



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI
NAZIONALI”**

CICLO XXXIV

**COORDINATORE
Prof. Giovanni De Cristofaro**

**PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI
MARITTIME PER FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE
E LEGITTIMO AFFIDAMENTO DEL CONCESSIONARIO**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO

Dottorando
Dott. Stefano Augusto

Tutore
Prof. Marco Magri

Anni 2018/2021

*Ai miei genitori,
che mi hanno insegnato a essere chi sono*

*A Enrica,
il mistero più bello*

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E LA POSIZIONE GIURIDICA DEL CONCESSIONARIO

1. Le prime teorie dottrinali sui beni pubblici demaniali dopo l'unificazione d'Italia e le contraddizioni con il diritto positivo, in particolare con l'istituto della concessione	6
2. La sistematica guicciardiana in materia di demanio marittimo	12
3. La disciplina dei beni demaniali marittimi nel panorama normativo introdotto dal Codice civile e dal Codice della navigazione	15
4. L'entrata in vigore della Costituzione	18
5. La crisi funzionale del demanio marittimo	20
6. I più rilevanti interventi normativi successivi al Codice della navigazione	22
7. Il consolidamento della posizione giuridica dei concessionari a partire dagli anni Novanta	27
8. Considerazioni	29

CAPITOLO II

L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SULL'ISTITUTO DELLA CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA PER FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

1. Le prime incursioni del diritto europeo nel settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e alcune importanti pronunce giurisprudenziali	33
2. La procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea	39
3. La direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. direttiva Bolkestein	44
4. La disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico- ricreative al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea	48
4.1. L'oggetto dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia	50

4.2. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, <i>Promoimpresa e Melis</i> , in cause riunite C-458/14 e C-67/15 e i principi enucleati dalla Corte	51
6. Considerazioni	66

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO E IL SUO RUOLO NELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO IN MATERIA DI CONCESSIONI DEL DEMANIO MARITTIMO PER FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVE

PARTE I

IL LEGITTIMO AFFIDAMENTO TRA ORDINAMENTO EUROPEO E NAZIONALE E LA SUA INTERPRETAZIONE DOPO LA SENTENZA *PROPOIMPRESA E MELIS*

1. Il principio di legittimo affidamento: considerazioni introduttive	69
2. L'estensione del principio dal diritto privato al diritto pubblico (cenni)	71
2.1. L'affermazione del principio del legittimo affidamento nel diritto europeo	74
2.2. (segue) e nell'ordinamento italiano	76
2.3. Gli elementi costitutivi del legittimo affidamento e la tecnica di bilanciamento utilizzata dal giudice amministrativo	81
3. L'interpretazione del principio del legittimo affidamento nella sentenza <i>Promoimpresa e Melis</i> , con particolare riferimento al suo rapporto con le proroghe <i>ex lege</i> delle concessioni (rinvio)	87
4. La sentenza del Consiglio di Stato 18 novembre 2019, n. 7874 come "manifesto" dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario successivo alla sentenza <i>Promoimpresa e Melis</i>	88
4.1. I profili di maggior interesse: l'illegittimità "derivata" delle disposizioni di proroga generalizzata della scadenza delle concessioni	92
4.2. (segue): il principio del legittimo affidamento dei concessionari nell'ottica europea	93
4.3. (segue): la natura del provvedimento di proroga, i termini di impugnazione e per l'esercizio del potere di autotutela	96
5. Riflessioni di sintesi	104

PARTE II

LE SENTENZE NN. 17 E 18 DELL'ADUNANZA PLENARIA: UN NUOVO PUNTO DI PARTENZA?

6. Le sentenze “gemelle” dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.....	114
6.1. Le questioni più rilevanti oggetto della pronuncia della Plenaria	117
7. In particolare, l’asserita natura <i>self-executing</i> dell’articolo 12 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato unico europeo	128
7.1. Disapplicazione ed effetto diretto: considerazioni generali.....	128
7.2 Sulla natura <i>self-executing</i> dell’art. 12 della direttiva servizi e i limiti di tale qualificazione	131
8. Altri rimedi all’inadempimento dello Stato membro alla corretta applicazione delle direttive europee.....	135
8.1. (segue) L’ipotesi di illegittimità costituzionale della disciplina di proroga e la c.d. doppia pregiudizialità.....	137
9. La “reviviscenza” del legittimo affidamento dei concessionari nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria e il complesso bilanciamento tra interessi nella predisposizione dei criteri di gara.....	147
10. I contenuti della delega legislativa nel DDL concorrenza (approvato in Senato il 30 maggio), con particolare riferimento a quelli incidenti sul legittimo affidamento dei concessionari uscenti.....	151
11. (segue) e i contenuti della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n. 118.....	153

CAPITOLO IV

CENNI DI COMPARAZIONE CON L’ORDINAMENTO SPAGNOLO

1. Le proroghe delle concessioni demaniali marittime nell’ordinamento spagnolo: un caso di « <i>falsos amigos</i> »?.....	157
1.1. La disciplina del demanio marittimo nell’ordinamento spagnolo e la <i>Ley de Costas</i>	159
1.2. Le principali differenze rispetto alle concessioni balneari nell’ordinamento italiano.....	164
2. Spunti <i>de iure condendo</i> per una convergenza tra i due ordinamenti	168

CAPITOLO V

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. I (primi) effetti delle pronunce dell’Adunanza Plenaria sull’orientamento del Consiglio di Stato e i loro “limiti”	171
2. Il difficile bilanciamento tra concorrenza e legittimo affidamento	178

3. Prospettive di breve termine sui rapporti tra giudice e legislatore: il possibile (e auspicabile?) intervento della Corte costituzionale	181
BIBLIOGRAFIA	186

INTRODUZIONE

L'adeguamento della disciplina nazionale al diritto dell'Unione europea per quanto concerne la selezione dei titolari delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative¹ – o, secondo il linguaggio invalso nel lessico giornalistico e nell'opinione pubblica, concessioni balneari – è forse uno dei casi più noti di resistenza da parte del legislatore a conformarsi ai principi di libertà di stabilimento, concorrenza, *par condicio* tra operatori economici, imparzialità e trasparenza, cristallizzati nei Trattati europei e nella direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno.

Questa «fuga dalla concorrenza»² ha molteplici ragioni, alcune più antiche e altre più recenti. Tra le prime vi è, sicuramente, una disciplina di settore risalente, che affonda le sue radici ancor oggi nel Codice della navigazione del 1942 e che è stata oggetto, negli anni, di interventi frammentari, limitati a singoli aspetti e necessitati da contingenze del momento storico. Tra le ragioni più recenti, invece, vi è la difficoltà – giuridica e innegabilmente politica – del Parlamento di adeguare ai principi e alle regole europee un quadro normativo che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, consente ai titolari delle concessioni balneari di godere del titolo in modo tendenzialmente perpetuo, prima mediante il riconoscimento del c.d. diritto di insistenza e, dopo la sua abrogazione, in virtù di un sistema di reiterate proroghe *ex lege*.

A fronte della vastità del tema, che si presta senza difficoltà ad un approccio interdisciplinare³, si è deciso di focalizzare la ricerca su alcune direttrici.

¹ Si rende necessaria una premessa metodologica: la ricerca prende in considerazione non soltanto le concessioni di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, ma anche quelle concernenti beni del demanio lacuale e fluviale, per le medesime finalità. Tuttavia, sia perché le concessioni demaniali marittime sono quelle che, per il numero e per la loro incidenza socio-economica nel Paese, rivestono un ruolo prevalente, sia per ragioni di sinteticità linguistica, quando si tratterà esplicitamente di queste ci si riferirà, implicitamente, anche alle altre.

² L'espressione è utilizzata nel titolo del contributo di A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2013.

³ A tal proposito, si segnala il recente volume di A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, EUM Edizioni Università di Macerata, 2022.

La principale è quella dell'affidamento degli attuali titolari delle concessioni oggetto della proroga generalizzata. Se è vero che la proroga è stata giudicata non conforme al diritto europeo, è altresì evidente che la sua costante reiterazione da parte del legislatore ha ingenerato nei concessionari, di fatto, la convinzione di poter continuare a occupare il bene demaniale. L'obiettivo è quello di verificare se tale affidamento possa essere considerato legittimo, al fine del riconoscimento di quella tutela che, in tal caso, è accordata non solo dall'ordinamento nazionale ma anche da quello europeo.

La seconda direttrice, invece, ha assunto un maggiore rilievo in tempi più recenti e riguarda il riconoscimento – non del tutto convincente, ad avviso di chi scrive, per le ragioni che saranno illustrate – della natura *self-executing* in capo all'articolo 12 della direttiva sui servizi nel mercato interno, che disciplina l'ipotesi in cui, in ragione della limitatezza del numero di autorizzazioni⁴, deve procedersi alla loro assegnazione mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Più analiticamente, nel primo capitolo ci si propone di ricostruire la disciplina italiana delle concessioni demaniali marittime, al fine di evidenziarne i tratti essenziali e le maggiori aporie, riconducibili prevalentemente agli interventi particolari del legislatore che si sono susseguiti nel tempo, creando una normativa di settore stratificata che ruota ancora intorno al Codice della navigazione. In questo contesto, la posizione giuridica dei concessionari non assume tratti peculiari fino ai primi anni Novanta, quando il legislatore ha deciso di consolidarla, introducendo il c.d. diritto di insistenza che riconosce ai concessionari una posizione di vantaggio al momento del termine della concessione rispetto agli altri operatori economici interessati a entrare nel settore.

Il secondo capitolo muove dalla constatazione che la scelta del legislatore italiano di rafforzare la posizione giuridica dei concessionari, compiuta peraltro in un momento storico nel quale l'ordinamento europeo aveva intensificato il processo di formazione del mercato unico europeo basato su principi pro-concorrenziali, ha provocato le prime avvisaglie di quella che sarebbe diventata una contrapposizione tra i due ordinamenti prima nel 2008, con la procedura di infrazione innanzi alla Commissione europea e, successivamente, nel 2016 – benché per differenze sostanziali, come si dirà – con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis*, secondo la quale una proroga *ex*

⁴ Che, secondo l'approccio sostanziale del diritto europeo, ricomprenderebbero anche le concessioni balneari, come si avrà modo di analizzare.

lege del termine di scadenza delle concessioni si porrebbe in contrasto con il diritto europeo, realizzando un sostanziale rinnovo automatico dei titoli concessori.

Il legislatore italiano, tuttavia, ha ritenuto opportuno confermare il regime di proroga generalizzata, radicalizzando ancor più la contrapposizione con l'Unione europea.

Le avvisaglie della frizione tra il diritto di insistenza prima e la proroga generalizzata poi e il diritto europeo già emerse in un orientamento del giudice amministrativo si sono manifestate nella loro interezza all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia.

Difatti, se, da un lato, il legislatore ha confermato la disciplina normativa di proroga, dall'altro si è rapidamente consolidato l'orientamento del giudice amministrativo che, rilevato il contrasto con il diritto europeo, ha disapplicato in modo sistematico la disposizione attributiva della proroga, imponendo alle pubbliche amministrazioni competenti di avviare le procedure selettive per i nuovi concessionari.

Nel terzo capitolo si metteranno in luce alcune criticità derivanti dall'utilizzo dell'istituto della disapplicazione nel caso in esame e si darà conto dell'interpretazione – ad avviso di chi scrive – eccessivamente restrittiva dell'affidamento dei concessionari da parte del giudice amministrativo fino alle recenti pronunce “gemelle” dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del novembre 2021, che hanno, invece, riconosciuto uno spazio al suddetto principio.

L'analisi della disciplina delle concessioni balneari nell'ordinamento italiano è l'occasione per un confronto, in chiave comparata, con la relativa disciplina nell'ordinamento spagnolo. Difatti, la previsione di una disciplina di proroga delle concessioni in Spagna è un argomento utilizzato da coloro che sostengono la legittimità della proroga *ex lege* prevista nel nostro ordinamento. Come si avrà modo di vedere nel quarto capitolo, su questo aspetto i due ordinamenti presentano più differenze che analogie e la *ratio* alla base della proroga delle concessioni in Spagna risponde a esigenze non assimilabili a quelle italiane, con la conseguenza precarietà delle argomentazioni a supporto della proroga di questa ultime sulla base di quella delle prime.

Infine, nell'ultimo capitolo si darà conto delle prime reazioni alle citate pronunce dell'Adunanza Plenaria che, se da un lato hanno costituito un *turning point* nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema oggetto della ricerca, dall'altro, sono state oggetto di critiche e di ricorsi, che potrebbero potenzialmente aprire nuovi scenari.

È infatti noto che, proprio in questi ultimi mesi, il tema è oggetto di una delicata congiuntura politico-istituzionale, dal momento che il 30 maggio è stato approvato in Senato il DDL per la concorrenza e il mercato 2021 – rinviato poi in seconda lettura alla Camera dei deputati prima della promulgazione nella legge 5 agosto 2022, n. 118 – il quale contiene la delega legislativa al Governo per la riforma del settore, schiacciata tra il rispetto dei termini concordati in sede europea per l’attuazione del PNRR, le pronunce dell’Adunanza Plenaria – già oggetto di un ricorso in Cassazione ex articolo 111, co. 8 Cost. e di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia –, una procedura di infrazione pendente – e probabilmente sospesa – innanzi alla Commissione europea, nonché interessi di categoria fortemente contrari alla riforma del settore.

Di questi recenti accadimenti *in fieri* si è dato conto nella ricerca, nella consapevolezza degli ulteriori sviluppi che in un prossimo futuro interesseranno il settore delle concessioni balneari.

A fronte della frequente polarizzazione nel dibattito sull’adeguamento della disciplina nazionale in materia di concessioni balneari al diritto europeo tra un approccio – volendo semplificare – “pro-concorrenza” e uno contrapposto “pro-concessionari”, la ricerca è stata condotta con una attenta aderenza a quanto previsto nel diritto positivo e alle sue interpretazioni da parte della giurisprudenza, nazionale ed europea.

La tesi che si vuole sostenere è che, a fronte della necessità di un adeguamento della disciplina nazionale ai principi e alle regole del diritto europeo – pare non più sostenibile, infatti, che chi esercita un’attività economica su un bene demaniale possa contare sulla perpetuità del titolo concessorio – questo non può essere basato su automatismi normativi o giurisprudenziali, bensì su una valutazione circa le tempistiche e le modalità che necessariamente compete al legislatore, nell’esercizio della discrezionalità legislativa e conformemente ai vincoli derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea.

Tra questi interessi vi è anche l’affidamento dei concessionari che, sulla base delle reiterate proroghe, hanno effettuato investimenti sulla propria attività, confidando in tempi di ammortamento più lunghi: tale affidamento, in aderenza non solo all’ordinamento nazionale ma anche a quello europeo, è opportuno che venga riconosciuto dagli interpreti: muovono in questo senso le pronunce “gemelle” dell’Adunanza Plenaria, dopo un periodo nel quale lo stesso giudice amministrativo aveva dato del legittimo affidamento dei concessionari un’interpretazione molto riduttiva;

si prospetta nella stessa direzione anche la riforma normativa, che dovrà bilanciare questo principio⁵ con l'effettiva apertura alla concorrenza del settore, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

⁵ Dello stesso avviso P.L. PORTALURI, *Concessioni balneari: giudizio netto, ora tocca al legislatore*, articolo pubblicato su *Nuovo Quotidiano di Puglia* il 10 novembre 2021 (reperibile all'indirizzo https://www.quotidianodipuglia.it/pensieri_e_parole/concessioni_balneari_lidi_sentenza_bolkestein_consiglio_stato_puglia_salento-6311737.html?refresh_ce): «Serve però che il legislatore interno avvii – e subito – un dialogo costruttivo con gli imprenditori balneari. Le loro ragioni – anzitutto certezza normativa e adeguato riconoscimento della loro particolare posizione nelle future procedure selettive – non possono assolutamente essere passate in secondo piano. Come sempre, occorre la civiltà della conversazione».

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA
CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E LA POSIZIONE
GIURIDICA DEL CONCESSIONARIO

SOMMARIO: 1. Le prime teorie dottrinali sui beni pubblici demaniali dopo l'unificazione d'Italia e le contraddizioni con il diritto positivo, in particolare con l'istituto della concessione; 2. La sistematica guicciardiana in materia di demanio marittimo; 3. La disciplina dei beni demaniali marittimi nel panorama normativo introdotto dal Codice civile e dal Codice della navigazione; 4. L'entrata in vigore della Costituzione; 5. La crisi funzionale del demanio marittimo; 6. I più rilevanti interventi normativi successivi al Codice della navigazione; 7. Il consolidamento della posizione giuridica dei concessionari a partire dagli anni Novanta; 8. Considerazioni

1. Le prime teorie dottrinali sui beni pubblici demaniali dopo l'unificazione d'Italia e le contraddizioni con il diritto positivo, in particolare con l'istituto della concessione

Per meglio comprendere le ragioni dell'attuale assetto della disciplina nazionale in materia di concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative e, in particolare, le criticità nell'adeguamento ai principi del diritto europeo, è opportuno soffermarsi in un primo momento sull'evoluzione della nozione di beni pubblici e del correlato istituto della concessione.

Si vedrà, infatti, come l'impossibilità di ricondurre i beni pubblici nell'alveo di principi comuni, stante la loro eterogeneità, nonché la stratificazione di principi dottrinali e riforme normative talvolta – anzi spesso – non organiche, hanno contribuito a creare un panorama normativo frastagliato e non privo di conflitti, che rende più difficile l'adeguamento della disciplina domestica delle concessioni c.d. balneari al diritto europeo.

La dottrina del primo periodo dello Stato unitario – in contraddizione con le norme vigenti⁶ – elabora una teoria dei beni pubblici nella quale l’istituto della concessione non trova più uno spazio logico, come segno di rottura con il passato: dal momento che, nel periodo precedente, questo istituto era stato utilizzato come modalità ordinaria di gestione dei beni pubblici, nel nuovo assetto culturale e ordinamentale viene percepito come uno strumento con il quale si attribuiscono vantaggi a singoli soggetti, a discapito della collettività⁷.

⁶ A titolo esemplificativo, si richiama la disciplina in materia di derivazione di acque pubbliche (legge 10 agosto 1884, n. 2404 e il relativo regolamento esecutivo), che prevedeva l’istituzione di un regime concessorio sui beni demaniali, in contraddizione con la ricostruzione dottrinale.

⁷ «Nelle prime ricostruzioni predomina infatti l’esigenza di sottolineare la discontinuità rispetto al regime dei beni pubblici dello Stato patrimoniale. Costruita per reazione ad un sistema che ruotava attorno alla concessione come strumento di attribuzione di privilegi, la teoria liberale del demanio pubblico eccede in senso opposto, disegnando un sistema che esclude in via di principio la presenza dello strumento concessorio, revocandone implicitamente in dubbio la legittimità. Si crea in tal modo quello scarto tra teoria e diritto positivo che caratterizzerà tutti gli sviluppi successivi della riflessione dottrinale, senza che mai si giunga a colmare definitivamente il divario originario» in B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, 2008, p. 128.

Più in generale, in seguito alla Rivoluzione francese del 1789 si diffondono alcune teorie sul demanio pubblico che, per contrasto all’impostazione dogmatica precedente, evidenziano l’uso pubblico del demanio, che deve essere garantito a tutti i cittadini direttamente escludendo, di conseguenza, che sui beni pubblici possano formarsi diritti in capo a singoli consociati. Il rapporto tra lo Stato e i beni demaniali è concepito dalla suddetta dottrina (cfr., ad esempio, M. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Parigi, 1836, p. 19 ss; F. LAURENT, *Principles de droit civil*, vol. VI, p. 46; H. BERTHÉLEMY, *Traité élèmen de droit administratif*, XIII ed., Parigi, 1933, p. 476), non come un diritto di proprietà (o altro diritto reale), bensì come «una manifestazione di sovranità e dei poteri di polizia dello Stato» (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Il regime amministrativo dei beni*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1942, p. 7) che si concretizzerebbe in poteri di vigilanza, conservazione e custodia dei beni demaniali da parte dei pubblici poteri. All’interno di una impostazione siffatta l’istituto della concessione non troverebbe spazio.

Tuttavia, questo orientamento dottrinale è da considerarsi minoritario e, in generale, le teorie post-rivoluzionarie che si sono proposte di segnare una più netta discontinuità con il previgente sistema di gestione dei beni demaniali hanno ceduto il passo già nella prima metà dell’Ottocento a quelle che, invece, erano più orientate a consentire forme di gestione dei beni demaniali attraverso lo strumento

In particolare, i beni demaniali⁸ – rientranti nelle tre categorie individuate dal Codice civile del 1865 del demanio stradale, idrico e marittimo – sarebbero tali in quanto destinati all’uso pubblico: anzi, il carattere della demanialità deriverebbe proprio dalla loro destinazione “naturale” al pubblico uso⁹ e avrebbe, quale conseguenza, che il demanio non sarebbe fruttifero, ossia che lo Stato non potrebbe richiedere e ottenere una qualche utilità dalla concessione di parti di esso ai privati¹⁰.

Queste due caratteristiche dei beni demaniali sono ben descritte da Federico Cammeo, il quale afferma che «le strade, il lido del mare, le sue modificazioni artificiali, i fiumi e i torrenti sono beni immobili d’uso pubblico libero a tutti, immediato e gratuito. Ed infatti

concessorio (per un approfondimento su questo aspetto, si rimanda a L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001, pp. 225 ss).

Sebbene l’unità d’Italia sia avvenuta nel 1861, dunque in un momento storico successivo rispetto all’affermarsi delle suddette teorie, la dottrina post-unitaria ha risentito in parte della loro influenza e, come si vedrà in questi paragrafi, ha determinato un atteggiamento di sfavore nei confronti dello strumento concessorio, mentre il diritto positivo già contemplava l’istituto tra le forme di gestione dei beni demaniali.

⁸ Sebbene le prime elaborazioni dottrinali in materia di beni pubblici fossero nettamente contrarie all’istituto della concessione, si cercò sin da subito di definire la distinzione, all’interno della suddetta categoria, tra i beni patrimoniali e i beni demaniali: mentre per questi ultimi, per alcuni decenni, si era ribadita l’incompatibilità dello strumento concessorio, così non è stato con riferimento ai primi. Difatti, i beni patrimoniali sono una categoria di beni pubblici nei quali possono rientrare non soltanto i beni immobili – come nel caso dei beni demaniali – ma anche i beni mobili e, inoltre, possono appartenere anche a enti pubblici non territoriali; si dividono a loro volta in beni patrimoniali indisponibili e disponibili, a seconda degli atti di disposizione che su di essi può farne l’ente proprietario. Nei beni patrimoniali indisponibili per natura – categoria che, per certi aspetti, si avvicina ai beni demaniali – rientrano, ad esempio, le miniere, le acque minerali e termali, le cave e le torbiere. L’ utilità economica già pacificamente riconosciuta a questi beni ha garantito l’applicabilità ad essi dello strumento concessorio senza le perplessità riscontrate nei confronti dei beni demaniali, il cui potenziale economico non era considerato rilevante.

⁹ La demanialità del bene «viene dalla natura della cosa, la quale non può essere destinata ad un uso privato, senza mutar di natura», secondo L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino (I ed. 1892), VI ed. 1909, p. 345.

¹⁰ *Ibidem*, p. 338: «ne’ beni demaniali il popolo gode la utilità immediata, ne’ patrimoniali la mediata, in quelli frutta il valor di uso, in questi il valor di cambio». Dello stesso avviso anche F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1874, pp. 17 e ss.

tutti i concittadini, conformandosi alle leggi di polizia, possono personalmente usare delle strade per il transito, dei lidi del mare per lo sbarco e l'imbarco, per la pesa, dei torrenti e dei fiumi per l'abbeveraggio, per la navigazione, per la pesca»¹¹. Pertanto, l'ingerenza dei pubblici poteri su questi beni risulterebbe limitata a quelle "leggi di polizia" che integrano, in senso lato, la disciplina di regolazione delle attività che su tali beni possono svolgere i singoli soggetti, i quali hanno facoltà di utilizzarli in tutti i modi che non sono vietati.

Negli ultimi decenni dell'Ottocento, la tendenza ad un maggiore intervento dello Stato nell'economia e, più nello specifico, l'evoluzione del diritto positivo, evidenziano sempre più le contraddizioni delle elaborazioni dottrinali sull'uso pubblico dei beni demaniali. In particolare, la promulgazione della legge sulla derivazione di acque pubbliche¹² del 1884, prevedendo esplicitamente la possibilità di utilizzare l'istituto della concessione, rende evidente la sua compatibilità con l'uso pubblico: in altre parole, si inizia a ritenere che possa esservi una «rilevanza pubblicistica di forme d'uso individuali, e rispondenti a interessi puramente economici dei beneficiari, dei beni demaniali, che potevano risultare anche incompatibili con l'uso pubblico e giungere fino a limitarlo o addirittura a sopprimerlo»¹³.

¹¹ F. CAMMEO, *Demanio*, in *Digesto italiano IX*, Torino, 1887-1898, p. 860.

¹² Lo sfruttamento delle acque pubbliche per finalità produttive, divenuto sempre più frequente con il progresso tecnologico, ha reso ben presto il settore strategico per lo sviluppo del Paese. Il ricorso all'istituto della concessione, ritenuto il più idoneo per garantire questa finalità, ha costituito per la dottrina e la giurisprudenza il terreno d'elezione per studiare l'istituto, poi esteso ad altri beni pubblici. Per comprendere l'importanza delle concessioni di derivazione delle acque pubbliche, basti pensare che nella prima metà del Novecento quasi il 90% dell'energia del Paese era di derivazione idroelettrica. Per una più ampia disamina su questa tematica, cfr. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi.it*, n. 24/2013; con riferimento a studi monografici, cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012; più in generale, M. D'ALBERTI, *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

¹³ In questi termini B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., p. 143.

Si rende, pertanto, necessario un cambio di rotta della dottrina, al fine di riavvicinarsi al diritto positivo e consentire il superamento di quel sentimento di avversione per modelli ordinamentali del passato, nei quali la presenza della concessione di beni pubblici – specie appartenenti al demanio – era stigmatizzata come privilegio accordato ai singoli.

Per comprendere meglio questo aspetto, pare opportuno partire da una riflessione più generale sullo *status* dell’elaborazione del diritto amministrativo nei primi decenni dopo l’Unità d’Italia. Difatti, all’indomani dell’unificazione il diritto amministrativo italiano presentava tratti molto meno strutturati rispetto a quello francese, che era stato il punto di riferimento per le esperienze preunitarie più rilevanti – quella piemontese e quella del Regno di Napoli. In sostanza, il diritto amministrativo italiano difettava di una propria impostazione generale e, al netto della c.d. legge di unificazione amministrativa del Regno d’Italia del 1865 che disciplinava alcuni settori, era retto dai principi e dagli istituti del diritto civile: «unicità della giurisdizione, diffusione dei moduli contrattuali, impatto ancora modesto dell’organizzazione pubblica, e insieme dei suoi obiettivi e delle sue potenzialità di regolazione, disegnano i tratti di un diritto amministrativo collocato in modo equidistante tra pubblico e privato: quasi un diritto civile dello Stato che, coerentemente a un’amministrazione che si concentra sui compiti di vigilanza e di ordine pubblico, si pone solo come parziale eccezione rispetto a quel codice civile che rimaneva pur sempre lo statuto fondamentale della vita sociale ed economica»¹⁴.

Pertanto, per il diritto amministrativo i primi decenni successivi all’unificazione sono caratterizzati dalla ricerca di una indipendenza dal diritto civile e dalla costruzione di un sistema di principi e di regole funzionali all’esercizio dei pubblici poteri, con il contributo della dottrina e grazie agli interventi del legislatore.

La sempre maggiore attenzione che in questo periodo l’istituto della concessione ottiene nella gestione di beni e servizi pubblici può essere letta anche sotto il profilo della ricerca di uno strumento diverso rispetto ai negozi giuridici di diritto privato, caratterizzato da una maggiore contrazione degli elementi contrattualistici a favore di un accrescimento dei caratteri tipici dell’atto amministrativo. Alla ricerca della “specialità” che segna l’evoluzione del diritto amministrativo nel primo periodo dell’Italia post-unitaria deve aggiungersi il notevole incremento delle attività economiche pubbliche che

¹⁴ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 345-346.

si evidenzia in quei decenni, che realizza le condizioni per un utilizzo sempre maggiore dello strumento concessorio¹⁵.

Lo strumento concettuale per giungere alla sintesi tra la teoria liberale della demanialità e il nuovo contesto è individuato nella teoria della proprietà pubblica di Otto Mayer¹⁶, così come rielaborata da Oreste Ranalletti.

La teoria della proprietà pubblica di Mayer, riconoscendo in capo allo Stato il diritto di proprietà – di natura pubblicistica – sui beni demaniali, supera la precedente concezione secondo la quale il requisito caratterizzante di tali beni era la loro destinazione all'uso pubblico, aperto a tutti i cittadini e sostanzialmente gratuito. In altri termini, riconoscendo in capo allo Stato il diritto di proprietà sui beni demaniali – e non soltanto una generica “sovranità”, come in precedenza – questo può scegliere la destinazione che maggiormente realizza «l'interesse pubblico, cioè quell'interesse che è lo scopo dell'attività dell'amministrazione pubblica»¹⁷.

Per questa via, Mayer costruisce uno spazio logico per l'istituto della concessione nella teoria dei beni demaniali, ponendone a fondamento il potere discrezionale dell'amministrazione di scegliere la destinazione del bene che maggiormente garantisca l'interesse della collettività. Come è stato correttamente osservato, «la novità della posizione di Mayer consiste nel riconoscere apertamente che se l'autorità ha il potere di regolare discrezionalmente l'uso pubblico, anche limitandolo o escludendolo, l'uso pubblico non può essere costruito come un diritto di uso della collettività contrapposto alla proprietà dell'ente, ma come una modalità di questa proprietà, che può anche recedere di fronte ad altre esigenze di interesse pubblico discrezionalmente considerate prevalenti dall'amministrazione proprietaria»¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 389-392.

¹⁶ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1896 (le citazioni sono tratte dalla traduzione francese *Le Droit administratif allemand*, III, Paris, 1905).

¹⁷ O. MAYER, *Le Droit administratif allemand*, cit., p. 87: «*certaines choses corporelles manifestant, par leur état extérieur même, une destination spéciale à la communauté, à l'intérêt public [...] Leur destination ne permet pas qu'elles soient dans la puissance d'un particulier qui en disposerait selon ses intérêts personnels; en consequence, elles sont soustraites au commerce ordinaire du droit privé. D'un autre côté, leur destination d'intérêt public les place dans une dépendance spéciale de la puissance publique, de l'Etat*».

¹⁸ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., pp. 147-148.

Come anticipato, la teoria della proprietà pubblica di Mayer è stata ripresa da Ranelletti al fine di avvicinare la dottrina italiana – ancora legata alla incompatibilità tra gestione dei beni demaniali e concessione – al nuovo assetto normativo.

Difatti, seppur senza abbandonare del tutto la teoria dell'uso pubblico come caratteristica dei beni demaniali, Ranelletti pone al centro della sua teoria non più la destinazione dei beni demaniali, ma il loro scopo: se lo scopo dei beni demaniali è quello di realizzare gli interesse pubblici la cui tutela è affidata all'amministrazione, questi cambieranno al mutare delle esigenze sociali e, di conseguenza, l'amministrazione dovrà poter valutare le modalità di gestione del bene che garantiscano maggiormente la tutela dell'interesse pubblico.

Attraverso questo ragionamento l'Autore vuole superare l'assioma delle precedenti elaborazioni dottrinali secondo le quali il bene demaniale sarebbe tale se destinato al pubblico uso – quest'ultimo inteso come diritto di tutti i consociati di godere del bene – per creare uno spazio logico nel quale inserire l'istituto della concessione: avendo lo Stato il diritto di proprietà – pubblica – sui beni demaniali, l'amministrazione potrà decidere discrezionalmente se l'interesse pubblico sia maggiormente garantito dalla destinazione del bene al pubblico uso, affinché tutti possano goderne, ovvero affidare il bene in concessione ad un privato. A suggello di questa teoria, Ranelletti giunge alla conclusione che «non ha nessuna importanza per la questione giuridica della natura del bene [demaniale, *n.d.a.*] che di esso facciano uso effettivamente molti o soltanto pochi»¹⁹.

2. La sistematica guicciardiana in materia di demanio marittimo

Negli anni Trenta del secolo scorso, Enrico Guicciardi elabora la teoria della proprietà pubblica, anticipando alcuni dei tratti che la disciplina del demanio pubblico conserverà successivamente, nell'ordinamento repubblicano. In particolare, l'Autore consolida il «nesso di strumentalità diretta ed esclusiva tra il bene pubblico e i fini del soggetto pubblica amministrazione²⁰», per interpretare gli interessi sottesi ai beni pubblici non più

¹⁹ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. It. Sc. Giur.* XXV (1898), 1-55, 159-241; XXVI (1898), 43-66, 319-424 (oggi in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, Jovene, 1992, pp. 19-20).

²⁰ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., p. 184.

come interessi facenti capo direttamente alla collettività, bensì come interessi propri dell'ente che ne ha la titolarità, al fine di tutelare interessi generali, «poiché i beni demaniali rappresentano sempre soltanto un mezzo, un elemento, dell'attività statale rivolta alla soddisfazione di un interesse pubblico»²¹.

Alla luce di questa premessa, l'Autore sostiene che «mentre però per taluni beni demaniali tale attività si esaurisce nel rapporto fra lo Stato ed il bene, senza l'intervento di alcun altro soggetto, nel senso che il comportamento della Stato rispetto al bene è sufficiente alla completa soddisfazione dell'interesse pubblico corrispondente; per altri, invece, l'attività dello Stato non dà ad essa luogo in modo attuale e completo, senza l'intervento o, più esattamente, senza il materiale contatto di altri soggetti col bene demaniale»²², introducendo la distinzione tra i beni utilizzati direttamente dall'amministrazione pubblica e quelli di cui «essa gode coll'aprirli all'uso dei singoli»²³. Dei primi fanno parte, ad esempio, quelli appartenenti al demanio militare, mentre tra i secondi si trovano i beni appartenenti al demanio idrico, stradale e marittimo.

Per questa seconda categoria, circa l'uso che possono farne i singoli, Guicciardi segue l'ormai consolidata tripartizione in uso comune, uso speciale e uso eccezionale, ed è proprio dall'analisi di quest'ultimo che si può notare il cambio di passo sull'istituto della concessione.

Mentre per uso comune si intende «quello che è conforme alla generalità della destinazione del bene, ed è potenzialmente eguale per ogni individuo, indipendentemente da un permesso dell'autorità di polizia e da qualunque atto amministrativo speciale», l'uso eccezionale «ha, invece, quale sua nota caratteristica, quella di uscire dalla destinazione normale del bene e di importare anzi la sottrazione ad essa di una parte del bene medesimo. In quanto esso rappresenta quindi una deroga alla destinazione normale, deve essere costituito, a favore di un determinato soggetto, un atto speciale, e deve essere in ogni suo momento mantenuto nei limiti consentiti dalle esigenze dell'interesse

²¹ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, Padova, 1934, ora nella collana *I classici del diritto*, Cedam, Padova, 1989, p. 259.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

pubblico, alla soddisfazione del quale è rivolta la funzione statale corrispondente alla destinazione generale»²⁴.

Dalle considerazioni di Guicciardi circa l'uso comune e quello eccezionale dei beni demaniali²⁵ discendono due considerazioni: da un lato, resta evidente il rapporto di regola ad eccezione tra le due modalità di utilizzo dei suddetti beni; dall'altro, però, trova spazio l'istituto della concessione, necessario a garantire che l'utilizzo del bene da parte di un privato sia comunque rispondente alle finalità di interesse pubblico dell'amministrazione che ne è proprietaria²⁶.

Anche per quanto concerne la posizione giuridica del concessionario, Guicciardi svolge considerazioni che, in generale, saranno condivise anche dalla dottrina successiva, distinguendo una posizione di diritto soggettivo del concessionario verso gli altri consociati e una posizione di interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione concedente: «se il diritto dell'utente si afferma sempre come un diritto soggettivo subbiettivo privato nel confronto dei terzi, esso si comporta tuttavia, in certi casi, come un interesse legittimo di fronte all'ente pubblico concedente, poiché dipende, anche durante l'esercizio della concessione, da un apprezzamento discrezionale da parte dell'ente stesso»²⁷.

La teorizzazione del demanio di Guicciardi segna il passaggio da una prima fase, nella quale la dottrina tende a marginalizzare il ruolo della concessione di beni pubblici per segnare la discontinuità con il c.d. *l'ancien régime* – salvo poi risultare in antitesi con il diritto positivo, che invece continuava a disciplinare l'istituto – ad una successiva, caratterizzata da una maggiore presa di coscienza delle potenzialità insite nell'istituto concessorio.

²⁴ *Ibidem*, pp. 264-265.

²⁵ Non si tratterà in questa sede del c.d. uso speciale dei beni demaniali, dal momento che esula dal perimetro della ricerca.

²⁶ Per un approfondimento su questo aspetto e per le possibili contraddizioni della teoria guicciardiana circa l'uso eccezionale finalizzato, comunque, al pubblico interesse con riferimento alle concessioni di derivazione delle acque pubbliche, cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., p. 197 ss.

²⁷ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., p. 354.

3. La disciplina dei beni demaniali marittimi nel panorama normativo introdotto dal Codice civile e dal Codice della navigazione

L'entrata in vigore nel 1942 del Codice civile e, soprattutto, del Codice della navigazione, pone le basi dell'assetto normativo in materia di demanio marittimo in buona parte tutt'ora vigente e, pertanto, pare opportuno prenderne in considerazione i tratti essenziali.

Il Codice civile, riprendendo in parte quanto già previsto dal precedente Codice del 1865, annovera il demanio marittimo tra i beni del demanio pubblico cristallizzati all'articolo 822²⁸, delineando, allo stesso tempo, le caratteristiche che connotano i beni demaniali: dal momento che questi sono preordinati al soddisfacimento di interessi pubblici, ad esempio, non possono formare oggetto di negozi di diritto privato da parte della pubblica amministrazione²⁹ – articolo 823 – non possono formare oggetto di possesso – articolo 1145 – né possono essere, inoltre, acquisiti per usucapione, ovvero essere soggetti a esecuzione forzata.

Dai lavori preparatori al Codice emerge con chiarezza la difficoltà che la Commissione per la sua riforma ha riscontrato nel formulare l'articolo 822 c.c., recante l'elenco dei beni che rientrano nel demanio pubblico. Difatti, consapevoli dei diversi orientamenti dottrinali sull'uso pubblico del bene quale presupposto per la sua definizione come demaniale, la Commissione «ha creduto preferibile usare [...] una formulazione che può

²⁸ L'art. 822 c.c., collocato nel Libro III - «Della Proprietà» - e rubricato «Demanio pubblico», individua al primo comma i beni appartenenti al c.d. demanio necessario, i quali appartengono necessariamente allo Stato e possono essere suddivisi in beni del demanio marittimo, idrico, militare. Al secondo comma, invece, sono individuati i beni del c.d. demanio accidentale, poiché possono appartenere anche a privati e sono demaniali solamente se appartengono allo Stato o ad altro ente territoriale – questi sono individuabili nel demanio stradale, aeronautico civile e nel demanio culturale.

²⁹ Si tratta della c.d. incommerciabilità dei beni demaniali che, secondo autorevole dottrina (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 4) presenta due profili: da un lato, infatti, i beni demaniali non possono formare oggetto di negozi giuridici di diritto privato, ma possono invece essere oggetto di atti amministrativi diretti a costituire su di essi diritti reali a favore di terzi; dall'altro, l'incommerciabilità deve intendersi come impossibilità di farne oggetto di atti traslativi della proprietà nei confronti di privati, mentre è consentito allo Stato di trasferire la proprietà di un bene demaniale in capo ad un altro ente territoriale o ente pubblico.

risentire di varie dottrine, ma che è ispirata a una concezione già attuata nel nostro diritto positivo in materia di acque pubbliche, che ha fatto buona prova e verso la quale si è orientata la giurisprudenza [...]. Nel dire, come ha fatto la legge sulle acque pubbliche [T.U. 11 dicembre 1933, 1775, *n.d.a.*] che sono cose di proprietà pubblica quelle “che abbiano l’attitudine a usi di pubblico generale interesse” si è inteso comprendere fra tali cose tanto quelle che siano soggette ad un uso diretto e immediato da parte della collettività quanto quelle che, per loro natura o anche mediante l’opera dell’uomo, siano suscettibili dell’uso anzidetto e a questo siano destinate»³⁰.

Inoltre, sempre dai lavori preparatori al Codice emerge un altro aspetto importante: l’articolo 823 c.c., dopo aver ribadito l’inalienabilità dei beni demaniali – caratteristica già presente nel nostro ordinamento giuridico – dispone che essi non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi «se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano», ammettendo espressamente, dunque, forme di gestione diverse rispetto all’uso diretto da parte dello Stato, sebbene entro i limiti definiti dalla legge. In un passaggio del commento a questo articolo, la Commissione sottolinea che, in ogni caso, l’uso del bene demaniale deve essere primariamente di pubblico interesse: «è sembrato tuttavia importante precisare che, mediante concessione, l’uso delle cose di proprietà pubblica può essere temporaneamente sottratto alla collettività e dato a determinate persone. È evidente che sulle cose anzidette il privato non deve poter mai, in nessun caso e per nessun titolo, vantare un proprio dominio. Egli può soltanto averne l’uso o il godimento se e in quanto gli sia concesso dallo Stato, nei limiti di tempo e di estensione e con l’osservanza delle norme stabilite dalla legge. È ovvio che tali norme non possano non provvedere in modo che l’uso della cosa pubblica sia concesso al privato per una finalità diretta o indiretta di interesse pubblico»³¹. Una concezione, dunque, fortemente pubblicistica della concessione dei beni demaniali ai privati, nella quale la posizione del concessionario è in secondo piano.

³⁰ G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice Civile. Libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 59.

³¹ *Ibidem*, p. 61.

Il Codice della navigazione detta, invece, una disciplina più dettagliata dei beni del demanio marittimo che testimonia una evoluzione normativa e l'affermazione di una diversa "sensibilità" di cui è opportuno dare conto, almeno sotto due aspetti.

In primo luogo, dopo aver individuato i beni appartenenti al demanio marittimo³², il Codice della navigazione prevede che questi possano essere destinati ad usi pubblici, ovvero – ed è questa l'ipotesi di maggiore interesse – essere oggetto di concessioni. Segnatamente, l'articolo 36, rubricato «Concessione di beni demaniali», prevede che l'amministrazione possa concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale, a patto che ciò sia compatibile con le esigenze del pubblico uso e sempre per un determinato periodo di tempo. La previsione dell'istituto della concessione in questa sede non sovverte certamente il rapporto di regola ad eccezione tra l'uso pubblico e l'uso eccezionale dei beni demaniali – già solo per la necessità che quest'ultimo sia comunque compatibile con le esigenze che scaturiscono dal primo – ma rimette ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente la scelta delle modalità di gestione di un certo bene demaniale marittimo più idonee a valorizzarlo.

Inoltre, l'articolo 37 prevede una regola generale nel caso di concorso tra più domande di concessione che interessano lo stesso bene demaniale marittimo: l'amministrazione deve svolgere una procedura comparativa tra le domande, scegliendo il richiedente che, a suo giudizio, offre maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e, al contempo, si proponga di avvalersi di questa per un uso rispondente ad un più rilevante interesse pubblico.

I commi 2 e 3 del medesimo articolo dettavano, nella loro versione originaria, una diversa disciplina, residuale rispetto a quella cristallizzata nel comma 1, che costituisce invece la regola: nello specifico, il comma 2 prescriveva che, in assenza dei requisiti di

³² I beni appartenenti al demanio marittimo, nonché le relative pertinenze, sono indicati agli artt. 28 e 29 del codice della navigazione. Il primo prevede che: «Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo», mentre il secondo prescrive che «Le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale, sono considerate come pertinenze del demanio stesso».

cui al comma 1 e se le concessioni avevano una durata superiore al biennio o comportavano l'installazione impianti di difficile sgombero, l'amministrazione avrebbe dovuto procedere con una pubblica gara, oppure con licitazione privata; il comma 3, invece, prospettava l'ipotesi in cui, in assenza dei requisiti di cui al comma 1 e se le concessioni avevano durata inferiore al biennio e non importavano impianti di difficile sgombero, l'amministrazione aveva la facoltà di rinnovare la concessione al precedente concessionario, oppure procede a licitazione privata³³.

Come è stato correttamente osservato³⁴, l'articolo 37 del Codice della navigazione prevede, come regola generale, una procedura comparativa – che oggi definiremmo ad evidenza pubblica – per la selezione del concessionario, mentre solo in ipotesi residuali forme di rinnovo del titolo concessorio. Questo aspetto costituisce un importante punto di partenza nella disamina dell'attuale assetto normativo in materia di concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, poiché dimostra che la lamentata sottrazione alle regole della concorrenza di questo settore non costituisce un tratto “genetico” del nostro ordinamento, bensì una tendenza che ha iniziato a svilupparsi in tempi relativamente recenti³⁵.

4. L'entrata in vigore della Costituzione

Il Titolo III della Parte I della Costituzione – articoli da 41 a 44 – è dedicato ai rapporti economici e si caratterizza per l'enunciazione di principi generali e dall'attenta scelta di

³³ Il termine biennale di durata delle concessioni originariamente previsto per l'applicabilità delle procedure di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 37 è stato successivamente innalzato a quattro anni con il d.P.R. 13 luglio 1954, n. 747.

³⁴ M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4/2016, p. 361, in particolare nota n. 5.

³⁵ Il c.d. diritto di insistenza, che prevedeva una generale preferenza, allo scadere del termine della concessione, per il concessionario uscente, è stato, infatti, introdotto nel nostro ordinamento ad opera del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, nella l. 4 dicembre 1993, n. 494 – *infra* § 6.

formule lessicali e sintattiche atte a garantire un bilanciamento tra le diverse posizioni presenti all'interno dell'Assemblea costituente³⁶.

Difatti, i partiti rappresentati all'interno dell'Assemblea sono stati portatori di visioni anche fortemente divergenti sull'assetto economico da conferire alla neo Repubblica e, prima ancora, sul riconoscimento del diritto di proprietà: a posizioni favorevoli a una forte pubblicizzazione della proprietà – e, dunque, dell'economia – facevano da contraltare posizioni liberiste, insieme a posizioni “mediane”, favorevoli alla proprietà privata e all'iniziativa economica privata ma bilanciate da un intervento pubblico nell'economia da parte dello Stato.

Il primo comma dell'articolo 42, nel prevedere che la proprietà è pubblica o privata e che i beni appartengono allo Stato, a enti o a privati, ha voluto evidenziare la «statuizione di un principio politico»³⁷ che caratterizzerebbe entrambe le enunciazioni: si è deciso di costituzionalizzare un sistema che prevede un duplice regime proprietario – pubblico e privato – nel quale deve essere garantita l'appartenenza dei beni a ciascuna delle tre categorie di soggetti designati dalla disposizione. Come ha affermato attenta dottrina, «saremmo dunque in presenza di una trascrizione nell'ordinamento costituzionale del principio caratterizzante un sistema di economia mista»³⁸, lasciando poi al legislatore ordinario il compito di concretizzare l'assetto della materia della proprietà, nonché di determinare l'ampiezza dei due regimi proprietari e le regole per l'assegnazione dei beni a ciascuna delle tre categorie di soggetti indicate al comma 1.

È bene evidenziare che le questioni di maggior rilievo che segnano l'elaborazione e la genesi dell'assetto dei rapporti economici cristallizzati in Costituzione riguardano principalmente la proprietà dei beni economici, per le evidenti ripercussioni che tali scelte producono sull'economia del Paese, lasciando, invece, sullo sfondo i beni demaniali, il cui potenziale economico sarà oggetto di riflessioni in un periodo successivo.

³⁶ Per una ampia e approfondita disamina delle questioni affrontate dall'Assemblea costituente nella redazione degli articoli del Titolo della Costituzione relativo ai rapporti economici, si rimanda a F. GALGANO, *Artt. 41 e 43* e S. RODOTÀ, *Artt. 42 e 44*, entrambi in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, tomo II, Zanichelli, Bologna, 1982.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del Diritto*, 1971, p. 452.

³⁸ S. RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, cit., p. 168.

Pertanto, per quanto interessa in questa sede, l'Assemblea costituente ha confermato, nell'articolo 42, comma 1 il principio secondo cui anche lo Stato e gli altri enti territoriali sono titolari del diritto di proprietà su diversi beni e, dunque, possano anche disporne, sebbene con alcune limitazioni, qualora si tratti di beni demaniali e del patrimonio indisponibile.

Tuttavia, non si può negare che la promulgazione della Costituzione abbia comportato in via indiretta importanti e profonde modifiche alla disciplina dei beni pubblici e, più in particolare, a quella dei beni del demanio marittimo, per via del mutato quadro valoriale che configura un nuovo equilibrio tra i principi dell'ordinamento repubblicano.

5. La crisi funzionale del demanio marittimo

Il nuovo assetto costituzionale del Paese, le mutate condizioni socio-economiche e il periodo di incremento del benessere economico conosciuto come “boom economico”, sono tutti fattori che hanno portato, tra gli anni Cinquanta e Sessanta, a quella che è stata efficacemente definita la «crisi funzionale del demanio marittimo»³⁹

Questa crisi funzionale è stata rilevata e descritta già alle sue prime avvisaglie da Feliciano Benvenuti, in un contributo scritto a metà degli anni Sessanta⁴⁰. L'Autore evidenzia, in via preliminare, come al cambiamento del ruolo dello Stato sia di conseguenza mutata la funzione dei beni di sua appartenenza: si è passati, infatti, da uno Stato garante della soddisfazione degli interessi dei singoli cittadini come era nella concezione liberale, ad uno Stato interventore nel settore economico. Pertanto, la funzione dei beni demaniali è mutata da finale – ossia il loro godimento da parte della collettività – a strumentale, ove per “bene strumentale” deve intendersi un «bene produttivo, ossia capace di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività»⁴¹.

³⁹ L'espressione è di L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Diritto dei trasporti*, n. 1/2006, p. 157.

⁴⁰ F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1965, pp. 154-163.

⁴¹ *Ibidem*, p. 155. Sull'argomento si veda anche M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Diritto marittimo*, n. 2/2004, p. 366; C. ANGELONE, *Le concessioni stagionali del*

Dopo aver suddiviso i beni demaniali marittimi in quelli del demanio portuale e quelli del demanio costiero⁴², Benvenuti si sofferma sui tratti caratterizzanti le rispettive normative, evidenziando differenze sostanziali. Infatti, alla luce della vocazione dei beni del demanio portuale ad essere produttivi – si pensi, ad esempio, ai porti commerciali e industriali, ovvero allo sviluppo della cantieristica navale, spesso a questi associata – il legislatore ha riformato la disciplina di settore, prevedendo la costituzione – almeno per le realtà più importanti – degli enti portuali, per una più efficiente gestione dei suddetti.

Al contrario, per quanto concerne i beni del demanio costiero, l'assetto normativo è rimasto pressoché invariato dalla promulgazione del Codice della navigazione, nonostante l'evoluzione del contesto socio-economico e culturale del Paese. Difatti, mentre tradizionalmente la funzione del demanio costiero era riconducibile principalmente alla difesa, sia nel senso strettamente militare, sia in quello più generale della protezione delle comunità costiere dalla forza del mare, dagli anni Cinquanta si fa strada, in modo sempre più evidente, una forma di utilizzo turistico delle coste, che porta con sé esigenze inedite e la necessità di individuare un nuovo bilanciamento tra interessi.

È a questo punto che Benvenuti rileva come l'assetto normativo in vigore al tempo in cui scrive non rispecchi i nuovi usi del demanio costiero, che si concentrano principalmente sul turismo. La proposta *de iure condendo* dell'Autore – oggi superata ma che resta attuale nel suo intento – è quella di riformare la legislazione di settore sulla falsariga di quella del demanio portuale, affidando la gestione dei beni del demanio costiero a enti pubblici economici o aziende autonome al fine di sviluppare la vocazione produttiva del demanio costiero, a beneficio sì dei concessionari, ma soprattutto dello Stato e, quindi, della collettività.

Aldilà del modello proposto, il punto focale della riflessione di Benvenuti è quello di evidenziare una discrasia tra la disciplina normativa in materia di beni del demanio costiero e il loro utilizzo sempre maggiore per finalità turistico-ricreative, che

demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative, in *Diritto marittimo*, n. 3/2005, pp. 750 ss.

⁴² «Nel primo caso [ossia il demanio portuale] l'uomo utilizza i beni demaniali in quanto uomo economico; nell'altro caso [demanio costiero], invece, essi vengono utilizzati dall'uomo nella sua qualità di persona che incontra il mare e che di esso si giova per fini esclusivamente individuali quali possono essere il diporto, lo svago, la salute, ecc.» F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, cit., p. 158.

richiederebbe una riforma di settore. Tuttavia, l'evoluzione normativa non è riuscita a restare al passo con le nuove modalità di utilizzazione del demanio marittimo e si è assistito per decenni a interventi specifici del legislatore, che hanno creato una stratificazione di norme talvolta difficilmente intelligibile per gli interpreti e gli operatori del settore.

A complicare ulteriormente il quadro normativo è intervenuto – seppur in tempi più recenti – il processo di integrazione europea, il quale, anche in questo ambito, impone al legislatore un adeguamento della disciplina nazionale al mutato contesto giuridico. In particolare, le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rientrerebbero – proprio in virtù della loro sempre maggiore rilevanza economica – nell'ambito di applicazione di quell'insieme di principi e regole volte a costituire, regolare e tutelare il mercato unico europeo. Si imporrebbe, dunque, come regola generale, l'applicazione del principio di evidenza pubblica nella fase di assegnazione delle suddette concessioni, a tutela della concorrenza e della *par condicio* tra operatori economici.

6. I più rilevanti interventi normativi successivi al Codice della navigazione

Per quanto concerne le concessioni demaniali – in generale, poiché, come si vedrà, la loro ulteriore caratterizzazione in base alle finalità turistico-ricreative è relativamente recente – l'evoluzione normativa è caratterizzata da lunghi periodi di stabilità, intervallati da interventi del legislatore, per lo più circoscritti ad aspetti specifici, e non con un approccio organico, tendenti ad aggiornare una disciplina che, nel frattempo, era divenuta non più rispondente alle esigenze del periodo storico.

La disciplina tradizionale dei beni demaniali è cristallizzata agli articoli 28 e seguenti del Codice della Navigazione, il quale riconosce all'autorità marittima⁴³ attribuzioni

⁴³ Per quanto concerne l'amministrazione statale, dal 1948 ai giorni nostri, le competenze in materia di demanio marittimo sono state più volte trasferite tra Ministeri, seguendo il processo di c.d. razionalizzazione. Oggi il Ministero competente – per quanto le sue attribuzioni siano residuali, essendo state per la maggior parte allocate presso i Comuni e le Regioni – è quello delle Infrastrutture e dei Trasporti. Non essendo questa la sede per ricostruire i citati profili, preme specificare che quando ci si riferisce all'autorità marittima si intende, in generale, l'amministrazione ministeriale.

fondamentali circa le attività di gestione del demanio marittimo: essa, infatti, è competente per i procedimenti di fissazione dei limiti al demanio marittimo – articolo 31 – della sua delimitazione – articolo 32 – ovvero l’ampliamento – articolo 33 – nonché di modificazioni funzionali e sdemanializzazione – articoli 34 e 35.

Per quanto concerne gli atti concessori dei beni demaniali, il Codice ne prevede di due tipi: le licenze e le concessioni vere e proprie. Nonostante la differenza terminologica, la natura giuridica dei due atti può ritenersi sostanzialmente la medesima e rispecchia quella tradizionale dell’istituto⁴⁴, mentre ad essere diversa è la durata del titolo concessorio, nonché la competenza procedimentale. Difatti, qualora il titolo richiesto abbia durata inferiore al quadriennio e non comporti l’installazione di impianti di difficile rimozione, la competenza al rilascio del titolo concessorio è in capo al capo del compartimento e assume il *nomen iuris* di licenza; qualora, invece, il titolo richiesto abbia durata superiore al quadriennio, ovvero comporti l’installazione di impianti di difficile sgombero, l’*iter* procedimentale è più articolato e si conclude con l’adozione di un provvedimento concessorio di competenza del direttore marittimo; infine, qualora la concessione abbia durata superiore ai quindici anni, la competenza è del ministro.

Il sistema appena delineato è rimasto immutato per diversi decenni e si è dovuto confrontare con la crisi funzionale del demanio marittimo, dal momento che le mutate esigenze della società incentivavano un utilizzo di questi beni finalizzato allo svolgimento di attività imprenditoriali. L’esigenza che, pertanto, veniva sempre più in luce riguardava – oltre al riconoscimento esplicito della categoria delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreativo – era quella di una maggiore semplificazione procedimentale per il rilascio dei titoli in esame.

Il legislatore è, dunque, intervenuto con l’articolo 59 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616⁴⁵, prevedendo che «Sono delegate alle Regioni le funzioni amministrative sul litorale

⁴⁴ La concessione è quel provvedimento amministrativo che «serve ad attribuire diritti [...] ai privati, in genere, *utilitates*, sia trasferendo diritti riservati all’amministrazione sia costituendo *ex novo* diritti prima inesistenti» F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 304; si rinvia anche a M. D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, pp. 2 ss.

⁴⁵ Attuativo della delega di cui all’articolo 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382. Per un approfondimento sul contenuto dell’articolo 59 d.P.R. 616/1977, si rimanda a U. FRAGOLA, *Commento al d.P.R. n.*

marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti e sulle aree del demanio lacuale e fluviale quando l'utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative» mentre rimangono da questa escluse «le funzioni esercitate dagli organi dello Stato in materia di navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale».

Sebbene la riforma del 1977 abbia rappresentato, sul piano concettuale, una importante novità nella disciplina del demanio marittimo almeno sotto due profili, segnando, da un lato, la positivizzazione della categoria delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative e prevedendo, dall'altro, la delega delle principali funzioni inerenti alla gestione del demanio costiero alle Regioni, rimane una occasione mancata su entrambi i citati profili.

Difatti, se da un lato è stata normativamente prevista, *expressis verbis*, la categoria dei beni demaniali a scopo turistico-ricreativo, non sono state definite le caratteristiche che connotano questa tipologia di beni demaniali, creando incertezza negli interpreti. Questa aporia è stata colmata – senza tuttavia una vera e propria tipizzazione – solamente con il decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 – convertito, con modifiche, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494 – il quale ha previsto, all'articolo 1, che le concessioni dei beni demaniali marittimi possono essere rilasciate «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»⁴⁶.

616 sul decentramento amministrativo, Jovene, Napoli, 1978, pp. 204 e ss.; F. CAPACCIOLI, E. SATTA, *Commento al decreto 616 (d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616)*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 952 e ss.; M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 35 e ss.

⁴⁶ Nonostante l'elencazione delle suddette attività, tutte riconducibili, *lato sensu*, a scopi turistico-ricreativi, sono sorti dubbi circa il perimetro applicativo della disciplina in esame, tanto da indurre il legislatore a fornire un'interpretazione autentica della disposizione con l'articolo 13, comma 1 della l. 172/2003 – recante «Disposizioni per il riordino e il rilancio della nautica da diporto e del turismo nautico» – secondo il quale, «Le parole: "Le concessioni di cui al comma 1" di cui al comma 2 dell'articolo 1 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, si

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo di criticità della riforma del 1977, la delega di funzioni alle Regioni non era immediatamente operativa, bensì vedeva la sua efficacia subordinata all'emanazione di un d.P.C.M., che individuasse le aree di preminente interesse nazionale escluse dalla delega; tuttavia, il suddetto decreto non è stato adottato sino al 21 dicembre 1995, dopo ben diciotto anni. Questo lungo periodo di tempo è stato caratterizzato da una grande incertezza circa l'operatività della delega che si è sicuramente riverberata sulla competenza della gestione dei beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, spesso rivendicati dalle Regioni⁴⁷.

In ogni caso, per quanto concerne l'esercizio delle funzioni amministrative sui beni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, una vera svolta si è avuta solamente con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 di decentramento amministrativo, attuativo della legge 15 marzo 1997, n. 59, nota come "Bassanini uno". Difatti, l'articolo 105, dopo aver statuito al comma 1 che, in generale, «Sono conferite [e non più solo delegate *n.d.a.*] alle Regioni e agli Enti locali tutte le funzioni non espressamente indicate negli articoli del presente capo e non attribuite alle autorità portuali dalla legge 28 gennaio 1994, n. 84» specifica, al comma 2, lettera l), che alle Regioni sono conferite le funzioni relative al «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» e, dunque, anche quelle per finalità turistico-ricreative⁴⁸.

Due anni più tardi, l'articolo 42 del decreto legislativo 30 marzo 1999, n. 96 ha previsto che le funzioni di cui al citato articolo del d.lgs. n. 112/1998 sarebbero state esercitate dai Comuni fintanto che le Regioni non fossero intervenute con legge per regolare il riparto

interpretano nel senso che esse sono riferite alle sole concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, quali indicate nelle lettere da a) ad f) del comma 1 del medesimo articolo 1».

⁴⁷ L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, cit., p. 166, mentre per un approfondimento giurisprudenziali si rimanda alle note ivi contenute.

⁴⁸ Sul decentramento delle funzioni amministrative in materia di concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, si veda C. ANGELONE, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: diritti del concessionario, situazioni concessorie, competenze*, in *Regioni e demanio marittimo*, Milano, 1999, pp. 12 ss.

di competenze tra sé e gli Enti locali. In verità, come è stato correttamente rilevato⁴⁹, le Regioni avrebbero potuto comunque delegare l'esercizio delle suddette funzioni ai Comuni, dal momento che l'allora formulazione dell'articolo 118, comma 3 della Costituzione prevedeva questa ipotesi come modalità ordinaria di adempimento delle funzioni regionali.

Tuttavia, è con la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che il quadro normativo descritto vede una sua più organica attuazione: la riforma costituzionale, attuando i principi di autonomia e decentramento amministrativo, ha consolidato gli interventi normativi della seconda metà degli anni Novanta, volti a trasferire funzioni amministrative alle Regioni e agli Enti locali. Inoltre, la riforma dell'articolo 117 della Costituzione ha "rovesciato" il rapporto tra le materie di potestà legislativa dello Stato e delle Regioni: alla competenza esclusiva del primo è assegnato un numero tassativo di materie, cristallizzate al comma 2 del suddetto articolo; al comma 3, è stato introdotto un insieme di materie di competenza concorrente Stato-Regioni e al comma 4 una clausola residuale, che riserva alla competenza legislative esclusiva delle Regioni tutte le materie non elencate nei due commi precedenti. Pertanto, rientra tra le materie di competenza legislativa esclusiva delle Regioni il turismo che, come si è visto, è centrale quando si ragiona di concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, stante la vocazione delle coste italiane ad essere mete turistiche molto richieste.

Inoltre, con la riforma dell'articolo 118 della Costituzione è stata introdotta la regola secondo cui le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo il caso in cui, in ossequio ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, esse debbano essere allocate presso uno degli altri Enti che compongono la Repubblica. Questa previsione, per quanto concerne l'esercizio delle funzioni amministrative sul demanio marittimo destinato ad attività turistico-balneari, completa e rafforza gli interventi normativi della seconda metà degli anni Novanta che – a Costituzione invariata – prevedevano già l'esercizio delle suddette funzioni prima alle Regioni e poi ai Comuni. Pertanto, per quanto interessa in questa sede, le funzioni di gestione dei beni demaniali marittimi,

⁴⁹ L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, cit. p. 170, nota n. 22.

nonché quelle di controllo, sono svolte dai Comuni, nell'ambito delle disposizioni di legge statali e regionali che disciplinano il settore.

Completa il nuovo quadro ordinamentale il decreto legislativo 20 maggio 2010, n. 85 che, in attuazione del c.d. federalismo demaniale, prevede il trasferimento della proprietà – a titolo non oneroso – di una serie di beni demaniali dallo Stato a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni. In particolare, l'articolo 3, comma 1, lett. a) prevede che siano trasferiti alle Regioni i beni del demanio marittimo così come definiti dall'articolo 822 c.c.⁵⁰, «ferme restando le funzioni amministrative già conferite agli enti territoriali in base alla normativa vigente».

In conclusione, le Regioni sono titolari dei beni del demanio marittimo destinati ad attività turistico-ricreative e su di essi esercitano funzioni di programmazione e di indirizzo generale, mentre le funzioni più di prossimità – tra le quali anche quella al rilascio delle concessioni – sono affidate ai Comuni.

7. Il consolidamento della posizione giuridica dei concessionari a partire dagli anni Novanta

I numerosi interventi normativi che, negli anni, sono intervenuti a novellare la disciplina delle concessioni dei beni demaniali marittimi, non ne hanno tuttavia alterato le caratteristiche essenziali, cristallizzate nel Codice della navigazione: una concessione su questa categoria di beni poteva avere durata massima quadriennale, ovvero una durata compresa tra i quattro e i quindici anni, ovvero ancora superiore ai quindici anni; le suddette ipotesi, anche in considerazione della presenza di strutture facilmente amovibili o meno, determinavano un mutamento del *nomen iuris* del titolo concessorio – licenza per le prime, concessione per le altre due ipotesi – nonché della competenza a istruire il procedimento e a rilasciare il titolo.

L'aspetto più importante, almeno per l'analisi che si sta conducendo, è quello relativo alla previsione dell'articolo 37, il quale poneva come regola generale quella del confronto competitivo in caso di concorso di più domande per il rilascio di una concessione sullo

⁵⁰ La disposizione di cui al citato art. 3 deve essere letta in combinato disposto con l'art. 5, co. 1, lett. a) del d.lgs. 85/2010.

stesso bene, lasciando comunque all'amministrazione aggiudicatrice ampia discrezionalità, visto il carattere generale dei requisiti indicati nello stesso articolo.

Questa disposizione è rimasta immutata sino al 1993, quando il legislatore, con il decreto-legge n. 400 – oltre a indicare le attività caratterizzanti le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, come si è visto *supra* § 6 – ha inteso rafforzare la posizione giuridica del concessionario rispetto ai soggetti potenzialmente interessati a richiedere una concessione sullo stesso bene. Difatti, novellando i commi 2 e 3 dell'articolo 37 del Codice della navigazione, il legislatore ha previsto, quale regola generale, che, in caso di rinnovo, sarebbe stato preferito il concessionario uscente⁵¹.

È stato, così, introdotto nel nostro ordinamento il c.d. diritto di insistenza, che attribuisce una posizione di vantaggio giuridicamente tutelata al concessionario del bene al termine della concessione, nel caso in cui l'amministrazione volesse assegnare nuovamente la stessa. In seguito, il legislatore procede ancora sulla stessa direttrice, rafforzando ulteriormente la posizione del concessionario uscente con l'articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, il quale, novellando proprio l'articolo 1, comma 2 del decreto-legge n. 400/1993, prevedeva il rinnovo automatico della concessione «e così successivamente ad ogni scadenza», salvo la manifestazione di volontà in senso contrario da parte del titolare.

I due interventi legislativi richiamati hanno inciso in modo determinante sui tratti essenziali delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, almeno sotto tre aspetti: innanzitutto, hanno definito – seppur con formule ampie, talvolta dai confini poco nitidi – le attività caratterizzanti questa tipologia di concessioni di beni demaniali; inoltre, hanno introdotto il c.d. diritto di insistenza, prima limitando l'operatività di procedure competitive tra operatori economici per l'assegnazione in concessione di un certo bene, poi eliminandole del tutto. Infine, i due atti normativi in esame hanno inciso anche sul profilo della durata delle concessioni demaniali marittime

⁵¹ L'articolo 2, comma 1 del d.l. n. 400/1993, nel novellare i commi 2 e 3 dell'articolo 37 del Codice della navigazione, infatti, 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. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata».

per finalità turistico ricreative: per queste non vale più la tripartizione cristallizzata nel Codice della navigazione, ma per tutte è prevista una durata prima di quattro anni⁵², indipendentemente dalle caratteristiche degli impianti previsti – secondo il decreto-legge n. 400 – e poi di sei anni – con la novella della legge n. 88.

Se, da un lato, la «scoperta della dimensione economica»⁵³ delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ha incentivato il legislatore a prevedere una disciplina particolare per questa categoria di concessioni del demanio marittimo, diversa rispetto a quella generale cristallizzata nel Codice della navigazione, dall'altra, vi è stata la sostituzione delle regole di evidenza pubblica che sino al 1993 avevano caratterizzato le modalità di assegnazione in concessione dei beni del demanio marittimo con altre, volte, al contrario, a consolidare la posizione dei titolari delle concessioni.

Volendo sottolineare una considerazione che appare paradossale, si potrebbe sostenere che, finché non è sensibilmente emerso il rilievo della dimensione economica di queste concessioni il legislatore ha previsto per la loro assegnazione regole latamente riconducibili all'evidenza pubblica e al dialogo competitivo tra imprese, mentre, una volta riconosciuta tale caratteristica, specialmente in ambito europeo, lo stesso si è mosso in senso opposto, riformando le suddette regole “pro-concorrenziali” nella direzione di un irrigidimento dei meccanismi di ingresso in questo settore da parte di nuovi operatori economici e consolidando, allo stesso tempo, la posizione dei concessionari che già da tempo gestivano attività economiche sul demanio marittimo.

8. Considerazioni

L'analisi sin qui condotta ha messo in luce che tradizionalmente la posizione giuridica dei concessionari dei beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative non presenta aspetti peculiari nell'ordinamento italiano, non essendo, in sostanza, diversa da

⁵² L'articolo 1, comma 2 d.l. n. 400/1993 prevedeva, comunque, la possibilità, per il potenziale concessionario, di richiedere il rilascio della concessione per un tempo più lungo. Questa previsione non ha trovato un corrispettivo nella l. n. 88/2001, che l'ha abrogata.

⁵³ Così C. CACCIAVILLANI, *Profili funzionali del demanio marittimo*, in G. COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene, Napoli, 2019, p. 87.

quella riconosciuta alla generalità dei concessionari di beni demaniali, risultante dal combinato disposto della disciplina normativa di settore e delle disposizioni specifiche del singolo rapporto concessorio cristallizzate nella concessione, che riconoscono diritti e doveri delle parti.

La forte connotazione pubblicistica della concessione nell'ordinamento italiano, in generale, e la considerazione che i beni demaniali di cui si tratta non erano considerati "produttivi", in particolare, ha posto in secondo piano la posizione giuridica del concessionario rispetto a quanto non sia, invece, nell'attuale assetto.

Come si è avuto modo di analizzare, non era previsto dal punto di vista normativo un regime di vantaggio per il concessionario al momento della scadenza del termine della concessione e, in caso di più domande di concessione su uno stesso bene demaniale marittimo, l'amministrazione competente avrebbe dovuto procedere secondo quanto disposto dall'articolo 37 del Codice della navigazione, dunque, di regola, con una procedura di assegnazione latamente riconducibile all'evidenza pubblica.

Con l'introduzione del c.d. diritto di insistenza, invece, il legislatore ha voluto accordare un regime giuridico peculiare a questi concessionari che, a seguito dell'intervento normativo del 1993 si sono visti riconoscere una sorta di "diritto di prelazione" al termine della concessione per la sua riassegnazione e, dal 2001, un vero e proprio rinnovo automatico.

Già si è detto dell'anacronismo di questa scelta del legislatore, che muove in senso contrario rispetto alla crescente attenzione del diritto europeo per l'effettiva applicazione delle libertà fondamentali dell'Unione e dei principi di concorrenza e *par condicio* tra operatori economici all'interno del mercato unico europeo. Qui è opportuno evidenziare che il nuovo assetto derivante dall'introduzione del diritto di insistenza ha oggettivamente creato nei concessionari l'affidamento alla sostanziale perpetuità del titolo concessorio, che ha iniziato a cedere prima a fronte di un orientamento giurisprudenziale del giudice amministrativo, poi alla luce della procedura di infrazione della Commissione europea e, infine, con la sentenza *Promoimpresa e Melis* della Corte di Giustizia.

Non si può, tuttavia, non considerare che, a fronte di queste sollecitazioni e interventi, il legislatore ha optato per l'introduzione di un reiterato regime di proroghe generalizzate che, benché giudicato non conforme al diritto europeo, ha continuato a ingenerare nei concessionari la convinzione di poter esercitare ancora attività d'impresa sul bene

demaniale: questa scelta, come si avrà modo di chiarire nei prossimi capitoli, ha sortito però anche l'effetto contrario, ossia quello di rendere incerto il futuro degli stabilimenti balneari.

CAPITOLO II
L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO
SULL'ISTITUTO DELLA CONCESSIONE DEMANIALE
MARITTIMA PER FINALITÀ TURISTICO-
RICREATIVE

SOMMARIO: 1. Le prime incursioni del diritto europeo nel settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e alcune importanti pronunce giurisprudenziali; 2. La procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea; 3. La direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. direttiva Bolkestein; 4. La disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea; 4.1. L'oggetto dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia; 4.2. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 e i principi enucleati dalla Corte; 5. La reazione del legislatore nazionale alla sentenza della Corte di giustizia e l'attuale situazione nei rapporti con l'Unione europea; 6. Considerazioni

1. Le prime incursioni del diritto europeo nel settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e alcune importanti pronunce giurisprudenziali

All'indomani della novella legislativa di cui alla legge n. 88 del 2001 ha iniziato a prendere forma un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato che revocava in dubbio la compatibilità del diritto di insistenza – inteso come rinnovo automatico *tout court*, salvo volontà contraria del concessionario uscente – con i principi del diritto europeo applicabili alle concessioni, prendendo le mosse da una comunicazione interpretativa della Commissione europea del 29 aprile 2000⁵⁴.

⁵⁴ Il testo integrale della comunicazione 2000/C-121/02 è pubblicato in Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, consultabile sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

Difatti, la Commissione europea, a fronte di un costante incremento del ricorso da parte degli Stati membri all'istituto concessorio «soprattutto per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura»⁵⁵ ha deciso di adottare una comunicazione interpretativa con la quale specificava che anche le concessioni diverse rispetto a quelle di lavori – le uniche per le quali, all'epoca, era stata cristallizzata una definizione nella direttiva 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori⁵⁶ – avrebbero dovuto comunque osservare i principi sanciti nei trattati, nonché quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁷: non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Così, la VI sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 168 del 2005, ha accolto il ricorso della società consortile appellante, che lamentava l'illegittimità del rinnovo della concessione balneare a favore del concessionario uscente per contrasto con i principi – anche – di derivazione europea di evidenza pubblica e *par condicio* tra operatori economici.

Mentre il giudice di primo grado aveva applicato la disposizione di diritto interno che accordava al concessionario uscente il diritto al rinnovo del titolo concessorio, il Consiglio di Stato, richiamando la citata comunicazione della Commissione europea, ha

content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2000:121:FULL&from=EN. La comunicazione è stata poi “recepita” dall'Italia tramite la circolare del 1° marzo 2020, n. 3944 del Ministro per le Politiche comunitarie, con la quale, tuttavia, si è persa l'occasione di specificare ulteriormente il documento della Commissione, dal momento che è stata seguito anche in questo caso la prassi invalsa di tradurre quasi letteralmente il testo in italiano.

⁵⁵ Punto 1, par. 1 della comunicazione interpretativa.

⁵⁶ Una disciplina organica delle concessioni di lavori e di servizi si è avuto solamente con la direttiva 2014/23/UE, recepita nel nostro ordinamento, insieme ad altre due direttive ad essa strettamente correlate, nel d.lgs. n. 50/2016. Per un approfondimento, cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2005, pp. 1095-1126; G.D. COMPORTEI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, n. 6/2015.

⁵⁷ «Nella misura in cui [le concessioni] si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, le concessioni sono soggette alle norme conferenti del trattato CE e ai principi sanciti in materia della giurisprudenza della Corte» (punto 2, par. 1 della comunicazione interpretativa).

ritenuto al contrario che «se si considera che, a livello di interpretazione comunitaria, le domande di rinnovo o proroga di appalti o concessioni non possono dare luogo ad una procedura meno trasparente rispetto alle corrispondenti fattispecie di primo grado, si deve concludere nel senso della non praticabilità di ogni opzione interpretativa che, connotando l'istituto del diritto di insistenza di profili di chiaro contrasto con i superiori dettami europei, pretenda di conformare l'esercizio del diritto di cui all'articolo 36 del codice della navigazione di profili di privilegio in capo al concessionario, *sub specie* di sottrazione ad ogni forma di pubblicità per definizione pregiudiziale all'inaugurazione di una procedura realmente competitiva»⁵⁸.

Pertanto, per questa via il Consiglio di Stato – seguendo l'approccio “sostanzialistico” tipico del diritto europeo⁵⁹ – giunge a identificare l'elemento che impone all'amministrazione l'obbligo di avviare una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione di un bene demaniale: «l'occasione di guadagno»⁶⁰ che la gestione di un determinato bene pubblico garantirebbe a soggetti operanti sul mercato. Al fine di individuare una interpretazione comunitariamente orientata dell'articolo 37 del Codice della navigazione – da leggersi sempre in combinato disposto all'articolo 2, comma 1 del decreto-legge n. 400 del 1993, come novellato dall'articolo 10 della legge n. 88 del 2001

⁵⁸ Punto 3.3. del considerando in fatto e in diritto.

⁵⁹ Rispetto all'ordinamento interno, nel quale concessioni e autorizzazioni sono istituti concettualmente distinti, «si deve rilevare che la Corte [di Giustizia dell'Unione europea, *n.d.a.*], nel contesto della sua attività di controllo giurisdizionale, accoglie una concezione molto ampia di autorizzazione tale da ricomprendere tutti gli atti di consenso preventivo, a prescindere dal loro specifico regime giuridico e dalla sfera di discrezionalità riconosciuta all'amministrazione negli ordinamenti nazionali». In questi termini N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 314.

⁶⁰ «L'indifferenza comunitaria al *nomen* della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicitici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione» (punto 3.3 della sentenza). Di “logica dell'occasione di guadagno” parla 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*, Editoriale Scientifica, 2017, in particolare pp. 69 ss.

– il Consiglio di Stato finisce per inibire l’operatività del rinnovo automatico delle concessioni sui beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, applicando anche a queste la regola generale di cui al comma 1 del suddetto articolo, che prevede una valutazione comparativa in caso di concorso di più domande di concessione sul medesimo bene.

In un secondo interessante arresto giurisprudenziale su un caso analogo a quello oggetto della pronuncia testé richiamata, la V sezione del Consiglio di Stato⁶¹, nel riformare la sentenza di primo grado che annullava il provvedimento con il quale un Comune rivierasco aveva indetto una procedura ad evidenza pubblica per l’assegnazione di una concessione in scadenza, in applicazione della disposizione sul suo rinnovo automatico, aveva evidenziato che «l’interpretazione dell’art. 37 che privilegia l’esperienza della gara e comprime il diritto di insistenza deriva anche dall’esigenza di interpretare le norme conformemente ai principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, d’imparzialità e di trasparenza, essendo pacifico che tali principi, contrariamente a quanto deduce il TAR con l’impugnata sentenza, si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che si tratti di attività, suscettibile – come nella specie – di apprezzamento in termini economici»⁶². Pertanto, anche in questo caso, il diritto di insistenza deve considerarsi un mero criterio residuale, dovendo l’amministrazione premurarsi, in via ordinaria, di rendere nota la prossima scadenza di una concessione balneare e, in caso di concorso di più domande, svolgere una procedura competitiva, come prevede la regola generale di cui all’articolo 37, comma 1 del Codice della navigazione.

Le due sentenze richiamate dimostrano come un certo orientamento giurisprudenziale abbia contestato sin da subito il meccanismo normativo di rinnovo automatico introdotto nel 2001, in primo luogo interpretando estensivamente la comunicazione interpretativa della Commissione europea del 29 aprile 2000 fino a ricomprendervi anche le concessioni di beni demaniali suscettibili di apprezzamento economico; in secondo luogo, e di conseguenza, dando una interpretazione conforme ai principi del diritto europeo dell’articolo 37 del Codice della navigazione, che impone alle amministrazioni di

⁶¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

⁶² In questo senso un passaggio del considerando in diritto della sentenza.

preferire l'assegnazione delle concessioni balneari all'esito di una procedura ad evidenza pubblica piuttosto che il loro rinnovo automatico.

Le conclusioni alle quali è giunto il Consiglio di Stato nelle pronunce richiamate non sembrano, ad avviso di chi scrive, del tutto prive di profili problematici: se infatti, da un lato, appare condivisibile il dubbio che il Consiglio di Stato nutre in merito alla compatibilità con i principi europei di una disciplina nazionale che, tramite un sistema di rinnovi automatici delle concessioni, di fatto irrigidisce sensibilmente le barriere all'ingresso di quel mercato, dall'altro non appaiono altrettanto chiari i presupposti logico-giuridici con i quali il giudice amministrativo giustifica l'ingresso dei principi di diritto europeo in questo ambito.

Una prima questione sorge con riferimento alla riconduzione della disciplina delle concessioni di beni demaniali suscettibili di sfruttamento economico nell'ambito applicativo della comunicazione interpretativa della Commissione europea in materia di concessioni: sin dall'*incipit* della comunicazione, infatti, la Commissione sottolinea come la necessità di chiarire i principi applicabili alle concessioni derivi, innanzitutto, dall'ampio ricorso che a queste fanno gli Stati membri «per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura, come collegamenti ferroviari o una parte rilevante di quelli stradali», specificando, poco oltre, che l'oggetto del documento è, da un lato, l'indicazione delle norme particolari previste dalla direttiva 93/37/CEE per le concessioni di lavori pubblici e, dall'altro, le norme e i principi del trattato che si applicano a tutte le altre forme di concessione.

Inoltre, la comunicazione individua esplicitamente il suo ambito applicativo⁶³, dal quale restano esclusi, tra gli altri, anche «gli atti mediante i quali un'autorità pubblica [...] conced[e] un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica, e ciò anche qualora simili atti fossero considerati come concessioni in alcuni Stati membri», precisando nelle note che, a titolo esemplificativo, devono annoverarsi tra i suddetti atti «le concessioni di taxi o l'autorizzazione ad utilizzare la strada pubblica (edicole dei giornali, caffè all'aperto), gli atti riguardanti le farmacie, i distributori di benzina».

Alla luce del combinato disposto delle disposizioni richiamate, non pare così pacifica l'interpretazione estensiva che della comunicazione ha fatto il Consiglio di Stato al fine

⁶³ Punto 2.4 della comunicazione interpretativa.

di annoverarne nell'ambito applicativo anche le concessioni dei beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative. Infatti, sembra piuttosto che l'intervento della Commissione si proponesse il fine di ricondurre nell'alveo dei principi e delle regole in materia di contratti pubblici le concessioni di servizi, all'epoca sprovviste di una disciplina europea *ad hoc*, contrariamente alle concessioni di lavori, che erano state disciplinate dalla direttiva del 1993. Per corroborare questa tesi è possibile fare riferimento proprio alla richiamata disposizione del documento che delinea il suo ambito di applicazione, dal quale esclude fattispecie riconducibili anche alle concessioni di beni pubblici.

Una seconda questione riguarda, invece, l'interpretazione che dell'articolo 37 del Codice della navigazione ha dato il Consiglio di Stato nelle pronunce analizzate: l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo che grava sul giudice nazionale impone una lettura dell'articolo in esame che privilegi sempre una procedura ad evidenza pubblica nel caso di concorso di più domande di concessione di un bene demaniale marittimo per finalità turistico-ricreative, relegando a ipotesi residuale il rinnovo del titolo, qualora non vi siano altri soggetti interessati all'infuori del concessionario uscente.

Anche questa soluzione desta qualche perplessità, innanzitutto per le disposizioni richiamate: infatti, il Consiglio di Stato si concentra sull'articolo 37 del Codice della navigazione, ponendo in secondo piano la disposizione che disciplina il diritto di insistenza: mentre il decreto-legge n. 400, introducendo il diritto di insistenza, aveva interpolato l'articolo 37 del Codice, la legge n. 88 ha preferito modificare direttamente l'articolo 2 del decreto-legge n. 400, cristallizzando in questa sede la regola del rinnovo automatico delle concessioni balneari.

Questa scelta legislativa ha connotato anche sotto il profilo sistematico il rapporto tra regola ed eccezione che corre tra la disciplina generale in caso di concorso di domande per la concessione di un bene del demanio marittimo che, ai sensi dell'articolo 37, comma 1 del Codice, prevede un confronto competitivo tra gli operatori economici, e la disciplina particolare delle concessioni marittime per finalità turistico-ricreative, le quali "godono", alla scadenza, di un rinnovo sessennale, salvo la volontà contraria del concessionario uscente.

Pertanto, più che di interpretazione conforme al diritto europeo dell'articolo 37 del Codice della navigazione il Consiglio di Stato avrebbe dovuto decidersi per la

disapplicazione dell'articolo 10 della legge n. 88, che prevede la *lex specialis* di cui sopra, con la conseguente applicazione della *lex generalis* del confronto competitivo tra i soggetti interessati alla concessione.

Queste considerazioni mostrano in tutta evidenza le criticità che sono scaturite dalla scelta del legislatore di garantire maggiormente la posizione dei concessionari di questi beni, alzando barriere all'ingresso per i nuovi operatori economici, in un momento storico in cui con sempre maggiore forza prendeva spazio l'idea di un mercato unico europeo privo di misure anche latamente protezionistiche.

Al contrario, i giudici nazionali si sono mostrati precocemente sensibili a queste tematiche, giungendo tuttavia anche a interpretazioni non prive di criticità sotto il profilo logico-giuridico, pur di garantire l'applicazione del diritto europeo nell'ambito delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Come si avrà modo di analizzare in modo più approfondito nel Capitolo III, il ricorso allo strumento della disapplicazione ha creato una situazione di sostanziale stallo, non consentendo – come invece si auspicava – la predisposizione delle procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni scadute.

In questo scenario, la discrasia tra il diritto positivo e l'interpretazione giurisprudenziale si è riverberata inevitabilmente sulle situazioni giuridiche dei singoli concessionari, alimentando quell'incertezza che ha caratterizzato gli ultimi due decenni.

2. La procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea

Il clima di forte incertezza circa la riconducibilità della disciplina delle concessioni demaniali marittime ai medesimi principi che il diritto europeo riconosce in tema di concessioni di lavori e di servizi ha portato a diverse segnalazioni⁶⁴ alla Commissione europea che, ai sensi dell'articolo 258 TFUE, ha avviato nel 2008 una procedura di

⁶⁴ La problematica connessa alle distorsioni alla concorrenza, conseguenti alla durata e al rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, è stata evidenziata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, effettuata ai sensi dell'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

infrazione⁶⁵ nei confronti dell'Italia. Infatti, con una lettera di costituzione in mora notificata il 2 febbraio 2009, la Commissione ha eccepito la non conformità al diritto europeo dell'articolo 37, comma 2 del Codice della navigazione, nel quale è stato cristallizzato il c.d. diritto di insistenza, in combinato disposto con le disposizioni della legge regionale n. 22 del 2006 della Regione Friuli Venezia Giulia che, nel prevedere un piano di utilizzazione delle aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, ripropongono a livello regionale il suddetto principio.

Il parametro di riferimento adottato dalla Commissione – è bene sottolineare sin d'ora questo aspetto, sul quale si tornerà nel prosieguo – è il principio di libertà di stabilimento, cristallizzato all'articolo 49 TFUE – ex articolo 43 TCE – il quale può essere legittimamente derogato solamente nelle ipotesi di cui agli articoli 51 e 52 TFUE⁶⁶ e sempre «nel rispetto del principio di proporzionalità». Secondo la Commissione, il diritto

⁶⁵ Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908. Com'è noto, la procedura di infrazione è uno strumento con il quale la Commissione, su istanza di parte, ovvero d'ufficio, verifica il rispetto del diritto europeo da parte degli Stati membri. La procedura, ai sensi degli artt. 258 TFUE e ss., si compone di una prima fase, detta di precontenzioso, e di una seconda fase, solamente eventuale, di contenzioso innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Quando la Commissione europea rileva la violazione di una norma UE, procede all'invio di una lettera di messa in mora, concedendo allo Stato un termine di due mesi entro il quale presentare le proprie osservazioni: qualora lo Stato membro non risponda alla lettera di messa in mora entro il termine, ovvero fornisca alla Commissione risposte non soddisfacenti, quest'ultima può adottare un parere motivato con cui cristallizza l'inadempimento contestato e diffida lo Stato a porvi fine entro un dato termine. Nel caso in cui lo Stato non si adegui al contenuto del parere motivato entro il termine indicato, la Commissione può presentare ricorso innanzi alla Corte di Giustizia, dando inizio alla fase c.d. contenziosa, nella quale sarà la Corte a dover accertare, tramite sentenza, la sussistenza della violazione del diritto europeo da parte dello Stato membro. L'aspetto forse più interessante e peculiare della disciplina della procedura di infrazione, è che la Commissione ha un potere discrezionale molto ampio, quasi "politico" nell'esercizio di questa funzione, dal momento che la scelta di avviare o meno una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro non è giustiziabile innanzi a un'autorità giudiziaria (cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale*, VIII ed., Giappichelli, 2019, p. 348 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Cedam, 2012, p. 272 ss.

⁶⁶ Ex artt. 45 e 46 TCE, considerando che quando la Commissione notifica la lettera di messa in mora non era ancora in vigore il Trattato di Lisbona.

di insistenza configurerebbe indirettamente⁶⁷ una violazione del principio di libertà di stabilimento, dal momento che, limitando notevolmente l'accesso al settore, impedirebbe in sostanza l'ingresso a imprese con sede in uno Stato membro.

A seguito di questi rilievi, il legislatore italiano è intervenuto con l'articolo 1, comma 18 del decreto-legge n. 194 del 2009, il quale ha disposto l'abrogazione del secondo periodo del secondo comma dell'articolo 37 del Codice della navigazione e, con esso, del diritto di insistenza. Nello stesso comma il legislatore ha, però, previsto la proroga delle concessioni in scadenza al 31 dicembre 2012, nelle more di una riforma organica della disciplina di settore⁶⁸.

Questo intervento legislativo è stato giudicato dalla Commissione sufficiente a garantire il principio di libertà di stabilimento e, pertanto, la procedura d'infrazione è stata archiviata.

Tuttavia, in sede di conversione del decreto-legge è stato inserito un richiamo all'articolo 1, comma 2 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 il quale, a seguito della novella del 2001, prevedeva il rinnovo automatico delle concessioni ogni sei anni per la stessa durata, salvo volontà contraria del concessionario uscente. È evidente che l'emendamento in questione avrebbe annullato alla radice l'effetto dell'abrogazione del diritto di insistenza – sarebbe stato infatti paradossale aver abolito la preferenza per il

⁶⁷ Secondo il consueto approccio sostanziale delle Istituzioni europee, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha costantemente affermato che «il principio di parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato» (cfr. sentenza 13 luglio 1993, *Commerzbank*, C-330/91, punto 14).

⁶⁸ «[...] 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 [...] 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, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data»

concessionario uscente in sede di rinnovo, mantenendo una disposizione che prevede il rinnovo automatico *tout court* di tutte le concessioni balneari ogni sei anni – ed era altrettanto prevedibile che la Commissione europea sarebbe nuovamente intervenuta.

Difatti, il 5 maggio 2010 la Commissione europea ha notificato all'Italia una lettera di messa in mora complementare, sempre nell'ambito della procedura d'infrazione avviata due anni prima, nella quale rileva, appunto, come l'emendamento inserito nella legge di conversione del decreto-legge – la legge 26 febbraio 2010, n. 25 – non consenta di superare le già rilevate questioni di conformità al diritto europeo della disciplina nazionale in materia delle concessioni balneari.

Tuttavia, nel documento in esame la Commissione europea introduce ulteriori elementi di frizione con il diritto europeo: oltre a richiamare l'incompatibilità tra una disciplina nazionale di rinnovo automatico delle concessioni a favore dei concessionari uscenti e il principio di libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE, la Corte sottolinea anche la violazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Difatti, questo articolo prevede che, qualora le autorizzazioni per una determinata attività siano limitate per la scarsità delle risorse naturali – ovvero per la capacità tecniche utilizzabili – è necessario prevedere una procedura ad evidenza pubblica per la loro assegnazione, atta a garantire i principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Ebbene, la Commissione ritiene che «le concessioni di beni pubblici marittimi di cui si tratta nella presente procedura costituiscano autorizzazioni il cui numero è limitato ai sensi dell'articolo 12 della direttiva servizi» e che «anche se per ipotesi si dovesse ritenere che l'articolo 12 della direttiva servizi non dovesse essere applicato nel caso di specie, è chiaro che [...] le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico italiano, che prevedono la possibilità di un rinnovo di concessioni marittimo a favore dell'operatore uscente, devono essere considerate contrarie al principio di libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE»⁶⁹. In conclusione, si chiede nuovamente al Governo di procedere in senso conforme a quanto evidenziato, rimuovendo il rinvio normativo che vanificherebbe l'abrogazione del diritto di insistenza.

⁶⁹ Così la Commissione nella lettera di costituzione in mora complementare del 2010, par. III, pp. 3-4, consultabile sul web.

In seguito ai rilievi della Commissione, il legislatore interviene nuovamente sul punto con la legge 15 dicembre 2011, n. 217 la quale, all'articolo 11, comma 1, lettera a), elimina la previsione del rinnovo automatico allo scadere delle concessioni, delegando allo stesso tempo il Governo a adottare, entro quindici mesi, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. Inoltre, con un diverso intervento normativo, la proroga al 31 dicembre 2012 delle concessioni in scadenza viene posticipata al 31 dicembre 2015, così da consentire l'effettivo esercizio della delega.

Questi interventi sono stato giudicati dalla Commissione idonei per risolvere le criticità riscontrate e, conseguentemente, per chiudere la procedura di infrazione, che infatti si conclude con un provvedimento di archiviazione il 27 febbraio 2012.

Se, da un lato, la delega prevista dalla legge n. 217 è scaduta senza essere stata esercitata, dall'altro, con l'art. 34-*duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 la suddetta proroga è stata ulteriormente estesa sino al 31 dicembre 2020.

Volendo tirare le somme del lungo e travagliato periodo ricostruito in questo paragrafo, che ha visto un confronto serrato e continue “negoziazioni” tra la Commissione europea e il Governo italiano, si può affermare che l'articolo 18 del decreto-legge n. 194 del 2009 ha istituito temporaneamente un doppio regime: da un lato, infatti, la disposizione ha introdotto un confronto competitivo tra operatori economici per l'assegnazione delle nuove concessioni; dall'altro, invece, ha previsto una proroga – poi più volte reiterata⁷⁰ – della durata delle concessioni in essere, nelle more di una riforma complessiva della materia, 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. Una riforma che, tuttavia, non è stata ancora pienamente realizzata.

Posto, dunque, che per l'attribuzione in concessione di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative sui quali in precedenza non insisteva una concessione di questo tipo – o che, per una qualunque ragione, non è stata rinnovata o è stata revocata – è

⁷⁰ In argomento, cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, cit, n. 2/2013, pp. 437 ss.; S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. LAMI, C.A. NEBBIA COLOMBA, S. VILLAMENA, *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, ebook, 2010, pp. 86 ss.

necessario svolgere una procedura selettiva ad evidenza pubblica, che garantisca l'imparzialità e la trasparenza nella scelta del concessionario, il problema si pone con riferimento alla proroga della scadenza di quelle, invece, già assegnate. In particolare, il combinato disposto tra la scelta del legislatore di optare per una proroga generalizzata, senza distinzioni tra le situazioni giuridiche soggettive dei concessionari – anche sensibilmente diverse tra loro – e la sua costante reiterazione, nell'attesa di una riforma del settore più volte annunciata e mai realizzata, ha portato nuovamente alla luce la questione di compatibilità con il diritto europeo, non più sotto il profilo del diritto di insistenza, bensì sotto quello della legittimità della proroga.

Prima di addentrarsi nella disamina della sentenza *Promoimpresa e Melis* della Corte di Giustizia, è cruciale concentrarsi sull'analisi – seppur limitata ai profili che intersecano il tema di ricerca – della direttiva servizi, dal momento che la riconduzione delle concessione di beni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative al suo ambito di applicazione comporta una indubbia limitazione della discrezionalità del legislatore italiano circa l'adeguamento del settore al diritto europeo.

3. La direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. direttiva Bolkestein

La direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 – nel prosieguo anche “direttiva servizi”, ovvero “direttiva Bolkestein”⁷¹ – relativa ai servizi nel mercato interno ha visto la luce al termine di un lungo e complesso *iter* legislativo e costituisce un compromesso tra coloro che auspicavano la massima liberalizzazione della prestazione dei servizi all'interno dell'Unione e coloro che, invece, vedevano in ciò una eccessiva compressione di altri diritti, riconducibili, *lato sensu*, al novero dei diritti sociali⁷².

⁷¹ Dal nome del Commissario europeo per il mercato interno Frederik Bolkestein che ne è stato promotore.

⁷² Cfr. F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 17 ss. Si rimanda, inoltre, a F. TIRIO, *La regolazione dopo la direttiva servizi*, Giappichelli, Torino, 2016; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009.

La direttiva servizi si pone l'obiettivo di armonizzare le legislazioni nazionali al fine di agevolare la libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e la libera circolazione dei servizi all'interno del mercato unico europeo⁷³, dal momento che il settore dei servizi è considerato nevralgico per lo sviluppo dell'Unione e per la progressiva integrazione tra i Paesi che ne sono parte⁷⁴.

Per realizzare questo ambizioso obiettivo, la direttiva è costruita con una logica onnicomprensiva, salve determinate eccezioni: difatti, la disciplina in essa contenuta si applica a tutti i servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro, fatta eccezione per le attività tassativamente elencate all'articolo 2, paragrafo 2⁷⁵. Anche sotto il profilo definitorio, l'intento del legislatore europeo è quello di ricomprendere all'interno dell'ambito applicativo della direttiva la più ampia gamma di attività qualificabili come servizi, nonché tutti i soggetti che possono esserne i prestatori, dal momento che per servizi si intende «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione» e per prestatori «qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o qualsiasi persona giuridica di cui

⁷³ Mentre la libertà di stabilimento implica il trasferimento del prestatore in un diverso Stato membro rispetto a quello d'origine (anche, ad esempio, tramite l'apertura di una sede secondaria), la libera circolazione dei servizi comprende i casi in cui il prestatore, pur restando nello Stato membro d'origine, effettui in un diverso Stato una o più prestazioni. Sulla libertà di stabilimento cfr. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, mentre sulla libertà prestazione dei servizi cfr. R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, entrambi in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁷⁴ Questo aspetto è subito reso esplicito nei primi considerando della direttiva, ove si legge che «l'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra Stati membri costituisce uno strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei e per promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo» (considerando n. 1) e che «i servizi costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri, ma la frammentazione del mercato interno si ripercuote negativamente sul complesso dell'economia europea» (considerando n. 4).

⁷⁵ A titolo d'esempio, si possono citare i servizi non economici d'interesse generale, i servizi finanziari, i servizi nel settore dei trasporti, i servizi sanitari. Per queste attività, il legislatore europeo ha ritenuto prevalenti altri principi rispetto a quelli che reggono il mercato unico europeo e, pertanto, li ha sottratti all'applicazione della direttiva servizi.

all'articolo 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio»⁷⁶.

Anche per quanto concerne i regimi autorizzatori cui gli Stati membri possono subordinare lo svolgimento di una certa attività di prestazione di servizi, la direttiva contiene previsioni ben precise. Difatti, dopo aver fornito – anche in questo caso – una ampia definizione di regimi autorizzatori⁷⁷, la direttiva prevede che gli Stati membri possano subordinare l'accesso ad una certa attività ad un regime autorizzatorio solamente se questo non è discriminatorio nei confronti dei prestatori, se sussiste un motivo imperativo di interesse generale⁷⁸ e vi è proporzionalità tra la tutela di quest'ultimo e la scelta del regime autorizzatorio da parte dello Stato.

Inoltre, è prevista una regola particolare nei casi in cui il numero delle autorizzazioni sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili: in questi casi l'articolo 12 prescrive, infatti, agli Stati membri di applicare «una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, una adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

Alla luce di quanto detto, appare più chiaro, “a valle”, il ragionamento logico-giuridico che ha portato la Commissione europea nella lettera di messa in mora complementare del 2010 a sostenere che l'Italia, inserendo nella legge di conversione del decreto-legge n. 194 il rinvio alla disposizione che conteneva il rinnovo automatico delle concessioni, non

⁷⁶ Art. 4 della direttiva, rubricato «Definizioni», par. 1, n. 1) e 2).

⁷⁷ «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» (art. 4, par. 1, n. 6).

⁷⁸ Tra questi rientrano, sempre secondo la definizione datane dalla direttiva, quelli «riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale».

avrebbe più violato solamente il principio di libertà di stabilimento ma anche l'articolo 12 della direttiva servizi⁷⁹.

“A monte”, invece, l'automatismo con il quale la Commissione ha ricompreso la disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative nell'ambito applicativo della direttiva servizi e, sussistendone le caratteristiche, nell'articolo 12 ha completamente stravolto il rapporto tra la concessione del bene demaniale e l'attività che su di esso si può svolgere elaborato dalla dottrina italiana sin da tempo risalente.

È nota, infatti, la distinzione proposta da Giannini in materia di concessioni di beni pubblici tra concessioni di produzione e concessioni di cosa: nel primo caso, a venire in risalto sarebbe «non il bene in sé, quanto l'uso del bene a fini produttivi»⁸⁰, mentre, nel secondo caso, il bene andrebbe inteso «quale ambito spaziale dell'attività del concessionario, ossia come cosa»⁸¹. Alla prima categoria Giannini riconduce, ad esempio, le concessioni minerarie, ovvero quelle di derivazione idrica, mentre alla seconda le concessioni del demanio marittimo: per quanto concerne queste ultime, secondo l'insegnamento di Giannini, l'interesse pubblico si sostanzierebbe nell'«esserci di queste attività dei privati, non alle attività in quanto tali»⁸².

Pertanto, per tradizione, le concessioni del demanio marittimo – anche quelle a finalità turistico-ricreative – non sono mai state percepite nell'ordinamento italiano come concessioni produttive, dal momento che non è l'attività in sé che svolgerà il concessionario ad essere centrale, bensì la concessione del bene stesso, sul quale il privato potrà svolgere determinate attività, conformemente alla destinazione d'uso del bene e nel rispetto dell'interesse pubblico. Il ragionamento della Commissione europea, invece, è

⁷⁹ Infatti, il termine triennale per il recepimento della direttiva era scaduto alla fine del 2019 e l'Italia vi ha poi ottemperato con il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, il quale, in sostanza, traduce in lingua italiana il contenuto della direttiva, secondo un approccio metodologico ampiamente utilizzato dal nostro legislatore, che tuttavia risulta spesso foriero di complessi problemi interpretativi e denota una scarsa propensione dell'assemblea parlamentare a recepire virtuosamente – adattandole alle peculiarità dell'ordinamento nazionale – le direttive europee.

⁸⁰ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Mario Bulzoni editore, Roma, 1963, p. 115.

⁸¹ *Ibidem*, p. 118.

⁸² *Ibidem*, p. 118.

esattamente l'opposto: dal momento che il concessionario del bene demaniale marittimo eserciterà una certa attività riconducibile al settore dei servizi, allora deve applicarsi la direttiva servizi, al fine di garantire il dialogo competitivo tra gli operatori economici.

L'approccio sostanzialistico della Commissione ha comportato in questo caso un mutamento del paradigma tradizionale con il quale la disciplina normativa, la dottrina e la giurisprudenza erano soliti considerare le concessioni dei beni demaniali, mutamento che avrebbe dovuto, ad avviso di chi scrive, essere rilevato con maggiore chiarezza dal legislatore italiano e posto al centro di una seria e sistematica riflessione, al fine di evitare l'*impasse* dell'ultimo decennio.

In ogni caso, a fronte della lettera di messa in mora complementare, il legislatore italiano ha abolito sia il diritto di insistenza, sia la disposizione che prevedeva il rinnovo tacito del titolo concessorio, introducendo, allo stesso tempo, un regime di proroga per avere il tempo di riformare organicamente il settore. Questo nuovo assetto, che astrattamente potrebbe considerarsi conforme al diritto europeo, è stato nuovamente messo in discussione dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, destinataria di alcuni rinvii pregiudiziali da parte dei giudici amministrativi.

4. La disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Nonostante il punto di equilibrio raggiunto con l'archiviazione della procedura d'infrazione complementare, la disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è tornata ben presto al centro di una questione di compatibilità con il diritto europeo, questa volta innanzi alla Corte di Giustizia.

Infatti, due Tribunali Amministrativi Regionali hanno ritenuto opportuno ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale per porre all'attenzione del giudice europeo l'articolo 18 del decreto-legge n. 194 del 2009, contenente il regime di proroga delle concessioni in scadenza – in origine sino al 2012, poi reiterato al 2015 e, successivamente, al 2020 – nelle more della riforma del settore.

Come è stato rilevato da attenta dottrina⁸³, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è giunto inatteso, dal momento che, da un lato, la Commissione era a conoscenza del regime di proroga introdotto con l'articolo 18 sin dalla procedura d'infrazione del 2008 ed è ragionevole ritenere che l'abbia avvallato, almeno implicitamente; dall'altro, la disposizione in esame è stata assunta dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa come parametro per valutare la legittimità di alcune disposizioni dell'ordinamento interno.

Sotto quest'ultimo profilo, volendo esemplificare, si potrebbero richiamare la sentenza 4 luglio 2011, n. 213, con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto chiaramente nella proroga di cui all'articolo 18 del decreto-legge n. 194 una «disciplina di carattere transitorio» e che «la finalità del legislatore è stata [...] quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nella more del riordino della materia». È dunque evidente che la Corte costituzionale ha riconosciuto in questo passaggio la *ratio* dell'articolo 18, che «ha una chiarissima finalità compensativa della lesione dell'affidamento ingenerato dalla norma abrogata»⁸⁴, ossia del diritto di insistenza, in virtù del quale i concessionari potevano fare riferimento su un titolo pressoché perpetuo.

Proprio sulla base del ragionamento della Corte costituzionale appena evidenziato, il Consiglio di Stato, sezione VI, nella sentenza 27 dicembre 2012, n. 6682 si è spinto sino a escludere che la proroga cristallizzata all'articolo 18 contrasti con i principi di cui agli articoli 49 e 106 TFUE, che saranno poi proprio i parametri richiamati dai giudici remittenti in uno dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia. Inoltre, sempre nella stessa sentenza il Consiglio di Stato esclude anche il carattere *self-executing* dell'articolo

⁸³ Cfr. M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare, cit., pp. 364 ss; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *giustamm.it*, n. 10/2015.

⁸⁴ M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare, cit., p. 365.

12 della direttiva servizi, dal momento che «non presenta i caratteri della direttiva dettagliata e particolareggiata»⁸⁵.

Per queste ragioni il rinvio pregiudiziale giunge inatteso, segnando una brusca virata rispetto ad un orientamento giurisprudenziale – non solo del giudice amministrativo, ma condiviso anche dalla Corte costituzionale – che riteneva il regime di proroga compatibile con i principi europei.

4.1. L'oggetto dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia e quello della Sardegna rinviano pregiudizialmente alla Corte di Giustizia questioni concernenti la compatibilità con il diritto europeo della disciplina di proroga *ex lege*, proponendo, tuttavia, parametri differenti.

Il T.A.R. Lombardia⁸⁶, infatti, nell'ambito di una controversia che vedeva una società titolare di una concessione lacuale per finalità turistico-ricreativa richiedere al giudice l'applicazione della proroga prevista dall'articolo 18 del decreto-legge n. 194 a fronte della decisione delle pubbliche autorità di indire una procedura ad evidenza pubblica per il suo rinnovo, rinvia pregiudizialmente la questione ai giudici europei indicando, quali parametri, i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, cristallizzati agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE.

Il T.A.R. Sardegna⁸⁷, invece, adito per una analoga controversia, concernente le doglianze di alcuni concessionari per l'approvazione, da parte degli enti territoriali competenti, di un nuovo piano per l'utilizzazione del demanio marittimo da parte degli enti territoriali competenti, nel quale si prevedeva l'assegnazione delle nuove concessioni all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, rinvia pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia. Anche in questo caso, i ricorrenti rammentavano la vigenza del regime

⁸⁵ L'attribuzione della natura *self-executing* all'articolo 12 della direttiva servizi ha assunto una posizione contrale nel dibattito (soprattutto giurisprudenziale) che si è sviluppato successivamente alla pronuncia *Promoimpresa e Melis* intorno alla compatibilità tra la disciplina di proroga e il diritto europeo. L'argomento verrà trattato approfonditamente nel Capitolo III, §§ 7 ss.

⁸⁶ T.A.R. Lombardia, Sez. IV, ordinanza 5 marzo 2014, n. 2401.

⁸⁷ T.A.R. Sardegna, Sez. I, ordinanza 28 gennaio 2015, n. 224.

di proroga del termine delle concessioni in scadenza e il Tribunale amministrativo sardo ha deciso di rimettere in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia, dubitando della compatibilità del suddetto regime di proroga non solo con i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, ma anche con l'articolo 12 della direttiva servizi.

Come è facile notare, la non omogeneità dei rinvii pregiudiziali è indicativa di una incertezza di fondo: se per il T.A.R. Lombardia è “sufficiente” richiedere alla Corte di Lussemburgo la compatibilità della proroga *ex lege* con i principi del trattato prima richiamati⁸⁸, il T.A.R. Sardegna introduce anche un giudizio di compatibilità con l'articolo 12 della direttiva servizi, spostando il baricentro della questione sulla riconducibilità della disciplina in materia di concessioni balneari nell'ambito applicativo della direttiva servizi per il mercato interno.

Le due questioni pregiudiziali sono state riunite e trattate congiuntamente dalla Corte di Giustizia, nella tanto nota quanto discussa sentenza *Promoimpresa e Melis*.

4.2. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 e i principi enucleati dalla Corte

Questa sentenza costituisce, per l'Italia, l'unica pronuncia giurisprudenziale della Corte di Giustizia sul tema, ma rappresenta un punto importante per comprendere gli aspetti di frizione tra la disciplina italiana di proroga della scadenza delle concessioni balneari e il diritto europeo, attraverso l'analisi dell'*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte e dei principi cristallizzati nella sentenza.

In essa, infatti, sono enucleati i principi di diritto che hanno costituito l'ossatura dell'orientamento prevalente della successiva giurisprudenza amministrativa italiana che, ad avviso di chi scrive, sovente ne ha dato una interpretazione troppo rigida.

⁸⁸ Dello stesso avviso anche il Consiglio di Stato, Sez. VI che, lo stesso anno, con l'ordinanza 14 agosto, n. 3936, ha sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, questione pregiudiziale sulla medesima materia, limitatamente ai principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza.

Innanzitutto, la Corte di Giustizia si è espressa sull'inquadramento delle concessioni demaniali marittime nell'ottica del diritto europeo: dal momento che le concessioni sono oggetto di diverse direttive europee – da ultimo, la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione – il punto di partenza della Corte è quello di individuare la disciplina ad esse applicabile.

Il considerando n. 15 della succitata direttiva del 2014 in materia di concessione, prevede esplicitamente che «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»⁸⁹.

Già da una interpretazione letterale della disposizione si evince che le concessioni demaniali non rientrano nell'ambito applicativo della direttiva in materia di concessioni, dal momento che l'amministrazione «fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici» nel momento in cui assegna il bene in concessione al privato, il quale si obbliga a utilizzarlo nei limiti concordati con l'amministrazione e a corrispondere a questa un canone periodico.

L'analisi dei giudici del Lussemburgo si sposta, dunque, sulla qualificazione delle concessioni demaniali marittime come autorizzazioni, ai sensi della direttiva servizi. Dal combinato disposto dell'articolo 4, n. 6)⁹⁰ della direttiva servizi, ove si definisce che un regime di autorizzazione consiste nell'obbligo di un prestatore di servizi di rivolgersi

⁸⁹ Che continua specificando che «Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore».

⁹⁰ «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».

all'autorità competente per ottenere una decisione favorevole all'accesso ad una attività di servizi, e del considerando n. 39⁹¹, nel quale si specifica che nella nozione di regime di autorizzazione dovrebbero rientrarvi anche le concessioni, la Corte conclude che «tali concessioni [quelle demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative *n.d.a.*] possono quindi essere qualificate come “autorizzazioni”, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica»⁹².

Come già osservato, il diritto europeo e la Corte di Giustizia come suo interprete valorizzano una concezione sostanziale degli istituti rispetto alla qualificazione formale che li caratterizza nei singoli ordinamenti nazionali, al fine di garantire l'effettiva applicazione del diritto europeo. Nel caso in esame, ancorché l'ordinamento nazionale italiano riconosca alle autorizzazioni e alle concessioni natura ed effetti diversi, i due istituti sono equiparati per l'applicazione della direttiva servizi.

La Corte, poi, concentra l'attenzione sull'articolo 12 della direttiva, recante «Selezione tra diversi candidati», il quale prevede, al comma 1, 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», mentre al comma 2 specifica che «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».

⁹¹ «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni [...]».

⁹² Punto 41 della sentenza *Promoimpresa*, nella quale si specifica, altresì, che «nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28)» (punto 47).

Le concessioni demaniali marittime, sottolinea la Corte, «riguardano risorse naturali ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, dato che le aree demaniali in questione sono situate o sulle rive del Lago di Garda o sulle coste marittime italiane», mentre per quanto concerne il riconoscimento della loro scarsità, che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'articolo 12 della direttiva, il giudice europeo afferma esplicitamente che tale valutazione spetta al giudice nazionale. È quest'ultimo che deve valutare se le concessioni sono in numero limitato, considerando altresì il fatto che sono rilasciate a livello comunale e non nazionale.

Questo profilo risulta essere di importanza fondamentale, dal momento che è partendo dall'assunto della scarsità delle concessioni demaniali marittime che deriva l'applicazione della disciplina contenuta nell'articolo 12 della direttiva. Ancorché la Corte di Giustizia abbia rimesso al giudice nazionale – in prima battuta, al giudice amministrativo – la valutazione circa la sussistenza di questo presupposto, non è facile riscontrare nella giurisprudenza nazionale successiva alla sentenza *Promoimpresa* una riflessione approfondita su questo aspetto, che viene considerato, invece, come “tipico” di questa tipologia di concessioni.

Su questo aspetto, l'atteggiamento che si riscontra nell'orientamento maggioritario del giudice amministrativo è più vicino a quello che, sul medesimo profilo, aveva espresso l'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni, prodromiche alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016. Szpunar aveva affrontato questo aspetto, considerando la limitatezza delle risorse naturali potenzialmente oggetto di concessioni demaniali marittime come un loro tratto caratteristico, specialmente perché rilasciate, in Italia, a livello comunale⁹³. Contrariamente a questa impostazione, la Corte ha preferito adottare un approccio meno netto, rimettendo esplicitamente ai giudici nazionali la valutazione della limitatezza o meno delle concessioni demaniali marittime.

⁹³ Così l'avvocato generale ai punti 71 e 72 delle conclusioni: «Rilevo che, come risulta dalle decisioni di rinvio, le autorizzazioni di cui trattasi nel caso di specie sono state rilasciate a livello comunale e il loro numero è limitato. Le aree demaniali situate sulla riva del lago o sulle coste marittime e che possono costituire oggetto di sfruttamento economico all'interno di un determinato comune sono ovviamente limitate e, pertanto, possono essere qualificate come «risorse naturali scarse» ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123».

Se, pertanto, si considerano scarse le risorse naturali che possono essere oggetto di concessioni demaniali marittime, queste devono essere assegnate in concessione all'esito di una procedura di selezione tra operatori economici che deve presentare le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonché una adeguata pubblicità. Ne consegue, sottolinea la Corte, che «una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123»⁹⁴. Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, una proroga generalizzata della scadenza delle concessioni, introdotta tramite uno strumento normativo, equivarrebbe ad un loro rinnovo automatico, espressamente vietato dall'articolo 12, paragrafo 2. La proroga generalizzata, così come il rinnovo automatico, nella sostanza, non consentirebbero di svolgere una selezione tra gli operatori economici con le caratteristiche cristallizzate nella disposizione citata.

Su questo aspetto, attenta dottrina ha sin da subito evidenziato qualche perplessità⁹⁵, stante la diversa *ratio* tra i due istituti: difatti, mentre il rinnovo automatico è volto ad attribuire un evidente vantaggio ai concessionari, finendo per consentire una sorta di perpetuità del titolo concessorio, la proroga ha, invece, finalità compensativa. In questo caso, la tutela del legittimo affidamento dei concessionari, che avevano effettuato investimenti confidando su un regime giuridico che attribuiva particolare stabilità al titolo concessorio e che consentirebbe loro di ammortizzare le spese.

Il tema del legittimo affidamento, tuttavia, non è ignorato dalla Corte di Giustizia, la quale, però, lo interpreta diversamente rispetto al Governo italiano, costituitosi a difesa della normativa di proroga – sostenendo, nella sostanza, quanto illustrato nel precedente capoverso. Infatti, la Corte rileva che «l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale» ma che «si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali»⁹⁶. In altre parole, il legittimo

⁹⁴ Punto 50 della sentenza.

⁹⁵ M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare, cit., pp. 364 ss.

⁹⁶ Punti 53 e 54 della sentenza.

affidamento degli attuali concessionari può venire in rilievo solamente nel momento di stabilire le regole della procedura di selezione e non per escluderla *tout court*.

Sviluppando questo ragionamento, il giudice europeo condivide quanto sostenuto dall'avvocato generale nelle sue conclusioni – segnatamente ai punti 92 e 93 – ossia che «una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti»⁹⁷. Ne consegue che una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni in questione non può essere invocata legittimamente a giustificazione della tutela del legittimo affidamento dei concessionari.

Anche sotto questo aspetto, si registra nella giurisprudenza nazionale la mancanza di una puntuale riflessione sulla sussistenza “caso per caso” del legittimo affidamento in capo al concessionario uscente, che cede il passo ad una generale avversione nei confronti dell'istituto della proroga⁹⁸ e a un disconoscimento altrettanto generalizzato del legittimo affidamento⁹⁹.

Un altro aspetto affrontato nella sentenza *Promoimpresa* concerne il rapporto tra le fonti del diritto europeo: nella causa C-458/14, infatti, il T.A.R. aveva posto alla Corte di Giustizia la questione di compatibilità della normativa di proroga con quanto previsto agli artt. 49, 56 e 106 TFUE – che cristallizzano, rispettivamente, il diritto di stabilimento, la tutela della concorrenza e il divieto di discriminazione tra imprese – impegnando il giudice europeo a pronunciarsi sul rapporto tra le fonti primarie del diritto europeo – ossia le disposizioni contenute nei Trattati – e quelle secondarie, tra cui vi sono le direttive.

⁹⁷ Punto 56 della sentenza.

⁹⁸ Tuttavia, è bene precisare che questo specifico profilo coinvolge in modo particolare le argomentazioni addotte in giudizio dalla parte che ha interesse alla conservazione del titolo concessorio e, dunque, alla applicazione della disciplina di proroga. In altre parole, stante il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, una attenta riflessione sulla sussistenza, caso per caso, dei presupposti legittimanti il legittimo affidamento dei concessionari avrebbe dovuto essere posta all'attenzione del giudice amministrativo, in primo luogo, dalla parte processuale che ne avrebbe tratto vantaggio.

⁹⁹ Capitolo III, § 4.2.

Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia concorda con quanto sostenuto dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, ossia che qualora un settore sia stato oggetto di una armonizzazione esaustiva a livello dell'Unione europea, i provvedimenti nazionali in materia devono essere valutati alla luce delle disposizioni di detta misura di armonizzazione e non in base a quelle del diritto primario. Ad esempio, nella sentenza *Rina Services*¹⁰⁰, il giudice europeo ha statuito che la direttiva 2006/123/CE ha realizzato una armonizzazione esaustiva per i servizi che rientrano nel proprio ambito applicativo, con riferimento, in particolare, all'articolo 14, recante un elenco di requisiti vietati ai quali non può essere subordinato l'accesso alle attività di servizi. L'avvocato generale prima e la Corte di Giustizia poi, ritengono che una siffatta armonizzazione sia stata realizzata anche con riferimento agli articoli da 9 a 13, dovendosi, dunque, verificare la compatibilità dei provvedimenti nazionali direttamente con questi, senza ricorrere al diritto primario.

Risulta evidente come una conclusione siffatta riduca sensibilmente la discrezionalità degli Stati membri nel prevedere misure atte a modulare variamente l'applicazione di quanto previsto dalla direttiva servizi, ad esempio prevedendo una disciplina transitoria: la procedura selettiva di cui all'art. 12 andrebbe, dunque, applicata immediatamente.

Continuando nel suo argomentare su questo aspetto, la Corte evidenzia come la questione della compatibilità della disciplina nazionale di proroga con i principi dei Trattati si ponga solamente nel caso in cui si ritenesse non applicabile l'articolo 12 della direttiva servizi, circostanza che – è bene ricordare – secondo il giudice europeo spetta ai giudici italiani stabilire. Qualora l'articolo 12 non fosse applicabile per difetto del requisito della scarsità delle risorse naturali, la Corte afferma che «è stato dichiarato che le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare»¹⁰¹, specialmente nel caso in cui la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo.

¹⁰⁰ Sentenza 16 giugno 2015, *Rina Services*, C-593/13, punti 37 e 38.

¹⁰¹ Punto 64 della sentenza *Promoimpresa*. Cfr. in senso conforme anche la sentenza del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punti 57 e 58, nonché la giurisprudenza ivi citata.

Infatti, qualora una determinata concessione, per le sue caratteristiche, presenti un tale interesse, «la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione»¹⁰². Così procedendo, lo Stato membro violerebbe il diritto di stabilimento, cristallizzato all'art. 49 TFUE.

Volendo giungere ad una sintesi di quest'ultimo ragionamento, la Corte di Giustizia afferma che – anche – l'articolo 12 della direttiva servizi deve interpretarsi nel senso che ha realizzato la completa armonizzazione della materia, per cui i provvedimenti nazionali devono essere giudicati con riferimento a quanto in esso previsto, senza il ricorso alle fonti primarie. Qualora i giudici nazionali ritengano non applicabile il suddetto articolo al caso delle concessioni demaniali marittime – giudicando non scarse le risorse naturali sulle quali insistono – l'attribuzione dei titoli concessori senza alcuna procedura selettiva si porrebbe in contrasto con l'art. 49 TFUE, limitatamente, però, alle ipotesi in cui una determinata concessione presentasse un interesse transfrontaliero certo.

Pertanto, in presenza delle condizioni sopra evidenziate, la Corte prospetta un “doppio binario”: affidamento diretto – o, comunque, ampia discrezionalità dello Stato membro – delle concessioni di interesse meramente locale; procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni caratterizzate da un interesse transfrontaliero certo¹⁰³.

Centrale è la tematica delle conseguenze della prospettata violazione, da parte della disciplina nazionale di proroga automatica e generalizzata, del diritto europeo: difatti, come si avrà modo di analizzare dettagliatamente nel prossimo capitolo, nel caso in cui una disposizione nazionale contrasti con il diritto europeo trovano applicazione diversi

¹⁰² Punto 65 della sentenza *Promoimpresa*. Cfr. in tal senso, anche le sentenze 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punti 59 e 60, nonché 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, punto 37.

¹⁰³ La nozione di interesse transfrontaliero certo è di natura pretoria e presenta confini incerti, ancorché la Corte di Giustizia individua alcuni requisiti per la sua sussistenza: «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 (cfr., 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)».

meccanismi volti a garantire la primazia di quest'ultimo sugli ordinamenti degli Stati membri, diversamente modulati in base alla fonte di diritto europeo.

È noto, infatti, che il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea¹⁰⁴ attribuisce ai regolamenti diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali e agli Stati membri è fatto divieto di trasporre il contenuto in atti normativi nazionali. In caso di contrasto tra una disposizione di un regolamento europeo e una disposizione normativa di diritto interno, è pacifico che il giudice – e, prima ancora, la pubblica amministrazione competente – debba disapplicare la seconda in favore della prima.

Per quanto concerne le direttive, invece, la questione è più complessa: questo strumento normativo, infatti, vincola gli Stati che ne sono destinatari a conformare il proprio ordinamento al suo contenuto entro un certo termine, lasciando loro un margine di discrezionalità sulla scelta delle modalità più idonee per tale scopo: ne consegue che, in caso di violazione del suddetto obbligo, di regola non è possibile disapplicare la disposizione interna che contrasta con la direttiva, potendo invece azionare altri strumenti previsti dall'ordinamento europeo e nazionale.

Tuttavia, in via pretoria la Corte di Giustizia ha esteso lo strumento della disapplicazione anche a quest'ultima ipotesi, a condizione che le disposizioni della direttiva che si ritengono violate siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate: in questi casi si parla di effetto diretto – o di natura *self-executing* –, con riferimento ad una qualità di singole disposizioni contenute nelle direttive¹⁰⁵.

Nella sentenza *Promoimpresa e Melis* questo specifico aspetto, che presenta indubbe e importanti ricadute applicative, deve essere oggetto di particolare attenzione. Mentre nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar si sostiene esplicitamente che la disposizione di cui all'articolo 12 della direttiva servizi avrebbe natura *self-executing*, dettagliando gli obblighi che derivano dagli articoli 49 e 56 TFUE, cui la giurisprudenza

¹⁰⁴ Articolo 288 TFUE.

¹⁰⁵ L'attribuzione dell'effetto diretto ad alcune disposizioni dei Trattati e delle direttive è di natura pretoria e prende avvio con la nota sentenza *Van Gend & Loos* (cfr. Capitolo III, nota n. 211).

della Corte di Giustizia ha riconosciuto effetto diretto¹⁰⁶, nella sentenza *Promoimpresa* non si ritrovano riferimenti in tal senso.

La Corte, da un lato, sostiene che la direttiva servizi abbia realizzato una armonizzazione completa nel settore della prestazione di servizi nel mercato interno e, pertanto, che la compatibilità tra una misura nazionale e la direttiva debba essere valutata in riferimento a quest'ultima, senza allargare la disamina ai principi cristallizzati nei Trattati; dall'altro, però, non si spinge a sostenere esplicitamente che l'articolo 12 della direttiva abbia natura *self-executing*, concludendo che la disposizione deve essere interpretata «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», sempre che i giudici nazionali ritengano sussistenti i presupposti previsti per la sua applicazione.

Se così non fosse, comunque, la Corte ritiene applicabile l'art. 49 TFUE, che 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» seppur «nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

¹⁰⁶ «In ogni caso, osservo che le disposizioni dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 concretizzano gli obblighi che derivavano già dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, in materia di rilascio di concessioni e di autorizzazioni relative ad attività di servizi».

Orbene, dalla giurisprudenza risulta che le libertà fondamentali sancite dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE sono dotate di effetto diretto, nel senso che possono essere direttamente invocate in una controversia che coinvolga rapporti contrattuali, al fine di consentire l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza.

Il medesimo effetto diretto dev'essere pertanto riconosciuto all'articolo 12 della direttiva 2006/123, il quale concretizza tali principi» (punti 108-110 delle conclusioni dell'avvocato generale).

Per un approfondimento della giurisprudenza che riconosce l'effetto diretto agli artt. 49 e 56 TFUE, cfr. sentenze *Telaustria* e *Telefonadress* (C-324/98, EU:C:2000:669, punti da 60 a 62); *ASM Brescia* (C-347/06, EU:C:2008:416, punti 69 e 70), nonché *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736, punto 40).

5. La reazione del legislatore nazionale alla sentenza della Corte di giustizia e l'attuale situazione nei rapporti con l'Unione europea

All'indomani della sentenza della Corte di Giustizia si è posta nuovamente, dunque, la questione della legittimità della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2020 – prevista in un decreto-legge in quel momento non ancora convertito – che ha richiesto un intervento da parte del legislatore italiano.

Difatti, in sede di conversione del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, recante «Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio» con la legge 7 agosto 2016, n. 160, è stato inserito l'art. 24, comma 3-*septies*, il quale conferma l'estensione della proroga della scadenza delle concessioni in essere al 2020, cristallizzata nell'articolo 34-*duodecies* del decreto-legge n. 179 del 2012.

Il legislatore ha motivato tale scelta specificando che la conferma della proroga si è resa necessaria «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 senza soluzione di continuità»: di fatto, a meno di un mese dalla pronuncia della sentenza *Promoimpresa e Melis*, il Parlamento italiano ha deciso di proseguire nel segno delle proroghe generali e automatiche, in netto contrasto con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia.

Tale contrapposizione è divenuta ancora più acuta ed evidente con l'articolo 1, comma 682¹⁰⁷, della legge n. 145 del 2018 (legge finanziaria per il 2019), con il quale la scadenza

¹⁰⁷ «Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 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». Nella stessa legge finanziaria, al co. 675, si prevede «al fine 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» l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria «su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province

delle concessioni demaniali marittime è stata ulteriormente prorogata sino al 31 dicembre 2033: in questo caso si è addirittura abbandonato lo schema ormai consolidato che prevedeva il rinnovo della proroga ogni tre o quattro anni, optando per la definizione di un arco temporale – decisamente – più lungo.

Anche la legislazione emergenziale conseguente alla pandemia da Covid-19 ha confermato la linea della proroga generalizzata, motivata nel caso specifico dalla necessità di tutelare il settore del turismo balneare che ha risentito dell'impatto dell'emergenza sanitaria. In particolare, l'articolo 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 ha statuito che, fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dalla legge finanziaria per il 2019 – ossia la proroga delle concessioni sino al 2033 – 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'articolo 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».

A fronte della perseveranza che ha caratterizzato gli interventi del Parlamento nel prorogare il termine delle concessioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi da parte del legislatore italiano, la Commissione europea ha inviato all'Italia in data 3 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 258 TFUE, una lettera di costituzione in mora, avente ad oggetto il contrasto tra la recente proroga fino al 2033 e la sentenza della Corte di Giustizia del 2016.

La Commissione Europea ha, dunque, dato avvio alla prima fase della procedura di infrazione a carico dello Stato italiano, in relazione alla disciplina di cui all'articolo 1, commi 692 e 683, della legge n. 145/2018, sottolineando 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

autonome» nel quale siano fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime. Sembra quasi superflua la precisazione che il suddetto d.p.c.m. non è stato mai adottato.

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 due mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato»¹⁰⁸.

Nonostante la nuova messa in mora dell'Italia, il legislatore non è sembrato particolarmente solerte nell'avviare la riforma del settore, tant'è che nello schema di disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 – ai sensi dell'articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99 – presentato il 2 novembre in Parlamento non vi è traccia di una delega al governo nel senso indicato. Il DDL¹⁰⁹, nella sua versione originaria, si limita a prevedere, all'articolo 2 (recante «Delega per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici», una delega al Governo per 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. 281¹¹⁰, 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».

Una ricognizione, dunque, di tutti i beni pubblici oggetto di concessioni a favore di privati – un obiettivo, pertanto, ben più arduo rispetto alla mappatura limitata ai beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreativi – finalizzata alla costituzione di una banca dati gestita dal Ministero dell'economia e delle finanze e volta all'attuazione dei

¹⁰⁸ La procedura di infrazione risulta tutt'ora pendente innanzi alla Commissione europea, ma il fatto che non vi sia stato ancora un seguito può essere interpretato nel senso che potrebbe essere in corso un “dialogo” informale con il Governo italiano; inoltre, le recenti pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria (Capitolo III, §§ 6 ss.) e la riforma contenuta nel DDL per la concorrenza e il mercato per il 2021 potrebbero aver contribuito ad una sostanziale sospensione del procedimento, avendo la Commissione ricevuto garanzie circa l'adeguamento della normativa nazionale in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con il diritto europeo.

¹⁰⁹ DDL S. 2469.

¹¹⁰ L'art. 8, co. 1 del d.lgs. 281 del 1997 prevede che «La Conferenza Stato - città ed autonomie locali è unificata per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunità montane, con la Conferenza Stato - regioni». Si tratta della c.d. Conferenza unificata.

principi di trasparenza e pubblicità. Tra i criteri cui dovrà attenersi la ricognizione delegata al Governo, spiccano quelli concernenti la «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» di cui alla lettera c) dell'articolo 2 del DDL.

Ancora una volta il legislatore si è mostrato in forte difficoltà nel predisporre una riforma organica del settore e ancora una volta è dalla giurisprudenza che arriva un'ulteriore scossa tellurica al sistema delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: infatti, l'Adunanza plenaria si è pronunciata il 9 novembre 2021 con due sentenze “gemelle” che hanno assegnato alle pubbliche amministrazioni competenti il termine del 31 dicembre 2023 per svolgere le procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni prorogate. In realtà, il suddetto termine è assegnato principalmente al legislatore per predisporre le basi normative necessarie per consentire alle amministrazioni di svolgere le gare con alcuni criteri generali comuni all'intero territorio nazionale.

Il contenuto di queste due pronunce sarà oggetto di una ampia trattazione del prossimo capitolo per via dell'impatto che hanno avuto nel settore ma in questa sede è opportuno evidenziare che i principi di diritto enunciati nelle suddette pronunce sono stati sostanzialmente riprodotti all'interno del DDL della legge annuale per la concorrenza e il mercato per il 2021¹¹¹ con un emendamento dell'Esecutivo¹¹² che, oltre a confermare –

¹¹¹ Il testo del DDL, corredato dagli emendamenti proposti, è consultabile nel sito del Senato della Repubblica (www.senato.it).

¹¹² L'emendamento in questione introdurrebbe dopo l'articolo 2 del DDL concorrenza (recante «Delega al Governo per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici») gli articoli 2-*bis* («Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative») e 2-*ter* («Delega in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative»). Nel testo proposto dalla Commissione

come statuito dalla Plenaria – l’efficacia di tutte le concessioni oggetto di proroga sino al 31 dicembre 2023¹¹³ – delega il Governo anche ad adottare uno o più decreti legislativi – previa acquisizione dell’intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano – volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, sulla base di alcuni principi e criteri direttivi, tra cui si evidenziano l’affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive improntate ai principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità; l’adeguato anticipo con il quale devono essere avviate le suddette procedure rispetto alla scadenza delle concessioni; la valorizzazione, ai fini della scelta del concessionario, dell’esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all’attività oggetto di concessione o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici; l’adeguata considerazione degli investimenti effettuati dai concessionari uscenti, del valore aziendale dell’impresa e dei beni materiali e immateriali di cui si compone.

Dal momento che il suddetto emendamento è stato proposto dal Governo, com’era prevedibile è stato approvato con un’ampia maggioranza in sede di votazione al Senato; tuttavia, la questione circa l’effettivo esercizio della delega sarà attribuita all’esecutivo, che per quanto sia attualmente sostenuto da una ampia maggioranza parlamentare, anche su questo aspetto presenta al proprio interno sensibili divergenze di posizioni.

Proprio a causa di queste incertezze, difficilmente superabili – pare evidente – con lo strumento della disapplicazione, che si protraggono da ormai due decenni e che sono venute alla luce con sempre maggiore intensità a partire dalla procedura di infrazione del 2008, sarebbe stato opportuno – o potrebbe esserlo in futuro, specialmente nel caso in cui la riforma non dovesse giungere al termine nemmeno questa volta – interessare la Corte costituzionale, nei termini di cui si parlerà nel Capitolo III.

industria, commercio e turismo al Senato e approvato dall’Assemblea, i suddetti articoli sono diventati i nn. 3 e 4.

¹¹³ Ma, se sussistono i presupposti di cui all’articolo 3, comma 3 il suddetto termine può essere prorogato, con provvedimento motivato dell’amministrazione competente, sino al 31 dicembre 2024.

6. Considerazioni

È evidente l'inadeguatezza della disciplina nazionale in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, che già da diversi decenni ha mostrato l'urgenza di una riforma organica capace, innanzitutto, di interpretare la vocazione turistico-imprenditoriale di questa categoria di beni pubblici, come già ammoniva Benvenuti circa sessant'anni orsono.

Gli interventi particolari e spesso non coordinati che hanno modificato singole disposizioni settoriali hanno creato un *corpus* normativo disarticolato, che riflette sensibilità differenti, riconducibili a diversi periodi storici e se a ciò si aggiunge la previsione del c.d. diritto di insistenza si ottiene quel disorganico articolato di disposizioni che attende una riforma sistematica.

In questo panorama, i titolari delle concessioni balneari hanno prima visto consolidarsi giuridicamente la propria posizione con l'introduzione del c.d. diritto di insistenza negli anni Novanta del secolo scorso e, più di recente, beneficiato del regime di proroga nell'attesa di una riforma della disciplina di settore, al dichiarato fine di consentire loro di non perdere gli investimenti realizzati sul presupposto della stabilità del titolo concessorio.

Il fatto che la disciplina di proroga sia stata giudicata non conforme al diritto europeo sia dalla Corte di Giustizia che dalla giurisprudenza amministrativa ma che, allo stesso tempo, sia stata a più riprese confermata dal legislatore, suggerisce di concentrare l'attenzione sull'affidamento ingenerato nei concessionari dalle scelte legislative. In altre parole, ci si interroga sulla possibilità di qualificare questo affidamento come legittimo, con le conseguenze che ne deriverebbero sul piano giuridico.

È importante evidenziare che la Corte di Giustizia ha comunque considerato il legittimo affidamento – principio che si è sviluppato, per come lo conosciamo oggi, nel diritto europeo sin dai primi decenni dell'allora Comunità – dei concessionari, ritenendolo sussistente e meritevole di tutela giuridica a condizione che sia effettuata una valutazione caso per caso al fine di dimostrare che il concessionario avesse ragionevolmente riposto l'affidamento sul fatto di poter godere della concessione balneare per un tempo più lungo e, di conseguenza, abbia effettuato investimenti non ancora ammortizzati.

Al contrario, il giudice amministrativo italiano ha tendenzialmente escluso in via generale il legittimo affidamento dei concessionari, interpretando restrittivamente la pronuncia del giudice europeo al punto tale – forse – da discostarsene. Questo orientamento è stato in parte rivisto dalle pronunce gemelle dell’Adunanza Plenaria che, nel suggerire alle pubbliche amministrazioni e ancor più al legislatore l’opportunità di considerare, in sede di predisposizione dei criteri di gara, anche il legittimo affidamento – nei termini che saranno oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo – dei concessionari uscenti, sembra essere ritornata sui binari tracciati dalla sentenza *Promoimpresa e Melis*.

CAPITOLO III
IL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO E IL
SUO RUOLO NELLA GIURISPRUDENZA DEL
CONSIGLIO DI STATO IN MATERIA DI CONCESSIONI
DEL DEMANIO MARITTIMO PER FINALITÀ
TURISTICO-RICREATIVE

PARTE I

IL LEGITTIMO AFFIDAMENTO TRA ORDINAMENTO EUROPEO
E NAZIONALE E LA SUA INTERPRETAZIONE DOPO LA
SENTENZA *PROPOIMPRESA E MELIS*

SOMMARIO: 1. Il principio di legittimo affidamento: considerazioni introduttive; 2. L'estensione del principio dal diritto privato al diritto pubblico (cenni); 2.1. L'affermazione del principio del legittimo affidamento nel diritto europeo; 2.2. (segue) e nell'ordinamento italiano; 2.3. Gli elementi costitutivi del legittimo affidamento e la tecnica di bilanciamento utilizzata dal giudice amministrativo; 3. L'interpretazione del principio del legittimo affidamento nella sentenza *Promoimpresa e Melis*, con particolare riferimento al suo rapporto con le proroghe ex lege delle concessioni (rinvio); 4. La sentenza del Consiglio di Stato 18 novembre 2019, n. 7874 come "manifesto" dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario successivo alla sentenza *Promoimpresa e Melis*; 4.1. I profili di maggior interesse: l'illegittimità "derivata" delle disposizioni di proroga generalizzata della scadenza delle concessioni; 4.2. (segue): il principio del legittimo affidamento dei concessionari nell'ottica europea; 4.3. (segue): la natura del provvedimento di proroga, i termini di impugnazione e per l'esercizio del potere di autotutela; 5. Riflessioni di sintesi

1. Il principio di legittimo affidamento: considerazioni introduttive

Il principio di legittimo affidamento riveste nel diritto pubblico ormai «un rilievo primario, tanto da essere proclamato dalla Corte costituzionale come uno dei valori

portanti dell'ordinamento e da essere riconosciuto dalla giurisprudenza come uno dei canoni essenziali dell'azione amministrativa»¹¹⁴.

Il principio ricopre un ruolo di primo piano anche nel dibattito intorno al contrasto tra la normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e il diritto europeo, dal momento che una larga parte – forse la maggior parte – delle tesi volte a negare o comunque a ridimensionare tale contrasto, elaborate sia dalla dottrina, sia in generale dall'opinione pubblica, ruotano intorno ad esso.

Si sostiene, infatti, che l'immediata messa a bando delle concessioni già assegnate che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina di proroga del termine di scadenza lederebbe l'affidamento degli attuali titolari, che hanno confidato di poter continuare a utilizzare il bene demaniale sino alla scadenza del nuovo termine, prorogato, da ultimo, dalla legge n. 145 del 2018, c.d. legge finanziaria per il 2019.

Questa è, in estrema sintesi, l'obiezione ricorrente che viene avanzata da una parte della dottrina pubblicistica, da una parte dell'opinione pubblica, nonché da un orientamento – seppur minoritario – della giurisprudenza amministrativa a sostegno – in modo più o meno radicale – della legittimità della normativa nazionale di proroga che, di fatto, inibisce temporaneamente lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni.

Inoltre, a ben vedere, anche coloro i quali propendono per la tesi secondo cui la disciplina di proroga si porrebbe in contrasto con il diritto europeo, mostrano una certa sensibilità nei confronti dell'affidamento dei concessionari uscenti, interrogandosi sulla sua rilevanza sotto il profilo giuridico.

È opportuno evidenziare, infatti, che il principio del legittimo affidamento è anche un principio di diritto europeo e che, quindi, dovrebbe poter trovare applicazione nel caso in esame, correttamente bilanciato con gli altri principi che regolano la materia.

¹¹⁴ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2018, p. 121. L'Autore evidenzia che la Corte costituzionale ha qualificato il principio di legittimo affidamento come «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (Corte Cost., 17 dicembre 1985, n. 349), mentre il Consiglio di Stato lo ha annoverato tra i principi generali dell'attività amministrativa, cristallizzati all'art. 1, l. 241/1990, alla luce del rinvio mobile ai «principi dell'ordinamento comunitario» ivi previsto (Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811).

Tuttavia, sotto il profilo giuridico, non ogni tipo di affidamento al mantenimento di un determinato assetto di interessi è meritevole di tutela ma solamente l'affidamento qualificato come legittimo.

La centralità del principio di legittimo affidamento in materia è testimoniata anche dalle pronunce del Consiglio di Stato che, chiamato sovente a pronunciarsi sul rapporto tra affidamento e apertura del settore alle regole della concorrenza, ne ha dato una lettura costante a favore di quest'ultimo. È interessante notare, altresì, come la Corte costituzionale, chiamata anch'essa a più riprese a pronunciarsi sulla legislazione regionale in materia di concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative¹¹⁵, non si sia occupata se non indirettamente di questo profilo, sebbene vi sia una consolidata giurisprudenza della Corte sul principio di legittimo affidamento.

Nel presente Capitolo si intende ragionare sulla configurabilità del principio del legittimo affidamento in capo ai concessionari che beneficiano della proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e sulla lettura che ne ha dato la giurisprudenza amministrativa. Prima, però, appare opportuno delineare i tratti essenziali del principio di legittimo affidamento e osservarne l'evoluzione.

2. L'estensione del principio dal diritto privato al diritto pubblico (cenni)

Il principio del legittimo affidamento vede la sua genesi e la sua applicazione tradizionale nel diritto privato, come corollario della buona fede, un principio generale sancito in più disposizioni del Codice civile e, in particolare, all'art. 1175, che impone a entrambe le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi «secondo le regole della correttezza»¹¹⁶.

Il principio di buona fede innerva sicuramente i rapporti obbligatori tra privati, stante l'esplicita previsione normativa, ma è da considerarsi pacificamente applicabile all'intera materia contrattuale. Inoltre, attenta dottrina ha rilevato che il principio di buona fede troverebbe il proprio fondamento nel principio solidaristico cristallizzato all'articolo 2

¹¹⁵ Si rinvia alla nota n. 151.

¹¹⁶ M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Giappichelli, 2010, pp. 235 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Giuffrè, 2017, pp. 397 ss.

della Costituzione con la fondamentale conseguenza che la sua interpretazione non sarebbe limitata al versante negativo, riconducibile al principio del *neminem alterum non laedere*, ma sarebbe possibile riconoscerne anche un versante attivo¹¹⁷.

In altre parole, nell'interpretazione che riconduce il principio di buona fede non solo alla disciplina del Codice civile ma anche all'articolo 2 della Costituzione, il principio di legittimo affidamento è stato valorizzato anche sotto un diverso profilo rispetto a quello tradizionale, secondo cui nell'esercizio del proprio diritto il soggetto agente deve valutare che la propria azione non comporti un eccessivo sacrificio per i contrapposti interessi della controparte¹¹⁸. Ciò è vero non solo limitatamente alle parti legate da un vincolo contrattuale ma si estende alla generalità dei consociati nei rispettivi rapporti con terzi.

Nel diritto privato, inoltre, il principio di buona fede conosce due declinazioni, talché si parla di buona fede in senso soggettivo e in senso oggettivo, intendendo la prima come uno stato psicologico nel quale si trova il soggetto che crede erroneamente di agire conformemente a quanto previsto dall'ordinamento, mentre con la seconda accezione si vuole rappresentare una regola di condotta, ossia l'adesione del soggetto al paradigma normativo previsto dall'ordinamento¹¹⁹.

I due profili del principio di buona fede evidenziati – l'ambito di applicazione e la sua qualificazione in senso soggettivo, ovvero oggettivo – sono quelli di maggior interesse per il diritto pubblico, dal momento che determinano una maggiore o minore capacità del principio di condizionare l'esercizio del potere pubblico da parte della pubblica

¹¹⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, in R. NICOLÒ, F. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Studi di diritto civile*, Milano, 1969, p. 174; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 25.

¹¹⁸ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998, in particolare note 11 e 12.

¹¹⁹ Attenta dottrina ha plasticamente evidenziato la dicotomia tra le due concezioni di buona fede, affermando che «Almeno nell'ordinamento italiano, esistono due concetti positivamente rilevanti di buona fede: il comportarsi *secondo buona fede* e *l'essere in buona fede* sono due cose profondamente diverse che hanno in comune, per un accidente linguistico, una medesima espressione. Si tende pertanto a distinguere una nozione di buona fede *oggettiva* che esprime una regola di condotta, da una nozione di buona fede *soggettiva* che si riferisce ad una situazione psicologica di ignoranza o di errore tutelata, in determinati casi, dall'ordinamento giuridico» F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, 1970, p. 120.

amministrazione – in cui, è evidente, tendenzialmente non vi è un rapporto contrattuale con i consociati – che dovrà tenere conto del legittimo affidamento ingenerato nell’esercizio dell’azione amministrativa nei confronti degli amministrati.

Per quanto concerne l’ambito di applicazione del principio in esame, la teoria secondo la quale il principio di buona fede sarebbe sussumibile nel più generale principio solidaristico di cui all’articolo 2 della Costituzione ha permesso alla buona fede di assurgere a principio generale dell’ordinamento, mentre tra le due nozioni di buona fede da assumere a paradigma nel diritto amministrativo, la dottrina ha ritenuto più adeguata quella in senso oggettivo, che identifica una regola di condotta valevole per la pubblica amministrazione e per i privati¹²⁰.

In una prima fase e per lungo tempo vi è stata una netta separazione tra diritto civile e diritto amministrativo, tanto che quest’ultimo costituiva un *corpus* di regole volte a garantire all’amministrazione una posizione di preminenza rispetto ai singoli amministrati, nella convinzione che questa fosse la scelta migliore per tutelare gli interessi collettivi cui l’amministrazione è preposta.

Più recentemente e secondo una visione più moderna del diritto amministrativo e del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino¹²¹, la barriera tra diritto civile e diritto amministrativo è andata via via assottigliandosi sino a consentire la permeabilità tra le due branche del diritto¹²², nella quale si inserisce anche il principio di buona fede e il legittimo affidamento, come suo corollario.

¹²⁰ Di questo avviso F. MERUSI, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, p. 224; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, 1993, pp. 460-461; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 145-151.

¹²¹ La concezione moderna della pubblica amministrazione e del suo rapporto con i cittadini è il risultato di una evoluzione storica che parte da lontano e che passa attraverso la “giurisdicizzazione” dell’azione amministrativa, la Costituzione repubblicana, che riconosce in capo ai singoli alcuni diritti fondamentali, nonché l’influsso del diritto europeo nell’ordinamento nazionale.

¹²² Sul rapporto tra diritto privato e pubblico, si rinvia, *ex multis*, a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 736; N. BOBBIO, *La grande dicotomia, in Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, in particolare pp. 145 ss; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit.; M. D’ALBERTI, *Diritto*

2.1. L'affermazione del principio del legittimo affidamento nel diritto europeo

Il principio del legittimo affidamento si è affermato nel diritto europeo grazie alla Corte di Giustizia che, in via pretoria, lo ha riconosciuto già nelle sue prime pronunce¹²³. La prima pronuncia nella quale il principio fa la sua comparsa è la sentenza *Algera* del 1957, nella quale la Corte ha affermato che «un atto amministrativo [adottato dall'allora CECA, n.d.a.] creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal senso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio di certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola»¹²⁴.

Benché in principio la Corte avesse riconosciuto il legittimo affidamento ingenerato negli amministrati quale limite alla revoca di un provvedimento legittimo – escludendo implicitamente, pertanto, la sua operatività nel caso di un provvedimento illegittimo sul quale l'amministrazione decida di intervenire in autotutela – con successive sentenze il legittimo affidamento è stata inserito tra i principi dei Trattati istitutivi dell'allora Comunità europea, garantendogli una applicazione generale¹²⁵.

amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2012, pp. 1019 ss.

¹²³ Cfr. A. BROWN, *A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration*, Oxford University Press, 2017; R. THOMAS, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oregon Hart Publishing, 2000; K. MOLDÉN, *The protection of legitimate expectations in European Community law*, Jure, 1998.

¹²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Dineke Algera e a. c. Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*.

¹²⁵ Non c'è affatto da stupirsi che la Corte di Giustizia, nella sentenza *Algera*, faccia riferimento ai diritti soggettivi in capo ai destinatari dei provvedimenti amministrativi, dal momento che la figura dell'interesse legittimo costituisce una peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano. Per un approfondimento sull'interesse legittimo, nella letteratura molto ampia, si rimanda a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Maggioli, 2017.

In particolare, con la sentenza *Topfer*¹²⁶ del 1978, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il principio del legittimo affidamento «fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario», conferendogli cogenza giuridica e, di conseguenza, affermando che la sua inosservanza integra una violazione dei principi cristallizzati nei Trattati istitutivi o, più in generale, delle disposizioni concernenti la sua applicazione. Ancora più esplicitamente, qualche anno più tardi la Corte affermerà che «il principio di tutela del legittimo affidamento rientra tra i principi fondamentali della Comunità»¹²⁷, estendendone l'applicazione non più soltanto all'amministrazione europea ma anche a tutti i soggetti chiamati all'attuazione del diritto europeo – dunque, *in primis*, gli Stati membri¹²⁸: gli organi nazionali, dunque, devono tenere in considerazione le situazioni di legittimo interesse ingenerate dall'attuazione del diritto europeo¹²⁹.

Nonostante il principio del legittimo affidamento, nella sua dimensione europea, conservi alcune caratteristiche proprie della sua origine tedesca e prima fra tutte lo stretto legame con il principio di certezza del diritto, inizia ben presto a presentare tratti peculiari, che saranno successivamente condivisi nella sua elaborazione da parte della dottrina e

¹²⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa C-112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Topfer & Co. c. Commissione delle Comunità europee*.

¹²⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 5 maggio 1981, C-112/80, *Firma Anton Durbeck c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*.

¹²⁸ La Corte ha osservato, infatti, che il principio di legittimo affidamento trova applicazione anche nei confronti degli Stati membri nell'attuazione delle direttive europee. In particolare, con la sentenza 3 dicembre 1998, *Belgocodex*, C-381/97, la Corte ha affermato che «i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e devono essere rispettati dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie».

¹²⁹ Un ragionamento analogo deve farsi per il diritto interno, dal momento che sarebbe irragionevole applicare il principio della tutela del legittimo affidamento a situazioni giuridiche soggettive formatesi in attuazione del diritto europeo e non a quelle costituite in attuazione di quello nazionale. A sostegno di questa affermazione vi è anche la considerazione che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno elaborato riflessioni intorno al legittimo affidamento parallelamente alle pronunce della Corte di Giustizia, convergendo ad un certo punto intorno ad una concezione del legittimo affidamento comune a entrambe.

della giurisprudenza italiane. In particolare, nella sentenza *S.N.U.P.A.T.*¹³⁰ del 1961, la Corte di Giustizia ha statuito che il principio di certezza del diritto deve essere applicato in combinato disposto con il principio di legalità e la valutazione su quale dei due principi debba prevalere non può essere condotta in estratto, bensì di volta in volta nel caso concreto.

Viene dunque in luce la necessità di bilanciamento tra l'interesse pubblico e gli interessi privati coinvolti nel caso concreto che deve guidare la decisione dell'amministrazione – e, eventualmente, del giudice amministrativo – e che caratterizza la dimensione nazionale del principio del legittimo affidamento¹³¹, come si avrà modo di analizzare nel successivo paragrafo.

Ritengo sia opportuno evidenziare che il principio del legittimo affidamento, forse per via anche di questa sua dimensione “relativista”, che impone all'interprete di bilanciare ogni volta, in concreto, i diversi interessi coinvolti e valutare quali far prevalere, è oggetto di interpretazioni diverse ed è difficile rintracciare un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia se non con riferimento ai suoi tratti essenziali. Pertanto, si può affermare che la mutevolezza che caratterizza il principio ne ha in parte condizionato l'applicazione, rispetto ad altri principi, maggiormente consolidati e dai confini più nitidi.

2.2. (segue) e nell'ordinamento italiano

Così come nel diritto europeo, anche nell'ordinamento italiano il principio del legittimo affidamento nel diritto amministrativo vede la sua genesi nella giurisprudenza: infatti, già negli anni Cinquanta il giudice amministrativo inizia a sostenere in alcune

¹³⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T. c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite C-42/59 e 49/59.

¹³¹ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2018, p. 130, ove l'Autore afferma che «la garanzia dell'affidamento, nei rapporti con il potere amministrativo, è rappresentata primariamente dalla necessità, per l'amministrazione, di procedere a una ponderazione dell'interesse del cittadino, quando l'esercizio del potere amministrativo possa sacrificare il suo affidamento».

pronunce¹³², aventi ad oggetto il potere di autotutela decisoria, che l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della pubblica amministrazione non sarebbe legittimo se fondato sul solo presupposto del ripristino della legalità violata dal provvedimento. L'amministrazione dovrebbe – sempre secondo questo orientamento – considerare anche l'attualità dell'interesse pubblico all'esercizio del potere di autotutela, bilanciandolo con l'eventuale posizione di vantaggio consolidatasi nel tempo in capo al destinatario¹³³. In altre parole, il decorso del tempo dal momento dell'adozione del provvedimento si riverbera – limitandola – sulla possibilità per l'amministrazione di esercitare su quel provvedimento il potere di autotutela, dal momento che è idoneo a generare in capo al destinatario del provvedimento un affidamento circa la sua stabilità.

Tuttavia, una parte autorevole della dottrina dell'epoca è, comunque, contraria all'estensione del principio di buona fede e, dunque, di quello del legittimo affidamento del privato quale suo corollario al diritto amministrativo: in particolare, Guicciardi ritiene che la buona fede si identifichi con il concetto di interesse pubblico e, di conseguenza, che la prima «sarebbe già insita nell'obbligo dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, perché la realizzazione di quest'ultimo presupporrebbe che si debba

¹³² Principalmente in materia edilizia (cfr. su tutte, Cons. Stato, sez. V, n. 8/1960, in *Foro Amm.*, 1960, I, pp. 45 ss) ma anche, ad esempio, sul contenzioso in materia di pubblico impiego, all'epoca in regime di diritto pubblico e, dunque, sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, n. 121/1956, in *Foro Amm.*, 1956, I, 3, pp. 213 ss).

¹³³ Per un accurato approfondimento sulla fase iniziale dell'applicazione del principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza amministrativa, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2005, pp. 846 ss. Tra i primi commentatori di questo filone giurisprudenziale vi è stato anche E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 89, il quale ha sostenuto che, sebbene non vi fosse un termine per l'esercizio del potere di autotutela nei confronti di un provvedimento amministrativo, doveva comunque ammettersi che «quando il vizio dell'atto venga rilevato dopo un intervallo di tempo lunghissimo dalla sua emanazione, l'autorità amministrativa possa, in qualche caso, fare una valutazione comparativa tra il danno che deriva all'interesse pubblico dall'originaria invalidità dell'atto, e quello che allo stesso interesse pubblico deriverebbe dal turbamento di una situazione ormai da tempo consolidata, e rinunciare quindi eventualmente all'attuazione del controllo repressivo, che potrebbe a sua volta risultare viziato per eccesso di potere». Tuttavia, è opportuno evidenziare che il ragionamento di Guicciardi è incentrato sull'interesse pubblico e non tanto sull'affidamento del destinatario del provvedimento alla sua stabilità.

tenere conto anche della buona fede del soggetto agente»¹³⁴. La teoria guicciardiana risente di una visione tradizionale del rapporto tra amministrazione pubblica e amministrati, secondo cui la prima si porrebbe in una posizione di preminenza rispetto ai secondi, dal momento che il fine dell'azione amministrativa sarebbe quello della tutela di interessi pubblici.

Quest'ultima considerazione è alla base di una seconda critica mossa nei confronti del riconoscimento del principio di buona fede nel diritto amministrativo: a fronte della matrice civilistica del suddetto principio, esso sarebbe applicabile esclusivamente ai negozi bilaterali e non invece all'esercizio del potere autoritativo che connota l'azione amministrativa.

Tuttavia, l'introduzione e l'affermazione, da un lato, di moduli consensuali di esercizio del potere pubblico a fianco del tradizionale modello autoritativo e, dall'altro, la dequotazione della concezione tradizionale della pubblica amministrazione che la vedeva in una posizione di preminenza rispetto ai singoli amministrati, hanno contribuito a consentire al principio di affermarsi anche nel diritto amministrativo.

Un'altra parte della dottrina ritiene, invece, applicabile il principio di buona fede e, dunque, di legittimo affidamento al diritto amministrativo, rintracciandone il fondamento nel canone di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione¹³⁵: secondo questa teoria, nella realizzazione della funzione amministrativa la pubblica amministrazione e i privati sarebbero chiamati a collaborare proprio alla luce del principio di buona fede, il quale si concretizzerebbe «in doveri di rispetto e cooperazione, nel divieto di *venire contra factum*

¹³⁴ Così F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 41, che è critico nei confronti di questa teoria, «perché, considerando l'interesse pubblico (che è già di per sé un concetto indeterminato) un parametro generale di giudizio dell'attività amministrativa, lo si identifica con l'interesse soggettivo dell'amministrazione decidente. Erroneamente si considera equivalente l'interesse pubblico con quello soggettivo della pubblica amministrazione, sul presupposto che questa sia l'unica parte in grado di determinare il modo corretto di regolamentazione degli interessi» (*ibidem*). Cfr. inoltre F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 115.

¹³⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 57.

proprium o di agire dolosamente, in limitazioni alla revocabilità degli atti amministrativi e in doveri di informazione e soccorso»¹³⁶.

Altra dottrina, invece, fonda l'applicabilità del principio di buona fede nel diritto amministrativo sulla base dell'art. 2 della Costituzione e, in particolare, sull'obbligo di solidarietà in esso cristallizzato, che si sostanzia nel dovere di agire senza recare un danno ad altri e che riguarderebbe tutti i soggetti dell'ordinamento, compresa la pubblica amministrazione e a prescindere dall'attività che si svolge, sia essa riconducibile ad un regime pubblicistico, ovvero privatistico¹³⁷.

Un fondamentale contributo all'affermazione della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo è stato fornito da Fabio Merusi con il suo studio monografico sulla tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dei pubblici poteri¹³⁸ che, dato alle stampe ormai cinquant'anni orsono, costituisce ancora un punto di riferimento per gli studiosi di questo ambito.

Uno degli aspetti innovativi dell'opera di Merusi concerne la riflessione sulla possibile configurabilità di un affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione in termini generali, mentre sino ad allora – ne è un esempio la giurisprudenza citata – l'indagine era stata tendenzialmente limitata a singoli istituti o, comunque, era finalizzata

¹³⁶ F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 29, nella quale l'Autore rinvia a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 272, nota 31.

¹³⁷ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 121 ss.; in particolare p. 124, ove l'Autore sostiene che «Trova conferma, perciò, l'ipotesi che il principio di buona fede, conseguente all'obbligo di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, comporta, per ogni soggetto dell'ordinamento, il dovere di non recare danno ad altri, agendo sempre in maniera corretta e leale, anche nell'esercizio dei propri diritti. Il comportamento in buona fede è valutato tenendo conto di standard normativi dettati dal legislatore o desunti in via interpretativa dalla giurisprudenza: siffatto comportamento (oggettivamente) corretto prescinde dall'accertamento dell'elemento psicologico del soggetto agente, poiché la buona fede (soggettiva) si presume sussistente per il tipo di condotta tenuta dal soggetto. [...] Il dovere di agire in buona fede implica la necessità, sia per la pubblica amministrazione che per i cittadini, di essere corretti nell'esercizio della funzione amministrativa, indipendentemente dall'affidamento suscitato nel soggetto dall'azione della pubblica amministrazione».

¹³⁸ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

ad un suo limitato riconoscimento, senza invece considerare l'affidamento come un principio generale, capace di riverberarsi sull'esercizio dell'azione amministrativa e nei rapporti tra amministrazione e cittadini *tout court*.

L'affermazione del principio del legittimo affidamento nel nostro ordinamento sotto il profilo normativo ha visto come momento fondamentale la promulgazione della legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha sensibilmente novellato la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo per il profilo in esame sotto due punti di vista.

Innanzitutto, l'intervento legislativo ha recepito le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali consolidate nei decenni precedenti, introducendo nella legge generale sul procedimento amministrativo gli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, che disciplinano rispettivamente la revoca e l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi. Entrambe le disposizioni prendono esplicitamente in considerazione l'affidamento del destinatario del provvedimento revocato/annullato in autotutela e, nel primo caso, viene garantito il diritto ad un indennizzo per i pregiudizi eventualmente subiti, mentre nel secondo si condiziona la legittimità di annullare d'ufficio un provvedimento viziato ad un apprezzamento del legittimo affidamento in capo al privato.

Più di recente, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disposizione di cui all'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, prevedendo per il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio, accanto alla ragionevolezza del termine di intervento dell'amministrazione, in un primo momento un termine massimo di diciotto mesi «dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»¹³⁹ e, più recentemente, una sua riduzione a dodici mesi¹⁴⁰.

In particolare sull'esercizio del potere di autotutela si registra la volontà del legislatore di riconoscere con forza l'affidamento del privato alla stabilità del provvedimento – evidentemente ampliativo della propria sfera giuridica – di cui è stato destinatario, imponendo alla pubblica amministrazione di svolgere sempre una valutazione circa la ragionevolezza dell'annullamento d'ufficio e, con riferimento alle tipologie di provvedimenti indicate, un termine perentorio di dodici mesi per adottare un provvedimento di secondo grado.

¹³⁹ Termine introdotto ad opera dell'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1), l. n. 124 del 2015 (c.d. riforma Madia).

¹⁴⁰ Cfr. art. 63, co. 1, della l. n. 108 del 2021.

Sempre con la legge n. 15 del 2005 è stato novellato l'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, inserendo tra i principi generali dell'attività amministrativa anche i «principi dell'ordinamento comunitario». Questo rinvio mobile è di grande importanza, dal momento che ha costituito una esplicita base giuridica per l'affermazione nell'ordinamento italiano del principio del legittimo affidamento, già annoverato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia tra i principi generali del diritto europeo. Come è stato correttamente osservato¹⁴¹, il suo inserimento tra i principi della legge sul procedimento amministrativo impone che l'intera attività amministrativa sia assoggettata – anche – ai principi europei e non soltanto per la parte direttamente interessata dal diritto europeo secondo il criterio di competenza.

2.3. Gli elementi costitutivi del legittimo affidamento e la tecnica di bilanciamento utilizzata dal giudice amministrativo

L'elaborazione giurisprudenziale del principio del legittimo affidamento nel diritto europeo ha portato ad enucleare tre requisiti la cui sussistenza è necessaria al fine di riconoscere la meritevolezza – sotto il profilo giuridico – della tutela dell'affidamento del soggetto: un requisito oggettivo, uno soggettivo e uno temporale.

Sebbene, in un primo momento, la giurisprudenza amministrativa nazionale avesse elaborato un orientamento in tema di legittimo affidamento distinto e autonomo rispetto al formante europeo, enfatizzando il ruolo del fattore temporale¹⁴², più di recente si è

¹⁴¹ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 57 ss.

¹⁴² Come evidenziato da F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., nella giurisprudenza del giudice amministrativo degli anni Cinquanta e Sessanta, il riconoscimento di un affidamento legittimo in capo al cittadino era incentrato in particolare sul fattore temporale il quale, non a caso, è stato inserito dal legislatore nei presupposti dell'art. 21-*nonies* della l. 241/1990. L'Autrice sostiene, infatti, che «l'insistenza sulla rilevanza del tempo trascorso suona, in generale, come giustificazione del controllo giudiziale sulla sussistenza dell'interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto, ed è argomento con il quale il giudice difende il proprio orientamento tendente a richiedere la presenza di un interesse attuale all'annullamento, orientamento che incontrava resistenza nella dottrina del tempo» (p. 848).

assistito ad una maggiore adesione all'elaborazione giurisprudenziale europea, fondata sui tre elementi richiamati¹⁴³.

Per quanto attiene all'elemento oggettivo, esso deve concretizzarsi in un comportamento dell'amministrazione idoneo a ingenerare nel destinatario la legittima convinzione di aver ottenuto un provvedimento favorevole, ampliativo della propria sfera giuridica soggettiva; pertanto, la giurisprudenza tende a privilegiare i comportamenti attivi dell'amministrazione, piuttosto che quelli omissivi, quelli formali rispetto a quelli informali, gli atti e i provvedimenti a carattere definitivo, piuttosto che quelli privi di codesto carattere – come, ad esempio, gli atti endoprocedimentali.

L'elemento soggettivo, invece, richiede che il soggetto non abbia ottenuto l'utilità derivante dal provvedimento amministrativo con dolo, ovvero – secondo un orientamento giurisprudenziale¹⁴⁴ – anche con una colpa significativa, ossia quando egli avrebbe potuto prefigurarsi l'illegittimità del vantaggio derivante dal provvedimento.

Mentre la circostanza secondo la quale l'adozione di un provvedimento favorevole non ingenera nel privato un legittimo affidamento alla stabilità di quel titolo nel caso in cui sia stato ottenuto con dolo – ad esempio, mediante la presentazione di una documentazione falsa o di dichiarazioni mendaci – è facilmente intuibile, appare

¹⁴³ A titolo esemplificativo, appare emblematica di questa tendenza la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440 secondo cui, per essere configurabile un affidamento meritevole di tutela, devono sussistere un elemento oggettivo, il quale «rende l'affidamento ragionevole [...] e impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente»; un elemento soggettivo, che «rende l'affidamento legittimo» e produce come conseguenza che «il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione alla intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo»; infine, un elemento cronologico che «rende l'affidamento stabile», dal momento che «il passaggio del tempo, infatti, è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale».

¹⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2012, n. 3154; T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 maggio 2010, n. 1733; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1189.

interessante soffermarsi sull'ipotesi in cui il medesimo provvedimento sia stato ottenuto dal privato con colpa.

Il Consiglio di Stato, in una rilevante pronuncia sulla risarcibilità del danno derivante dall'annullamento in autotutela di un provvedimento favorevole al privato, ha argomentato che esisterebbe un principio generale nel nostro ordinamento giuridico secondo il quale «non può fondatamente chiedere il risarcimento del danno chi abbia con la sua colpa cagionato la sua verifica [...] chi chiede il rilascio di un provvedimento amministrativo, in assenza dei relativi presupposti e dunque chiedendo ciò che non ha titolo ad ottenere, non si può dolere del fatto che – in applicazione doverosa del principio di legalità – il provvedimento medesimo sia annullato o in sede giurisdizionale (su ricorso di chi vi abbia interesse), o in sede di autotutela (da parte dell'autorità emanante), ovvero quando vi siano ragioni di tutela dell'unità dell'ordinamento (da parte del Governo, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, lettera p) della legge n. 400 del 1988)»¹⁴⁵.

In conclusione, secondo questo ragionamento, «non può dolersi del danno chi [...] abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem*) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno»¹⁴⁶.

Come è stato correttamente osservato, con questa sentenza il Consiglio di Stato afferma, in sostanza, che «l'affidamento è tutelabile solo in quanto esso non sia a sua volta fondato su dolo o colpa del privato. In tale ultimo caso, ammesso che nasca un'aspettativa su un piano meramente fattuale, non nasce infatti un affidamento legittimo, ossia rilevante sul piano giuridico; detto più semplicemente, poiché si tratta qui di verificare la sussistenza di un affidamento giuridicamente apprezzabile, e non

¹⁴⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346. La citata sentenza del Consiglio di Stato si inserisce all'interno dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 23 maggio 2011, n. 6594, n. 6595, 65969) che ha riconosciuto, nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, la tutela risarcitoria per il pregiudizio all'affidamento del cittadino cagionato dall'intervento illegittimo in secondo grado della pubblica amministrazione.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

psicologicamente, può più semplicemente dirti che se vi è dolo o colpa non vi è affidamento»¹⁴⁷.

Infine, il terzo elemento di cui si compone il legittimo affidamento secondo la giurisprudenza europea attiene al decorso del tempo dall'adozione del provvedimento di primo grado. Come si è visto, questo elemento è stato utilizzato come parametro dalla giurisprudenza nazionale per valutare la legittimità dell'intervento dell'amministrazione in autotutela: difatti, per lungo tempo il giudice amministrativo ha posto l'accento sulla ragionevolezza del termine entro il quale sarebbe stato legittimo per l'amministrazione esercitare il potere di autotutela rispetto al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, riservandosi di individuarlo di caso in caso. La ragionevolezza del suddetto termine è stata poi ripresa esplicitamente dal legislatore nella prima versione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, con la quale si rinviava comunque la valutazione circa la sussistenza di questo requisito al giudice, mentre in un momento successivo il legislatore ha affiancato ad essa anche un termine definito – diciotto mesi, poi ridotti a dodici – entro il quale l'amministrazione può esercitare il potere di autotutela.

Analizzati gli elementi che secondo la giurisprudenza devono sussistere affinché possa configurarsi un legittimo affidamento in capo al singolo, è ora opportuno concentrare l'attenzione sulle modalità con le quali detto principio viene in concreto riconosciuto. In assenza di una disciplina normativa specifica, un consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale applica nel caso di specie un modello di tutela basato sulla ponderazione tra gli interessi in gioco: in sostanza, un bilanciamento tra l'affidamento del singolo al mantenimento – o all'ottenimento, in caso di interessi legittimi pretensivi – di quel “bene della vita” conseguito con un provvedimento e l'intervento della pubblica amministrazione, in attuazione di un pubblico interesse, che muove in direzione opposta.

Da ciò discendono due considerazioni: in primo luogo, appare evidente che la giurisprudenza amministrativa abbia applicato alla tutela del principio del legittimo affidamento, quale principio generale che regola i rapporti tra pubblica amministrazione e privato, la tecnica del bilanciamento che ha caratterizzato la giurisprudenza in materia di annullamento d'ufficio. Inoltre, la tutela ponderativa del legittimo affidamento è riconducibile ai canoni propri della discrezionalità amministrativa: l'amministrazione,

¹⁴⁷ Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 176.

ove venga in luce il legittimo affidamento, dovrà valutare la scelta che garantisce maggiormente l'interesse pubblico senza un eccessivo sacrificio per l'interesse del privato; in sede giurisdizionale, il giudice sarà chiamato a sindacare la legittimità della scelta dell'amministrazione non tramite l'applicazione di canoni aritmetici, bensì verificando la conformità alla legge della ponderazione tra gli interessi che ha svolto l'amministrazione. In altre parole, «l'approdo finale del principio di affidamento – ma considerazioni non molto diverse valgono anche per il diritto costituzionale – non è la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento ma è l'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale»¹⁴⁸.

L'analisi degli elementi necessari per poter definire come legittimo l'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e della tutela ponderativa garantita dal giudice amministrativo consente di svolgere alcune riflessioni sull'applicazione di questo principio alla materia delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Difatti, sotto il profilo degli elementi “costitutivi” del legittimo affidamento, la giurisprudenza amministrativa tende a escludere la sussistenza di quello soggettivo, dal momento che – si argomenta – il concessionario uscente dovrebbe essere a conoscenza del fatto che la disciplina normativa di proroga è contraria al diritto europeo. Questa argomentazione si fonda sul presupposto che la disciplina di proroga dovrebbe essere disapplicata, stante la diretta applicabilità dell'articolo 12 della direttiva servizi: come si avrà modo di vedere, questo aspetto avrebbe dovuto forse essere oggetto di una riflessione più approfondita da parte del giudice amministrativo, il quale tende invece a intenderlo come dato acquisito.

Dunque, ad avviso del giudice amministrativo, il concessionario uscente, essendo consapevole della non conformità della disciplina nazionale di proroga con il diritto europeo e dell'effetto diretto delle disposizioni di quest'ultimo, non avrebbe mai un affidamento legittimo ad ottenere la proroga del termine della concessione. Questa

¹⁴⁸ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 131. Per un approfondimento si rinvia alla lettura dell'intero contributo e, inoltre, dello stesso Autore, a *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2016, pp. 6 ss.

conclusione desta qualche perplessità, dal momento che il legislatore ha, invece, sempre confermato la proroga *ex lege* e le amministrazioni competenti al rilascio del titolo concessorio – come si è visto, i Comuni – in numerosi casi hanno deciso di applicare la proroga o, comunque, moratorie nell’attesa dell’introduzione di una normativa di principio dalla quale trarre i criteri per la predisposizione dei bandi di gara.

A prescindere da questa situazione, tutt’altro che stabile, secondo il giudice amministrativo il concessionario uscente non avrebbe in nessun caso un affidamento legittimo all’ottenimento del provvedimento di proroga, dal momento che è a conoscenza della situazione di frizione tra il diritto nazionale e quello europeo. Una soluzione così radicale non può che destare qualche perplessità, su cui si ritornerà nel § 6, quando si affronterà la recente pronuncia dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, infatti, su questo aspetto ha segnato un parziale cambio di rotta.

Invece, sotto il profilo della tutela ponderativa del legittimo affidamento, non si rilevano particolari peculiarità applicative nella materia delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ma appare opportuno rammentare che il provvedimento concessorio o, più precisamente, il provvedimento di proroga della concessione può essere oggetto di annullamento d’ufficio da parte della pubblica amministrazione competente – poiché emanato sulla base di una legge che viola il diritto europeo¹⁴⁹ – non oltre il termine di dodici mesi dalla sua adozione, rientrando tra i provvedimenti a carattere autorizzatorio, ai sensi dell’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Oltre questo termine – individuato dal legislatore come “argine” oltre il quale prevale la certezza del diritto, intesa come stabilità del provvedimento amministrativo – l’amministrazione non può più esercitare il suo potere di autotutela. Il Consiglio di Stato si è pronunciato anche su questo profilo nell’ambito del contenzioso in materia di concessioni del demanio marittimo e in questo capitolo si analizzerà l’orientamento espresso: la questione che ci si pone, in breve, è se il termine individuato dal legislatore per l’esercizio del potere di autotutela da parte dell’amministrazione rilevi anche nel caso di provvedimento amministrativo antieuropeo, comportando la stabilizzazione dei suoi

¹⁴⁹ Si tratta del c.d. atto amministrativo anticomunitario (o antieuropeo), che consiste in un atto amministrativo adottato sulla base di una disposizione di legge che viola il diritto europeo e che ne comporta l’annullabilità per violazione di legge ai sensi dell’art. 21-*octies* della l. 241/1990 (*infra* § 4.3).

effetti allo scadere del suddetto termine, benché permanga la contrarietà al diritto dell'Unione europea.

Quest'ultima questione è stata recentemente superata in modo *tranchant* dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria che, riconoscendo la natura di legge-provvedimento alla normativa di proroga, hanno attribuito ai provvedimenti amministrativi di proroga una funzione meramente ricognitiva dell'effetto prodotto direttamente dalla legge. Ne consegue che la disapplicazione interessa solamente la legge e non più i singoli provvedimenti impugnati.

È comunque opportuno considerare gli aspetti legati all'esercizio del potere di autotutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi che riconoscono la proroga del termine di scadenza delle concessioni, dal momento che fino alle pronunce della Plenaria sono stati un elemento discusso in sede dottrinale e giurisprudenziale – in particolare, *infra* § 4.3.

3. L'interpretazione del principio del legittimo affidamento nella sentenza *Promoimpresa e Melis*, con particolare riferimento al suo rapporto con le proroghe *ex lege* delle concessioni (rinvio)

La sentenza *Promoimpresa e Melis*, come si è osservato nel Capitolo II, § 4.2, contiene alcune importanti riflessioni sul legittimo affidamento dei concessionari, che appare utile richiamare alla luce della disamina che del principio è stata svolta *supra*.

Innanzitutto, la sentenza della Corte di Giustizia contempla esplicitamente il legittimo affidamento, che è un principio riconosciuto dal diritto europeo e si deve proprio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia la sua elaborazione e l'individuazione degli elementi costitutivi, accolti anche dalla giurisprudenza nazionale.

Con la pronuncia del 2016 la Corte ha precisato che il legittimo affidamento dei concessionari delle concessioni demaniali marittime non può essere riconosciuto in termini generali ma deve essere valutato caso per caso, al fine di dimostrare che il titolare della concessione avrebbe potuto legittimamente aspettarsi il suo rinnovo e, in virtù di ciò, ha effettuato i relativi investimenti. Pertanto, una proroga generalizzata *ex lege* della scadenza delle concessioni si porrebbe in contrasto con il diritto europeo, non tenendo in considerazione la situazione dei singoli concessionari.

Inoltre, la Corte evidenzia che il comma 3 dell'articolo 12 della direttiva servizi consente agli Stati di tenere eventualmente in considerazione, nella predisposizione dei criteri di selezione, esigenze legate a motivi imperativi di interesse generale ma non al fine di non applicare quanto previsto dal comma 1 del medesimo articolo.

Da questo passaggio della sentenza *Promoimpresa e Melis* si evince, dunque, che il legittimo affidamento non può essere interpretato come strumento per sfuggire a procedure di evidenza pubblica nella fase di assegnazione delle concessioni ma, allo stesso tempo, il suddetto principio può essere valorizzato con riferimento al singolo caso, ove si dimostri che il concessionario abbia effettuato nuovi investimenti sul presupposto della proroga del titolo concessorio. A ben vedere, alla luce della situazione italiana, la verifica su questo parametro non appare facile ma un criterio che potrebbe andare nella direzione indicata dal giudice europeo potrebbe essere quello relativo alla verifica di nuovi investimenti non ancora completamente ammortizzati al momento della scadenza della concessione, come prova del fatto che il concessionario ha investito nella propria attività economica e sul bene oggetto della concessione, confidando nella proroga del titolo concessorio.

4. La sentenza del Consiglio di Stato 18 novembre 2019, n. 7874 come “manifesto” dell’orientamento giurisprudenziale maggioritario successivo alla sentenza *Promoimpresa e Melis*

Nel precedente Capitolo si è richiamato l’orientamento giurisprudenziale del giudice amministrativo che ancor prima della procedura di infrazione innanzi alla Commissione europea aveva revocato in dubbio la compatibilità del c.d. diritto di insistenza con le regole europee di *par condicio* e trasparenza tra operatori economici nell’assegnazione delle concessioni dei beni demaniali, qualora esse costituiscano una “occasione di guadagno” per il concessionario¹⁵⁰. Ancorché, almeno sotto il profilo giuridico-formale, l’abrogazione delle disposizioni normative che prevedevano il diritto di insistenza abbia portato all’archiviazione della procedura di infrazione innanzi alla Commissione europea

¹⁵⁰ Si rinvia alle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

nel 2011, l'introduzione della disciplina di proroga, giustificata dalla necessità di riformare il settore, non ha consentito una diminuzione del contenzioso.

Al contrario, i reiterati interventi del legislatore, finalizzati ad allontanare l'orizzonte temporale del termine delle concessioni in essere, sono stati forieri del consolidamento di un orientamento giurisprudenziale che finisce con l'equiparare la disciplina legislativa di proroga – per sua natura temporanea – con la riaffermazione sotto mentite spoglie del diritto di insistenza che, di fatto, impedisce l'affermazione nel settore dei principi europei e delle prescrizioni cristallizzate nell'articolo 12 della direttiva servizi.

Ad avviso di chi scrive, questo orientamento ha trovato il suo esempio più chiaro nella sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato del 18 novembre 2019, n. 7874: questa pronuncia offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni non confinate solamente al caso in essa deciso ma, più in generale, sulla attuale situazione dei concessionari degli stabilimenti balneari, i quali vengono a trovarsi schiacciati – come si è visto – tra i reiterati interventi legislativi di proroga delle concessioni e gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis*, del 14 luglio 2016, che ha giudicato tali disposizioni incompatibili con il diritto europeo, con conseguente ricorso sistematico all'istituto della disapplicazione da parte dei giudici nazionali.

La questione concernente il legittimo affidamento dei concessionari, infatti, non è la sola che caratterizza la materia in esame la quale presenta, invece, una molteplicità di profili critici che si sono manifestati nel corso dell'ultimo decennio e che sono oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali. Tuttavia, queste pronunce, da sole, non sembrano in grado di proporre una stabile soluzione alle criticità che connotano la disciplina del settore.

È noto, infatti, che la sentenza della Corte di Giustizia ha comportato il consolidamento di quel filone della giurisprudenza amministrativa che già enfatizzava il contrasto con i principi di libertà di stabilimento, non discriminazione, tutela della concorrenza e, in particolare, con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, di una disposizione legislativa di proroga generalizzata delle concessioni in scadenza, a detrimento, invece, di un diverso filone giurisprudenziale, maggiormente incline a porre l'accento sul

carattere transitorio e “compensativo” della suddetta proroga, nella attesa della prospettata riforma organica del settore¹⁵¹.

Prima di sviluppare gli spunti di riflessione suggeriti dalle tematiche affrontate dalla sentenza in esame, pare opportuno ricostruire brevemente la vicenda da cui essa prende le mosse.

Questa sentenza del Consiglio di Stato è stata pronunciata al termine di un giudizio di ottemperanza proposto da due società contro un Comune rivierasco della Liguria, al fine di conseguire l’attuazione di una sentenza dello stesso Consiglio di Stato – sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 525 – e, in specie, di far dichiarare la nullità dei provvedimenti con i quali, in sostanza, il Comune resistente, già soccombente, aveva preso atto della sopraggiunta proroga, disposta direttamente da leggi dello Stato, prima al 2020 e poi al 2033, della concessione di un’area demaniale destinata a stabilimento balneare di cui era titolare la società controinteressata.

La sentenza del Consiglio di Stato, di cui le ricorrenti chiedevano l’esecuzione, aveva ritenuto illegittimi i meccanismi normativi che introducono ipotesi di sostanziale rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, per contrasto con l’articolo 12, paragrafo 2 della direttiva 2006/123/CE, nonché i principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea in tema di concorrenza e libertà di stabilimento. Di conseguenza, essa aveva ritenuto che si «impone l’obbligo di disapplicazione della norma [...]». L’amministrazione non poteva considerare automaticamente prorogata la concessione di

¹⁵¹ La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su alcune disposizioni di leggi regionali che prorogavano la scadenza delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in difformità dell’art. 1, comma 18 d.l. n. 194/2009 (che prorogava al 31 dicembre 2012 il termine delle concessioni in scadenza), nella sentenza n. 213/2011 ha espressamente ricostruito la *ratio* del suddetto articolo, ravvisando nella disposizione una «disciplina di carattere transitorio» e ribadendo che «la finalità del legislatore è stata [...] quella 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 riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni». Sulla base di questo specifico passaggio, il Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682 ha affermato espressamente che l’art. 1, comma 18 d.l. n. 194/2009 non si pone in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza, ex artt. 49 e 106 TFUE, gli stessi che sono stati oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nella causa C-67/15.

cui trattasi, dovendo procedere sulla base di un procedimento di evidenza pubblica»¹⁵², annullando di conseguenza il provvedimento di diniego, da parte del Comune, dell'istanza di concessione avanzata da una delle due appellanti e disponendo che il Comune indicasse una selezione ad evidenza pubblica per l'affidamento del bene demaniale oggetto della concessione in scadenza.

Dalle sentenze che hanno concluso i due gradi di giudizio del processo di cognizione appare già evidente il radicale cambio di direzione della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo dopo la procedura d'infrazione da parte dell'Unione europea del 2008: se nel 2007 il giudizio di primo grado dinanzi al T.A.R. Liguria si era concluso addirittura con una pronuncia di rito sulla inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a ricorrere – posto che, non avendo impugnato la concessione demaniale, l'eventuale annullamento del provvedimento di diniego di affidamento della successiva concessione non avrebbe prodotto alcun effetto utile per la società ricorrente – nel 2013 prevale, invece, il profilo della violazione del diritto europeo da parte di un meccanismo normativo di proroga automatica delle concessioni alla loro scadenza, con l'obbligo dell'amministrazione o – eventualmente – del giudice nazionale di disapplicare la norma interna a favore del diritto europeo.

Questo indirizzo giurisprudenziale – in un primo momento non maggioritario – è andato consolidandosi nettamente a partire dal 2016, all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis*, dal momento che questa lega indissolubilmente la disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative alla direttiva Bolkestein, limitando fortemente ogni scelta discrezionale del legislatore nazionale diversa dal puntuale adeguamento alle disposizioni ivi contenute, tra cui la necessità di procedere ad una selezione ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni in scadenza.

¹⁵² Punto 11 della citata sentenza della sez. VI del Consiglio di Stato, n. 525/2013.

4.1. I profili di maggior interesse: l'illegittimità "derivata" delle disposizioni di proroga generalizzata della scadenza delle concessioni

La sentenza n. 7874/2019 si sofferma su alcune questioni generali della disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, nel tentativo di chiarire diversi aspetti di uno scenario particolarmente incerto.

Il primo aspetto sul quale il Consiglio di Stato riflette è quello relativo alla illegittimità "derivata" delle reiterate proroghe delle concessioni: posto che la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* ha stabilito la illegittimità, per contrasto del diritto europeo, di una misura nazionale che prevede la proroga automatica – ritenuta equivalente al rinnovo – delle concessioni demaniali marittime in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati, anche i successivi interventi normativi – il riferimento è al decreto legge n. 113 del 2016, confermativo della proroga al 31 dicembre 2020 e all'articolo 1, comma 682 della legge n. 145 del 2018 che rinnova la proroga sino al 2033 – «debbono ritenersi non impeditivi alla doverosa disapplicazione delle disposizioni legislative nazionali che prevedono una proroga automatica»¹⁵³ delle concessioni in esame. In altre parole, utilizzando una immagine presa in prestito dalla genetica, l'illegittimità di una disposizione di proroga generalizzata delle concessioni demaniali in scadenza si trasferisce ereditariamente a quella successiva che ne allontana l'orizzonte temporale, sul presupposto del principio di primazia del diritto dell'Unione sulla volontà del legislatore nazionale¹⁵⁴, anche nel caso in cui quest'ultima fosse reiterata.

Difatti, la necessità di privilegiare l'esperimento di una selezione pubblica anche nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, in ossequio ai principi comunitari di libera circolazione dei servizi, *par condicio*, imparzialità e trasparenza, quali principi generali, non confinati solamente alle materie nelle quali la loro applicazione è prevista espressamente, era già stata evidenziata in epoca più risalente dal Consiglio di Stato, il quale aveva statuito che «la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si

¹⁵³ Punto 8 della sentenza n. 7874/2019.

¹⁵⁴ Si veda, per tutte e tra le più recenti, alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V., 27 febbraio 2019, n. 1368.

fornisce una occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione»¹⁵⁵.

Questo orientamento, prima di consolidarsi nettamente l'indomani della sentenza *Promoimpresa e Melis*, aveva ricevuto l'importante avallo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2013, nella quale il supremo consesso aveva indicato la procedura ad evidenza pubblica come quella che meglio garantisce, in caso di concessione di beni pubblici, la sintesi di tutti i contrapposti interessi, tra i quali, evidentemente, la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza tra gli operatori del mercato¹⁵⁶. Pertanto, il presupposto sufficiente per l'applicazione dei principi di evidenza pubblica sarebbe, secondo la giurisprudenza amministrativa, il «vantaggio competitivo»¹⁵⁷ – o, per utilizzare le esatte parole del Consiglio di Stato, «l'occasione di guadagno» – che la concessione del bene pubblico fornirebbe a taluni soggetti operanti nel mercato, a discapito degli altri¹⁵⁸.

4.2. (segue): il principio del legittimo affidamento dei concessionari nell'ottica europea

Il tema appena illustrato è ovviamente connesso al principio del legittimo affidamento dei concessionari, i quali si trovano ad essere destinatari di una disposizione legislativa nazionale di proroga delle concessioni di cui sono titolari, ritenuta, tuttavia, in contrasto – secondo la giurisprudenza europea e quella nazionale – con il diritto europeo. Questo

¹⁵⁵ Così si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 e, più recentemente, in termini simili, la sentenza della sez. VI, 31 gennaio 2017, 394.

¹⁵⁶ Per un approfondimento, cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2013, n. 5, in *Foro.it*, 2013, III, p. 250, con ampia nota di A. Travi.

¹⁵⁷ L'espressione è ripresa da C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016, p. 12.

¹⁵⁸ Più di recente, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243 e sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6029; in quest'ultima, si ribadisce espressamente che «la concessione di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico da parte di privati deve avvenire previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica».

aspetto appare particolarmente delicato, soprattutto per il fatto che, nonostante sia stata accertato il contrasto della disposizione di proroga con il diritto dell'Unione europea, questa sia stata a più riprese confermata dal legislatore nazionale, il quale enfatizza il carattere temporaneo di tale regime giuridico in attesa di una riforma organica del settore.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, stabilisce in termini generali il criterio secondo il quale «il titolare del titolo concessorio [in scadenza] può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già ad una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale dell'amministrazione»¹⁵⁹. In altre parole, la situazione giuridica del concessionario uscente risulta essere non più giuridicamente tutelabile, sia sotto il profilo della pretesa di questi di ottenere dall'amministrazione competente la proroga del proprio titolo, ancorché disposta per legge; sia sotto il diverso profilo del contrasto alla decisione dell'amministrazione di indire una selezione ad evidenza pubblica per la scelta del nuovo concessionario. Di conseguenza, si potrebbe dedurre che in entrambi i casi, secondo il criterio cristallizzato nella sentenza, il giudice amministrativo potrebbe concludere il giudizio già con una pronuncia in rito, dichiarando inammissibile il ricorso per carenza di legittimazione a ricorrere, posto che i meri interessi di fatto non sono giuridicamente tutelabili.

Tuttavia, la sezione VI del Consiglio di Stato, accanto al principio testé enunciato, individua una deroga, anche in questo caso richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis*, del 2016.

Difatti, la Corte di Giustizia aveva giudicato legittima la possibilità, per il legislatore nazionale, di prevedere una proroga «caso per caso»¹⁶⁰, laddove il concessionario avesse potuto legittimamente aspettarsi il rinnovo del proprio titolo concessorio, nonché, su tale base, avesse effettuato investimenti non ancora ammortizzati per intero. Il legittimo affidamento del concessionario circa il proprio diritto a vedersi rinnovato il titolo è stato ancorato, prima dalla Corte di giustizia e poi dalla nostra giurisprudenza amministrativa, a un dato temporale: l'aspettativa del concessionario uscente a vedersi rinnovato il

¹⁵⁹ Punto 10 della sentenza n. 7874/2019.

¹⁶⁰ Sentenza Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, paragrafo 56.

titolo¹⁶¹ può qualificarsi legittima se è sorta in un momento storico in cui non era stato ancora affermato che anche le concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreativo sarebbero state soggette agli obblighi di trasparenza nella loro assegnazione.

Seguendo questo ragionamento, la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019 mette in relazione il legittimo affidamento del concessionario con il termine di recepimento della direttiva Bolkestein – 28 dicembre 2009 –, concludendo che, nel caso oggetto del giudizio di cognizione, il titolo concessorio era stato rilasciato nel 1999 e, pertanto, la prima proroga della scadenza al 31 dicembre 2012 è l'unica legittima secondo il diritto dell'Unione europea, perché entrata in vigore nelle more del termine di recepimento della suddetta direttiva. Le successive proroghe, invece, non possono essere invocate a favore di un legittimo affidamento – sempre secondo la giurisprudenza amministrativa – dei concessionari uscenti, ostandovi la pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La lettura “euro-unitaria” del legittimo affidamento da parte del Consiglio di Stato tende, da un lato, a fornire una regola generale per i successivi giudizi che presenteranno caratteristiche analoghe a quello da cui essa scaturisce; dall'altro, cristallizza l'interpretazione che sottolinea la trasmissione “genetica” della illegittimità da una disposizione legislativa di proroga alla successiva.

La conclusione cui giunge il Consiglio di Stato sotto questo profilo, unitamente alla prospettiva – non enunciata esplicitamente nella sentenza ma facilmente intelligibile – per il giudice amministrativo di poter concludere il giudizio con una mera pronuncia in rito, dichiarando inammissibile il ricorso del concessionario che ha beneficiato della proroga *ex lege* per carenza di legittimazione a ricorrere, a seguito del declassamento del suo legittimo affidamento alla prosecuzione del rapporto concessorio a mero interesse di fatto, non può non destare qualche perplessità.

In primo luogo, una conclusione siffatta andrebbe evidentemente ad annullare alla radice la possibilità per i concessionari che hanno beneficiato della proroga del termine di scadenza della propria concessione di far valere in giudizio i propri interessi, saldamente ancorati al legittimo affidamento, di poter usufruire della proroga normativa

¹⁶¹ È noto che per la Corte di Giustizia dell'Unione europea i concetti di “rinnovo” e di “proroga” sono equivalenti, qualora il secondo, per modalità ed estensione, non permette un confronto concorrenziale tra gli operatori economici.

per completare l'ammortamento degli investimenti effettuati. In particolare, non sembra condivisibile il presupposto da cui parte il Consiglio di Stato, secondo il quale solamente la prima proroga al 31 dicembre 2012 sarebbe legittima perché adottata nelle more del termine di recepimento della direttiva servizi: così argomentando, si fisserebbe, *ex post*, un termine oltre il quale qualsivoglia proroga risulterebbe illegittima, in quanto contrastante con la suddetta direttiva.

Questo ragionamento, a parere di chi scrive, non tiene in considerazione che, proprio in sede europea, l'archiviazione della procedura d'infrazione del 2008 era stata accompagnata dall'introduzione, nel nostro ordinamento, di una disciplina transitoria di proroga «negoziata con la Commissione UE all'interno di un processo di adattamento, benché forzoso, al diritto europeo»¹⁶² volta a trovare un bilanciamento tra l'interesse alla revisione della disciplina del settore in ottica europea e la tutela dell'affidamento dei concessionari, dal quale restava escluso il rispetto del termine di recepimento della direttiva servizi. Al contrario, la centralità che in un secondo momento ha assunto la direttiva servizi – anche – in questo settore ha limitato fortemente la discrezionalità del legislatore circa i tempi e le modalità del suo adattamento al diritto europeo.

In secondo luogo, una soluzione siffatta priverebbe completamente di effettività l'apertura della Corte di Giustizia per una valutazione caso per caso della legittimità della proroga: il ragionamento del Consiglio di Stato finirebbe, al contrario, per considerare legittime tutte le proroghe al 31 dicembre 2012 e illegittime tutte le successive, senza distinzione alcuna.

Questa soluzione, in definitiva, potrebbe presentare profili di contrasto con lo stesso diritto europeo che, invece, riconosce il principio del legittimo affidamento.

4.3. (segue): la natura del provvedimento di proroga, i termini di impugnazione e per l'esercizio del potere di autotutela

Un altro aspetto di interesse della sentenza in commento è la puntualizzazione che il Consiglio di Stato compie circa la natura del provvedimento di proroga del titolo

¹⁶² Così M. MAGRI, “Direttiva Bolkestein” e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare, cit., p. 364.

concessorio emanato dalla amministrazione competente, in attuazione della previsione legislativa. Questo non può configurarsi come un provvedimento a formazione tacita, ostandovi la previsione dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, secondo il quale l'amministrazione ha sempre l'obbligo di emanare un provvedimento, fatti salvi i casi dei c.d. silenzi significativi, che si configurano come eccezioni rispetto alla regola; inoltre, il provvedimento di proroga non avrebbe natura costitutiva, bensì ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge.

Anche sotto questo aspetto la pronuncia del Consiglio di Stato consolida un orientamento già presente, ripreso di recente dalla sentenza della sez. VI, del 6 giugno 2018, n. 3412, secondo la quale «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). Nello specifico, le disposizioni legislative innanzi citate, con le quali si prevede un rinnovo automatico delle concessioni balneari (o una proroga ex lege delle stesse), non possono essere considerate come fonti legali di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito, ma si sono limitate a incidere, ex lege, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati, senza la necessità che l'amministrazione eserciti alcun potere e senza alcuna possibilità, peraltro, di configurare la sussistenza di un provvedimento tacito di rinnovo o di proroga che, se emesso, ha natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge (conseguenze che si producono qualora siano compatibili col diritto europeo)».

La statuizione circa la necessità, da parte dell'amministrazione competente, di esprimersi con un provvedimento espresso di proroga ha indubbe ripercussioni sotto il profilo processuale: difatti, qualora l'amministrazione non si pronunci entro il termine indicato dalla legge, non si forma un provvedimento tacito (impugnabile entro sessanta giorni), bensì inizia a decorrere il termine di un anno per proporre l'azione avverso il silenzio, come previsto dall'articolo 31 del Codice del processo amministrativo.

Individuata la natura di provvedimento espresso dell'atto di proroga, il Consiglio di Stato pone l'attenzione sulla categoria di vizi dell'atto cui è riconducibile la violazione del diritto europeo.

Difatti, è richiamato il contrasto, dottrinale¹⁶³ e giurisprudenziale¹⁶⁴, circa la riconduzione del suddetto vizio alla categoria della nullità del provvedimento – ponendo in risalto il difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all’amministrazione –, ovvero a quella della annullabilità – nello specifico, il vizio di violazione di legge, ai sensi dell’articolo 21-*octies*, legge n. 241 del 1990, interpretato estensivamente fino a ricomprendervi anche la violazione del diritto europeo.

In altre parole, l’occasione del ricorso in ottemperanza sul quale il Consiglio di Stato si pronuncia consente al giudice dell’esecuzione di affrontare un altro tema strettamente connesso al diritto europeo, ossia quello del c.d. atto amministrativo antieuropeo¹⁶⁵.

¹⁶³ In dottrina, a favore della tesi dell’annullabilità del provvedimento amministrativo che viola il diritto europeo, cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell’atto amministrativo inoppugnabile*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2014, p. 231 ss. L’Autore evidenzia che questa tesi è suffragata anche dai lavori preparatori della legge n. 15/2005 che, come è noto, ha novellato in più parti la legge generale sul procedimento amministrativo, n. 241/1990. Nella relazione al disegno di legge della I Commissione Permanente (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) viene affermato, con riferimento al contenuto di quello che sarà l’art. 21-*octies*, che «la dizione “violazione di legge” deve intendersi, conformemente a quanto afferma la giurisprudenza, in senso lato, comprendendo tutti gli atti di normazione (primaria, secondaria e comunitaria)». In senso contrario, a favore della nullità del provvedimento amministrativo antieuropeo, cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità della invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2008, p. 486, ove si sostiene che il legislatore italiano non avrebbe la competenza per «incidere con proprie norme su tematiche di rilievo europeo» e, conseguentemente, che la non inclusione esplicita della violazione del diritto europeo tra le ipotesi di nullità del provvedimento non è una argomentazione a sostegno della sua annullabilità nel caso in cui presenti il suddetto vizio.

¹⁶⁴ Per quanto concerne l’orientamento giurisprudenziale che ritiene che tali provvedimenti siano affetti da nullità, si rimanda alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983. In senso opposto, ossia della illegittimità del provvedimento che ne comporta l’annullabilità, si vedano le sentenze del Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566; sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750.

¹⁶⁵ Sull’argomento, tra i molti contributi, cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme, cit.*; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l’autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013; G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero “l’insostenibile leggerezza” del processo impugnatorio)*, in *Rivista italiana*

Il Consiglio di Stato, in adesione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, afferma che il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto europeo non deve considerarsi nullo, bensì annullabile, ai sensi dell'articolo 21-*octies*, legge n. 241 del 1990, sussistendo perciò l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo innanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo, che consolida la propria efficacia¹⁶⁶.

Inoltre, il Consiglio di Stato non perde l'occasione per ribadire che l'obbligo di conformarsi ai *decisa* della Corte di Giustizia dell'Unione europea non coinvolge solamente i giudici, bensì si estende anche alle autorità amministrative. Difatti, la Corte di Giustizia ha cristallizzato questo principio nella sentenza *Fratelli Costanzo S.p.a.* del 22 giugno 1989, C-103/88, nella quale si afferma, al punto 31, che «affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i Comuni, sono tenuto ad applicare le suddette disposizioni». Tale principio, ripreso dalla quasi coeva sentenza della Corte costituzionale italiana, 11 luglio 1989, n. 389¹⁶⁷, è suggellato

di diritto pubblico comunitario, n. 2/2008; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012.

¹⁶⁶ Tra le tante pronunce del Consiglio di Stato in tal senso, cfr. la sentenza della sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538. Tale impostazione è confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare dalla sentenza *Finanzamt Gladbeck* del 17 febbraio 2005, C-453/02.

¹⁶⁷ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 389/1989, osserva che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia europea». Più recentemente, la Corte costituzionale ha ribadito il principio nella sentenza del 24 giugno 2010, n. 227: «è sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora all'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto».

dal connesso obbligo – anch'esso gravante sia sui giudici nazionali che sulle autorità amministrative – di interpretazione conforme del diritto interno all'ordinamento giuridico dell'Unione¹⁶⁸.

Pertanto, l'amministrazione ha due soluzioni: o riesce a interpretare la disposizione di diritto interno conformemente al diritto europeo, e quindi può legittimamente applicarla; ovvero non vi riesce, e allora ha l'obbligo di disapplicarla. A questa conclusione giunge la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019 la quale, al punto 14, evidenzia che «è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla» ove questa sia in contrasto con il diritto europeo, salva l'ipotesi di una sua interpretazione conforme.

Sebbene non rientri esplicitamente tra gli aspetti affrontati dalla sentenza in commento, pare doveroso soffermarsi a questo punto sul potere di autotutela dell'amministrazione nei confronti del provvedimento di proroga della concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative, a completamento della complessa architettura giuridica sin qui delineata. Difatti, per il principio di inesauribilità del potere amministrativo, l'amministrazione può ritornare su una propria decisione con un provvedimento di secondo grado, che modifica o annulla un precedente provvedimento, purché quest'ultimo presenti un vizio di legittimità, ai sensi dell'articolo 21-*octies* legge n. 241 del 1990. Ciò è vero anche nel caso in cui il provvedimento si ponga in contrasto con l'ordinamento europeo, dal momento che il vizio di violazione di legge, come visto prima, è interpretato in modo da ricomprendere anche la violazione del diritto europeo.

¹⁶⁸ Anche in questo caso è opportuno evidenziare che il principio, sorto e sviluppatosi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (cfr. Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, *von Colson e Kamann*, C-14/83) è stato poi accolto dalla Corte costituzionale italiana, nella sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (*Granital*): «l'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, è venuto evolvendosi, ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato». Nello stesso senso, sul versante della giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342.

Pertanto, qualora l'amministrazione non si conformi direttamente al diritto europeo in occasione dell'adozione del provvedimento, questa potrebbe esercitare in un secondo momento il potere di autotutela.

Tuttavia, il potere/dovere dell'autorità amministrativa di conformarsi al diritto europeo e ai *decisa* della Corte di Giustizia, non è incondizionato, come evidenziato dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00: «conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale». Ciò al fine di evitare che i provvedimenti amministrativi possano essere messi in discussione potenzialmente *sine die*¹⁶⁹.

Inoltre, la citata sentenza *Kühne & Heitz*, all'esito di una lunga elaborazione giurisprudenziale¹⁷⁰, individua quattro condizioni che devono sussistere affinché l'organo amministrativo responsabile dell'adozione di una decisione amministrativa sia tenuto, in applicazione del principio di leale cooperazione derivante dall'articolo 10 TCE – ora recepito dall'articolo 4, paragrafo 3 TUE –, a riesaminare tale decisione ed eventualmente a esercitare il potere di autotutela, tenendo conto dell'interpretazione di una pertinente disposizione del diritto europeo nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia: 1) l'autorità amministrativa dispone di un potere di riesame; 2) l'atto è definito in base a una sentenza resa in ultima istanza; 3) la sentenza si fonda su un'interpretazione del diritto comunitario assunta senza previo rinvio pregiudiziale e poi rivelatasi errata; 4) l'interessato deve chiedere il riesame immediatamente dopo aver avuto notizia della giurisprudenza

¹⁶⁹ Sempre con riferimento alla giurisprudenza europea, in senso conforme, si veda la sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 settembre 2006, *i-21 Germany GmbH*, (C-392/04).

¹⁷⁰ Dopo una prima fase di particolare indicenza delle sentenze della Corte di Giustizia sulla sovranità giurisdizionale degli Stati membri (dovuta ad un bilanciamento tra i principi, da un lato, di primato del diritto europeo e, dall'altro, della certezza del diritto e dell'autonomia processuale degli Stati, a favore del primo) è seguito un periodo di maggiore attenzione alle prerogative domestiche, a far data dalla sentenza *Ciola*, del 29 aprile 1999 (C-224/97). Per una ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia su questo tema, cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme*, cit., p. 226 ss.

comunitaria interpretativa di un caso analogo a quello di suo interesse, dal momento che «gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio di certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica [...] venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole»¹⁷¹

Questo orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia è divenuto ancor più incisivo nell'ordinamento italiano da quando, con l'articolo 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124 – c.d. legge Madia –, è stato novellato l'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990, introducendo un termine di diciotto mesi per l'esercizio legittimo del potere di annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione. Difatti, l'introduzione di questo limite temporale crea un «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza», come osservato dalla Commissione speciale atti normativi del Consiglio di Stato nel parere n. 389 del 30 marzo 2016¹⁷². Fermo restando la ragionevolezza del termine affinché l'amministrazione possa agire legittimamente in autotutela – che deve sempre sussistere, pena l'annullamento da parte del giudice amministrativo del provvedimento di secondo grado –, questa perde tale potere al decorso di diciotto mesi dall'emissione del provvedimento.

Il nuovo equilibrio tra l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione e la certezza del diritto – intesa come stabilità del provvedimento amministrativo – è stato di recente modificato a favore di quest'ultimo ad opera dell'articolo 63, comma 1, della legge n. 108 del 2021, che ha ridotto il termine di diciotto mesi a dodici.

Volendo fare il punto di quanto analizzato in questo paragrafo e leggendo in combinato disposto la giurisprudenza europea prima richiamata, la sentenza *Promoimpresa e Melis*

¹⁷¹ Così dispone, in un suo passaggio, la sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 12 febbraio 2008, *Kempter KG* (C-2/06).

¹⁷² La Commissione speciale atti normativi del Consiglio di Stato prosegue, osservando che «il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. [...] è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova “regola generale” che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento» (punto 8.1.1).

del 2016 – alla quale si applicano i principi elaborati in sede europea prima richiamati –, nonché la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019, a parere di chi scrive si può giungere alle seguenti conclusioni: da un lato, l'impugnabilità di un provvedimento amministrativo antieuropeo – come, ad esempio, un provvedimento con il quale l'amministrazione competente proroga la scadenza di una concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative, in applicazione della disposizione legislativa di proroga – è condizionata ai medesimi presupposti processuali per sottoporre al giudice competente una controversia che abbia ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento che si asserisce essere illegittimo, ossia, in primo luogo, il termine decadenziale di sessanta giorni; dall'altro, il termine massimo entro il quale l'amministrazione competente può esercitare il potere di annullamento in autotutela sul suddetto provvedimento di proroga non può essere superiore a dodici mesi, dovendosi ritenere quest'ultimo termine applicabile anche alla fattispecie in esame.

In altre parole, se il provvedimento di proroga non viene impugnato innanzi al T.A.R. entro sessanta giorni da chi vi ha interesse, ovvero non viene annullato in autotutela dalla amministrazione stessa entro dodici mesi – fermo restando, comunque, la valutazione della ragionevolezza del termine –, si consolida, diventando inoppugnabile, in ossequio al principio di certezza del diritto¹⁷³.

¹⁷³ In dottrina è stato proposto anche un diverso modello per quanto concerne il *dies a quo* del termine di diciotto mesi – ora dodici – per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in capo all'amministrazione competente, che non decorrerebbe dall'adozione del singolo provvedimento di proroga, bensì decorrerebbe, in generale, dall'entrata in vigore della legge di proroga, sul presupposto che questa avrebbe i connotati della legge-provvedimento (in tal senso, cfr. R. RIGHI, E. NESI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. V, 14 luglio 2016, in C-458/14 e C-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *GiustAmm*, n. 11/2016, p. 22 e ss).

In questa interpretazione risulta evidente un *favor* nei confronti degli attuali concessionari dal momento che, accogliendo la tesi della legge-provvedimento di per sé sufficiente a prorogare i titoli concessori, le amministrazioni non potrebbero agire in autotutela oltre i diciotto mesi – ora dodici – decorrenti dall'entrata in vigore della legge; al contempo, tuttavia, è altrettanto evidente che una siffatta soluzione ha il pregio, a parere di chi scrive, di uniformare la situazione su tutto il territorio nazionale. Difatti, la teoria (accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, come testimonia anche la sentenza in commento) che esclude la natura di legge-provvedimento alle disposizioni di proroga e

Ancorché le regole descritte in questo paragrafo non siano peculiari della disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative ma comuni alla generalità degli atti amministrativi c.d. antieuropei, lo spazio riservato alla loro trattazione è proporzionale al potenziale impatto che potrebbero avere nel nostro ordinamento: dal momento che la penultima proroga del termine delle concessioni in scadenza era stata prevista per il 31 dicembre 2020, in questo periodo diversi Comuni si sono trovati nella condizione di dover decidere se prorogare la scadenza al 2033, in ossequio all'ultima proroga, ovvero se avviare le procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei concessionari.

5. Riflessioni di sintesi

Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato, pur non accogliendo il ricorso in ottemperanza delle società ricorrenti¹⁷⁴, ha provato a mettere ordine su diverse questioni

prescrive l'adozione di un provvedimento espresso da parte dell'amministrazione competente mostra il fianco alla possibilità (tutt'altro che remota o astratta) di una forte differenziazione tra le singole situazioni riscontrabili nella realtà: le amministrazioni competenti, su richiesta dei concessionari uscenti, potrebbero, ad esempio, emanare i provvedimenti di proroga in tempi diversi, rendendo così disomogeneo la scadenza del termine per agire in autotutela, e prima ancora, alcune potrebbero rifiutarsi di emanare tale provvedimento, decidendo, invece, per la disapplicazione della legge di proroga in quanto contraria al diritto europeo.

Tuttavia, questa tesi muove dal presupposto dell'assenza di effetto diretto in capo all'articolo 12 della direttiva servizi e, pertanto, dell'impossibilità per il giudice di disapplicare la normativa di proroga che, proprio in quanto legge-provvedimento, comporterebbe il venir meno di tutte le concessioni. È bene evidenziare questo aspetto, dal momento che le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, muovendo proprio da questo ragionamento ma in senso opposto, hanno riconosciuto l'effetto diretto delle disposizioni applicabili di diritto europeo e concluso che la disapplicazione della legge-provvedimento di proroga comporta il venir meno di tutti i provvedimenti che riconoscono la proroga, dal momento che questi avrebbero natura meramente ricognitiva degli effetti prodotti direttamente dalla legge di proroga (infra §§ 6 ss.).

Per un ulteriore approfondimento, sempre degli stessi Autori, cfr. *Riflessioni sull'applicazione della Direttiva servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative*, in www.neldiritto.it, n. 8/2014.

¹⁷⁴ Il giudice dell'ottemperanza respinge il ricorso delle due società perché le richieste ivi contenute

aperte inerenti alla disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative. Tale disciplina è stata fortemente destabilizzata dall'applicazione delle regole europee all'esito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per alcuni, come si è detto, inaspettato¹⁷⁵, stante il carattere transitorio della proroga *ex lege*, concordata proprio in sede europea – almeno per quanto concerne la prima proroga – per giungere alla archiviazione della procedura d'infrazione del 2008, consentendo, al contempo, all'Italia di varare una riforma organica del settore.

Da questa sentenza si possono ricavare alcuni punti fermi: in primo luogo, il Consiglio di Stato suggella la *regula iuris* secondo la quale l'illegittimità di una disposizione di legge contraria al diritto dell'Unione europea si riverbera sulle successive disposizioni che la rinnovano, a nulla rilevando il carattere ontologicamente temporaneo dell'istituto della proroga, né la volontà del legislatore di affidarsi a questo istituto nelle more di un intervento riformatore del settore.

In secondo luogo, il giudice dell'ottemperanza si sofferma sul principio del legittimo affidamento dei concessionari, i quali beneficiano della suddetta proroga in contrasto con il diritto europeo: per essere legittimo l'affidamento del concessionario deve essersi formato in un momento storico nel quale egli non aveva cognizione della contrarietà

non rientrano nel suo potere. In particolare, il Consiglio di Stato respinge il ricorso per due ordini di ragioni: da un lato, infatti, la richiesta delle ricorrenti di dichiarare nulli gli atti di proroga della scadenza della concessione per violazione o elusione del giudicato esula dal potere che il Consiglio di Stato può legittimamente esercitare sulla ottemperanda sentenza n. 525/2013, dal momento che quest'ultima non aveva annullato la concessione demaniale marittima, essendosi limitata solamente ad annullare due atti comunali di diniego di indizione di una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione della concessione; dall'altro, non possono altresì dichiararsi nulli per lo stesso vizio gli atti comunali con i quali è stato dato atto dell'ultima proroga poiché, essendo atti confermativi (e non meramente confermativi) devono essere previamente gravati con l'azione di annullamento innanzi al giudice competente di primo grado.

¹⁷⁵ In questi termini M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare, cit., p. 364 ss. Secondo l'Autore, la natura transitoria della proroga e la sua finalità compensativa per la lesione del legittimo affidamento ingenerato dall'abrogato "diritto di insistenza" erano naturalmente conosciute e tacitamente condivise dalla stessa Commissione UE, la quale si è, pertanto, decisa per l'archiviazione della procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia. Nello stesso senso cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, cit., p. 444 ss.

all'ordinamento europeo di un regime di proroga della sua concessione. Così argomentando, il Consiglio di Stato riconosce la legittimità della sola prima proroga al 31 dicembre 2012, soluzione che ha più il carattere di una ricostruzione storico-evolutiva della disciplina che non direttamente applicativa ai contenziosi in essere, considerato il prolungato decorso del tempo.

Infine, il Consiglio di Stato ricostruisce la natura espressa che deve avere il provvedimento di proroga di ogni singola concessione, in esecuzione delle disposizioni normative. Una soluzione siffatta postula che l'amministrazione competente debba decidere espressamente se procedere con il rilascio del provvedimento di proroga, ovvero, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, con l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle nuove concessioni sui beni demaniali marittimi. Di conseguenza, qualora l'amministrazione si decidesse nel primo senso, il provvedimento emanato sarebbe illegittimo per violazione del diritto europeo, vizio riconducibile alla violazione di legge, che ne comporterebbe l'annullabilità. La categoria dell'atto amministrativo "antieuropeo" è stata oggetto di studio da parte della dottrina e di svariate pronunce giurisprudenziali, sia comunitaria che delle corti nazionali, alla ricerca di un punto di equilibrio tra l'effetto utile del diritto europeo e l'autonomia processuale degli stati o, sotto un diverso profilo, tra il principio del primato del diritto europeo e il principio della certezza del diritto¹⁷⁶.

La sentenza in commento si inserisce in quel filone giurisprudenziale che richiede la necessaria impugnazione del provvedimento che viola il diritto europeo entro il termine decadenziale di sessanta giorni, per chiederne l'annullamento – dunque, non la sua diretta disapplicazione –; inoltre, a completamento del ragionamento illustrato, è opportuno sottolineare che per il legittimo esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione che ha emanato l'atto, ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, questa doveva rispettare prima il termine di diciotto mesi e ora quello di dodici, ivi previsto all'esito delle novelle rispettivamente del 2015 e del 2020.

Nonostante i diversi aspetti che si è cercato di ricostruire e che sicuramente offrono un quadro più chiaro dell'argomento in esame, residuano non indifferenti questioni ancora

¹⁷⁶ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme*, cit., p. 223.

aperte, che contribuiscono alla permanente incertezza di regole che segna tutt'oggi il settore delle concessioni balneari.

Innanzitutto, resta ancora irrisolto il “nodo gordiano” della scarsità dei beni demaniali marittimi, presupposto per l'applicazione *tout court* della disciplina contenuta nella direttiva Bolkestein. Difatti, il presupposto per l'applicazione dell'articolo 12 della suddetta direttiva è proprio la «scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» che, rendendo limitato il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività, impone lo svolgimento di una procedura di selezione tra i potenziali candidati che offra garanzie di imparzialità e trasparenza. La Corte di Giustizia, nella citata sentenza *Promoimpresa e Melis*, ha disposto che per quanto concerne «la questione, se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto»¹⁷⁷, con particolare riferimento all'ipotesi, effettivamente presente nel nostro ordinamento, in cui le suddette concessioni non siano rilasciate a livello statale, bensì a livello comunale¹⁷⁸.

Nonostante la statuizione del giudice europeo, nessuna autorità nazionale ha condotto una riflessione approfondita sul suddetto aspetto, posto che il concetto di scarsità delle risorse naturali, se inteso sotto il profilo meramente descrittivo, risulterebbe apodittico, dal momento che la migliore scienza ed esperienza ci suggerisce che tutte le risorse naturali sono presenti in numero limitato¹⁷⁹. Pertanto, pare opportuno chiedersi se tale

¹⁷⁷ Paragrafo 43 della sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis*.

¹⁷⁸ Difatti, il quadro normativo nel quale si inserisce la disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative è andato complicandosi anche per via dell'entrata in vigore della legge di attuazione del Titolo V della Costituzione sul c.d. federalismo demaniale (l. n. 49/2009 e d.lgs. n. 85/2010, cfr. Capitolo I, § 7).

¹⁷⁹ Conclude per la scarsità delle risorse naturali in esame B. LAGADER, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in D. GRANARA (a cura di) *In Litore Maris*, Atti del Convegno Sestri Levante, 15-16 giugno 2018, Giappichelli, Torino, 2019, p. 177, ove sostiene che «Nel caso delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali tale condizione di applicabilità dell'art. 12 Direttiva ricorrerà di regola, attesa la naturale limitatezza dei tratti di litorale e di spiaggia suscettibili di sfruttamento economico per finalità turistico-ricreative: la naturale scarsità del bene in questione deriva non solo dalla morfologia delle coste, ma anche dal riconoscimento di insuperabili limiti ambientali che si traducono in previsioni limitative sancite da piani degli utilizzi redatti dalle

requisito sussiste in riferimento alle concessioni richieste: in altre parole, ci si potrebbe chiedere se l'assegnazione delle concessioni del demanio marittimo lascerebbe con grande probabilità alcuni operatori economici fuori da quel mercato e, in caso affermativo, se la situazione risulta essere omogenea su tutto il territorio nazionale.

L'opportunità di una valutazione in tal senso appare essere centrale, dal momento che questa condizione è il presupposto per l'applicazione delle puntuali previsioni dell'articolo 12 della direttiva servizi. Qualora, invece, non trovasse applicazione la suddetta disciplina, difettando il presupposto della scarsità dei beni affidati in concessione, residuerebbe l'obbligo di procedere all'assegnazione delle concessioni del demanio marittimo all'esito di una procedura ad evidenza pubblica solamente nei casi in cui fosse accertato un interesse transfrontaliero certo, in ossequio al principio di libera circolazione dei servizi *ex* articolo 49 TFUE. In tutti gli altri casi, al contrario, il legislatore nazionale conserverebbe una ben più ampia discrezionalità anche con riferimento alle modalità di assegnazione delle concessioni.

Una seconda questione riguarda il modo in cui si dovrebbero comportare i titolari delle concessioni che beneficiano della proroga, a fronte di una disposizione legislativa sì illegittima, poiché viola il diritto europeo, ma ancora presente nell'ordinamento giuridico nazionale¹⁸⁰. La risposta a questo interrogativo diviene ancora più urgente nel caso in cui l'amministrazione competente al rilascio delle concessioni decida di attuare la proroga legislativa, si voglia per l'assenza di una legge quadro che, ad esempio, individui le modalità e i criteri selettivi da utilizzare nella procedura ad evidenza pubblica per la loro

amministrazioni locali, tenendo in adeguata considerazione i diversi interessi che si concentrano sulla costa».

¹⁸⁰ Difatti, nessuna disposizione legislativa di proroga delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative contenuta in una legge statale è mai stata impugnata innanzi alla Corte costituzionale, chiedendo la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'articolo 117, comma 1 Cost., secondo il noto meccanismo della c.d. norma interposta. Se è vero che l'istituto della disapplicazione è stato elaborato nella giurisprudenza comunitaria (oltre che per garantire la diretta applicazione del diritto europeo) anche per ovviare alla necessità di promuovere un giudizio incidentale innanzi alle Corte costituzionali nazionali, è altresì vero che l'annullamento di una disposizione di legge in quanto incostituzionale consentirebbe una presa di posizione netta e precisa, anche nei confronti del legislatore (*infra* § 8.1).

assegnazione, ovvero per assecondare le istanze delle associazioni di categoria degli operatori del settore turistico-balneare.

Ciclicamente, all'approssimarsi del termine di scadenza delle concessioni ammesse al beneficio della proroga, si assiste ad una recrudescenza del contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

Una ulteriore questione, forse una delle principali, a parere di chi scrive, è ascrivibile all'utilizzo della proroga legislativa – o, se si preferisce, di una disciplina transitoria¹⁸¹ – quale strumento per regolare il passaggio da un previgente assetto ordinamentale ad uno nuovo attraverso norme *ad hoc* che contemperino contrapposti interessi, ossia, in generale, la necessità per l'ordinamento di modificare la disciplina di un certo settore e il legittimo affidamento creatosi sulla stabilità di un dato assetto normativo. In altre parole: è legittima la scelta del legislatore di prorogare la scadenza delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative in essere per consentire agli attuali titolari di completare l'ammortamento degli investimenti effettuati, sul presupposto della sostanziale perpetuità del titolo? Ad un primo sguardo, il quesito potrebbe apparire ampiamente superato dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016 e dal successivo orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa ma, ad un'analisi più approfondita, pare invece conservare un qualche margine di attualità.

Difatti, il confronto in sede europea all'epoca della procedura d'infrazione del 2008 ruotava intorno proprio alla possibilità per l'Italia, posto l'obbligo di conformare il proprio ordinamento ai principi europei anche in questo settore, di prevedere una disciplina transitoria per mitigare gli effetti dirompenti di un cambio di disciplina così radicale. Non v'è dubbio, infatti, che, da un punto di vista formale, l'Italia si sia conformata al diritto europeo, posto che per ogni nuova concessione demaniale marittima e lacuale, l'amministrazione competente deve necessariamente selezionare il concessionario all'esito di una procedura ad evidenza pubblica. La disciplina di proroga, dunque, dispiega i suoi effetti solamente sulle concessioni già in essere e in scadenza nella finestra temporale da essa cristallizzata¹⁸².

¹⁸¹ Cfr. R. QUADRI, *Disposizioni transitorie*, in *N. ss. dig. it.* V, Torino, 1960, p. 1132 ss; G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964, p. 224.

¹⁸² Nella pratica, tuttavia, non si può però nascondere che la maggior parte delle spiagge idonee all'esercizio di attività economiche riconducibili alla gestione di stabilimenti balneari sia

La sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* ha comportato un radicale spostamento dell'asse di rotazione sul quale orbitavano le posizioni testé richiamate verso la direttiva servizi e, in particolar modo, nell'ambito applicativo del suo articolo 12, postulando la scarsità naturale dei beni demaniali oggetto di concessioni: in sostanza, si è passati dal confronto circa la legittimità del bilanciamento tra interessi nel passaggio da un vecchio ad un nuovo assetto ordinamentale del settore rappresentato dalla disciplina di proroga, alla immediata e precisa applicazione della disciplina contenuta nella direttiva per il mercato interno, la quale limita fortemente – salvo specifici aspetti – la discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione.

A supporto di questa tesi pare significativa la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1307¹⁸³, con la quale è stato accolto l'appello presentato dalla società concessionaria di un bene demaniale marittimo, riformando la sentenza di primo grado che aveva disapplicato la disposizione di proroga di cui all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge n. 194 del 2009, poiché in contrasto con i principi europei in materia di trasparenza, non discriminazione, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nonché con l'articolo 12 della direttiva servizi. Nelle motivazioni, il Consiglio di Stato ha citato la sentenza della Corte costituzionale del 18 luglio 2011, n. 213, con la quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in leggi regionali aventi ad oggetto la proroga di concessioni demaniali marittime, aveva richiamato la disposizione di legge contenente la proroga, riconoscendole «carattere transitorio, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi» e specificando che «la finalità del legislatore è stata, dunque, quella 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 riordino della materia».

Il carattere transitorio della proroga, dunque l'individuazione del periodo di vigenza della disciplina, è centrale nella sentenza, dal momento che proprio su questo profilo il Consiglio di Stato, nell'accoglimento del ricorso in appello, ha concluso che «la sezione ritiene comunque che non possa essere disposta la disapplicazione della norma proprio

effettivamente già oggetto di concessioni.

¹⁸³ Cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682, della quale si è parlato più ampiamente *supra*, nota 3.

alla luce della temporaneità della disposizione», chiosando infine, forse con una punta di sarcasmo, che «sarebbe certamente singolare poi, se non proprio paradossale, che la Corte [Costituzionale] abbia assunto a parametro di giudizio, per la dichiarazione di incostituzionalità [delle disposizioni della legge regionale oggetto del giudizio di costituzionalità] una norma intrinsecamente incostituzionale»¹⁸⁴.

Il tema della legittimità di una disciplina transitoria «nell'ambito del complesso rapporto tra sopravvenienze legislative e salvaguardia dell'affidamento»¹⁸⁵ non è affatto una novità nella giurisprudenza costituzionale, la quale se, da un lato, ha escluso che sussista un vero e proprio obbligo in capo al legislatore di prevedere norme transitorie¹⁸⁶ – la cui scelta resta confinata, dunque, nella sua discrezionalità politica –, dall'altro, ha rilevato l'opportunità della previsione di siffatte norme quando queste siano funzionali alla salvaguardia dell'affidamento¹⁸⁷.

La presenza di una copiosa e consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale su questo tema dovrebbe essere di stimolo per focalizzare la questione sul carattere temporale delle disposizioni di proroga del termine delle concessioni in scadenza, *a fortiori*, alla luce della citata sentenza della Consulta del 2011¹⁸⁸. In altri termini, la

¹⁸⁴ Punto 8.2 della sentenza del Consiglio di Stato, n. 1307/2014.

¹⁸⁵ L'espressione è di F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., p. 181.

¹⁸⁶ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale, 19 gennaio 2005, n. 21; 24 aprile e 31 maggio 1996, n. 127 e 179.

¹⁸⁷ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale, 31 maggio 1996, n. 179, punti 3 e 4 del considerando in diritto.

¹⁸⁸ Interessante è la riflessione svolta da M.P. CHITI, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e Codice dei contratti pubblici*, in D. GRANARA (a cura di) *In Litore Maris*, cit., p. 202 ss, in riferimento alle sentenze con le quali nell'ultimo decennio la Corte costituzionale si è pronunciata sulle proroghe del termine delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali disposte da leggi regionali. A fronte dei costanti motivi dei ricorsi presentati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri tramite l'Avvocatura di Stato, incentrati, da un lato, sulla violazione dei principi del Trattato e delle disposizioni della direttiva servizi (per via della violazione del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1 Cost.) e, dall'altro, sulla violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, in relazione alla tutela della concorrenza, la Corte ha sempre dato maggiore risalto a quest'ultimo rispetto al primo, anche successivamente alla sentenza CGUE *Promoimpresa e Melis*. In particolare, l'Autore afferma che «Sul primo motivo di ricorso [ossia la violazione del diritto europeo] la Corte Costituzionale avrebbe potuto trovare una sponda decisiva nella citata sentenza della Corte di

questione dovrebbe ruotare intorno alla ragionevolezza e proporzionalità del termine di proroga individuato dal legislatore, volto a regolare i rapporti in corso caratterizzati «da un particolare grado di consolidamento e afferenti a diritti costituzionali che pur non potendo prevalere sui principi europei di cui si è detto, meritino protezione attraverso un graduale passaggio dal vecchio al nuovo regime secondo modalità temporali che siano proporzionali al rilievo dei diritti in questione e all'entità dell'affidamento ingenerato nei titolari della concessione»¹⁸⁹.

Alla luce delle riflessioni svolte e ai numerosi profili di criticità individuati, soprattutto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* del 2016, a mio avviso sarebbe forse opportuno che il giudice amministrativo, anziché procedere con lo strumento della disapplicazione della norma interna ritenuta in contrasto con il diritto europeo, rimettesse il giudizio sulla disposizione di legge che accorda una – ulteriore – proroga del termine delle concessioni demaniali marittime al 2033 proprio alla Corte costituzionale, ponendo la questione nei termini iniziali, riconducibili al bilanciamento tra principi contrapposti: da un lato, i principi europei ampiamente richiamati *supra* e, dall'altro, la tutela dell'affidamento ingenerato nei concessionari dalla previgente disciplina.

Una pronuncia della Corte costituzionale, a prescindere dall'esito cui giungerebbe, darebbe sicuramente un contributo decisivo alla tormentata vicenda della proroga delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, nell'ottica della certezza del diritto.

Potrebbe obiettarsi a questa ipotesi che se il giudice comune considera l'articolo 12 della direttiva servizi *self-executing*, il sindacato di costituzionalità gli è precluso e dovrebbe, invece, disapplicare direttamente la norma interna, secondo quanto asserito dalla stessa Corte costituzionale nell'orientamento *Granital*, che contempla l'incidente di

Giustizia [*Promoimpresa e Melis*] ma ha invece evitato di addentrarsi nella “giungla” della Direttiva servizi (una delle meno felici, come detto, della normativa economica UE) preferendo utilizzare il criterio assorbente della violazione delle prerogative esclusive statali in materia di tutela della concorrenza».

¹⁸⁹ In questi termini, F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., p. 187, sullo specifico tema della proroga del termine di scadenza delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative.

costituzionalità solo nel caso in cui la questione si ponga tra una disposizione di legge e una norma di diritto europeo priva di efficacia diretta.

Tuttavia, il sindacato di costituzionalità sarebbe invece possibile nel caso in cui l'ipotesi in esame fosse ricondotta nell'ambito della c.d. doppia pregiudizialità, che costituisce un recente e dibattuto orientamento della Corte costituzionale che, in un certo modo, “convive” con il consolidato orientamento *Granital*.

Ritengo che questa considerazione – che sarà ripresa e approfondita *infra* § 8.1 – sia ancora più attuale alla luce delle due recenti pronunce “gemelle” del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021, nelle quali la Plenaria si è occupata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, confermando in termini generali la posizione dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario e introducendo alcuni elementi di novità che però – ad avviso di chi scrive – non sono idonei a risolvere con sufficiente sicurezza tutte le aporie e le contraddizioni.

PARTE II
LE SENTENZE NN. 17 E 18 DELL'ADUNANZA
PLENARIA: UN NUOVO PUNTO DI PARTENZA?

SOMMARIO: 6. Le sentenze “gemelle” dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18; 6.1 Le questioni più rilevanti oggetto della pronuncia della Plenaria; 7. In particolare, l’asserita natura *self-executing* dell’articolo 12 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato unico europeo; 7.1. Disapplicazione ed effetto diretto: considerazioni generali; 7.2 Sulla natura *self-executing* dell’art. 12 della direttiva servizi e i limiti di tale qualificazione; 8. Altri rimedi all’inadempimento dello Stato membro alla corretta applicazione delle direttive europee; 8.1. (segue) L’ipotesi di illegittimità costituzionale della disciplina di proroga e la c.d. doppia pregiudizialità; 9. La reviviscenza del legittimo affidamento dei concessionari nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria e il complesso bilanciamento tra interessi nella predisposizione dei criteri di gara; 10. I contenuti della delega legislativa nel DDL concorrenza, con particolare riferimento a quelli incidenti sul legittimo affidamento dei concessionari uscenti; 11. (segue) e i contenuti della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n. 118

6. Le sentenze “gemelle” dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18¹⁹⁰

L’analisi condotta a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato del 2019 sta alla base di molte delle considerazioni che recentemente ha svolto l’Adunanza Plenaria sulla tematica in esame. Difatti, a fronte dell’impugnazione in appello di due pronunce del

¹⁹⁰ Nell’ampia letteratura su queste due pronunce dell’Adunanza Plenaria, cfr., senza pretesa di completezza, il numero monografico di *Diritto e società*, n. 3/2021; G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Il funzionalismo creativo dell’Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l’esigenza del katèkon*; M.P. CHITI, *Juger l’administration c’est aussi légiférer? L’Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, entrambi in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5-6/2021; M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara ... all’ultima spiaggia*; R. ROLLI, D. GRANATA, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesis del legittimo affidamento*, entrambi in *Rivista giuridica dell’edilizia*, n. 6/2021.

T.A.R. – nello specifico, del T.A.R. Puglia, sede di Lecce e del T.A.R. Sicilia, sede di Catania – la sezione del Consiglio di Stato investita delle questioni ha ritenuto di rimettere alla Plenaria la questione, con l'intento – a mio avviso – di adottare una decisione più “forte” – sotto il profilo dell'autorevolezza e del carattere nomofilattico – rispetto alle precedenti.

Come si avrà modo di vedere, diverse questioni sulle quali si è pronunciata la Plenaria erano già state affrontate nella precedente pronuncia del 2019, che a sua volta è stata la *summa* di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo: tra le due pronunce, tuttavia, vi sono importanti divergenze su diversi aspetti. Inoltre, alla Plenaria è stata anche posta una questione che era quasi sempre rimasta sullo sfondo, ossia il dubbio circa la natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi, a cui si dedicherà uno spazio di riflessione nei prossimi paragrafi.

Preliminarmente, si rileva che le due pronunce della Plenaria – gemelle, in quanto identiche nel contenuto¹⁹¹ – sono scaturite da altrettanti giudizi di appello che, sebbene diversi, ponevano al Consiglio di Stato la medesima questione, ossia, in breve, la compatibilità della disciplina di proroga *ex lege* nazionale con il diritto europeo.

In un caso, il Comune di Lecce ha proposto appello nei confronti di una sentenza del T.A.R. Puglia, sede di Lecce¹⁹², con la quale il giudice di prime cure aveva accolto il ricorso proposto dall'istante, titolare di una concessione demaniale marittima e, per l'effetto, annullato i provvedimenti con cui il Comune di Lecce aveva respinto l'istanza di proroga *ex lege* n. 145 del 2018, rivolgendo al concessionario formale interpello al fine di conoscere se lo stesso intendesse avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'articolo 182, comma 2 del decreto legge n. 34 del 2020¹⁹³, con contestuale

¹⁹¹ Per quanto motivo, nel prosieguito, si citeranno talvolta al singolare, talaltra al plurale.

¹⁹² T.A.R. Puglia, sede di Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73. Recentemente il T.A.R. Lecce ha messo sistematicamente in discussione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'articolo 12 della direttiva servizi sarebbe caratterizzato da effetto diretto, con il conseguente obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare la norma interna confliggente (cfr. sentenze nn. 71, 72, 73, 74 e 75 del 15 gennaio 2021 e sentenza n. 268 del 15 febbraio 2021). La posizione di questo T.A.R., tuttavia, è minoritaria rispetto a quella maggioritaria, che è conforme a quanto statuito dal Consiglio di Stato e confermato dalle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria.

¹⁹³ Il d.l. 34/2020 (convertito in l. n. 77/2020) recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da

pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di non avvalersi di tale facoltà e di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre. Il T.A.R. Lecce era giunto a questa conclusione sulla base del mancato riconoscimento della natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi, che avrebbe comportato l'illegittimità della sua disapplicazione a favore della disposizione europea.

Nell'altro caso, invece, l'appello è stato proposto dal ricorrente in primo grado, titolare di una concessione balneare marittima, al quale il T.A.R. Sicilia, sezione di Catania, aveva respinto il ricorso avverso il provvedimento dell'amministrazione competente con il quale era stata rigettata l'istanza per beneficiare della proroga sino al 2033, poiché in contrasto con il diritto europeo.

A fronte del costante contenzioso che, con l'avvicinarsi della scadenza delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ammesse alla proroga secondo l'ordinamento italiano, interessa il giudice amministrativo, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito con ordinanza le questioni all'Adunanza Plenaria, secondo quanto previsto dall'articolo 99, comma 2 c.p.a.

Più nello specifico, la sezione ha chiesto una pronuncia della Plenaria sulle seguenti questioni: se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana,

COVID-19" ha introdotto, all'art. 182, una moratoria volta a inibire la possibilità, per le amministrazioni competenti, di indire le procedure di selezione dei nuovi concessionari per le concessioni di prossima scadenza «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'articolo 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».

delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, con riferimento non soltanto ai giudici ma, prima ancora, alla stessa pubblica amministrazione; in caso di risposta affermativa, se, in adempimento del predetto obbligo di disapplicazione, l'amministrazione sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame, nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; infine, se anche la moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 debba considerarsi contraria al diritto europeo e, pertanto, disapplicata.

6.1. Le questioni più rilevanti oggetto della pronuncia della Plenaria

Tralasciando volutamente gli aspetti di carattere pregiudiziale circa l'inammissibilità degli interventi *ad opponendum* a sostegno delle ragioni del ricorrente in primo grado davanti al T.A.R. Lecce di alcune associazioni di categoria degli imprenditori balneari, di alcuni soggetti privati, titolari di concessioni balneari¹⁹⁴, nonché della Regione Abruzzo,

¹⁹⁴ L'Adunanza Plenaria, in via pregiudiziale, ha giudicato tutti gli interventi *ad opponendum* inammissibili, evidenziando che «come ha affermato questa Adunanza plenaria nelle sentenze n. 23 del 2016 e n. 10 del 2020, non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un (altro) giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire. Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. [...] Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (v. *ex plurimis*, sul punto, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853)» (punto 10.1. della sentenza 18/2021). Critica su questo aspetto M.A. SANDULLI, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *giustiziainsieme.it*, 16 febbraio 2022, la quale sostiene che l'esclusione di tutti gli interventi, stante il carattere decisorio e le ricadute generali delle pronunce della Plenaria, potrebbe comportarne l'impugnazione dinanzi alla Corte di Cassazione

ci si concentrerà sui profili di merito di maggiore interesse, con i quali la Plenaria ha inteso risolvere le principali criticità del settore e indicare una prospettiva di riforma dello stesso.

La Plenaria compie, innanzitutto, una ricognizione dei principali argomenti contrari all'applicazione della direttiva servizi e, in particolare, del suo articolo 12 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative che possono essere sintetizzati come segue: in questo settore, le notevoli divergenze fra le legislazioni degli Stati membri – in particolare quelli più direttamente interessati ossia, oltre all'Italia, Spagna, Portogallo, Francia, Grecia e Croazia – avrebbero richiesto una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili in tale settore e, pertanto, la direttiva servizi avrebbe dovuto essere fondata, oltre che sugli articoli del Trattato relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi – articoli 53 e 63 TFUE – anche su un'altra base giuridica, vale a dire sull'articolo 115 TFUE, il quale prevede il ricorso all'unanimità per l'adozione di atti normativi aventi come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali; la direttiva 2006/123/CE, se applicata al settore delle concessioni balneari, comporterebbe un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di turismo, ponendosi così in contrasto con quanto previsto all'articolo 195 TFUE, secondo il quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri»; ancora, questa tipologia di concessioni non rientrerebbe, comunque, nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, dal momento che la concessione del demanio marittimo sarebbe un atto che permette soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico e ricreativo, ma non anche l'autorizzazione all'attività di servizio prestata dall'impresa turistico-balneare, che deriverebbe da un diverso titolo autorizzatorio¹⁹⁵; le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni

ex articolo 111, comma 8 Cost., «per eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di astratto e aprioristico “diniego di giustizia” nei confronti dei predetti aspiranti intervenienti».

¹⁹⁵ Nella stessa direzione si è pronunciato il *Tribunal Constitucional* spagnolo con la sentenza n. 223/2015 che, proprio su queste basi, ha escluso l'applicazione della direttiva servizi al caso delle concessioni balneari; tuttavia, il Tribunale costituzionale spagnolo ne ha confermato, invece,

caso considerarsi risorse scarse, difettando proprio il carattere della scarsità che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'articolo 12 della direttiva servizi; infine, la disposizione contenuta nell'articolo 12 sarebbe priva di quel livello di dettaglio e di specificità che la renderebbe direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale senza la necessità di un puntuale recepimento da parte del legislatore nazionale – in altri termini, l'articolo in questione non avrebbe le caratteristiche per essere *self-executing*.

Il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria afferma che nessuna di queste argomentazioni sarebbe fondata, per poi confutarle una ad una.

Con riferimento alla prima questione, il giudice evidenzia come la base giuridica della direttiva 2006/123/CE sia senza dubbio rinvenibile nei principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi, cristallizzati nei Trattati europei, essendo finalizzata a creare un mercato unico europeo connotato da una forte liberalizzazione dei servizi. Appare fuorviante, invece, la precisazione della Plenaria circa il fatto che la direttiva servizi sarebbe una misura di liberalizzazione e non di armonizzazione, al fine di legittimare la sua adozione a maggioranza e non invece l'attivazione della procedura di approvazione all'unanimità, cristallizzata nell'art. 115 TFUE: la direttiva ha l'obiettivo di disciplinare il mercato interno in termini generali, applicandosi a tutti i settori che rientrano nella definizione che essa stessa dà di prestazione di servizi tranne quelli esplicitamente esclusi dall'articolo 2, comma 2 della direttiva stessa e, pertanto, i suoi effetti possono riverberarsi anche in materie nelle quali l'Unione non ha competenza, ove sia comunque presente un'attività di prestazione di servizi che rientra nell'ambito della direttiva. Questa considerazione consente alla Plenaria di confutare anche il secondo punto, relativo al difetto di competenza dell'Unione europea nel settore del turismo: se in questo si svolgono attività di prestazione di servizi ai sensi della direttiva servizi, la sua disciplina si applica anche ad esse, limitatamente ai profili relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi. A supporto di questa soluzione depone anche una recente sentenza della Corte di Giustizia, nella quale è stato affermato che la direttiva servizi «si applica a numerose attività in costante evoluzione, tra le quali

l'applicabilità nell'ipotesi di richiesta del titolo autorizzatorio per esercitarvi una attività economica (cfr. Capitolo IV).

figurano i servizi collegati con il settore immobiliare, nonché quelli nel settore del turismo»¹⁹⁶.

L'approccio della Corte di Giustizia si conferma – come evidenzia in termini positivi la stessa Plenaria – di carattere sostanziale, per cui, a dispetto di ogni formalismo circa la definizione giuridica degli istituti da parte degli ordinamenti nazionali degli Stati membri, l'attenzione del giudice europeo è volta agli effetti sostanziali degli strumenti giuridici e, in questo caso, all'effetto economico dei provvedimenti di concessione. Questo approccio, come già si è evidenziato, se da un lato consente un intervento certamente più incisivo della Corte di Giustizia nel garantire l'effettiva applicazione del diritto europeo, dall'altro tende a dilatare l'ambito di competenza del diritto europeo e a renderne più sfumata l'individuazione dei limiti¹⁹⁷.

La Plenaria continua l'analisi affrontando la questione concernente l'esclusione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative dalla nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, dal momento che esse consentirebbero soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico e ricreativo, ma non anche l'autorizzazione all'attività di servizio prestata dall'impresa turistico balneare, che deriverebbe, invece, da un diverso titolo autorizzatorio. Il giudice, su questo punto, conferma l'orientamento già espresso e nettamente prevalente in giurisprudenza, che non enfatizza l'effettiva compresenza di un titolo concessorio e di singoli titoli autorizzatori per lo svolgimento dell'attività turistico-balneare – che può variamente comporsi a seconda delle scelte imprenditoriali del concessionario – ma si concentra sul provvedimento concessorio come *condicio sine qua non* per poter svolgere l'attività economica sul bene demaniale. Difatti, «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

¹⁹⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35.

¹⁹⁷ Per un approfondimento di ordine generale su questa questione, si rinvia a C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, pp. 1 ss. e ai contributi dottrinali ivi citati.

considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara»¹⁹⁸, afferma il Consiglio di Stato, a nulla rilevando che, oltre al provvedimento concessorio, l'ordinamento richieda altri titoli autorizzatori¹⁹⁹ per poter svolgere l'attività turistico-balneare.

Su questo aspetto, nel 2015 il Tribunale Costituzionale spagnolo era giunto ad una diversa conclusione, ritenendo opportuno tenere distinti il provvedimento concessorio e le eventuali autorizzazioni richieste per lo svolgimento di attività economiche sul bene demaniali sia sotto il profilo formale, sia sotto quello della disciplina normativa applicabile. Questa pronuncia è stata più volte richiamata da coloro che ritengono legittima la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime italiane ma, come si avrà modo di evidenziare nel capitolo successivo, la Corte costituzionale spagnola non ha inteso sottrarre completamente il settore dall'applicazione delle regole europee per il mercato interno.

La Plenaria si sofferma, poi, sul concetto di scarsità dei beni demaniali, che è la condizione per l'applicabilità dell'articolo 12 della direttiva e, dunque, della procedura ad evidenza pubblica alla scadenza delle concessioni per la loro assegnazione. Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa si rileva che questo aspetto non è mai stato indagato a fondo, sebbene sia centrale per l'applicazione della disciplina stringente di cui all'articolo 12, quasi che la scarsità dei beni demaniali marittimi sia *in re ipsa*, mentre la Corte di Giustizia ne aveva demandato la valutazione alle autorità nazionali. Le pronunce "gemelle" sono, dunque, l'occasione anche per approfondire questo aspetto: l'analisi prende le mosse dalla constatazione che il concetto di scarsità deve essere interpretato «in termini relativi e non assoluti, 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 che tramite esso viene immesso sul mercato»²⁰⁰, nonché la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. Secondo i dati del sistema informativo del demanio marittimo – SID – in

¹⁹⁸ Punto n. 24 della sentenza.

¹⁹⁹ In senso lato, dal momento che per alcune attività i titoli autorizzatori si concretizzano in segnalazioni certificate o mere comunicazioni.

²⁰⁰ Punto n. 25 della sentenza.

Italia circa il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti demaniali e in alcune regioni la percentuale è addirittura più elevata; a ciò si aggiunga che alcune leggi regionali prevedono un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessioni, un limite che, se letto in combinato disposto con la percentuale di costa già occupata da stabilimenti balneari, tendenzialmente è già stato raggiunto; infine, è necessario considerare che l'Ente competente al rilascio delle concessioni è il Comune e, pertanto, la valutazione circa la scarsità di questi beni deve essere effettuata a livello comunale e non nazionale.

Alla luce di queste considerazioni, l'Adunanza Plenaria ritiene che i suddetti beni debbano considerarsi scarsi, con la conseguente applicazione dell'articolo 12 della direttiva servizi: questa valutazione, benché già espressa dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario del giudice amministrativo successivo alla sentenza *Promoimpresa e Melis*, è stata più ampiamente indagata e motivata dalla Plenaria, in ottemperanza proprio alla pronuncia del giudice europeo, il quale aveva rimesso la valutazione sulla scarsità dei beni demaniali marittimi alle autorità nazionali²⁰¹.

La pronuncia della Plenaria prosegue prendendo in analisi l'asserita natura non *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi: a ben vedere, questo aspetto appare il presupposto per gli altri, nel senso che, qualora la disposizione della direttiva non fosse direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, non sarebbe possibile disapplicare la disciplina di proroga – restando, comunque, intatta la possibilità di avvalersi degli altri rimedi previsti dall'ordinamento nazionale ed europeo.

Si ritiene, comunque, opportuno procedere nell'analisi della pronuncia seguendo l'ordine di trattazione della Plenaria, al fine di meglio comprenderne il percorso logico-giuridico seguito. I giudici di Palazzo Spada ritengono, in adesione all'orientamento più consolidato, che la disposizione di cui all'articolo 12 abbia «un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità» e che, pur auspicando in ogni caso l'intervento del legislatore, «l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi

²⁰¹ Cfr. la sentenza *Promoimpresa e Melis* della Corte di Giustizia, punti nn. 43 e 49.

sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono 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*»²⁰². Un identico destino segna anche la moratoria emergenziale cristallizzata nell'articolo 182, comma 2 del decreto-legge n. 34 del 2020 che, in quanto in contrasto con la direttiva servizi, deve essere disapplicato a favore di questa. In altre parole, il giudice nazionale deve disapplicare la disciplina normativa di proroga a favore di quanto disposto dalla direttiva servizi e, prima ancora, è la stessa pubblica amministrazione che deve procedere in questo senso alla scadenza della concessione²⁰³.

Sul tema della natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi sono queste, in sostanza, le considerazioni che conducono l'Adunanza Plenaria a riconoscerne la diretta applicabilità al settore dei beni demaniali per finalità turistico-ricreative. A ben vedere, questo aspetto è il vero “nodo gordiano” della questione, dal momento che, appurato il contrasto tra la proroga nazionale e il diritto europeo e deciso a favore di quest'ultimo, le modalità di intervento differiscono sensibilmente a seconda che la disposizione europea sia o meno *self-executing*.

Per questo motivo, ad avviso di chi scrive, l'Adunanza Plenaria avrebbe potuto analizzare con maggior dettaglio la questione, ad esempio illustrando le ragioni per le quali ritiene che il grado di dettaglio dell'articolo 12 sia sufficientemente chiaro, preciso e completo da legittimare la disapplicazione della disciplina nazionale di proroga. Su questo aspetto si tornerà nei §§ 7 ss., dopo aver analizzato l'ultimo aspetto sul quale si è soffermato il giudice.

²⁰² Punto n. 26 della pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

²⁰³ Sull'obbligo da parte della pubblica amministrazione di disapplicare la disposizione nazionale che contrasta con una disposizione del diritto europeo direttamente applicabile o caratterizzata da un effetto diretto, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo s.p.a.* e la sentenza della Corte costituzionale n. 389 del 1989, nella quale la Consulta ha affermato che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea».

Infatti, la Plenaria si sofferma anche sulla seguente questione: la pubblica amministrazione, in adempimento del già menzionato obbligo di disapplicazione, è tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea? E ancora, la presenza di un giudicato favorevole al concessionario può costituire un ostacolo all'esercizio del potere di autotutela?

Sul punto, si è visto che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario – cristallizzato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 – aveva ritenuto applicabile la disciplina generale di cui all'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 sull'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che, stante la natura autorizzatoria della concessione, l'amministrazione avrebbe potuto annullare quest'ultima entro diciotto mesi – ora dodici – dalla sua adozione, ovvero dall'adozione del provvedimento di proroga. La Plenaria, al contrario, giunge ad una soluzione più radicale e, pur affermando che in linea generale il diritto europeo non impone un generale obbligo di intervento in autotutela all'amministrazione, a maggior ragione nel caso in cui il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato – secondo quanto previsto dalla giurisprudenza *Kuhne & Heitz* della Corte di Giustizia – conclude che il caso di specie costituisce un'eccezione a questa regola.

Muovendo dalla qualificazione dell'atto amministrativo di rinnovo della proroga che il concessionario richiede all'amministrazione competente, il giudice ritiene che esso sia meramente ricognitivo dell'effetto prodotto automaticamente dalla legge di proroga: infatti, la formulazione dell'articolo 1, comma 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che proroga la scadenza delle concessioni al 2033 è tale da far discendere l'effetto dalla proroga dalla legge stessa, che assume così la valenza di legge-provvedimento, senza la necessità di una intermediazione da parte del potere amministrativo. Per questa ragione, la Plenaria conclude che «se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto. Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regola il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola

funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga»²⁰⁴.

Nel caso in cui, invece, su un provvedimento di proroga sia intervenuto in giudicato favorevole al concessionario, la Plenaria richiama quanto già statuito nella sua precedente decisione n. 11 del 2016, secondo cui le sentenze della Corte di Giustizia, all'esito di un rinvio pregiudiziale, hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: queste sentenze, dunque, vincolerebbero il giudice nazionale non limitatamente al giudizio dal quale è scaturito il rinvio pregiudiziale, bensì in tutti i casi in cui sorga una controversia sulla questione oggetto del rinvio al giudice europeo.

Dunque, tali pronunce sarebbero equiparabili ad «una sopravvenienza normativa» che, «incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica. Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *ius superveniens* di derivazione comunitaria»²⁰⁵.

Alla luce di ciò, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produrrebbe come effetto, secondo la Plenaria, «anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna»²⁰⁶.

È questo, forse, l'aspetto più “dirompente” delle pronunce nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria, dal momento che la qualificazione del provvedimento di proroga come atto

²⁰⁴ Punto n. 43 della sentenza.

²⁰⁵ Punto n. 44 della sentenza.

²⁰⁶ Punto n. 45 della sentenza.

meramente ricognitivo di effetti scaturenti dalla fonte normativa e l'estensione degli effetti della sentenza *Promoimpresa e Melis* anche ai giudicati successivi favorevoli ai concessionari, non pare lasciare alternativa – né eccezioni – all'assegnazione delle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica.

Considerando il particolare impatto di questa decisione sul settore del turismo balneare e l'incertezza del quadro normativo, l'Adunanza Plenaria, richiamando i principi cristallizzati nella sua precedente sentenza n. 13 del 2017, ha ritenuto di poter modulare gli effetti temporali della pronuncia, assegnando il termine del 31 dicembre 2023 alle pubbliche amministrazioni affinché predispongano i bandi di gara e svolgano le procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni, auspicando che nel frattempo intervenga il legislatore con l'approvazione di una normativa di riordino della materia.

Alla data del 31 dicembre 2023, secondo la Plenaria «tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente dal fatto che vi sia o meno un soggetto subentrante nella concessione».

Infine, il giudice individua una serie di criteri che le pubbliche amministrazioni – e, prima ancora, il legislatore – dovrebbero tenere in considerazione nella predisposizione delle procedure selettive: oltre a quelli cristallizzati nell'articolo 12 della direttiva servizi – imparzialità, trasparenza e pubblicità – la Plenaria non esclude la possibilità di tenere conto del legittimo affidamento dei titolari delle concessioni nella fase di predisposizione delle regole delle procedure di selezione, secondo il criterio del “caso per caso” enucleato dalla Corte di Giustizia; inoltre, potrebbero essere valorizzate l'esperienza professionale e il *know-how* acquisiti da parte degli operatori economici già operanti nel settore, purché ciò non si traduca in una preferenza automatica per questi ultimi; ancora, ulteriori elementi di valutazione potrebbero riguardare gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti.

Per quanto concerne la durata delle concessioni, ad avviso della corte, sarebbe opportuno che il legislatore introducesse a livello normativo un limite di tempo massimo, mentre la determinazione in concreto della durata delle singole concessioni potrebbe essere rimesso alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, in relazione alle caratteristiche della concessione e dei servizi che il concessionario si propone di offrire.

Al termine di questa lunga disamina, si possono svolgere le seguenti osservazioni: innanzitutto, è evidente che l'Adunanza Plenaria abbia voluto porre un *ultimatum* al legislatore che – a prescindere dalla compagine governativa e dalla maggioranza parlamentare – negli ultimi dodici anni è intervenuto solo con proroghe generali del termine di scadenza delle concessioni in essere, spostando sempre più in avanti l'orizzonte temporale dell'assegnazione delle concessione tramite procedure ad evidenza pubblica.

Tuttavia, la decisione di posticipare gli effetti della sentenza al 31 dicembre 2023 deriva dalla chiara consapevolezza del necessario bilanciamento tra diversi fattori e interessi, tra i quali anche il legittimo affidamento dei concessionari. Rispetto alla sentenza n. 7874 della V sezione del Consiglio di Stato, che aveva escluso in radice la sussistenza di un legittimo affidamento in capo ai concessionari per carenza dell'elemento soggettivo – secondo la considerazione per cui il concessionario avrebbe dovuto sapere che la disciplina di proroga si pone in contrasto con il diritto europeo – la Plenaria sembra invece riconsiderare tale principio, che diviene uno degli “ingredienti” del bilanciamento tra l'applicazione dei principi europei pro-concorrenziali e la tutela degli investimenti realizzati e non ancora recuperati.

Ad uno sguardo attento, la questione concernente la natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi costituisce il presupposto logico-giuridico per l'affermazione dei principi di diritto enucleati dall'Adunanza Plenaria, dal momento che è dalla disapplicazione della normativa di proroga che scaturisce l'urgenza di predisporre le condizioni per poter avviare le procedure selettive. I dubbi sollevati circa l'effetto diretto della suddetta disposizione sono stati fugati dall'Adunanza Plenaria – ad avviso di chi scrive – in modo forse non completamente esaustivo: si è ribadito, infatti, che il grado di dettaglio dell'articolo 12 sarebbe tale da attribuirgli effetto diretto, senza giustificare ulteriormente tale assunto.

Come si cercherà di illustrare nel prossimo paragrafo, appare legittimo nutrire ancora qualche dubbio sull'effetto diretto dell'articolo 12 o, quanto meno, stimolare sul punto una riflessione più approfondita.

7. In particolare, l'asserita natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato unico europeo

Il deferimento all'Adunanza Plenaria da parte del Presidente del Consiglio di Stato della questione circa l'obbligo del giudice amministrativo di disapplicare la disposizione di legge che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere per contrasto con il diritto europeo fornisce l'occasione per ragionare intorno all'istituto della disapplicazione – o non applicazione, volendo utilizzare un'espressione invalsa nella giurisprudenza della Corte costituzionale – della norma di diritto interno per contrasto con il diritto europeo e, più in generale, dell'effetto diretto che caratterizza (a determinate condizioni) alcune disposizioni delle direttive europee.

In particolare, la disapplicazione della disposizione di diritto interno è basata sul presupposto della natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi e proprio questo aspetto è stato posto recentemente in discussione da alcune pronunce del T.A.R. Puglia, sede di Lecce, da cui deriva il deferimento della questione alla Plenaria. Le argomentazioni alla base dei dubbi circa l'effetto diretto del citato articolo della direttiva servizi suggeriscono, pertanto, una riflessione più approfondita su questo profilo, dal momento che da esso discendono specifiche e rilevanti conseguenze giuridiche, come si è visto nel precedente paragrafo.

Un inquadramento della tematica sembra opportuna prima di addentrarsi più in profondità nella disamina della questione.

7.1. Disapplicazione ed effetto diretto: considerazioni generali

L'articolo 288 TFUE, al terzo comma²⁰⁷, definisce la direttiva come l'atto che «vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere», facendo salva «la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» per la sua attuazione, tratteggiando l'aspetto principale che differenzia questo strumento dal

²⁰⁷ Il comma riproduce letteralmente il comma 3 dell'articolo 249 CE.

regolamento, il quale, al contrario «è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri»²⁰⁸.

Pertanto, mentre per i regolamenti non è previsto un obbligo in capo agli Stati membri di recepirne il contenuto – pratica che, anzi, è esplicitamente vietata –, poiché una volta adottati divengono direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, le direttive vincolano gli Stati al raggiungimento di un obiettivo, conservando una certa discrezionalità sulla scelta delle “forme e mezzi” per adempiere entro un determinato termine previsto dalla singola direttiva.

La *ratio* sottesa alla scelta tra questi due strumenti da parte degli organi dell’Unione europea risiede nella valutazione della necessaria uniformità, ovvero del “semplice” ravvicinamento delle discipline normative nazionali per raggiungere efficacemente un determinato obiettivo che rientra tra le competenze assegnate all’Unione dai Trattati: nel primo caso, si opererà per il regolamento; nel secondo, la scelta ricadrà sulla direttiva.

Da queste considerazioni discende l’importante conseguenza che i regolamenti sono per loro natura direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, costituendo diritti e doveri direttamente in capo ai destinatari, mentre le direttive necessitano dell’intermediazione degli Stati membri, che sono obbligati a recepire il loro contenuto entro un determinato termine: la Corte di Giustizia ha, infatti, affermato che l’obbligo di risultato prescritto dalle direttive deve essere «adempito alla scadenza del termine fissato dalla direttiva stessa [consequendone, *n.d.a.*] che, ogniqualvolta sia regolarmente attuata, la direttiva spiega i suoi effetti nei confronti dei singoli tramite i provvedimenti d’attuazione adottati dallo Stato membro interessato»²⁰⁹.

Difettando l’attributo della diretta applicabilità, per verificare il corretto adempimento da parte degli Stati membri nel recepimento delle direttive il diritto europeo prevede alcune modalità, caratterizzate dal fatto di non poter agire direttamente sulla disposizione di diritto interno che si ritiene violi la direttiva, disapplicandola: in caso di mancato recepimento della direttiva, ovvero qualora questo sia inesatto o tardivo, potrà essere azionata una procedura di infrazione, il rinvio pregiudiziale interpretativo oppure, ancora, l’azione di responsabilità nei confronti dello Stato.

²⁰⁸ Art. 288, co. 2 TFUE.

²⁰⁹ Corte. Giust., 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*.

Tuttavia, è frequente l'adozione di direttive che si discostano dal paradigma cristallizzato nell'articolo 288, comma 3 TFUE, «ovvero di direttive cc.dd. dettagliate, che dettano una disciplina chiara, precisa, completa e incondizionata della materia regolata, tale da consentire l'individuazione inequivoca dei titolari dei diritti (e corrispondenti destinatari di obblighi) e del loro specifico contenuto e da escludere, di fatto, non la necessità di atti di trasposizione, ma certamente qualsiasi discrezionalità degli Stati membri quanto alle forme e ai mezzi per procedere ad essa»²¹⁰.

Qualora le prescrizioni contenute in una direttiva «siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate, tali da escludere qualsiasi discrezionalità nell'adempimento da parte degli Stati membri»²¹¹ la Corte di giustizia ha attribuito loro efficacia diretta²¹², permettendo così ai singoli di invocarne l'applicazione nell'ordinamento interno qualora non vi sia stata correttamente recepita entro il termine previsto nella direttiva. In altre parole, se una disposizione contenuta in una direttiva è chiara, precisa e incondizionata e non è stata correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale entro il termine previsto, può essere fatta valere dai singoli cittadini in giudizio, chiedendo al giudice di disapplicare la disposizione nazionale che contrasta con quella europea, altrimenti «l'effetto utile dell'atto (della direttiva, *n.d.a.*) sarebbe attenuato se agli amministrati fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudizi nazionali di prenderlo in

²¹⁰ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, 2015, p. 58, ove si evidenzia come «sul piano dell'efficacia obbligatoria, la direttiva dettagliata risulta così sostanzialmente assimilabile al regolamento, non potendo la sua portata precettiva essere limitata al solo risultato».

²¹¹ *Ibidem*, p. 59.

²¹² L'evoluzione dell'istituto pretorio dell'effetto diretto prende avvio con la nota sentenza *Van Gend & Loos* (5 febbraio 1963, causa 26/62), nella quale la Corte di Giustizia, sul presupposto che i Trattati istitutivi dell'allora Comunità europea non si limitavano a prevedere reciproci obblighi tra gli Stati firmatari ma creavano un ordinamento di nuovo conio, capace di creare diritti direttamente in capo ai singoli, ha riconosciuto ad alcune disposizioni dei Trattati efficacia diretta. Successivamente, grazie al principio del c.d. effetto utile, l'efficacia diretta è stata dal giudice europeo estesa a quelle disposizioni contenute in direttive che presentano un contenuto chiaro, preciso e incondizionato (cfr., per tutte, sent. 6 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad*; 17 dicembre 1970, causa 33/70, *Sace*; 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*).

considerazione in quanto elemento del diritto comunitario»²¹³. Inoltre, sempre secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, l'obbligo di disapplicare la disposizione che contrasta con la prescrizione europea dotata di efficacia diretta non riguarda solamente i giudici nazionali ma si estende prima ancora a tutti gli organi dell'amministrazione²¹⁴.

Si tratta ora di analizzare le ricadute che le considerazioni generali richiamate producono nel settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

7.2 Sulla natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi e i limiti di tale qualificazione

La qualificazione dell'articolo 12 della direttiva servizi come disposizione caratterizzata da effetto diretto è ormai da diverso tempo invalsa nella giurisprudenza amministrativa, avendo ricevuto più volte l'autorevole avallo del Consiglio di Stato. Tuttavia, la certezza che si registra nel riconoscimento formale di tale natura in capo alla suddetta disposizione, non pare essere seguita da altrettanta certezza sotto il profilo applicativo.

Un plastico esempio di questa constatazione è, ad avviso di chi scrive, proprio la sentenza n. 7874 del 2019 nella quale il Consiglio di Stato, dopo aver riconosciuto l'effetto diretto all'articolo 12, ha però rigettato il ricorso in ottemperanza delle due società ricorrenti per motivi di rito, non pronunciandosi compiutamente sugli aspetti *lato sensu* operativi relativi allo svolgimento della procedura di selezione, ma limitandosi a enunciazioni di principio. Questo esito è comune nelle pronunce del giudice amministrativo in materia e le dinamiche sono pressoché sempre le stesse: a fronte del riconoscimento del contrasto tra la disciplina di proroga e il diritto europeo e dell'effetto

²¹³ Corte Giust., 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, che continua affermando che «il giudice nazionale cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso».

²¹⁴ Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo SpA*.

diretto dell'articolo 12 della direttiva servizi, il giudice disapplica la disposizione di legge interna e impone all'amministrazione convenuta di predisporre e svolgere la selezione per l'assegnazione della concessione oggetto del contenzioso; l'amministrazione, tendenzialmente, rimane inerte, adducendo a motivazione l'assenza di un quadro normativo dal quale ricavare – almeno – i criteri generali per l'assegnazione delle concessioni. Su questo aspetto, il Consiglio di Stato non si è mai spinto sino al punto di indicare i criteri di aggiudicazione fino alle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria che, come si è visto, individuano una serie di criteri che dovrebbero essere bilanciati tra loro nella predisposizione dei bandi di selezione.

Resta, però, il fatto che, asserito l'effetto diretto dell'articolo 12 e disapplicata la disposizione nazionale di proroga, non si sa quale disciplina applicare: certa sarebbe la *pars destruens* della disapplicazione, incerta, invece, la *pars construens*; in altre parole, mancherebbe – secondo quando asserito dalle amministrazioni e, in ogni caso, alla luce della situazione di stallo che si è creata in questi casi – la “disciplina di risulta” a valle della disapplicazione. Pare allora sia legittimo, ad avviso di chi scrive, chiedersi se effettivamente la disposizione di cui all'articolo 12 della direttiva servizi sia caratterizzata da effetto diretto che, è bene ricordare, si pone come eccezione per le direttive, che prevedono il recepimento da parte degli Stati membri.

Non stupisce, ad esempio, che la Corte di Giustizia nella sentenza *Rina Services*²¹⁵ abbia riconosciuto natura *self-executing* all'articolo 14 della direttiva servizi, che contiene un elenco di requisiti²¹⁶ ai quali gli Stati membri non possono subordinare l'accesso e

²¹⁵ Corte di Giustizia, *Rina Services*, 16 giugno 2015, C-593/13, che prende le mosse da un rinvio pregiudiziale per chiedere se fosse conforme agli artt. 49, 51, 56 TFUE, nonché agli artt. 14 e 16 della direttiva servizi una normativa nazionale che prevedesse la sede legale in Italia per gli organismi incaricati di verificare e di certificare il rispetto delle condizioni poste dalla legge per le imprese che eseguono lavori pubblici. La Corte di Giustizia si è pronunciata nel senso che «L'articolo 14 della direttiva 2006/123/CE (...) deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale è imposto alle società aventi la qualità di organismi di attestazione di avere la loro sede legale nel territorio nazionale».

²¹⁶ A titolo esemplificativo, ai sensi del citato articolo della direttiva Bolkestein, è fatto divieto agli Stati membri di subordinare l'accesso e l'esercizio ad un'attività di servizi a requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza, ovvero sull'ubicazione della sede legale; all'obbligo di prestare particolari garanzie finanziarie presso un prestatore sul territorio dello Stato

l'esercizio di una attività di servizi sul proprio territorio. In questo caso, infatti, appare evidente che la disposizione possa essere applicata senza la necessità di un intervento dello Stato membro e abbia, dunque, i caratteri di precisione, chiarezza e incondizionatezza che le attribuiscono effetto diretto: in altre parole, lo Stato membro deve evitare di inserire i requisiti cristallizzati nel suddetto articolo 14 nella disciplina che regola l'accesso e l'esercizio alle attività di servizi. In questo caso, la direttiva istituisce un obbligo di non fare in capo allo Stato membro, che può essere sanzionato con la disapplicazione della norma interna che, in violazione della disposizione della direttiva, preveda uno o più dei requisiti vietati; allo stesso tempo, è rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale la possibilità di prevedere altri requisiti, non vietati dalla direttiva.

Il precetto dell'articolo 14, dunque, è sostanzialmente diverso rispetto a quello dell'articolo 12, dal momento che quest'ultimo non prevede il divieto di applicazione di criteri specifici, bensì che l'assegnazione delle concessioni – *rectius*: autorizzazioni – ove siano limitate per la scarsità dei beni naturali, avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità. Questi sono principi generali, che devono necessariamente essere declinati in regole specifiche nel momento della loro concreta applicazione, fermo restando che il paragrafo 3 del medesimo articolo lascia intatta per gli Stati membri la possibilità, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di 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», purché conformi al diritto europeo.

Il fatto che l'articolo 12 lasci chiaramente al legislatore un margine di discrezionalità non soltanto nella predisposizione delle regole specifiche delle procedure selettive ma anche nel bilanciamento tra la garanzia del principio di concorrenza e la tutela degli interessi indicati nel terzo paragrafo, sembra andare in senso opposto rispetto alla qualificazione della disposizione come *self-executing*.

Alla luce di queste considerazioni, non pare peregrino sostenere che il giudice amministrativo – ma considerazioni analoghe potrebbero essere svolte anche con riferimento all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato – abbia scelto di

membro; al subordinare il rilascio dell'autorizzazione ad una valutazione circa la domanda di mercato, e altri ancora.

interpretare la pronuncia della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* in termini più stringenti rispetto a quanto effettivamente statuito dal giudice europeo.

Infatti, la stessa Corte di Giustizia non sempre ha applicato coerentemente la “dottrina” dell’effetto diretto, dal momento che nel riconoscimento dei presupposti che conferiscono tale qualificazione ad una disposizione di una direttiva – precisione, chiarezza e incondizionatezza – ha prediletto talvolta una interpretazione più restrittiva e, talaltra, una maggiormente estensiva²¹⁷.

Sebbene lo strumento dell’effetto diretto per poter disapplicare una disposizione di diritto interno confliggente con il diritto europeo rappresenti un efficace mezzo per l’applicazione effettiva di quest’ultimo da parte degli Stati membri – tanto che attenta dottrina ha affermato che lo strumento della disapplicazione sarebbe il «braccio operativo dell’effetto utile e, più a monte, del principio del primato del diritto europeo»²¹⁸ – non può non considerarsi che esso trova applicazione solamente nei casi in cui ricorrano i relativi presupposti e che, nello specifico caso delle direttive, l’effetto diretto non può che essere una eccezione alla regola, che prevede l’obbligo in capo allo Stato membro di

²¹⁷ Sulle oscillazioni nell’applicazione dell’effetto diretto da parte della Corte di Giustizia tra un approccio più restrittivo (tipico della prima fase della “dottrina” *Van Gend & Loos*) e uno maggiormente espansivo (riscontrabile nelle pronunce più recenti), si rinvia all’ampio contributo monografico di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2018. L’Autore definisce l’effetto diretto come un «*chameleon concept*» (riprendendo la definizione datane da J. STEINER, *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993, pp. 2 ss.) e parla dell’applicazione «à la carte del test dell’effetto diretto» da parte della Corte di Giustizia; in particolare, l’Autore sottolinea un «diverso atteggiamento mostrato dai giudici UE in merito alla verifica dei presupposti dell’effetto diretto a seconda che si tratti di efficacia diretta di tipo sostitutivo oppure di efficacia diretta di tipo oppositivo» (pp. 177 ss.).

²¹⁸ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell’atto amministrativo inoppugnabile*, cit., p. 226, in cui l’Autore mette in evidenza anche le criticità dell’applicazione dell’istituto della disapplicazione nei confronti dei provvedimenti amministrativi che, non essendo atti generali, ne comporterebbe un annullamento mascherato. Cfr., inoltre, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l’autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, cit.

recepisce il contenuto con strumenti normativi di diritto interno, conformemente al proprio ordinamento giuridico.

Sorge allora spontaneo chiedersi, parafrasando una frase attribuita allo storico francese Adolphe Thiers a proposito dei legitimisti intransigenti durante la Restaurazione, se il Consiglio di Stato non sia più realista del re.

Appare evidente che l'immobilismo del legislatore a fronte della necessità sempre più urgente di varare una riforma organica della disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative abbia avuto un ruolo importante nell'interpretazione che dell'articolo 12 ha dato il giudice amministrativo, quasi a voler "bypassare" l'inerzia del legislatore nell'attuazione del diritto europeo, facendo, allo stesso tempo, pressioni per l'adozione di una riforma normativa del settore.

Tuttavia, questa finalità, ancorché condivisibile in astratto, dovrebbe trovare quale limite l'insieme delle regole giuridiche che guidano l'interpretazione delle disposizioni di diritto europeo così come sviluppate dalla Corte di Giustizia: l'attenta e prudente valutazione dei requisiti per l'attribuzione alle disposizioni di una direttiva dell'efficacia diretta, con la conseguente disapplicazione della disposizione interna confliggente, dovrebbe prevalere sull'obiettivo di stimolare il legislatore ad attuare pienamente il diritto europeo, anche in considerazione del fatto che la disapplicazione non è l'unico strumento disponibile per garantire la corretta attuazione del diritto europeo.

8. Altri rimedi all'inadempimento dello Stato membro alla corretta applicazione delle direttive europee

I Trattati europei e l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia hanno coniato una pluralità di strumenti volti alla corretta applicazione del diritto europeo da parte degli Stati membri, tra i quali si richiamano la procedura di infrazione innanzi alla Commissione europea, il rinvio pregiudiziale interpretativo e l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato.

Con riferimento a quest'ultima, l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato è stata riconosciuta in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia con la sentenza

*Francovich*²¹⁹, che prendeva le mosse dal mancato recepimento da parte dell'Italia della direttiva 1980/97/CEE, la quale imponeva agli Stati membri la predisposizione di un meccanismo di tutela volto a garantire la liquidazione dei salari dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Con un rinvio pregiudiziale, i Pretori di Bassano del Grappa e di Vicenza avevano chiesto alla Corte di Giustizia se, da un lato, alcune disposizioni della direttiva avessero effetto diretto e, dall'altro, se i singoli cittadini lesi dall'inadempimento dello Stato avrebbero potuto pretendere da questo un risarcimento per il pregiudizio subito a causa dell'omessa trasposizione di una direttiva comunitaria. Mentre sul primo punto la Corte di Giustizia si era espressa negativamente, circa il secondo aveva riconosciuto, per la prima volta, la responsabilità – extracontrattuale – dello Stato al risarcimento del danno patito dai singoli per il mancato recepimento, ovvero il recepimento inesatto o tardivo, di una direttiva, a patto che la disposizione europea violata attribuisse in modo sufficientemente chiaro e preciso diritti a favore dei singoli; il contenuto di tali diritti fosse anch'esso chiaro; sussistesse un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo in capo allo Stato e il danno subito dal singolo.

Con successive pronunce²²⁰, la Corte di Giustizia ha ampliato lo spettro applicativo della responsabilità patrimoniale dello Stato ma quel che interessa, in questa sede, è evidenziare che il mancato riconoscimento dell'effetto diretto alla disposizione contenuta all'articolo 12 della direttiva servizi non avrebbe lasciato privi di tutela i suoi destinatari. In altri termini, coloro i quali, alla scadenza di una concessione balneare, avrebbero voluto

²¹⁹ Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, C-6/90, C-9/90, *Francovich e a.*

²²⁰ Con la sentenza *Francovich*, la Corte di Giustizia si limitò a riconoscere la responsabilità patrimoniale dello Stato con riferimento alla sola ipotesi di violazione di disposizioni di diritto europeo prive di effetto diretto mentre è con alcune pronunce successive che si è giunti a riconoscere in termini generale la responsabilità patrimoniale degli Stati membri. In particolare, con la sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, la Corte di Giustizia ha cristallizzato due principi in materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto europeo: in primo luogo, ove ne ricorrano i presupposti, l'inadempimento dello Stato ne comporta l'obbligo a risarcire il danno subito dai singoli cittadini a prescindere dal riconoscimento o meno dell'effetto diretto della disposizione di diritto europeo violata; in secondo luogo, l'azione risarcitoria è autonoma – e sottoposta alle regole processuali dello Stato membro – rispetto alla procedura di infrazione che può essere azionata innanzi alla Commissione europea.

che l'amministrazione comunale avviasse una procedura ad evidenza pubblica per la sua riassegnazione, avrebbero potuto anche esercitare l'azione risarcitoria per l'inadempimento dello Stato, che non ha predisposto un quadro normativo idoneo a consentire l'effettivo svolgimento di tali procedure.

Le ragioni per le quali dall'analisi della giurisprudenza non risulta che questa strada sia stata percorsa in modo rilevante possono essere molteplici e alcune sono certamente legate a motivi contingenti alle situazioni concrete, dunque non rilevanti per un'analisi della questione in punto di diritto, ma non appare illogico sostenere che la scelta del giudice amministrativo di attribuire all'articolo 12 valore di norma *self-executing* possa aver catalizzato le modalità del contenzioso in materia, con il risultato di giungere allo stallo per il quale le amministrazioni, ricevuto l'ordine di svolgere le procedure ad evidenza pubblica per la riassegnazione le concessioni, si sono dette impossibilitate ad ottemperarvi all'interno del quadro normativo vigente.

8.1. (segue) L'ipotesi di illegittimità costituzionale della disciplina di proroga e la c.d. doppia pregiudizialità

È interessante, poi, svolgere qualche considerazione in merito al fatto che, a fronte delle criticità conseguenti all'utilizzo dello strumento della disapplicazione evidenziate nei paragrafi precedenti, non sia mai stata sollevata una questione di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina di proroga cristallizzata, da ultimo, all'articolo 1, comma 682 della legge n. 145 del 2018²²¹.

²²¹ La Corte costituzionale è stata chiamata numerose volte, invece, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di disposizioni di legge regionali che variamente intervenivano sui termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, ovvero introducevano una disciplina di favore nei confronti dei concessionari in sede di riassegnazione delle concessioni – volendo esemplificare, quando disposizioni di leggi regionali prevedevano la proroga delle concessioni (sent. n. 1/2019); un termine eccessivo di durata delle concessioni (sent. n. 109/2018); l'attribuzione di una preferenza per il concessionario uscente in sede di gara (sent. n. 40/2017), ovvero un indennizzo a suo vantaggio (sent. n. 157/2017). La prima pronuncia della Corte costituzionale in materia è stata la sentenza n. 180/2010, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge regionale dell'Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8 che permettevano ai concessionari uscenti di ottenere, a determinate condizioni, la proroga della concessione sino a un

massimo di vent'anni, per contrasto con l'articolo 117, comma 1 Cost., essendo stati violati i principi inerenti il diritto di stabilimento e la tutela della concorrenza, previsti dai Trattati europei. Successivamente, la Corte costituzionale ha confermato questo orientamento fondando, però, le sue decisioni in primo luogo sulla violazione, da parte dei legislatori regionali, della tutela della concorrenza, riservata in via esclusiva al legislatore statale, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lett. e) Cost. e, inoltre, sul fatto che la materia presenterebbe un carattere di trasversalità (sent. nn. 14 e 345/2004).

Dal momento che tutte queste pronunce sono scaturite da giudizi in via diretta innanzi alla Corte costituzionale, su impulso del Governo, ai sensi dell'articolo 127, comma 1 Cost., si è creato il paradosso per il quale il Governo, così solerte a far riconoscere l'illegittimità costituzionale della normativa regionale, sarebbe promotore, d'intesa con il legislatore parlamentare, delle reiterate proroghe della scadenza delle concessioni, in contrasto con quanto previsto dall'ordinamento europeo. Per un approfondimento di questa tematica, si rinvia a A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016; ID, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazio per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, n. 9/2022 e la copiosa dottrina ivi citata; S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, n. 1/2018.

Con particolare riferimento alla sentenza n. 180/2010, che costituisce il *leading case* delle pronunce della Consulta sulla illegittimità costituzionale delle normative regionali di proroga e/o rinnovo delle concessioni balneari, pare opportuno svolgere due considerazioni. La prima è che già in quell'occasione la Corte costituzionale aveva escluso la rilevanza dell'affidamento del concessionario con riferimento alla proroga delle concessioni per consentire l'ammortamento degli investimenti effettuati anche se, ad avviso di chi scrive, è bene tenere a mente che l'oggetto del sindacato di costituzionalità era una legge regionale, mentre cosa diversa sarebbe interessare la Corte costituzionale con riferimento ad una normativa nazionale di proroga del termine delle concessioni. La seconda, invece, riguarda il fatto che in dottrina è stato evidenziato come l'art. 345 TFUE, secondo cui «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» escluderebbe in radice l'applicabilità del diritto europeo anche alle modalità di gestione dei beni pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni e che la scelta – anche della Corte costituzionale – di assoggettare alle regole europee anche questo settore dell'ordinamento deriverebbe da una quanto meno opinabile interpretazione dei rapporti tra i due ordinamenti, nonché da una eccessiva “soggezione” nei confronti delle istituzioni europee: cfr. M. ESPOSITO, *La triade schmittiana à rebours, nota a Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2010 *passim* e spec. p. 2171, in cui l'Autore afferma che «l'art. 345 del Trattato segna il riconoscimento dell'alterità soggettiva tra l'ordine giuridico europeo – che, per la sua stessa derivazione da patto internazionale stipulato in

Infatti, se è vero che la Corte costituzionale con la sentenza *Granital*²²² ha inaugurato un orientamento giurisprudenziale ultratrentennale e ancora attuale secondo il quale, in sintesi, ove possibile, il giudice nazionale deve disapplicare la disposizione di diritto nazionale che contrasta con quella di diritto europeo – dunque se si è in presenza di regolamenti UE e, in generale, nei casi in cui vi sia una disposizione europea *self-executing* – e non, invece, sollevare una questione di legittimità costituzionale²²³ – che resta quale *extrema ratio* nelle ipotesi in cui la disposizione di diritto europeo non sia autoapplicativa, né sia possibile procedere con l’interpretazione conforme della norma interna al diritto UE – tale regola giurisprudenziale è stata oggetto negli ultimi anni di una parziale revisione nei casi di c.d. doppia pregiudizialità.

Con un *obiter dictum* nella sentenza n. 269 del 2017²²⁴ la Corte costituzionale «ha dato avvio ad una nuova stagione del rapporto “triangolare” tra giudici comuni, Corte di

condizioni di parità con gli altri Stati, non è suscettibile di incidere sull’imperio territoriale a ciascuno di essi spettante – e gli ordinamenti nazionali».

Per un approfondimento di più ampio respiro sul rapporto tra ordinamento europeo e nazionale sotto il profilo della competenza del primo sul demanio pubblico, ID, *I Beni Pubblici*, in M. BESSONE (dir), *Trattato di Diritto Privato*, vol. VII, tomo I.2, Giappichelli, Torino, 2008; ID, *Demanio e sovranità nel contesto comunitario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; ID, *Corte di giustizia UE e Corte costituzionale sottraggono allo Stato italiano la competenza sul regime della proprietà, nota a Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2017.

²²² Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170.

²²³ In dottrina, l’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale finalizzata alla risoluzione delle antinomie tra norme di diritto interno e norme europee è stata efficacemente definita come il «cammino comunitario della Corte costituzionale», la quale dimostra nel tempo una sempre maggiore sensibilità ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario (cfr. R. BIN, *Diritto Costituzionale*, XXII ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 448 ss).

²²⁴ In verità, i prodromi di questo cambio di rotta erano già evidenti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2013, nella quale il giudice delle leggi si è riconosciuta quale giurisdizione ai sensi dell’art. 267 TFUE. Per un approfondimento, si rinvia a C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

giustizia e Consulta»²²⁵, statuendo che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [nel prosieguo: CdfUE] in ambito di rilevanza comunitaria» il giudice ha l'obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta prima, eventualmente, di interessare la Corte di Giustizia.

Il citato passaggio della sentenza n. 269 reca le coordinate per definire la c.d. doppia pregiudizialità come l'ipotesi in cui una disposizione di legge presenti profili di possibile violazione di diritti fondamentali previsti sia dalla Costituzione italiana che dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea – conosciuta anche come Carta di Nizza. Un ambito applicativo, dunque, ben determinato che, tuttavia, è stato in breve tempo ampliato dalla Corte costituzionale.

Sebbene tale orientamento sia stato ridimensionato dalla stessa Corte costituzionale con le successive sentenze nn. 20 e 63 del 2019²²⁶ e con l'ordinanza n. 117 del 2019²²⁷, con le quali l'obbligo per il giudice comune di interessare la Corte costituzionale è stato depotenziato nella facoltà, per il giudice, di sollevare una questione di legittimità costituzionale nel caso vi sia il dubbio che una disposizione di diritto interno contrasti con il diritto europeo e, allo stesso tempo, leda un diritto costituzionalmente tutelato, si

²²⁵ In questi termini C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale e alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2020; p. 297.

²²⁶ A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 25 febbraio 2019; M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019.

²²⁷ A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 13 maggio 2019, p. 242 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2019.

può sostenere che sia stata avviata una nuova fase nel dialogo tra Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Ciò anche in considerazione del fatto che, accanto alla “facoltativizzazione” di sollevare, in primo luogo, una questione di legittimità costituzionale da parte del giudice comune a seconda delle peculiarità del caso concreto, la Corte costituzionale ha ampliato l'ambito applicativo della doppia pregiudizialità, che non è più limitato in senso stretto all'ipotesi di conflitto con diritti fondamentali cristallizzati in Costituzione e nella Carta di Nizza, ma si estende, a determinate condizioni, più in generale al diritto europeo.

In particolare, con la sentenza n. 20 del 2019 la Corte costituzionale ha deciso nel merito una questione riguardante la tutela dei dati personali posta alla sua attenzione con riferimento a diversi parametri tra i quali, oltre agli articoli 7, 8 e 52 della Carta di Nizza anche la direttiva 95/46/CE che, secondo la Corte di Giustizia, avrebbe natura *self-executing*. Secondo la dottrina *Granital*, in un caso siffatto il giudice remittente avrebbe dovuto risolvere l'antinomia normativa disapplicando la disposizione di diritto interno contrastante con la direttiva e la questione di costituzionalità sarebbe stata inammissibile ma la Corte costituzionale ha ritenuto, al contrario, di doversi pronunciare nel merito, dal momento che le disposizioni della direttiva presentano una «singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE»²²⁸.

La tendenza ad aumentare le ipotesi di doppia pregiudizialità è ancora più evidente nella sentenza n. 11 del 2020, nella quale il giudice *a quo* aveva posto all'attenzione della Consulta il dubbio di costituzionalità di una disposizione di legge che prevedeva l'incompatibilità tra titolarità di un contratto di lavoro subordinato nel settore pubblico o privato e la partecipazione a società di capitali titolari di farmacie. In questo caso, la questione di costituzionalità è stata sollevata con riferimento, oltre a diversi articoli della Costituzione, tra i quali l'articolo 41 sulla libertà d'impresa, anche – per il tramite degli articoli 11 e 117 della Costituzione – all'articolo 16 della Carta di Nizza, all'articolo 3 TUE e all'articolo 49 TFUE.

La Consulta ha ritenuto di doversi esprimere nel merito della questione, sottolineando che, «in merito all'eccezione di inammissibilità per il profilo dell'erronea evocazione di disposizioni del diritto dell'Unione europea (...) qualora sia lo stesso giudice comune,

²²⁸ Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 20, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, «questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione» (*ex plurimis*, sentenza n. 63 del 2019))²²⁹.

Anche in questo secondo caso, la Corte allarga le maglie del sindacato di costituzionalità in caso di doppia pregiudiziale, non più limitato al contrasto tra diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione e nella Carta di Nizza ma esteso anche alle libertà costituzionalmente garantite, quale la libertà di iniziativa economica²³⁰ e ai principi dei Trattati, come la libertà di stabilimento, cristallizzata nell'articolo 49 TFUE, alla quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto efficacia diretta²³¹.

Come ha osservato attenta dottrina, nel confronto tra l'orientamento *Granital* della Corte costituzionale e quello relativo alla doppia pregiudizialità, «ad un meccanismo consolidato di rapporti, quindi, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale (previa eventuale rimessione alla Corte di giustizia) sulla base di un criterio “funzionale” legato alla natura (assenza di efficacia diretta) della norma dell'Unione che si considera violata (e salvo, naturalmente, l'intervento della Consulta in caso di controlimite), si affianca un meccanismo “assiologico valoriale” che ritiene opportuna la previa rimessione al giudice delle leggi ogniqualvolta sia in discussione la violazione di un

²²⁹ Corte cost., 5 febbraio 2020, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

²³⁰ «E nella fattispecie non vi è dubbio che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata» (Corte cost., n. 11/2020, punto 3.4 del *Considerato in diritto*).

²³¹ L'articolo 49 TFUE (ex 43 TCE) cristallizza il diritto di stabilimento e «costituisce una delle disposizioni fondamentali del diritto UE» (CGUE, 24 maggio 2011, C-61/08, *Notai*). L'articolo è datato di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali, in quanto norma «per eccellenza atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini di tutti gli Stati membri» (CGUE, 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyners*). Per un approfondimento, D. DIVERIO, *Articolo 49 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Cedam, 2014, pp. 350 ss.

diritto fondamentale e a prescindere dall'efficacia diretta della norma dell'Unione rilevante»²³². Ne consegue che la doppia pregiudizialità incide sia su disposizioni di diritto interno sospettate di illegittimità costituzionale e che contrastano con disposizioni di diritto europeo prive di effetto diretto, sia su disposizioni che, invece, dovrebbero essere disapplicate a favore di norme europee con effetto diretto, in deroga all'orientamento *Granital*.

Nelle ipotesi che rientrano in quest'ultimo caso, la questione è che «se sono in gioco diritti fondamentali, la “non applicazione” possa avvenire solo dopo una pronuncia di illegittimità costituzionale ad opera del giudice delle leggi, che garantisce, come visto, certezza del diritto, evitando disparità di trattamento»²³³, dal momento che tale pronuncia è idonea a produrre effetti *erga omnes*, specialmente nei casi in cui il giudice nazionale sia chiamato, anche all'esito di una pronuncia della Corte di Giustizia, a bilanciare interessi tra loro contrapposti per la corretta applicazione della disciplina normativa volta alla risoluzione della controversia posta al suo vaglio.

La rigida applicazione di queste indicazioni della Corte costituzione segnerebbe quasi un ritorno – limitatamente ai casi di doppia pregiudizialità che, però, sono anche quelli qualitativamente più rilevanti – ad un sistema di risoluzione delle antinomie normative tra norme interne e norme europee pre-*Granital*, considerando queste antinomie alla stregua di quelle tra una norma interna e una norma di diritto internazionale che prevedono la rimessione alla Corte costituzionale, dunque sia parte della dottrina²³⁴, sia la stessa Corte costituzionale²³⁵ concordano sulla necessità che il giudice nazionale valuti

²³² C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale e alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, cit., p. 301.

²³³ C. AMALFITANO, *ivi*, p. 313.

²³⁴ Ad esempio, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 13; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, pp. 316 ss.

²³⁵ Corte cost., sentenza n. 20/2019, in particolare punto 2.

caso per caso l'opportunità di rivolgersi alla Consulta, ovvero alla Corte di Giustizia dell'Unione europea²³⁶ in relazione alla questione oggetto del giudizio.

In dottrina si è riflettuto sull'opportunità di interessare la Corte costituzionale anche nell'ipotesi in cui, a fronte di una disapplicazione sistematica per via giurisprudenziale della norma interna contrastante con il diritto europeo, il legislatore continui a legiferare in contrasto con obblighi sovranazionali, proprio come nel caso della disciplina di proroga delle concessioni demaniali marittime. Difatti, «anche in questo caso, pur probabilmente non rilevando i diritti fondamentali nel senso di cui all'impostazione “269 temperata”, a ben vedere un intervento della Consulta potrebbe essere il solo idoneo a porre fine al comportamento illegittimo del legislatore, agendo essa – in un quadro di leale cooperazione – come guardiana della corretta applicazione del diritto dell'Unione, “a tenuta del sistema”, in linea (peraltro, parrebbe) con la giurisprudenza costituzionale che impone l'intervento del giudice delle leggi per dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme interne “dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del trattato”»²³⁷.

Pertanto, non sarebbe preclusa la possibilità di adire la Corte costituzionale, sollevando dubbi di legittimità costituzionale della disciplina normativa di proroga della scadenza delle concessioni, ora cristallizzata nell'articolo 1, comma 682 della legge n. 145 del 2018, a prescindere dall'attribuzione all'articolo 12 della direttiva servizi di natura *self-executing*. Si è osservato, infatti, che anche nel caso in cui sarebbe possibile disapplicare la norma interna, al ricorrere delle condizioni richieste per la doppia pregiudizialità il giudice dovrebbe valutare l'opportunità di rimettere la questione alla Corte costituzionale, specialmente nel caso in cui dalla disapplicazione derivasse la necessità di bilanciare più interessi contrapposti tra loro.

²³⁶ Quest'ultima ipotesi non inibisce, tuttavia, la possibilità per il giudice di rivolgersi in un secondo momento alla Corte costituzionale, nel caso in cui, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia pronunciata in sede di rinvio pregiudiziale continui a porre un dubbio di legittimità costituzionale della norma interna che contrasta con il diritto europeo.

²³⁷ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale e alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, cit., p. 317, che cita nel virgolettato un passaggio della sentenza della *Granital*.

Specialmente dopo la sentenza n. 11 del 2020, una questione di legittimità costituzionale della disciplina di proroga del termine di scadenza delle concessioni balneari potrebbe essere posta con riferimento agli articoli 2, 3 e 41 Cost., utilizzando l'art. 117 come parametro di legittimità in riferimento all'articolo 16 della Carta di Nizza, che tutela la libertà d'impresa, all'articolo 49 TFUE e alla direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno.

A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale è stata in passato investita di questioni riguardanti la legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza, di interventi normativi volti a riformare un certo settore in rapporto alla tutela del legittimo affidamento generato dalla previgente normativa, e che l'orientamento espresso è andato nella direzione di considerare la disciplina di proroga come uno degli elementi dai quali poter desumere l'assenza di una lesione del legittimo affidamento²³⁸.

A maggior ragione dal momento che il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni balneari è stato nuovamente riconosciuto dall'Adunanza Plenaria dopo essere stato, al contrario, disconosciuto dall'orientamento maggioritario del Consiglio di Stato, queste considerazioni tornano in primo piano.

Infatti, fermo restando il valore nomofilattico delle pronunce della Plenaria, nel nostro ordinamento non è inibita la possibilità, per il singolo giudice, di discostarsene, ove ritenga che il caso di specie lo richieda. Inoltre, e soprattutto, la soluzione alla quale giunge la Plenaria è principalmente un invito al legislatore a completare la riforma del settore, dal momento che è stato osservato come le pubbliche amministrazioni, nei fatti, abbiano evidenziato forti difficoltà nella predisporre dei bandi di gara in assenza di criteri generali uniformi sul territorio nazionale.

Ed è proprio la situazione di sostanziale stallo che sistematicamente si è presentata in prossimità della scadenza delle concessioni a fungere da cartina tornasole dell'opportunità di una pronuncia della Corte costituzionale, capace di bilanciare gli

²³⁸ F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., pp. 181 ss.

interessi coinvolti con una forza sicuramente superiore rispetto a quella che l'ordinamento riconosce alle pronunce dell'Adunanza di Plenaria del Consiglio di Stato²³⁹.

²³⁹ Proprio con riferimento alla "forza" riconosciuta dall'ordinamento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, appare emblematica la recente pronuncia della III sezione penale della Corte di Cassazione (13 aprile 2022, n. 15676), con la quale la Corte ha respinto il ricorso avverso la convalida del sequestro di uno stabilimento balneare per occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo, una fattispecie di reato prevista dall'articolo 1161 del Codice della navigazione. L'indagato aveva presentato ricorso alla luce delle pronunce gemelle dall'Adunanza Plenaria che, pur dichiarando illegittima la proroga *ex lege*, hanno confermato l'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023, chiedendo il dissequestro del proprio stabilimento sul quale, alla luce delle statuizioni del giudice amministrativo, avrebbe potuto continuare a svolgere la propria attività sino alla suddetta data. La Cassazione, tuttavia, non è stata di questo avviso, confermando invece il sequestro sul presupposto che, nel caso specifico, la concessione sarebbe scaduta nel 2009 e mai stata oggetto di rinnovi (neppure taciti) da parte del comune rivierasco territorialmente competente.

A prescindere dal fattore temporale che nel caso di specie è stato considerato dirimente per la Cassazione, si rileva che all'incertezza delle modalità di assegnazione delle concessioni si è affiancato nell'ultimo decennio anche il timore per i concessionari di incorrere nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale: secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione (cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281), alla disapplicazione della disciplina legislativa di proroga per contrasto con il diritto europeo conseguirebbe il venir meno del titolo legittimante l'occupazione del bene demaniale, con la conseguente applicazione della fattispecie penale.

Nel caso delle concessioni balneari, dunque, dalla disapplicazione della disciplina di proroga discenderebbe anche la responsabilità penale dei concessionari, che non avrebbero più titolo per occupare il bene demaniale sul quale esercitano l'attività d'impresa. Questo aspetto, in verità passato sottotraccia nel dibattito sul tema della proroga delle concessioni balneari, pone una questione di primaria rilevanza, ossia se la disapplicazione possa determinare conseguenze anche sotto il profilo penale e se, più in generale, sia legittima una interpretazione in *malam partem* delle direttive. Questa considerazione è ancora più importante se si considera che solo in alcuni casi le Procure della Repubblica hanno avviato indagini per verificare la sussistenza del reato di cui all'articolo 1161 del Codice della navigazione, creandosi in questo modo forti disuguaglianze tra i concessionari, che potrebbero riverberarsi, tra gli altri, sul principio di uguaglianza e sulla libertà di iniziativa economica, cristallizzati agli articoli 3 e 41 della Costituzione.

Pertanto, anche dall'analisi di questo ulteriore e delicato profilo, si giunge alla conclusione circa l'opportunità di una pronuncia della Corte costituzionale, con efficacia *erga omnes*.

Per un approfondimento, cfr. C. BENETTAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, in *Federalismi.it*, n. 19/2018.

9. La “reviviscenza” del legittimo affidamento dei concessionari nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria e il complesso bilanciamento tra interessi nella predisposizione dei criteri di gara

Con le pronunce “gemelle” dell’Adunanza Plenaria del novembre 2021 si assiste alla reintroduzione, tra gli elementi necessari alla risoluzione del *rebus* delle concessioni balneari, dell’affidamento dei concessionari.

Come sé è avuto modo di osservare, la giurisprudenza amministrativa successiva alla sentenza *Promoimpresa e Melis* aveva negato la presenza di un affidamento legittimo alla proroga delle concessioni in capo ai concessionari, interpretando in modo restrittivo la pronuncia della Corte di Giustizia che, al contrario, riconosceva un affidamento legittimo a valle di una valutazione dei singoli casi. Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 7874 del 2019, era arrivato a sostenere che un legittimo affidamento avrebbe potuto essere riconosciuto solamente con la prima proroga legislativa sino al 31 dicembre 2012, mentre oltre quel termine nessun affidamento in capo ai concessionari sarebbe configurabile come legittimo e, dunque, giuridicamente tutelato.

La Plenaria, invece, recupera l’impostazione della pronuncia della Corte di Giustizia del 2016 e afferma che il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni è «funzionale ad ammortizzare gli investimenti» effettuati sulla scorta della disciplina di proroga e non ancora ammortizzati. Nella *Promoimpresa e Melis*, il giudice europeo ha osservato – anche con riferimento al legittimo affidamento – che «l’articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d’interesse generale»²⁴⁰.

Il paragrafo 3 dell’articolo 12 della direttiva servizi consente, infatti, agli Stati membri di tenere conto, «nello stabilire le regole della procedura di selezione, 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

²⁴⁰ In particolare, punto 53, specificando subito dopo che, però, tale considerazione non può tradursi nella previsione di una proroga generalizzata *ex lege*.

patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

È all'interno di questa previsione che la Plenaria, richiamandosi alla pronuncia della Corte di Giustizia, riconosce il legittimo affidamento dei concessionari e suggerisce una serie di criteri alle pubbliche amministrazioni – per la predisposizione delle procedure di gara – e, prima ancora, al legislatore – per l'attesa riforma del settore – dei quali diversi sono riconducibili direttamente o indirettamente proprio al legittimo affidamento.

Dopo aver affermato che i criteri posti alla base della selezione devono essere «proporzionati, non discriminatori ed equi», il Consiglio di Stato in seduta Plenaria specifica che questi dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori e, con specifico riferimento alle capacità tecniche e professionali, evidenzia che queste ultime dovrebbero consentire 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». La Plenaria suggerisce, altresì, di prevedere, quali parametri per la valutazione dell'offerta degli operatori economici non soltanto gli standard qualitativi dei servizi ma anche la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti.

Tutti questi criteri restituiscono la misura della complessità che si cela dietro alle procedure di assegnazione delle concessioni, che non possono limitarsi alla verifica dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma che devono temperare una pluralità di interessi, privati e pubblici. È facile anche notare come diversi di questi criteri “suggeriti” dalla Plenaria incidono in modo diretto o mediato sul legittimo affidamento degli attuali concessionari.

Innanzitutto, la “reviviscenza” del principio del legittimo affidamento dei concessionari, con riferimento ai ratei degli investimenti non ancora ammortizzati nel caso in cui non venissero confermati nell'assegnazione della concessione posta a gara, consente un vero e proprio “recupero” del principio, che era stato espunto dalla precedente giurisprudenza amministrativa, nel novero degli elementi da considerare in sede di predisposizione dei bandi di selezione. Alla luce di questo *revirement* non sarebbe da escludersi aprioristicamente neppure che possa essere riconosciuto in sede di gara –

magari con qualche correttivo – anche il valore immateriale dell’azienda – il c.d. avviamento – come richiesto dalle associazioni di categoria²⁴¹.

A consolidare la posizione dei concessionari uscenti concorrerebbe anche il riconoscimento e la valorizzazione dell’esperienza professionale e del *know-how* acquisito nella gestione di una azienda di servizi balneari, sebbene la Plenaria precisi subito che ciò debba avvenire «a parità di condizioni con gli altri» candidati²⁴².

Ancora, la «capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale», potrebbe addirittura condurre a sottrarre alcune concessioni dalle procedure ad evidenza pubblica per la loro assegnazione. Infatti, nel caso di concessioni balneari sulle quali sorgono stabilimenti particolarmente peculiari del contesto nel quale sono inseriti sotto il profilo storico-identitario e che, di conseguenza, sono divenuti caratterizzanti il patrimonio collettivo del luogo, potrebbe verificarsi una ipotesi di deroga rispetto all’applicazione delle regole contenute all’articolo 12, paragrafo 1 della direttiva servizi, come è accaduto, proprio in Italia, per le proroghe delle concessioni dei locali in Galleria Duomo, a Milano²⁴³.

²⁴¹ Con riferimento al tema del riconoscimento dell’avviamento, in dottrina è stato rilevato che «Quel che merita di essere rilevato, però, è che c’è una utilità pubblica nell’evitare gli ulteriori anni di contenziosi che potrebbero prospettarsi, che sarebbero ancora di freno agli investimenti e alla riqualificazione di un importante segmento della filiera turistica nazionale, già penalizzata dal caos giuridico da molti anni». In questi termini A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazio per il legislatore statale e per le autonomie?*, cit., p. 8.

²⁴² Probabilmente la Plenaria intende affermare che il punteggio riconosciuto per le esperienze professionali pregresse non può essere tale da consentire, da solo, al concessionario uscente di posizionarsi nella graduatoria in posizione utile per vedersi riassegnata la concessione. In un caso siffatto si sarebbe di fronte, nella sostanza, ad un ulteriore rinnovo automatico mascherato da selezione ad evidenza pubblica.

²⁴³ Recentemente il Consiglio di Stato ha ritenuto legittime le proroghe delle concessioni dei locali in Galleria Duomo a Milano (che certamente non possono dirsi prive di rilevanza economica) a favore dei gestori uscenti. Il collegio ha affermato che: «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 il 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

Infine, anche per quanto riguarda la durata delle concessioni, la Plenaria fornisce alcuni criteri di maggiore dettaglio rispetto alla direttiva servizi, che nelle ipotesi di cui all'articolo 12 si limita a prevedere che la durata delle concessioni debba essere «limitata» nel tempo e «adeguata». Il criterio dell'adeguatezza sembra riferirsi alla dimensione economico-finanziaria dell'investimento che l'operatore economico intende fare sul bene demaniale; in questa prospettiva, l'adeguatezza della durata della concessione dovrebbe essere parametrata almeno sul tempo necessario per ammortizzare gli investimenti effettuati. In questo senso, l'Adunanza Plenaria suggerisce di prevedere la durata delle concessioni «sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie» e di commisurarla «al valore della concessione e alla (...) complessità organizzativa [dell'investimento, n.d.a.]». Inoltre, la durata delle singole concessioni dovrebbe essere determinata discrezionalmente dalle amministrazioni aggiudicatrici – dunque, dai Comuni nei singoli bandi di gara – «in funzione dei servizi richiesti al concessionario».

Alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nella definizione della durata delle singole concessioni farebbe da contrappeso, secondo la Plenaria, la previsione di un limite di durata massima delle concessioni individuato dal legislatore e uniforme sull'intero territorio nazionale.

Come si è osservato, nelle pronunce della Plenaria il legittimo affidamento dei concessionari torna ad avere un suo ruolo, in linea con quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sua pronuncia del 2016 che ha ammesso la possibilità di una proroga all'esito di una valutazione caso per caso degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati e ha richiamato l'attenzione sulla facoltà, per gli Stati membri, di considerare una serie di interessi – purché conformi al diritto comunitario – nel momento della definizione delle regole delle procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni.

Questa direzione è quella indicata dalla Plenaria e seguita dal legislatore nel DDL della legge per la concorrenza e il mercato per il 2021, attualmente in discussione presso le competenti commissioni parlamentari. Sarà importante verificare, in concreto, la rilevanza che gli aspetti legati al legittimo affidamento dei concessionari uscenti avranno nella valutazione delle domande di concessione, dal momento che, ove fossero da soli

elemento di valorizzazione dell'immateriale economico dell'intero ambiente circostante [...]» (Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018 n. 5157).

sufficienti per ottenere la riassegnazione del bene demaniale, si riproporrebbe il problema di un sostanziale rinnovo automatico, non conforme al diritto europeo.

10. I contenuti della delega legislativa nel DDL concorrenza (approvato in Senato il 30 maggio), con particolare riferimento a quelli incidenti sul legittimo affidamento dei concessionari uscenti

Come è stato accennato²⁴⁴, dopo le due pronunce dell'Adunanza Plenaria il Governo ha inserito nel DDL per la concorrenza e il mercato per il 2021 una delega legislativa per l'attuazione della riforma del settore delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative, con particolare riferimento alle procedure di selezione dei concessionari.

Il testo, dopo un lungo travaglio in Commissione industria, commercio e turismo, è stato da questa inviato al Senato per proseguire l'*iter* legislativo.

Innanzitutto, è stata confermata la delega al Governo – già presente nella prima versione del DDL – per la mappatura delle concessioni in essere, mediante «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».

L'articolo 3 del testo proposto all'esito dei lavori della Commissione, recante «Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive» conferma che tutte le concessioni di cui alla rubrica dell'articolo che hanno beneficiato della disciplina di proroga continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023 ma prevede, al comma 3, che «In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024», impegnando il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili a trasmettere alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente le procedure

²⁴⁴ Cfr. Capitolo II, § 5.

concluse entro il 31 dicembre 2023 e quelle ancora pendenti illustrando, per queste ultime, le ragioni che ne hanno impedito la conclusione entro il primo termine.

Questo comma introduce una novità rispetto al testo previgente, consentendo di superare il termine ultimo indicato dall'Adunanza Plenaria nelle sue pronunce, individuato nel 31 dicembre 2023. Per come è articolato il comma, si può rilevare come l'ipotesi di differimento del termine di scadenza della concessione si pone in termini di eccezione alla regola, che prevede la conclusione delle procedure entro il termine indicato dalla Plenaria. Considerato, tuttavia, l'alto contenzioso che riguarda il settore – essendo la pendenza di un giudizio una delle ipotesi legittimanti il differimento del termine – non può escludersi che questa ipotesi interesserà un numero considerevole di concessioni.

L'articolo 4 contiene, invece, la delega in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive al Governo, che entro sei mese deve adottare uno o più decreti attuativi per disciplinare le procedure di assegnazione delle concessioni. Per l'adozione dei decreti è previsto un *iter* complesso, che prevede il coinvolgimento di diversi Ministri e l'intesa in sede di Conferenza unificata.

La delega contiene una serie di prescrizioni per l'adozione dei suddetti decreti, che devono determinare criteri omogenei per l'individuazione delle aree idonee all'affidamento in concessione e l'affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi di «imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità».

Nella predisposizione di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, è necessario valorizzare l'esperienza tecnica e professionale già acquisita dagli operatori economici in relazione all'attività oggetto di concessione, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e la posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato una concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare.

Per quanto concerne lo specifico profilo della tutela dell'affidamento degli attuali concessionari, la delega legislativa prevede che, nella predisposizione dei criteri di gara, vi sia una «adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali», nonché la

«definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante».

Come si può notare, i criteri cristallizzati nella delega legislativa lasciano al Governo una ampia discrezionalità nella loro concreta attuazione. Per quanto concerne il legittimo affidamento dei concessionari uscenti, questo è indubbiamente riconosciuto, nei termini enunciati dalle sentenze gemelle della Plenaria e – almeno in linea di principio – in conformità con quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

11. (segue) e i contenuti della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n. 118

Il DDL concorrenza per la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 ha avuto sin dall'inizio una gestazione particolarmente travagliata: dopo una lunga permanenza nelle commissioni parlamentari competenti, è stato “integrato” – limitatamente agli articoli che disciplinano la delega legislativa al Governo in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – dalle statuizioni delle sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁴⁵ e approvato al Senato con il meccanismo della fiducia il 30 maggio scorso, con il rinvio alla Camera dei deputati poiché il testo aveva subito una modifica successiva all'approvazione dell'altro ramo del Parlamento.

Nelle more della votazione finale, il Governo Draghi si è dimesso anticipatamente rispetto al naturale termine della Legislatura ma, ciononostante, la Camera ha approvato il testo del DDL proveniente dal Senato e, pertanto, è stata promulgata la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n. 118.

²⁴⁵ Preme evidenziare che, com'è noto, l'integrazione di cui si è fatto cenno non deriva da un obbligo giuridicamente previsto nel nostro ordinamento, dal momento che il valore nomofilattica delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato coinvolge la giurisdizione amministrativa. Tuttavia, è evidente la prassi invalsa per la quale il legislatore, su materia particolarmente sensibili e complesse, si lasci “guidare” dalle decisioni della Plenaria del Consiglio di Stato – mentre, ad avviso di chi scrive, è proprio su tali materie che il legislatore sarebbe chiamato ad esercitare i poteri riconosciutogli dall'ordinamento.

Benché il DDL sia giunto al termine del suo *iter* legislativo e il contenuto degli articoli 2, 3 e 4 – analizzati nel precedente paragrafo – sia quello risultante dai lavori in commissione al Senato, la congiuntura tra la promulgazione della legge a distanza di oltre due mesi dall’approvazione al Senato del 30 maggio scorso e le dimissioni del Governo Draghi, rischia di vanificare il contenuto della delega legislativa.

Difatti, l’articolo 2 prevede che il Governo è delegato a adottare, entro sei mesi dall’entrata in vigore della legge, un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici, mentre l’articolo 4 lo impegna ad adottare, nello stesso termine, uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative, nonché disciplinare i criteri delle procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei nuovi concessionari.

Ora, per quanto riguarda l’adempimento di cui all’articolo 2, la ricognizione di tutti i beni pubblici dati in concessione ai privati – si badi, la disposizione di legge fa esplicito riferimento alle «concessioni di beni pubblici», dunque non solamente a quelle che hanno ad oggetto beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale dati in concessione per finalità turistico-ricreative – appare una impresa ad ampio spettro, per la quale sei mesi forse potrebbero non essere abbastanza; così come potrebbero non esserlo per giungere ad una riforma organica del settore, con particolare riferimento all’introduzione di criteri generali che le pubbliche amministrazioni devono applicare nella procedura di assegnazione delle concessioni scadute.

A questa situazione già di per sé precaria si sono sommate le dimissioni del Governo, che gettano un’ombra lunga sull’effettivo rispetto del termine semestrale per esercitare la delega: difatti, non solo si dovranno attendere le prossime elezioni del 25 settembre ma la successiva formazione del nuovo Governo per poter esercitare compiutamente la delega, soprattutto per quanto concerne l’individuazione dei criteri di selezione dei concessionari.

In questo scenario instabile e in rapida evoluzione, è possibile però trovare un punto fermo: l’articolo 3, comma 5 della legge n. 118 ha disposto l’abrogazione di tutti i commi della legge 30 dicembre 2018, n. 145 relativi alla proroga di scadenza delle concessioni al 31 dicembre 2033, nonché gli articoli di decreti-legge emanati nel 2020 in relazione all’emergenza pandemica che comunque avevano inciso sulla materia.

Pertanto, *de iure condendo*, si potrebbe ipotizzare un vuoto normativo nel caso in cui, posta l'avvenuta abrogazione delle disposizioni di proroga della scadenza delle concessioni al 2033 ad opera della legge n. 118/2022, il nuovo Esecutivo non riuscisse a esercitare la delega contenuta nel medesimo testo normativo.

In questo caso, tuttavia, ad avviso di chi scrive, sembrerebbe ragionevole applicare l'articolo 37 del Codice della navigazione, tutt'ora vigente nel nostro ordinamento, il quale cristallizza la regola al comma 1 secondo cui in caso di più domande di concessione sullo stesso bene demaniale la pubblica amministrazione deve assegnare il bene al 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».

Venuto meno il regime giuridico di proroga e in assenza di una nuova disciplina del settore, il citato articolo 37 costituirebbe l'unico – o, almeno, il principale – riferimento normativo applicabile alle procedure selettive dei nuovi concessionari, lasciando tuttavia irrisolti i profili problematici di cui si è ampiamente dato conto nel presente lavoro.

CAPITOLO IV
CENNI DI COMPARAZIONE
CON L'ORDINAMENTO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Le proroghe delle concessioni demaniali marittime nell'ordinamento spagnolo: un caso di «*falsos amigos*»?; 1.1. La disciplina del demanio marittimo nell'ordinamento spagnolo e la *Ley de Costas*; 1.2. Le principali differenze rispetto alle concessioni balneari nell'ordinamento italiano; 2. Spunti *de iure condendo* per una convergenza tra i due ordinamenti

1. Le proroghe delle concessioni demaniali marittime nell'ordinamento spagnolo: un caso di «*falsos amigos*»²⁴⁶?

Il dibattito circa il riconoscimento del legittimo affidamento in capo ai concessionari delle concessioni balneari per finalità turistico-ricreative è stato affrontata dalla dottrina italiana anche sotto il profilo comparato con gli altri Stati costieri dell'Unione europea²⁴⁷.

²⁴⁶ L'espressione è ripresa dal titolo del contributo di M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, *La regulaciòn de las concesiones demaniales en las playas: ¿un caso de “falsos amigos” jurídicos entre la normativa española e italiana?*, in *La nueva reulaciòn de costas, actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*.

²⁴⁷ Tra i molti contributi, si rinvia a F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. DE BENEDETTO (a cura di) *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Arel, Bologna, 2011, pp. 99-142; G.F. FERRARI, *Le concessioni demaniali tra diritto nazionale, comparato ed europeo*, in D. GRANARA (a cura di) *In Litore Maris*, cit., pp. 147-163; G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020; A. ABRUZZESE, *Le concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein: tra regolamentazione della concorrenza e tutela dei beni comuni. Spunti per una riflessione comparata*, 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*

In particolare, la dottrina ha sovente preso a modello la Spagna per due ordini di ragioni: da un lato, le coste spagnole, per conformazione morfologica, estensione e condizioni climatiche, possono essere paragonate a quelle italiane; dall'altro, e soprattutto, il confronto è stato basato sulla disciplina normativa di proroga delle concessioni insistenti sul demanio marittimo, introdotta nel 1988 dal legislatore spagnolo e novellata nel 2013, nonché dall'esito di un giudizio innanzi al *Tribunal Constitucional*, che ha escluso il contrasto della suddetta disciplina di proroga – sebbene incidente, in taluni casi, su attività economiche – con la direttiva servizi.

Questi aspetti hanno indotto parte della dottrina e alcuni commentatori nell'opinione pubblica a evidenziare la diversa sensibilità della Commissione europea nei confronti dell'Italia rispetto alla Spagna, nonché dei giudici italiani che già prima dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia avevano espresso un orientamento che revocava in dubbio la compatibilità della proroga *ex lege* con il diritto europeo e che dopo la sentenza *Promoimpresa e Melis* si sono orientati verso la sistematica disapplicazione delle disposizioni di proroga.

In altre parole, il dubbio è che vi sia una disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente assimilabili e che l'ordinamento spagnolo, nelle sue varie articolazioni, abbia preferito deferire la questione alla sua Corte costituzionale piuttosto che interessare la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Più in particolare, il giudice costituzionale spagnolo ha ritenuto compatibile con la Costituzione la proroga *ex lege* del termine delle concessioni di beni demaniali, escludendo il contrasto con l'ordinamento europeo, dal momento che queste non rientrerebbe nell'ambito applicativo della direttiva servizi. In Italia, invece, una proroga del tutto analoga – secondo quanto sostenuto da coloro che prospettano questa interpretazione – è stata giudicata in contrasto proprio con la direttiva servizi.

tra ordinamento europeo e ordinamento interno, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 81 ss. Un'analisi comparata ad ampio raggio è stata condotta anche dal Servizio Studi della Camera dei deputati, *Le concessioni marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna*, pubblicata in data 11 giugno 2021 nella pagina web https://temi.camera.it/leg17/post/le_concessioni_demaniali_marittime_in_croazia__francia__grezia__portogallo_e_spagna.html?tema=temi/gli_immobili_publici.

Si impone, dunque, una riflessione sulla fondatezza di questa interpretazione dal momento che, se davvero i regimi concessori dei beni demaniali marittimi nei due ordinamenti fossero identici, evidenzerebbe una situazione paradossale.

Sebbene i due ordinamenti presentino tratti comuni nella disciplina delle concessioni del demanio marittimo e che sia possibile – e forse auspicabile, come si dirà *infra* § 2 – una convergenza nella riforma del settore che l'Italia si appresta a realizzare, ritengo che permangano sostanziali differenze, che è opportuno evidenziare e tenere presente nelle riflessioni in chiave comparata tra i due ordinamenti.

1.1. La disciplina del demanio marittimo nell'ordinamento spagnolo e la *Ley de Costas*

L'evoluzione della disciplina del demanio marittimo in Spagna ha risentito fortemente dell'instabilità politica che ha segnato il Paese nell'età moderna, ritardando lo sviluppo di un sistema normativo atto a garantire il controllo dei pubblici poteri su un *asset* strategico per l'approvvigionamento di risorse idriche, i commerci e i traffici nel Mediterraneo e nell'Atlantico, nonché – specialmente in tempi più recenti – per il turismo²⁴⁸.

L'assenza di una articolata disciplina di stampo pubblicistico per la regolazione del demanio marittimo ha così favorito che su di esso i privati acquisissero, nel tempo, diritti dominicali, tant'è che «il tema della disciplina dei beni demaniali litoranei nel diritto

²⁴⁸ A. GALLEGU ANABITARTE, *Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad del sistema ribereño territorial*, in *Derecho de aguas*, Dialnet, 2006, in particolare pp. 45 ss; A. MENENDEZ REXACH, *El derecho al agua en la legislación española*, in *AFDUC – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n. 15/2011, pp. 53 ss. Più in generale, sulla storia del diritto amministrativo in Spagna, cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho Administrativo (ii): Del Estado autoritario al Estado constitucional*, in J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL, L. ARROYO JIMENÉZ (coordinador), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2021, pp. 229-328; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho español*, IV ed., Tecnos, 2009; ID, *El proceso de desamortización de la tierra en España*, in *Agricultura y sociedad*, n. 7/1978.

spagnolo, s'interseca con quello generale della tutela della proprietà privata»²⁴⁹. Non è stato infrequente, infatti, che i privati acquisissero il diritto di proprietà su terreni o su beni immobili successivamente ricompresi nel demanio costiero, ovvero acquisissero comunque il diritto di proprietà o altri diritti dominicali – conformemente all'ordinamento giuridico – su beni immobili facenti già parte del demanio pubblico. Ancora, vi poteva essere il caso di attività economiche o industriali esercitate su terreni prima privati e poi ricompresi nel demanio costiero. In tutti questi casi, è evidente che il mutamento di qualificazione dei beni immobili da privati a demaniali ha avuto ripercussioni sulla qualificazione dei diritti dei proprietari²⁵⁰.

Con la Costituzione del 1978 la Spagna ha deciso di assicurare la preminenza dell'interesse pubblico nella gestione del demanio marittimo e costiero, senza però sacrificare totalmente i diritti acquisiti precedentemente dai privati, che sono stati oggetto di un bilanciamento ad opera della *Ley de Costas* del 28 luglio 1988, n. 22²⁵¹, con la quale l'ordinamento spagnolo si è dotato di una disciplina organica del settore.

In particolare, per quanto concerne i titolari di diritti dominicali su beni che al momento dell'entrata in vigore della legge sono stati qualificati come demaniali, la prima

²⁴⁹ G. VOSA, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli Stati e diritto dell'Unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2022, p. 74.

²⁵⁰ Per l'analisi sulle vicende che nel corso degli ultimi due secoli hanno contraddistinto questo fenomeno si rinvia all'ampio contributo di G. VOSA, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli Stati e diritto dell'Unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, cit., *passim*, in particolare pp. 73 ss.; ID, *Una proposta dalla Spagna: il modello dei Consejos Rectores come paradigma di un futuro (improcrastinabile) intervento legislativo nella materia delle concessioni balneari turistiche*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., pp. 145-154.

²⁵¹ Per una analisi analitica della *Ley de Costas* e della sua riforma del 2013, cfr. M. DEL CARMEN NUNEZ LOZANO, *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant Lo Blanch, 2013; J.F. PEREZ GALVEZ (director), *En nuevo derecho de costas. Ley y nuove Reglamento General de Costas*, Wolters Kluwer, 2014. Per approfondimenti, si rinvia, altresì, a A. GIL CORTIELLA, *Ley de Costas versus Ley Hipotecaria*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1/1991, pp. 1185-1204; E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional: en particular, el caso de la Ley de costas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 141/1996, pp. 131-152.

disposizione transitoria della *Ley de Costas* prevede che questi possono richiedere una concessione che «*se otorgará por treinta años, prorrogables per otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de abonar canon*». Alla luce di questa previsione, i diritti dominicali divengono titoli concessori gratuiti per un lasso di tempo ragionevolmente lungo, con una chiara finalità compensativa, dal momento che, al termine della concessione, i beni che ne sono oggetto diverranno di proprietà statale, in quanto demaniali.

Con la *Ley n. 2 del 2013* è stata ampiamente riformata la *Ley de Costas* del 1988²⁵² e novellata anche la citata disposizione transitoria nel senso di un prolungamento del termine massimo della concessione a settantacinque anni²⁵³. Questa disposizione, insieme ad altre contenute nella legge di riforma, è stata oggetto di un ricorso di *amparo*²⁵⁴ al *Tribunal Constitucional* da parte di centosei deputati del Congresso per verificare la compatibilità con la Costituzione della novella normativa²⁵⁵.

La vicenda è significativa per il tema in esame dal momento che, tra i profili di potenziale illegittimità è stato evidenziato il contrasto della nuova disciplina di proroga delle concessioni con la direttiva 2006/123/CE. Sotto questo profilo, i ricorrenti hanno evidenziato come una proroga generalizzata delle suddette concessioni per un periodo di tempo così lungo si porrebbe in contrasto con la direttiva servizi, impedendo la piena

²⁵² La quale, comunque, aveva già subito una revisione con la *Ley n. 25 del 2009* («*de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*», in particolare ad opera dell'articolo 30), di recepimento della direttiva 2006/123/CE.

²⁵³ L'articolo 2 della *Ley n. 2/2013* prevede, infatti, che «*Las concesiones para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre existentes, que hayan sido otorgadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley, podrán ser prorrogadas, a instancia de su titular, de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo. (...) La duración de esta prórroga en ningún caso excederá de setenta y cinco años. En función de los usos, la resolución por la que se acuerde la prórroga podrá fijar un plazo de duración inferior, y prever, a su vez, prórrogas sucesivas dentro de aquel límite temporal*».

²⁵⁴ L'*amparo* definisce una modalità di sindacato di costituzionalità dell'ordinamento spagnolo di tipo diretto che, a determinate condizioni, consente di impugnare direttamente innanzi alla Corte costituzionale una legge ritenuta viziata da incostituzionalità.

²⁵⁵ Il *Tribunal Constitucional* si è pronunciato con la sentenza del 5 novembre 2015, n. 233, il cui testo integrale è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* e consultabile all'indirizzo <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-13480>.

applicazione del principio di concorrenza e configurando un vantaggio illegittimo nei confronti dei concessionari²⁵⁶, ove questi sul bene oggetto della concessione prorogata svolgano attività imprenditoriali.

Sotto questo profilo, il *Tribunal Constitucional* ha asserito che le concessioni di beni demaniali, già escluse dall'ambito applicativo della direttiva 2014/23/CE ai sensi del suo considerando n. 15, non si pongono neppure in contrasto con la direttiva servizi, dal momento che essere non hanno la stessa natura delle autorizzazioni per l'avvio e l'esercizio di attività economiche e costituiscono un mero titolo di occupazione del bene pubblico «*que per se no autoriza ninguna actividad*». La *Ley de Costas*, infatti, «*diferencia claramente el régimen de ocupación, sujeto a concesión, de las autorizaciones o concesiones propias de la actividad*», tant'è che il titolo concessorio non necessariamente prelude allo svolgimento di un'attività economiche sul bene che ne è oggetto. In definitiva, la concessione demaniale si configura come un «*título de ocupación del dominio público*»²⁵⁷.

²⁵⁶ In un passaggio della sentenza n. 233/2015 si legge che «*La ampliación de este tipo de concesiones choca además frontalmente con lo previsto en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (considerando núm. 62), impidiendo el desarrollo de una efectiva competencia. Así, la aplicación de este régimen ad hoc de prórroga no solamente sería inconstitucional por arbitrario y desproporcionado, sino que también supone una restricción de la libertad de empresa recogida por el art. 38 CE, por restringir la libre competencia, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad (SSTC 1/1982, de 28 de enero, 88/1986, de 1 de julio, y 208/1999, de 11 de noviembre)*».

²⁵⁷ «*No se aprecia la infracción del art. 38 CE, que el recurso conecta a la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, porque las concesiones demaniales no comparten la naturaleza de las autorizaciones de actividad. Las concesiones previstas en la Ley de costas, prorrogadas o no, constituyen un título para ocupar el dominio público, que per se no autoriza ninguna actividad; simplemente habilita a ocupar privativamente el dominio público. La Ley de costas diferencia claramente el régimen de ocupación, sujeto a concesión, de las autorizaciones o concesiones propias de la actividad (arts. 8.2, 65, 70.2). Debe señalarse también que las ocupaciones amparadas por una concesión no se destinan siempre a actividades lucrativas o a la prestación de servicios, sino que en muchos casos su fin es residencial (...) Cabe además reiterar que la concesión demanial está configurada como un «título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad» [STC 149/1991, FJ 4*

Con la sentenza del *Tribunal Constitucional* trova conferma quanto già previsto dalla *Ley de Costas*, ossia che vi sono due istituti giuridici con i quali possono essere attribuiti diritti a privati sui beni del demanio marittimo: uno è la concessione di occupazione di un determinato bene demaniale, l'altro è l'autorizzazione all'esercizio di attività sul bene e non necessariamente il secondo presuppone il primo. L'aspetto centrale, tuttavia, è che l'esercizio delle attività qualificabili come servizi balneari è regolato, nell'ordinamento spagnolo, con lo strumento dell'autorizzazione e non, invece, per mezzo di quello concessorio.

Infatti, la *Ley de Costas* prevede, innanzitutto, una disciplina *ad hoc* per le spiagge rispetto a tutti gli altri beni del demanio marittimo: queste sono composte dagli arenili e da un'altra fascia di litorale definita in via regolamentare dai Comuni mediante un procedimento denominato *deslinde*.

Previo rilascio del titolo autorizzatorio, sulle spiagge è consentito, ai sensi dell'articolo 33, il solo esercizio dei c.d. *servicios de temporada*²⁵⁸, ossia quei servizi accessori alla balneazione che non richiedono l'installazione di strutture inamovibili, che è vietata. Oltre a ciò, lo stesso articolo prescrive che debba comunque essere assicurato il libero accesso alle spiagge e che le strutture installate non possano occupare più della metà della superficie della spiaggia.

Un aspetto peculiare della disciplina spagnola in materia di gestione del demanio balneare consiste nel fatto che i Comuni rivieraschi devono richiedere alla competente amministrazione statale un'autorizzazione per l'esercizio dei *servicios de temporada*, presentando congiuntamente all'istanza un piano di gestione e utilizzo delle spiagge e un piano finanziario delle attività che il Comune ha intenzione di svolgere sulle stesse.

Pertanto, nell'ordinamento spagnolo il Comune svolge un ruolo centrale nella gestione delle spiagge, dal momento che è lui il soggetto deputato, innanzitutto, a definire quantitativamente e qualitativamente i servizi accessori alla balneazione che ritiene

G) a)]. *Será pues esta legislación sectorial la que discipline las actividades empresariales de las que la concesión demanial resulta ser únicamente el soporte físico y, señaladamente, la legislación «ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado» (STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3, y las allí citadas)».*

²⁵⁸ Letteralmente “servizi stagionali”.

opportuno che siano svolti sulle spiagge; poi, a richiedere allo Stato l'autorizzazione per l'esercizio dei suddetti servizi che interessano le spiagge rientranti nel proprio territorio; infine, una volta ottenuto il provvedimento, il Comune può decidere, ai sensi dell'articolo 53 della *Ley de Costas*, se erogare direttamente i suddetti servizi, oppure se affidarli a operatori economici, all'esito di una procedura selettiva ad evidenza pubblica²⁵⁹.

Per quanto attiene alla durata delle autorizzazioni rilasciate agli operatori economici, la legislazione spagnola non individua un termine unitario ma questo è parametrato sui servizi oggetto della singola autorizzazione, così da consentire all'operatore economico di ottenere una remunerazione adeguata dell'investimento.

1.2. Le principali differenze rispetto alle concessioni balneari nell'ordinamento italiano

Dall'analisi condotta sulla disciplina di affidamento ai privati dei servizi balneari nell'ordinamento spagnolo emergono sensibili differenze rispetto all'ordinamento italiano, che meritano alcune riflessioni.

Innanzitutto, l'ordinamento spagnolo si è dotato di una legislazione organica per la disciplina del demanio marittimo con la *Ley de Costas* del 1988, che rispecchia una concezione giuridica della gestione dei beni demaniali più moderna rispetto a quella italiana e maggiormente in linea con il diritto europeo. In Italia, invece, nei decenni successivi al Codice della navigazione si è preferito procedere con interventi normativi esterni al Codice, caratterizzati da un approccio settoriale finalizzato alla riforma di singoli istituti o determinati aspetti della gestione del demanio marittimo. Anche il

²⁵⁹ «Las autorizaciones cuyo objeto sea la explotación de servicios de temporada en las playas, que sólo requieran instalaciones desmontables, serán otorgadas a los Ayuntamientos que lo soliciten, en la forma que se determine reglamentariamente y con sujeción a las condiciones que se establezcan en las normas generales y específicas correspondientes. En caso de que los Ayuntamientos opten por explotar los servicios de temporada a través de terceros, aquéllos garantizarán que en los correspondientes procedimientos de otorgamiento se respeten los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. En ningún caso el otorgamiento de estas autorizaciones podrá desnaturalizar el principio del uso público de las playas.» (articolo 53 della *Ley de Costas*).

recepimento della direttiva servizi ad opera del decreto legislativo n. 85 del 2010 è avvenuto senza interpolazioni della disciplina settoriale del demanio marittimo, mentre la Spagna ha optato per una modifica della *Ley de Costas* ad opera della *Ley* n. 25 del 2009, per adattarla alle prescrizioni della suddetta direttiva.

A differenza dell'ordinamento italiano, in Spagna l'esercizio dei servizi accessori alla balneazione sulle spiagge è regolato da provvedimenti autorizzatori e non mediante titoli concessori, i quali disciplinano, invece, situazioni nelle quali prevale la dimensione dominicale della posizione dei privati sul bene. Soprattutto, il ricorso alla concessione di beni del demanio marittimo è legato a situazioni nelle quali i privati erano titolari del diritto di proprietà – o di altri diritti reali – su terreni o immobili prima che questi fossero annoverati nel demanio costiero e il regime concessorio per un periodo sufficientemente lungo – rimesso comunque alla discrezionalità delle amministrazioni competenti entro un limite massimo fissato dal legislatore – funge da compensazione per il passaggio dal regime privato a quello demaniale del bene, con il conseguente mutamento dei diritti in capo ai privati, che da titolari di diritti reali divengono concessionari.

Le situazioni disciplinate dalla *Ley de Costas* mediante lo strumento della concessione sono eterogenee, dal momento che riguardano sia terreni e immobili ad uso privato, sia terreni sui quali insistono attività economiche di tipo industriale – si pensi, ad esempio, a impianti industriali situati in territori poi ricompresi nel demanio costiero – o rientranti nel settore terziario – quali, volendo esemplificare, ristoranti e alberghi. In comune, però, come si è detto, queste situazioni presentano la qualificazione dei diritti in capo ai soggetti che ne dispongono e il loro mutamento *in peius* a seguito della demanializzazione dei suddetti beni²⁶⁰. Dunque, se è vero che le concessioni riguardano anche attività

²⁶⁰ Alla linearità teorica illustrata nella *Ley de Costas* non corrisponde un'altrettanta linearità in sede applicativa, come evidenziato dalla dottrina (E. DESDENTADO DAROCA, *La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas*, in 186 *Revista de Administración Pública* (2011), pp. 183 ss.; ID, *La reforma de la Ley de costas por la Ley 2/2013: ¿una solución adecuada al problema de los enclaves privados?*, in 193 *Revista de Administración Pública* (2014), pp. 45 ss.; E. DESDENTADO DAROCA, J. LEGUINA VILLA, *El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero*, in 167 *Revista de Administración Pública* (2005), pp. 7 ss.). Tuttavia, le difficoltà applicative del regime concessorio sui beni del demanio marittimo nell'ordinamento spagnolo non incidono sul ragionamento *de qua*, dal

economiche, non è altrettanto vero che riguardino i servizi balneari che, di regola, sono esercitati a fronte di un provvedimento autorizzatorio.

Anche nell'ordinamento italiano l'attività di prestazione di servizi balneari è disciplinata da un regime autorizzatorio il quale, però, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento spagnolo, presuppone il rilascio di una concessione. Il decreto legislativo n. 25 novembre 2016, n. 222, nel suo Allegato A, prevede un lungo elenco di attività – anche – economiche per le quali è indicato analiticamente il regime amministrativo applicabile. Nella sezione I, recante i regimi amministrativi di numerose «attività commerciali e assimilabili», si prevede che per l'avvio dell'attività di gestione di uno stabilimento balneare è richiesta una scia – che può essere anche unica o condizionata, a seconda delle caratteristiche dell'attività che il richiedente intende svolgere – «previa concessione demaniale [che] resta disciplinata dalle norme del codice della navigazione». Dunque, mentre nell'ordinamento spagnolo il regime concessorio e quello autorizzatorio sono tendenzialmente alternativi, nell'ordinamento italiano sono cumulativi.

La riforma della *Ley de Costas* ad opera della *Ley* n. 2 del 2013 che è stata oggetto di un giudizio di costituzionalità innanzi a *Tribunal Costitucional* non ha inciso sulle autorizzazioni per i *servicios de temporada*, bensì sulle concessioni, prorogandone la scadenza sino a settantacinque anni all'esito, comunque, di una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente. Già questo aspetto basterebbe, ad avviso di chi scrive, a evidenziare una differenza sostanziale con le proroghe italiane, che prevedono un termine uguale per tutte le concessioni, senza rimettere alla discrezionalità delle amministrazioni competenti alcuna valutazione con riferimento ai singoli casi.

Come si è visto, lo strumento concessorio è stato utilizzato nell'ordinamento spagnolo per regolare le situazioni in cui beni in precedenza privati sono stati ricompresi nel demanio pubblico, con il conseguente mutamento dei diritti reali in diritti del concessionario. L'attribuzione degli stessi beni in concessione agli ex proprietari ha, dunque, evidenti finalità compensative. Inoltre, lo strumento concessorio regola solo in parte situazioni nelle quali sul bene demaniale si svolgono attività d'impresa.

momento che non è messo in discussione il diverso regime autorizzatorio che regola i *servicios de temporada*.

La situazione nell'ordinamento italiano è, invece, diversa, dal momento che i beni facenti parte del demanio pubblico e, in particolare, del demanio marittimo sono stati definiti oltre un secolo or sono e non hanno subito modifiche rilevanti come nell'ordinamento spagnolo. Di conseguenza, la proroga del termine di scadenza delle concessioni non ha finalità compensativa per il mutamento qualitativo dei diritti dei privati ma vorrebbe tutelare l'affidamento dei concessionari che hanno effettuato investimenti – presumendo, però, che tutti li abbiano fatti – nella convinzione di poterne ammortizzare i costi in un periodo più lungo nelle more di una riforma organica del settore.

Pertanto, non pare perfettamente aderente alla situazione italiana il richiamo alla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 2015 nella parte in cui non rileva un contrasto tra la disciplina di proroga delle concessioni e la direttiva servizi, evidenziando che la concessione sarebbe solamente un titolo di occupazione, mentre l'attività eventualmente realizzata sul bene demaniale sarebbe sottoposta alla disciplina di settore – e, dunque, anche alla direttiva servizi, ove si trattasse di un servizio non escluso dalla stessa – al fine di giustificare la proroga *ex lege* delle concessioni balneari in Italia o, comunque, per evidenziare una diversa sensibilità tra i due ordinamenti e nell'atteggiamento delle istituzioni europee. Il ricorso alle concessioni di beni del demanio marittimo nell'ordinamento spagnolo, come si è visto, è volto in primo luogo a compensare la perdita di un diritto reale da parte del proprietario su un bene in conseguenza della sua demanializzazione.

Nell'ordinamento spagnolo i servizi accessori alla balneazione sono erogati in via ordinaria tramite autorizzazione, senza il previo ottenimento di una concessione, e possono essere affidati a operatori economici dal Comune all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, secondo quanto espressamente disposto dall'articolo 53, comma 2 della *Ley de Costas*: «*En caso de que los Ayuntamientos opten por explotar los servicios de temporada a través de terceros, aquéllos garantizarán que en los correspondientes procedimientos de otorgamiento se respeten los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva*».

Infine, anche la consistenza dei *servicios de temporada* suggerisce di evidenziare maggiormente le differenze tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano piuttosto che le analogie: sulle spiagge spagnole, infatti, vige la regola che possono installarsi solamente

strutture amovibili e, comunque, su non più della metà della superficie disponibile della spiaggia; al contrario, l'ordinamento italiano non prevede limiti così stringenti ed è possibile strutturare l'impresa balneare con opere inamovibili nonché installare, per esempio, gli ombrelloni quasi fino alla linea di battigia.

Di conseguenza, l'impresa turistico-balneare nell'ordinamento italiano è connotata da maggiori potenzialità economiche, che si riverberano sull'intero settore, il quale costituisce una parte importante del settore terziario nell'economia del Paese. E, per lo stesso motivo, il potenziale economico di una impresa balneare rende difficilmente sostenibile che l'attribuzione della concessione che ne è il presupposto possa avvenire senza una fase ad evidenza pubblica.

2. Spunti *de iure condendo* per una convergenza tra i due ordinamenti

Un aspetto interessante della disciplina della gestione del demanio marittimo nell'ordinamento spagnolo è rappresentato dalla centralità del ruolo dei Comuni, che non trova un corrispettivo nell'ordinamento italiano.

Come si è visto, l'esercizio dei servizi accessori alla balneazione deriva da una autorizzazione che il Comune richiede alla competente amministrazione statale, presentando, da un lato, un piano di gestione delle spiagge e, dall'altro, un piano finanziario che illustri gli interventi e le attività che l'Ente vuole realizzare, nonché la relativa copertura finanziaria. Una volta ottenuta l'autorizzazione, il Comune può decidere discrezionalmente se erogare in prima persona i servizi oggetto dell'autorizzazione, ovvero se affidarli a terzi e, in quest'ultimo caso, è tenuto a procedere alla selezione dell'operatore economico mediante una procedura ad evidenza pubblica, conformemente a quanto previsto dal diritto europeo.

In questo modo, ai Comuni è attribuito un ruolo di primaria importanza nella pianificazione della gestione del demanio marittimo che rientra nei rispettivi ambiti territoriali, una pianificazione che non si esaurisce in quella urbanistico-edilizia – come tendenzialmente è nell'ordinamento italiano²⁶¹ – ma che comprende anche aspetti di

²⁶¹ È possibile rintracciare nella normativa regionale le regole generali che i Comuni devono seguire per la gestione del demanio marittimo, lacuale e fluviale ma queste si atteggiano precipuamente come

natura economica, che risultano strategici, per esempio, per attrarre turisti durante la stagione estiva e per modellare i servizi in base alle specificità del territorio con una “regia pubblica” ben presente. L’esercizio di tale competenza da parte dei singoli Comuni, comunque, giunge a valle dell’autorizzazione generale rilasciata dall’amministrazione statale che, in questo modo, esercita un forte controllo su questi enti, al fine di evitare eccessivi particolarismi locali.

Questa impostazione è assente nell’ordinamento italiano, nel quale ai Comuni è attribuita la competenza di assegnare in concessione i beni demaniali marittimi ai privati ma nell’ambito, tuttavia, di un quadro normativo che non consente loro una pianificazione anche economica delle attività che ritengono opportuno siano svolte sulle spiagge. L’approccio, se si vuole, più tradizionale e uniforme dell’ordinamento italiano non consente al Comune di svolgere un ruolo attivo nella valorizzazione delle spiagge e nella definizione delle attività imprenditoriali che vi si svolgeranno, limitandosi ad un controllo sotto il profilo della legittimità dei titoli concessori e autorizzatori richiesti. Tuttavia, proprio la possibilità per il Comune di avere un ruolo più incisivo nella pianificazione delle attività e dei servizi che si svolgono sulle spiagge potrebbe consentire di affrontare con maggiore efficacia le criticità specifiche dei territori, attuando anche in questo settore il principio di sussidiarietà, cristallizzato all’articolo 118 Cost.²⁶²

Nella legge per la concorrenza e il mercato per il 2021, promulgata il 5 agosto 2022, la delega legislativa al Governo non comprende anche un ripensamento dell’assetto delle competenze dei Comuni, che restano le amministrazioni competenti al rilascio dei titoli

norme di pianificazione territoriale e non anche come modalità di gestione latamente economica dei litorali. Quest’ultimo aspetto, solitamente, si risolve nella decisione – tutt’altro che di secondaria importanza ma pur sempre atomistica – dei Comuni rivieraschi di dare in concessione il demanio marittimo, lacuale o fluviale rientrante nel proprio territorio a privati – anche – per finalità turistico-ricreative. Alcuni esempi di gestione “pianificatoria” del demanio marittimo sono contenuto nella l.r. dell’Emilia-Romagna 31 maggio 2002, n. 9; l.r. del Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; l.r. della Puglia, 10 aprile 2015, n. 17; l.r. del Lazio 6 agosto 2007, n. 13; l.r. della Toscana, 9 maggio 2016, n. 31; della Liguria 28 aprile 1999, n. 13.

²⁶² Cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2012.

concessori senza, tuttavia, assumere un ruolo analogo a quello riconosciuto loro, invece, dall'ordinamento spagnolo²⁶³.

Puntare su un ravvicinamento tra i due ordinamenti sotto questo profilo avrebbe comportato, ad avviso di chi scrive, una maggiore partecipazione dei pubblici poteri alla gestione delle spiagge mentre nell'attuale assetto sembrano essere, al contrario, confinati in secondo piano rispetto allo sfruttamento economico dei beni demaniali marittimi.

²⁶³ La delega legislativa prevede, però, la definizione di una quota del canone annuo concessorio da riservare all'ente concedente, ossia al Comune, e da destinare a interventi di difesa delle coste e delle sponde e del relativo capitale naturale e di miglioramento della fruibilità delle aree demaniali libere.

CAPITOLO V

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. I (primi) effetti delle pronunce dell'Adunanza Plenaria sull'orientamento del Consiglio di Stato e i loro "limiti"; 2. Il difficile bilanciamento tra concorrenza e legittimo affidamento; 3. Prospettive di breve termine sui rapporti tra giudice e legislatore: il possibile (e auspicabile?) intervento della Corte costituzionale

1. I (primi) effetti delle pronunce dell'Adunanza Plenaria sull'orientamento del Consiglio di Stato e i loro "limiti"

Dopo aver chiarito le differenze tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano con particolare attenzione al profilo della posizione giuridica dei concessionari e, di conseguenza, della disciplina volta a tutelarne gli interessi mediante misure di proroga – che hanno finalità diverse nell'ordinamento spagnolo, come si è osservato, rispetto a quello italiano – è opportuno svolgere ancora qualche riflessione sulle pronunce dell'Adunanza Plenaria del novembre 2021 che, da un lato, hanno dato un contributo decisivo per "sboccare" lo stallo nel quale versava la situazione ma, dall'altro, manifestano alcuni limiti riconducibili alla loro stessa natura.

Le indicazioni che la Plenaria ha offerto alle pubbliche amministrazioni per predisporre le procedure selettive e, prima ancora, al legislatore per crearne le condizioni sotto il profilo normativo, restituiscono l'immagine di una situazione ben più complessa rispetto a quella invalsa nell'orientamento maggioritario del giudice amministrativo, che tramite la disapplicazione e il mancato riconoscimento *tout court* del legittimo affidamento, imponeva l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica.

Nelle indicazioni della Plenaria, infatti, l'effettiva applicazione del principio di concorrenza è bilanciata con altri principi che sono coinvolti nel complesso settore delle

concessioni balneari e che costituiscono, insieme, gli elementi di una equazione il cui risultato non deve comportare il sacrificio totale di uno o più di essi.

Come è stato osservato, un bilanciamento siffatto risulta essere, invero, maggiormente in linea con quanto previsto dall'articolo 3, comma 3 TUE, il quale afferma che l'Unione europea instaura sì un mercato interno ma nell'ottica, anche, di «un'economia sociale di mercato», nella quale la concorrenza è uno dei principi e non l'unico presente o quello che necessariamente deve sempre prevalere²⁶⁴.

Appare evidente che un bilanciamento tanto complesso e delicato non possa essere affidato completamente né all'interpretazione della giurisprudenza, né allo sforzo delle pubbliche amministrazioni ma che il soggetto deputato dall'ordinamento a trovare una sintesi sia proprio il legislatore.

Come si è osservato nella parte conclusiva del Capitolo II, il legislatore ha recepito e dettagliato le indicazioni della Plenaria nel DDL concorrenza per il 2021, al fine di delegare il governo a varare una riforma organica del settore mediante decreti legislativi. La direzione intrapresa del legislatore sembra quella più ragionevole per adeguare la disciplina delle concessioni balneari al diritto europeo senza sacrificare la complessità degli interessi che, come si è visto, caratterizza le concessioni balneari. Tuttavia, l'*iter* per giungere alla conclusione della riforma è ancora troppo lungo per essere sicuri che, questa volta, possa essere effettivamente portato a compimento.

Nel frattempo, è già possibile svolgere qualche considerazione sugli effetti prodotti dalle pronunce della Plenaria e sulle reazioni che ne sono derivate.

In una recente pronuncia²⁶⁵, la sezione VII del Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado con la quale il T.A.R. aveva accolto il ricorso del titolare di uno

²⁶⁴ In dottrina è stato evidenziato che «La Commissione – ed anche la Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa* del 2016 – accedono ad una visione della materia delle concessioni balneari “iper concorrenziale” (...). 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. (...) Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco.» (in questi termini 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, p. 16. Sull'economia sociale di mercato, cfr. B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, in particolare pp. 2-5.

²⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. VII, 17 maggio 2022, n. 3901.

stabilimento balneare che si era visto rigettare dal Comune l'istanza di proroga della propria concessione in applicazione di quanto disposto dalla legge n. 145 del 2018, sul presupposto della natura non *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi e, di conseguenza, dell'impossibilità di disapplicare la norma interna in favore di quella europea.

L'aspetto che più interessa in questa sede è che il concessionario aveva richiesto al Comune la proroga alla luce degli investimenti effettuati, nella convinzione di poter usufruire di tale periodo di tempo per ammortizzarne il costo²⁶⁶.

Nel costituirsi in seguito al ricorso in appello proposto dal Comune, il concessionario ripropone innanzi al Consiglio di Stato questo aspetto, evidenziando che la stessa Corte di Giustizia nella pronuncia *Promoimpresa e Melis* aveva riconosciuto il principio del legittimo affidamento, riconducendolo proprio all'ipotesi di investimenti effettuati e non ancora completamente recuperati da parte dei concessionari.

Il Consiglio di Stato – dopo aver richiamato i punti salienti delle pronunce della Plenaria e confermato che, comunque, le concessioni in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023 per consentire la predisposizione delle procedure di selezione – afferma che, sebbene con la sentenza *Promoimpresa e Melis* la Corte di Giustizia abbia sancito «la compatibilità con i principi della direttiva 2006/123/CE della proroga di una concessione motivata dall'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario all'ammortamento degli investimenti sostenuti e ad una congrua remunerazione del capitale», i principi della direttiva sono tali «da imporsi in ogni situazione e che in contrario non può essere addotto il “fatto compiuto” degli investimenti realizzati, per i rischi di vanificare altrimenti la portata generale di tali principi e la loro uniforme applicazione sull'intero territorio nazionale»²⁶⁷.

Per il Consiglio di Stato, il bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario attraverso il recupero degli investimenti sostenuti e la necessità, secondo il diritto europeo, di assegnare in concessione i beni demaniali

²⁶⁶ In un passaggio della sentenza si legge, infatti, che «l'istanza di proroga dell'originario ricorrente non si fonda sull'automatismo insito in quella prevista dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145, ma sull'obiettiva esigenza di ammortizzare gli investimenti sostenuti nell'ambito della concessione affidatagli» (punto 7).

²⁶⁷ Punti 7 e 8.

marittimi all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, si realizza «attraverso la previsione dell'indennizzo a suo favore [del concessionario uscente, *n.d.a.*] in caso di mancata aggiudicazione della nuova concessione all'esito della selezione concorsuale»²⁶⁸.

Pertanto, è possibile osservare come il Consiglio di Stato, sulla scia delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, si dimostra più incline rispetto al passato a riconoscere il legittimo affidamento del concessionario che ha effettuato investimenti non ancora completamente recuperati. Al contempo, però, il riconoscimento del legittimo affidamento non può giustificare, secondo la sezione, una proroga della concessione: il legittimo affidamento deve essere tutelato in sede di gara, come ha rilevato la Plenaria, che su questo non crea un “doppio binario” tra proroghe basate sul tempo necessario per completare l'ammortamento dell'investimento e necessità di assegnare le concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica. Tutte le concessioni devono andare a gara ed è nella predisposizione dei criteri di queste che può – deve – essere riconoscimento l'affidamento dei concessionari uscenti per gli investimenti non ancora ammortizzati e, in generale, per il “valore” dell'azienda, in caso di mancata riassegnazione della concessione.

Allo stesso tempo, tuttavia, le pronunce dell'Adunanza Plenaria hanno mostrato alcuni limiti derivanti dalla natura delle pronunce del Consiglio di Stato in rapporto alle altre giurisdizioni e agli strumenti che l'ordinamento prevede per la loro impugnazione.

Tre, infatti, sono gli esempi a sostegno di questa considerazione.

In primo luogo, la Plenaria, nel prevedere che, nonostante l'incompatibilità della normativa di proroga con l'ordinamento europeo, «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 procedura di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea» le concessioni in essere conservino efficacia sino al 31 dicembre 2023, persegue l'obiettivo di preservare sino al suddetto termine i concessionari anche dalle conseguenze derivanti dall'occupazione abusiva di un bene demaniale, ipotesi punita penalmente nel nostro

²⁶⁸ *Ibidem.*

ordinamento, ai sensi dell'articolo 1161 del Codice della navigazione. Difatti, sarebbe una contraddizione in termini contestare al titolare di una concessione efficace l'occupazione *sine titulo* del bene demaniale oggetto della concessione.

Tuttavia, le decisioni della Plenaria non hanno impedito alla III sezione penale della Corte di Cassazione di ritenere comunque sussistente il suddetto reato nel respingere la richiesta di dissequestro di uno stabilimento balneare proprio sulla scorta delle sentenze “gemelle”, motivando che, nel caso concreto, la concessione non sarebbe rientrata tra quelle oggetto della disciplina di proroga sottoposta al vaglio della Plenaria. In ogni caso, a prescindere dalla specificità del caso concreto, la forza nomofilattica delle pronunce dell'Adunanza Plenaria non si spinge sino a impedire al giudice ordinario di esercitare appieno il controllo giurisdizionale affidatogli dall'ordinamento²⁶⁹, il che corrobora l'ipotesi secondo la quale la Cassazione penale potrebbe non tener conto dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria.

Inoltre, le pronunce gemelle sono state oggetto di un ricorso in Cassazione²⁷⁰, ai sensi dell'articolo 111, comma 8 Cost., per eccesso di potere giurisdizionale: in sostanza, l'Adunanza Plenaria si sarebbe pronunciata più che in funzione nomofilattica, in funzione di ausiliario del legislatore²⁷¹, il quale, in effetti, nel DDL concorrenza ha “assorbito” senza particolari elementi di novità le indicazioni contenute nelle pronunce gemelle, costruendo su di esse la delega legislativa al Governo per la riforma del settore.

²⁶⁹ Su questo profilo, cfr. Capitolo III, nota n. 239. È, altresì, interessante notare che la legge annuale per la concorrenza e il mercato 2021, all'articolo 3, comma 3 prevede espressamente che «Fino alla data di cui al comma 1 [31 dicembre 2023, *n.d.a.*], ovvero di cui al comma 3 [31 dicembre 2024, *n.d.a.*], nelle ipotesi ivi indicate, l'occupazione dello spazio demaniale connessa alle concessioni e ai rapporti di cui al medesimo comma 1 non è abusiva anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione approvato con regio decreto 30 marzo 1942, n. 327». È evidente l'intento del legislatore di scongiurare l'ipotesi di cui sopra, inserendo in una fonte primaria quanto implicitamente statuito dalla Plenaria nelle sue sentenze.

²⁷⁰ Il testo del ricorso non è, al momento, reperibile ma la notizia è stata resa nota dal presidente del Sindacato balneari sul sito *mondobalneare* (<https://www.mondobalneare.com/balneari-avviato-ricorso-contro-sentenza-del-consiglio-di-stato/>).

²⁷¹ In questi termini M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, n. 3/2021.

Il ricorso per Cassazione, com'è noto, interrompe i termini per il passaggio in giudicato delle sentenze dell'Adunanza Plenaria che, di conseguenza, conserveranno sino al termine del giudizio innanzi alla Cassazione quel grado di precarietà tipico delle sentenze sottoposte al vaglio dell'autorità giudiziaria²⁷².

Infine – ma non per importanza – a fronte delle pronunce della Plenaria, l'11 maggio scorso la sezione I del T.A.R. Puglia, sede distaccata di Lecce, ha sollevato con ordinanza

²⁷² Un possibile scenario potrebbe essere – sempre che questo profilo sia stato effettivamente oggetto di ricorso – che la Corte di Cassazione sollevi un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con riferimento, ad esempio, alla decisione circa l'inammissibilità di tutti i ricorsi *ad opponendum* per difetto di interesse a ricorrere cui è giunta l'Adunanza Plenaria nelle pronunce nn. 17 e 18 del 2021 – cfr. Capitolo III nota n. 194. In questa prospettiva, si potrebbe essere di fronte ad un nuovo caso *Randstad* nel quale, però, la Corte di Giustizia non ha accolto le prospettazioni della Corte di Cassazione. Per approfondimenti, nell'ampia letteratura su questa pronuncia, si rinvia a R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus.it*, n. 1/2021; P. BIAVATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questionegiustizia.it*, 9 marzo 2022; 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*, 18 novembre 2020; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID. (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma Tre Press, 2021, pp. 47 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020; F. FRANCIOSI, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustiziainsieme.it*, 16 marzo 2022; 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; E. TOSTO, *"Saga Randstad", atto I: a che punto siamo?*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020; R. VILLATA, *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite. Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2020.

un articolato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia²⁷³, ponendo al giudice europeo nove quesiti.

Tra questi, il giudice remittente interroga la Corte di Giustizia sulla validità della direttiva servizi, sostenendo che, trattandosi di una direttiva di armonizzazione, avrebbe dovuto essere adottata all'unanimità, come previsto dall'art. 115 TFUE e non, invece, a maggioranza; se la direttiva servizi e, in particolare, il suo articolo 12 presentano i requisiti per avere natura *self-executing* e, di conseguenza, se il giudice nazionale deve procedere con la disapplicazione della disposizione di diritto interno che vi contrasta; nel caso in cui la direttiva non avesse efficacia diretta, se trova comunque applicazione la normativa nazionale di proroga «ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione)»; se l'effetto diretto della direttiva vincola alla disapplicazione della disposizione di legge nazionale il solo giudice o anche i funzionari della pubblica amministrazione; se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso articolo 49 TFUE la statuizione dell'Adunanza Plenaria secondo cui sussisterebbe, in via generale ed astratta, il requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito *tout-court* all'intero territorio nazionale, ovvero se questa valutazione dovrebbe essere rimessa ai Comuni, in qualità di amministrazioni competenti al rilascio dei titoli concessori; se, infine, in caso di natura *self-executing* della direttiva servizi, sia legittimo disapplicare la disciplina di proroga in un ordinamento come quello italiano che prevede, all'articolo 49 del Codice della navigazione, che «tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso» e se, in caso di risposta affermativa, ciò risulti compatibile «con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali».

²⁷³ L'ordinanza del rinvio pregiudiziale è consultabile nel sito Giustizia-amministrativa.it.

2. Il difficile bilanciamento tra concorrenza e legittimo affidamento

Meritano uno spazio a sé alcune riflessioni conclusive sull'affidamento dei concessionari, uno degli aspetti centrali di questa ricerca e, più in generale, del tema dell'adeguamento al diritto europeo della disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Come è stato osservato, il riconoscimento del legittimo affidamento in capo ai concessionari ha seguito un percorso tortuoso, fatto di disconoscimenti e riconoscimenti, di interpretazioni più restrittive e di altre più estensive.

La giurisprudenza amministrativa ha dato una costante interpretazione restrittiva di questo principio in relazione alla materia delle concessioni balneari, culminata nella sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 in cui è stato disconosciuto *tout court*. Dal momento che l'affidamento sarebbe legittimo – argomenta il Consiglio di Stato – solo nel caso in cui il destinatario del provvedimento confidi senza colpa nella legittimità del provvedimento, il principio non è applicabile ai provvedimenti di proroga del termine di scadenza delle concessioni, poiché è noto che si pongono in contrasto con il diritto europeo.

Difetterebbe, dunque, il profilo soggettivo, che insieme a quello oggettivo e a quello temporale costituiscono i requisiti necessari per considerare l'affidamento legittimo, secondo l'evoluzione giurisprudenziale del principio seguita dalla Corte di Giustizia.

A tale argomento si potrebbe tuttavia replicare che i suddetti provvedimenti derivano da disposizioni di legge, con le quali il legislatore ha più volte confermato e rinnovato il prolungamento del termine di scadenza delle concessioni. In sostanza, quindi, il giudice amministrativo fa ricadere gli effetti dell'inadempimento dello Stato sui singoli mentre, a rigore, il mancato adeguamento alle direttive europee sarebbe imputabile solamente al primo²⁷⁴. È sullo Stato, infatti, che grava l'onere di adeguare il proprio ordinamento giuridico al contenuto delle direttive.

Parzialmente diverso è stato, invece, l'approccio della Corte di Giustizia che nella sentenza *Promoimpresa e Melis* ha riconosciuto il principio del legittimo affidamento,

²⁷⁴ Per un approfondimento su questo profilo, si rinvia a E. CANIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021.

rimettendo alla discrezionalità delle autorità nazionali la facoltà di tenerne conto nella definizione dei criteri di selezione del concessionario, riconducendolo ai «motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» di cui al terzo paragrafo dell'articolo 12.

Ad avviso di chi scrive, la Corte di Giustizia non avrebbe potuto, sul punto, concludere diversamente, dal momento che il principio del legittimo affidamento fa parte dei principi del diritto europeo e, come tale, deve essere rispettato anche dai legislatori nazionali nell'attuazione delle prescrizioni derivanti dal diritto europeo. Anche recentemente la Corte di Giustizia, nella sentenza 15 aprile 2021, C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. c. Ministero dello Sviluppo Economico e Gestore dei servizi energetici (GSE)* ha affermato che «occorre sottolineare che, come risulta da costante giurisprudenza, quando gli Stati membri adottano, in tal modo, misure tramite le quali danno attuazione al diritto dell'Unione, essi sono tenuti a rispettare i principi generali di tale diritto, tra i quali figurano, in particolare, il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605, punto 28 nonché giurisprudenza ivi citata)»²⁷⁵

La “impostazione europea” sul principio del legittimo affidamento è stata recuperata dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, in cui si richiama l'opportunità di considerare, in sede di predisposizione dei bandi di gara, l'affidamento dei concessionari uscenti, in particolare per quanto concerne gli investimenti effettuati sul presupposto della proroga legislativa e non ancora ammortizzati al momento della procedura di selezione, nel caso in cui la concessione sia affidata ad un diverso operatore economico.

Il legislatore ha recepito le indicazioni della Plenaria nel DDL per la concorrenza e il mercato per il 2021 che, nella versione approvata in Senato il 30 maggio al termine dei lavori della Commissione competente, ha inserito nella delega al Governo anche una «adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari

²⁷⁵ Per un approfondimento su questa pronuncia e sulla vicenda dalla quale è scaturita, cfr. M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Giustiziainsieme.it*, 3 dicembre 2021.

di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali», nonché la «definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante» – art. 4.

Stante l'ampiezza di queste enunciazioni di principio, il Governo avrà una ampia discrezionalità nella definizione, in concreto, di questi principi. Operazioni del genere non sono nuove nel nostro ordinamento, dal momento che, come si è visto, nell'ultimo decennio diverse leggi regionali hanno previsto disposizioni incidenti, direttamente o indirettamente, sul termine di durata delle concessioni e sui criteri per la loro proroga, ovvero riassegnazione, tutte dichiarate incostituzionali dalla Consulta per violazione del riparto di competenza legislativa Stato-Regioni, che riserva alla potestà legislativa esclusiva statale la materia della tutela della concorrenza.

Tuttavia, *de iure condendo*, si ritiene opportuno richiamare due leggi regionali che avevano previsto forme di tutela del legittimo affidamento dei concessionari uscenti in sede di gara e che presentano profili ai quali potrebbe prendere spunto il legislatore delegato.

Da un lato, la Regione Veneto, con la L.R. 16 febbraio 2010, n. 194, ha previsto che il Comune acquisisce dal concessionario una perizia di stima asseverata «da cui risulti l'ammontare del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione» e gli operatori economici che partecipano alla procedura selettiva devono impegnarsi a versare il 90% di questo valore quale “indennizzo” nel caso in cui risultino aggiudicatari; l'impegno al versamento costituisce una condizione per partecipare alla procedura selettiva, a pena di esclusione.

Dall'altro, la Regione Friuli-Venezia Giulia, con la L.R. 21 aprile 2017 n. 10 ha previsto che, in sede di gara, sia dato rilievo alla quota residua degli ammortamenti relativi agli investimenti e al valore commisurato all'avviamento calcolato sulla media dei redditi dichiarati negli ultimi cinque periodi d'imposta, affidando ad un parere di congruità di un comitato tecnico pubblico la valutazione dell'indennizzo, comunque «determinato dall'Amministrazione concedente».

Entrambe le disposizioni, benché dichiarate incostituzionali per violazione del riparto di competenza legislativa, contengono prescrizioni finalizzate a tutela l'affidamento dei concessionari in caso di mancata riassegnazione della concessione, pur presentando differenze sostanziali: mentre la previsione del Veneto rimette al concessionario stesso la

valutazione del valore dell'azienda turistico-balneare – con il fondato rischio di perizie che sovrastimino il suddetto valore – il Friuli-Venezia Giulia ha predisposto un meccanismo di valutazione degli investimenti non ancora ammortizzati e del valore di avviamento con una forte regia pubblica, che si addice maggiormente ai principi di imparzialità e trasparenza che devono guidare il legislatore delegato.

L'auspicio è che il legislatore delegato sappia bilanciare con ragionevolezza la tutela dell'affidamento in sede di gara²⁷⁶ – facendo tesoro, nel caso, di alcune ipotesi regionali, come quella del Friuli-Venezia Giulia – con l'effettiva apertura alla concorrenza del settore delle concessioni balneari, dal momento che una sproporzionata tutela del primo a discapito del secondo risulterebbe comunque non conforme al diritto europeo, realizzando, così, una riforma “gattopardiana”.

Ci si potrebbe però porre anche nella prospettiva opposta e chiedersi se sarebbe legittima una riforma che massimizzasse la tutela della concorrenza a discapito del legittimo affidamento dei concessionari. Alla luce dell'analisi condotta, si dovrebbe concludere che anche una sproporzione in tal senso risulterebbe non conforme al diritto europeo, che contempla la tutela – anche – del legittimo affidamento.

Dunque, una soluzione di bilanciamento che consideri adeguatamente la posizione del concessionario risulta essere, ad avviso di chi scrive, l'unica percorribile.

3. Prospettive di breve termine sui rapporti tra giudice e legislatore: il possibile (e auspicabile?) intervento della Corte costituzionale

Proprio in considerazione del necessario riconoscimento del legittimo affidamento tra i parametri cui deve essere ancorata la riforma del settore, è possibile aggiungere alcune osservazioni sui possibili sviluppi, non solo legislativi ma anche giurisprudenziali, della situazione venutasi a creare dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria.

Dall'analisi delle prime reazioni alle pronunce gemelle dall'Adunanza Plenaria appare difficile poter affermare che sulla questione delle concessioni demaniali marittime per

²⁷⁶ Si rinvia alle considerazioni di P.L. PORTALURI, *Concessioni balneari: giudizio netto, ora tocca al legislatore*, cit.

finalità turistico-ricreative sia stata posta la parola fine ma che, anzi, forse si è in presenza di un nuovo inizio²⁷⁷.

La coincidenza temporale per la quale la delega legislativa al Governo per la riforma del settore è stata inserita all'interno del DDL concorrenza solo in seguito alle pronunce della Plenaria è indicativa della persistente difficoltà del legislatore di intervenire nel settore, evidentemente soggetto a interessi che muovono in senso contrario alla *ratio* della riforma; tuttavia, le suddette pronunce hanno avuto il merito di assegnare nuovamente al legittimo affidamento dei concessionari uscenti un ruolo importante nel bilanciamento di principi e interessi che guiderà il legislatore delegato, a testimonianza dell'effettiva presenza di questo principio che, sebbene richiamato dalla sentenza *Promoimpresa e Melis*, era quasi scomparso nelle successive pronunce del giudice amministrativo.

Allo stesso tempo permangono, a mio avviso, ragionevoli dubbi circa la natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva servizi, dal momento che la situazione delineata dalla Plenaria – che pure conferma l'effetto diretto del suddetto articolo – presenta una complessità e un margine di discrezionalità in capo al legislatore nel riformare il settore tali che sembrano incompatibili con l'autoapplicatività di una disposizione di una direttiva europea.

Se i requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia affinché una disposizione di una direttiva abbia effetto diretto sono quelli di essere chiara, precisa e completa, pare che almeno quest'ultimo difetti in una disposizione come l'articolo 12, che prevede il principio dell'evidenza pubblica nella selezione dei concessionari senza indicare le regole per valutare le domande degli operatori economici interessati. Inidoneo appare, pertanto, – ad avviso di chi scrive – l'istituto della disapplicazione quale modalità di risoluzione delle antinomie normative tra diritto interno e diritto europeo in un caso siffatto, nel quale il legislatore conserva un margine di discrezionalità nel bilanciamento degli interessi in gioco.

Si è anche osservato che sulle pronunce della Plenaria pendono sia un ricorso in Cassazione, ai sensi dell'articolo 111, comma 8 della Costituzione, sia un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

²⁷⁷ Si pone lo stesso interrogativo C. DI STASIO, *Le concessioni demaniali alla luce della Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021: una questione risolta o un punto di partenza?*, in *Iusinitinere.it*, 15 aprile 2022.

Con riferimento a quest'ultimo, il T.A.R. Lecce si pone in aperto contrasto con le pronunce dell'Adunanza Plenaria²⁷⁸, dal momento che le questioni rimesse alla Corte di Giustizia sono, in sostanza, quelle sulle quali si è pronunciata la Plenaria. In questo modo, il giudice del rinvio utilizza il rinvio pregiudiziale per superare la decisione di quello che, secondo l'ordinamento giuridico, è il suo giudice d'appello. Questa prassi – seppur pienamente legittima e ascrivibile alla c.d. tutela multilivello dei diritti – è stata oggetto di critiche in dottrina, dal momento che potrebbe comportare la compresenza di pronunce di più Corti, discordanti tra loro, a detrimento del principio di certezza del diritto²⁷⁹.

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, è solo possibile ipotizzare alcuni scenari: il giudice europeo potrebbe pronunciarsi in termini simili a quanto già fatto nella sentenza *Promoimpresa e Melis*, sottolineando che alcuni profili – come, per esempio, la qualificazione dei beni demaniali marittimi come scarsi per l'applicazione dell'articolo 12 della direttiva servizi – sono di competenza delle autorità nazionali; ovvero, la pronuncia della Corte potrebbe essere più dettagliata, dal momento che più ampio è il rinvio, che si compone di nove quesiti. In questa seconda ipotesi, potenzialmente potrebbe esserci una sovrapposizione con l'attuazione della delega legislativa per la riforma del settore e la discrezionalità del legislatore delegato potrebbe subire una ulteriore limitazione derivante dal nuovo perimetro delineato dalla Corte di Giustizia.

²⁷⁸ È lo stesso T.A.R. a chiarire, nell'ordinanza di rinvio, che «Il Collegio non condivide ovviamente, per le ragioni sopra evidenziate, i presupposti logici, l'argomentare e le conclusioni espressi dalle citate sentenze gemelle, ritenendo necessario avvalersi della facoltà per il giudice nazionale di adire la Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, in ragione dello specifico ed esclusivo ruolo alla stessa attribuito dall'ordinamento euro-unionale con riferimento alla natura di interpretazione autentica delle relative sentenze e del conseguente effetto vincolante per il giudice nazionale di ogni ordine e grado».

²⁷⁹ Critico sulla frequenza con la quale il giudice comune si rivolge alle Corti sovranazionali rispetto alle Corti nazionali di ultima istanza R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, *passim* e, in particolare, pp. 4-5: «Si potrebbe chiamare "il gioco delle tre corti" (...) Perdo in Cassazione, non mi va bene in Corte costituzionale, allora vado alla Corte EDU, ma potrebbe essere anche la Corte di giustizia, e forse avviene il miracolo. Per questa via assicuriamo la certezza del diritto o il suo esatto opposto?». Per un approfondimento, dello stesso Autore, cfr. *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, 2018.

Alla luce del difficile bilanciamento degli interessi coinvolti e della situazione di stallo che, più in generale, caratterizza questo settore, sarebbe stato forse più opportuno – come è stato argomentato *supra* Capitolo III, § 8.1 – sollevare una questione di legittimità costituzionale alla Consulta, ponendo la questione della compatibilità con la Costituzione di una normativa di proroga generalizzata a tutela del legittimo affidamento dei concessionari nelle more di una riforma organica del settore in chiave pro-concorrenziale.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni delle leggi regionali che incidevano sulla durata delle concessioni²⁸⁰, *in primis* per la violazione del riparto di competenze legislative, dal momento che l'articolo 117 Cost. rimette alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza, mentre non è mai stata chiamata a pronunciarsi proprio sulla disciplina nazionale che nel bilanciamento tra concorrenza e tutela dell'affidamento dei concessionari fa prevalere quest'ultimo.

Non osterebbe a questa soluzione nemmeno la qualificazione, pur avallata dalla Plenaria del Consiglio di Stato, dell'articolo 12 della direttiva servizi quale norma *self-executing*, dal momento che l'orientamento della doppia pregiudizialità – contrariamente a quello *Granital* – consente di sollevare una questione di legittimità costituzionale anche in casi siffatti, ove vi sia il dubbio che la normativa interna violi diritti sanciti in Costituzione e dal diritto europeo.

Una pronuncia della Corte costituzionale, per le sue caratteristiche, non presenterebbe i limiti che invece sono già emersi dalle pronunce della Plenaria e garantirebbe – a prescindere dalla soluzione cui addiverrebbe – un più stabile assetto degli interessi in gioco, sul quale sarebbe poi chiamato a pronunciarsi il legislatore, imprescindibile protagonista delle scelte politiche di ogni ordinamento giuridico.

L'intervento della Corte sarebbe, con ogni probabilità, anche il modo per veder giudicata la questione di fondo, sulla validità della legge nazionale disciplinante la durata e le condizioni delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, secondo gli schemi – a giudizio di chi scrive, più consoni alle esigenze di certezza del diritto – del giudizio di proporzionalità e di ragionevolezza condotto secondo i canoni del diritto nazionale; e non, come invece è stato sino ad ora, esclusivamente alla luce dell'effetto diretto della direttiva servizi o della tutela assoluta degli interessi dei

²⁸⁰ Da ultimo, cfr. Corte costituzionale, 5 maggio 2022, n. 108.

concessionari: termini tra loro opposti e inconciliabili, ma che rischiano, alla fine, di risultare entrambi inappaganti rispetto all'esigenza che giudici e legislatore convergano su una più stabile soluzione giuridica del problema del legittimo affidamento del concessionario, che è forse il vero problema centrale delle vicende di cui si è trattato.

BIBLIOGRAFIA

ABRUZZESE A., *Le concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein: tra regolamentazione della concorrenza e tutela dei beni comuni. Spunti per una riflessione comparata*, in LUCARELLI A., DE MARIA B., GIRARDI M.C. (a cura di) *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, 1965

AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019

AMALFITANO C., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale e alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020

AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, 2015

ANCIS L., *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Diritto dei trasporti*, n. 1/2006

ANGELONE C., *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: diritti del concessionario, situazioni concessorie, competenze*, in *Regioni e demanio marittimo*, Milano, 1999

- ANGELONE C., *Le concessioni stagionali del demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, in *Diritto marittimo*, n. 3/2005
- BARATTA R., *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus.it*, n. 1/2021
- BENETAZZO C., *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016
- BENETTAZZO C., *"Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018
- BENVENUTI F., *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1965
- BERTHÉLEMY H., *Traité elèmen de droit administratif*, XIII ed., Parigi, 1933
- BIAVATI P., *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questionegiustizia.it*, 9 marzo 2022
- BIN R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018
- BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, 2018
- BIN R., *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020

- BIN R., *Diritto Costituzionale*, XXII ed., Giappichelli, Torino, 2021
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977
- BOSCOLO E., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012
- BROWN A., *A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration*, Oxford University Press, 2017
- CACCIAVILLANI C., *Profili funzionali del demanio marittimo*, in COLOMBINI G. (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene, Napoli, 2019
- CALABRÒ M., *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Giustiziainsieme.it*, 3 dicembre 2021
- CAMMEO F., *Demanio*, in *Digesto italiano IX*, Torino, 1887-1898
- CANIZZARO E., *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021
- CAPACCIOLI F., SATTA E., *Commento al decreto 616 (d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616)*, Giuffrè, Milano, 1980

CARAVITA B., *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017

CARAVITA B., CARLOMAGNO G., *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

CARRATTA A., *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in CARRATTA A. (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma Tre Press, 2021

CASANOVA M., *Demanio marittimo e poteri locali*, Giuffrè, Milano, 1986

CATALANO S., *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2019

CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in SANTANIELLO G. (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, 1993

CERRINA FERONI G., *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020

CHITI M.P., *Le peculiarità della invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2008

CHITI M. P., *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e Codice dei contratti pubblici*, in GRANARA D. (a cura di) *In Litore Maris*, Atti del Convegno Sestri Levante, 15-16 giugno 2018, Giappichelli, Torino, 2019

- CHITI M.P., *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5-6/2021
- CIVITARESE MATTEUCCI S., GARDINI G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2013
- COMPORTI G.D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, n. 6/2015
- CONDINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006
- COSSIRI A., *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016
- COSSIRI A., *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazio per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, n. 9/2022
- COSSIRI A. (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, EUM Edizioni Università di Macerata, 2022
- CURTI GIALDINO C., *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021

- D'ACUNTO S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009
- D'ALBERTI M., *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981
- D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2012
- DE BENEDETTO M., DI LASCIO F., *La regulación de las concesiones demaniales en las playas: ¿un caso de “falsos amigos” jurídicos entre la normativa española e italiana?*, in *La nueva regulación de costas, actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014
- DE NARDI S., *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, n. 1/2018.
- DEL CARMEN NUNEZ LOZANO M., *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant Lo Blanch, 2013
- DI LASCIO F., *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in DE BENEDETTO M. (a cura di) *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Arel, Bologna, 2011

- DEODATO C., *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018
- DESDENTADO DAROCA E., LEGUINA VILLA J., *El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero*, in 167 *Revista de Administración Pública* (2005)
- DESDENTADO DAROCA E., *La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas*, in 186 *Revista de Administración Pública*, (2011)
- DESDENTADO DAROCA E., *La reforma de la Ley de costas por la Ley 2/2013: ¿una solución adecuada al problema de los enclaves privados?*, in 193 *Revista de Administración Pública* (2014)
- DI STASIO C., *Le concessioni demaniali alla luce della Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021: una questione risolta o un punto di partenza?*, in *Iusinitinere.it*, 15 aprile 2022
- DIVERIO D., *Articolo 49 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Cedam, 2014
- ESPOSITO M., *I Beni Pubblici*, in M. BESSONE (dir), *Trattato di Diritto Privato*, vol. VII, tomo I.2, Giappichelli, Torino, 2008
- ESPOSITO M., *La triade schmittiana à rebours, nota a Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2010

- ESPOSITO M., *Demanio e sovranità nel contesto comunitario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011
- ESPOSITO M., *Corte di giustizia UE e Corte costituzionale sottraggono allo Stato italiano la competenza sul regime della proprietà, nota a Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2017
- FERRARI G.F., *Le concessioni demaniali tra diritto nazionale, comparato ed europeo*, in GRANARA D. (a cura di) *In Litore Maris*, Atti del Convegno Sestri Levante, 15-16 giugno 2018, Giappichelli, Torino, 2019
- FRAGOLA U., *Commento al d.P.R. n. 616 sul decentramento amministrativo*, Jovene, Napoli, 1978
- FRANCARIO F., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020
- FRANCARIO F., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi.it*, 9 febbraio 2022
- GALGANO F., *Artt. 41 e 43*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, tomo II, Zanichelli, Bologna, 1982
- GALLEGO ANABITARTE A., *Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad del sistema ribereño territorial*, in *Derecho de aguas*, Dialnet, 2006

- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2018
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE E., *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional: en particular, el caso de la Ley de costas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 141/1996
- GARDINI G., *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2014
- GIANNELLI A., *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*, Editoriale Scientifica, 2017
- GIANNINI M.S., *I beni pubblici*, Mario Bulzoni editore, Roma, 1963
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del Diritto*, 1971
- GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016
- GIL CORTIELLA A., *Ley de Costas versus Ley Hipotecaria*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1/1991
- GRECO G., *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2005

- GUICCIARDI E., *Il Demanio*, Padova, 1934, ora nella collana *I classici del diritto*, Cedam, Padova, 1989
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954
- GULLO N., *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, II edizione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012
- GUZZI F.F., *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Giuffrè, Milano, 2016
- LAGADER B., *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in GRANARA D. (a cura di) *In Litore Maris*, Atti del Convegno Sestri Levante, 15-16 giugno 2018, Giappichelli, Torino, 2019
- LAURENT F., *Principles de droit civil*, vol. VI
- LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019
- LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998
- MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012
- MAGRI M., «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4/2016

- MAGRI M., *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Maggioli, 2017
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001
- MARCHEGANI G., *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *giustamm.it*, n. 10/2015
- MASTROIANNI R., *La libera prestazione dei servizi*, entrambi in STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006
- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1896 (traduzione in francese *Le Droit administratif allemand*, III, Paris, 1905)
- MAZZAMUTO M., *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustiziainsieme.it*, 16 marzo 2022
- MEDINA ALCOZ L., *Historia del Derecho Administrativo (ii): Del Estado autoritario al Estado constitucional*, in RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M., DOMÉNECH PASCUAL G., ARROYO JIMENÉZ L. (coordinador), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2021
- MENENDEZ REXACH A., *El derecho al agua en la legislación española*, in *AFDUC – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n. 15/2011
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, 1970

- MERUSI F., *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino (I ed. 1892), VI ed. 1909
- MOLDÉN K., *The protection of legitimate expectations in European Community law*, Jure, 1998
- MONICA A., *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2013
- MONTEDORO G., *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero “l’insostenibile leggerezza” del processo impugnatorio)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2008
- OLIVI M., *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Diritto marittimo*, n. 2/2004
- PAGANO F.F., *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- PANDOLFELLI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI D., *Codice Civile. Libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Giuffrè, Milano, 1941
- PARADISO M., *Corso di Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Giappichelli, 2010
- PEREZ GALVEZ J.F. (director), *En nuovo derecho de costas. Ley y nuove Reglamento General de Costas*, Wolters Kluwer, 2014

PERSICO F., *Principii di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1874

PORTALURI P.L., *Concessioni balneari: giudizio netto, ora tocca al legislatore*, articolo pubblicato su *Nuovo Quotidiano di Puglia* il 10 novembre 2021

PROUDHON M., *Traité du domaine public*, Parigi, 1836

PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964

QUADRI R., *Disposizioni transitorie*, in *N. ss. dig. it.* V, Torino, 1960

RANELLETTI O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. It. Sc. Giur.* XXV (1898), 1-55, 159-241; XXVI (1898), 43-66, 319-424 (oggi in *Scritti giuridici scelti, IV, I beni pubblici*, Jovene, 1992)

RESCIGNO G.U., *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964

RIGHI R., NESI E., *Riflessioni sull'applicazione della Direttiva servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative*, in www.neldiritto.it, n. 8/2014

RIGHI R., NESI E., *Osservazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. V, 14 luglio 2016, in C-458/14 e C-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *GiustAmm*, n. 11/2016

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, in NICOLÒ R., SANTORO PASSARELLI F. (a cura di), *Studi di diritto civile*, Milano, 1969

- RODOTÀ S., *Artt. 42 e 44*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, tomo II, Zanichelli, Bologna, 1982
- ROLLI R., GRANATA D., *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesis del legittimo affidamento*, in *Rivista giuridica delle Edilizia*, n. 6/2021
- RUGGERI A., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 25 febbraio 2019
- RUGGERI A., *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 13 maggio 2019
- SANDULLI A., *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull’uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi.it*, n. 24/2013
- SANDULLI M.A., *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020
- SANDULLI M.A., *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, n. 3/2021
- SANDULLI M.A., *Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, in *giustiziainsieme.it*, 16 febbraio 2022

- SCACCIA G., *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2012
- SCACCIA G., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2015
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017
- SCOLETTA M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019
- STEINER J., *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte Istituzionale*, VIII ed., Giappichelli, 2019
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Cedam, 2012
- THOMAS R., *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oregon Hart Publishing, 2000
- TIMO M., *Concessioni balneari senza gara ... all'ultima spiaggia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 6/2021

- TIRIO F., *La regolazione dopo la direttiva servizi*, Giappichelli, Torino, 2016
- TOMÁS Y VALIENTE F., *Historia del Derecho español*, IV ed., Tecnos, 2009
- TOMÁS Y VALIENTE F., *El proceso de desamortización de la tierra en España*, in *Agricultura y sociedad* n. 7/1978
- TONOLETTI B., *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, 2008
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Giuffrè, 2017
- TOSTO E., "Saga Randstad", *atto I: a che punto siamo?*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021
- TRAVI A., *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2016
- TRAVI A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2018
- TRAVI A., *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2005
- TROPEA G., GIANNELLI A., *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katèkon*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5-6/2021

- VILLAMENA S., *Concessioni demaniali marittime e concorrenza (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in LAMI G., NEBBIA COLOMBA C.A., VILLAMENA S., *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, ebook, 2010
- VILLATA R., *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite. Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2020
- VITALE G., *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019
- VOSA G., *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli Stati e diritto dell'Unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2022
- VOSA G., *Una proposta dalla Spagna: il modello dei Consejos Rectores come paradigma di un futuro (improcrastinabile) intervento legislativo nella materia delle concessioni balneari turistiche*, in COSSIRI A. (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, EUM Edizioni Università di Macerata, 2022
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo, Il regime amministrativo dei beni*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1942