, se è vero che ai sensi dell'art. 37 cod. nav. – a fronte della presentazione di più di un'istanza volta ad ottenere in concessione la medesima area – l'amministrazione è tenuta a procedere in ottemperanza a specifici criteri preferenziali: in particolare dovrà essere selezionata la domanda che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e “si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”⁸⁷. In tal senso, pertanto, pur trattandosi di autorizzazioni all'uso di aree demaniali per la realizzazione di attività economiche (alle condizioni e nei limiti indicati) e non di concessioni di servizi⁸⁸, sussiste in ogni caso in capo all'amministrazione concedente l'interesse a che alle procedure di gara venga presentato un numero adeguato di proposte, idonee a valorizzare l'area (anche) attraverso gli opportuni investimenti.

Anche la recente segnalazione dell'AGCM al d.d.l. Concorrenza 2021, nell'invitare il legislatore ad adeguarsi quanto prima alle richieste dell'UE circa la completa apertura al mercato del settore delle concessioni demaniali marittime, afferma espressamente che “l'indicazione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti”⁸⁹. Sebbene l'Autorità non faccia esplicito riferimento all'art. 49

⁸⁶ È possibile richiamare, al riguardo, la ricostruzione operata da Sandulli, laddove, nell'utilizzazione del binomio uso generale-uso particolare, chiarisce come anche attraverso la concessione a privati i beni pubblici sono funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, seppure in modo indiretto (A.M. SANDULLI, *Beni pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, Milano 1959, V, 277 ss.).

⁸⁷ S. PRETE, *Profili procedurali e criteri di preferenza nel concorso di domande di rilascio di concessione demaniale marittima*, in *Dir. mar.*, 2009, 1095 ss.

⁸⁸ Cfr. Corte Giust. UE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa srl e a. vs. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro*, cause riunite C-458/14 e C-67/15. Per una ricostruzione del dibattito circa la riconducibilità delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo al novero delle concessioni di beni o di servizi, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2/2012, 454-456.

⁸⁹ AGCM, Segnalazione AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/legge-annuale>, 5.

cod. nav., appare implicito l'invito al legislatore statale a riformarne il contenuto, potendosi interpretare quel "ove ne ricorrano i presupposti" nel senso di non prevedere alcun ristoro unicamente nell'ipotesi in cui si opti per la demolizione dell'opera. Le stesse Adunanze Plenarie n. 17 e n. 18 del 2021, nell'affermare che "andrebbero evitate ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi)", contemplano, *a contrario*, che investimenti "efficienti" debbano essere adeguatamente tenuti in considerazione nei passaggi tra un rapporto concessorio ed il successivo.

Piuttosto, il futuro intervento di riforma non potrà non tenere in debita considerazione la circostanza che il concessionario subentrante è già tenuto a versare un canone concessorio maggiorato proprio in ragione della presenza delle opere inamovibili realizzate dal precedente concessionario e non demolite; pertanto, onde evitare di "far pagare" due volte al vincitore della procedura di gara l'acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato, è quest'ultimo e non il concessionario subentrante a dover indennizzare l'uscente. Solo in tal modo si eviterà l'indebito arricchimento sia del nuovo titolare del rapporto concessorio (tramite la quota di canone rapportata alle opere inamovibili affidategli in gestione), che dello Stato (tramite la corresponsione dell'indennizzo a colui che ha edificato i manufatti divenuti pertinenze demaniali).

In ordine all'ammontare dell'indennizzo, occorre operare un distinguo. Nei confronti degli attuali concessionari uscenti si profila l'esigenza di tutelare il loro eventuale legittimo affidamento: l'anticipata cessazione del rapporto potrebbe aver determinato una lesione del diritto dell'operatore economico di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate⁹⁰; sarà, pertanto, necessario effettuare una valutazione caso per caso al fine di verificare se e in che misura si registrino mancati profitti (legittimamente attesi a fronte dell'ultima proroga al 2033) o non si sia giunti al completo ammor-

⁹⁰ In tema di attività normativa e tutela del legittimo affidamento sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021. V. anche P. CARNEVALE, G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge, fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014.

tamento degli investimenti effettuati⁹¹. La remunerazione di tali “perdite”, anche laddove dimostrate, non è ovviamente scontata, in ragione della circostanza che – premessa la facoltà del legislatore di intervenire anche incidendo su posizioni giuridiche sorte sulla base di disposizioni precedenti – l’affidamento del privato rileva unicamente laddove il contesto nel quale si colloca la norma anteriore ed il contenuto della stessa siano tali da “indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell’«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l’intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»”⁹².

A regime, invece, i criteri in base ai quali calcolare l’indennizzo dovranno riguardare il valore dell’opera realizzata, l’incremento di valore dalla stessa (eventualmente) apportato all’area demaniale, nonché il valore commerciale dell’impresa, ovvero il c.d. avviamento (il cui “peso” andrebbe evidentemente trasferito sul concessionario subentrante mediante un ponderato incremento dell’ammontare del canone concessorio).

Accanto al tema dell’ammontare dell’indennizzo, si pone una seconda questione: lo Stato potrebbe aver autonomamente valutato efficienti e utili le opere ed aver deciso, quindi, di non demolirle, ponendole a base di gara. Il concessionario subentrante, tuttavia, potrebbe reputare i medesimi manufatti non idonei a valorizzare al meglio l’area demaniale e potrebbe avere interesse a chiederne la demolizione, ciò non solo in quanto opere ormai obsolete o poco funzionali, ma anche in ragione della destinazione d’uso delle stesse (si pensi all’ipotesi in cui il nuovo concessionario valuti, ad esempio, più conveniente offrire servizi di noleggio imbarcazioni o di attività ricreative/sportive, piuttosto che proseguire con la gestione di attività di ristorazione)⁹³. Si badi, tra l’altro, come la scelta pubblica di acquisire le opere e non demolirle – ponendosi in un momento di “transizione” (tra la cessazione del precedente rapporto ed il rilascio della nuova concessione) – si rivela assolutamente priva di margi-

⁹¹ In termini M.C. GIRARDI, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *DPER online*, 1/2019, 240; F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, cit., 52.

⁹² V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 2014, 255.

⁹³ Una previsione analoga era prevista, nell’ordinamento statutario, nel settore delle concessioni minerarie. In particolare, l’art. 36, l. 29 luglio 1927, n. 1443 disponeva che il concessionario entrante dovesse versare una somma a favore di quello uscente a fronte dei beni destinati alla coltivazione “che il nuovo concessionario intenda ritenere”.

ni di sindacabilità, pur essendo potenzialmente impattante sugli interessi del subentrante: sarebbe auspicabile, pertanto, che la nuova disciplina consentisse all'operatore economico di optare per la "non accettazione" delle opere non amovibili presenti sull'area.

Del resto, la stessa Adunanza Plenaria – in piena coerenza con la disciplina europea in materia di procedure ad evidenza pubblica – afferma che "elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire"; tale prospettazione rinvia evidentemente al riconoscimento della facoltà – in capo agli aspiranti concessionari – di presentare offerte che propongano migliorie relativamente anche all'assetto "immobiliare" già presente sull'area demaniale e posto a base di gara.

L'esigenza di consentire al concessionario subentrante di richiedere l'affidamento dell'area libera dai manufatti realizzati dal concessionario uscente emerge, altresì, dalla considerazione che la maggioranza delle opere non amovibili presenti sul litorale italiano risalgono ad almeno 30 anni (se non molto di più) e sono state realizzate in un'epoca in cui si era ben lontani dall'attuale attenzione al valore paesaggistico e ambientale del demanio. Al contrario, è oggi ormai acclarato che qualsiasi destinazione si intenda dare ad un tratto di costa essa debba in primo luogo essere coerente con le esigenze di protezione della stessa, di talchè la selezione di eventuali concessionari dovrà in futuro essere valutata anche e soprattutto tenendo conto della idoneità dei progetti presentati a garantire un adeguato temperamento tra sfruttamento e conservazione⁹⁴. Ciò potrà avverarsi unicamente se si consentirà all'operatore economico di prospettare investimenti rispettosi dei più avanzati criteri di architettura sostenibile, ecologicamente innovativi, prescindendo, pertanto, da

⁹⁴ "I progetti di sfruttamento sintetizzati nei documenti dell'offerta devono garantire l'infrastrutturazione della spiaggia per il massimo soddisfacimento delle aspettative sempre più diversificate ed esigenti dell'utenza e, nel contempo, devono assicurare il contenimento delle esternalità ambientali e del disturbo al paesaggio", E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, cit., 1225. Prospetta una applicazione delle regole concorrenziali al settore delle concessioni demaniali marittime, intesa quale strumento idoneo non solo a stimolare l'economia, ma anche a consentire uno sfruttamento sostenibile delle risorse naturali, "finalizzato al bene comune, in termini di migliore fruizione di queste e, soprattutto, di creazione di ricchezza a vantaggio della collettività e non solo di pochi" A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 3/2018, 1250 ss.

quelle opere che – seppur magari ancora funzionali – non rispondono alla pressante esigenza di un “cambio di marcia” nell’approccio alla gestione delle zone costiere italiane, in grado di armonizzare gli interessi di valorizzazione economica con quelli di protezione e preservazione delle aree demaniali, anche in vista della loro trasmissibilità alle generazioni future.

Elisabetta Lamarque

LE DUE SENTENZE DELL'ADUNANZA PLENARIA...
LE GEMELLE DI *SHINING*?

SOMMARIO: 1. Ancora una coppia di sentenze gemelle. – 2. L'Adunanza plenaria fa uso di alcuni strumenti propri della Corte costituzionale. – 3. Il Consiglio di Stato, tuttavia, non è la Corte costituzionale. Né quanto ai controlimiti... – 4. *Segue*. Né quanto alla limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni. – 5. Conclusioni. Un ritorno alle origini, ma a parti invertite.

1. *Ancora una coppia di sentenze gemelle*

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.

All'espedito delle *sentenze gemelle* si sono appoggiate, in passato, sia la Cassazione, quando ha voluto modificare l'interpretazione dell'art. 2059 del codice civile sul danno non patrimoniale consolidata da oltre sessanta anni, allo scopo di estendere l'applicabilità di tale articolo al danno provocato dalla lesione di un qualsiasi diritto costituzionale della persona¹; sia, naturalmente, la Corte costituzionale quando, dopo diversi

¹ Cass., sez. III civ., sentt. n. 8827 e n. 8828 del 2003. Sia consentito, sul punto, rinviare a E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 275, in cui si ipotizza che il nome di "sentenze gemelle", con il quale la dottrina e la giurisprudenza hanno immediatamente denominato la coppia di pronunce della terza

anni dall'entrata in vigore dell'attuale art. 117, primo comma, Cost., ne ha stabilito il modo di operare presso tutti i giudici per quanto riguarda i vincoli internazionali².

È arrivata ora la volta del Consiglio di Stato. Anche le due sentenze dell'Adunanza Plenaria a cui è dedicato questo numero monografico di *Diritto e Società*, infatti, essendo state depositate nello stesso giorno con numero successivo ed esprimendo il medesimo principio di diritto, meritano certamente il nome di sentenze gemelle.

A parere di chi scrive, tuttavia, quest'ultima coppia di gemelle non ha nulla a che spartire con le precedenti, le quali potevano contare sui solidi argomenti giuridici diffusamente spesi a sostegno delle loro originali proposte.

Ben diversamente dalle precedenti, le sentenze in commento ambiscono a piegare la giurisprudenza dei giudici inferiori, e indirettamente la stessa azione dei pubblici poteri, *con la forza* e non con la persuasione, dato che la loro motivazione fa purtroppo acqua proprio là dove avrebbe dovuto tenere maggiormente, e cioè nelle parti più innovative relative al differimento dei loro effetti temporali. Una forza che l'Adunanza plenaria esercita contando naturalmente sulla sua qualità di organo di nomofilia della giustizia amministrativa, e di cui tuttavia abusa nel momento in cui fa slittare l'applicabilità nel nostro ordinamento della norma europea che avrebbe dovuto regolare il caso concreto fino alla data, individuata con perentoria arbitrarietà, del 31 dicembre 2023.

2. *L'Adunanza plenaria fa uso di alcuni strumenti propri della Corte costituzionale*

Gli aspetti delle sentenze in commento che suscitano perplessità sono davvero numerosi, ma in queste brevi note ci si vuole soffermare soltanto sulla circostanza che il Consiglio di Stato, per giungere alla soluzione ora esposta, prenda in prestito, indebitamente a parere di chi scrive, stru-

sezione civile della Corte di Cassazione che hanno distrutto le fondamenta dell'intero sistema della responsabilità civile consolidato attorno alle norme del codice civile fascista, sia stato scelto anche perché capace di evocare l'attentato delle torri gemelle di New York, e cioè l'evento che ha scosso l'intero mondo occidentale, facendo sì che niente fosse più uguale a prima.

² Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349 del 2007 sono state denominate "sentenze gemelle" per la prima volta, come è noto, da M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.

menti propri della Corte costituzionale, e che servendosi di questi strumenti finisca per esercitare di fatto un potere che non gli compete.

Riassumiamo dunque il ragionamento delle due sentenze per quel che rileva ai fini di questo scritto.

Secondo l'Adunanza plenaria, le norme della direttiva Bolkestein che richiedono l'espletamento di gare per le concessioni balneari sono certamente dotate di effetto diretto e devono applicarsi al posto delle disposizioni della legge nazionale che prevedono la proroga fino al 2033 delle concessioni già esistenti³, imponendone l'automatica cessazione⁴.

Tuttavia, sempre secondo l'Adunanza plenaria, altre considerazioni (punti 46 ss. delle sentenze), legate *a*) al "notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare", e *b*) "alla necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione delle procedure di gara", suggeriscono di posticipare ancora di oltre due anni, fino appunto al 31 dicembre 2023, il momento della cessazione delle concessioni attualmente in essere.

L'operazione così descritta fa un uso combinatorio di due strumenti creati molti anni fa dalla Corte costituzionale per i propri giudizi: l'istituto dei controlimiti opposti all'ingresso nel nostro ordinamento del diritto dell'Unione europea dotato di effetti diretti, da un lato, e la tecnica

³ La proroga generalizzata fino al 31 dicembre 2033 di tutte le concessioni demaniali marittime in essere è disposta dall'art. 1, cc. 682 ss., della legge del 2018, n. 145 (ma si veda anche l'art. 182, c. 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, così come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77).

⁴ In proposito le due sentenze richiamano Corte di Giust. UE, V sez., sent. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, che aveva stabilito quanto segue: "1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. 2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo". In dottrina è già stato rilevato che in realtà la sentenza *Promoimpresa* non fa cenno né all'effetto diretto della direttiva né tantomeno alla necessità di non applicare la legge nazionale di proroga delle concessioni. Già la stessa ricostruzione del quadro normativo europeo alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla quale l'Adunanza plenaria imbastisce il suo (peraltro criticabilissimo) ragionamento sarebbe quindi non del tutto attendibile, o comunque incerto (tanto che alcuni ritengono che sarebbe stato necessario un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia).

del differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, dall'altro lato.

Prima di commentare l'operato dell'Adunanza plenaria, può essere opportuno ricordare che questi strumenti sono frutto e manifestazione di una notevole creatività giurisprudenziale del giudice delle leggi, e che di conseguenza, per una sorta di doveroso *self restraint*, la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso all'uno o all'altro di essi solo raramente e in occasioni particolari e, soprattutto, non ha mai osato applicarli insieme per decidere la medesima questione, come invece fanno le pronunce in commento.

Inoltre, ma sul punto si tornerà tra poco, tutti e due gli strumenti sono stati creati, sia pure in momenti e in congiunture differenti, per l'analogo fine di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diritti costituzionali delle persone, oppure tra questi ultimi e altre esigenze di rango costituzionale, tra cui quella di rispettare i vincoli discendenti dall'adesione all'Unione europea.

Entrambi, dunque, parrebbero riservati al solo organo – la Corte costituzionale appunto – investito del compito di realizzare il costante e progressivo adeguamento dell'ordinamento nel suo complesso alle superiori norme costituzionali, e sottratti invece alla disponibilità dai giudici comuni, ai quali è consentito soltanto di 'filtrare' queste esigenze, tramite il meccanismo dell'incidente di costituzionalità, in modo da consentire poi alla Corte costituzionale di effettuare il bilanciamento.

3. *Il Consiglio di Stato, tuttavia, non è la Corte costituzionale. Né quanto ai controlimiti...*

I controlimiti sono, come è a tutti noto, gli unici baluardi che l'ordinamento italiano può opporre, in casi estremi, nei confronti di una norma esterna – una norma dell'Unione europea⁵, una norma di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato⁶ o una consuetudine internazionale⁷ – per evitare che essa entri nel nostro ordinamento e produca l'effetto di rendere non applicabile la legislazione nazionale.

⁵ Tra le storiche pronunce che hanno segnato il cammino comunitario della Corte costituzionale si vedano almeno, in questo senso, Corte cost., sentt. n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991 e n. 284 del 2007. Le più recenti pronunce sono richiamate nelle note successive.

⁶ Corte cost., sentt. nn. 30, 31 e 32 del 1971 e n. 18 del 1982.

⁷ Corte cost., sent. n. 238 del 2014.

Nelle due sentenze in commento l'Adunanza plenaria non li nomina ma *di fatto* li aziona nel momento in cui sostiene che la norma europea che impone il principio della gara per l'assegnazione delle concessioni balneari trascura due esigenze irrinunciabili dell'ordinamento italiano, e cioè, come si è già ricordato, *a*) la tutela dell'assetto socio-economico attuale, che la "decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere" comprometterebbe, e *b*) la necessità per le amministrazioni di avere a disposizione i tempi tecnici per indire le gare.

La norma europea, secondo l'Adunanza plenaria, contrasterebbe con queste irrinunciabili esigenze nazionali non di per sé, cioè per il suo contenuto precettivo, bensì *per il solo fatto di applicarsi subito* invece che dopo un congruo intervallo temporale.

In altre parole, ciò che renderebbe *inaccettabili* per l'ordinamento italiano le conseguenze derivanti dalla direttiva Bolkestein a carico delle concessioni balneari – e dunque ciò che giustifica l'apposizione dei controlimiti al suo ingresso nel nostro ordinamento – è la circostanza che essa abbia *effetti diretti immediati, invece che posticipati a una data successiva* (data che per l'Adunanza plenaria sarebbe appunto il 31 dicembre 2023).

Un simile uso dei controlimiti va incontro ad almeno due ordini di critiche.

a) Sotto l'aspetto che si potrebbe chiamare soggettivo, non pare che al Consiglio di Stato possa riconoscersi il potere di selezionare le esigenze del nostro ordinamento idonee a evitare – permanentemente oppure temporaneamente, come nel caso di specie – l'applicazione del diritto europeo dotato di effetti diretti.

Come ha notato qualche anno fa Marco Bignami, la selezione dei valori del nostro ordine costituzionale da difendere a tutti i costi nei confronti delle stesse norme europee dotate di effetto diretto o, in senso opposto, la scelta dei valori a cui rinunciare in favore dell'integrazione europea, è una delle ipotesi di controllo di costituzionalità (nella forma del controllo di costituzionalità delle legge italiana di esecuzione dei trattati europei) di cui la Corte costituzionale, nel nostro sistema, è titolare esclusiva. Di conseguenza, quando un giudice comune individua e applica autonomamente un (supposto) controlimito senza sollevare il relativo dubbio di costituzionalità, impedisce alla Corte costituzionale di svolgere questa sua essenziale funzione⁸.

⁸ M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni, in forumcostituzionale*, 16 ottobre 2012.

Bisogna dunque ribadire che spetta alla sola Corte costituzionale la competenza a individuare quali siano “i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona”⁹ che costituiscono una barriera invalicabile all’ingresso di norme dell’Unione europea¹⁰, in quanto “elementi identificativi e irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale” e “per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale”¹¹.

Del resto, nella dottrina costituzionalistica e internazionalistica, dove pure sui controlimiti non si registra certo una unanimità di vedute, nessun autore ha mai sostenuto la tesi della ‘diffusione’ in capo a tutti i giudici comuni del potere di opporre i controlimiti all’ingresso della normativa europea nel nostro ordinamento¹². Anzi, la competenza esclusiva della Corte costituzionale sull’attivazione dei controlimiti sembra essere data da tutti per scontata, tanto da non dovere neppure essere argomentata¹³.

Può essere interessante notare che nemmeno la Corte costituzionale, nelle sentenze più risalenti del suo cammino comunitario, aveva sentito il bisogno di precisare di essere l’unico organo giurisdizionale dell’ordinamento italiano titolare del potere di individuare e di applicare i controlimiti. Anch’essa, evidentemente, lo dava per scontato.

Nel 2006, tuttavia, essa per la prima volta dice espressamente che il contrasto del diritto europeo dotato di effetto diretto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona è “sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale”¹⁴.

La Corte lo ripete poi in occasione del primo esercizio effettivo della propria competenza sui controlimiti che, come è noto, è avvenuto in

⁹ Questa espressione è utilizzata per indicare il contenuto dei controlimiti per la prima volta da Corte cost., sent. n. 183 del 1973, cit., e poi in seguito sempre ripetuta.

¹⁰ Oltre che all’ingresso, come si è detto sopra, delle norme internazionali generalmente riconosciute e delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato.

¹¹ Corte cost., sent. n. 1146 del 1988.

¹² Non lo sostiene neppure M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, 73-74, che pure non critica l’applicazione dei controlimiti da parte del Consiglio di Stato nella vicenda *Federfarma*, di cui si dirà tra poco nel testo e alla nota 17.

¹³ Da ultimi, e per tutti, A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, n. 1/2021, 110 e *passim* e D. PELLEGRINI, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, Firenze 2021.

¹⁴ Corte cost, ord. n. 454 del 2006.

relazione non a norme europee, ma alle norme consuetudinarie internazionali che impedivano il risarcimento dei danni per i crimini di guerra. Nella sentenza n. 138 del 2014, infatti, essa afferma, con enunciato di tipo generale, volto a ricomprendere anche i controlimiti nei confronti delle norme dell'Unione europea, che “in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice”.

A ruota seguono poi le più note affermazioni delle due pronunce costituzionali della saga *Taricco*. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ricorda che compete agli ordinamenti nazionali “stabilire a chi spetti”, al loro interno, “la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale”, e conclude che “la Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva” alla Corte costituzionale. Non manca, in quella ordinanza, anche un apprezzamento esplicito della scelta dei due giudici *a quibus* di rifiutarsi di fare da sé la selezione dei controlimiti, e di rimetterla invece alla Corte costituzionale: “bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”¹⁵.

Analogamente, nella sentenza che chiude la saga *Taricco*, la Corte costituzionale, dopo avere ricordato che la Corte di Giustizia aveva demandato alle “autorità giudiziarie nazionali il compito di saggiare la compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza, definito “sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione”, aggiunge quanto segue: “a quest'ultimo proposito” – a proposito cioè di quali siano le “autorità giudiziarie nazionali” chiamate a verificare se la “regola Taricco” sia compatibile con il principio di determinatezza – “va ribadito” che “l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto”¹⁶.

Ma per quale motivo la Corte costituzionale ha iniziato a rivendicare

¹⁵ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, punto 6 del Considerato in diritto.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 115 del 2018, punto 8 del Considerato in diritto.

la propria esclusiva competenza sull'applicazione dei controlimiti a partire proprio dal 2006?

La risposta non è certo difficile, se si ricorda che proprio nell'anno precedente, il 2005, l'ordinamento italiano aveva visto la prima concreta applicazione dei sempre minacciati, ma mai attivati, controlimiti all'ingresso di una normativa dell'Unione europea dotata di effetto diretto, e che in quel primo storico caso non era stata la Corte costituzionale, ma un giudice comune, ad azionarli¹⁷. Nel 2006, quindi, la Corte costituzionale ha colto l'occasione per reagire a quella che evidentemente aveva percepito come un'invasione delle proprie prerogative da parte del giudice comune¹⁸.

E non sembra senza significato, come poi si vedrà nelle conclusioni di questo breve contributo, che anche allora, come nella vicenda attuale, fosse il Consiglio di Stato il giudice comune che si era sostituito, con le proprie valutazioni sui controlimiti, alla Corte costituzionale.

Con la sentenza *Federfarma* del 2005, infatti, il supremo giudice amministrativo, ritenendo che la norma europea dotata di effetto diretto violasse un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione italiana, aveva evitato di disapplicare una norma legislativa interna con essa in contrasto – una norma tra l'altro introdotta da una sentenza costituzionale di accoglimento manipolativo –, ma lo aveva fatto da solo, senza interpellare la Corte costituzionale.

b) Una seconda critica circa il modo in cui le sentenze in commento hanno fatto uso dei controlimiti riguarda il profilo oggettivo, e cioè la selezione degli interessi dell'ordinamento nazionale capaci di congelare temporaneamente l'effetto diretto delle norme europee relative alla necessità della gara per l'attribuzione delle concessioni balneari.

Chi scrive ritiene che i beni concretamente individuati dall'Adunanza plenaria siano ben lontani dal meritare la qualifica di “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale” o di “diritti inalienabili della persona”.

¹⁷ Cons. St., sez. V, sent. 8 agosto 2005, n. 4207, su cui O. POLLICINO, *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2005, 1939 ss. e M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino 2009, 74 ss.

¹⁸ La suggeriscono, tra gli altri, U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, 'controlimiti' e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, XII, 496 e A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., XIII, nota 16.

È vero che il problema della enucleazione in concreto di cosa possa effettivamente costituire un controlimito “è da sempre in agenda”, e che la stessa Corte costituzionale è stata in grado di fornire, in proposito, solo poche indicazioni¹⁹.

Tuttavia è chiaro che nessuna delle due esigenze richiamate dalle nostre sentenze gemelle raggiunge neppure lontanamente quella consistenza e quel sicuro rango costituzionale supremo richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per autorizzare il *chilling effect* di norme europee dotate di effetto diretto.

Non raggiunge la consistenza minima per poter invocare i controlimiti *il notevole impatto socio-economico* sugli attuali concessionari e sulle loro famiglie che deriverebbe dalla decadenza delle concessioni²⁰, perché ciò a cui si riferisce l'Adunanza plenaria non sono altro che conseguenze economiche negative a carico di un numero limitato, benché non esiguo, di determinati operatori economici e dei loro dipendenti. Si tratta, tra l'altro, di conseguenze senz'altro rilevanti ma non certe, perché a seguito delle gare gli stessi soggetti concessionari potrebbe risultare aggiudicatari del medesimo o di altro stabilimento balneare, e i loro dipendenti potrebbero continuare la medesima attività anche presso altro concessionario.

L'esigenza di evitare pesanti ricadute economiche e sociali, invece, a parere di chi scrive, potrebbe assurgere a controlimito all'ingresso di una normativa europea solo in presenza di ricadute certe, sproporzionate rispetto ai benefici che la normativa europea intende perseguire e soprattutto più gravi e più ampie di quelle a cui si riferisce l'Adunanza plenaria, in danno dell'intera collettività nazionale o di una sua porzione relevantissima.

Ancora, *non* può certo essere ricompresa tra i principi supremi dell'ordinamento nazionale neppure la necessità di ovviare alla *difficoltà*

¹⁹ G. DOLSO, *I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*, in *Nomos*, n. 2/2017, 38 ss., il quale ricorda le sentenze costituzionali che hanno riguardato il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e il principio di legalità e di determinatezza in materia penale.

²⁰ L'idea che si dovrebbe necessariamente bilanciare il “regimo rigido di concorrenza” imposto dalla direttiva Bolkestein con la considerazione del “tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie)” era stata avanzata, in dottrina, prima delle sentenze in commento, da B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 16, i quali richiamano, in proposito, G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *federalismi.it*, n. 5/2020, 2 ss.

di mero fatto per le amministrazioni competenti di indire in breve tempo le procedure di gara. Ciò sia perché le difficoltà di mero fatto non possono essere invocate, negli stessi giudizi di legittimità costituzionale, per far dichiarare incostituzionale una previsione normativa; sia e soprattutto perché, escludendo la possibilità di proroghe legislative delle concessioni esistenti, le amministrazioni avrebbero dovuto, dovrebbero, e dovranno, indire comunque in breve tempo le procedure di gara richieste dal diritto dell'Unione europea.

4. Segue. *Né quanto alla limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni*

Il secondo strumento che l'Adunanza plenaria sembra prendere a prestito dalla Corte costituzionale è la manipolazione degli effetti temporali delle proprie decisioni.

Dal punto di vista dell'efficacia nel tempo, il succo delle due sentenze in commento può essere riassunto come segue. L'Adunanza plenaria afferma che *a rigore* la legge italiana sulla proroga delle concessioni balneari andrebbe disapplicata immediatamente per far posto alla direttiva europea dotata di effetti diretti, con conseguente altrettanto immediata decadenza delle concessioni in atto, comprese quelle di cui sono titolari le parti dei giudizi amministrativi in corso; ma che, *tuttavia*, altre considerazioni consigliano di rinviare questo effetto – un effetto, lo si ripete, dovuto sulla base del quadro normativo – a una data futura, che l'Adunanza plenaria fissa autonomamente, e come si è già detto arbitrariamente, al 31 dicembre 2023.

A parere di chi scrive anche questa seconda operazione va incontro a insormontabili obiezioni critiche.

In primo luogo, bisogna ricordare che la possibilità di differire nel tempo gli effetti delle proprie decisioni fa parte del ricco armamentario che nel corso degli anni la Corte costituzionale si è costruita allo scopo di svolgere al meglio la funzione di cui essa fin dagli esordi si era sentita investita²¹: il compito di realizzare una sempre maggiore aderenza del sistema normativo e di tutte le manifestazioni di potere ai valori costitu-

²¹ Sul punto sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli 2021, 92 ss.

zionali²², adeguando in modo progressivo, complessivo e a ogni costo²³ il diritto legislativo alla Costituzione²⁴.

Non è questo, evidentemente, il compito di un giudice comune, e nemmeno di un giudice supremo come il Consiglio di Stato, anche quando agisce in funzione nomofilattica.

Al giudice comune, lo si è già detto, spetta soltanto interpretare e applicare la legge, o eventualmente non applicarla quando si trova di fronte a una norma europea dotata di effetto diretto (art. 101, c. 2, e art. 11 Cost.), oltre che naturalmente sollevare questione di costituzionalità qualora ne ricorrano i presupposti, e quando ritiene di non potere interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea e al diritto Cedu (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e artt. 11 e 117, c. 1, Cost.) oppure – e questo è il nostro caso – quando ravvisa la possibile violazione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o di diritti inalienabili della persona da parte della norma europea dotata di effetto diretto che nel caso concreto sarebbe tenuto ad applicare.

In secondo luogo, nelle stesse rarissime occasioni in cui la Corte costituzionale ha ritenuto di differire nel tempo gli effetti di una propria dichiarazione di illegittimità costituzionale, bilanciando l'immediata realizzazione concreta della legalità costituzionale con altri beni di ordine costituzionale (di solito l'equilibrio del bilancio pubblico), la maggior parte dei commentatori non le ha risparmiato le critiche, ritenendo questo modo di operare un sostanziale abuso di potere da parte della Corte²⁵.

Le critiche più feroci, come è a tutti noto, sono state formulate nei confronti della ormai famosa sentenza n. 10 del 2015 sulla *Robin Hood Tax* la quale, disponendo che la declaratoria di incostituzionalità valesse solo per il futuro, e non già retroattivamente, aveva escluso – per la prima

²² F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, 1251 ss.

²³ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 306.

²⁴ Ancora L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 524 ss.; ID., *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo tecnica stile*, Padova 1988, 224-225.

²⁵ Per una sintetica ma accurata ricostruzione delle posizioni dottrinarie più risalenti, legate alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale differita della fine degli anni Ottanta del secolo scorso, si vedano, per tutti, a M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista Aic*, n. 2/2015, 5 ss.

volta nella storia della giustizia costituzionale italiana – di potere spiegare i propri effetti sullo stesso giudizio *a quo*.

L'accusa più frequentemente ripetuta nei confronti di quella sentenza è che la Corte costituzionale, nell'impedire che la propria sentenza di accoglimento spiegasse effetti nel giudizio *a quo*, avrebbe violato gravemente le regole del processo costituzionale e determinato "un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento delle finalità ad essa sottese"²⁶.

Non è questa la sede per tornare su quella sentenza che, pur eccentrica rispetto al solito modo di procedere della Corte costituzionale, a parere di chi scrive aveva comunque una sua ragione d'essere nel contesto in cui è stata formulata.

Qui serve soltanto notare che, qualunque cosa si pensi della sentenza n. 10 del 2015, è certo che la medesima operazione compiuta allora dalla Corte costituzionale deve in ogni caso ritenersi vietata al giudice comune.

La funzione di un giudizio civile, penale o amministrativo, infatti, è *risolvere secondo diritto il caso concreto controverso*, e non già risolvere secondo diritto altri casi futuri, estranei al processo in corso, riservando invece al caso concreto una soluzione che lo stesso organo decidente ha valutato come non conforme al quadro normativo. È questo tuttavia ciò che hanno fatto le nostre sentenze gemelle quando, dopo aver affermato che la direttiva europea dotata di effetto diretto in teoria avrebbe dovuto applicarsi al rapporto giuridico controverso, hanno poi concluso che in pratica altre considerazioni, estranee al vigente quadro normativo, consigliavano di decidere diversamente.

È appena il caso di rilevare, infine, che non è in alcun modo pertinente il cenno alla tecnica della *prospective overruling* che le due nostre gemelle fanno per giustificare il differimento dell'applicazione della direttiva.

Il cenno si legge al punto 47 di entrambe le sentenze, là dove l'Adunanza plenaria afferma che nel modulare gli effetti temporali della propria decisione essa applicherebbe "principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017", e cioè la sentenza della medesima Adunanza plenaria che aveva dettato le condizioni alle quali si può applicare la *prospective overruling*.

²⁶ Così, per tutti, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 614. Non è utile ai fini del discorso che stiamo conducendo riportare tutti i numerosi scritti critici, né segnalare i contributi che, sia pure in minoranza, hanno difeso la sentenza.

La tecnica della *prospective overruling* serve per evitare che un brusco e imprevedibile mutamento interpretativo della normativa vigente, di solito a opera del giudice della nomofilachia (la Cassazione a sezioni unite o appunto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), crei scompensi e disagi nei cittadini che fino a quel momento si erano attenuti alle indicazioni giurisprudenziali più risalenti, con conseguente lesione del loro diritto di difesa e dell'esigenza di certezza del diritto.

La soluzione attuata dall'Adunanza plenaria, di differire l'applicazione in Italia di una normativa europea dotata di effetti diretti, nulla ha a che fare, evidentemente con i *revirement* giurisprudenziali che giustificano il ricorso alla *prospective overruling*.

5. Conclusioni. Un ritorno alle origini, ma a parti invertite

A chiusura di queste brevi note ci si può chiedere come mai il supremo giudice amministrativo si riveli il più propenso, tra i giudici comuni, ad appropriarsi di strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale e, tramite questi, a compiere vere e proprie fughe in avanti, esercitando poteri di cui non sembra essere in realtà dotato.

Non pensiamo soltanto a *Federfarma* e alle sentenze in commento, ma anche ai numerosi esempi, su cui qui non è possibile soffermarsi²⁷, di interpretazione costituzionalmente orientata molto creativa, tale da assomigliare a una sorta di controllo di costituzionalità diffuso della legge.

²⁷ Merita tuttavia di essere segnalato almeno il caso esemplare della lettura che viene data dell'art. 56, c. 2, c.p.a. là dove dispone che le decisioni cautelari monocratiche sono assunte con "decreto motivato *non impugnabile*". A fronte di alcune pronunce che accolgono la – peraltro chiarissima – interpretazione letterale, che esclude in modo assoluto la possibilità di impugnare il decreto presidenziale, e che dunque consiglia alle parti e ai loro avvocati di non tentare neppure di reagire al decreto che li danneggia, vi è un orientamento che ritiene necessario colmare in via interpretativa un (supposto) vuoto di tutela delle parti del processo e dunque, in nome del principio di ragionevolezza e del diritto costituzionale di difesa, ammette, contro il dato testuale della legge, l'appellabilità del provvedimento. È ovvio, invece, che se un giudice percepisse un problema di compatibilità di quella disposizione di legge con quei parametri costituzionali dovrebbe piuttosto investire del dubbio la Corte costituzionale, chiedendole una sentenza manipolativa che introduca le garanzie assenti dal testo della legge. Molto critica su questa giurisprudenza è soprattutto M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it*, Osservatorio Covid-19, 2020, alla quale si fa integrale rinvio.

L'impressione è che in realtà il parallelismo tra i due organi – la Corte costituzionale e il giudice amministrativo – sia un elemento presente, e latente, da sempre nel nostro ordinamento.

Nel momento in cui l'idea di introdurre in Costituzione un apposito tribunale capace di eliminare un atto legislativo con effetti *erga omnes* si affacciò nella mente dei costituenti, infatti, l'unica esperienza concreta a cui appoggiarsi era quella del Consiglio di Stato, che era la sola l'autorità giurisdizionale esistente nel nostro ordinamento dotata del potere di dichiarare illegittimi, con effetti appunto *erga omnes*, atti normativi (i regolamenti) e atti amministrativi generali. Del resto, trovare conforto in un istituto già esistente era allora inevitabile, perché nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, in tutte le sedi, così come negli anni successivi, fino al momento dell'effettiva entrata in funzione dell'organo di giustizia costituzionale, c'era una profonda incertezza sia sulla natura giuridica di questo organo, inedito nell'ordinamento italiano e pressoché ancora sconosciuto anche negli altri paesi europei, sia sui poteri e sulle sue modalità di funzionamento²⁸.

Lo stesso legislatore ordinario del 1953, nel dettare finalmente le norme necessarie perché la Corte costituzionale potesse entrare in funzione, scelse di costruire il processo costituzionale solo a grandi linee, con poche previsioni normative, e per tutto ciò che non fosse previsto in quella legge rinviò alle norme del Regolamento di procedura del Consiglio di Stato del 1907 (art. 22, c. 1, della legge n. 87 del 1953), facendo così trapelare con chiarezza l'idea di una possibile assimilazione, quanto almeno al modo di funzionare e alle regole processuali, della futura Corte costituzionale al già esistente giudice amministrativo.

In un simile contesto storico e istituzionale, la scelta del collegio costituzionale appena formato di deliberare, già nel marzo del 1956, Norme integrative contenenti le regole del processo costituzionale veniva proprio incontro all'esigenza della Corte costituzionale di differenziare la propria funzione da quella del giudice amministrativo e di rimarcare le forti differenze qualitative con quest'ultimo, e rispondeva alla sua impel-

²⁸ Documenta efficacemente le numerose incertezze e le profonde divergenze sul ruolo e la natura del costituendo organo di giustizia costituzionale manifestate nel periodo della formazione delle leggi costituzionale e ordinaria del 1953 sia dagli esponenti politici che dagli stessi giuristi U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea Costituente ai primi anni di attività della Corte*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008, 55-70.

lente necessità di affermare la propria identità come organo costituzionale, dotato di autonomia al pari delle Camere.

Uno studio dei documenti dell'epoca ha infatti dimostrato che i primi giudici costituzionali deliberarono le Norme integrative originarie anche per evitare di servirsi delle disposizioni processuali relative al Consiglio di Stato, che essi ritenevano che il legislatore avesse erroneamente riferito all'attività della Corte costituzionale²⁹.

L'esperienza successiva testimonia il raggiungimento dell'obiettivo³⁰. In effetti, il rinvio alle regole di procedura del Consiglio di Stato nell'esperienza storica concreta è rimasto del tutto residuale e nei fatti inoperante³¹, e il parallelismo tra Corte costituzionale e Consiglio di Stato è stato dimenticato anche dalla dottrina.

È quindi paradossale, ma molto interessante, il fenomeno che da tempo abbiamo sotto gli occhi, e che le sentenze gemelle in commento rendono evidentissimo: quello di un Consiglio di Stato che aspira a farsi giudice delle leggi, e che quindi percorre in senso inverso il cammino che la legge del 1953 aveva tracciato quando aveva invitato la Corte costituzionale a comportarsi come un giudice amministrativo.

Anche il fenomeno più recente, forse, si spiega, al pari del più antico, con il fatto che il Consiglio di Stato condivide con la Corte costituzionale la competenza a giudicare atti generali e ad assumere decisioni con effetti altrettanto generali, e quindi non si percepisce – e forse per alcuni aspetti della sua attività davvero non è – così diverso da quest'ultima.

Resta però il sospetto che non siano queste considerazioni tecniche, ma che sia piuttosto la vicinanza alla politica (in senso stretto) a indurre il Consiglio di Stato ad appropriarsi degli strumenti più politici (in senso ampio) di cui la Corte costituzionale si è dotata.

Non possiamo dimenticare, tuttavia, che la composizione, la posi-

²⁹ Così U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 70-78.

³⁰ A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, 3066 ss.; ID., *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia*, in *Giornale st. cost.*, 2006, 298 ss.

³¹ Già V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 211, notava come la Corte, con l'approvazione delle Norme integrative del 1956, "abbia praticamente invertito l'ordine delle fonti regolatrici del processo nei giudizi di legittimità costituzionale", facendo assumere al Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato quella funzione sussidiaria che il testo della legge del 1953 aveva invece previsto per le Norme integrative. Esplicitamente in questo senso Corte cost., sent. n. 179 del 1987.

zione istituzionale di indipendenza dalla maggioranza politica e la stessa funzione del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale sono incomparabili.

In una democrazia costituzionale sono queste differenze a rendere inaccettabile, per l'uno, e accettabile, o addirittura indispensabile, per l'altra, poter disporre degli strumenti processuali necessari per interpretare al meglio la propria funzione.

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)***

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disapplicazione delle norme interne in contrasto con la disciplina comunitaria. – 3. Il regime degli atti amministrativi. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il dibattito sulle sentenze gemelle n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 del Consiglio di Stato in Assemblea Plenaria è oggetto di critica di studiosi ed operatori economici che, in queste ore, si interrogano su problemi di natura teorica ed applicativa. I concetti principali affermati dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa- senza pretesa di esaustività- possono essere compendiabili nei seguenti punti di diritto: a) *“Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione; b) Ancorché siano intervenuti atti di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza*

* I paragrafi 1 e 2 sono da attribuire a Renato Rolli, i paragrafi 3 e 4 a Dario Sammarro.

*di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto; c) Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.¹ Da questa elencazione si intuisce come la decisione offra notevoli spunti di critica dal carattere sostanziale e processuale. Il presente scritto ha l'obiettivo di guidare il lettore in una analisi critica degli *step* della sentenza (da questo momento in poi menzionata al singolare, per l'appunto sentenza, ricordando che trattasi di provvedimenti gemelli²), con particolare riferimento alla parte di provvedimento afferente l' "obbligo di disapplicazione" della norma interna per contrasto con fonti normative europee. L'analisi è condotta senza prescindere da approfondimenti di carattere teorico riguardante l'istituto della disapplicazione, anche nella prassi applicativa. Non è pe-*

¹ <http://www.gazzettaamministrativa.it/servizicu/banccadatigari/viewnews/5566>

² Per l'appunto, la n. 17 e la n. 18 del 9 novembre 2021. Di cui la numero 17 è rinvenibile al seguente link https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202105584&nomeFile=202100017_11.html&subDir=Provvedimenti e la numero 18 al seguente link https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202101975&nomeFile=202100018_11.html&subDir=Provvedimenti.

regrino ritenere la pronuncia espressione di una sorta di potere "sostitutivo" del Giudice rispetto al Legislatore; il Consiglio di Stato cristallizza dei principi operativi idonei a tracciare un sentiero "vincolante" per le Pubbliche Amministrazioni e, per certi versi, anche per lo stesso Organo Legiferante. Non a caso taluno già parla di "Linee Guida". Uno dei dati che maggiormente rileva – *focus* dello scritto- è quello relativo all'anticipazione che l'Adunanza Plenaria fa in merito ad un vero e proprio procedimento/ giudizio di " *non applicazione*" da parte della P.A. di leggi interne in contrasto con le indicazioni e con le norme richiamate in sentenza, con conseguenziale inefficacia di leggi di proroga che il Legislatore dovesse ritenere di introdurre rispetto al termine del 31.12.2023 (termine a partire dal quale le concessioni non produrranno più effetti). I principi di natura concorrenziale ritrovano dunque linfa vitale nella Plenaria, la quale riconosce tutta la forza del diritto del mercato europeo di inserirsi nell'ordinamento interno a discapito di delle forme di opposizione, attive e omissive, realizzate e/o realizzabili dalle Pubbliche amministrazioni, dai Legislatori e, più in generale, dagli Stati.

2. *La disapplicazione delle norme interne in contrasto con la disciplina comunitaria*

Giova descrivere, in linea di massima, il rapporto intercorrente tra diritto comunitario e diritto interno³. Il tema dei legami tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, successivamente all'evento dell'adesione dell'Italia al Trattato di Parigi del 1951 e ai Trattati di Roma del 1957 è stato affrontato dalla giurisprudenza costituzionale- di modo prevalente- con il richiamo all'art. 11 della Costituzione, che consente "limitazioni di sovranità" in vista di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni⁴. Dette limitazioni afferiscono non soltanto l'attivi-

³ Si v. R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma 2005. Si consenta in via esaustiva il rinvio alla Parte Quarta del volume.

⁴ Cfr. Corte cost. n. 14 del 1.964. *Costa c. Enel*, in *Foro it.* 1964 I, 465, ove si ribadiva il principio vigente in materia di successione delle leggi nel tempo. Di notevole rilievo, le sentenze della Corte costituzionale n. 183 del 1973, in *Giur. cost.* 1973, 4059, ss. *Frontini*; cfr. anche Corte cost. del 30 ottobre 1975, n. 2-32, in *Foro it.* 1975 I, 2661. Secondo tale giurisprudenza, gli ordinamenti, nazionale e comunitario, sono autonomi e distinti; i trattati comunitari rientravano in quella categoria di accordi internazionali ai quali la legge ordinaria deve conformarsi in virtù di una speciale garanzia costituzionale. Ebbene con

tà normativa dello Stato, ma anche l'attività amministrativa e giurisdizionale. La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che le limitazioni di sovranità, non trattandosi di cessione, sono ammissibili entro i limiti dei valori fondamentali del nostro ordinamento⁵. I Trattati comunitari, a loro volta, prevedono che le istituzioni comunitarie possano adottare direttive o regolamenti a seconda dei vari casi in predeterminate materie, con la conseguenza che le limitazioni di sovranità rappresenteranno una riserva di competenza a favore delle fonti comunitarie e l'invasione di tale sfera, da parte delle fonti interne, comporterà violazione mediata dell'art. 11 Cost.⁶ Il primo orientamento della Corte costituzionale si riferiva ad una ripartizione di competenza rintracciabile dall'art. 11 Cost., da cui discendevano delle conseguenze, non indifferenti, sul piano del diritto interno. In primo luogo, gli atti normativi nazionali che invadono la sfera riservata dai trattati alle fonti comunitarie, violano l'art. 11 Cost. In secondo luogo, se le fonti comunitarie non affrontano e disciplinano le materie loro riservate, continueranno a spiegare effetti le norme nazionali, in quanto la competenza sarà trasferita con il primo atto di esercizio. In terzo luogo, l'emanazione di norme comunitarie nelle materie riservate alle Comunità, implica l'abrogazione di quelle nazionali contrastanti. Ed ancora, la fonte nazionale incompatibile con la disciplina dettata dalla fonte comunitaria competente è illegittima e, competente a giudicare su tale illegittimità, era la stessa Corte costituzionale⁷. Tale orientamento non è stato accolto dalla

la sentenza n. 183 del 1973, la Corte riconosceva la prevalenza del diritto comunitario secondo esigenze di eguaglianza e di certezza del diritto; pertanto le norme comunitarie dovevano avere piena efficacia obbligatoria, ed essendo dotate di completezza di contenuto dispositivo, anche di diretta applicazione. Veniva, in sostanza, affermato il principio della separazione tra gli ordinamenti.

⁵ Cfr. Corte cost. n. 98 del 1965; Corte cost. n. 183 del 1973. La Corte ha infatti affermato che i due ordinamenti restano autonomi: in caso di contrasto tra una norma comunitaria e una legge interna posteriore, il giudice deve applicare sempre ed immediatamente la norma comunitaria senza dar conto all'ordine temporale in cui intervengono le disposizioni interne contrastanti con la norma comunitaria. Resta fermo il fatto che non si sottraggano «alla sua verifica due ipotesi: quella di un eventuale conflitto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana; e quella di norme che si assumano dirette ad impedire o pregiudicare la *perdurante* osservanza del Trattato o il nucleo essenziale dei suoi principi». Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2003, 191-192. Cfr., sul tema, ampiamente, L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 923 ss.

⁶ In dottrina, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova 2000, 110.

⁷ Ivi, 112 ss.; R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità*

Corte di Giustizia che, nella decisione del 9 marzo 1978, *Simmmenthal*⁸, ha affermato il principio della diretta applicabilità delle norme comunitarie da prevalere sul diritto interno incompatibile. Il giudice nazionale è tenuto a disapplicare (a prescindere dal filtro di un giudizio costituzionale) le norme statali contrastanti con la normativa comunitaria automaticamente operante. La posizione della Corte costituzionale, che configurava in termini di legittimità costituzionale il contrasto tra il diritto comunitario e le leggi interne successive, ponendo il veto al giudice il potere di disapplicare direttamente le leggi nazionali incompatibili, era pertanto in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁹. In seconda battuta, nel 1984 la Corte costituzionale, nella sentenza n. 170 del 1984, *Granital*¹⁰, ha escluso l'applicabilità del principio *lex posterior derogat priori*, ed ha riconosciuto che è dovere del giudice applicare "sempre" il diritto comunitario direttamente applicabile «sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili». La decisione, imponendo (di fatto) al giudice di disapplicare le leggi contrastanti con le norme comunitarie, realizza e concretizza una forma di controllo diffuso sulla validità delle leggi. Tale controllo, in base all'art. 234 Trattato CE, che prevede il rinvio al giudice comunitario delle questioni attinenti all'interpretazione e alla validità delle norme comunitarie, esalta la funzione della Corte di Giustizia, come garante della corretta e giusta interpretazione ed applicazione del diritto comunitario¹¹. Sembra evidente

assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale? in *Dir. proc. amm.*, 1990, 290 ss.

⁸ Di rilievo la sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmmenthal*, in *Foro it.* 1978, 201 ss. ed in *Racc.* 1978, 629.

⁹ Cfr. L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal ed il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 669.

¹⁰ Corte cost. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Foro it.* 1984, I, 2062. Questa decisione ha rappresentato la svolta nella questione tra norma comunitaria e norma interna incompatibile. La Corte di giustizia in definitiva ha ribadito il primato del diritto comunitario da far valere dinanzi al giudice comune abilitato a risolvere la controversia. L'organo interno, posto di fronte ad una antinomia tra fonti, deve disapplicare la norma interna prescindendo dall'annullamento o dalla rimozione della stessa.

¹¹ L'art. 177, comma 2, del Trattato CE «non osta a che un giudice nazionale, che abbia disposto la sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo nazionale e abbia deferito in via pregiudiziale alla Corte una questione relativa alla validità dell'atto comunitario sul quale esso è basato, autorizzi la proposizione di un ricorso avverso la sua decisione». Cfr. Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, n. 334, causa *Soc. Kruger GmbH e Co. c. Hupzollamt Hamburg Jonas*, in *Giust. Civ.* 1998, I, 2065. Questo potere è attribuito anche al Consiglio di Stato; tale organo «in qualità di giudice amministrativo d'appello e d'ultimo grado, è tenuto a sollevare questione pregiudiziale di validità di un atto delle

quindi che il principio della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale imponga, a dire il vero, che la norma interna contrastante con quella nazionale venga del tutto disapplicata. Il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare il diritto comunitario garantendo al singolo la tutela attribuita da tale diritto, con la conseguenza della disapplicazione della norma nazionale confliggente, anteriore o successiva che sia¹². La giurisprudenza della Corte di Giustizia, sul punto, non muta indirizzo. Infatti, secondo una giurisprudenza ormai granitica, si è ribadito che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante con la legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale¹³».

3. *Il regime degli atti amministrativi*

Altro evento meritevole di analisi afferisce la problematica in ordine al tema della c.d. illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo¹⁴. Problematica, questa, che sembra provocata dall'influenza sempre più incisiva del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, nonché dall'allargamento delle azioni e dei settori in cui è intervenuta la normativa comunitaria. Assume quindi preminenza la qualificazione del regime giuridico del provvedimento amministrativo che si pone in contrasto con il diritto comunitario. Detta qualificazione pare correlarsi in modo diretto ed indiretto con la soluzione della più generale questione sui rapporti tra

Istituzioni dell'Unione Europea, ai sensi dell'articolo 164, Trattato CE solo quando vi sia un ragionevole dubbio sulla sua invalidità, ossia quando la questione stessa appaia rilevante in sede di giudizio e non manifestamente infondata, nel qual caso occorre che, per ottenere l'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio di tutti gli Stati membri, s'investa della questione la Corte di Giustizia, mentre la mera proposizione di quest'ultima non obbliga il giudice adito a siffatta rimessione». Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 478, in *Foro amm.* 1998, 1090.

¹² In giurisprudenza, Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96 *Solred*, in *Racc. I*, 937; Corte di Giustizia, sentenza 28 giugno 2001, causa CX-118/00, *Larsy*, in *Racc. I*, 5063.

¹³ Cfr. sentenza Corte di Giustizia 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Carra*, in *Racc. I*-4217; si v. anche Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industria Fiammiferi*.

¹⁴ Si v. R. ROLLI, *op. cit.*

ordinamento nazionale e ordinamento comunitario¹⁵. Da questa problematica discendono differenti soluzioni. A tal proposito, un indirizzo – sostenuto più di una volta dalla Corte costituzionale – prospetta l'appartenenza della normativa comunitaria ad un ordinamento autonomo, seppur connesso con quello interno. Secondo un altro orientamento – accolto dal giudice comunitario – le disposizioni comunitarie contribuirebbero, in concreto, a dar vita ad un ordinamento giuridico unitario di cui le norme del diritto interno sono parte integrante¹⁶. Ebbene, volendo accogliere l'indirizzo della disunione tra gli ordinamenti, ne conseguirebbe che le norme comunitarie non si integrino affatto con l'ordinamento interno. Se così fosse, si verificherebbe per un verso che il contrasto tra norme comunitarie e norme di diritto interno non darebbe luogo all'invalidità di queste ultime, ma solo alla "mera" disapplicazione. Per un altro, la stessa norma comunitaria – non appartenendo all'ordinamento – non potrebbe essere ammessa come atto fondante il potere esercitato dall'autorità amministrativa con l'emanazione dell'atto. Ove si accettasse al contrario l'assunto in ordine all'integrazione normativa (ed amministrativa), si giungerebbe agevolmente a conclusioni diverse dalle precedenti, riferibili sia alla sorte della norma di diritto interno, da valutarsi invalida e non solo disapplicabile, sia alla possibilità che la norma comunitaria diventi il parametro di legittimità dell'atto amministrativo posto in essere in base ad essa. La dottrina ha sottolineato che una rigida applicazione derivante dal presupposto della separazione tra gli ordinamenti, porterebbe a rendere inefficace anche a livello di azione amministrativa, il principio della prevalenza del diritto comunitario¹⁷. Tale presupposto,

¹⁵ Sul tema, espressamente, R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*. Relazione al Convegno I. G.L. del 29 settembre 2004, in *www.giustamm.it*.

¹⁶ Cfr. L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, Torino 2000, spec. 132-134. Si osserva nella dottrina giurisprivatistica che «sia che l'ordinamento comunitario e quello nazionale si considerino autonomi e distinti, sia che si intendano confluiti in un unitario ordinamento, caratterizzato da un ordine giuridico unico, resta pur sempre il problema dell'integrazione reciproca delle discipline nazionali e comunitarie nel sistema giuridico vigente quale prodotto del loro coordinamento secondo la ripartizione di competenze e di gerarchie stabilite e garantite dai trattati istitutivi». Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale, Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 1992, 78-79; M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giur. It.* 1999, 151, 834-835.

¹⁷ Cfr. R. GAROFOLI, *Annulamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb. e App.*, 1997, 339; S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 3, ss.; G. FALCON, *Alcune*

secondo la dottrina «porta a negare alle norme comunitarie direttamente applicabili qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutarne l'eventuale illegittimità o, per converso, la legittimità di un provvedimento, nonostante la sua contrarietà rispetto alla norma interna incompatibile con il dettato comunitario e quindi disapplicabile [...]»¹⁸. Si fa riferimento, sul tema, dal versante giurisprudenziale, alla sentenza del Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34¹⁹. Secondo tale assunto Giurisprudenziale, la norma comunitaria contrastante con quella interna, essendo estranea al sistema delle fonti, non è per niente idonea ad invalidare atti normativi ed amministrativi con essa contrastanti, nei confronti dei quali le disposizioni comunitarie non costituirebbero parametro di legittimità. Da tale decisione traspare che «portando alle estreme conseguenze la tesi dell'autonomia dei due ordinamenti, si può finire per vanificare il principio della supremazia del diritto comunitario. Alle norme comunitarie viene, infatti, negata qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutare l'eventuale illegittimità»²⁰. La giurisprudenza e la dottrina hanno pertanto adottato soluzioni diverse, pur discostandosi dalla teoria della autonomia degli ordinamenti, al fine di confermare il principio del primato del diritto comunitario su quello interno. Sono emersi, difatti, taluni orientamenti in parte differenti tra loro. Frattanto, si è elaborata la c.d. «tesi della annullabilità». Secondo tale tesi, la violazione del diritto comunitario crea effetti simili alla violazione del diritto interno; per tal motivo si è discusso di invalidità/annullabilità. Ciò comporta quindi l'applicabilità dei principi relativi al regime dell'invalidità degli atti amministrativi, non solo in rapporto alla «tipologia»

osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1993, 74 ss.; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85 ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario* Torino 1997; M. FILIPPI, *La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1181; A. MASSERA, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna 1994, 569 ss.

¹⁸ Cfr. R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb. e app.*, 339.

¹⁹ La si veda in *Dir. proc. amm.*, 1990, 284 ss.

²⁰ Così R. GIOVANGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *giustamm.it*, 4.

dei vizi, ma anche alle regole di carattere processuale per la caducazione dell'atto viziato. Si è sottolineata, in tal caso, l'esigenza di un tempestivo ricorso, pena l'impugnabilità dell'atto; in secondo luogo la necessità di specifici ricorsi per avversare l'"anticomunitarietà" contrariamente non rilevabile d'ufficio dal giudice; infine la presenza di decisioni di annullamento al fine di eliminare dall'atto i suoi effetti giuridici²¹. La dottrina perviene a queste conclusioni, presupponendo che le discordanze tra norme (interna e comunitaria) si debbano dirimere utilizzando i criteri ordinati del rapporto tra norme appartenenti allo stesso ordinamento. Pertanto ne discenderebbe che «la legge italiana, incompatibile con un regolamento comunitario risulterà abrogata se ad esso anteriore». Al contrario se la legge interna fosse successiva., presenterebbe «un vizio di invalidità (non già di nullità – inesistenza)», così come accade nel caso di legge costituzionalmente illegittima²². Queste considerazioni permettono di concludere che l'atto amministrativo affetto «da un vizio scaturente dall'inapplicabilità della legge nazionale, presenta una patologia valutabile alla stregua dei comuni canoni della illegittimità – annullabilità, come si reputa avvenga nel caso di applicazione di legge incostituzionale [...]²³». Successivamente si è sviluppata la tesi della nullità. La legge nazionale, secondo detta tesi, in antitesi con il diritto comunitario sarebbe nulla. Anche l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, quindi, sarebbe nullo o addirittura inesistente per carenza di potere. Così argomentando, da un lato, l'atto confliggente con il diritto comunitario non sarebbe più impugnabile; da un altro, diverrebbe dubbia la giurisdizione del giudice amministrativo, stante l'assenza della relativa degradazione del provvedimento; la questione, pertanto, sarebbe devoluta al giudice ordinario²⁴. Un'altra tesi ha adottato una distinzione tra il caso in cui la norma interna si limiti a disciplinare le modalità di esercizio

²¹ Cfr. ancora sul tema, R. GIOVANGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 5.

²² Cfr., sul problema, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, Milano 1997, 601; R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III 148.

²³ Cfr. G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit. 601. Si è infatti giunti alla conclusione secondo cui l'atto amministrativo emesso in base a legge dichiarata incostituzionale non è nullo, né disapplicabile; esso è suscettibile di essere annullato dal giudice amministrativo, versando in una condizione di obiettiva invalidità/annullabilità.

²⁴ Sul punto, cfr. M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1371.

del potere, da quello in cui esclusivamente la norma stessa attribuisca il potere che sta alla base dell'atto amministrativo emesso²⁵. Orbene, nel primo caso si ravviserebbe una patologia configurabile come annullabilità; nel secondo caso, si avrebbe l'inesistenza dell'atto medesimo poiché adottato in carenza di potere, stante la non applicabilità della norma attributiva del potere stesso²⁶. A tal proposito, si richiama in giurisprudenza la decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato del 10 gennaio 2003, n. 35. Nel caso di cui trattasi, è stato esplicitamente sottolineato che allorché un atto amministrativo violi una disposizione di natura comunitaria si configura un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto stesso²⁷. In particolare il Consesso Amministrativo ha statuito che «accertato così che il provvedimento contrastante con il diritto comunitario soggiace al regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo-annullabile, occorre verificare se la disciplina processuale interna, che impedisce il sindacato incidentale ed ufficioso dell'atto inoppugnato o tardivamente impugnato (con l'eccezione degli atti di normazione secondaria) e, quindi la sua disapplicazione, sia compatibile con il principio della *primauté* del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante per i giudici, oltre che per i legislatori e le amministrazioni degli stati membri». Si è a tal proposito asserito in dottrina che sia il Consiglio di Stato, che la Corte di Giustizia (con la sentenza della VI Sez. del 27 febbraio 2003, causa 327/2000, *Santex*) «hanno seguito un comune indirizzo per quanto riguarda il carattere della invalidità di tali atti, riportando il contrasto degli atti amministrativi nazionali con le disposizioni comunitarie alla categoria della illegittimità per violazione di legge. In tal modo è stato fatto cadere, almeno per il momento, il tentativo di configurare in modo originale il caso della violazione delle disposizioni comunitarie per i caratteri

²⁵ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit. 6.

²⁶ Cfr. C. COCCO, *Le. "liaisons dangereuses" tra norme comunitarie, norme interne, e atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, 698 ss; R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE selfexecuting*, cit., 340.

²⁷ Pertanto la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) si configurerebbe nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva, del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto, incompatibile con il diritto comunitario. Al di fuori di questa ipotesi, osserva il Consiglio di Stato, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua dei canoni relativi ai vizi dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato. Sul piano squisitamente processuale rileva l'onere della sua impugnazione davanti al giudice amministrativo nel relativo termine decadenziale, pena la sua inopponibilità.

affatto particolari del parametro normativo di riferimento e per i peculiari rapporti dell'ordinamento giuridico nazionale con quello europeo²⁸». Una ulteriore questione, connessa a tutto quanto detto sino ad ora, riguarda il rapporto tra atto amministrativo nazionale e norme comunitarie non *self-executing*. In merito, vale la pena considerare l'esempio di un provvedimento amministrativo che contrasta con una direttiva che non gode di immediata applicabilità e non ancora attuata. Le direttive, per quanto non direttamente applicabili, rappresentano nondimeno, per la dottrina e per la giurisprudenza, un vincolo in rapporto alle autorità deputate a darvi esecuzione, sotto un doppio profilo. Per un verso, infatti, le direttive costituiscono un parametro di legittimità nei confronti dell'attività svolta al momento dell'attuazione; per un altro, le medesime impediscono iniziative amministrative ad esse contrarie, anche precedentemente ed in assenza dell'attuazione²⁹. Secondo la Corte di Giustizia, invero, «...lo Stato singolo non può opporre ai singoli l'inadempimento da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa³⁰». Si può dedurre che il contenuto delle direttive influenzi l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. Si presenterebbe pertanto, in caso di loro violazione, il vizio di eccesso di potere e non di violazione di legge. Similmente, in relazione alle raccomandazioni, pareri e comunicazioni, si ritiene che tali atti «debbono essere presi in attenta considerazione dall'autorità amministrativa nazionale nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, non diversamente da quanto accade per i pareri non vincolanti previsti dall'ordinamento nazionale». Pertanto «l'amministrazione in sede di motivazione della propria deliberazione dovrà indicare le ragioni per le quali si sia eventualmente discostata da tali atti». In difetto, anche in caso di violazione, sembra rilevare il vizio di eccesso di potere e non violazione di legge. Vale la pena inoltre notare che il tema dei rapporti tra provvedimento amministrativo e diritto comunitario, deve essere esaminato con riguardo al potere di autotutela rimesso all'amministrazione nel caso di un atto amministrativo illegittimo perché contrastante con il diritto europeo. Nello specifico, in ordine all'obbligo di riesame, si

²⁸ Così M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit., 687 ss.

²⁹ Sul punto, ancora R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 21; v. anche M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 539.

³⁰ Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, in causa 148/78, in *Racc.*, 1979, 1642.

è pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza del 14 gennaio 2004³¹, in causa C453/00, *Künhe & Heitz*. Il quesito, molto articolato, sottoposto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, riguardava il pronunciarsi sull'obbligo di un organo amministrativo nazionale di riesaminare un proprio provvedimento (ormai definitivo) – emesso sulla base di un'interpretazione del diritto comunitario – che risultasse poi errato a seguito di sentenze rese su caso analogo dalla Corte comunitaria. Giova per esigenze di chiarezza ricordare la questione instaurata davanti al giudice nazionale concernente l'applicazione puntuale del regolamento del Consiglio n. 2777 del 29 ottobre 1975. Detto regolamento ha previsto, con riguardo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del pollame, un regime di restituzioni per gli esportatori verso paesi terzi. Questo regime è finalizzato a soddisfare da una parte la competitività dei prodotti europei nell'ambito del mercato mondiale, mediante una diminuzione del prezzo all'esportazione (atteso che tale prezzo solitamente alto nella Comunità europea è ridotto al prezzo in uso nel mercato mondiale); dall'altra a realizzare un'equa condizione di vita per la popolazione agricola coinvolta, mediante il versamento a favore degli esportatori di certe somme (o restituzioni) corrispondenti a tale differenza di prezzo. La quantificazione dell'importo delle restituzioni è funzione della classificazione tariffaria dei prodotti esportati. La società *Künhe & Heitz*, con sede in Olanda, fra il dicembre del 1986 e il dicembre del 1987, effettuò una serie di dichiarazioni (di esportazioni) presso le autorità doganali olandesi, al fine di ottenere il beneficio delle restituzioni relative alle esportazioni effettuate. La stessa società otteneva, in un primo momento, quanto richiesto. In seguito, l'autorità amministrativa olandese competente chiedeva con provvedimento il parziale rimborso, giustificato dal fatto che le restituzioni corrisposte alla *Künhe & Heitz* si presentavano superiori a quelle dovute, per inesattezza della qualificazione (cui si riferiva una specifica sottovoce della tariffa doganale) conferita, da parte della società olandese, ai prodotti esportati. La *Künhe & Heitz* presentava reclamo per opporsi al rimborso di quanto asseritamente percepito in eccesso a titolo delle restituzioni sulle esportazioni. Il reclamo veniva dichiarato infondato e la società adiva il “*College van Beroep*” (giudice di ultima istanza in

³¹ Corte di Giustizia. 14 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kunbe & Heitz*, in *Giust. civ.*, 2004, 865, con nota di R. BARATTA, *Sull'erronea interpretazione del diritto comunitario in applicazione della teoria “dell'atto chiaro”*, nonché in *Guida al diritto*, 2004, 111, con nota di A. MONDINI, *Autotutela: il riesame della Corte rende necessario il riesame amministrativo*.

materia commerciale). Con sentenza del 22 novembre 1991, il "College" respingeva il reclamo ritenendo esatta l'interpretazione della normativa fornita dall'amministrazione. Ebbene, nel 1994, su un caso analogo a quello in esame implicante la stessa normativa, la Corte di Giustizia decideva in senso conforme a quanto dedotto dalla *Künhe & Heitz*³². La società, sulla base della sopravvenienza giurisprudenziale della Corte, indirizzava una richiesta di riesame all'autorità amministrativa olandese. L'amministrazione respingeva tale istanza; a tal punto la società si vedeva costretta a proporre un ulteriore reclamo contro la decisione di rigetto dell'istanza, di fronte al "College". Tale autorità ha poi proposto alla Corte in via pregiudiziale la seguente questione; «se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale³³». La Corte, con la decisione *Künhe Heitz* Causa C-453/00, osserva in via generale che «spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze». Inoltre afferma che l'interpretazione data dal giudice comunitario su una norma comunitaria serve a chiarire il significato della norma stessa – ai fini della sua corretta applicazione – dal momento della sua entrata in vigore. Rispetto a quanto affermato, la Corte trae la seguente conseguenza: «una norma di diritto comunitario così interpretata deve essere applicata da un organo amministrativo... anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione³⁴». Viene richiamato in sentenza il principio della certezza del diritto come principio generale riconosciuto nel diritto comunitario, così come all'interno degli stati nazionali; in secondo luogo il fatto che «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea

³² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Lèger, presentate il 17 giugno 2003.

³³ Si fa riferimento al principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE.

³⁴ Cfr. punto 22 della decisione.

di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo³⁵». La Corte, tuttavia, prospetta le situazioni alla presenza delle quali sussiste un obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva confliggente con il diritto comunitario. Secondo il giudice del Lussemburgo è necessaria in primo luogo la circostanza secondo cui «il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva». In secondo luogo deve sussistere il fatto che «la decisione amministrativa ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale». Inoltre occorre che la sentenza si fondi su un'interpretazione del diritto comunitario, assunta senza previo rinvio pregiudiziale che risulti successivamente errata. Infine, la parte che ha interesse faccia istanza di riesame «all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato di tale sentenza della Corte»³⁶. Solo alla presenza di tali circostanze, sulla base del principio di leale cooperazione (art. 10 CE) ad un organo amministrativo investito di una richiesta in tal senso, è imposto «di riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte»³⁷. Il giudice comunitario, ancora una volta, offre chiare soluzioni alla vicenda processuale rimessa al suo esame. Il modo puntuale con cui illustra le condizioni, alla presenza delle quali sussiste un obbligo di riesame di un provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, costituisce il minimo comune denominatore per la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici. Si concorda nel ritenere che, nella fattispecie, la Corte di Giustizia «dimostra la sua capacità di trovare soddisfacenti punti di equilibrio nella soluzione di controversie che mettono in gioco principi contrapposti come l'effettività del diritto comunitario e la certezza delle situazioni giuridiche. Risulta confermata inoltre la sua sensibilità nel comporre lo stesso diritto comunitario e il principio della sua primazia, con il possibile

³⁵ Cfr. punto 24 della decisione.

³⁶ Come si legge al punto 26 della decisione.

³⁷ La soluzione della Corte «è chiara, sebbene sia poi piuttosto articolata nella definizione dei limiti e delle condizioni di applicazione della regola enunciata, in particolare nel caso specifico: la circostanza che una decisione amministrativa sia stata assunta in violazione del diritto comunitario non, comporta un obbligo di riesame da parte dell'autorità amministrativa nazionale che la aveva assunta». Così, D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2004, 725 ss.

rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali³⁸». In definitiva, un insieme di componenti consentono di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Innanzitutto va ricordato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice nazionale debba rilevare d'ufficio la violazione del diritto Comunitario; l'innovativa decisione che ha stabilito il principio della obbligatoria disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario del «provvedimento amministrativo concreto, non avente natura normativa³⁹»; la più recente giurisprudenza che coniuga il regime degli atti amministrativi nazionali con il principio della certezza del diritto. Continuano ad emergere per via pretoria, nuove regole⁴⁰ che, da una parte, qualificano la primazia del diritto comunitario rispetto ad atti normativi nazionali che con esso contrastano; dall'altra, tali regole sembrano favorire una tendenziale armonizzazione ed omogeneizzazione nell'ambito delle discipline giuspubblicistiche⁴¹. Nel quadro dei rapporti

³⁸ Così D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo, cit., 731.

³⁹ Cfr. la menzionata sentenza *Ciola*. Le nuove regole poste in essere dalla Corte di Giustizia, sembrano evidenziare la presenza di un diritto amministrativo di matrice europea.

⁴⁰ Cfr. sul tema, G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi nazionali*, in Riv. dir. pubbl. comunit., 1991, 33 ss. Il principio di effettività e di non discriminazione rappresentano una delle fasi dell'armonizzazione delle discipline anche dal punto di vista processuale. Il diritto al ricorso giurisdizionale «è parte dei principi generali del diritto comunitario, ovvero dei principi che con un rango equiparato alle norme del Trattato, sono parte essenziale della Costituzione comunitaria, e come tali si impongono sul diritto degli stati membri [...]». Cfr. M.P. CHITI, *Effettività e Diritto Comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998; R., CARANTA, *Tutela giurisdizionale italiana sotto l'influenza comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano 1997. Va notato, tuttavia, che non sempre, nonostante la presenza di tali principi, corrisponde «una diretta azionabilità dei diritti dei cittadini, con la conseguenza che alla impermeabilità del diritto comunitario rispetto ai diritti fondamentali nazionali non ha corrisposto finora la piena vigenza di tali diritti in ambito comunitario» Cfr. C. AMIRANTE, *Il processo di integrazione europea tra politica ed economia*, in AA.VV., *L'integrazione europea fra Economia e democrazia*, in *Laboratorio costituzionale*, n. 1/2003.

⁴¹ Sul processo di armonizzazione del diritto amministrativo (nazionale con quello comunitario), cfr. S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 3 ss.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova 2003; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997; M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1991, 824 ss.; G. MARCOU (a cura di), *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, Paris 1995. In particolare, sulle "regole" che influenzano il sistema di giustizia amministrativa, cfr. M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO, (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982; M. CARDUCCI, G. CARUSO, A. CAVALLARI, M.P. CHITI, G. CORAGGIO, G. DE GIORGI CEZZI, S. GIACCHETTI, L.

tra diritto comunitario e diritto interno, si è constatato come l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, non è nullo, né inesistente, né annullabile. Esso deve essere disapplicato al fine di agevolare la massima espansione del diritto comunitario, favorita anche dalla diretta applicabilità dello stesso all'interno degli Stati nazionali.

4. *Considerazioni conclusive*

La sentenza in esame afferma la natura auto-esecutiva dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* e da tale presupposto fa discendere l'illegittimità della disciplina nazionale (che prevede la proroga *ex lege* fino al 2023) e l'obbligo di disapplicazione della medesima. La natura *self executing* della disposizione è data per assodata e non è oggetto di approfondimento nelle pagine del Consiglio di Stato (26-27) che, al contrario, si sofferma sull'obbligo di disapplicazione della norma da parte dell'autorità amministrativa. Peraltro, l'Adunanza plenaria, nel confutare tesi avverse alla sussistenza del potere della P.A. di disapplicare la norma illegittima, ritiene che la tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* sia espressione di una contraddizione logica: se pure si ammettesse “*che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anti-comunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato (...) immaginare un'Amministrazione 'costretta' ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà*

IANNOTTA, C. MODICA DE MAHAC, F.G. SCOCA, *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma* (Atti del convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997) a cura di E. Sticchi Damiani, Milano 1998; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario* (voce) in *Enc. Giur.*, Roma Vol. XV; ID., *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1987; A. BIANCHINI, *La tutela dei cittadino nel giudizio amministrativo tra istanze di federalismo e principi comunitari*, in *Riv. amm.* 1997, 427; G. SPADEA, *La terza Sezione del Tar Lombardia apre ad una giustizia cautelare amministrativa più effettiva e più europea* nota a Tar Lombardia (ord) 27 ottobre 1997, n. 727, in *Foro amm.* 1998, 1160; M.E. SCHINAIA, *Evoluzione del processo amministrativo nell'esperienza giurisprudenziale tra garanzie ed effettività*, in *Cons. Stato* 1997, II 317; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.; M. GNES, *Verso la comunitarizzazione del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.* 2001, 524.

di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini". In definitiva, la Plenaria ritiene sussistente in capo alla P.A. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, così da chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito di vera e propria uniformazione/omologazione del diritto interno a quello dell'Unione. Occorre tuttavia considerare come in relazione all'ordinamento nazionale il potere della disapplicazione è sostanzialmente rimesso al giudice; questi, ad esempio può disapplicare atti non ritualmente impugnati (nella giurisdizione esclusiva in tema di diritti soggettivi). A livello comunitario si pongono vari problemi a seguito del riconoscimento della *primauté* del diritto comunitario su quello nazionale: si pensi, ad esempio al dibattito relativo ad un atto amministrativo in contrasto con una norma comunitaria. In questo caso, secondo la giurisprudenza comunitaria – anche se non sempre confortata dalla dottrina – l'atto amministrativo contrastante non sarebbe nullo, inesistente o annullabile, ma suscettibile di essere disapplicato. Così si garantirebbe da un lato, la massima espansione del diritto comunitario, dall'altro la massima applicazione della normativa comunitaria. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha stabilito il principio della obbligatoria disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario del «provvedimento amministrativo concreto, non avente natura normativa». (Corte di Giustizia, 24 settembre 1999, causa C-24/79, *Ciola*). Sulla scorta di precedenti di tal genere la dottrina ha affermato che «la natura comunitaria della controversia non esclude dunque, in linea di principio, l'applicabilità in materia di poteri del giudice ordinario degli insegnamenti giurisprudenziali elaborati sulle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo⁴²». Nondimeno, alcune perplessità permangono in merito alla legittimazione attiva dell'esercizio del potere di disapplicazione. Nessun dubbio permane sul come intervenire da parte della P.A. sull'atto amministrativo esistente (costretta ad agire con procedimenti e provvedimenti di secondo grado). Ed anche nessun dubbio si pone con riguardo ai poteri di disapplicazione del Giudice; inversamente, dei quesiti si pongono sul potere di disapplicazione della norma-qual è vera e propria "attribuzione di un potere" in capo alla P.A. soprattutto nei casi in cui la norma sovranazionale non sia direttamente

⁴² Cfr. R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli 1992, 443. Il tema è stato recentemente affrontato da P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2003, 687 ss.

applicabile (sebbene detto esercizio del potere sia riconosciuto da una prevalente Giurisprudenza interna e sovranazionale). Chi scrive, però, accoglie di modo favorevole quella tesi (seppur minoritaria) secondo la quale la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti vincolante per la pubblica amministrazione⁴³. Questa tesi risulta maggiormente convincente allorché si abbia a che fare con norme dell'Unione non direttamente applicabili, ma piuttosto necessitanti di interventi legislativi di attuazione, e questi non siano stati ancora adottati. Comunque sia, disapplicare la legge interna comporterebbe un *vulnus* alla funzionalità del sistema, atteso che la norma alternativa applicabile sarebbe, in sostanza, inesistente. Altra cosa se in materia interverrà, invece, il Legislatore sino ad oggi mai, o comunque raramente, apparso ingiustificatamente sulla scena. Positivizzare il potere di disapplicazione in capo alla P.A. con gli strumenti del diritto interno appare la soluzione più ragionevole, anche per non prestare il fianco ad ulteriore confusione interpretativa. In tale ottica appare opportuno citare in conclusione un pensiero quanto mai attuale di Cicerone secondo il quale: “*Il buon cittadino è quello che non può tollerare nella sua patria un potere che pretende d'essere superiore alle leggi*”⁴⁴.

⁴³ Si v. Tar Puglia-Lecce n. 1321/2020 secondo il quale “*in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento [...], laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea*”.

⁴⁴ L'espressione è da ricollegare all'arringa tenuta da Cicerone, quarantenne, nel 66 a.C., dinanzi al tribunale penale competente per i crimini di veneficio nella cd. *Pro Aulo Cluentio Habito* (“*Orazione in difesa di Aulo Cluenzio Abito*”) e ripresa anche da E. NARDUCCI, *Introduzione a Cicerone*, 1992.

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

SOMMARIO: 1. Premessa. Il contesto di riferimento. – 2. Proroga delle concessioni e diritto europeo. – 3. Proroga delle concessioni e diritto interno. Sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. – 4. La tutela dei concessionari uscenti secondo l'Adunanza Plenaria. – 5. Oltre la disapplicazione a effetti differiti. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa. Il contesto di riferimento*

Ormai da tempo si registrano reiterati interventi normativi che prorogano la durata delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa¹. Il primo risale al 2009, l'ultimo al periodo 2018- 2020². L'origine di tali interventi va essenzialmente individuata nell'abrogazione delle norme sul diritto d'insistenza e sul rinnovo automatico delle concessioni³, a suo

¹ Sul concetto di demanio marittimo e la sua evoluzione dal quadro tradizionale allo scenario contemporaneo, con le relative implicazioni per i rapporti concessori e la presupposta pianificazione, F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli 2020, 729 ss., nonché in *Giustizia insieme*, 21 novembre 2021; in argomento, S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano 2008, 265 ss.; per un inquadramento sistematico dei beni del demanio, A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, 277 ss.

² Il riferimento è al d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25; alla l. 30 dicembre 2018 n. 145; al d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020 n. 77.

³ Originariamente l'articolo 37, co. 2, del codice della navigazione prevedeva che “al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”. La norma è stata abrogata dall'art. 18, d.l. n. 194/2009, cit. A sua volta, l'articolo 1 d.l. 5 ottobre 1993 n.

tempo indotta dalla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Ue⁴. Per molti dei concessionari, l'abrogazione avrebbe repentinamente determinato una durata del rapporto inferiore rispetto a quella prevista al momento di rilascio della concessione, incidendo così sull'aspettativa di una durata del rapporto adeguata a supportare i necessari investimenti. Di qui, nelle more di un necessario riordino del settore, la previsione di una prima proroga *ex lege*, con l'obiettivo di ristabilire una più ampia durata della concessione e preservare così l'affidamento ingenerato dalla disciplina abrogata⁵.

Senonché, il regime di proroga presenta degli indubbi profili d'incompatibilità con il diritto europeo, in quanto attribuisce ai concessionari una posizione di assoluto favore in contrasto con il principio di concorrenza e le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi⁶. E così, con la

400, convertito dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, così come modificato dalla l. 16 marzo 2001 n. 88 e dalla l. 8 luglio 2003 n. 172, stabiliva che "le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma del codice della navigazione". Tale disposizione è stata abrogata dall'articolo 11, co.1, lettera a), l. 15 dicembre 2011 n. 217. Merita per completezza segnalare che, ai sensi dell'articolo 3, co. 4 *bis*, d.l. n. 440/1993, cit., così come introdotto dall'art. 1, co. 253, l. 27 dicembre 2006 n. 296, e poi ulteriormente modificato dall'art. 11, co.1, lettera c), l. n. 217/2011, cit., le concessioni in esame "possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni"; per approfondimenti sul quadro normativo di riferimento, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2/2012, 453 ss.

⁴ Il riferimento è alla procedura di infrazione n. 2008/4908.

⁵ Art. 1, co.18, d.l. n. 194/2009, cit.

⁶ Sull'argomento, F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. - Tar*, 2009, 787 ss.; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2010, 678 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, cit., 453 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2013, 437 ss.; M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, in *Riv. giur. ed.*, 4/2016, 359 ss.; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 25/2016, 2 ss.; A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 1 ss.; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 26/2020;

decisione *Promoimpresa* del 2016⁷, la Corte di giustizia UE ha censurato la disciplina sulle proroghe di cui al d.l. n. 194/2009 e s.m.i.,⁸ decretandone l'incompatibilità con il diritto europeo per contrasto con le richiamate libertà, nonché con l'articolo 12 della direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. direttiva Bolkestein, che vieta il rinnovo automatico delle autorizzazioni⁹.

24 ss.; M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino 2020, *passim* e spec. 168 ss.; A. TRAVI, nota a Cons. St., sez VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Foro it.*, 2/2020, parte III, 82 ss.; C. BURELLI, *Le concessioni turistico ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2021, 247 ss.; M. FERRARA, G. IOANNIDES, G. VOSA, a cura di, *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *federalismi.it*, 21 luglio 2021; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, 20/2021, 1 ss.; in generale, sul rapporto tra concorrenza e concessioni di beni pubblici, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 393 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017, *passim*.

⁷ CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, *Promoimpresa*, e C-67/15, *Melis*.

⁸ Cfr. art. 1, co. 18, d.l. n. 194/2009, s.m.i., cit.: "ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009 n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché esclusivamente di quelle ad uso pesca ed acquacoltura, rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata prima del 31 dicembre 2009, e in scadenza entro il 31 dicembre 2018 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso". L'originaria formulazione della norma prevedeva la proroga al 31 dicembre 2015, laddove la nuova scadenza al 31 dicembre 2020 è stata prevista dall'articolo 34-*duodecies*, co.1, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla le. 17 dicembre 2012 n. 221.

⁹ La direttiva Bolkestein è stata attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, recante "attuazione della direttiva 2006/123/CE relativi ai servizi del mercato interno".

Ciò nonostante, la legge 30 dicembre 2018 n. 145 ha previsto un nuovo regime di proroga che estende la durata delle concessioni al 2033¹⁰ e che è stato successivamente ribadito e precisato dal d.l. 19 maggio 2020 n. 34¹¹. L'adozione di questa nuova disciplina ha indotto la Commissione Ue ad aprire una nuova procedura d'infrazione che è tuttora in corso¹². Nel frattempo, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sulla scia del precedente della Corte di giustizia Ue, ha rilevato l'incompatibilità delle nuove norme con gli artt. 49 e 56 del Trattato FUE, nonché con il citato articolo 12 della direttiva 2006/123, affermando che “*tali norme, pertanto, non devono essere applli-*

¹⁰ Più precisamente, il co. 682, art. 1, legge n. 145/2018, cit., prevede che “le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 1 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici”; il successivo co. 683 stabilisce che “al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 2 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993 n. 494 hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici”.

¹¹ Cfr. art. 182, co.2, d.l. n. 34/2020, cit.: “fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti della legge 30 dicembre 2018 n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'art. 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario”.

¹² Commissione Ue, lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020.

cate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”¹³. Tuttavia, al fine di “evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere”, la Plenaria ha rinviato al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni, sicché, anziché cessare immediatamente, “le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continueranno a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023”, in attesa del riordino del settore e dell’espletamento delle necessarie gare pubbliche.

Al di là delle numerose criticità insite nelle citate decisioni¹⁴, è evi-

¹³ Cons. St., ad. pl., 9 novembre 2021 nn. 17 e 18, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; per una prima analisi delle pronunce, F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2021; sul contesto in cui è maturato il rinvio all’Adunanza Plenaria, R. DIPACE, *All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustizia insieme*, 21 luglio 2021. Più precisamente, con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 24 maggio 2021 n. 160, all’Adunanza Plenaria sono state rimesse le seguenti questioni: “1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l’apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l’obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell’Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l’attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all’accertamento dell’efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l’amministrazione dello Stato membro sia tenuta all’annullamento d’ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell’Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell’art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all’annullamento d’ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall’art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell’Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145”.

¹⁴ Tra le varie criticità, si segnalano in particolare: la rimodulazione della proroga sino al 31 dicembre 2023, attraverso un intervento che, più che una rimodulazione degli effetti di una decisione giurisdizionale, sembra ricalcare l’esercizio di una vera e propria funzione legislativa; la pura e semplice riconducibilità delle concessioni demaniali alle autorizzazioni soggette alla Direttiva Bolkestein; la qualificazione dell’atto di proroga come atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge, con i

dente come la Plenaria intenda ricercare il giusto punto di equilibrio tra il primato del diritto europeo, con particolare riferimento al principio di concorrenza, e l'esigenza di salvaguardare i concessionari da un'immediata cessazione delle concessioni. Senonché, la scelta per una disapplicazione differita non sembra affatto garantire l'auspicato punto di equilibrio. Al contempo, la nettezza delle conclusioni non chiarisce se il contrasto con il diritto europeo si ravvisi per tutte le tipologie di proroga o soltanto per le proroghe automatiche e generalizzate.

Di seguito verranno più a fondo sviluppate queste considerazioni, a partire dal rilievo che né il diritto europeo né il diritto interno sembrano vietare in via assoluta e incondizionata la proroga dei rapporti concessori.

2. *Proroga delle concessioni e diritto europeo*

Nel diritto europeo non emerge un divieto assoluto e incondizionato di proroga delle concessioni. Sebbene la possibilità di accordare una proroga soltanto a determinate condizioni non venga testualmente prevista, può implicitamente desumersi dalla normativa europea, anche ove non riguardi direttamente le concessioni demaniali.

Vengono anzitutto in rilievo le norme sulla durata delle concessioni di lavori pubblici e servizi. Il considerando 52 della direttiva 2014/23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, trasposto nell'articolo 18 della medesima direttiva¹⁵, stabilisce espressamente che *“la durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza”*, precisando che un'eventuale più lunga durata *“può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investi-*

dubbi che un siffatto inquadramento solleva in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa; il venir meno degli effetti della concessione, quale conseguenza della disapplicazione della norma interna, anche nei casi in cui sull'atto di proroga sia intervenuto un giudicato favorevole.

¹⁵ Cfr. articolo 18 della direttiva: *“per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”*.

to” e che, di conseguenza, “per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti”.

Se ne ricava il principio che la durata delle concessioni va tendenzialmente parametrata sul tempo necessario per recuperare gli investimenti effettuati. Non sembra ci siano valide ragioni per escludere che il principio abbia una valenza generale, capace di estendersi anche alle concessioni di beni pubblici, sebbene espressamente escluse dall’ambito di applicazione della direttiva¹⁶. Resta inteso che le richiamate previsioni non riguardano propriamente la proroga delle concessioni, quanto piuttosto le modalità per stabilire la durata del rapporto concessorio. Tuttavia, se per una qualsiasi ragione, anche sopravvenuta, la durata di una concessione dovesse rivelarsi insufficiente a remunerare il capitale investito, il principio potrebbe giustificare una proroga per il tempo necessario a garantire il riequilibrio economico del rapporto.

L’estensione del principio alle concessioni demaniali non sembra preclusa nemmeno dall’articolo 12 della direttiva 2006/123, c.d. Bolkestein, che vieta espressamente il rinnovo automatico delle autorizzazioni¹⁷. Al di là della più generale questione sull’applicabilità o meno della direttiva alle concessioni demaniali¹⁸, ciò che la norma vieta è soltanto l’automati-

¹⁶ Cfr. considerando 15 della direttiva: “inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva”.

¹⁷ L’articolo 12, parag. 1, della direttiva Bolkestein prevede che “qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano 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”, precisando al parag. 2 che “nei casi di cui al paragrafo 1 l’autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami” (la norma è riprodotta nel diritto interno dall’articolo 16, d.lgs. n. 59/2010, cit.).

¹⁸ Su cui si veda, in particolare, M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo af-

smo del rinnovo, ma non l'eventualità di accordare la proroga a supporto degli investimenti effettuati¹⁹. In tal senso si è anche espressa la Corte di giustizia Ue nel precedente del 2016, laddove non ha escluso che, sulla base del principio di certezza del diritto, un'eventuale proroga possa giustificarsi per esigenze di carattere economico, come appunto quella di consentire il recupero degli investimenti²⁰, salvo poi, nello specifico, ritenere comunque prive di giustificazione le proroghe previste dal diritto italiano²¹.

Occorre ancora precisare che la facoltà di prorogare a date condizionali la durata delle concessioni non confligge di per sé con l'obbligo di gara previsto dall'articolo 12 della direttiva Bolkestein. Sul piano generale, obbligo di gara e facoltà di proroga si collocano su posizioni distinte e non necessariamente correlate, poiché un conto è scegliere il concessionario in esito a un confronto competitivo, altro è accordare una più ampia durata della concessione ove in concreto ne sussistano i presupposti. Ovviamente, un'eccessiva durata della proroga può restringere la concorrenza nel mercato delle concessioni, ma se la proroga è ragionevolmente contenuta e rapportata alla specificità dei singoli casi, eventuali, tempo-

fidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, cit., 359 ss.; come la Corte di giustizia Ue, anche l'Adunanza Plenaria assume pacificamente che la direttiva Bolkestein sia applicabile alle concessioni demaniali.

¹⁹ Per quest'ordine di idee, M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, cit., 374.

²⁰ Più esattamente, in questi termini la decisione del giudice europeo: "nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (...) in tal senso è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico" (a sostegno dell'assunto, la decisione richiama alcuni suoi precedenti, tra cui le sentenze 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416 e 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736).

²¹ La decisione della Corte di giustizia Ue rileva che "tuttavia, le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE".

raanee, limitazioni della concorrenza potrebbero ritenersi adeguatamente giustificate.

3. *Proroga delle concessioni e diritto interno. Sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza*

Nemmeno nel diritto interno emerge un divieto assoluto e incondizionato di proroga delle concessioni.

Si premette che anche nel nostro ordinamento vige il principio che parametrata la durata delle concessioni sul tempo necessario al recupero degli investimenti, come risulta dall'articolo 168 d.lgs. n. 50 del 2016, che, in attuazione della direttiva 2014/23, ne sancisce l'operatività con riferimento alle concessioni di lavori e di servizi²². Valgono, pertanto, le considerazioni già svolte sull'estendibilità del principio ad altre tipologie di concessione e sul fatto che la sua applicazione potrebbe giustificare una proroga per il tempo necessario a garantire il riequilibrio economico del rapporto.

Senonché, rispetto al diritto europeo, il diritto interno ha più volte contemplato un'automatica e generalizzata proroga delle concessioni demaniali, da ultimo con i citati commi 682 e 683 dell'articolo 1 l. n. 145 del 2018, ossia le stesse previsioni censurate dalla Plenaria che hanno indotto la Commissione Ue ad aprire la nuova procedura d'infrazione. Tuttavia, le norme in questione non sono mai state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, così come non lo è stata la pregressa disciplina (che, invece, la sentenza *Promoimpresa* ha ritenuto contrastante con il diritto europeo). Il fatto che la Corte costituzionale non abbia mai affermato l'incostituzionalità del regime di proroga non significa che lo abbia ritenuto legittimo, sebbene in almeno un'occasione ne abbia incidentalmente riconosciuto la finalità di “rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del

²² L'articolo 168 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 stabilisce che “per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario”, precisando che “gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”.

*riordino della materia*²³. Piuttosto, dipende dalla circostanza che non abbia ancora avuto occasione di pronunciarsi in un senso o nell'altro sulla relativa questione di costituzionalità. Per contro, in più occasioni la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali intervenute anch'esse a disciplinare la proroga delle concessioni demaniali, talvolta in contrasto con la disciplina statale. Tuttavia, il più delle volte l'incostituzionalità è stata affermata sul presupposto di un'indebita invasione della competenza statale in materia di concorrenza, senza entrare nel merito di un possibile contrasto con il diritto europeo o con specifiche previsioni costituzionali²⁴. Solo talvolta la Corte è parsa rilevare l'incompatibilità delle norme regionali con il diritto europeo, ma il contrasto è pur sempre circoscritto alla legge regionale senza estendersi alla disciplina statale²⁵.

Nel descritto contesto di riferimento, la questione della proroga va allora affrontata da un altro punto di vista, dovendo specificamente misurarsi con la libertà d'iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. Occorre, cioè, verificare quando la proroga possa rivelarsi strumentale alla piena realizzazione della libertà in questione o quando, invece, si risolva in una pura e semplice limitazione della concorrenza; ovvero, in termini più generali, se la concorrenza debba sempre limitare la libertà d'iniziativa economica o se, invece, in determinati casi e a date condizioni, sia la libertà d'iniziativa economica a condizionare la concorrenza. Al riguardo alcune rilevanti indicazioni provengono dalla giurisprudenza

²³ In tal senso, Corte cost., 18 luglio 2011 n. 231, in *www.cortecostituzionale.it*; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2012 n. 6682, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Tra le pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità di leggi regionali, Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 7 luglio 2017 n. 157, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 30 maggio 2018 n. 109, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, 1229 ss., con nota di A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*; Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*, con i commenti di A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), cit., 1 ss. e G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 542 ss.; Corte cost., 23 luglio 2020, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁵ Cfr., ad esempio, Corte cost., n. 180/2010, cit., che, con riferimento alla l.r. Emilia Romagna 23 luglio 2009 n. 8, afferma che "la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che apra il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari".

costituzionale sulla libertà di iniziativa economica e, in particolare, dalla recente decisione della Corte n. 218 del 2021²⁶. Nell'esaminare una fattispecie estranea al tema delle concessioni demaniali²⁷, la citata pronuncia ha puntualizzato che ogni eventuale limitazione della libertà d'iniziativa economica, astrattamente possibile in base all'articolo 41, co.2, debba sempre rispettare il limite "della ragionevolezza" e "della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti". Più esattamente, la libertà d'impresa dovrebbe sempre essere preservata da interventi "che ne determinino un radicale svuotamento", anche quando tali interventi siano giustificati dal "doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi di concorrenza"²⁸. Ancora, la libertà d'iniziativa economica dovrebbe tutelare le "legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base d'investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento", dal momento che uno degli aspetti che caratterizza la libertà in questione "è costituito dalla possibilità di scelta spettante all'imprenditore: scelta dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività; dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo"²⁹.

²⁶ Corte cost., 23 novembre 2021, n. 218, in www.cortecostituzionale.it; in termini, Corte cost., 19 dicembre 1990 n. 548, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 152, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 247, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168, in www.cortecostituzionale.it. Corte cost., 22 gennaio 2021, n. 7, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ La questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte riguarda l'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e l'art. 177, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), per violazione degli artt. 3, 41, primo comma, e 97, secondo comma, della Costituzione. Come si legge nella stessa sentenza, "le norme censurate obbligano i titolari delle concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, a esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, nonché di realizzare la restante parte di tali attività tramite società in house o società controllate o collegate ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato".

²⁸ Corte cost., n. 218/2021, cit.

²⁹ Corte cost., n. 218/2021, cit.; alla luce delle premesse, la sentenza conclude per l'illegittimità costituzionale delle norme censurate: "alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in

Nell'affrontare sul piano generale il rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza³⁰, la sentenza giunge a delle importanti conclu-

essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione – mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento – costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.”.

³⁰ A suo tempo, l'assenza in Costituzione di un esplicito riferimento alla concorrenza ha, come noto, ingenerato un ampio dibattito sull'effettiva rilevanza della concorrenza in ambito costituzionale. Non essendo questa la sede per ripercorrere quel dibattito, si può solo segnalare che alcune posizioni hanno negato una tutela costituzionale della concorrenza, altre hanno variamente considerato la concorrenza implicata nella libertà d'iniziativa economica. Sui termini del dibattito, si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La Costituzione economica* – Atti del Convegno Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997 e, in particolare, all'intervento di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *ivi*, cit., 7 ss.; si veda anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 2001, 93 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, 50 ss., nonché in *Dir. e soc.*, 4/2011, 636 ss.; sulla libertà d'iniziativa economica, senza alcune pretese di completezza, ci si limita a rinviare a C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, 374 ss.; ID., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 636 ss.; ID., *Gli aiuti di Stato nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in *Eurojus.it*, 3/2019, 64 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3 ss.; sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e servizi pubblici, E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Giustizia insieme*, 13 agosto 2021; sulla concorrenza in generale, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 191 ss.; sulla concorrenza in un'ottica costituzionale, B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *federalismi.it*, 8/2017; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 315 ss.; M. AINIS, G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (Atti del Convegno di Studi – I fondamenti costituzionali della concorrenza Roma, 10 maggio 2018), Bari 2019; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; M. ZOTTA, *La concorrenza nella Costituzione e nei trattati*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano 2021, 3 ss.; sull'accezione di concorrenza nel diritto europeo, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, 15 ss.; ID., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; L. PACE (a cura

sioni che possono adattarsi alle proroghe delle concessioni demaniali. In base alle affermazioni della Corte, eventuali proroghe sarebbero, infatti, strumentali ad una piena realizzazione della libertà d'impresa solo se preordinate a tutelare le legittime aspettative del concessionario in ordine al recupero degli investimenti effettuati. In questi casi, la mancata previsione di una proroga graverebbe sulla posizione economica del concessionario uscente, pregiudicando la programmazione e l'esercizio delle sue scelte imprenditoriali. Diversamente, quando la proroga non serva a preservare le legittime aspettative del concessionario, essa risulterebbe lesiva della concorrenza, limitando la libertà d'impresa dei soggetti che aspirano alla concessione.

Se questa ricostruzione, pur illustrata nella sua massima semplificazione, si ritiene condivisibile, se ne dovrebbe trarre il principio destinato a dirimere la questione in base all'assetto costituzionale. Il principio richiede che la proroga non possa essere prevista in via generalizzata e automatica, ma soltanto in presenza di specifiche condizioni rapportate alle aspettative del concessionario e all'equilibrio economico della concessione. Come si può constatare, si tratta di conclusioni sostanzialmente analoghe a quelle che si raggiungono in base al diritto europeo: entrambe confermano l'inesistenza di un divieto di proroga assoluto e incondizionato, ma entrambe rivelano l'illegittimità dell'attuale disciplina interna.

4. *La tutela dei concessionari uscenti secondo l'Adunanza Plenaria*

Sia per il diritto europeo che per il diritto interno, l'unica forma di proroga ammissibile sarebbe, dunque, quella che si rapporta alle circostanze concrete e che mira a tutelare le legittime aspettative del concessionario, soprattutto nei casi in cui si renda necessario garantire il riequilibrio economico della concessione. Vero è che, in qualche occasione, la Corte costituzionale è parsa implicitamente giustificare le proroghe di carattere automatico e generalizzato, ma, come si è sottolineato, una riflessione sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza disvela chiaramente le criticità di una proroga sganciata dalla concretezza del contesto. Da ciò si trae conferma che, così come rilevato dalla Plenaria, gli interventi normativi del periodo 2018-2020 devono ritenersi

incompatibili con il diritto europeo, in quanto prevedono delle proroghe automatiche e generalizzate³¹, in contrasto con le libertà di stabilimento e prestazione di servizi, nonché, ove la si ritenga applicabile alle concessioni demaniali, con la direttiva Bolkestein e segnatamente con il suo articolo 12³².

Ciò che, però, manca nelle decisioni della Plenaria è un compiuto esame della questione dal punto di vista del diritto interno e, in particolare, del rapporto tra libertà di iniziativa economica e concorrenza, già affrontato in più occasioni dal giudice costituzionale (v. *supra*). Come si è detto in precedenza, un siffatto esame richiede di misurare il regime di proroga principalmente sull'articolo 41 della Costituzione, per verificare se esso possa ritenersi strumentale alla realizzazione della libertà costituzionale o se, invece, si riveli puramente e semplicemente lesivo della concorrenza. Anche in questa prospettiva il confronto con il diritto europeo resterebbe assolutamente centrale, non soltanto perché in rilievo è il rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza, ma perché la stessa libertà d'impresa è tutelata espressamente dall'articolo 16 della Carta di Nizza, che la riconosce “*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni nazionali*”. Così, la questione non si risolverebbe più nel rigido contrasto tra proroga e accesso al “mercato” delle concessioni, ma si arricchirebbe di ulteriori aspetti correlati alla natura e tipologia della proroga. In altri termini, la questione si sposterebbe dalla scontata illegittimità di una proroga automatica e generalizzata alla possibile legittimità di una proroga rapportata alla specificità dei singoli casi³³.

La Plenaria non affronta specificamente questi aspetti, limitandosi ad esaminare la questione dal solo punto di vista del diritto europeo³⁴.

³¹ Le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., affermano testualmente che “le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”.

³² Le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., rilevano al riguardo che “le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara”.

³³ In tal senso, M. MAGRI, «*Direttiva Bolkestein*» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, cit., 374 ss.

³⁴ Il profilo è solamente accennato quando l'Adunanza Plenaria sottolinea che l'automaticità e generalità delle proroghe violerebbe i “*principi di libera iniziativa economica*”.

Tuttavia, avverte con forza l'esigenza di salvaguardare i concessionari uscenti dal "significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere"³⁵, specialmente in un contesto "caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni", da cui è derivata "una situazione di incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione". Precisa ulteriormente che l'indizione delle future gare dovrà "essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi" e che l'intervento normativo di riordino dovrà in ogni caso "farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari"³⁶.

Senonché, pur a fronte di così nitide affermazioni, la Plenaria sembra escludere la sussistenza di un vero e proprio affidamento in capo ai concessionari uscenti, sul presupposto che da tempo le concessioni demaniali sarebbero sottoposte ai "principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica" e che in ogni caso l'affidamento dovrebbe essere tutelato "non attraverso la proroga, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara"³⁷. Il ragionamento non è particolarmente convincente, poiché

e di ragionevolezza" (Cons. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021), ma non viene ulteriormente sviluppato con riferimento all'eventualità che le proroghe siano rapportate alla specificità dei singoli casi.

³⁵ Cos. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021, cit.

³⁶ Cons. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021, cit.

³⁷ Più esattamente, l'affidamento non sarebbe configurabile in quanto "ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione". Al di là delle riserve che l'affermazione possa suscitare, un'eventuale configurabilità dell'affidamento sarebbe così esclusa anche in un momento anteriore all'adozione della direttiva Bolkestein, considerato che, anche prima dell'intervento europeo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato affermava la sottoposizione delle concessioni demaniali ai principi di concorrenza ed evidenza pubblica (Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*). L'assunto non sembra perfettamente allineato con quelle posizioni giurisprudenziali che, invece, parametrano la configurabilità di un

l'obbligo della gara pubblica di per sé non esclude affatto che possano accordarsi eventuali proroghe a tutela di ipotetiche lesioni dell'affidamento: come si è già sottolineato, un conto è scegliere il concessionario in esito a una gara pubblica, altro è accordare una più ampia durata della concessione ove in concreto ne sussistano i presupposti. Ugualmente, la necessità di regolare a monte la tutela dell'affidamento, di per sé ampiamente condivisibile, non apporta alcuna efficace soluzione ove i rapporti concessori siano stati instaurati nell'assenza di analoghe previsioni di tutela. Resta inteso che, a fronte di plurime e reiterate proroghe legislative, può riuscire difficile ipotizzare in capo ai concessionari uscenti la lesione di un residuo affidamento, derivante dalle vicende normative succedutisi nel tempo, ma non può escludersi *a priori* che una tale lesione si sia in concreto verificata e che debba pertanto essere tutelata.

Ad ogni modo e al netto di ogni contraddizione, sta di fatto che la Plenaria rinvia al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni proprio al fine di salvaguardare la posizione dei concessionari uscenti, prospettando quella che può essere definita una disapplicazione differita dell'attuale regime di proroga³⁸. È pur vero che, nell'ottica della Plenaria, il rinvio degli effetti sia comunque strumentale ad assicurare l'intervallo di tempo necessario *“per svolgere la competizione, nell'ambito del quale*

eventuale affidamento sulla data di adozione della Direttiva 2006/123, c.d. Bolkestein (al riguardo, cfr. in particolare Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Foro it.*, 2/2020, parte III, 66 ss., con nota di A. TRAVI); sul problema del legittimo affidamento nell'ambito delle concessioni demaniali, C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., 2 ss.; M. MAGRI, «*Direttiva Bolkestein*» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, cit., 359 ss.; più in generale, sulla tutela dell'affidamento nel diritto europeo, M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)*, in *Giustizia insieme*, 2 dicembre 2021, nonché E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 186 ss.

³⁸ Così entrambe le decisioni dell'Adunanza Plenaria: “al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.”.

i rapporti continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata” e a “consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l’ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali”. Ma è indubbio che la deroga alla retroattività degli effetti trovi specifico fondamento nel “*principio di certezza del diritto*”, al fine di preservare la posizione dei concessionari uscenti a fronte di un “*quadro di incertezza normativa*”³⁹.

Occorre pertanto verificare quanto la strada della disapplicazione si riveli proficua per la tutela dei concessionari e quanto possa ritenersi compatibile con il diritto europeo. Al contempo, occorre verificare se vi siano altre strade per evitare le conseguenze di un’immediata cessazione.

5. Oltre la disapplicazione a effetti differiti

Nell’attuale contesto normativo, una tutela dei concessionari compatibile con il diritto europeo non sembra poter essere garantita dalla disapplicazione prospettata dalla Plenaria. Anzitutto, la disapplicazione “differita” viene di fatto a perpetuare quella stessa violazione del diritto europeo stigmatizzata dalle recenti decisioni, dal momento che per ben due anni molte concessioni potranno ancora beneficiare di proroghe automatiche e generalizzate.

In secondo luogo, va considerato che le singole amministrazioni sono tenute a disapplicare immediatamente la disciplina interna contrastante con il diritto europeo, soprattutto quando il contrasto risulti già stigmatizzato da una decisione della Corte di giustizia⁴⁰. Nella materia

³⁹ Significativo, al riguardo, il seguente passaggio delle decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., nel quale le ragioni del differimento vengono così illustrate: “in questo quadro normativo, l’Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione. La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all’ordinamento comunitario, Corte di giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03)”.

⁴⁰ Cfr. CGCE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*; Corte cost., 11 luglio

delle concessioni demaniali, le amministrazioni non avrebbero molto margine per affermare un'ipotetica compatibilità dell'attuale disciplina con il diritto europeo, posto che nel 2016 la Corte di giustizia ha censurato il previgente regime di proroga con affermazioni generali che, nella sostanza, ben possono estendersi alla vigente normativa. Conseguentemente, il differimento al 31 dicembre 2023 non risulterebbe direttamente vincolante per le singole amministrazioni, le quali, in virtù del precedente della Corte di giustizia, sarebbero semmai tenute ad un'immediata disapplicazione della disciplina interna contrastante con il diritto europeo. Ove ciò accadesse, molti concessionari subirebbero quelle stesse conseguenze negative che proprio il differimento al 31 dicembre 2023 avrebbe dovuto scongiurare. Se, tuttavia, altre amministrazioni dovessero adeguarsi alla Plenaria, verrebbe a crearsi una generale situazione d'incertezza sulle sorti dei rapporti concessori, potenzialmente lesiva dei principi di uguaglianza e parità di trattamento.

Assodata l'inidoneità della disapplicazione differita a preservare la posizione dei concessionari, come strada alternativa resterebbe l'allineamento dell'ordinamento all'unico regime di proroga compatibile con il diritto interno ed europeo, ossia un regime che ammetta le sole proroghe rapportate alla specificità dei singoli casi. Solo così le aspettative dei concessionari potrebbero misurarsi nella loro effettiva consistenza e, se del caso, ricevere una tutela calibrata sulle concrete esigenze. Senonché, a questo risultato non può giungersi in via interpretativa in quanto l'attuale disciplina configura chiaramente le proroghe in termini di generalità e automaticità, sicché ogni processo ermeneutico difficilmente potrebbe superare l'univocità del dettato normativo. Una soluzione potrebbe allora implicare un nuovo rinvio alla Corte di giustizia UE attraverso il quale chiedere esplicitamente se il diritto europeo osti all'ammissibilità di proroghe giustificate dalla specificità dei casi concreti⁴¹. Così formulata,

1989, n. 389, in *www.cortecostituzionale.it*; si segnala che, recentemente, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321, ha escluso l'obbligo dell'amministrazione di disapplicare la legge nazionale contrastante con il diritto europeo (per un commento alla sentenza, R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a Tar Puglia, Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321)*, in *Giustizia insieme*, 22 dicembre 2020; in argomento, A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto Ue e protagonismo giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 18/2021, 1 ss.); sulla disapplicazione della legge in generale e, in particolare, sulla disapplicazione della legge per contrasto con il diritto comunitario, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, *passim* e spec. 125 ss.

⁴¹ L'Adunanza Plenaria esclude l'eventualità di un nuovo rinvio alla Corte di giusti-

la questione risulterebbe in parte diversa da quella che ha originato la decisione *Promoimpresa* e offrirebbe al giudice europeo l'occasione per sviluppare più compiutamente l'assunto già in nuce nella pronuncia del 2016, in base al quale lo scioglimento dei rapporti concessori dovrebbe auspicabilmente avvenire a “*condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*”⁴². Un'altra soluzione contemplerebbe, invece, una pronuncia della Corte costituzionale che chiarisca a quali condizioni un'eventuale proroga sia ammissibile in base al rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. In tal caso, il parametro della decisione non si esaurirebbe nell'articolo 41 Cost., ma ben potrebbe estendersi al diritto europeo, considerato che la libertà d'iniziativa economica trova espressa tutela nell'articolo 16 della Carta di Nizza, che riconosce “*la libertà d'impresa conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”. La circostanza che sia in rilievo una libertà tutelata dalla Carta di Nizza non precluderebbe il sindacato della Corte costituzionale, dal momento che, in base alle recenti acquisizioni in tema di c.d. doppia pregiudizialità, la Corte sarebbe comunque tenuta a pronunciarsi quando la questione prospettata coinvolga le norme della Carta⁴³. Sorprende pertanto che la Plenaria abbia escluso un rinvio alla Corte invocando

zia, argomentando che “la questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi”.

⁴² CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit.

⁴³ Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, in www.cortecostituzionale.it: “fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione (...) pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato concentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali” (le acquisizioni in esame sono state ulteriormente precisate dalla successiva giurisprudenza costituzionale; cfr. in particolare Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in www.cortecostituzionale.it).

proprio la “teoria” sulla doppia pregiudizialità⁴⁴, anche se ciò è dipeso probabilmente dal fatto che le decisioni non sono state impostate sulla libertà d’iniziativa economica. Ad ogni modo, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra libertà d’impresa e concorrenza, non è escluso che la Corte possa in ipotesi dichiarare incostituzionale l’attuale disciplina, nella parte in cui prevede delle proroghe automatiche e generalizzate, anziché rapportate alla specificità dei singoli casi. Resta inteso che un’ipotetica decisione in tal senso non risolverebbe tutti i problemi, dal momento che la pronuncia della Corte dovrebbe probabilmente accompagnarsi ad un intervento normativo che disciplini più precisamente le condizioni del procedimento di proroga. Ciò non toglie che la decisione individuerebbe pur sempre il principio da seguire ai fini della concessione delle proroghe, rivelandosi un punto di riferimento per amministrazione e giudici.

6. *Osservazioni conclusive*

Pur avvertendo l’entità del problema, le decisioni della Plenaria non preservano adeguatamente la posizione dei concessionari uscenti. Probabilmente, non sarebbe risolutivo nemmeno un ipotetico intervento della Corte costituzionale e difficilmente potrebbe ipotizzarsi un nuovo intervento della Corte di giustizia a distanza di pochi anni dalla decisione *Promoimpresa*. La questione parrebbe potersi risolvere soltanto attraverso un intervento normativo che, nel riordinare il settore, tenga specificamente conto della situazione dei concessionari.

In base alle considerazioni svolte, un intervento normativo che, nel rispetto del diritto europeo, volesse adeguatamente salvaguardare la posizione dei concessionari, dovrebbe escludere le proroghe automatiche e generalizzate e ammettere soltanto quelle rapportate alla specificità dei singoli casi, ferma restando la previsione di un termine massimo. È im-

⁴⁴ Sul punto, le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., rilevano che “un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, precisando, tuttavia, che “nessuna delle due “eccezioni” ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti”.

portante ribadire come tali conclusioni siano giustificate anche dal diritto interno e, in particolare, dall'interpretazione dell'articolo 41 Cost. fornita dalla giurisprudenza costituzionale. In altri termini, tanto per il diritto europeo quanto per il diritto interno la rilevanza della concorrenza non è mai assoluta e incondizionata, ma deve sempre misurarsi con altri interessi che talvolta possono provocarne una temporanea attenuazione. Nella questione esaminata in questo scritto, la convergenza tra diritto interno e diritto europeo si riflette nell'indicato punto di equilibrio tra concorrenza e libertà d'impresa.

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME
TRA CONCORRENZA E VALORIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto dell'indagine. – 2. La sussistenza di un “atto formale” e l'occasione di “guadagno” neutralizzano le articolazioni del potere amministrativo. – 3. Interesse pubblico, occasione di guadagno, scarsità delle risorse. – 4. Verso una prospettiva di autentica integrazione tra bene e attività.

1. *Premessa e oggetto dell'indagine*

Il tema delle concessioni demaniali marittime in generale e quello delle concessioni balneari in particolare esprimono in modo paradigmatico il complesso rapporto, talvolta trascinante in conflitto, tra esigenze proprie della cura dell'interesse pubblico e quelle sottese agli interessi economici nel quadro dello spazio europeo e globale del mercato.

In tale rapporto che il legislatore nazionale è chiamato a governare bilanciando, attraverso il principio dell'utilità sociale, regole e libertà di iniziativa economica, si inserisce la “filosofia” eurounitaria che, nel favorire il mercato in quanto condizione per lo sviluppo dell'economia, pone regole concorrenziali volte a superare gli steccati innalzati dagli interessi economici consolidati.

In tale contesto si inseriscono le due pronunce gemelle assunte dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria¹ che, prendendo atto della ritrosia del legislatore ad adeguarsi ai principi comunitari e nel tentativo di fissare delle coordinate sistematiche sul tema, crea molte incertezze sia sotto il profilo del regime applicativo che con riguardo ai profili teorici e generali riguardanti tanto il diritto sostanziale quanto il diritto processuale che, peraltro, presentano importanti relazioni e reciproci condizionamenti connessi all'applicazione interna del diritto eurounitario e, nello

¹ Cons. St., Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

specifico, secondo l'impostazione assunta dal Consiglio di Stato, della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkestein o Direttiva servizi).

Ove si consideri la numerosità degli argomenti trattati nelle due pronunce verrebbe da ritenere che le stesse abbiano inteso porsi in una posizione di privilegiata prospettiva nell'ambito di un dibattito definibile alla stregua di una «battaglia teorica e fondativa del diritto pubblico europeo dell'economia»², ma il tentativo di affrontare, attraverso la via giurisdizionale, in modo sistemico casi concreti, peraltro tra loro differenti, ha contribuito allo stato di incertezza che permea la materia in assenza di un intervento legislativo statale.

D'altro canto, si osserva incidentalmente, le decisioni dell'Adunanza Plenaria, non sembrano essere idonee a far venir meno la possibilità di aprire ufficialmente la procedura di infrazione³ che, a rigore, potrebbe perdere la sua ragion d'essere non già in virtù di una disapplicazione, bensì solo con una abrogazione legislativa esplicita delle norme non conformi al Diritto dell'Unione, come osservato più volte dalla stessa Corte di Giustizia, e come si desume dalla stessa lettera di messa in mora di oltre un anno fa nella quale si fa riferimento alla necessità di individuare «con legge» i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari, pur non potendo non rilevare che al momento non si conoscono le eventuali osservazioni presentate dall'Italia sulla base della richiesta contenuta nella lettera di intimazione del 2020 e, tantomeno se sia stato emesso il parere motivato previsto dall'art. 258 TFUE (ex art. 226 TUE) che è necessariamente presupposto all'accertamento dell'inadempimento da parte dello Stato membro e, conseguentemente alla eventuale proposizione del ricorso alla Corte di Giustizia⁴.

² A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari 2013, 85.

³ Il 3 dicembre 2020 la Commissione europea ha avviato l'ennesima procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia. La lettera di messa in mora riguardava l'estensione quindicennale delle concessioni marittimo-demaniali, istituita dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge bilancio). Sulla proroga del 2018, si v. G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte Costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 552 ss.

⁴ Infatti solo dopo la scadenza del termine fissato dalla Commissione, senza che lo Stato interessato si sia conformato al parere motivato, la stessa Commissione può adire la Corte di Giustizia. Occorre comunque sottolineare che la Commissione ha un potere discrezionale in merito alla presentazione o meno del ricorso alla Corte di Giustizia e alla determinazione del momento in cui presentarlo. Al riguardo è costante la giurisprudenza della Corte nell'affermare che «nell'ambito del sistema previsto dall'art. 169 [oggi 258] del Trattato, la Commissione dispone del potere discrezionale a proporre ricorso per inadempimento e non spetta alla Corte giudicare l'opportunità dell'esercizio di tale potere

In assenza di un tempestivo intervento del legislatore, e poiché la mera ed eventuale procedura di infrazione non comporta la invalidità della norma censurata dalla Commissione europea, le norme disapplicate restano valide.

In tale prospettiva le posizioni assunte dal Consiglio di Stato e i numerosi *topics* messi in campo dal giudice amministrativo possono costituire una opportunità per aprire un dibattito costruttivo che prenda in considerazione la pluralità di questioni che vengono in considerazione ove si tratti di porre mano alla disciplina dei beni demaniali marittimi, dalla concorrenza all'accessibilità, dallo sfruttamento alla cura degli stessi, in una parola all'interesse pubblico perseguito dal demanio in generale e da quello costiero in particolare anche alla luce del sia pur unico, ma importante, riferimento ai diritti sociali contenuto nell'art. 3, par. 3 TfUE, nel quale, con riguardo al mercato interno che l'Europa si impegna ad instaurare, si afferma che «l'Unione [...] si adopera per lo sviluppo sostenibile, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato [...], che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. [...] Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale».

In tale prospettiva, tuttavia, e nonostante lo stigma nei confronti di un legislatore inerte su un tema di fondamentale rilevanza per il sistema economico-sociale del nostro Paese, non può non osservarsi che il Consiglio di Stato si è solo marginalmente occupato della funzione e della natura del demanio marittimo, fondando l'auspicato modello normativo sulla libertà economica dominata dalla concorrenza intesa alla stregua di principio assoluto, anziché regola strumentale al funzionamento delle diverse tipologie di mercato e, in quanto tale, destinata a confrontarsi con le altre regole che, nell'ambito dei principi generali e delle categorie proprie dei beni e dei servizi pubblici di cui la pubblica Amministrazione è tutrice paritaria, si pongono in funzione di un risultato o di un assetto di interessi da raggiungere.

In proposito la tesi cui aderisce il Consiglio di Stato è quella dell'applicabilità diretta della citata Direttiva Bolkestein alle concessioni aventi

(sentenza del 27 novembre 1990, causa 200/88, Commissione c. Grecia) e che «inoltre, spetta alla Commissione stabilire quando sia opportuno promuovere l'azione per inadempimento, mentre le considerazioni sulle quali si fonda tale decisione non possono avere alcuna incidenza sulla ricevibilità del ricorso» (sentenza del 1° giugno 1994, causa C-317/92, Commissione c. Germania).

ad oggetto il demanio balneare in quanto risorsa scarsa e avente un interesse transfrontaliero certo.

A partire da tale argomentazione, punto di forza nell'intelaiatura concettuale costruita dall'Adunanza Plenaria, si ritiene opportuno approfondire, al fine di delineare una corretta relazione con l'ordinamento comunitario e nella prospettiva della costruzione di un diritto europeo dell'economia, tanto la funzione e la natura della relazione che si instaura tra pubblica amministrazione e concessionario, quanto quella che lega il bene alla collettività, ferma restando la funzione di intermediazione del potere amministrativo.

2. *La sussistenza di un "atto formale" e l'occasione di "guadagno" neutralizzano le articolazioni del potere amministrativo*

I principali presupposti teorici e applicativi che presiedono alle due decisioni dell'Adunanza Plenaria risiedono nella evoluzione in senso "sostanzialistico" del provvedimento concessorio. Secondo la ricostruzione teorica operata dal Consiglio di Stato, la distinzione tra concessione⁵ e autorizzazione⁶ appare contrassegnata da una concezione di "stampo giuridico formale" in via di superamento, in virtù di una rilettura dell'istituto focalizzata sull'effetto economico del provvedimento di concessione, che si traduce «nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale» scarsa al fine di svolgere un'attività economica. Da tale profilo, e concordando con la Corte di Giustizia che nella sentenza *Promoimpresa*⁷ riconduce all'interno del genere "atti formali" le spe-

⁵ In argomento, tra i tanti, si v. O. RANNELLETI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze 1894; U. BORSI, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma 1931; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008. Di recente, proprio sulle concessioni demaniali, si v. M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino 2020.

⁶ Sul tema, tra i tanti, si v. A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1957, 784 e ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano 1993, 614 ss.

⁷ CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa* e M. Melis e a., cause riunite C-458/14 e C-67/15. Per un commento, si v. E. AMANTE, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali, il legislatore interno corre ai ripari: due passi avanti e uno indietro in favore della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 97 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime [Nota a sentenza: Corte di*

cie provvedimenti autorizzazioni e concessioni «qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale», conseguirebbe che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi contingentate e, come tali, da sottoporre a procedure di gara ai sensi dell'art. 12 della c.d. Direttiva servizi.

Ma la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica non sembra potersi far risalire alla applicazione diretta della Direttiva Bolkestein, così come la necessità di applicare i principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione non richiede l'abolizione della distinzione tra autorizzazioni e concessioni che, come noto, perseguono interessi pubblici diversi.

Quanto al primo profilo basti ricordare che la Commissione europea ha dato avvio alle contestazioni nei confronti dell'Italia con la c.d. pre-infrazione nel 2008⁸, in epoca precedente quindi alla scadenza del termine per il recepimento della Direttiva Bolkestein, sulla base della violazione del principio della libertà di stabilimento di cui al Trattato.

Il tema dell'adempimento da parte dell'Italia in ordine al rispetto delle regole volte a favorire l'attuazione della libertà di stabilimento sussiste, pertanto, a prescindere dalla Direttiva che non richiede l'applicazione diretta dell'art. 12, ma fissa obiettivi già presenti nell'ordinamento europeo e che il legislatore nazionale può raggiungere applicando norme interne già presenti⁹.

Non v'è dubbio che l'ordinamento italiano contenga gli strumenti per affrontare in modo non ideologico la questione dell'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, facendo ricorso a concetti giuridici e non meramente "culturali".

La necessità di procedure imparziali, trasparenti pubbliche, oltre che nelle discipline normative settoriali, è prescritta in via di principio

Giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, causa C-67/15], in *Urb. e App.*, 11, 2016, 1219 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 912 ss.; L. GRISSELLI, *Concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 1293 ss.; E. NESI, R. RIGHI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *Giust. amm.*, 2016, XI; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 60 ss.

⁸ Si tratta della prima messa in mora (procedura di infrazione n. 2008/4908).

⁹ La possibilità che non occorra una misura interna di attuazione in presenza di principi costituzionali o amministrativi che ne garantiscano l'adempimento è stata da tempo affermata dalla Corte di Giustizia (sentenza del 23 maggio 1985, causa 29/84, Commissione c. Germania).

e generale in un altro articolo 12, questa volta di una legge di riforma economico sociale, quale la l. 7 agosto del 1990 n. 241, che investe tutte le situazioni di rapporto privato pubblico, in cui il primo tende verso una utilità economica che è nella disponibilità del secondo¹⁰.

Resta da considerare la valenza dell'ulteriore argomentazione addotta dal Consiglio di Stato in ordine alla interpretazione evolutiva dell'istituto concessorio idonea a farlo rientrare nel cono d'azione dell'Unione Europea, e secondo la quale la concessione demaniale per fini turistico ricreativi costituirebbe un'autorizzazione di servizi contingentata. Una affermazione – ove si condivide l'impostazione prospettata nella presente riflessione – che, se sul fronte dell'applicazione delle regole di evidenza pubblica sarebbe *inutiliter data*, potrebbe essere addirittura dannosa sia in generale, in relazione alla distinzione tra autorizzazioni e concessioni e alla differenziazione dei relativi effetti giuridici che in termini di sistema ordinamentale nazionale ancora ha una sua logica pur a fronte di un panorama sempre più eterogeneo di fattispecie, sia, più specificamente, con riguardo alla ragione stessa del demanio e alla connessa doverosità insita nella gestione dello stesso¹¹, quando si applichi il ragionamento del giudice amministrativo alle concessioni demaniali marittime.

¹⁰ Ai sensi del citato art. 12 della l. n. 241 del 1990 «La concessione [...] di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione [ed alla pubblicazione] da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi». Sul tema dell'applicabilità della norma in via generale e, quindi, anche alle concessioni balneari, A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli 2017, 163 ss., la quale precisa che «Su questo piano, dunque, l'art. 12 della direttiva Bolkestein non ha davvero scalfito, sotto il profilo strettamente giuridico, le regole fondanti l'affidamento delle concessioni pubbliche».

¹¹ Il concetto di doverosità connesso al demanio, pur declinata in modo diverso a seconda dei filoni ermeneutici che si sono confrontati nel tempo sul concetto di proprietà pubblica e gestione della stessa, costituisce una invariante degli studi sui beni pubblici. Sul tema A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 277 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1975; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA*, 2003, 63 ss.; M.A. SANDULLI, *La proprietà nel diritto pubblico*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2012. Una diversa prospettiva è stata assunta da quella dottrina che, soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso ed in particolare in coincidenza con le privatizzazioni e il federalismo demaniale ha spostato il punto di osservazione dalla proprietà alla funzionalizzazione dei beni agli obiettivi di interesse pubblico, in una prospettiva che ha inteso prescindere dalla proprietà pubblica dei beni per concentrare l'attenzione sulla destinazione degli stessi e, dunque, sulla funzione esercitata al fine di preservare l'efficiente gestione dei medesimi e la tutela di diritti fondamentali ad essi connessi. Specificamente, G. COLOMBINI, *I beni*

La lettura proposta dall'orientamento dell'Adunanza Plenaria dell'istituto concessorio, tutta incentrata sull'opportunità di guadagno sia per lo Stato, attraverso il canone, sia per il concessionario, attraverso lo svolgimento dell'attività di impresa di erogazione di servizi turistico-ricreativi¹², sembra segnare una sorta di resa – o peggio di traguardo – del sistema alle logiche del profitto *tout court*, secondo una logica di *reductio ad unum* dell'automatismo della liberalizzazione proprie del neoliberalismo, che diventa l'unico criterio di interpretazione degli istituti giuridici, anche di diritto amministrativo, volti a regolamentare i rapporti pubblico privato, mettendo in ombra le possibili, e anzi doverose, esternalità positive attingibili, per esempio in termini di valorizzazione¹³ dei beni concessi, ove si prenda atto della ineludibile collaborazione tra Stato e impresa e, correlativamente, tra interesse pubblico e interesse privato del concessionario imprenditore.

L'idea che sembra animare il giudice amministrativo, infatti, appare molto circoscritta: la concessione amministrativa rappresenta una occasione di arricchimento per il privato concessionario, il quale remunera

pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale, Napoli 2009; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE, (a cura di), *I beni pubblici, tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 17 ss.; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1996, 53 ss.; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005. Interessa sottolineare che la prospettiva da ultimo richiamata potrebbe avere un ruolo rilevante, come si cercherà di dimostrare, nella costruzione di una disciplina moderna delle concessioni demaniali, e nello specifico, anche delle concessioni balneari, in quanto idonea a “tenere insieme” lo svolgimento di attività di rilievo economico e la tutela e la valorizzazione dei beni oggetto del regime concessorio.

¹² Si legge nella pronuncia n. 18, a p. 15 che «la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime». Inoltre, al paragrafo 49 della medesima pronuncia: «È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento».

¹³ V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *Annuario AIPDA, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano 2004, 13.

tale opportunità attraverso la corresponsione di un canone che, tuttavia, non costituisce una corrispondente occasione di guadagno per l'ente concedente, a causa della sproporzione tra canone percepito e opportunità economica concessa.

Ne è conseguita una decisione altrettanto “semplice”: annullare (modulandone temporalmente gli effetti giuridici) la proroga automatica delle concessioni sulla base di una acritica accettazione della (presunta¹⁴) indifferenza comunitaria rispetto all'istituto della concessione di beni pubblici equiparato ad una autorizzazione contingentata, e derivato invito (non propriamente implicito) a creare le condizioni, sulla base di procedure di evidenza pubblica, di maggiori guadagni per le casse dello Stato.

Più utile sarebbe stato, infatti, anziché azzerare una differenza che ha una sua precisa *ratio* strutturale e dogmatica¹⁵, evidenziare la natura mista – di beni e servizi – della concessione di beni demaniali strumentale allo svolgimento di una attività di rilievo economico, approfondendo la possibilità di una corretta qualificazione della fattispecie in esame e fornendo

¹⁴ Sul non scontato disinteresse dell'Europa nei confronti delle concessioni di beni, si veda l'approfondita analisi di A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, cit., 69 ss.

¹⁵ Non può al riguardo ignorarsi che la stessa giurisprudenza amministrativa appare solidamente legata al riconoscimento dello schema concessorio allorché il rapporto giuridico abbia ad oggetto il godimento individuale di un bene pubblico anche per lo svolgimento di attività qualificabile alla stregua di un servizio pubblico. Tra le tante si citano due pronunce molto recenti: T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 2 marzo 2021, 2 febbraio 2021, n. 1398, secondo cui «La possibilità di attribuire a terzi la disponibilità di beni di proprietà pubblica, assoggettati allo svolgimento di un servizio pubblico, e quindi facenti parte del patrimonio indisponibile dell'ente pubblico, è tradizionalmente rimessa allo strumento concessorio, tipico provvedimento ampliativo di diritto pubblico. La concessione di beni pubblici, del resto è istituto in cui è immanente l'interesse dell'Amministrazione a un corretto utilizzo del bene affidato in uso speciale al privato concessionario, di talché il contratto che regola il rapporto si rivela essere dipendente logicamente e giuridicamente dal provvedimento con cui si estrinseca il potere di affidamento dell'uso del bene. A tale schema, peraltro, corrisponde la persistenza, anche nella fase esecutiva del rapporto, di poteri di supremazia dell'Amministrazione»; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 2 luglio 2021, n. 626, secondo cui «I beni patrimoniali indisponibili possono, in linea generale, essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale – anche quando si configuri come concessione – contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della P.A. e di una convenzione attuativa (contratto) – implica sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'Amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico».

una interpretazione da sottoporre alla Corte di Giustizia al fine della individuazione di un regime rinnovato, applicabile anche a livello europeo (e, conseguentemente, in ambito nazionale) che, al riguardo, sembra presentare una oggettiva lacuna determinata dalla marginalità che le concessioni di beni hanno da sempre avuto in ambito eurounitario, forse perché ritenute non immediatamente coinvolte nelle dinamiche concorrenziali¹⁶.

In tale prospettiva, ove si voglia cercare di contribuire alla (ri)costruzione giuridica e sistematica dell'istituto, come "intimato" dal giudice amministrativo al legislatore, occorre concentrare l'attenzione sulle concessioni evidenti, sebbene non sempre messe in rilievo, tra concessioni e caratteristiche funzionali dei beni pubblici oggetto del rapporto concessorio, in cui vengono in considerazione ulteriori valori e principi riconducibili al più ampio concetto della valorizzazione dei beni intesa non solo in termini economici ma altresì culturali, ecologici e sociali, e che hanno dignità quantomeno non inferiore alla concorrenza che, anzi, come già sottolineato, dovrebbe essere considerata alla stregua di una regola.

3. *Interesse pubblico, occasione di guadagno, scarsità delle risorse*

Quali sono i valori presi in considerazione dall'Adunanza Plenaria in quanto considerati di ontologica primazia anche in materia di concessioni? La libertà di concorrenza a fronte della contendibilità del bene pubblico considerato quale fonte di guadagno a vantaggio del privato, prima ancora che (e a prescindere da) elemento da valorizzare a vantaggio della comunità di riferimento.

Come già evidenziato, l'occasione di guadagno è stata altresì considerata con riguardo alle entrate nelle casse statali. Ciò effettivamente in coerenza con l'inserimento dei beni demaniali nella categoria dei beni suscettibili di utilizzazione economica, superando l'assioma della natura infruttifera dei beni appartenenti al demanio naturale in quanto vocati ad assicurare forme di godimento libero e collettivo e pertanto inidonei a costituire fonte di reddito pubblico¹⁷.

¹⁶ Come noto, invece, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) con riguardo a lavori e servizi, disciplina all'art. 169 i contratti misti di concessioni e recita: «Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto».

¹⁷ Il riferimento riguarda il d.lgs. d 7 agosto 1997, n. 279, emanato su delega di cui

Non sembra tuttavia potersi dubitare circa le diverse modalità di incidere della regola della concorrenza, soprattutto con riguardo alle modalità applicative, a seconda che si verta in materia di appalti o di concessioni di beni, soprattutto ove si abbia riguardo alla difficoltà di preindividuare ai fini della comparazione delle offerte il soggettivo fabbisogno della pubblica amministrazione a base dell'iniziativa contrattuale¹⁸.

Il tema in considerazione è quello del bilanciamento tra concorrenza e valorizzazione del bene inteso quale interesse primario che in materia di concessioni beni pubblici ha una dignità non inferiore a quello della concorrenza, esattamente come avviene con riguardo ai beni culturali¹⁹.

alla l. 3 aprile 1997, n. 94, che disciplina la nuova classificazione del bilancio dello Stato, in cui è stata delineata la categoria dei "beni suscettibili di utilizzazione economica" tra cui i beni appartenenti al demanio e che ai sensi dell'art. 14, co.2 della legge sono stimati nel Conto generale del patrimonio secondo «indici di redditività della gestione».

¹⁸ In proposito, A. GIANNELLI, *op. cit.*, part. 138 ss. In cui l'A. Si spinge ad affermare che «il valore della concorrenza in un ambito come quello delle concessioni di beni pubblici rappresenta una forzatura destinata a produrre difficoltà in sede di costruzione della documentazione di gara [...]. La concorrenza, infatti, presuppone un comune metro di valutazione, che nel campo degli appalti pubblici è efficacemente rappresentato dall'attitudine dei vari offerenti alla soddisfazione del fabbisogno della p.a.».

¹⁹ Ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ss.mm.ii. (Codice dei beni culturale e del paesaggio), rubricato "Forme di gestione": "1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta.

2. La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica.

3. La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi ovvero mediante l'affidamento di appalti pubblici di servizi, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione.

4. Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di progettare i servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, mantenendo comunque il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione.

5. Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati,

Un bilanciamento da cui sembra completamente prescindere il Consiglio di Stato concentrato in una sorta di “riduzione ad unità” – sedotto dalla pragmaticità eurounitaria – e prospettando una sostanziale convergenza, pur formalmente esclusa, con la disciplina degli appalti.

Che il punto di osservazione del Consiglio di Stato sia estremamente circoscritto e “schiacciato” sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, anziché orientato ad un sistematico inquadramento assiologico delle concessioni demaniali, è dimostrato anche dalla circostanza che non abbia, nella sostanza, messo in discussione la possibilità del subingresso, istituto considerato solo in relazione all’ulteriore occasione di guadagno in vantaggio del concessionario, laddove, presenta una evidente capacità anticoncorrenziale, anche nell’ipotesi in cui il subentro non comporti un allungamento dei termini contrattuali.

Non si intende prescindere, ovviamente, dallo specifico oggetto di attenzione dell’ordinamento europeo, ben messo in luce dalle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria, ossia la riduzione degli ostacoli amministrativi che si frappongono alla libera esercitabilità delle attività econo-

tra l’altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene.

6. Nel caso in cui la concessione a terzi delle attività di valorizzazione sia attuata dai soggetti giuridici di cui all’articolo 112, comma 5, in quanto conferitari dei beni oggetto della valorizzazione, la vigilanza sul rapporto concessorio è esercitata anche dalle amministrazioni cui i beni pertengono. L’inadempimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio, oltre alle conseguenze convenzionalmente stabilite, determina anche, a richiesta delle amministrazioni cui i beni pertengono, la risoluzione del rapporto concessorio e la cessazione, senza indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni.

7. Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all’articolo 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione. Al di fuori dell’ipotesi prevista al comma 6, gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi. I beni conferiti in uso non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico.

8. Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all’esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d’oneri. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività.

9. Alle funzioni ed ai compiti derivanti dalle disposizioni del presente articolo il Ministero provvede nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.”

niche cui l'accesso al bene demaniale è strumentale, ed in quanto tale rientrante nell'ambito concettuale della liberalizzazione di cui la Direttiva Bolkestein è il principale riferimento.

Nel caso che interessa in questa sede l'“ostacolo” alla liberalizzazione dell'attività economica al cui esercizio il bene pubblico è strumentale è costituito dalla scarsità delle risorse naturali.

In altri termini, ciò che conta, secondo tale logica “semplificatrice” è il fatto finale, ossia che gli atti abilitativi siano limitati nel numero, e dunque dia luogo alla compressione dell'attività, anche se tale risultato derivi non già da una scelta di politica dell'amministrazione e da conseguenti limitazioni di natura giuridica, bensì da un dato empirico, le caratteristiche del bene (scarso), da cui dipende l'esercizio dell'attività economica fondata sullo sfruttamento del bene stesso²⁰.

Da tale angolo visuale, che è quello da cui si è posto anche il giudice amministrativo, l'occasione di guadagno e la scarsità delle risorse si pongono in un rapporto di complementarità strumentale sia per l'aspirante concessionario che per l'ente concedente. Per il primo, sotto il profilo dell'accesso imparziale al bene e dunque all'attività economica esercitabile attraverso il bene stesso; per il secondo, come afferma il Consiglio di Stato, con riguardo «alla domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti», e quindi un «potenziale maggior introito per le casse pubbliche» che corrisponderebbe ad «una gestione maggiormente efficiente delle medesime».

Tale relazione strumentale scontata e accettabile per l'imprenditore, non appare altrettanto scontata soprattutto sotto il profilo della assoluta ammissibilità per il soggetto pubblico, ove si rifletta che la leva di tipo economico che induce l'amministrazione competente a sottrarre il bene all'uso collettivo – immediata forma di concretizzazione della natura del bene – deve confrontarsi anche con altri interessi pubblici strettamente connessi alla funzione e alla natura giuridica, ma anche alle caratteristiche fisiche dei beni pubblici considerati.

Occorre dunque chiedersi quale ruolo gioca per l'ordinamento, in termini di interesse da perseguire, la risorsa scarsa che, nel caso specifico, appare altresì ecologicamente e geomorfologicamente fragile del demanio marittimo, proprio in considerazione delle caratteristiche messe in luce dallo stesso giudice amministrativo il quale nel soffermarsi sui dati

²⁰ Una prospettiva ricostruttiva antitetica a quella (*Tribunal constitucional* n. 223 del 13 novembre 2015) che scinde l'attività economica dal bene.

forniti dal sistema informativo del demanio (SID)²¹, con riguardo allo stato di occupazione delle nostre coste, osserva che i «tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”».

È possibile, nella situazione ambientale e sociale data, intendere le concessioni balneari alla stregua di un mero rapporto giuridico reddituale e le coste considerarle, riduttivamente, alla stregua di un qualsiasi bene (mero strumento) idoneo a generare reddito (per soggetti pubblici e privati) attraverso l'utilizzo imprenditoriale da parte del privato e di mera rendita per l'ente concedente, coltivando così la seduzione di uno scambio generalizzato, secondo quello schema che Hans Jonas definì «nuova primitivizzazione» che accentua lo sfruttamento utilitarista e rapace delle risorse naturali, dell'aria, dei mari, dell'acqua, delle foreste²²?

Non possono esservi dubbi sulla persistenza di importanti tratti di doverosità in capo all'ente concedente che, pur a fronte del generale riconoscimento dell'autonomia negoziale delle amministrazioni²³, non possono essere trascesi, e in quanto tali in grado di determinare sia lo strumento di azione che il soggetto pubblico è tenuto ad utilizzare, sia i criteri di scelta cui rifarsi²⁴.

4. Verso una prospettiva di autentica integrazione tra bene e attività

Secondo la prospettiva tracciata dal Consiglio di Stato, dunque, ai fini dell'applicabilità della Direttiva Bolkestein, l'accesso al bene riveste un ruolo assolutamente marginale (di mero presupposto materiale) nell'instaurazione, e conseguentemente nella regolamentazione, del rapporto autorizzatorio/concessorio che si instaura con il soggetto economico privato.

²¹ <https://www.mit.gov.it/documentazione/sistema-informativo-demanio-marittimo-sid>.

²² H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 1990, 12.

²³ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2012.

²⁴ È sempre attuale, in proposito, il contributo di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Padova 2002, sulla doverosità giuridica dell'amministrazione, nel cui ambito l'A. riconduce anche la discrezionalità amministrativa (part. 49) anch'essa contraddistinta dal dovere, che concorre a definire la posizione dello Stato amministrazione in termini di funzione e l'*agere* amministrativo in termini di necessità, dunque in posizione confliggente con l'autonomia negoziale.

Ove invece si abbiano presenti, ai fini della regolamentazione del rapporto giuridico, le caratteristiche del bene, e nel caso specifico la fragilità delle coste e dell'ecosistema al cui interno esse "vivono", che dovrebbero indurre il legislatore ad una regolamentazione dell'uso del bene stesso in funzione della sua conservazione e valorizzazione, si potrebbe approdare ad un concetto giuridico di concessione dei beni demaniali, e specificamente per finalità turistico ricreative, in grado ritrovare la funzione pubblica del demanio marittimo e delle spiagge²⁵.

È in tale ambito che devono convivere l'interesse alla libertà dell'attività economica con il relativo interesse pubblico allo sviluppo, e il soddisfacimento di interessi collettivi e di sviluppo dei diritti fondamentali della persona strettamente dipendenti dalla cura delle risorse funzionali a preservarne l'integrità o, comunque, ad evitarne la svalutazione²⁶.

Né tale affermazione appare particolarmente dirompente nei confronti della Direttiva Bolkestein che sotto il profilo strettamente giuridico si integra perfettamente con i principi e le regole del nostro ordinamento fondanti l'affidamento delle concessioni pubbliche: dai principi di rango costituzionale identificabili nell'imparzialità e nel buon andamento a quelle contenute nel già citato art. 12 della l. n. 241, della cui portata generale si è detto, e da cui si evince la necessità delle procedure di selezione dei concessionari, che siano conformi al principio di imparzialità nella sua funzione egualitaria, nonché al principio del buon andamento da declinare, nel caso specifico, come interesse pubblico alla valorizzazione del bene, quest'ultima da intendere non solo in termini reddituali e finanziari, ma altresì sociali, culturali e ambientali. Ma ancor prima l'art. 41 della Costituzione, che, nel presidiare la libertà di iniziativa economica privata attraverso l'utilità sociale e il raggiungimento dei relativi fini, è alla base non solo della Costituzione economica, ma anche della nostra forma di Stato.

Secondo il percorso proposto, senza scalfire in alcun modo il concetto di concorrenza, ma adeguandolo all'istituto concessorio, il criterio che dovrebbe guidare la selezione non potrà, pertanto, che essere quello della valorizzazione ottimale del bene costiero e che richiederà una pluralità di valutazioni aventi ad oggetto le effettive condizioni di operatività.

Che tale profilo non sia stato considerato dal Consiglio di Stato al fine

²⁵ Per una analoga prospettiva, M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza*, in *Urb. e app.* 2011, 599 ss.

²⁶ In argomento, L. GIANI, *Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa*, in *Nuove autonomie*, 2, 2016.

della caratterizzazione della tipologia di concessioni in esame emerge con chiarezza anche nella parte motivazionale in cui il giudice amministrativo si sofferma ad indicare i criteri di valutazione selettiva nell'ambito della futura disciplina legislativa sulle procedure di evidenza pubblica. Nel paradigma prospettato al fine della valutazione dell'offerta non compare l'attività di valorizzazione delle risorse naturali scarse il cui sfruttamento ingenera occasione di guadagno, se non in termini di mera "possibilità" di inserimento di standard qualitativi dei servizi e sostenibilità sociale e ambientale in relazione ad altrettanto "eventuali" minimi previsti in sede di indizione della gara²⁷.

Ancora una volta viene in considerazione la complessità del rapporto tra bene demaniale e attività economica che sul bene si intende svolgere e sulla funzione che l'ordinamento intende attribuire alle due componenti del rapporto concessorio.

In proposito un risultato rilevante potrebbe ottenersi da una disciplina volta a raccordare l'attività amministrativa di concessione di demanio marittimo, anche a uso turistico balneare, con la pianificazione delle coste²⁸ al fine di concretizzare quella gestione – ma prima ancora una

²⁷ Si legge infatti «Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

²⁸ Il piano delle coste era stato introdotto già nel 1982 con la legge n. 979 ("Disposizioni per la difesa del mare"). Successivamente, anche la legge del 18 maggio 1989, n. 183 (Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo) aveva disposto che l'attività di programmazione deve curare la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei sistemi dunosi, prevedendo altresì la delega alle Regioni, delle funzioni amministrative statali relative alla difesa delle coste (con esclusione delle zone comprese nei bacini di rilievo nazionale, nonché delle aree di permanente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato e della navigazione marittima). Questa legge è stata poi superata e in parte inglobata nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Norme in materia ambientale) e s.m.i. confermando (art. 56) che "le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione relativi alla difesa del suolo riguardano anche la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei cordoni dunosi" e precisando che "Le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione degli interventi [riguardano] in particolare: la disciplina delle attività estrattive nei corsi d'acqua, nei laghi, nelle lagune ed in mare, al fine di prevenire il dissesto del territorio, inclusi erosione ed abbassamento degli alvei e delle coste". A ciò va poi aggiunto il d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito in legge 6 agosto 2015 n. 125 all'art. 7 comma 9-septiesdecies ai sensi del quale "In previsione dell'adozione della disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime, le regioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione

visione – integrata che consideri a monte, quindi previamente ed obiettivamente i diversi interessi, ormai affidati alla cura di diverse amministrazioni, quelli volti ad assicurare la difesa e la conservazione del demanio costiero e quelli relativi all’economia balneare²⁹.

del presente decreto, operano una ricognizione delle rispettive fasce costiere, finalizzata anche alla proposta di revisione organica delle zone di demanio marittimo ricadenti nei propri territori. La proposta di delimitazione è inoltrata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e all’Agenzia del demanio, che nei centoventi giorni successivi al ricevimento della proposta attivano, per gli aspetti di rispettiva competenza, i procedimenti previsti dagli articoli 32 e 35 del codice della navigazione, anche convocando apposite conferenze di servizi”; nonché il decreto legge 5 ottobre 1993 n. 400 (“Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi alle concessioni demaniali marittime”) convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 494, che all’art. 6 prevedeva la delega alle Regioni anche delle funzioni amministrative nella materia concessoria (rilascio e rinnovo), per l’esercizio della quale è prevista la “predisposizione di un Piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo”, acquisito il parere dei Sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria.

²⁹ Sugli strumenti di pianificazione del demanio costiero, ed in particolare sull’incidenza dell’intervento legislativo che impone la pianificazione di settore su modi e limiti dei diritti dei terzi su bene demaniale costiero, F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in www.giustiziainsieme.it.

DEMANIO MARITTIMO E CONCESSIONE:
QUALI NOVITÀ DALLE PRONUNCE
DEL NOVEMBRE 2021?

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra demanio marittimo e concessione come sfondo delle questioni affrontate dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021. – 2. L'origine degli schemi ricostruttivi di riferimento: dall'uso generale all'interesse pubblico. – 3. La riflessione su pianificazione urbanistica e demanio marittimo nell'epoca dell'attuazione dell'ordinamento regionale. – 4. Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: *a*) i poteri concessori delle autorità portuali e delle autorità di sistema portuale (cenni). – 5. Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: *b*) il d.l. n. 400/1993 e la pianificazione degli usi. – 6. Brevi conclusioni: leggendo tra le righe delle pronunce del novembre 2021.

1. *Il rapporto tra demanio marittimo e concessione come sfondo delle questioni affrontate dalle decisioni dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021*

Le recenti pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di proroga *ex lege* di concessioni demaniali marittime¹ offrono soltanto l'occasione, se non un semplice pretesto, per le riflessioni svolte nelle pagine che seguono: il rapporto tra i due termini nel titolo è qui indagato al fine di comprendere se l'attuale disciplina dell'istituto concessorio contribuisca, almeno in parte, a chiarire la fisionomia giuridica del demanio marittimo, categoria da sempre sospesa “tra passato e futuro”² anche a causa del difficile inquadramento, all'interno degli schemi teorici impiegati per la sua definizione, della disciplina delle concessioni tempo per tempo dettata dal legislatore.

¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18.

² F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 3-4/1965, 154 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano 2006, 2391 ss.

Nessuno dei quesiti a cui le pronunce danno risposta, all'evidenza, è direttamente pertinente a un'analisi di questo tipo: il loro *thema decidendi* concerne soltanto le modalità procedurali mediante le quali il diritto di un privato sul demanio marittimo può essere costituito (ed estinto); e su queste modalità si appuntano anche le altre questioni relative alle fonti applicabili, all'individuazione dei poteri deputati ad applicarle, ai provvedimenti (legislativi, giurisdizionali e amministrativi) che all'applicazione diano (o non diano) effettivamente luogo³.

Tuttavia, è proprio la limitatezza dell'oggetto delle due sentenze che stimola il tentativo di proiettarne le conclusioni all'interno della più ampia tematica relativa all'estensione dei poteri concessori dei soggetti titolari o gestori del demanio marittimo, al rapporto tra i possibili usi dei beni che del demanio sono componenti, alla definizione, insomma, delle facoltà di godimento e disposizione dell'ente titolare o gestore (facoltà le cui specialità rispetto al modello della proprietà privata rappresentano il profilo essenziale della nozione di demanio risultante dall'art. 823, c. I, c.c.).

Tale tentativo può essere opportuno non tanto perché la rilevanza

³ Questa la formulazione delle tre questioni di diritto contenuta nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160 del 2021, riprodotte al punto 5 delle due pronunce: "1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145".

e l'urgenza delle questioni immediatamente affrontate dal Consiglio di Stato rischi di relegare in secondo piano questi più generali e complessi aspetti, ma piuttosto perché le conclusioni delle due sentenze sono sorrette da un'ampia e articolatissima motivazione, in cui l'Adunanza plenaria sembra prendere effettivamente posizione su alcuni nodi problematici del rapporto tra demanio marittimo e concessione e la cui portata sistematica va oltre la specifica materia del contendere.

2. *L'origine degli schemi ricostruttivi di riferimento: dall'uso generale all'interesse pubblico*

È noto come la moderna nozione di demanio si sia contraddistinta, alle origini, per un vistoso scollamento tra il modello teorico, elaborato con quasi esclusivo riferimento alla disciplina del Codice civile del 1865, e l'esperienza concreta, caratterizzata dall'intreccio tra i pochi principi sinteticamente desumibili dalla disciplina codicistica e le tante regole introdotte (e a più battute modificate) dalla legislazione speciale relativa a singole classi o a singoli tipi di beni demaniali⁴.

Il modello astratto vedeva nella inalienabilità (art. 430 del Codice) l'elemento indefettibile della nozione e da questo elemento la scienza giuridica traeva il corollario della essenziale destinazione della cosa demaniale all'uso generale da parte del popolo⁵. La legislazione speciale, di contro, prevedeva fattispecie che (al principale fine di valorizzare l'attitudine a nuovi impieghi economici, rivelata ben presto dalla gran parte dei

⁴ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 15 s. e *passim*.

⁵ Su tale assunto convergevano tanto le dottrine che ritenevano il potere sui beni demaniali una manifestazione di sovranità, negando alla relazione tra lo Stato e i beni i caratteri propri di un diritto di proprietà, lettura che trovava un sia pur debole aggancio a livello normativo nella previsione dell'art. 1, c. II, del regolamento per la contabilità generale del 1885 (G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze 1877, 308 ss.; G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze 1882, 11 s.), quanto le tesi che, pur negando una distinzione ontologica tra la titolarità del demanio e la proprietà privata, individuavano nel popolo il sostanziale 'proprietario' dei beni demaniali, configurando la destinazione all'uso generale diretto non come "un limite alla proprietà dello Stato", ma come il "contenuto" di quest'ultima (L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1909, 334; v. anche F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, II, Napoli 1890, 9 ss. Sulla distinzione tra i due approcci cfr. S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Circolo giuridico*, 1898, ora in *Id.*, *Scritti minori*, Milano 1950, 123 ss.).

beni elencati dall'art. 427) mettevano in dubbio la coerenza di un tanto lineare schema ricostruttivo.

Con riferimento al demanio marittimo, in particolare, il cennato scollamento è principalmente testimoniato dalle modifiche apportate al Codice della marina mercantile del 1865⁶ e alla coeva legge sui lavori pubblici⁷.

Il primo, novellato nel 1877⁸, pur mantenendo il divieto di “concessioni permanenti”, ammetteva la possibilità che concessionari temporanei potessero realizzare “opere di natura stabile” sulle aree demaniali (art. 158)⁹; ma era soprattutto il relativo regolamento di esecuzione¹⁰ a infirmare la tesi della ordinaria apertura del demanio all'uso generale.

L'art. 751 riservava in via permanente all'uso (in forza di concessione) di cantiere o “di altre industrie navali”, le spiagge del Regno “che per la naturale loro condizione si prestano all'esercizio” di tali attività¹¹. Per le zone passibili di più intensa utilizzazione, l'art. 752 attribuiva all'Autorità marittima il compito di adottare un piano regolatore¹².

Più in generale, il Regolamento ammetteva però concessioni “per qualsiasi uso” (artt. 757 e ss.) dei beni del demanio marittimo. Eccezion fatta per le concessioni relative a industrie marittime, preferite a ogni altra ove riguardassero moli, ponti e calate, la legge non specificava quali fossero tali possibili usi.

⁶ Regio decreto 25 giugno 1865 n. 2560

⁷ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F.

⁸ Il Codice per la Marina mercantile è stato modificato dalla l. 24 maggio 1877, n. 3919, e poi pubblicato in testo unico, il 24 ottobre dello stesso anno, con regio decreto n. 4146.

⁹ Nel testo originario del Codice della marina mercantile del 1865, l'art. 157 negava, infatti, che i beni del demanio marittimo e le rispettive pertinenze potessero essere oggetto di “concessioni ed occupazioni permanenti” se non in forza di legge speciale e ammetteva soltanto la concessione di beni e pertinenze demaniali per occupazioni temporanee (e revocabili *ad nutum* “per mezzo di decreto reale”) funzionali alla realizzazione di opere (comunque non “permanent”) “essenzialmente utili alla navigazione, alle industrie e al commercio marittimo” (art. 158). In argomento, cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 28 s.

¹⁰ Regio decreto 20 novembre 1879, n. 5166.

¹¹ Le relative concessioni erano rilasciate per il tempo necessario alla costruzione del naviglio e la preferenza tra diversi aspiranti era riconosciuta a quella, tra le iniziative di costruzione, che fosse di più immediata intrapresa (artt. 754); si prevedeva espressamente, infine, che la titolarità della concessione “non dà titolo, alla scadenza del termine, al rinnovamento della concessione a favore dello stesso costruttore” (art. 753).

¹² La norma stabiliva che “le spiagge su cui consuetamente si costruiscono bastimenti saranno per cura dell'amministrazione marittima, mediante piani regolatori, ripartite in tante aree distinte, ognuna delle quali possa servire convenientemente alla costruzione di un bastimento. Ciascuna area sarà misurata e numerata”.

L'unica tipizzazione era contenuta all'art. 761, in materia di concessioni brevi ("licenze" di durata massima annuale): tra gli usi elencati figuravano già "l'erezione di stabilimenti balneari amovibili e di baracche di legno, di tela, di stuoia e simili ad uso dei bagnanti, o di vendita di generi commestibili ed altro" (lett. *a*), il "collocamento di ponticelli in legno destinati all'imbarco e sbarco di passeggeri" (lett. *d*) o "di sedili mobili per uso di bagnanti" (lett. *g*).

Per questi tipi di licenza breve, come per le concessioni 'innominate' di cui all'art. 757, la legge non prevedeva poteri di previa pianificazione del litorale ed era la valutazione discrezionale compiuta, di volta in volta, dalle amministrazioni competenti ad attestare la compatibilità della richiesta con gli interessi pubblici coinvolti¹³.

In ipotesi di concorso di istanze di licenza breve relative alla stessa area, la preferenza era accordata a quella presentata anteriormente (art. 762) e la relativa concessione era "rinnovabile alla scadenza" senza ulteriori specificazioni¹⁴.

Quando oggetto di una pluralità di domande fosse, invece, una concessione 'innominata', la scelta dell'amministrazione doveva cadere su quella che contemplasse un uso dell'area di maggior rilievo con riferimento ai "bisogni ed agli interessi locali": ove tale criterio risultasse inapplicabile, l'area era affidata a seguito di pubblici incanti, ponendo a base d'asta l'importo del canone (art. 770).

Un interesse del legislatore per la contendibilità dei titoli e, insieme, per il rapporto tra uso eccezionale e uso generale era maggiormente evidente dove si trattasse di concessioni "di particolare importanza e di lunga durata": in questi casi era obbligatoria la pubblicazione dell'istanza e, in caso di opposizione alla medesima, l'opportunità della stipulazione del contratto di concessione era rimessa alla valutazione discrezionale del Ministero della marina (artt. 771 e 772)¹⁵.

¹³ Una compatibilità il cui accertamento era demandato, sotto "l'aspetto demaniale", all'intendenza di finanza, che deve tuttavia essere effettuato per le sole concessioni atipiche e non anche per le licenze brevi (art. 767).

¹⁴ La licenza era tuttavia revocabile *ad nutum* dalla capitaneria di porto, con esclusione del "diritto a compensi, o ad indennità di sorta" (art. 781, c. II).

¹⁵ La stessa procedura non trovava applicazione in ipotesi di rinnovo (art. 772, c. 4), il quale poteva essere discrezionalmente accordato dall'Amministrazione (come nelle ipotesi di minore "importanza e durata"), senza però che il concessionario vantasse a tal fine alcun diritto (art. 787): la legge imponeva la restituzione nel pristino stato delle aree, alla scadenza (art. 802), salvo che l'Amministrazione decidesse di acquisire all'erario le opere ivi realizzate (in questo caso, senza "alcun compenso od indennità di sorta": art. 803).

Anche le modifiche apportate nel 1884 alla legge sui lavori pubblici sono rilevanti per cogliere il rapporto tra demanio marittimo e concessione a pochi anni dalla codificazione del 1865¹⁶. L'art. 18, c. I, del T.U. n. 3095/1885 prevedeva che enti locali, camere di commercio o privati potessero realizzare opere marittime in forza di concessione e acquisire così il diritto a percepire gli importi versati dall'utenza del porto cittadino a titolo di tasse supplementari di ancoraggio¹⁷.

Il secondo comma dell'art. 18 stabiliva che, in favore dei comuni, potessero essere rilasciate concessioni di tratti costieri, di durata massima novantennale, in prossimità del porto cittadino o dell'abitato, a condizione che "i proventi, che si possono dall'uso di essi ricavare" venissero destinati alla realizzazione di opere marittime "di utilità riconosciuta dal ministero dei lavori pubblici".

È evidente come il *nomen iuris* "concessione" designasse, nell'ambito del Codice della marina mercantile e nel T.U. lavori pubblici, due tipi di provvedimento ben differenti.

Quello contemplato dalla seconda fonte è un rapporto passivo, causalmente connotato dall'interesse del concedente alla realizzazione dell'opera, indipendentemente dal tipo di corrispettivo previsto in favore del concessionario¹⁸. A questo schema è ovviamente riconducibile anche la concessione di costruzione e gestione di opere marittime, introdotta nel 1904 dal Regolamento di esecuzione del T.U. del 1885 (R.D. 26 settembre 1904, n. 713, artt. 34 ss.), di durata non eccedente i novant'anni e alla cui scadenza "le opere stesse passeranno al demanio pubblico" (art. 39).

Le concessioni contemplate dal Codice della marina mercantile sono, al contrario, chiari esempi di rapporti attivi, concessioni di bene, in cui l'attività posta in essere dal concessionario resta sullo sfondo del rapporto e rileva ai soli fini della eventuale selezione tra più istanze concorren-

¹⁶ Il R.D. 2 aprile 1885, n. 3095 approva il testo unico della legge 16 luglio 1884, n. 2518 (Serie 3), con le disposizioni del titolo IV (porti, spiagge e fari) della precedente legge del 1865.

¹⁷ Queste ultime potevano essere imposte (e accordate ai concessionari) dal Governo, su richiesta di ciascun comune marittimo, previa approvazione dei progetti delle opere da parte del Ministero dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 17 dello stesso T.U.

¹⁸ Tale corrispettivo può infatti consistere (art. 18, c. II, R.D. 3095/1885), nel diritto a sfruttare una porzione del demanio marittimo, ovvero nel diritto a percepire l'importo che gli utenti del porto) sono tenuti a pagare (art. 18, c. I): in quest'ultimo caso, la concessione non ha, in realtà, a oggetto il bene, poiché l'uso eccezionale dell'area demaniale si risolve in quello strettamente necessario alla costruzione dell'opera stessa (nella misura necessaria, cioè, alla realizzazione dell'interesse del concedente).

ti: l'interesse diretto del concedente si risolve in quello alla percezione del canone (per quanto un interesse pubblico mediato possa essere colto nella preferenza *ex lege* per la cantieristica e per le industrie marittime e nelle disposizioni in materia di canoni).

Entrambi i tipi di concessione, tuttavia, sono in grado di mettere in crisi la tesi di una pura destinazione del demanio all'uso generale, la cui perdurante validità può essere argomentata soltanto al costo di una vistosa torsione della sua formulazione originaria.

Ranelletti, in questa prospettiva, sosterrà che l'uso pubblico non debba necessariamente coincidere con quello generale: la collettività a cui si riconosce la facoltà di usare il bene non deve infatti essere identificata, *sic et simpliciter*, con la generalità dei consociati, ma con i "singoli componenti quella data collettività, i quali sentono quel bisogno, a soddisfare il quale la cosa è destinata"¹⁹.

Anche nella sua rielaborata formulazione, tuttavia, la tesi ottocentesca è definitivamente incrinata dal prorompente affermarsi, all'inizio del '900, dell'uso diretto del demanio marittimo da parte dell'Amministrazione: l'istituzione di una pluralità di enti portuali che sfruttano quel demanio per svolgere un'attività a carattere economico è incompatibile anche con la rivisitazione della teoria dell'uso pubblico, nella cui cornice una siffatta destinazione dovrebbe attestare la natura patrimoniale della cosa²⁰ che è, invece, espressamente qualificata come demaniale dalla legge.

Ed è appunto con riferimento all'uso diretto delle risorse portuali, da un lato, e alla riserva al Consorzio autonomo del Porto di Genova del "pubblico servizio" erogabile per loro tramite, dall'altro lato, che fa il suo ingresso nella giurisprudenza italiana²¹ la dottrina Mayeriana della

¹⁹ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1898, 8 (ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, Napoli 1992, 131 ss.). Per un'accurata analisi dei presupposti teorici da cui muove la ricostruzione di Ranelletti v. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 150 ss.

²⁰ L. RAGGI, *Servizio pubblico e demanialità*, in *Filangieri*, I/1909, 81 ss.

²¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 dicembre 1906, *Bodano, Piegalluga ed altri, Carr e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova e Bruschetti ed altri*, in *Foro italiano*, III, IX/1907, 17 ss., con nota di L. RAGGI, *ibidem*, 107 ss.; con nota di F. CAMMEO in *Giurisprudenza italiana*, III, 1907, 173 ss.; v. anche il commento di E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1908 e, in replica a questi, ancora L. RAGGI, *Servizio pubblico e demanialità*, *cit.*, 81 ss. Sul rilievo della pronuncia e del dibattito sorto intorno a essa v. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 166 ss. e 329 ss.; cfr. anche M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli 2017, 39 ss. e 70 ss.

proprietà pubblica²²: per mezzo del suo demanio, lo Stato-persona deve certo perseguire fini di utilità generale, ma questi fini non coincidono (o, almeno, non necessariamente coincidono) con l'apertura del bene all'uso generale da parte della collettività.

La evidente marginalizzazione del rilievo dell'uso, nella nuova ricostruzione della nozione di demanio, conduce peraltro a una nuova conformazione dell'istituto concessorio.

Anche la ricostruzione di Guicciardi, che – pur negando un rilievo centrale al concetto di uso in sé e per sé considerato – riconosce comunque essenziale, alla nozione di demanio, un preciso profilo funzionale (il requisito “specifico” della demanialità²³), a tale profilo nega rilievo giuridico allorché il bene demaniale sia oggetto di concessione.

Nella “forma normale” di destinazione del bene, l'uso eccezionale non vede altro che un limite esterno: la concessione non deve essere conforme, complementare o utile, sul piano funzionale, alla destinazione normale, ma soltanto compatibile con essa.

Il potere concessorio è limitato, secondo questa impostazione, ai margini residuali di utilizzazione del demanio, a quei beni, cioè, non necessari alla destinazione primaria, perché eccedenti lo scopo²⁴.

Ma una siffatta impostazione, all'evidenza, non è di alcun aiuto nella ricostruzione del rapporto tra demanio e concessione ogni qualvolta la definizione legislativa della destinazione sia connotata da vaghezza o non sia rappresentata, comunque, da entità passibili di una valutazione quantitativa: nell'uno e nell'altro caso, infatti, resta preclusa la possibilità di misurare l'estensione della porzione di demanio indispensabile alla destinazione (e così quella della porzione eccedente).

È vero, insomma, che a differenza di altre impostazioni tributarie dell'opera di Mayer²⁵, la tesi in esame mira apparentemente a restringe-

²² O. MAYER, *Le Droit administratif allemand*, Paris 1905 (ed. francese, a cura dello stesso Autore, dei due volumi intitolati *Deutsches Verwaltungsrecht*, Munich-Leipzig 1896), III, 87 ss.

²³ E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934, 60 ss.

²⁴ *Ibid.*, 340 (nota 1).

²⁵ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano 1906, 410 ss. e 269 ss. (v. anche la III ed., Milano 1912, 439 ss. e 291 ss.). Nei *Principii*, l'Autore sposa pressoché integralmente la teoria della proprietà pubblica di Mayer, alla quale sembrava essersi accostato con maggiore cautela nell'opera precedente (*Determinazione della demanialità*, cit., segn. 131); G. ZANOBINI, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, XXXVII, 1923, poi riedito in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 165 ss., con postille dello stesso Autore. Cfr. anche *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano 1948, 3 ss.

re la sfera di discrezionalità dei poteri di amministrazione del demanio, configurandoli come meramente dichiarativi e ricognitivi di una funzione predeterminata dalla legge²⁶. Ma è anche vero che in tal modo si perviene, ogni qualvolta quella predeterminazione legale difetti, a negare la sindacabilità degli atti che in concreto imprimono al bene una destinazione, sia essa quella “normale” o quella derivante dalla concessione.

L'assenza di una univoca predeterminazione della destinazione contraddistingue, appunto, come già illustrato, la disciplina del demanio marittimo.

Guicciardi, individuata la funzione di quest'ultimo nella (generica) garanzia di “nuove vie di comunicazione” per la collettività, ne illustra i caratteri mediante una analogia con il (e tramite un semplice rinvio alla trattazione del) demanio stradale e idrico: e così, a fronte di una destinazione “normale”, individuata nell'uso pubblico, la trattazione non affronta il problema della sostanziale indeterminatezza dei poteri concessori contemplati dalla legislazione speciale²⁷.

Una più compiuta definizione – della funzione, della destinazione o del rapporto tra usi del demanio marittimo – non è rinvenibile, com'è noto, nemmeno nel Codice della navigazione del 1942 e nel relativo Regolamento di esecuzione (d.p.R. 15 febbraio 1952 n. 328).

Dagli artt. 33, 35 e 42 Cod. nav. si ricava che la comune destinazione dei beni del demanio marittimo, elencati all'art. 28, è quella ai “pubblici usi del mare”, carattere che essi possono presentare anche solo potenzialmente: a differenza di quanto previsto dall'art. 157, c. II, del Codice della Marina mercantile²⁸, l'art. 35 Cod. nav. consente, infatti, l'esclusione dal demanio delle sole aree non “utilizzabili per pubblici usi del mare”²⁹.

La formula del Codice è tuttavia ambigua perché, se di primo acchito sembra mantenere ferma la tesi tradizionale della destinazione normale del demanio marittimo all'uso generale, essa riferisce, in realtà, questo uso al mare e pone così la costa non a oggetto di un uso qualificato, ma a servizio dell'uso pubblico di una *res* differente³⁰.

²⁶ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 176 e 201.

²⁷ *Ibid.*, 77 ss.

²⁸ La norma stabiliva che “Le parti di spiaggia e delle altre pertinenze demaniali [...] che, per dichiarazione dell'amministrazione marittima fossero riconosciute *non più necessarie all'uso pubblico*, potranno fare passaggio dai beni del pubblico demanio a quelli del patrimonio dello Stato”.

²⁹ Cfr. D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano 1965, 5 e ivi nt. 12; M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano 1986, 51.

³⁰ Efficacemente, F. FRANCIOSI (*Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*,

Una *res* le cui modalità di fruizione sono tanto varie (e tanto più varie diverranno nel corso degli anni successivi all'approvazione del Codice) da attribuire all'amministrazione una discrezionalità quanto mai ampia nella scelta della destinazione dei beni.

Rispetto alla legislazione previgente, nel Codice e nel relativo Regolamento trova espresso riconoscimento l'uso diretto dei beni demaniali marittimi da parte dell'Amministrazione e, in particolare, degli enti portuali ormai preposti alla gestione di una pluralità di scali italiani³¹.

Il modello dell'ente portuale, in cui la riserva in mano pubblica delle attività di carico, scarico e movimentazione delle merci (tramite un sostanziale monopolio della forza lavoro) può essere giustificata con l'esigenza di garantire il più ampio uso pubblico del mare (s'intende: da parte delle navi commerciali; e il discorso è diverso, in ogni caso, con riferimento ai tanti porti e aree portuali industriali)³², viene peraltro estesa dal Codice anche alla portualità minore³³.

Interessanti innovazioni rispetto al regime descritto dal Codice della

in *giustiziainsieme.it*, 16 novembre 2021) rileva che “pubblici usi del mare” è “espressione impropria perché il demanio marittimo in realtà è “asciutto” (lido, spiaggia, rade, porti), ma efficace nel rendere l'idea che la finalità primaria che deve essere perseguita è quella di garantire le esigenze della navigazione e della difesa militare dei confini dello Stato e l'uso non commerciale (ma diretto o generale) del bene” È noto che la natura demaniale del mare territoriale non è per nulla pacifica, oggi come allora, in dottrina e in giurisprudenza: per tutti cfr. L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova 1988; G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, III, Roma 1949, 871; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990, 36 ss.

³¹ La destinazione “normale” può infatti essere sospesa qualora l'amministrazione marittima, su istanza di un ente territoriale, decida di asservire determinate aree marittime ad altri “usi pubblici” (art. 34 Cod. nav.) e l'art. 36 del Regolamento consente di ricondurre a tale ipotesi anche le fattispecie contemplate dall'art. 19 Cod. nav., a mente del quale, nei porti di maggiore importanza, “taluni servizi portuali inerenti alla navigazione possono essere affidati ad appositi enti costituiti con legge”.

³² In questo senso E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti*, Roma 1962, 52 ss.

³³ Anche negli scali che non siano sede di enti portuali e che non siano pertanto soggetti a un regime speciale, si stabilisce che gli utenti che intendano provvedere autonomamente alle operazioni di “imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nel porto” (art. 108 cod. nav.) debbano dotarsi di un'autorizzazione (episodica) o di una licenza (in ipotesi di esercizio abituale) al cui rilascio sono competenti gli uffici del lavoro portuale (art. 201 reg. nav. mar.); l'esercizio delle operazioni per conto terzi è invece sottoposto a regime concessorio (art. 111 cod. nav.) e, anche in questo caso, con l'obbligo di avvalersi esclusivamente delle maestranze portuali raggruppate nelle compagnie (art. 110 cod. nav.). Queste ultime, peraltro, posso-

marina mercantile e dal suo regolamento di esecuzione si rinvengono anche nella disciplina della concessione dei beni demaniali, applicabile indipendentemente dalla funzione (portuale o non portuale) che essi presentino.

Tutti i beni demaniali marittimi possono essere oggetto di concessione “anche esclusiva” ai sensi dell’art. 36 Cod. nav., a condizione che la stessa sia compatibile con un “pubblico uso” che la norma (a differenza degli artt. 33, 35 e 42 Cod. nav.) non riferisce al mare, ma al demanio in sé e per sé considerato.

La destinazione che il concessionario intende imprimere al bene sembra assumere rilievo, anche nell’ambito della nuova codificazione, solo in presenza di una pluralità di aspiranti: in questa ipotesi, infatti, l’art. 37 fissa come criterio di preferenza, da un lato, la consistenza dell’utilità (la “proficua” utilizzazione) che ciascuno di essi intende trarre dalla concessione e, dall’altro, la rispondenza di quest’ultima “ad un più rilevante interesse [non più “locale”, come già previsto dall’art. 770 Reg. esec. cod. mar. merc., ma genericamente] pubblico”.

Un titolo di preferenza si riconosce, tuttavia, anche al precedente titolare della concessione: dapprima limitatamente alle concessioni infra-biennali, successivamente a quelle infra-quadriennali³⁴.

Quando il concessionario, alla scadenza, faccia richiesta di rinnovo della concessione, allo stesso è infatti riconosciuto il c.d. diritto di insistenza, il quale è però ritenuto cedevole a fronte della presentazione di altre domande che l’Amministrazione reputi più meritevoli³⁵ (per la garanzia di proficua utilizzazione offerta o per il rilievo dell’interesse pubblico che siano idonee a soddisfare)³⁶.

Di questo quadro normativo, che tratteggia in modo tanto sintetico e vago il rapporto tra uso generale e uso eccezionale, la dottrina della proprietà pubblica soggettiva, ormai affermatasi come dominante, propone

no a propria volta essere (e nella gran parte dei casi sono) titolari in via diretta (art. 111, c. II, cod. nav.) di concessioni per lo svolgimento di operazioni per conto terzi.

³⁴ L’art. 3, c. 2, d.p.R. 13 luglio 1954, n. 747 ha così esteso la durata massima delle concessioni da rilasciarsi “con licenza”, al cui titolare è riconosciuto il c.d. diritto di insistenza.

³⁵ Cfr. D. GAETA, *op. cit.*, 175 e giurisprudenza ivi citata.

³⁶ In concreto, il diritto di insistenza è però raramente esposto a un tale rischio. L’art. 18 Regol. cod. nav., infatti, impone la pubblicazione delle sole istanze relative a concessioni “di particolare importanza per l’entità o per lo scopo”, ambito dal quale le licenze sono tendenzialmente escluse; e poiché è la pubblicazione della domanda l’evenienza che consente in concreto la presentazione di osservazioni, opposizioni e, appunto, di domande concorrenti da parte di terzi, il diritto di insistenza è in grado, nei fatti, di assumere una portata generale e reiterata.

un'interpretazione tutta orientata a valorizzare l'interesse pubblico che può essere perseguito mediante l'impiego di poteri concessori. E così, sottolineando come la concessione debba essere "sempre rilasciata per la soddisfazione di un interesse pubblico per il raggiungimento di fini di carattere generale", si giunge a convogliare nella categoria di tali fini gli interessi più vari: "l'agevolazione dell'industria cantieristica, l'incremento o la facilitazione del traffico marittimo, lo sviluppo del turismo o solamente l'interesse pubblico a non lasciare i beni privi di una proficua utilizzazione"³⁷.

Per converso, il limite esterno al potere concessorio, rappresentato dalla compatibilità col "pubblico uso", si presta ora alla più restrittiva tra le interpretazioni: esso non è che uno fra i tanti interessi pubblici e può, dunque, ben recedere a fronte di altre opportunità riferibili all'iniziativa di un aspirante concessionario, se ritenute dall'Amministrazione di maggior rilievo. Il fatto che, stando alla lettera dell'art. 36 Cod. nav., l'apertura all'uso generale non possa comunque essere integralmente soppressa, non è di grande ostacolo a tale impostazione: l'Amministrazione non dovrà accertare il rischio di una siffatta evenienza con riguardo al singolo bene, ma "ad una più ampia zona del demanio marittimo così che non possa essere escluso l'uso riservato di un bene quando l'uso pubblico sia esercitabile su opere similari situate negli spazi limitrofi"³⁸.

Si ammette, così, espressamente che la pretermissione dell'uso generale dei beni demaniali possa essere giustificata a fronte del rilascio di concessioni di vasta estensione e di lunga durata che non sono funzionali nemmeno a pubblici usi *del mare*: è il caso delle concessioni di porti e impianti turistici e da diporto nautico. Di queste ultime, immediatamente destinate a soddisfare interessi come il turismo o lo sport, si enfatizza la funzionalità anche (e soprattutto) rispetto a interessi "pubblici" quali il sostegno alla cantieristica navale minore: un interesse che ben può preva-

³⁷ Così D. GAETA, *op. cit.*, 140. Sull'inerenza anche dell'uso eccezionale dei beni pubblici a finalità di interesse pubblico v. A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 163 ss.

³⁸ L. ACQUARONE, *La concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, in AA.VV. *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano 1971, 69 e 73. Altra parte della dottrina, di contro, avverte nella disciplina della materia il rischio di una sostanziale privatizzazione della costa: cfr. N. GRECO, *Considerazioni per una politica legislativa sui porti turistici*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1969, 298 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Interventi e interessi pubblici e privati sulla costruzione e gestione di porti turistici*, Napoli 1968; V. VALLARIO, *Marina: la realizzazione economico-amministrativa dei porti turistici*, Milano 1970.

lere sulla destinazione normale, sulla base di una valutazione discrezionale dell'autorità concedente³⁹.

A questa impostazione è riconducibile la politica adottata dal Governo, nel silenzio della legge, proprio in materia di rilascio di concessioni di costruzione e gestione di porti e impianti portuali turistici che prende avvio negli anni '70: la nota circolare Mannironi⁴⁰ riconosce espressamente che "chiunque vi abbia interesse" possa richiedere la concessione di aree del demanio marittimo e del mare territoriale "nei punti adatti del litorale" per realizzare e gestire, a propria cura e spese, approdi turistici, vale a dire, nella terminologia impiegata in sede ministeriale, strutture portuali atte alla ricezione, al ricovero e al rimessaggio di imbarcazioni di privati per il diporto nautico. E se pure, nella citata circolare, è presente un timido accenno all'opportunità di una previa pianificazione del litorale⁴¹, l'impostazione che diverrà dominante ne sminuisce il rilievo: "l'auspicio che sia predisposto un programma dei porti turistici e delle opere portuali per il naviglio da diporto non significa peraltro adesione alla tesi [...] a tenore della quale dovrebbe soprassedersi alla realizzazione di ogni impianto del genere nell'attesa di tale provvedimento di pianificazione"⁴².

3. *La riflessione su pianificazione urbanistica e demanio marittimo nell'epoca dell'attuazione dell'ordinamento regionale*

È noto che un nuovo stimolo per la riflessione sugli usi e sulle fun-

³⁹ L. ACQUARONE, *loc. cit.*

⁴⁰ Direzione generale del demanio marittimo e dei porti presso il Ministero per la Marina mercantile, Circolare 28 luglio 1970, n. 08995, avente a oggetto "Costruzione di approdi turistici da gestire con criteri economici".

⁴¹ La circolare Mannironi, al secondo punto del preambolo, precisava che la "necessità della salvaguardia del paesaggio e degli interessi urbanistici è un presupposto di fondamentale importanza ai fini della disciplina dell'uso del territorio lungo la linea del litorale"; e auspicava, al punto successivo, l'istituzione presso il Ministero di una commissione competente a studiare "sul piano generale, la ricerca e la scelta della localizzazione dei poli di sviluppo turistico lungo il litorale, tenuto conto della difesa dei valori ambientali e della pianificazione urbanistica".

⁴² L. ACQUARONE, *op. cit.*, 158. L'Autore sottolinea che "l'urgenza con la quale i problemi della nautica da diporto chiedono di essere risolti e le difficoltà proprie delle complesse valutazioni programmatiche, tali da non legittimare la previsione di tempi brevi per la predisposizione e la approvazione del programma in argomento, inducono congiuntamente a ritenere l'opportunità di istituire e decidere le pratiche di concessione man mano che esse saranno presentate [...]"

zioni del demanio marittimo sia sorto a seguito della frammentazione delle competenze amministrative prodotta dalla legislazione che ha preso avvio dalla fine degli anni '60.

In un periodo storico contraddistinto da una rapidissima proliferazione delle modalità di sfruttamento economico del litorale, infatti, l'inclusione della costa all'interno del territorio oggetto della pianificazione urbanistica comunale⁴³, da un lato, e la successiva delega alle Regioni del complesso di funzioni amministrative esercitabili sul demanio marittimo destinato a un'utilizzazione turistica o ricreativa⁴⁴, dall'altro, hanno imposto di ricercare una più appagante sistemazione alla materia⁴⁵.

La dottrina ha così, innanzitutto, provato a definire una linea di confine (o un possibile raccordo) tra il territorio oggetto della pianificazione comunale (ora soggetta al potere di approvazione regionale⁴⁶) e le porzioni di demanio marittimo che una pianificazione (speciale) avevano già, vale a dire le circoscrizioni degli enti portuali, la cui conformazione era determinata da piani regolatori portuali emanati sulla base delle rispettive leggi istitutive e approvati in sede ministeriale⁴⁷.

⁴³ La legge 6 agosto 1967, n. 765, com'è noto, inserisce formalmente il demanio marittimo nel possibile oggetto della pianificazione urbanistica, includendo le opere marittime tra quelle oggetto dell'accertamento previsto dall'art. 29 della legge urbanistica del 1942, e prevede l'obbligatorietà della licenza del sindaco per le opere da costruirsi da privati su aree demaniali (art. 31, cc. II e III, l. n. 1150/1942, come sostituito dall'art. 10 cit.).

⁴⁴ Art. 59, c. 1, d.p.R. 24 luglio 1977, n. 616, che esclude dalla delega le sole aree "di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima", da individuarsi con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la cui adozione il comma 2 dell'art. 59 fissava il termine del 31 dicembre 1978. Tale provvedimento è stato emanato con un ritardo di diciassette anni (d.p.c.m. 21.12.1995: v. *infra*, § 5). Fino a questa data, il termine originario del 31 dicembre 1978 è stato reiteratamente prorogato, in forza di decreti legge, dei quali solo alcuni convertiti, fino al d.l. n. 535 del 21 ottobre 1996 (convertito in l. n. 647 del 23 dicembre 1996) con il quale sono stati fatti salvi (art. 2) gli effetti prodotti dalla precedente decretazione d'urgenza.

⁴⁵ Si vedano fra tutti A. D'AMICO CERVETTI, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano 1983; N. GRECO, *Proprietà pubblica e gestione delle coste*, Roma 1973; V. VALLARIO, *Il demanio marittimo*, Milano 1977; N. GRECO, B. MURRONI, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna 1980; V. CAIANIELLO, *Pianificazione portuale e pianificazione urbanistica: strumenti giuridici di coordinamento*, in *Porti mare territorio*, 3/1986, 108 ss.

⁴⁶ Art. 1 d.p.R. 15 gennaio 1972, n. 8 e poi art. 79 d.p.R. n. 616/1977 cit.. Sulla rilevanza, in materia, della l. n. 10 del 28 gennaio 1977 sulla edificabilità dei suoli cfr. C. ANGELONE, *Piani regolatori portuali e strumenti urbanistici: coesistenza di funzioni*, in *Il Diritto Marittimo*, II/2007, 442 ss.

⁴⁷ In argomento cfr. M. CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano 1971; G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano 1981; v. anche M. RAGUSA, *op. cit.*, 36 ss. e 51 ss.

Gli enti portuali sono enti pubblici economici la cui ‘azienda’ è costituita, per buona parte, da risorse del demanio marittimo: le modalità di fruizione di tali risorse, la trasformazione che a esse può essere impressa sulla base della strategia imprenditoriale degli enti stessi e gli effetti che tali scelte sono in grado di produrre sull’assetto e sulla fruizione del territorio cittadino extra-portuale sono tutti aspetti di diretto interesse per la pianificazione urbanistica⁴⁸.

È vero che, sotto questo profilo, il problema può apparire, con riferimento alla fase storica in esame, non direttamente (o almeno non esclusivamente) inerente all’esercizio dei poteri concessori, i quali solo in parte rappresentano lo strumento mediante il quale gli enti gestiscono l’infrastruttura. Ma è anche vero, da un lato, che le nuove teorizzazioni in materia di beni pubblici, sorte all’indomani della Costituzione repubblicana e talora impennate su di essa, consentono di assimilare la stessa posizione dell’ente portuale a quella di un concessionario⁴⁹ e, sotto altro aspetto, è indubbio che il problema della pianificazione portuale si porrà negli stessi termini teorici (e con un’acuita intensità) allorché proprio alla concessione sarà affidato il ruolo centrale nella gestione dello spazio e dell’attività dei principali scali marittimi italiani (v. *infra*, 4).

Non minori difficoltà ha poi incontrato la dottrina nel tentativo di definire l’ampiezza dei poteri di pianificazione comunale al di fuori del territorio portuale, dove essi non fronteggiavano alcuna pianificazione speciale, ma esclusivamente l’amplissima discrezionalità dell’Amministrazione marittima in sede di esercizio dei poteri concessori.

Gli Autori hanno messo in luce, a questo proposito, come lo strumento ideato dalla “Legge Ponte” per armonizzare con le previsioni urbanistiche le opere incidenti sul demanio marittimo – cioè la soggezione degli interventi su aree demaniali dei privati già titolari di concessione marittima al potere autorizzatorio comunale – dimostrasse una “visione del legislatore [...] ancorata a schemi superati”, non tenendo “nel debito conto problematiche non controllabili attraverso l’istituto della licenza edilizia o della concessione demaniale marittima”⁵⁰.

Tali problematiche, rappresentate dalla moltiplicazione delle forme di utilizzazione della costa⁵¹, sono peraltro acuite dal valore rivelato, in

⁴⁸ G. PERICU, *Porto (Navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1985, 430 ss.; A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 67 ss.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, 113.

⁵⁰ A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 204.

⁵¹ È questa l’angolatura anche dell’analisi di M.L. CORBINO, *op. cit.*, *passim*.

progresso di tempo, da una vocazione ‘non funzionale’ dei beni costieri, cioè dalla crescente importanza della tutela del paesaggio e dell’ambiente, interessi che possono rinvenire nella revisione della teoria del demanio (e nella rivalutazione della “teorizzazione dell’uso collettivo”⁵²) un efficace strumento di protezione.

Le critiche della dottrina, tradottesi per buona parte in proposte *de iure condendo*, sono state dichiaratamente animate dai timori suscitati dal d.p.R. n. 616/1977: nell’attribuzione alle Regioni delle “funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando l’utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative”, si è infatti avvertito il rischio che, distribuita tra una molteplicità di centri decisionali, la potestà concessoria avesse un’occasione in più di tradursi in mere valutazioni estemporanee, espressione di libertà negoziale, anziché di discrezionalità amministrativa.

Per ricondurre gli usi (pubblici o particolari) a un ordine che rifletta la natura dei beni che ne sono oggetto, la dottrina ha così proposto l’adozione di forme di pianificazione unitaria del demanio marittimo e di una programmazione delle sue modalità di fruizione, evidenziando come, da un lato, soltanto in sede pianificatoria possa apprezzarsi la “compatibilità” della concessione di un’area con la destinazione normale (l’uso generale) della categoria a cui questa appartiene e, dall’altro, come solo su tale ampia scala possa valutarsi l’effettiva corrispondenza dell’iniziativa del concessionario a un interesse pubblico⁵³.

4. *Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: a) i poteri concessori delle autorità portuali e delle autorità di sistema portuale (cenni)*

Si è già accennato al fatto che la biforcazione di disciplina ormai netta tra la componente portuale e quella non portuale (o “costiera”⁵⁴) del demanio marittimo, implicita anche nei limiti entro i quali il d.p.R. n. 616/1977 aveva disposto il trasferimento di funzioni in favore delle Re-

⁵² A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 24.

⁵³ Ivi, 254 ss.

⁵⁴ Di recente chiarisce i termini della distinzione tra demanio portuale e demanio costiero F. FRANCIOSI, *op. cit.*

gioni, si sia tradotta, sin dall'inizio del '900, anche in una duplicità di modelli di disciplina dei poteri concessori.

Il primo era un modello frammentario, ricostruibile dall'analisi di tante leggi speciali quanti erano gli enti portuali; il secondo, invece, era il modello unitario descritto dal Codice della navigazione e dal suo Regolamento, la cui sostanziale evanescenza ha però prodotto, nella concreta esperienza, un'applicazione non meno disorganica e puntiforme, di cui il confuso proliferare di porti e approdi turistici e da diporto è stato probabilmente il più evidente emblema.

Con riferimento al primo dei due modelli è qui importante chiarire che, benché gli enti portuali potessero genericamente ritenersi deputati al perseguimento di una medesima *funzione* (e sull'analisi di una "funzione portuale" si concentra, in effetti, la scienza giuridica fino al momento della loro soppressione⁵⁵), le funzioni dei porti nazionali erano in realtà molteplici e diversissime, non soltanto se si consideri la netta distinzione che può tracciarsi tra porti industriali e porti commerciali, ma anche qualora ci si limiti all'osservazione di questi ultimi, le cui strategie imprenditoriali possono rivolgersi a diversi tipi di traffico marittimo, richiedere proiezioni alternative sul versante terrestre, tradursi in differenti modalità di impiego (e di trasformazione) dei beni demaniali⁵⁶.

Quanto alla natura di queste funzioni, la tesi dominante secondo cui esse possono essere indistintamente considerate come attività di interesse pubblico⁵⁷ è stata smentita dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee all'inizio degli anni '90⁵⁸.

⁵⁵ G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, Milano 1998.

⁵⁶ Sulla molteplicità delle funzioni portuali, fondamentali i contributi di F. BENVENUTI, *op. cit.*, 154 ss.; ID., *Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 2321 ss.); ID., *La disciplina degli enti portuali e il Provveditorato al Porto di Venezia*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1/1959 (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 2273 ss.); ID., *Intervento*, in *Ordinamento portuale e sviluppo dell'economia. Atti della tavola rotonda presso la C.C.I.A.A. di Milano*, Milano 1964, 13. Per una sintesi degli effetti della containerizzazione dei traffici marittimi sulla fisionomia giuridica dei porti commerciali, cfr. M. RAGUSA, *op. cit.*, 129 ss. e ID., *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli 2013, 393 ss., per i profili di interesse urbanistico della rivoluzione intermodale.

⁵⁷ Per una esposizione della tesi che riconnette la natura pubblica delle funzioni alla natura pubblica dei beni cfr. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, cit., *passim*.

⁵⁸ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 10 dicembre 1991, causa

L'effetto della decisione *Merci*, com'è noto, è stata la radicale modifica della normativa italiana in materia portuale, con l'adozione di una legge generale che ha introdotto un unico modello di gestione per i maggiori porti italiani, ispirato allo schema della *Landlord Port Authority*⁵⁹.

Le autorità portuali istituite dalla l. n. 84/1994, come i vecchi enti portuali, sono state preposte alla gestione delle risorse demaniali e, in generale, delle infrastrutture portuali ricadenti nelle rispettive circoscrizioni, ma nei loro confronti la legge ha posto un radicale divieto di esercitare i servizi che costituiscono il *core business* di un porto, vale a dire le operazioni portuali (carico, scarico, trasbordo e movimentazione delle merci)⁶⁰.

C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (d'ora innanzi, nel testo, anche "Merce"). Tra i commenti alla decisione v. C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro italiano*, 1992, IV, 226 ss.; F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina «antitrust»: la vicenda delle compagnie portuali*, *ibidem*, 229 ss.; F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di giustizia*, in *Il Diritto marittimo*, 1991, 1129 s.; C. MEDINA, *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo*, *ibidem*, 1992, 677 ss.; F. LAURIA, *Riserva ex art. 110 CdN e responsabilità dello Stato italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 927 ss.; F. MACRÌ, *Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, 641 ss. Per il ruolo della pronuncia nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia v. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2006, 201 ss.; V.J.G. POWER, *European Union Seaport Law: The General Principles of European Seaport Law*, in E. VAN HOOYDONK (Ed.), *European Seaport Law. EU Law of Ports and Port Services and the Ports Package*, Antwerpen 2003, 42 ss.; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities Under European Law Including an Analysis of the Port Services Directive*, *ibid.*, 95 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 213, ss.

⁵⁹ Sul tema cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 137 ss.; M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità Portuali*, in *Foro amm.* – TAR, 2011, 2946 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 324 ss.; ID., *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani. O forse due? Sulla distanza di approccio tra il d.lgs. n. 169 del 2016 e il Regolamento (Ue) n. 2017/352*, in questa Rivista, 2/2017, 223 ss.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 6, c. 6, del testo originario della l. 28 gennaio 1994, n. 84, "Le autorità portuali non possono in alcun caso, né direttamente né attraverso la costituzione o la partecipazione in società, esercitare la gestione delle operazioni portuali di cui all'art. 16, comma 1, e di ogni altra attività strettamente connessa". Il vigente art. 6 della legge, dispone ora al comma 11, che le autorità di sistema portuale "non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse".

A far data dall'emanazione della legge n. 84/1994, pertanto, può ben dirsi che la concessione sia divenuta lo strumento cardine nella gestione dell'infrastruttura portuale: ai sensi dell'art. 16, le operazioni portuali sono svolte, in regime di autorizzazione, da imprese private, alle quali l'autorità portuale può concedere l'uso esclusivo di aree e banchine (art. 18), concessione indispensabile per l'esercizio dell'attività di un terminalista, cioè da un'impresa che svolga l'intero ciclo delle stesse operazioni⁶¹.

Nell'impianto originario della riforma, sono presenti tre strumenti idonei, in astratto, ad arginare e orientare la potestà concessoria delle autorità portuali: una classificazione degli scali non più ancorata a criteri meramente dimensionali, ma anche funzionali (art. 4); l'assoggettamento dell'intero ambito portuale a un piano regolatore (PRP), che non può contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti (e per la cui adozione occorre, tra l'altro, acquisire l'intesa del comune nel cui territorio ricade il porto: art. 5)⁶²; infine, il vincolo rappresentato, tanto per il potere ministeriale di classificazione dei porti, quanto per la pianificazione portuale, dagli obiettivi definiti dal Piano Generale dei Trasporti (art. 1 l. n. 84/1994)⁶³.

Per quanto attiene alle modalità di esercizio dei poteri concessori, l'art. 18 demanda a un decreto ministeriale l'adozione di una disciplina di dettaglio relativa alle forme di pubblicità dei procedimenti di affidamento, al "rinnovo della concessione ovvero [alla] cessione degli impianti a nuovo concessionario", alla determinazione dei canoni, ai criteri impiegabili per l'individuazione di spazi da riservare allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie; mediante lo stesso decreto, il Ministero è stato incaricato di adeguare "la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie".

Sta di fatto che non solo tale disciplina ministeriale non è mai stata adottata, ma nessuna normativa derivata di diritto europeo è fino a oggi intervenuta ad armonizzare quelle nazionali in materia di operazioni portuali (e di concessioni di aree necessarie al loro svolgimento).

A questo proposito, occorre evidenziare innanzitutto che le concessioni *ex art. 18* sono escluse, almeno nella loro essenziale configurazione

⁶¹ In argomento S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano 2019, 185 ss.

⁶² Cfr. M. RAGUSA, *La costa, la città e il porto*, cit.

⁶³ Sul rapporto tra attività portuale, pianificazione portuale, classificazione dei porti e Piano generale dei trasporti v. ampiamente M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 135 ss.

di rapporti attivi, dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti e concessioni; e che, allo stesso modo, esse sfuggono all'applicazione della direttiva Bolkestein, per una espressa esclusione in essa contenuta⁶⁴.

La giurisprudenza domestica ha così sopperito al vuoto normativo, talora impiegando la scarna disciplina dettata dal codice della navigazione (artt. 36 ss.) e al relativo Regolamento (artt. 5 ss.), alla quale è stata offerta una ondivaga lettura, dichiaratamente orientata ai principi in materia di concorrenza e di libera circolazione di merci e servizi (attingendo alla cornice giuridica generale descritta dal Trattato, agli indirizzi specificamente espressi in materia portuale dalla Commissione mediante provvedimenti di *soft law* o a quelli promananti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia)⁶⁵.

Il più vistoso punto di frizione, sotto questo aspetto, tra il diritto italiano e l'ordinamento europeo è relativo alla natura della concessione: quello che la dottrina e la giurisprudenza domestiche qualificano come un provvedimento funzionale alla regolazione condizionale del mercato delle operazioni portuali, nella lettura delle istituzioni europee è, al contrario, nient'altro che una locazione di infrastrutture e rappresenta l'oggetto dell'attività di impresa esercitata dalle autorità⁶⁶. Mediante la concessione, in questa seconda prospettiva, l'ente gestore non esercita funzioni regolatorie, ma persegue la propria "strategia commerciale"⁶⁷.

La giustificazione di questa opposta qualificazione dell'attività di gestione portuale può essere, almeno in parte, ricercata nel fatto che gli strumenti escogitati dalla legge n. 84/1994 per limitare e indirizzare i poteri delle autorità portuali si siano tutti contraddistinti per una sostanziale ineffettività: il decreto di classificazione dei porti non è mai stato adottato, pochissimi scali del Paese hanno adottato un PRP, il PGT – 'paralizzato' (proprio nel momento del suo *upgrade* in Piano generale

⁶⁴ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, Considerando n. 21 e art. 2, c. 1, lett. d).

⁶⁵ Per un quadro della disciplina applicabile alla materia, su cui da ultimo è intervenuta anche l'Autorità di regolazione dei trasporti (deliberazione del 30 maggio 2018, n. 57), e sulle sue applicazioni giurisprudenziali v. M. RAGUSA, *Sezione IV – Porti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – IV. Esecuzione – Settori Speciali – Appalti con regimi speciali*, Milano 2019, 557 ss.

⁶⁶ Per una ricostruzione del dibattito e del ruolo che gioca al suo interno la qualificazione demaniale del porto v. M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 296 ss.

⁶⁷ Comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2007, COM (2007) 616 def., "Comunicazione su una politica europea dei porti".

dei Trasporti e della Logistica-PGTL) dall'entrata in vigore della "Legge Obiettivo" – è ritornato soltanto da pochi anni (in una rinnovata e rafforzata veste strutturale e funzionale) al centro della disciplina delle infrastrutture prioritarie per lo sviluppo del paese. Il 'nuovo' PGTL, tuttavia, non ha ancora visto la luce⁶⁸.

A fronte di questo vuoto pianificatorio, attribuire natura non economica alle autorità portuali e alla loro attività (inclusa la potestà concessoria) è l'unico argomento a cui dottrina e giurisprudenza possono fare ricorso per negare che i poteri di gestione di uno scalo (e del demanio marittimo che ne è la componente infrastrutturale) siano sostanzialmente liberi nell'individuazione dei propri fini e nella scelta degli strumenti per perseguirli.

Non è questa la sede per affrontare approfonditamente il tema, se non altro perché le concessioni *ex art.* 18 l. n. 84/1994, pur rientrando come *species* nel *genus* delle concessioni di demanio marittimo, sono escluse, come già evidenziato, dall'ambito di applicazione della Direttiva 2006/123/CE.

L'opportunità di fare almeno un cenno all'argomento deriva, tuttavia, in primo luogo dal fatto che il modello sistematico posto dall'Adunanza Plenaria a fondamento delle decisioni n. 17 e n. 18 del 2021, se non incide sull'indirizzo interpretativo ormai consolidato in materia di concessioni del demanio costiero, sembra, di contro, presupporre un *revirement* dell'orientamento relativo alla qualificazione non economica delle autorità portuali e delle attività da esse svolte⁶⁹.

⁶⁸ Oltre a M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 172 ss., v. più di recente, in argomento, ID., *Sulla rilevanza dei piani regolatori dei porti (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356)*, in *giustiziainsieme.it*, 10 marzo 2021.

⁶⁹ Le sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021 rilevano infatti, al par. 24, che la "decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "Tassazione dei porti in Italia" contiene l'affermazione per cui "la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica". È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara". Al di là della (scontata) soggezione (anche) delle concessioni portuali ai principi di trasparenza e non discriminazione, il richiamo alla citata decisione della Commissione sembrerebbe attestare l'adesione del Consiglio di Stato ai presupposti del provvedimento, cioè alla qualificazione in termini economici della natura degli enti di gestione dei porti e della loro attività.

In secondo luogo, sarebbe errato ritenere la materia delle concessioni rientranti nella competenza delle autorità portuali (e delle autorità di sistema portuale che ne hanno preso il posto a far data dal 2016⁷⁰) integralmente estranea all'ambito delle concessioni demaniali costiere, che qui più interessa. Se, infatti, nell'impianto originario della legge n. 84/1994, i beni del demanio marittimo privi di una funzione portuale di interesse nazionale o internazionale sembravano dover rimanere escluse dalla circoscrizione delle autorità portuali (art. 6, cc. 1 e 7, e art. 20, c. 5)⁷¹, le modifiche apportate alla stessa legge, in progresso di tempo, hanno consentito di assoggettare alla gestione delle stesse autorità (e alla loro potestà concessoria) anche risorse costiere dalle più varie vocazioni: da porti e approdi turistici e da diporto nautico ad aree concesse a imprese di ristorazione o a enti che offrono al pubblico (non soltanto all'utenza portuale) servizi culturali e ricreativi⁷².

In relazione all'amministrazione di beni demaniali marittimi non destinati all'erogazione di servizi portuali, la Corte di Giustizia ha ammesso, implicitamente, che le funzioni delle autorità portuali italiane possano essere assimilate a "poteri coercitivi nei confronti dei cittadini e che [sembrino] essere [esercitate] non solo nell'interesse della stessa autorità portuale ma anche nell'interesse della comunità"⁷³.

⁷⁰ Sul mutamento di *governance* introdotto dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, v. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit. 101 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 205 ss.

⁷¹ In questo senso v. Consiglio di Stato, sez. II, parere del 25 giugno 2003, reso su ricorso straordinario n. 1540/1995, presentato dal Comune di Palermo e deciso con d.p.R. del 10 febbraio 2005.

⁷² A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 2, c. 1, lett. *f*), d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232, l'art. 6, c. 4, lett. *e*), l. n. 84/1994 attribuisce alle Autorità di sistema portuale la "amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione, in forza di quanto previsto dalla presente legge e dal codice della navigazione, fatte salve le eventuali competenze regionali e la legislazione speciale per la salvaguardia di Venezia e della sua laguna. Per la gestione delle attività inerenti le funzioni sul demanio marittimo le Autorità di sistema portuale si avvalgono del Sistema informativo del demanio marittimo (S.I.D.)."

⁷³ Così le conclusioni presentate il 5 giugno 2014 dall'Avvocato generale Wahl nella causa C-270/13 (*Haralambidis c. Casilli e altri*, decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza del 10 settembre 2014): "Mi riferisco, in primo luogo, al potere, conferito dagli articoli 54 e 55 del codice della navigazione italiano (al quale rinvia l'articolo 8, comma 3, lettera h) della legge n. 84/1994), di adottare un ordine che ingiunga a una persona, che abbia occupato abusivamente una zona del demanio marittimo dello Stato, di ripristinare lo status quo entro un termine stabilito e, in caso di mancata esecuzione di detto ordine, di provvedere a tale ripristino ex officio, a spese del contravventore. In secondo luogo, mi riferisco al compito di assicurare la navigabilità nell'ambito portuale e i lavori di escavazione e manu-

Qualora tali beni siano oggetto di concessione, tuttavia, quest'ultima (estranea al paradigma dell'art. 18 l. n. 84/1994, ma rientrante nel perimetro di applicazione dell'art. 36 Cod. nav.) dovrà essere qualificata come un'autorizzazione alla prestazione di servizi che, privi di funzione "portuale", rientrano a pieno titolo tra quelli oggetto della direttiva Bolkestein.

Per le risorse costiere in parola, insomma, il problema del rapporto tra demanio marittimo e concessione si pone, almeno in parte, come per tutti beni demaniali marittimi non soggetti all'amministrazione di un'autorità portuale. Anche di queste risorse, pertanto, si terrà conto nell'analisi svolta al seguente paragrafo.

5. *Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: b) il d.l. n. 400/1993 e la pianificazione degli usi*

Nel corso degli anni '90, la disciplina del demanio marittimo "costiero" è stata oggetto di modifiche differenti, ma di non minore rilievo rispetto a quelle apportate all'ordinamento portuale.

A seguito della fissazione di una *deadline* da parte dell'art. 6, c. 1, del d.l. n. 400/1993⁷⁴, il già citato d.p.c.m. 21.12.1995 ha finalmente identificato le aree demaniali marittime escluse della delega alle regioni ai sensi dell'art. 59 del d.p.R. n. 616/1977⁷⁵: esclusione in difetto della quale la giurisprudenza amministrativa e costituzionale aveva negato l'immediata applicabilità della delega stessa⁷⁶.

tenzione del fondale marino riguardo al quale il presidente di un'autorità portuale gode del potere di adottare, nei casi indifferibili di necessità e di urgenza, provvedimenti di carattere coattivo". È appena il caso di ricordare che l'esistenza di tali funzioni, per l'accessorietà e la marginalità rispetto ai compiti dell'autorità portuale, non ha impedito la qualificazione di quest'ultima in termini di impresa: v. la decisione ai paragrafi 57 e 58.

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 6, c. 1, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, "Ove, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Governo non abbia provveduto agli adempimenti necessari a rendere effettiva la delega delle funzioni amministrative alle regioni, ai sensi dell'art. 59 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, queste sono comunque delegate alle regioni. Da tale termine le regioni provvedono al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, nei limiti e per le finalità di cui al citato art. 59, applicando i canoni determinati ai sensi dell'art. 04 del presente decreto". Il termine è stato prorogato al 31 dicembre 1995 dall'art. articolo 16, comma 3, d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, convertito in l. 23 dicembre 1996, n. 647.

⁷⁵ *Supra*, nota 44.

⁷⁶ Corte cost., ord. 19 maggio 1988, n. 579; Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 358 e n. 359.

L'originario perimetro del trasferimento di funzioni, costituito dalle aree di demanio marittimo destinate a un'utilizzazione turistica o ricreativa, è stato peraltro ampliato in breve torno di tempo.

L'art. 105 del d.lgs. n. 112/1998⁷⁷ ha disposto infatti il conferimento a Regioni ed enti locali delle funzioni di "rilascio di concessioni di beni [...] del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia" con la sola eccezione, oltre che delle "aree di interesse nazionale individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 1995", dapprima di tutti i porti e successivamente (a seguito della novella apportata al citato art. 105 nel 2001⁷⁸) dei soli porti rientranti nella categoria I o nelle classi I e II della categoria II dell'art. 4 l. n. 84/1994.

Un ulteriore ampliamento del trasferimento di funzioni si ha poi con la riforma del Titolo V della Costituzione, che ha determinato il proliferare delle leggi regionali in materia di gestione del demanio marittimo e l'espunzione dall'elenco di cui al d.p.c.m. del 1995⁷⁹ di tutti i porti e approdi a destinazione turistica e da diporto e, dunque, l'assunzione, anche in tale sotto-ambito, della potestà concessoria da parte di Regioni ed enti locali⁸⁰. Il nuovo art. 118, d'altro canto, sembra dare stabile fondamento costituzionale alla norma, già dettata come previsione intertemporale dall'art. 42 del d. lgs. 30 marzo 1999 n. 96, in forza della quale le funzioni amministrative in materia di demanio marittimo – devolute alle Regioni dal citato art. 105 d. lgs. n. 112/1998 – "sono esercitate dai comuni"⁸¹.

Questi cambiamenti hanno alimentato, come previsto dalla dottrina, la conflittualità tra le funzioni del demanio marittimo.

⁷⁷ D.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59).

⁷⁸ Art. 9 della l. 16 marzo 2001 n. 88 (Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime).

⁷⁹ Corte Costituzionale 10 marzo 2006, n. 89 e n. 90; 6 luglio 2007, n. 255; 19 ottobre 2007, n. 344.

⁸⁰ Si noti che il "Decreto Burlando" (d.p.R. 2 dicembre 1997, n. 509 – Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59), pur avendo attribuito formalmente i poteri concessori all'amministrazione marittima o alle autorità portuali, aveva previsto che l'istruttoria in conferenza coinvolgesse l'amministrazione comunale e quella regionale come competenti sui profili urbanistici e pianificatori.

⁸¹ Cfr. M. CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Milano 2007, 210.

La dialettica tra queste funzioni ha visto contrapposte per buona parte – nel mutato quadro legislativo e costituzionale – soggettività pubbliche distinte: in questa misura, essa è divenuta simmetrica alla dialettica tra la componente portuale affidata alla gestione delle autorità portuali e le altre *species* del demanio marittimo (quella portuale ‘minore’ e quella costiera) e si è dunque concentrata sulla definizione dei confini di tali componenti, in sede di pianificazione urbanistica e portuale⁸².

Ma una conflittualità tra funzioni ha contraddistinto anche il demanio la cui gestione è stata univocamente devoluta a Regioni e comuni. Qui la dialettica si è posta, nell’esperienza concreta, tra le sempre maggiori modalità di sfruttamento economico del litorale, ma è evidente come, più a monte, il nuovo quadro normativo abbia rilanciato l’urgenza di trovare una sintesi tra gli usi concessi, da un lato, e l’uso generale, dall’altro.

Al riguardo, è necessario ricordare che la stessa norma che ha fatto da sprone all’adozione del citato d.p.R. 22.12.1995 sembra volere scongiurare il rischio che, assegnato all’amministrazione degli enti territoriali minori, il potere concessorio possa con ancora più facilità che in passato prestarsi a un impiego incontrollato: l’art. 6, c. 3, del d.l. n. 400/1993 ha imposto alle regioni di predisporre “sentita l’autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo [PUDM], dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi”.

La rivalutazione, nel sistema normativo, degli “interessi locali” – a cui la prima legislazione speciale del demanio marittimo assegnava preminente rilievo⁸³ – si è accompagnata dunque all’onere di procedere alla

⁸² Cfr. M. RAGUSA, *La costa, la città e il porto*, cit. Sotto questo aspetto, i campi di confronto tra Stato, Regioni e comuni sono stati rappresentati dalla definizione delle circoscrizioni delle autorità e, soprattutto, dai procedimenti di adozione dei Piani regolatori portuali. L’insuccesso di questi ultimi, com’è noto, è derivato principalmente dalla difficoltà di raggiungere un’intesa *ex art.* 5 l. n. 84/1994 tra autorità portuali e comuni interessati, ma è evidente come sopra questa discordia pesi l’assenza di una individuazione dei porti di I, II, III e IV classe (a cui avrebbe dovuto provvedere il d.m. di cui all’art. 4 l. n. 84/1994) e di indirizzi pianificatori del sistema portuale nazionale (PGTL). Su questi aspetti v. ID., *Porto e poteri pubblici*, cit. 386 ss.

⁸³ Ci si riferisce non solo al rilievo che gli interessi locali rivestivano nel procedimento di selezione tra istanze di concessione ai sensi dell’art. 770 del Regolamento di esecuzione del Codice della marina mercantile n. 5166/1879 (*supra*, § 2), ma anche al ruolo centrale assunto dalle realtà locali nell’esperienza degli enti portuali, bene evidenziata da F. BENVENUTI, *Ordinamento giuridico dei porti*, cit., 2321.

formale identificazione di tali interessi e di riconnetterli, tramite previsioni di piano, a “utilizzazioni” delle risorse costiere.

In questo rinnovato quadro normativo, pertanto, la rivalutazione investe anche (e soprattutto) il concetto di “uso”, il cui impiego in sede pianificatoria impone una preliminare individuazione e distinzione delle aree destinate a ciascuna delle due categoriche modalità di fruizione del litorale⁸⁴: da un lato, quella che è soddisfatta dalla semplice esistenza del bene demaniale e, necessitando della sua generale accessibilità, richiede l'esercizio dei soli poteri pubblici strumentali alla conservazione della risorsa (e di ‘polizia’ del pubblico uso); dall'altro lato, le modalità di fruizione che sono soddisfatte da uno specifico impiego del bene e, richiedendone un uso esclusivo, presuppongono l'esercizio, mediante la concessione, di funzioni distributive da parte della P.A.

È vero che il legislatore del 1993 non ha dato indirizzi specifici sulla proporzione delle risorse costiere da destinare, in sede di pianificazione, alla prima o alle seconde modalità di fruizione.⁸⁵

Ma è anche vero che la clausola di “compatibilità” contenuta all'art. 36 Cod. nav., tanto ambigua in sede di puntuale esercizio dei poteri concessori, è in grado di assumere un peso ben più consistente in sede pianificatoria, imponendo una definizione *ex ante* e su larga scala dell'effettiva estensione delle risorse demaniali destinate all'uso generale e di quelle adibite, mediante concessione, a usi “compatibili” con il primo.

Tuttavia, l'applicazione dell'art. 6, c. 3, d.l. n. 400/1993, salvo alcune eccezioni, si è rivelata limitata, a causa di più fattori concorrenti.

Innanzitutto, il territorio costiero i cui usi possono essere oggetto di pianificazione è risultato da subito circoscritto alle porzioni non già assegnate in concessione. Infatti, la previsione del diritto di insistenza, ora disposta dall'art. 37, c. II, Cod. nav. per le concessioni demaniali turistico-ricreative di cui all'art. 01, c. 1, d.l. n. 400/1993⁸⁶ (e ancor di più il re-

⁸⁴ In argomento, anche per un'analisi comparata, cfr. M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2014, 28 ss.

⁸⁵ Stupisce, anzi, che nel procedimento di adozione dei PUDM sia stata prevista la necessaria acquisizione del “parere” delle associazioni di categoria dei concessionari demaniali e non, invece, la partecipazione delle associazioni che abbiano come fine statutario la tutela dell'ambiente, del paesaggio o dell'uso comune dei beni pubblici.

⁸⁶ La norma prevede che la “concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di

gime di proroga automatica introdotto, per le stesse concessioni, dall'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88)⁸⁷ – pur stemperato dalla giurisprudenza in ipotesi di concorso tra una istanza di rinnovo e nuove domande di concessione incompatibili⁸⁸ – ha sostanzialmente impedito di valutare la

imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione”. A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 02 d.l. n. 400/1993 cit., il testo dei commi II e III dell'art. 37 Cod. nav. è stato così modificato: “[II] Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. [III] Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”. L'ultimo periodo del comma II è stato soppresso dall'art. 1, c. 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, il quale ha però ha però disposto, come noto, anche una proroga del termine di durata delle concessioni in essere alla data della sua entrata in vigore, in scadenza entro il 31 dicembre 2015, fino a tale data. A seguito della modifica disposta dall'art. 34 *duodecies*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, il termine finale della proroga è stato posticipato al 31 dicembre 2020. Infine, con la modifica disposta dall'art. 1, comma 547, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal gennaio 2013, la norma, il cui ambito di applicazione era originariamente limitato alle concessioni di beni demaniali marittimi destinati a finalità turistico ricreative, è stato esteso “alle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto”.

⁸⁷ Modificando il comma 2 dell'art. 01, infatti, la norma ha stabilito che “Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione”. Tanto il diritto di insistenza previsto dall'art. 37 Cod. nav. come modificato dall'art. 02 d.l. n. 400/1993, quanto il rinnovo automatico di cui all'art. 01 si sono scontrati con la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea il 29 gennaio 2009 (n. 4908/2008) e con la lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010. Il comma 2 dell'art. 01 è stato infine abrogato dall'art. 11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217.

⁸⁸ Fra le prime pronunce in tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 1995, n. 354. A fronte delle proroghe *ex lege* dei termini di scadenza delle concessioni (*supra*, nota 86), la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha invece, in molti casi, preso atto senza riserve dell'esclusione di una procedura competitiva, giustificata dalla “necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute” (così Consiglio di Stato, sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2663; v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2151; sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682). Ciò, nonostante la Corte costituzionale avesse in più occasioni dichiarato l'illegittimità di disposizioni analoghe contemplate dalla legislazione regionale:

possibilità di destinare estese porzioni delle aree costiere all'uso generale. La dialettica tra quest'ultimo e gli usi eccezionali si è così concentrata sulle porzioni in relazione alle quali una scelta risultasse possibile (poiché ancora soggette all'uso pubblico), con il risultato di un sensibile incremento, nel numero e nell'estensione, delle aree affidate in concessione⁸⁹.

In secondo luogo, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la rin vigorita potestà legislativa delle Regioni (concorrente in materia di governo del territorio, esclusiva in materia di turismo) ha consentito a queste ultime di procedere in ordine sparso: talora recependo il modello pianificatorio appena tratteggiato dall'art. 6, c. 3, d.l. n. 400/1993, talaltra introducendo forme di pianificazione differenti, in altri casi ancora omettendo di dotarsi di qualsivoglia strumento pianificatorio⁹⁰.

Corte costituzionale, sentenza 20 maggio 2010, n. 180, relativa all'art. 1 della legge della regione Emilia Romagna 23 luglio 2009, n. 8; sentenza del 18 luglio 2011, n. 213, relativa all'art. 4 della legge della regione Marche 11 febbraio 2010, n. 7, all'art. 5 della legge della regione Veneto 16 febbraio 2010, n. 13 e degli artt. 1 e 2 della legge della regione Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3; sentenza 4 luglio 2013, n. 171, relativa all'art. 1 della legge della regione Liguria 30 luglio 2012 n. 24, in *Il diritto marittimo*, 4/2014. L'orientamento del Consiglio di Stato è mutato allorché, a seguito della reiterazione delle proroghe disposte dalla legge statale, i giudici di primo grado hanno sottoposto alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità del diritto interno con l'art. 49 T.f.Ue e con la direttiva Bolkestein (T.A.R. Lombardia, Milano, ord. 26 settembre 2014 n. 2401 e TAR Sardegna, ord. 28 gennaio 2015, n. 224): v. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936). Il rinnovo delle proroghe automatiche disposte dai provvedimenti legislativi successivi alla nota pronuncia della C.G.Ue. (sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15) è, appunto, oggetto delle pronunce dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021 (art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018 e art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con l. 17 luglio 2020, n. 77).

⁸⁹ Si veda, ad esempio, l'art. 2 delle "Linee guida per la redazione dei Piani di utilizzo delle aree demaniali marittime da parte dei comuni costieri della Sicilia" del Luglio 2016, predisposte dall'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente della Regione Siciliana sulla scorta delle previsioni dell'art. 4 della legge reg. 29 novembre 2005, n. 15, ove si impone alla pianificazione di livello locale di prevedere "una quota non inferiore al 50% dell'intero litorale di pertinenza comunale da destinare alla fruizione pubblica, fatte salve le concessioni già rilasciate". Cfr.: https://demaniomarittimo.regione.sicilia.it/portale/doc/pudm/DA_319_GAB_del_5_agosto_2016_Allegati.pdf. Sul costante incremento delle aree di demanio marittimo concesse a privati v. da ultimo il *Rapporto Spiagge 2021* di Legambiente, consultabile all'URL <https://www.legambiente.it/wp-content/uploads/2021/07/Rapporto-Spiagge-2021.pdf>.

⁹⁰ Nelle ipotesi in cui la legislazione regionale ha disciplinato la pianificazione degli usi della costa con regole tali da garantirne un'applicazione più incisiva, il diritto di insistenza ha incontrato un ostacolo non soltanto nella presentazione di istanze concorrenti, ma anche nella previsione di una incompatibile destinazione a uso generale prevista dal piano (come il Piano delle coste pugliese): v. ad es. TAR Puglia, Lecce, 10 aprile 2015, n. 1142 e Id., 20 luglio 2017, n. 1252 (quest'ultima riformata da Consiglio di Stato, V, 22

Tra le cause dell'insuccesso dei PUDM (e degli analoghi piani introdotti dalla legislazione regionale), infine, non può ignorarsi la mancanza di un adeguato raccordo con altri strumenti di pianificazione, formalmente aventi a oggetto aspetti differenti rispetto alle modalità di fruizione del litorale, ma a questo strettamente collegati.

Fra questi, innanzitutto, del Piano generale di difesa del mare e delle coste marine dall'inquinamento e di tutela dell'ambiente marino, introdotto dall'art. 1 della l. n. 979/1982⁹¹: strumento che, mantenuto tra i "compiti di rilievo nazionale" dal d.lgs. n. 112/1998 (art. 80, c. 1, lett. *a*), è stato in parte 'doppiato' dalla stessa fonte, che ha attribuito a regioni ed enti locali – senza stabilire alcun coordinamento – le funzioni di "programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri" (art. 89, c. 1, lett. *b*). La funzione originariamente attribuita al Piano è oggi assolta da informali 'linee guida'⁹², la cui applicazione non è peraltro caratterizzata da uniformità⁹³.

Inoltre, con il d.lgs. 17 ottobre 2016, n. 201 è stata recepita dal Direttiva 2014/89/UE che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo.

Il provvedimento ha lo scopo di "assicurare la protezione dell'ambiente marino e costiero [...] tenendo conto delle interazioni terra-mare" (art. 1) e, tuttavia, prevede una pianificazione soltanto per gli usi delle "acque marine", non delle "coste" né delle "acque costiere" (ove queste ultime rientrano "nelle pianificazioni urbane e rurali disciplinate da vigenti disposizioni di legge": art. 2).

La limitazione dell'ambito oggettivo di tale forma di pianificazione è giustificata, nella Direttiva del 2014, dalla necessità di lasciare impregiudicate le competenze esclusive degli Stati membri⁹⁴: non è, invece, altret-

settembre 2017, n. 4439, sul rilievo della mancata definizione del procedimento pianificatorio. La pronuncia di appello qualifica "apodittica" l'affermazione del Tar secondo cui, prima del perfezionamento del procedimento di approvazione del piano, l'Amministrazione possa accordare un privilegio all'uso pubblico e gratuito delle aree demaniali rispetto alle istanze di concessione).

⁹¹ L. 31 dicembre 1982, n. 979 (Disposizioni per la difesa del mare). Per l'adozione del piano, originariamente rimessa al Ministro della marina mercantile, la legge 8 luglio 1986, n. 349 ha previsto il concerto con il Ministero dell'ambiente (art. 2, c. 8).

⁹² Dettate dal Tavolo nazionale erosione costiera, istituito sulla base di un Protocollo di intesa sottoscritto tra il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e le Regioni costiere il 6 aprile 2016 (le linee guida e la documentazione di riferimento sono rinvenibili all'URL: <http://www.erosionecostiera.isprambiente.it/linee-guida-nazionali>).

⁹³ F. FRANCIOSI, *op. cit.*

⁹⁴ Cfr. Considerando (17) della Direttiva 2014/89/UE cit.

tanto comprensibile la sua trasposizione nel testo del d.lgs. n. 201/2016, il quale avrebbe potuto rimettere ai Piani di gestione dello spazio marittimo anche la disciplina degli usi delle coste e del mare costiero, ogni qualvolta la pianificazione del fronte terrestre (non solo quella “urbana” o “rurale”, ma “qualsiasi sistema di pianificazione dello spazio terrestre utilizzato per pianificare le modalità di utilizzo della zona costiera”⁹⁵) si riveli in concreto mancante o incompleta.

In ogni caso, la pianificazione delle “interazioni terra-mare” costituisce uno dei profili di maggior rilievo nel corpo del d.lgs. n. 201/2016; e le linee guida predisposte dal Tavolo interministeriale di coordinamento per la pianificazione dello spazio marittimo (*ex art. 6, c. 3, del decreto*) rimettono ai Piani di gestione l’individuazione delle aree terrestri rilevanti per tali interazioni⁹⁶.

Il provvedimento non dà conto, tuttavia, delle modalità mediante le quali i nuovi Piani di gestione dovranno armonizzarsi con eventuali strumenti vigenti che abbiano a oggetto gli usi della costa, rimettendo ai Piani stessi di ricercare un “coordinamento con i diversi sistemi di pianificazione regionale e locale”: prendendo atto del fatto che la Gestione integrata delle zone costiere è attualmente affidata all’episodica iniziativa di Regioni ed enti locali, le citate linee guida si limitano a evidenziare l’inclusione dei Piani di gestione tra gli strumenti a servizio di tale gestione⁹⁷, ma non propongono indirizzi di merito se non quello, minimalista,

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ Le linee guida prevedono in realtà, in fase di prima applicazione, un ambito di aree terrestri piuttosto limitato: “In prima battuta, comunque, le aree terrestri rilevanti per le interazioni terra-mare avranno come riferimento l’ambito territoriale dei comuni costieri e di specifici ambiti, da definire tenendo conto di elementi e fattori quali: – bacini idrografici di superficie e bacini imbriferi significativi in relazione agli assetti costieri, da individuarsi all’interno dei Distretti idrografici di cui alla direttiva 2000/60/CE così come recepita dal decreto legislativo n. 152/2006 e ss.mm.ii.; – aree naturali protette (SIC e ZPS, Rete Natura2000), marine e terrestri, con particolare riguardo ai casi in cui l’equilibrio ecosistemico marino incida particolarmente su quello terrestre, creando condizioni favorevoli per produzioni agricole tipiche e/o per il sussistere di assetti paesaggistici costieri di rilevante interesse culturale e naturale; siti UNESCO; tratti costieri caratterizzati da elevati valori scenici e panoramici nel rapporto di intervisibilità terra-mare; – presenza di infrastrutture marino costiere con particolare riguardo alle aree portuali (piani regolatori portuali) rilevanti per le attività umane connesse all’utilizzo delle risorse marino costiere”.

⁹⁷ Sulla nozione e sulla dimensione giuridica della Gestione integrata delle zone costiere (GIZC), sui suoi fondamenti di diritto internazionale e sulla sua (astratta) centralità anche nelle politiche dell’Unione europea sullo spazio mediterraneo v. T. SCOVAZZI, *Il Progetto di Protocollo mediterraneo sulla gestione integrata delle zone costiere*, in *Rivista*

relativo alla promozione, nel settore del turismo, di modalità di fruizione “non distruttive” dell’ambiente e del paesaggio costiero.

Tra gli strumenti di pianificazione con i quali i Piani di gestione devono integrarsi, le linee guida menzionano i Piani regolatori dei sistemi portuali, non soltanto in relazione al settore dei trasporti (la cui sostenibilità ambientale è di primario interesse nella pianificazione degli usi dello spazio marittimo), ma anche con specifico riferimento alla materia del turismo, sul rilievo che le “interazioni città-porto” costituiscono componente essenziale del PRSP.

E sono appunto i Piani regolatori di sistema portuale e i Piani regolatori portuali gli strumenti di cui, nel sistema normativo vigente, non può, in ultimo, ignorarsi la radicale mancanza di coordinamento con i PUDM o con le altre forme di pianificazione che, in base alla legislazione regionale, abbiano la funzione di disciplinare *ex ante* le modalità di fruizione della costa.

Al riguardo può sì osservarsi che le modifiche da ultimo apportate all’art. 5 della l. n. 84/1994 sembrano rendere gli interessi pianificatori locali subalterni a quelli dell’Autorità portuale, anche in relazione alle porzioni di territorio definite di “interazione città-porto”⁹⁸; e tuttavia non

giuridica dell’ambiente, 2/2006, 355 ss.; G. TACCOGNA, *Gli strumenti giuridici al servizio di una politica integrata per la gestione e lo sviluppo sostenibile della costa*, in *Quaderni regionali*, 3/2007, 847 ss.; N. GRECO, P. BIONDINI, *Verso la gestione integrata delle aree costiere: l’approccio delle Regioni italiane*, in *Studi parlamentari e di politica istituzionale*, 3-4/2008, 107 ss.; E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell’ambiente*, 1/2011, 40 ss.

⁹⁸ Il d.lgs. n. 169 del 2016 – il quale, come anticipato, ha sostituito le autorità portuali istituite nel 1994 con le autorità di sistema portuale (AdSP), ciascuna delle quali provvede oggi alla gestione di una pluralità di scali marittimi – ha modificato anche l’art. 5 della legge Porti, al fine di adeguare la pianificazione portuale alla rilevante modifica organizzativa introdotta. La norma è stata peraltro oggetto, da quella data, di ulteriori integrazioni e riformulazioni. Il vigente art. 5, c. 1, della legge n. 84 del 1994 prevede l’adozione di un Piano regolatore di sistema portuale (PRSP), “strumento di pianificazione del sistema dei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali delle Autorità di sistema portuale”, il quale si compone di un Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) e di tanti piani regolatori portuali (PRP) quanti sono i porti rientranti nella circoscrizione dell’AdSP (art. 5, c. 1 *bis*, lett. *b*; nel senso di una limitazione al sotto-ambito di interazione città-porto le competenze della pianificazione urbanistica, cfr. già G. ACQUARONE, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano 2009, 273 ss.; la distinzione tra l’ambito del porto operativo e quello di interazione città-porto è stata in passato accolta dal Consiglio superiore dei lavori pubblici: cfr. la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 17778 del 15 ottobre 2004, “Linee guida per la redazione dei piani regolatori portuali”). Quel che può essere qui rilevante evidenziare è che, tra le funzioni rimesse alla nuova pianificazione di sistema, rientra la delimitazione tra le aree destinate

può ignorarsi come la preminenza degli interessi delle Autorità di sistema portuale sia giustificabile, sul piano sistematico (e costituzionale), solo nella misura in cui essi riflettano un interesse nazionale (o internazionale)⁹⁹.

La pianificazione degli usi del demanio marittimo (non solo la pianificazione urbanistica) da parte di regioni e comuni dovrebbe dunque abbracciare tutte le aree che, pur incluse nella circoscrizione di un'autorità di sistema portuale e soggette alla sua gestione, siano prive di una funzione portuale nazionale o internazionale¹⁰⁰, quali ad esempio quelle concesse a privati per la gestione di porti e approdi turistici e da diporto o, in generale, per usi turistico-ricreativi. E ciò già solo perché, quali aree costiere oggetto di concessione, anch'esse rappresentano una frazione di quella porzione marginale di demanio marittimo della quale, in sede pianificatoria, dovrebbe misurarsi la "compatibilità" con la porzione destinata al pubblico uso *ex art. 36 Cod. nav.*, a nulla rilevando l'identità dell'ente pubblico concedente.

a funzioni strettamente portuali e retro-portuali, i collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio con i singoli porti del sistema, gli attraversamenti del centro urbano e infine le aree di interazione porto-città. La pianificazione (ma non la delimitazione) di queste ultime aree è affidata, in sede di adozione del PRSP, ai comuni interessati, previo parere della competente AdSP; "con riferimento esclusivo" alla pianificazione delle stesse aree "di interazione" è ora richiesto alle Autorità di sistema, in sede di adozione di ciascun PRP, di raggiungere un'intesa con i comuni interessati (art. 5, c. 1 ter); in caso di dissenso, tuttavia, trova applicazione il procedimento di opposizione di cui all'art. 14 *quinquies* l. n. 241 del 1990.

⁹⁹ Cfr. la giurisprudenza costituzionale citata alla precedente nota 79. Proprio per tale ragione, del resto, la gerarchizzazione, in sede pianificatoria, tra gli interessi del porto e quelli della città si è accompagnata (art. 5, c. 1, l. n. 84/1994) all'introduzione di un vincolo tra gli obiettivi dei piani portuali e quelli definiti, a monte, dal Piano generale dei trasporti e della logistica: strumento riformato (e potenziato) dagli artt. 200 ss. del coevo Codice dei contratti pubblici, ma a oggi non adottato (v. *supra*, nota 68)

¹⁰⁰ Alla luce del quadro normativo vigente, occorre tuttavia evidenziare gli equivoci che, sulla classificazione delle aree ricomprese in ciascun sistema portuale, ingenera la perdurante inerzia ministeriale nell'adozione del decreto di cui all'art. 4 l. n. 84/1994 (cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit. 84 ss.). Equivoci che, di recente, hanno avuto anche una proiezione sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia di riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di trasporti e sistemi portuali: v., in nota a Corte costituzionale 9 ottobre 2020, n. 208, M. RAGUSA, *Problemi di dialogo tra Stato e regione nell'epoca dei sistemi portuali*, in *Riv. giur. ed.*, 6/2020, 1512 ss.

6. *Brevi conclusioni: leggendo tra le righe delle pronunce del novembre 2021*

Dalla pur incompleta ricostruzione che precede può delinearci, nei tratti di massima, un modello del rapporto tra demanio marittimo e concessione disegnato dalla legislazione vigente.

Non pare, in proposito, che all'interpretazione sistematica delle fonti di riferimento possa più di tanto giovare l'adesione all'una o all'altra delle grandi teorizzazioni relative alla categoria dei beni pubblici.

Che, infatti, i poteri concessori siano ritenuti espressione di potestà dominicale o che, al contrario, siano considerati strumenti di una funzione che gli enti pubblici assolvono come agenzia di una collettività proprietaria¹⁰¹, essi devono essere esercitati nel rispetto del dato dell'art. 36 Cod. nav.: quest'ultimo, indicando nell'apertura all'uso pubblico la destinazione normale dei beni e imponendo all'amministrazione concedente di accertare che gli usi eccezionali siano con questa "compatibili", continua a rappresentare il centrale riferimento normativo in grado di orientare l'analisi dell'istituto.

Allo stesso modo, ricorrere al modello della proprietà pubblica soggettiva o a quello della proprietà collettiva non sembra influire sulla interpretazione di tale clausola di "compatibilità"¹⁰².

Indipendentemente dal modello teorico che si adotti, infatti, la scelta dell'amministrazione di riservare l'uso di un bene demaniale marittimo in favore di un particolare rappresenta, in astratto, un potere discrezionale e

¹⁰¹ Per la teorizzazione in epoca successiva alla Costituzione repubblicana, com'è noto, le opere di riferimento sono M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., e S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969; i beni pubblici sono tali soltanto *quoad usum* secondo la tesi di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli 1979; ID., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1987, 304 ss.; ID., *Beni pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988, *ad vocem*; ID., *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AIPDA, *Annuario 2003, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano 2004., 61 ss.; per una rinnovata formulazione della tesi v. M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova 2005.

¹⁰² È del resto lo stesso Giannini ad ammettere che l'ente-amministratore di beni di proprietà collettiva (proprio come l'ente-*dominus* di beni pubblici "a destinazione nazionale") possa riservare il loro uso "a quei componenti la collettività che ne chiedono l'utilizzazione migliore dal punto di vista degli interessi generali: come beni collettivi, essi sono della collettività e lo Stato ne è amministratore, mentre dei beni nazionali è proprietario; ma come per i beni nazionali esso ne è amministratore solo a fini sociali" (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 72 ss.).

sindacabile; in concreto, essa è però sostanzialmente sottratta a ogni possibile controllo, ove non sia preceduta dalla ricognizione, in una adeguata sede pianificatoria, dell'insieme dei beni che afferiscono alla categoria e dalla conseguente individuazione tanto delle aree demaniali necessarie alla destinazione normale, quanto di quelle qualificabili come porzioni marginali o "eccedenti"¹⁰³.

In proposito, un primo profilo di interesse presentato dalle pronunce n. 17 e n. 18 del 2021, in relazione al tema qui esaminato, può essere rinvenuto negli argomenti impiegati dall'Adunanza Plenaria per dimostrare la dimensione transfrontaliera (e dunque la soggezione all'art. 49 T.f.Ue) del mercato delle concessioni demaniali marittime.

Afferma condivisibilmente il Consiglio di Stato, infatti, 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" (par. 16).

A questa conclusione potrebbe solo obbiettarsi che quello costiero è solo in parte (e *ad tempus*), in senso tecnico, un "patrimonio": per misurare la "potenzialità economica" delle aree gestite patrimonialmente, in quanto oggetto di concessione, è anzi indispensabile considerare proprio l'estensione e il valore della componente asservita a una (normale) destinazione *non* patrimoniale.

Da un lato, infatti, l'estensione di quest'ultima componente, inversamente proporzionale a quella delle porzioni di demanio concedibili, influisce sul rapporto tra domanda e offerta nel mercato considerato. D'altro canto, l'esistenza di tratti costieri sottratti a sfruttamento economico rappresenta notoriamente, in tale mercato, un valore aggiunto per le concessioni rilasciate in loro prossimità: concessioni la cui attrattività deriva spesso non tanto dalla *res* che ne forma oggetto, ma da fattori

¹⁰³ In questo senso, nel solco del fondamentale insegnamento di U. POTOTSCHNIG (cfr. *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969, 1021), le conclusioni del più volte citato studio di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., 455 ss.. Con specifico riferimento al demanio marittimo, in questa direzione (sebbene nel contesto di un differente approccio sistematico), già M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit., 223 ss. e soprattutto A. D'AMICO CERVETTI, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, cit., 253 ss.

paesaggistici, ambientali e di sostenibilità turistica del territorio (anche costiero) circostante.

Una precisazione di tal fatta sarebbe forse apparsa ultronea rispetto all'orizzonte (già ampio) in cui si muovono le due decisioni. L'Adunanza plenaria non ha avuto la necessità di evidenziare come la pianificazione degli usi del demanio marittimo sia lo strumento deputato ad attestare l'esistenza di aree ulteriori rispetto a quelle oggetto di concessione. Al fine di argomentare l'effetto preclusivo dell'accesso al mercato determinato dalla proroga *ex lege* fino al 2033, infatti, è stato sufficiente al Collegio rilevare che, *de facto*, “i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi [del 70%]”; e che in alcune Regioni “è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita”, per concludere che nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, “le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione” (par. 25, in punto di applicabilità della Direttiva Bolkestein al settore in esame).

Tuttavia, considerata l'ampiezza del mandato che l'Adunanza plenaria ha ritenuto di onorare con le pronunce in parola, stupisce 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).

Sembra, infatti, che – sulla base dei principi elencati al par. 49 delle due decisioni – i criteri non economici da impiegare per la scelta del concessionario corrispondano almeno in parte a interessi (la tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio culturale) la cui dimensione è difficilmente apprezzabile in occasione della puntuale ed episodica valutazione discrezionale effettuata in sede di gara.

In difetto di una previa e organica pianificazione, sotto altro aspetto, lo stesso auspicio che “le amministrazioni concedenti sfruttino appieno

il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione” pare destinato a rimanere tale.

Provando a inquadrare l’oggetto delle due sentenze in una cornice più ampia, insomma, il tema della pianificazione degli usi del demanio marittimo non appare poi tanto remoto e indipendente dalle questioni affrontate dal Consiglio di Stato. Il riordino della frastagliata disciplina delle forme di pianificazione direttamente o indirettamente incidenti sugli usi del demanio marittimo sembra, anzi, preliminare a qualsiasi altra azione, se non si vuole che la componente-monito delle conclusioni a cui è giunta l’Adunanza plenaria si risolva in un decalogo puramente formalistico.

Non è superfluo, in proposito, notare tra l’altro che, delle due cause da cui le sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 traggono origine, l’una ha oggetto il diniego di proroga adottato da un comune costiero in ordine alla concessione di uno stabilimento balneare¹⁰⁴, l’altra un omologo rigetto, disposto però da un’ autorità di sistema portuale in relazione alla concessione di un “approdo turistico con struttura adibita a ristoro e servizi di accoglienza”¹⁰⁵.

Nell’uno e nell’altro caso, l’oggetto diretto del giudizio concerne l’applicabilità della proroga che la normativa italiana ha disposto in relazione a entrambi i tipi di concessione e indipendentemente dall’identità del concedente. Ma non v’è dubbio che, per quanto concerne la componente (ultra)nomofilattica delle due decisioni, i principi da applicare in sede di rilascio di concessioni per porti e approdi turistici rientranti nelle circoscrizioni delle autorità di sistema portuale potrebbero essere differenti a seconda che si considerino tali strutture soggette alla pianificazione portuale (e interessate dalla “strategia commerciale” dell’ente gestore¹⁰⁶) o piuttosto alla pianificazione che rappresenta (*rectius*: dovrebbe rappresentare) il presupposto per il rilascio di concessioni turistiche e ricreative da parte degli enti nelle cui competenze tale potere ordinariamente rientra.

In sintesi, se in relazione al diritto dell’Unione europea è senz’altro vero (come correttamente affermano le due sentenze al par. 21) che l’effetto di integrazione negativa prodotto dalla direttiva Bolkestein non necessiti di una previa armonizzazione dei diritti nazionali, non pare che,

¹⁰⁴ TAR Puglia, Lecce, 15 gennaio 2021, n. 73.

¹⁰⁵ TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504.

¹⁰⁶ Comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2007, COM (2007) 616 def., cit.

con riferimento all'ordinamento domestico, la creazione di un mercato delle concessioni demaniali marittime possa analogamente prescindere da una sistemazione delle discipline che, direttamente o indirettamente, interessano le modalità di (e le limitazioni alla) fruizione della costa e la loro pianificazione.

Una volta a regime, qualunque regime competitivo continuerà infatti a presupporre il principio di "compatibilità" della concessione con il pubblico uso, espresso dall'art. 36 Cod. nav.: principio dalla cui effettività deriverà la idoneità della concorrenza a giovare all'interesse generale, oltre che a quello particolare delle imprese interessate ad accedere al mercato.

Piergiuseppe Otranto

PROROGA *EX LEGE*
DELLE CONCESSIONI BALNEARI
E AUTOTUTELA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio”.

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

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

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

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

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

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

Tuttavia, lo *status quo* (e con esso l’efficacia delle concessioni in essere) viene garantito attraverso il comma 682 del medesimo articolo, a mente del quale le concessioni “vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici”.

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

L’effetto di proroga secondo la plenaria “è prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile”, mentre mancherebbe l’attribuzione di qualsiasi potere in capo all’Amministrazione dal momento che la legge “assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto”, realizzandosi “una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento” (punto 42).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In particolare, le statuizioni della Corte di giustizia che chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione possono e devono essere applicate anche a casi – diversi rispetto a quelli oggetto del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8.

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

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

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

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

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

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

In maniera contraddittoria, tuttavia, poco dopo sembra quasi invocare un intervento dell’Amministrazione: in prima battuta per “rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico”; in seconda battuta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tale tesi non persuade, in quanto la funzione dell'atto di proroga è, piuttosto, quella di rendere efficace la concessione sino al 31 dicembre 2033 e si correla direttamente alla produzione di un'utilità economico-sociale in capo al concessionario, ben più che all'esigenza di "rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2. Segue. *La natura provvedimento della proroga*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ Ad. plen. n. 17/2021, punto 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. *Disapplicazione della norma anticomunitaria e giudicato*

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

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

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

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

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

⁸³ *Kühne&Heitz*, punto 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ Sulla possibilità del giudice dell'ottemperanza di adeguare il contenuto del giudicato formatosi alla sopravvenuta sentenza interpretativa della Corte di giustizia, cfr. C. FIGLIOLIA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 925 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Osservazioni conclusive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

APPENDICE

Beniamino Caravita di Toritto e Giuseppe Carlomagno

LA PROROGA EX LEGE DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME. TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO. UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalla Direttiva Bolkestein alla sentenza della Corte di Giustizia C-458/14 e C-67/15 del 14.7.2016. – 3. Gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia sulla normativa italiana. – 4. La disapplicazione della normativa interna per contrasto con il diritto eurolunitario. Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019. – 5. La posizione minoritaria del Tar Lecce. – 6. La rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Decreto n. 160 del 24 maggio 2021. – 7. La sentenza n. 10/2021 della Corte costituzionale. – 8. La procedura di infrazione della Commissione europea del 3 dicembre 2020. – 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Riferendosi alla materia delle concessioni marittime, la dottrina ha operato una curiosa similitudine con la «*sindrome di Loch Ness*» a testimonianza “*che la materia è caratterizzata da un’alternanza di situazioni di placida calma seguite da periodi di allarmata tensione, che in breve tempo si riducono ad un nuovo periodo di serena calma*”¹.

In Italia – 7.600 km di coste e 62 milioni di turisti all’anno – le concessioni marittime assumono una importanza del tutto peculiare. Sulle nostre coste “*insistono ben 52.619 concessioni demaniali marittime, delle quali addirittura 11.104 sono relative a stabilimenti balneari, 1.231 a campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le restanti sono distribuite su vari utilizzi, da pesca e acquacoltura a diporto e produttivo*”².

¹ G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2015 così come riportato in C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in *Federalismi*, n. 25 /2016, 4.

² G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo*

Negli anni si è sviluppato un intenso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, circa le modalità di affidamento delle concessioni, la loro durata, i rapporti tra vecchi concessionari e aspiranti subentranti. Dibattito provocato da una normativa nazionale molto spesso risalente (e da una significativa ritrosia del legislatore nazionale ad una organica riforma del settore), nonché dai più recenti interventi ad opera del legislatore europeo, concretizzatisi – come si vedrà – nella direttiva Bolkestein del 2006 e poi rafforzati nella sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (cause riunite C-458/14 e C-67/15).

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia “Promoimpresa” del 2016, il dibattito ha assunto una improvvisa accelerazione; da una parte la giurisprudenza (costituzionale, amministrativa, civile) ha appalesato la necessità di uniformarsi quanto prima ai principi di concorrenzialità, tutelati con particolare sollecitudine dall’Unione Europea. Dall’altra si sono registrate posizioni di maggiore attendismo da parte del legislatore nazionale che ha operato “chirurgicamente” nella materia con continue proroghe automatiche disposte a favore dei precedenti gestori.

L’influenza eurounitaria sulle concessioni marittime costituisce l’oggetto della prima sezione del presente contributo.

Nel prosieguo, si darà conto della normativa nazionale di recepimento e della consistenza delle iniziative con cui il legislatore nazionale ha inteso uniformarsi ai principi eurounitari, avuto particolare riguardo alla l. n. 145/2018 e alla recentissima normativa emergenziale.

Si procederà in seguito ad una rapida rassegna degli orientamenti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato succedutisi negli anni (sino al recentissimo deferimento all’Adunanza Plenaria di talune rilevanti questioni in materia di concessioni balneari), con un apposito *focus* sulla particolare posizione espressa di recente dalla Corte costituzionale³.

Nelle conclusioni, si esporranno taluni spunti su un tentativo concreto di riforma del settore che – anche sulla base dei principi eurounitari – sappia coniugare i due principi fondamentali contenuti nell’art. 3, comma 2, TUE della concorrenzialità e della economia sociale di mercato.

dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione in Federalismi, n. 26/2020, 25.

³ *Dossier sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo* a cura di Marta Ferrara, Gianlorenzo Ioannides e Giuliano Vosa in *www.federalismi.it*;

2. Dalla Direttiva Bolkestein alla sentenza della Corte di Giustizia C-458/14 e C-67/15 del 14.7.2016

Le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso – dietro la corresponsione di un canone concessorio – di beni appartenenti al demanio necessario dello Stato ai sensi dell'art. 822 c.c.⁴.

La disciplina delle concessioni demaniali marittime è contenuta nel codice della navigazione (R.D. 30 marzo 1942 n. 327) – articoli 28 e seguenti – nonché nel Regolamento per la navigazione marittima (artt. 5-58).

L'art. 36 del citato codice della navigazione statuisce che l'amministrazione marittima può concedere – compatibilmente con le esigenze dell'uso pubblico – l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un periodo di tempo.

Nel più ampio *genus* delle concessioni demaniali marittime rientrano le c.d. concessioni ad uso turistico ricreativo, disciplinate dall'art. 01 del d.l. n. 400/1993.

Più nel dettaglio, la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività a scopo turistico ricreativo: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

⁴ Sul regime giuridico applicabile ai beni pubblici del demanio, tra gli altri: A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983; ID., voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino 1987, 273 ss.; ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, Milano 1989; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 46° ed., Padova 2013, 593 e ss.; G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino 1999; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile*, 10^a ed., Dike, 2020, 141 e ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 24^a ed., Milano 2019; N. CENTOFANTI, *I beni pubblici: tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano 2007, 58 e ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, 15^a ed., Napoli 1989, 761; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 21-22.

A ben vedere, secondo le norme contenute nel Codice della navigazione e nel d.l. n. 400/1993, la gestione delle concessioni demaniali marittime è stata governata da un ristretto numero di principi.

In primo luogo, il legislatore nazionale ha sempre accordato una posizione privilegiata al titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza). Nella medesima direzione, la normativa nazionale ha previsto periodi molto estesi della concessione (sino a venti anni) e regimi di proroghe automatiche⁵.

Come notato in dottrina: *“una volta acquisito il titolo demaniale marittimo, la durata del rapporto concessorio era, di fatto, rimessa alle scelte del privato, al quale l’art. 37, c. 2 del Codice di navigazione garantiva, in sede di rinnovo del titolo, il cosiddetto “diritto di insistenza” assicurando al suo titolare la preferenza rispetto agli altri aspiranti concessionari”*⁶.

Il legislatore nazionale si è tuttavia dovuto confrontare negli anni con i principi eurounitari, sempre più orientati verso la difesa della concorrenzialità e il necessario espletamento di procedure comparative tra gli aspiranti concessionari⁷.

In tal senso, la Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkestein) ha avuto un impatto rilevante e dirompente nella materia⁸.

In particolare l’art. 12 della citata Direttiva prevede che *«qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda,*

⁵ Ai sensi dell’art. 3, co 4-*bis*, del d.l. n. 400/1993: *“Le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”*.

⁶ E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso in Federalismi*, n. 18/2020, 9-25.

⁷ Sul tema A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021 7,.

⁸ *Ex multibus*, S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino 2012; A. NEGRELLO, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016; C. BENEZZO, S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Parlamento europeo, 2017, in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf); S. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2016, 166-168.

in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» (par. 1).

Sempre l'art. 12 prevede che, in tali casi, *«l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami» (par. 2).*

Dunque, la direttiva – pur non riferendosi espressamente alle concessioni marittime ma al più ampio “genus” delle autorizzazioni – impone che le autorizzazioni ai privati, per lo svolgimento di attività “*limitate dalla scarsità delle risorse naturali*”, debbano essere concesse previa procedura di selezione tra gli aspiranti, governata dai principi di trasparenza e pubblicità, escludendo al contempo la possibilità di proroghe automatiche al prestatore uscente.

Dopo la direttiva Bolkestein la Commissione Europea ha avviato una procedura di infrazione (la n. 2008/4908) nei confronti dell'Italia, il cui regime – come visto – prevedeva rinnovi (pressoché automatici) ai precedenti gestori e non già procedure di evidenza pubblica. La Commissione si è soffermata in particolare sull'art. 37, comma 2, secondo periodo, cod. nav. che – nella formulazione all'epoca vigente – prevedeva il cosiddetto diritto di insistenza del concessionario “uscente” stabilendo testualmente che: *«[...] È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze [...]».*

Il legislatore, nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni, con l'articolo 1, comma 18, del d.l. del 30 dicembre 2009, n. 194, ha abrogato l'art. 37 del Codice della Navigazione, disponendo tuttavia una generale proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015⁹⁻¹⁰.

⁹ *«Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, (...) il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data».*

¹⁰ Per completezza si segnala che con l'art.11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217 (Di-

Dunque il legislatore si è uniformato ai principi europei ridimensionando la portata del diritto di insistenza del precedente concessionario; nondimeno ha comunque proseguito con proroghe automatiche ai medesimi concessionari, seppure limitate nel tempo.

La disposizione soprarichiamata è stata ulteriormente modificata dall'articolo 34-*duodecies* del d.l. del 18 ottobre 2012, n. 179 che ha disposto una ulteriore proroga delle concessioni sino al 31 dicembre 2020¹¹.

La novellata normativa nazionale è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia a seguito di rinvii pregiudiziali del Tar Lombardia e del Tar Sardegna, disposti con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

In particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva Bolkestein e sulla compatibilità, o meno, delle proroghe delle concessioni demaniali sino al 2020 rispetto ai principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza¹².

sposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010), il legislatore ha abrogato l'art. 1, c. 2 del d.l. n. 400 del 1993, che prevedeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e fossero automaticamente rinnovate alla scadenza per ulteriori sei anni, a mera richiesta del concessionario.

¹¹ «... il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020 (...)».

¹² Come precisato di recente dal Tar Toscana nella sentenza n. 363/2021: «Prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività, suscettibile di apprezzamento in termini economici (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394), segnalando l'esigenza di una effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte (cfr., in epoca ancora antecedente ed in via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934)».

Con sentenza n. 458 del 14.7.2016¹³⁻¹⁴ la Corte di Giustizia ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della suindicata direttiva (la Bolkestein), restando rimessa al giudice nazionale la sola valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. In particolare, la Corte ha ritenuto che le concessioni marittime dovessero essere considerate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/CE, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale.

Di conseguenza la Corte ha dichiarato illegittimo un regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva.

Così testualmente la Corte di Giustizia: “L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”¹⁵.

¹³ Di seguito il quesito formulato dal Tar Lombardia nel rinvio pregiudiziale «I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica?».

¹⁴ Quesito formulato dal Tar Sardegna: “2) Se l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'articolo 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

¹⁵ Sul tema L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2016, 912-926.

La Corte ha anche affermato che, per le concessioni per le quali la direttiva Bolkstein non può trovare applicazione (ad esempio perché la risorsa oggetto di autorizzazione non è considerata “scarsa”), l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo¹⁶.

3. *Gli effetti della Sentenza della Corte di Giustizia sulla normativa nazionale*

La Corte di Giustizia ha espresso una posizione netta di critica alla normativa nazionale e di contrarietà assoluta al regime delle proroghe *ex lege* disposte in modo indiscriminato¹⁷. Ciò nonostante, non è intervenuta negli anni successivi al 2016 una riforma in grado di garantire la compatibilità della normativa interna con l’ordinamento unionale. Al contrario, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020¹⁸, con l’art. 1, commi 682, 683 e 684 della l. 145/2018 (Legge di bilancio 2019), il legislatore italiano ha prorogato di ulteriori 15 anni le concessioni demaniali marittime non ancora scadute, con rideterminazione del termine di scadenza al 31.12.2033.

Riproponendo lo schema degli anni precedenti, la citata legge ha preliminarmente imposto una generale revisione del sistema delle concessioni marittime secondo modalità e termini da adottarsi con successivo D.P.C.M.

¹⁶ “Per quanto riguarda, anzitutto, l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest’ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30)”.

¹⁷ Per un’analisi comparata cfr. G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un’analisi comparata in Europa*, in *Federalismi*, n. 4/2020; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021.

¹⁸ Termine fissato all’articolo 34 *duodecies* del D.L. del 18 ottobre 2012, n. 179.

Nel merito, ponendosi nel solco dei precedenti normativi del 2009 e del 2012, il legislatore ha autorizzato un regime di proroga *ex lege* delle concessioni in essere per ulteriori 15 anni¹⁹.

Ci si è chiesti sin da subito se la disciplina introdotta nel 2018 – disponendo ulteriori proroghe automatiche – fosse compatibile con la direttiva Bolkestein e con i principi giurisprudenziali espressi negli anni precedenti dalla Corte di Giustizia.

Interrogato sulla legittimità dei provvedimenti di proroga disposti in base alla legge 145/2018, il Consiglio di Stato con sentenza n. 7874/2019, sez. VI, ha confermato l'orientamento formatosi sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia del 2016 e ribadito il contrasto anche della nuova normativa interna con il diritto eurolunitario²⁰.

La proroga sino al 2033 delle singole concessioni è stata ritenuta illegittima anche da svariati altri Tribunali Amministrativi Regionali (si segnalano in particolare, Tar Toscana n. 363/2021²¹ su un ricorso promosso

¹⁹ *“Procedendo con ordine, come appena accennato, dall'analisi delle disposizioni introdotte con l'art.1, commi 675 e ss., L. n. 145/018, si evince chiaramente il tentativo, rimasto parzialmente incompiuto, da parte dello Stato italiano di disciplinare la materia in conformità con il diritto dell'U.E. Infatti, dopo avere dedicato i primi sette commi a individuare i principi generali da seguire e sviluppare nell'apposito DPCM, frutto delle proposte del MIT, da redigere sentiti gli altri ministeri coinvolti, nei successivi commi 682, 683 e 684 il legislatore ha mostrato di perseverare nell'atteggiamento di fondo di fissazione automatica, ope legis, della durata, stabilendo che le concessioni “vigenti alla data di entrata in vigore della legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore, di anni quindici”.* D. DE CAROLIS, *Concessioni balneari marittime fino al 2033*, in www.altalex.it.

²⁰ Così testualmente: *“alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è in alcun modo riscontrabile una proroga automatica ex lege di una concessione demaniale marittima. Ciò significa che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, provocata dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021)”* – è coinvolta, con le conseguenze del caso, nel ragionamento giuridico sopra esposto e ciò, non solo perché detta disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurolunitario dalla corte di giustizia nel 2016 (determinando una giuridicamente improbabile reviviscenza delle stesse) ma, a maggior ragione, dopo il recente intervento della Corte di giustizia UE che, nella sentenza 30 gennaio 2018, causa C-360/15 Visser, ha esteso addirittura la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva”.

²¹ *“Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurolunitario, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al*

dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro il Comune di Piombino, Tar Pescara n. 40/2021, Tar Salerno n. 265/2020, Tar Catania n. 505/2021, Tar Veneto n. 218/2020).

Recentemente il Tar Campania, sezione di Salerno, con la sentenza n. 265 del 29 gennaio 2021, ha altresì affermato che la proroga delle concessioni demaniali, in assenza di gara, «*non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento*», perché equivalente a un rinnovo automatico delle concessioni, ostativo a procedure selettive aperte e trasparenti.

La giurisprudenza – in modo pressoché unanime – ha dunque ritenuto ostativa al diritto eurounitario la proroga automatica delle concessioni sino al 2033.

Per completezza, occorre dare atto che durante la pandemia il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia delle concessioni marittime, confermando ancora una volta il regime delle proroghe automatiche.

Da una parte con l’art. 100 del d.l. 14-8-2020 n. 104 la proroga di cui all’articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 è stata estesa anche alle concessioni lacuali e fluviali.

Sotto ulteriore profilo, con d.l. 19 maggio 2020, n. 34, il legislatore – richiamando la citata l. n. 145/2018 – ha confermato la possibilità per i concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di chiedere l’estensione di quindici anni (e dunque sino al 1° gennaio 2034) delle vigenti concessioni²².

La medesima legge sancisce altresì l’impossibilità per le amministrazioni comunali di intraprendere o proseguire durante la pandemia le procedure di scelta dei nuovi concessionari, rafforzando così il regime delle proroghe automatiche.

Anche quest’ultima disposizione è stata ritenuta da una parte della giurisprudenza amministrativa elusiva dei principi eurounitari²³.

2033, disposta dall’articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145” Tar Toscana n. 363/2021.

²² Cfr. sul punto E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell’emergenza sanitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, 30, secondo cui “Vi sono poi casi in cui l’emergenza sanitaria sembra ridursi a poco più di un pretesto per adottare norme di favore per gli operatori in ambiti “delicati”, come nel caso delle modifiche apportate in conversione del Decreto “Rilancio” all’art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020 in materia di concessione dei beni del demanio marittimo”.

²³ “Quanto alla disciplina di cui all’articolo 1 comma 1 legge 77 del 2020, pure invocata dal Comune resistente, che impedirebbe l’avvio dei procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili delle concessioni scadute nonché di procedere a nuove as-

4. *La disapplicazione della normativa interna per contrasto con il diritto eurounitario. Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019*

La citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 ha anche affrontato il tema delle modalità di risoluzione del contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria, che si manifesta nell'emanazione di provvedimenti amministrativi illegittimi (le proroghe delle concessioni rilasciate dai singoli Comuni sulla base della l. n. 145/2018).

Come si è visto *supra*, infatti, in base alla normativa introdotta nel 2018, i Comuni avrebbero dovuto prorogare *ex lege* le concessioni sino al 2033.

Sul punto alcuni Comuni hanno applicato pedissequamente la normativa nazionale, disponendo proroghe automatiche sino al 2033; altre Amministrazioni hanno disapplicato la normativa nazionale sulla scorta dei principi unitari. In altre situazioni, i Comuni hanno dapprima disposto le proroghe, per poi tornare sui propri passi annullando in autotutela le precedenti determinazioni.

Ci si è chiesti se il potere/dovere di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto eurounitario incombesse anche sul funzionario amministrativo chiamato ad adottare i provvedimenti di proroga delle concessioni sulla base della l. n. 145/2018.

Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto che “è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione

segnazione mediante gara (stabilendo nelle more il pagamento del canone previsto negli atti di concessione), dalla data di entrata in vigore della medesima legge e per finalità di rilancio del settore turistico e di contenimento dei danni causati dall'emergenza Covid-19, appare sufficiente osservare che, in ogni caso, ove tale disciplina sia diretta, come appare, a conseguire comunque una proroga di fatto delle concessioni scadute – richiamando infatti anche espressamente l'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 –, non potrebbe comunque seguire sorte diversa da tale ultima disciplina, e dunque, deve essere anch'essa disapplicata, anche d'ufficio dal Giudice (Consiglio di Stato sentenza 1219 del 2019, Cassazione sentenza 11934 del 1995; anche per scongiurare ulteriori procedure di infrazione nei confronti dello Stato di cui il Giudice è organo, cfr. Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019)” Tar Abruzzo (sezione staccata di Pescara) n. 40 del 3 febbraio 2021.

Invero si segnalano due recentissime pronunce del giudizio amministrativo che hanno ritenuto legittime le proroghe riconosciute a cagione dell'emergenza pandemica (*Tar Abruzzo sentenza n. 231 del 23 aprile 2021, Tar Campania, ordinanza n. 768/2021 del 26 aprile*). In particolare, il Tar Campania in sede cautelare ha ritenuto come la proroga biennale disposta a favore del concessionario costituisce “applicazione di una normativa emergenziale, in giustificata e temporalmente limitata deroga agli ordinari principi di concorrenza, in considerazione degli effetti dell'attuale situazione sanitaria e del conseguente bilanciamento dei contrapposti interessi, così come definito dal legislatore nazionale”.

(rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario.”

Cosicché per il Consiglio di Stato, il dovere di disapplicare la normativa interna sulle concessioni marittime per contrasto con il diritto eurounitario (e in particolare per contrasto con la sentenza del Corte di giustizia del 2016) incombe anche sull'apparato amministrativo e sui funzionari.

I Tribunali Amministrativi Regionali si sono uniformati – eccetto il Tar Lecce come si vedrà *infra* – alla posizione del Consiglio di Stato.

Da una parte i Tribunali Amministrativi hanno annullato le concessioni marittime prorogate sino al 2033, per diretto contrasto con la normativa comunitaria.

Dall'altra hanno statuito che anche gli apparati amministrativi sono obbligati alla disapplicazione della normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali per contrasto con la normativa eurounitaria (e con la sentenza della Corte di Giustizia del 2016).

Tra le tante, si segnalano tra le più recenti: Tar Toscana n. 363 dell'8 marzo 2021, su un ricorso promosso dall'AGCM²⁴; Tar Sicilia, sez. distaccata di Catania, n. 505 del 15 febbraio 2021²⁵; Tar Campania, nn. 1217 e 1218 del 23 febbraio 2021.

²⁴ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle “*Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*” inviate di recente al Presidente del Consiglio dei Ministri ha rilevato che le proroghe *ex lege* delle concessioni, disposte in via generalizzata e per lunghi periodi di tempo, consentono ai concessionari di ricavarne ingiustificate rendite di posizione [...] Ciò posto l'AGCM propone l'abrogazione dell'articolo 1, commi 682, 683 e 684 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, relativo alle proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e di adottare in tempi brevi una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e di affidare anche la determinazione dei canoni concessori alla procedura competitiva per la selezione dei concessionari. L'Autorità propone altresì di modificare l'art. 45 bis del R.D. n. 327/1942 (Codice della Navigazione), limitando la possibilità delle sub-concessioni a casi eccezionali e per periodi determinati.

²⁵ La motivazione del rigetto del ricorso: “*a) in un sistema di gerarchia delle fonti la norma sovraordinata prevale su quella subordinata; b) il diritto europeo – con i limiti a tutti noti – costituisce una fonte sovraordinata rispetto alla legge nazionale e il contrasto fra la norma primaria nazionale e quella europea vincolante impone di assegnare supremazia alla seconda, senza necessità del meccanismo previsto per l'ipotesi di previsione di legge contra-*

5. La posizione minoritaria del Tar Lecce

Il TAR Puglia, sez. di Lecce, si è posto in controtendenza rispetto agli altri Tribunali Amministrativi Regionali, esprimendo una posizione isolata che vale la pena approfondire. Secondo il Tar Lecce innanzitutto non sarebbe configurabile un obbligo in capo all'Amministrazione di disapplicare la normativa interna sulla base di una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. Sotto ulteriore profilo, la direttiva Bolkestein non sarebbe *self-executing* e dunque su di essa prevarrebbe la normativa nazionale che consente le proroghe delle concessioni demaniali sino al 2033.

Più nello specifico, con le sentenze nn. 1321 e 1322 del 2020 il Tar Lecce ha annullato il diniego di proroga di una concessione, disposto da un Comune, ritenendo illegittimo il comportamento del funzionario amministrativo di disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con una sentenza della Corte di Giustizia²⁶; in particolare, la portata delle sentenze della Corte di Giustizia (quale ad esempio quella del 2016) sarebbe vincolante solo per il giudice, ma non già per l'apparato amministrativo.

E dunque, l'unica legge applicabile è quella interna e, di conseguenza, le amministrazioni – su istanza dei concessionari – sarebbero vincolate a disporre le proroghe automatiche sino al 2033²⁷.

stante con la Costituzione; c) il giudice, infatti, è tenuto a rimettere la questione alla Corte di Giustizia solo nel caso in cui dubiti che la disposizione interna configli con il diritto europeo, mentre, se tale dubbio non sussiste, è tenuto a disapplicare "sic et simpliciter" la norma nazionale; d) anche il funzionario pubblico, nel dare attuazione alla legge, deve applicare la fonte normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo".

²⁶ Tra i diversi motivi di diritto adottati, la ricorrente rileva che il provvedimento annullato d'ufficio risulterebbe supportato dall'erroneo convincimento del ritenere principio ormai consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale "la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto dell'unione europea, a maggior ragione se tale contrasto sia stato accertato dalla Corte di Giustizia UE, costituisce un obbligo per lo stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari qualora sia chiamato ad applicare una norma interna contrastante con il diritto comunitario".

²⁷ Da ciò deriva "l'illegittimità degli impugnati provvedimenti sia con riferimento al diniego della proroga ex lege, sia con riferimento alla cd. proroga tecnica condizionata, dovendosi conseguentemente dichiarare il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall'art. 1, commi 682 ss., della legge 145/2018" (T.A.R. Lecce, sent. n. 1321/2020).

Il Tar Lecce è ritornato sulle proroghe delle concessioni marittime anche nelle successive sentenze nn. 71, 72, 73, 74 e 75 del 15 gennaio 2021 e nella sentenza n. 268 del 15 febbraio 2021.

Nella sentenza da ultimo citata il TAR Lecce affronta in modo articolato il rapporto tra diritto interno e diritto unionale.

La posizione espressa dai giudici pugliesi è nel senso di non riconoscere alcuna natura autoesecutiva alla Direttiva Bolkestein²⁸.

In assenza di una riforma complessiva delle norme nazionali vigenti (sulle modalità di espletamento della gara, sui requisiti di partecipazione, sulla durata delle concessioni, sulla composizione delle commissioni di gara, gli obblighi di pubblicità e trasparenza e così via) la normativa eu-rounitaria non sarebbe di immediata applicazione²⁹.

In definitiva, l'unica normativa che possa applicarsi al caso di specie è quella nazionale (di proroga fino al 2033) *“attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è self-executing e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la disapplicazione in evidenza mera violazione della legge”*.

6. *La rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Decreto n. 160 del 24 maggio 2021*

Le sentenze rese dal Tar Lecce – analizzate nel paragrafo precedente – sono state appellate dinanzi al Consiglio di Stato.

Sugli orientamenti del Tar Lecce è attesa dunque la pronuncia di me-

²⁸ Come si legge testualmente nella sentenza n. 268/2015 *“Perché una direttiva possa ritenersi autoesecutiva debbono inverarsi due presupposti: 1) l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale; 2) un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che non lasci alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti tra privato e pubblica amministrazione e/o tra i privati”*. Nel caso di specie *“la direttiva servizi o Bolkestein non può qualificarsi come self-executing in quanto non possiede i requisiti oggettivi dell' auto-esecutività e non è pertanto – per quanto di seguito evidenziato – immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione”*.

²⁹ Anche in dottrina si registrano posizioni critiche rispetto alla natura *self executing* della Bolkestein, e ad una giurisprudenza interna considerata estremamente rigida (cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, n. 5/2020, 2-24).

rito del Consiglio di Stato, che sinora si era limitato a rigettare le istanze cautelari di sospensione dell'esecutività delle sentenze appellate per carenza di *periculum*.

Orbene, nel giudizio relativo all'appello avverso la sentenza n.73/2021 del Tar Lecce, il Presidente del Consiglio di Stato con Decreto n. 160 del 24 maggio 2021 ha deferito d'ufficio all'Adunanza Plenaria (udienza del 13 ottobre 2021) la *“questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative”*³⁰.

Come noto, ai sensi dell'art. 99, co. 2, del Codice del Processo Amministrativo *“Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali”*.

In particolare, secondo il Presidente del Consiglio di Stato il rapporto tra le proroghe automatiche delle concessioni, contenute nell'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, e il diritto unionale costituisce una questione *“di notevole impatto sistemico”*, avuto particolare riguardo *“alla doverosità, o no, della disapplicazione, da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative”*.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dovrà statuire³¹ se sia doverosa o meno la disapplicazione da parte della Repubblica italiana delle leggi statali e regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime e, in particolare, se l'obbligo di disapplicazione si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro ovvero sia riservato unicamente agli organi della giurisdizione nazionale.

³⁰ Cfr. sul punto R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in www.giustiziasieme.it.

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

Strettamente connessa al primo quesito è la questione – anch’essa sottoposta all’Adunanza Plenaria – circa le sorti delle proroghe disposte in contrasto con la normativa unionale³²; sul punto l’Adunanza Plenaria dovrà statuire se dette proroghe debbano essere annullate d’ufficio e se l’obbligo di annullamento sussista anche per i provvedimenti di proroga su cui sia intervenuto *medio tempore* un giudicato favorevole.

Il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria anche una terza e ultima questione, relativa ai rapporti tra la normativa emergenziale “Covid-19” e l’art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.³³

Dunque, il Presidente del Consiglio di Stato ha ritenuto che le tematiche affrontate dal Tar Lecce meritassero una pronuncia resa dall’Adunanza Plenaria, anche avuto riguardo alle recenti proroghe delle concessioni disposte durante la pandemia e ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale mai sopito.

Si tratta ovviamente di una pronuncia molto attesa che avrà un impatto notevole in materia, sia sotto il profilo dei rapporti tra la normativa interna e normativa unionale, sia sotto il profilo delle conseguenze derivanti da provvedimenti emessi dai funzionari amministrativi in evidente contrasto con la direttiva Bolkestein³⁴.

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

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

³⁴ A seguito della remissione all’Adunanza Plenaria, si segnalano alcune pronunce cautelari che statuiscono l’applicazione della normativa nazionale in attesa della pronuncia dell’Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario delle proroghe *ex lege* ed in particolare Cons. Stato, sez. V, ord. 9/06/2021, n. 2997, T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 14/06/2021, n. 129, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, ord. 18/06/2021, n. 3443.

7. La sentenza n. 10/2021 della Corte costituzionale

Nella materia delle concessioni demaniali marittime è intervenuta negli anni anche la Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali – per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento U.E. (art. 117, primo comma, Cost.) – che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni^{35 36}.

Con la recentissima sentenza n. 10 del 29 gennaio 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità della legge n. 46/2019 della Regione Calabria, a seguito di un ricorso con cui il Presidente del Consiglio dei ministri aveva impugnato la citata legge regionale, colpevole di aver introdotto un meccanismo di proroga o rinnovo automatico delle concessioni in essere.

La Consulta ha innanzitutto ribadito l’esclusiva competenza statale in materia³⁷.

³⁵ Per la prima volta con sentenza n. 180/2010 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio. La Corte con sentenza n. 340/2010 ha dichiarato illegittimo l’art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77. Anche tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell’entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti.

Stessa sorte hanno subito l’art. 4, comma 1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l’art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011. Con la sentenza n. 171/2013, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 30 luglio 2012, n. 24, art. 1, che aveva disposto la proroga automatica delle concessioni per il demanio marittimo in caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali che provocassero danni agli stabilimenti balneari o ai beni demaniali, a favore del soggetto già titolare della concessione.

³⁶ S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, 1, 2018, 373-403.

³⁷ “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attinenti tanto alle competenze legislative statali quanto a quelle regionali (sentenze n. 157 e n. 40 del 2017). Tuttavia, i criteri e le modalità di affidamento di tali concessioni debbono essere stabiliti nell’osservanza dei principi della libera concorrenza recati dalla normativa statale e dell’Unione europea, con conseguente loro attrazione nella competenza esclusiva statale di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che rappresenta sotto questo profilo un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze regionali (ex multis, sentenze n. 161 del 2020, n. 86 del 2019, n. 221, n. 118 e n. 109 del 2018)”.

Nel merito: *“La nuova ipotesi del rinnovo delle concessioni già esistenti – nel contesto, vale la pena di sottolineare, di una norma di salvaguardia mirante semplicemente a dettare una disciplina transitoria nelle more dell’adozione di un organico piano di spiaggia da parte del Comune – finisce così per essere sottratta alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza stabiliti per le ipotesi di rilascio di nuove concessioni, e per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc’anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte”*.

È interessante rilevare come la Corte costituzionale si riferisca genericamente ai principi eurounitari di tutela della concorrenza³⁸, senza però citare esplicitamente la direttiva Bolkestein.

Peraltro, la Corte costituzionale non si è espressa sulla portata della legge nazionale n.145/2018 di proroga delle concessioni sino al 2033, seppur sollecitata dalla Regione Calabria sul punto. L’Amministrazione, infatti, aveva eccepito come la normativa regionale introdotta fosse sostanzialmente conforme e coerente con la normativa nazionale.

Sostiene la Corte che *“La circostanza, rilevata dalla difesa regionale, che la stessa disciplina statale più recente abbia previsto, nelle more della revisione del sistema delle concessioni marittime da parte di un d.P.C.m., il prolungamento della durata delle concessioni esistenti al 30 dicembre 2018 per quindici anni dalla data di entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, non può d’altra parte legittimare le Regioni a dettare discipline che ad essa si sovrappongano, in un ambito riservato alla competenza esclusiva dello Stato”*.

8. *La procedura di infrazione della Commissione europea del 3 dicembre 2020*

Da ultimo si segnala come la Commissione europea, azionando l’articolo 258 TFUE, ha inviato il 3 dicembre 2020 una lettera di costituzione in mora all’Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all’uso del

³⁸ Sui rapporti tra concessioni marittime e concorrenza, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democraticizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 3, 2018, 1251 e ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2013, 437-459.

demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi, lamentando – per la seconda volta dopo il 2008 – il contrasto tra la recente proroga fino al 2033 e la sentenza del 2016 della Corte di Giustizia.

La Commissione Europea ha avviato la procedura di infrazione a carico dello Stato italiano in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, commi 692 e 683, della legge n. 145/2018, osservando come: “la *normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane. L'Italia dispone ora di 2 mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato*”.

L'operato della Commissione segnala un'attenzione, mai sopita, dell'Unione Europea rispetto alla gestione delle concessioni marittime demaniali da parte dello Stato italiano.

9. Conclusioni

Il presente contributo – passando in rassegna le novità intercorse soprattutto dal 2016 ad oggi – ha segnalato una situazione di scontro frontale tra Europa e legislatore nazionale.

Da una parte della barricata c'è la Commissione europea, estremamente attiva nei richiami verso l'Italia e “preda” di un mito della concorrenza non sempre sostenibile (cfr. sentenza Tercas del 2 marzo 2021, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che gli elementi addotti dalla Commissione per ravvisare nel sostegno alla Banca Tercas da parte del Fondo interbancario di garanzia un aiuto imputabile allo Stato italiano non fossero concreti né sufficienti)³⁹.

La Commissione – ed anche la Corte di Giustizia nella sentenza *Pro-moimpresa* del 2016 – accedono ad una visione della materia delle concessioni balneari “iper concorrenziale”. Non sono legittime le proroghe, sono sempre necessarie le gare!

³⁹ Sul tema, G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi*, n. 8/2019, 2-4.

La concezione che si trova alla base di questa posizione, se assunta in modo estremistico, può porre qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 3, co. 3 e co. 4 del Trattato sull'Unione Europea⁴⁰.

Sembra quasi che la Commissione stia esaltando esclusivamente il concetto di *economia fortemente competitiva* a discapito della tutela – anch'essa fondamentale nel Trattato – *dell'economia sociale di mercato*⁴¹.

In altri termini, imporre una visione iper concorrenziale in un contesto come quello italiano, in cui il numero di “insistenze” è particolarmente elevato, può provocare un effetto dirompente e non necessariamente funzionale.

Non si può imporre dall'alto ed *ex abrupto* un regime rigido di concorrenza tralasciando del tutto il tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie)⁴².

Ciò avviene peraltro in un paese come l'Italia in cui non vi è scarsità di risorsa (7.600 km di coste e ben 52.619 concessioni demaniali marittime).

Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco.

Il compito di “bilanciare” concorrenza ed economia sociale non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza.

Il legislatore italiano negli anni è sembrato sovente in preda al panico; sull'altare di “È l'Europa che ce lo chiede”, “È colpa della Bolkestein” abbiamo scelto di rinunciare sin da subito ad un progetto di riforma organica del settore, limitandoci a deliberare proroghe continue e inaccettabili delle concessioni vigenti. Ma questa situazione va solo apparentemente a vantaggio degli operatori del settore, che rischiano di essere sopraffatti dal disordine e dall'incertezza normativa e amministrativa, che impedisce ogni programmazione e certezza sul futuro: una resistenza ideologica è altrettanto pericolosa di una volontà ideologica di attuazione di principi erroneamente individuati.

È quanto mai opportuno procedere con una effettiva riforma che

⁴⁰ “3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico”.

⁴¹ Sia consentito fare riferimento a B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi*, n. 8/2017, 2-5.

⁴² G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, n. 5/2020, 2-24.

poggi su alcuni capisaldi, interpretando correttamente il bilanciamento tra concorrenzialità e socialità nella concezione europea dell'economia di mercato.

Innanzitutto, le coste italiane non costituiscono una “risorsa scarsa”; esistono gli spazi per tutelare la maggior parte degli operatori del settore, seppure con gli accorgimenti di cui si dirà *infra*.

Allo stesso modo, la consistenza e la varietà delle coste italiane consentono di tener in debita considerazione le istanze delle collettività; come suggerito in dottrina, si potrebbero addirittura ipotizzare modelli di gestione dei beni del litorale idonei a riservare una parte delle coste alla gestione pubblica del bene⁴³.

Sotto diverso profilo, una riforma del settore non può prescindere da una interazione normativa tra Stato e Regioni. Al legislatore nazionale – in coerenza con l'art. 117 della Costituzione – dovrebbero essere riservati i principi generali della materia, lasciando, tuttavia, alle singole Regioni il compito di dare vita ad una compiuta disciplina di dettaglio, secondo un modello di legislazione concorrente.

È vero che la Corte costituzionale ha ritenuto di recente (sentenza n. 10/2021) che la materia delle proroghe delle concessioni balneari sia attratta nella legislazione statale esclusiva, richiamando *tout court* la tutela della concorrenza *ex art.* 117 Cost.

È altrettanto vero, però, che il richiamo alla concorrenza non può operare “*come un bisturi nel burro*” delle competenze regionali (proprio come avvenuto di recente nella sentenza n. 37 del 2021 della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale la normativa anti pandemia della Regione Val d'Aosta)⁴⁴.

La tutela della concorrenza deve incrociarsi necessariamente con altre materie di rango costituzionale (la tutela del turismo, la tutela paesaggistica, il governo del territorio); in tali materie le competenze regionali talvolta sono esclusive, talvolta concorrenti.

Nondimeno, gli spazi per gli interventi del legislatore regionale non possono essere compressi o estremamente limitati.

⁴³ A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021, 7.

⁴⁴ Sia consentito far riferimento a B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it* paper del 21 aprile 2021.

Nel contesto regionale, infatti, è più facile effettuare una precisa ricognizione delle risorse disponibili, è più semplice verificare dove vi sia scarsità di risorse e dove invece le coste “libere” siano prevalenti; a livello regionale è inoltre più agevole perseguire una politica di controllo sui vincoli di carattere paesaggistico/ambientale che molto spesso insistono sulle nostre risorse del mare (e che sovente non vengono rispettati da concessionari a volte eccessivamente spregiudicati).

Sicché in una prospettiva di riforma, potrebbe ipotizzarsi uno scenario progressivo in cui il legislatore nazionale proceda ad un’immediata abrogazione della normativa che prevede le proroghe automatiche sino al 2033 e a fissare principi cardine della materia (modalità di esperimento della gara, criteri di aggiudicazione, durata delle concessioni).

Nelle more dell’attuazione della riforma si potrebbe ipotizzare una proroga delle concessioni vigenti per un tempo più limitato (ad esempio per un triennio, ma anche un quinquennio appare sostenibile), con l’impegno a coordinarsi con le Regioni per la emanazione di una disciplina di dettaglio (da realizzarsi nel termine di due anni), previa ovviamente una ricognizione delle aree potenzialmente oggetto di concessioni.

In una prima fase le Regioni – insieme ai Comuni⁴⁵ – dovrebbero procedere a stretto giro: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all’individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all’individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti effettuati nell’ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) ad attribuire un rating di qualità per ciascun concessionario uscente sulla base di criteri stabiliti a livello nazionale; f) a programmare per ciascuna area le possibili attività che i concessionari potranno svolgere.

In una seconda fase, le Regioni dovrebbero individuare quali risorse debbano essere considerate “scarse” – con necessità di aprire confronti

⁴⁵ Sul “ruolo decisivo delle amministrazioni comunali in materia di concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo” cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l’attuazione della direttiva Bolkestein* in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021, 7.

concorrenziali – e quali aree possano essere attribuite secondo meccanismi meno rigidi proprio a cagione di un’abbondanza di risorsa.

Il concorrere dell’abrogazione delle proroghe ultradecennali⁴⁶ e un avvio concreto delle riforme (seppure con proroghe più brevi) potrebbe “calmare” la verve iperconcorrenziale della Commissione europea; si tratterebbe, probabilmente, di una politica legislativa coerente con la sentenza della Corte di Giustizia e anche con la Direttiva Bolkestein (i cui contenuti a distanza di 15 anni devono necessariamente essere controbilanciati con la delicatezza del periodo storico e con le conseguenze del dramma economico e sociale derivante dalla pandemia).

Per quanto concerne i principi generali della materia, il bilanciamento tra concorrenza ed economia sociale di mercato richiede “fantasia” del legislatore.

Ad esempio – in un determinato territorio – riservare il 30% delle aree ai precedenti concessionari non costituisce necessariamente un comportamento contrario alla Bolkestein; tanto più se tale riserva viene prevista in relazione alle aree meno appetibili della costa (quelle a maggiore distanza dal centro abitato per esempio)^{47 48}.

In tale ottica – impregiudicato l’obbligo di esperire procedure pubbli-

⁴⁶ Secondo l’AGCM “*il ricorso ingiustificato a proroghe ex lege di lunga durata, unitamente alla possibilità di un generalizzato ricorso alle sub-concessioni ex art. 45 bis del Codice della Navigazione e alla ridotta misura dei canoni determinati secondo i criteri previsti dall’art. 3 del D.l. 5 ottobre 1993, n. 400, è causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche*”. Cfr. *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*” inviate di recente dall’Autorità al Presidente del Consiglio dei Ministri, 46.

⁴⁷ Al concessionario uscente, su richiesta, potrà essere concessa direttamente un’area demaniale con classificazione inferiore rispetto a quella precedente. Anche nei casi di gare andate deserte, si potrebbero prevedere meccanismi di affidamento diretto al precedente concessionario, nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Sotto ulteriore profilo, per ciascun territorio le Regioni dovrebbero individuare fasce di aree marittime demaniali con una classificazione decrescente a seconda della vicinanza dal centro abitato.

⁴⁸ Si consideri che di recente il Consiglio di Stato ha ritenuto ad esempio legittime le proroghe delle concessioni dei locali in Galleria Duomo a Milano ai precedenti gestori. “È pacifico [...] che fra le ipotesi di deroga possa rientrare anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell’interesse storico-culturale (cfr. per tutti il Considerando 40 e l’art. 4 della direttiva 2006/123/CE e conseguente art. 8 l. 26 marzo 2010, n. 59), nel quale per sua natura rientra il profilo storico-identitario, quand’anche su supporto commerciale: sia come valore culturale in sé, dunque indipendentemente dalla considerazione economica; sia anche come qualificatore e attrattore turistico del contesto, e dunque come apprezzabile elemento di valorizzazione dell’immaterialità economica dell’intero ambiente circostante [...]” (Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018 n. 5157).

che nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica – potrebbe essere opportuno immaginare un meccanismo di favor per chi conosce la zona⁴⁹ (l'imprenditore olandese che partecipa ad una gara sulla costa ligure non può essere considerato alla pari di un autoctono) ovvero un indennizzo per il concessionario costretto ad abbandonare un'attività dopo molti anni di investimenti⁵⁰ (molto spesso sono state costruite strutture che potrebbero essere acquisite dallo Stato dietro versamento di un compenso)⁵¹.

Sotto diverso profilo, per bilanciare i vantaggi attribuiti agli attuali concessionari, potrebbe ipotizzarsi un meccanismo premiale per il concorrente che ha perso la gara in quanto scavalcato dal gestore uscente, se del caso attribuendogli un punteggio maggiore in gare "bandite" su distinti lotti della medesima costa.

Va da sé che la concorrenzialità sui lotti più appetibili sarebbe presumibilmente bilanciata da una maggiore "libertà" delle aree nelle altre zone.

In altri termini, se si interviene con equilibrio, evitando di cadere nella trappola delle ideologie, c'è la possibilità di costruire un modello equilibrato, in cui possa trovarsi uno spazio per tutti gli operatori, vecchi e nuovi.

Sarebbe altresì utile prevedere meccanismi di clausola sociale a tutela dei lavoratori del settore, già troppo spesso sacrificati sull'altare della stagionalità del lavoro.

Inoltre, una riforma del settore non può prescindere da un'attenta politica di "osservazione" del territorio e di verifica circa eventuali abusi edilizi perpetrati negli anni dai concessionari uscenti.⁵²

In tale ottica, l'apporto di Regioni e Comuni è essenziale nella rico-

⁴⁹ La legge regionale di attuazione potrà prevedere altresì meccanismi premiali nell'attribuzione dei punteggi tecnici per i concorrenti aventi residenza ovvero sede sociale nel territorio ove la concessione insiste.

⁵⁰ Soluzione prospettata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle "Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021" inviate di recente al Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁵¹ Ad esempio, ai precedenti concessionari, ritenuti meritevoli dalla Regione sulla base di un rating di qualità potrebbe riconoscersi un indennizzo in caso di mancato rinnovo della concessione, pari all'ultimo canone annuo concessorio corrisposto.

⁵² Sarebbe essenziale prevedere meccanismi di decadenza automatica dalle concessioni qualora il concessionario si renda responsabile di gravi violazioni urbanistico-edilizie.

gnizione dello stato dei luoghi, nonché nella valutazione circa la “bontà” delle gestioni precedenti che, se del caso, può costituire ulteriore criterio premiale nell’espletamento delle gare⁵³.

In definitiva, il conflitto istituzionale tra l’Italia e l’Europa potrebbe essere ragionevolmente superabile tramite una riforma – purché immediata – che corra veloce su tre binari: a) abbandono della tecnica delle proroghe decennali, sostituite da una ragionevole proroga di minore durata, necessaria per svolgere una attività di ricognizione e le conseguenti gare; b) ricognizione del territorio, e della scarsità (o meno) delle risorse da assegnare in concessione, attività che può e deve essere appannaggio di Regioni e Comuni; c) fissazione di criteri immediati per le nuove gare, bandite di concerto con le Regioni e secondo criteri che bilancino concorrenza ed economia sociale.

⁵³ In sede di attribuzione dei punteggi tecnici, ai concessionari attuali che non si siano resi inadempienti rispetto agli obblighi assunti con le precedenti concessioni, potrebbero essere attribuiti punteggi automatici non superiori al 2% del punteggio massimo conseguibile.

ABSTRACT

Maria Alessandra Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*

Premessa una sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, lo scritto introduce alla lettura dei singoli contributi, segnalando alcuni dei problemi più evidenti sollevati dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza plenaria sulla *vexata quaestio* delle proroghe delle c.d. “concessioni balneari”, con particolare riferimento alla difficoltà di conciliare l’affermazione che le proroghe amministrative rilasciate in forza di leggi generali devono considerarsi *tamquam non essent* con il “rinvio” degli effetti di tale affermazione al 31 dicembre 2023 e al rischio (purtroppo non così improbabile) che, neppure a tale data, il legislatore avrà indicato i criteri e le modalità per l’affidamento delle concessioni nel rispetto delle garanzie di pubblicità, imparzialità e trasparenza richieste dal diritto UE.

Foreword to the special issue on the “beach concessions” in the light of Council of State’s Plenary Meeting rulings NN 17 and 18 of 2021

Starting from a brief reconstruction of the current legal framework, the essay introduces the single contributions of the issue, pointing out some of the most evident problems raised by judgments nos. 17 and 18 of 2021 on the *vexata quaestio* of the extensions of the so-called “beach concessions”, having specific regard to the difficulty of reconciling the assumption that administrative prolongations issued under general laws must be regarded as *tamquam not essent* with the ‘postponement’ of the effects of that statement to December the 31st 2023 and the risk (unfortunately not so improbable) that, even at that date, the law makers will indicate the criteria and procedures for the granting of concessions according to publicity, impartiality, and transparency principles required by EU law.

Fabio Ferraro, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*

Il presente contributo si propone di formulare alcune osservazioni critiche sulle principali questioni di diritto dell'Unione affrontate dalle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Tali 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 opinabili. Si condivide l'esigenza generale di assegnare le concessioni per mezzo di procedure ad evidenza pubblica, che l'Adunanza plenaria ha pienamente recepito. Nelle sentenze si ravvisa però qualche elemento di criticità, tanto sul piano pratico-applicativo quanto su quello teorico, in relazione al requisito dell'interesse transfrontaliero certo, al principio dell'effetto diretto verticale inverso e, soprattutto, al mantenimento dell'efficacia delle proroghe delle concessioni fino al 31 dicembre 2023. Si ritiene comunque che le sentenze siano destinate ad alimentare il dibattito anche nei prossimi anni, in quanto lasciano irrisolte alcune questioni.

European Union law and state-owned concessions: more lights or more shadows in the twin rulings of the Plenary Assembly?

This piece aims to provide some critical observations regarding the main issues of Union law addressed by the twin rulings of the Council of State in Plenary Meeting. These rulings, while they conform for many aspects to EU law and pertinently recall the consolidated case-law of the Court of Justice, with regard to certain other issues put forward questionable solutions. We share the general need to assign concessions by means of public procedures, which the Plenary Meeting has fully acknowledged. However, there are some critical aspects in the rulings, both from practical-applicative and theoretical standpoints, in their references to the requirement of a certain cross-border interest, to the principle of the reverse vertical direct effect and, above all, to the maintenance of the effectiveness of the extensions of concessions until 31 December 2023. In any event, it is probable that these rulings will fuel debate in the years to come, as they leave several issues unresolved.

Giuseppe Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*

Le sentenze 17 e 18 del novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato hanno definitivamente stabilito, in virtù delle norme dei Trattati europei e della direttiva servizi del 2006 (c.d. Bolkestein), che le concessioni per uso turistico-ricreativo (o balneari) devono essere assegnate a seguito di procedure competitive, sicché le leggi dello Stato italiano che le hanno prorogate fino al 2033 sono da ritenersi non coerenti con tali norme

e pertanto devono essere disapplicate sia dai giudici sia dalle stesse amministrazioni.

Tuttavia, sia perché è oltremodo complesso dar corpo ad una legislazione che disciplini le procedure competitive per di più a fronte di una situazione frastagliatissima, sia soprattutto perché tali procedure richiederanno non poco tempo, il Consiglio di Stato, facendo uso del potere (invero discusso) di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze, ha stabilito che le concessioni in essere rimangono comunque valide fino al 31 dicembre 2023.

Il saggio intende mettere in luce che in ogni caso la situazione dei concessionari uscenti non è senza tutela. Questo perché:

a) talune categorie (invero limitate) di concessioni sono o possono essere escluse dal campo di applicazione della direttiva servizi;

b) deve essere corrisposto un serio indennizzo da parte dei concessionari subentranti, indennizzo che deve riguardare anche l'avviamento;

c) i criteri che il legislatore ha l'obbligo di introdurre per disciplinare la materia devono far leva anche sulla esperienza maturata nel settore e in particolare nel territorio di riferimento, e dunque per forza di cose dare rilievo preminente ai concessionari uscenti e dovranno altresì contenere prescrizioni a tutela delle piccole e medie imprese come sono nella stragrande maggioranza dei casi sempre i concessionari uscenti.

Questo dal punto di vista normativo. In via di fatto è poi da ritenere del tutto improbabile che le operazioni per l'aggiudicazione delle nuove concessioni, le quali a sua volta dovranno essere precedute dalla legislazione di riordino, possano essere completate entro il termine previsto dal Consiglio di Stato: si consideri che dovranno essere svolte oltre 11.000 procedure di gara per di più con riferimento a situazioni variegatissime e che dovrà essere determinata previamente anche la misura di indennizzo in quanto dato essenziale della procedura competitiva.

Same beaches, same concession-holders?

The rulings NN 17 and 18 of November 2021 of the Plenary Meeting of the Council of State definitively established, under the provisions of the European Treaties and the 2006 Services Directive (so-called Bolkestein), that concessions for recreational touristic (or bathing) use must be assigned following competitive procedures, so that the laws of the Italian State that extended them until 2033 are inconsistent with these rules and therefore must be disappplied by both judges and administrations themselves.

However, because it is extremely complex to implement legislation that regulates competitive procedures, especially in the face of a very jagged situation, and above all, because these procedures will require considerable time, the Council of State, making use of power (indeed discussed) of temporal modulation of the effects of its rulings, established that the existing concessions remain valid until 31 December 2023.

The essay intends to highlight that, in any case, the situation of outgoing concessionaires is not without protection. This because:

a) certain (indeed limited) categories of concessions are or may be excluded from the scope of the Services Directive;

b) serious compensation must be paid by the successor concessionaires, which must also include goodwill;

c) the criteria that the legislator is obliged to introduce to regulate the matter must also leverage the experience gained in the sector and in the reference area, and therefore necessarily give prominent importance to outgoing concessionaires and must also contain prescriptions for the protection of small and medium-sized enterprises, such as the outgoing concessionaires in the vast majority of cases.

This from a regulatory point of view. As a matter of fact, it is unlikely that the operations for the award of the new concessions, which must be preceded by the reordering law, could be completed within the deadline set by the Council of State: more than 11,000 tender procedures will have to be carried out with reference to highly varied situations and compensation must also be determined in advance as an essential data of the competitive procedure.

Marcella Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le 'concessioni balneari': si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le pronunce nn. 17 e 18 del 2021 affronta la controversia relativa all'applicazione della 'direttiva Bolkestein' alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa. La questione vede da tempo in atto una disputa tra gli operatori del settore e lo Stato italiano, sanzionato in ambito eurocomunitario per il ritardo nell'attuazione.

Nella fattispecie l'obiettivo europeo dell'apertura dei mercati deve tuttavia considerare le peculiarità del turismo nazionale, da valorizzare come sistema, risorsa centrale per il nostro Paese non solo per estensione delle coste ma per lo stretto collegamento con i luoghi e la cultura locale. Anche la natura prevalentemente familiare delle imprese interessate ha un rilievo significativo; si tratta in entrambi i casi di elementi caratterizzanti che pesano sulla continuità delle gestioni, fattori di cui l'Amministrazione deve potere tenere conto nello svolgimento delle gare per la scelta dei concessionari, per garantire l'efficienza delle gestioni nell'interesse del mercato e in quello pubblico del concedente, dialogando anche con le Istituzioni europee per trovare un più adeguato bilanciamento.

The Council of State, Europe and the 'beach concessions': is it closed a – long-standing – story or is it still open?

The Plenary Meeting of the Council of State, with the pronouncements nos. 17 and 18 of 2021, addresses the dispute concerning the application of the 'Bol-

kestein Directive' to maritime state property concessions for tourist-recreational use. The issue has long seen a dispute between the sector operators and the Italian State, sanctioned within the Euro-Community for the delay in implementation.

However, in this case, the European objective of opening the markets must consider the peculiarities of national tourism, to be enhanced as a system, a central resource for our country not only for the extension of the coasts but for the close connection with the local places and culture.

The predominant nature of family businesses concerned is also significantly important; in both cases these are characterizing elements that weigh on the continuity of management, factors that the Administration must be able to consider in the conduct of tenders for the choice of concessionaires, to ensure the efficiency of management in the interest of the market and in the public interest of the grantor, also dialoguing with the European institutions to find a more adequate balance.

Ruggiero Dipace, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*

La vicenda delle concessioni demaniali per finalità turistico ricreative è emblematica del percorso evolutivo della categoria delle concessioni. L'affermazione del principio della gara pubblica porta ad alcune riflessioni sull'inquadramento giuridico delle concessioni. Queste fattispecie non possono rientrare fra i contratti, anche se a essi si avvicinano. Per cui appare preferibile, per mantenerne la natura pubblicistica l'inquadramento nell'ambito degli accordi amministrativi. Ciò non toglie che il diritto europeo stia portando a una graduale erosione della classica categoria delle concessioni in favore di una loro progressiva "contrattualizzazione".

The uncertain legal nature of State-owned maritime concessions: towards the erosion of the category

The story of state-owned concessions is emblematic of the evolutionary path of the category of concessions. The affirmation of the principle of public tender leads to some reflections on the legal framework of concessions. These cases cannot be included among the contracts, even if they come close to them. Therefore it seems preferable, in order to maintain the administrative nature, the classification within the public agreements. The fact remains that European law is leading to a gradual erosion of the classic category of concessions in favor of their progressive "contractualisation".

Marco Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*

Il contributo esamina la disciplina di cui all'art. 49 del Codice della navigazione, ai sensi del quale, al momento della cessazione del rapporto concessorio, le opere non amovibili realizzate su area demaniale sono automaticamente devolute a titolo gratuito allo Stato, a meno che quest'ultimo non decida di ordinarne la demolizione allo stesso concessionario. In particolare, l'Autore – dopo aver evidenziato alcuni profili di criticità che connotano la disciplina in esame – si prefigge di indagare se essa possa essere ritenuta oggi compatibile con un contesto regolativo ormai profondamente mutato, connotato da concessioni di breve durata e il cui affidamento è sempre assoggettato a procedure selettive concorrenziali.

Maritime State property concessions for tourist-recreational use and acquisition of non-removable constructions to the State heritage: a necessary reform

This paper examines the art. 49 of the Italian Navigation Code, under which – at the time of the concession relationship expires – the non-removable constructions built on the maritime State property are automatically and free of charge acquired by the State, unless the latter decides to order their demolition. In particular, the Author – after having highlighted some critical issues that characterize this discipline – aims to investigate whether it can be still considered compatible with a profoundly changed regulatory framework, characterized by short-term concessions and the obligation to award them by tender.

Elisabetta Lamarque, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*

Il contributo si sofferma criticamente sulla circostanza che le due sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria sulle concessioni balneari n. 17 e n. 18 del 2021 prendano indebitamente in prestito dalla Corte costituzionale alcuni suoi strumenti, e in particolare i controlimiti e la limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni. Nelle conclusioni il contributo ricorda come il parallelismo tra i due organi – la Corte costituzionale e il giudice amministrativo – sia un elemento da sempre presente, anche se spesso latente, nel nostro ordinamento.

The Twin Decisions of the Plenary Session of the Italian Council of State... The Twins from The Shining?

The essay critically observes that the twin decisions of the Plenary Session of the Italian Council of State No. 17 and No. 18 of 2021 on concessions of

State-owned maritime, lakeside and waterway property used for touristic and recreational purposes unduly borrow from the Constitutional Court some of its tools and remedies, such as the “counter-limits” and the limitation of temporal effects of its judgments. In its conclusions, the essay points out that the parallelism between the administrative judge and the Constitutional Court has been always present, even if dormant, in the Italian legal system.

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)*

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi della recente Plenaria con particolare riferimento alla disapplicazione della norma interna in contrasto con quella sovranazionale. Ci si sofferma, seppur in linea generale, sui poteri di disapplicazione. Si parte dall'assunto secondo il quale essi sono riconosciuti nel diritto interno al Giudice. Si vuole sottolineare come la Pubblica Amministrazione sia ancora oggi soggetto giuridico al quale il Legislatore non riconosce un vero e proprio potere di disapplicazione; evento, questo, che continua a destare perplessità nonostante le numerose posizioni della Giurisprudenza che, in materia, hanno tentato di tracciare un percorso interpretativo univoco. Si analizzano le disposizioni normative più rilevanti e si richiamano autorevoli posizioni della Dottrina. Il contributo ha lo scopo di stimolare riflessioni ed osservazioni critiche, anche in ottica futura ed in merito alla concreta applicazione delle indicazioni che la Plenaria rivolge a Parlamento, Governo ed operatori economici.

The obligation of “disapplication” in light of the sentences n. 17 and n. 18, 2021, of the Council of State (Plenary Session).

The present paper has as its object the analysis of the recent Plenum, with a particular reference to the disapplication of the internal laws when in contrast with the supranational ones. We focus, even if in general terms, on the powers of disapplication. Starting from the assumption that they are conferred to the Judge by the national law, we want to underline how the Public Administration is still a legal entity to whom the Legislator does not recognize a real power of disapplication. Event, this latter, that keeps raising perplexities notwithstanding numerous positions of the existing Jurisprudence that tried to trace a univocal interpretative path on the subject. We analyze the most relevant normative dispositions and refer to renowned positions of the Doctrine. This work wants to encourage reflections and critical observations, even in a future perspective and with regard to the concrete application of the indications that the Plenum addresses to the Parliament, to the Government and to the economic operators.

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*

Nell'esaminare le recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime, il contributo sottolinea che ciò che il diritto europeo vieta sono le proroghe automatiche e generalizzate, ma non necessariamente le proroghe rapportate alle circostanze concrete, le quali mirino a tutelare le legittime aspettative dei concessionari uscenti, soprattutto nei casi in cui si renda necessario garantire il riequilibrio economico della concessione. Lo stesso sembra valere per il diritto interno, laddove l'ammissibilità di proroghe parametrate sulla specificità dei singoli casi potrebbe trovare giustificazione nel rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza, così come precisato dalla più recente giurisprudenza costituzionale. L'Adunanza Plenaria non affronta specificamente la questione da questa angolazione e la prospettata disapplicazione non pare garantire un'adeguata soluzione al problema dei concessionari uscenti.

The extension of marine state property concessions between freedom of economic initiative and competition. Observations on the recent decisions of the Plenary Session

In examining the recent decisions of the Plenary Session on the extensions of marine state property concessions, the contribution underlines that what European law prohibits are automatic and generalized extensions, but not necessarily extensions related to concrete circumstances, which aim to protect legitimate expectations of outgoing concessionaires, especially in cases where it is necessary to ensure the economic rebalancing of the concession. The same seems to apply to domestic law, where the admissibility of extensions based on the specificity of individual cases could be justified in the relationship between freedom of economic initiative and competition, as specified by the most recent constitutional jurisprudence. The Plenary Session does not specifically address the issue from this angle and the proposed non-application does not guarantee an adequate solution to the problem of outgoing concessionaries.

Giovanna Iacovone, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*

Il tema delle concessioni demaniali marittime in generale e quello delle concessioni balneari in particolare esprimono in modo paradigmatico il complesso rapporto, talvolta tracimante in conflitto, tra esigenze proprie della cura dell'interesse pubblico e quelle sottese agli interessi economici nel quadro dello spazio europeo e globale del mercato.

In tale rapporto che il legislatore nazionale è chiamato a governare bilanciando, attraverso il principio dell'utilità sociale, regole e libertà di iniziativa economica, si inserisce la "filosofia" eurounitaria che, nel favorire il mercato in quanto condizione per lo sviluppo dell'economia, pone regole concorrenziali volte a superare gli steccati innalzati dagli interessi economici consolidati.

In tale contesto si inseriscono le due pronunce gemelle assunte dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria che, tuttavia, rischiano di incrementare incertezza. In tale prospettiva, nonché alla luce dei principi costituzionali, il contributo intende fornire alcuni parametri per un nuovo inquadramento assiologico delle concessioni balneari che tenga conto delle caratteristiche dei beni oggetto del rapporto concessorio.

Maritime State property concessions between competition and promotion

The issue of maritime concession in the general sense, and that of beach concessions specifically, is a paradigmatic expression of the complex relationship, at many times conflicting, between the requirements of public interest and those of economic interests within the European and global market space. In this relationship, which the national legislator is called to manage by balancing, through the principle of social utility, rules and freedom of economic initiative, is part of the European Union 'philosophy' which, in favouring the market as a condition for the development of the economy, lays down competition rules aimed at overcoming the fences raised by consolidated economic interests. This is the context in which the twin pronouncements made by the Council of State in plenary session are to be found, which, however, risk increasing uncertainty. In this perspective, as well as in the light of constitutional principles, the contribution intends to provide some parameters for a new axiological framework of bathing concessions that takes into account the characteristics of the goods that are the object of the concessionary relationship.

Marco Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*

L'articolo illustra il ruolo giocato dall'istituto concessorio all'interno della nozione giuridica di demanio marittimo. A dispetto dei principi di inalienabilità (art. 823, c. I, Cod. civ.) e di "compatibilità" tra uso concesso e pubblico uso (art. 36 Cod. nav.), le facoltà di godimento e disposizione delle pubbliche amministrazioni si sono caratterizzate, fino a tempi molto recenti, per l'assenza di limiti effettivi e di una vincolante predeterminazione dei fini. Questo assetto non è mutato allorché il legislatore ha accolto le proposte della dottrina tendenti all'introduzione di strumenti di pianificazione portuale e costiera: la generale ineffettività di tali previsioni normative, infatti, attesta a tutt'oggi l'indeterminatezza del rapporto tra le nozioni di concessione e di demanio marittimo. Le recenti

pronunce del giudice amministrativo riguardano solo indirettamente il tema, ma contengono argomenti utili alla definizione dei suoi aspetti problematici.

Maritime domain and concession: what news from the November 2021 rulings?

The article describes the role played by the notion of concession in the legal framing of maritime State property. In spite of the principles of non-marketability (art. 823, c. I, Cod. civ.) and “compatibility” between private and public use (art. 36 Cod. nav.), the public authorities’ rights of disposal, until very recent times, were characterized by the absence of actual limits and binding pre-determinations of purposes. This order has not changed when the legislator has accepted the proposals of the scholars, aimed to the introduction of seaports and ‘coastal’ public property planning instruments: in fact, the general ineffectiveness of such regulatory provisions still today testifies the indeterminacy of the relationship between the notions of concession and maritime domain. The latest rulings of the administrative judge only indirectly concern this topic, although they contain useful statements to the definition of its problematic aspects.

Piergiuseppe Otranto, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*

Gli atti idonei a determinare gli effetti conseguenti alla proroga *ex lege* delle concessioni balneari devono qualificarsi come provvedimenti amministrativi e non già come atti meramente “dichiarativi” della volontà espressa dalla legge. Tali provvedimenti – in quanto adottati sulla base di una norma nazionale contraria al diritto Ue – sono affetti da anticomunitarietà indiretta e sono, pertanto, annullabili secondo le regole dell’ordinamento nazionale. L’Amministrazione è titolare del potere/dovere di annullare d’ufficio – entro il termine perentorio di dodici mesi *ex art. 21 nonies* l. n. 241/1990, applicabile anche nel caso di specie – i provvedimenti di proroga adottati in forza della l. n. 145/2018, garantendo così, in assenza di un affidamento meritevole di tutela in capo ai concessionari, l’uniforme applicazione del diritto Ue.

Automatic extension of concessions for state-owned maritime property and administrative review

The individual provisions of Public Authorities which, according to Italian law, determine the automatic extension of existing concessions for state-owned maritime property used for tourism and recreational purposes, must be considered administrative measures with constitutive effects, and not merely acts with a purely “declaratory” value of will expressed by law. These provisions – based as they are on a national regulation incompatible with EU law – should be considered unlawful and should be submitted to administrative or judicial review, according to national rules. Therefore, Public Authorities have the power to

annul such provisions (within the peremptory term of twelve months pursuant to art. 21 *nonies* of the Italian “Administrative Procedure Act”, law n. 241/1990, which applies in these cases), thus guaranteeing the uniform application of EU law in the absence of legitimate expectations of the concessionaires themselves.

Beniamino Caravita di Toritto e Giuseppe Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*

Il saggio prende in esame i principi comunitari, contenuti nella Direttiva Bolkestein e nella sentenza della Corte di Giustizia C-458/14 e C-67/15 del 14.7.2016, secondo cui le concessioni aventi ad oggetto beni del demanio marittimo devono essere assegnate previa procedura di selezione tra gli aspiranti. Il legislatore nazionale, anche dopo il 2016, ha continuato a disporre proroghe automatiche ai concessionari uscenti (da ultimo sino al 2033). Nelle conclusioni, si espongono taluni spunti su un tentativo concreto di riforma del settore.

The automatic extension of State-owned maritime concessions. Between competition and social market economy. A reform perspective

The essay examines the EU principles emerging from the Bolkestein Directive and the Court of Justice judgment no. 458/14 of 14.7.2016, according to which concessions of State owned maritime assets must be assigned after a selection procedure among the applicants. Even after 2016, the national legislation has continued to arrange automatic extensions to outgoing concessionaires (most recently until 2033). In the conclusions, some ideas on a concrete attempt to reform the sector will be set out.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tre

FABIO FERRARO, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II

GIUSEPPE MORBIDELLI, già Professore ordinario di Diritto amministrativo, "Sapienza" Università di Roma

MARCELLA GOLA, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università di Bologna

RUGGIERO DIPACE, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise

MARCO CALABRÒ, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ELISABETTA LAMARQUE, Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

RENATO ROLLI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università della Calabria

DARIO SAMMARRO, Dottorando di ricerca di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Basilicata

ENRICO ZAMPETTI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Siena

GIOVANNA IACOVONE, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Basilicata

MARCO RAGUSA, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo

PIERGIUSEPPE OTRANTO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a piè' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
da *La Buona Stampa* – Napoli