

Concessioni demaniali: dopo vent'anni di incertezza siamo arrivati davvero ad un punto di svolta?

ALESSANDRA CUTOLO
(Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Napoli Federico II; Avvocato)

Abstract

Il contributo prende in esame i principi comunitari contenuti nella Direttiva Bolkestein e gli orientamenti più recenti di dottrina e giurisprudenza per fornire un'analisi accorta delle sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 19 novembre 2021, che sembrano rappresentare un punto di svolta in tema di proroghe *ex lege* per le concessioni demaniali marittime. Il lavoro, si sofferma sulle questioni che non paiono risolte dall'Adunanza plenaria e si pone l'obiettivo di riflettere in particolar modo sul difficoltoso riferimento agli atti ricognitivi, oltre che sulla definizione del patrimonio costiero italiano come bene unico ed indifferenziato.

The contribution examines the community principles as contained in the Bolkestein Directive, and the most recent orientations of doctrine and law to provide a deep analysis of the twin decrees n. 17 and n. 18 of 19th November 2021, which seem to represent a turning point on the subject of ex lege extensions for state-owned maritime concessions. The work focuses in particular on issues that appear not to be resolved by the Plenary Assembly and aims at reflecting on the difficult reference to the deeds of acknowledgement, as well as on the definition of the Italian coastal heritage as a single and undifferentiated asset.

Sommario: 1. Premessa 2. La questione portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3. Proroghe *ex lege* in contrasto con il diritto dell'Unione europea: onere di disapplicazione e relative modalità 4. Annullamento d'ufficio o riesame del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea ai sensi dell'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990 5. Il tenore dell'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77 6. L'interesse transfrontaliero certo: le coste sono davvero un patrimonio omogeneo? 7. Il futuro delle concessioni demaniali: le prescrizioni dell'Adunanza plenaria 8. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Il tema delle proroghe delle concessioni demaniali marittime¹ (ma anche lacuali e fluviali) ha radici profonde nella storia del nostro paese e presenta tutt'oggi numerosi profili critici.

Prima di porre in rassegna i punti maggiormente interessanti delle sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, con le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inefficacia delle proroghe *ex lege* - per le quali la l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020 avevano stabilito la scadenza del 31 dicembre 2033 -, senza voler ripercorrere l'intero e travagliato percorso delle concessioni demaniali fino ad oggi, è doveroso compiere alcune fondamentali precisazioni.

Il tema non ha un inquadramento normativo uniforme e, tenendo da parte la pur sempre attuale dicotomia concessioni di beni/ concessioni di servizi, nel nostro ordinamento giuridico esiste al momento un doppio binario normativo figlio delle imposizioni della Direttiva 2006/123/CE², nonché *escamotage* eversivo del nostro

¹ Tra tutti, sul tema M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, *ad vocem*, 2 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; F. DI RIENZO, *I beni pubblici*, Milano, 1978; N. GRECO, B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; nonché, B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 20/2021, 12 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018 e di M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020 e i lavori ivi richiamati; i contributi raccolti nel volume a cura di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli, 2021, 7; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? a margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziasieme.it*, 12/2021; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di *Diritto e Società* interamente dedicato alle concessioni demaniali marittime, 3/2021, 333-334.

² Direttiva 2006/123/CE, di seguito anche Direttiva Bolkestein.

legislatore per arginare le difficoltà nell'impiego dello strumento di proroga³. Le concessioni di cui si discute hanno ad oggetto l'utilizzo di beni che, ai sensi dell'art. 822 c.c., appartengono al demanio necessario dello Stato e la cui gestione (ad eccezione dei porti) è stata poi affidata alle regioni, che l'hanno a loro volta delegata ai comuni⁴. Le concessioni sono attualmente suddivise in due categorie, quelle *ante* 2009 e quelle *post* 2009. Questa differenza assume grande rilievo in quanto le proroghe *sine die*, che fanno tanto discutere, interessano solo il primo tipo di concessioni, mentre per le altre il legislatore ha optato per l'applicazione dei principi che sono propri dell'evidenza pubblica. La scelta di utilizzare il 2009 come spartiacque non è propriamente una scelta libera, poiché tra le ragioni principali che l'hanno determinata c'è l'apertura della prima procedura d'infrazione in materia. Nel maggio 2008, infatti, la Commissione europea ha avviato la prima procedura di infrazione⁵ nei confronti dell'Italia⁶ lamentando la contrarietà dell'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942, n. 327) rispetto al diritto dell'Unione europea, ed in special modo rispetto ai principi cardine di libertà di stabilimento e parità di trattamento. L'art. 37 contemplava quello che ricordiamo come diritto di insistenza, prevedendo, tra l'altro, che: «(...) È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Una disposizione di questo tipo mirava ad assicurare al concessionario uscente una preferenza rispetto agli altri aspiranti e ciò veniva giustificato nell'ottica di consentirgli di effettuare l'ammortamento degli investimenti di lungo periodo presumibilmente effettuati⁷; la *ratio* della norma era completamente

³ Sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali marittime, v. F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021, 22 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, cit., 12 ss.; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., 7.

⁴ A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza, editoriale scientifica*, Napoli, 2017, 40-42, nonché sempre A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in *Federalismi.it*, 22/2016, 8 ss.

⁵ Commissione europea 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009.

⁶ Commissione europea 2008/4908 C (2010) 2734 (n. prot. 4967), Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE del 5 maggio 2010.

⁷ M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) S. CASSESE, parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 1705-1787; F. LONGO, *Brevi note sulla giurisprudenza amministrativa in materia di diniego di rinnovo della concessione di utilizzo di beni pubblici*, in *Foro*

volta, dunque, alla tutela del soggetto già titolare della concessione stante l'evidente contrasto con i principi europei, primo tra tutti quello di parità di trattamento. Dell'art. 37 è stata tentata anche un'interpretazione adeguatrice diretta ad attenuare questa preferenza, riconducendola solo al caso in cui vi fosse parità tra più offerte regolarmente presentate⁸. Tuttavia, anche un'interpretazione di questo tipo finiva in sostanza con l'attribuire un indebito vantaggio al concessionario uscente, rendendo comunque iniqua la valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione.

La soppressione del periodo del comma 2 dell'art. 37 relativo al diritto di insistenza⁹, doverosamente abrogato al fine di decretare la chiusura della procedura d'infrazione solo nel 2012, ha rappresentato la principale spinta all'intensificarsi del ricorso allo strumento della proroga. Nel 2009, infatti, il legislatore è intervenuto con il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, che ha prorogato al 31 dicembre 2015 i rapporti concessori demaniali a uso turistico ricreativo in scadenza alla medesima data e poi, in sede di conversione del d.l., ha addirittura inserito un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni di sei anni in sei anni, cercando di vanificare quasi completamente l'abrogazione dell'art. 37, comma 2, mantenendo di fatto in vita un meccanismo preferenziale.

La Commissione europea però non ha tardato ad intervenire. Infatti, con la lettera del 5 maggio 2010 di messa in mora, complementare alla procedura di infrazione 2008/4908, l'Unione europea ha ritenuto che tale regime di rinnovo automatico privasse di ogni effetto l'abrogazione del diritto di insistenza, ed ha sollecitato l'Italia ad eliminarlo per incompatibilità con il diritto dell'Unione europea. In seguito, la l. n. 217/2011, art. 11, comma 1, lett. a), ha abrogato il meccanismo di rinnovo automatico, determinando anche la chiusura della procedura di infrazione nel febbraio 2012.

Il contrasto Italia-Europa su questi temi però si è tutt'altro che risolto. Con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179¹⁰, l'Italia ha modificato l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009 disponendo la

amm., 1993, II, 157 ss.

⁸ G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 78; G. DELLA CANANEA, *I beni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2004, 171-186; nonché R. CARANTA, *Concessioni di beni e regole della gara*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 329.

⁹ Il secondo periodo del comma 2 citato è stato soppresso dal d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

¹⁰ Convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221.

proroga del termine di durata delle concessioni con finalità turistico ricreative in essere alla data 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015, sino al 31 dicembre 2020. Successivamente, quanto detto è stato poi esteso con l'art. 1, comma 547, della l. n. 228/2012 (legge di stabilità) anche alle concessioni aventi ad oggetto il demanio lacuale e fluviale e a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto.

Anche in questo caso l'Unione europea non ha tardato a farsi sentire. Prima la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza 14 luglio 2016, n. C-458/14, meglio conosciuta come sentenza *Promoimpresa*¹¹, si è pronunciata in merito alla proroga *ex lege* decretando l'indiscutibile violazione dei principi europei di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza¹² *ex* artt. 49, 56 e 106 T.F.U.E.¹³, nonché dell'art. 12¹⁴ della direttiva Bolkestein e del correlativo obbligo di svolgere sempre una gara per il rilascio di una concessione; poi la Commissione europea è intervenuta con la

¹¹ CGUE, 14 luglio 2016, C-458/2014 e C-67/2015, cause riunite *Promoimpresa e Melis*. Con questa sentenza la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che le concessioni balneari hanno una durata tassativa, oltre la quale bisogna necessariamente procedere alla riassegnazione mediante regolare procedura ad evidenza pubblica. La Corte afferma che l'art. 12, in particolare i paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2006/123/UE, deve essere interpretato nel senso che un intervento nazionale, come la proroga, non può fare in modo che un rapporto concessorio si trasformi da un rapporto con un inizio ed una fine predeterminata in un rapporto *sine die*. Le concessioni nelle aree demaniali marittime e lacuali non possono essere prorogate in maniera automatica, in assenza di una procedura di selezione volta a scegliere i potenziali candidati. In argomento D. MONEGO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali a finalità turistico-ricreativa al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. Italiana di diritto del turismo*, 14/2016, 157-179.

¹² F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 787 ss; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *ildirittoamministrativo.it*, 1/2016, 71.

¹³ In riferimento agli stessi principi e sull'applicabilità dei principi di libera concorrenza alle concessioni di servizi pubblici, sentenza t. Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c./ Telekom Austria AG, VI sez., 7 dicembre 2000 (C324/98).

¹⁴ L'art. 12 dispone 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, nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami».

lettera di messa in mora del 2018¹⁵ per la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014. Purtroppo, nonostante dottrina e giurisprudenza¹⁶ si siano copiosamente occupate del tema in oggetto destando sempre non poche polemiche, il legislatore ha continuato ad evitare una riforma di settore. Di recente, infatti, nonostante fosse ormai chiaro l'orientamento comunitario, il legislatore ha ritenuto di intervenire nuovamente con la legge di bilancio n. 145 del 30 dicembre 2018 disponendo una nuova proroga *ex lege*, dopo il consueto impegno di stabilire criteri e modalità per addivenire ad una complessiva riforma del settore¹⁷. In virtù del quadro epidemiologico e dell'impatto disastroso del Covid sull'economia, con le conseguenti difficoltà economico-sociali oltre che politiche, il legislatore italiano ha scelto anche di rafforzare la menzionata proroga con il d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

Anche questa volta, la contromisura dell'Europa non si è fatta attendere. La Commissione ha scelto nuovamente di sanzionare l'Italia con la lettera di messa in mora del dicembre 2020¹⁸.

La lettera arriva in un momento difficile per l'Italia, soprattutto in virtù del periodo storico che vive attualmente l'Europa. Gioverebbe infatti vedere le istituzioni dell'Unione più accorte su altri fronti, soprattutto se si considera la particolare posizione assunta dalla Spagna sulla gestione costiera che, nonostante sia molto lontana dai dettami europei, non ha subito, al momento, alcuna procedura di infrazione¹⁹.

¹⁵ Commissione europea 2018/2273 C (2019) 452, Lettera di messa in mora per mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014, del 24 gennaio 2019.

¹⁶ Di recente, TAR Veneto, Sez. I, 3 marzo 2020, n. 218, TAR Campania-Salerno, Sez. I, 19 marzo 2019, n. 413; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2019, n. 189; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 novembre 2018, n. 1644; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 7 febbraio 2017, n. 911; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 maggio 2017, n. 5574; Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2018, n.2960; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219; Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 2020, n. 6610 tutte in *giustamm.it*.

¹⁷ A fronte di diverse sentenze che hanno ribadito la necessità di disapplicazione delle proroghe *ex lege* – tra cui TAR Campania, Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265 e TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504 – il TAR Lecce ha continuato a sostenere la sua posizione (cfr. la sentenza n. 603 del 2021).

¹⁸ Commissione europea 2020/4118 C (2020) 7826, *Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi*, 3 dicembre 2020.

¹⁹ Per un approfondimento sul tema si veda voc. Ley de Costas de España, nonché , tra gli altri, R. PIÉ-NINOT, *La gestione della costa in Spagna: un'esperienza straordinaria*, Pas-

Dopo oltre un anno dalla richiamata contestazione, il legislatore italiano ancora una volta sceglie di non intervenire in maniera puntuale sul tema; anzi, il Governo aveva scelto inizialmente anche di tenerlo fuori dal d.d.l. concorrenza²⁰, riproponendo la consueta strada della previa mappatura della situazione esistente.

In tutti questi anni il gioco delle parti non è mai cambiato e abbiamo assistito ad una costante condotta evasiva da parte del legislatore italiano che ha sempre prudentemente evitato lo scottante tema delle concessioni balneari per dedicarsi ad attività meno impopolari. Abbiamo quindi assistito al susseguirsi di una serie di proroghe che non hanno fatto altro che alimentare la nascita di una posizione in capo ai concessionari a metà tra il legittimo affidamento²¹ e una mera posizione di fatto che ad oggi neppure il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa si è sentito di ignorare.

Al variegato quadro normativo che si è tentato di riassumere, come accade in questi casi, si sono chiaramente aggiunti i vari orientamenti giurisprudenziali, alle volte anche contrapposti.

In particolare, possiamo dividere le pronunce giurisprudenziali in due differenti filoni interpretativi. Il primo filone - chiaramente europeista - non ha dubbi circa la disapplicazione della norma nazionale (da ultimo l'art. 1, commi 682, 683, l. n. 145 del 2018) che ha prorogato la durata delle concessioni, in ragione del contrasto con l'art. 12 della direttiva Bolkestein, ritenuto di portata *self executing*, oltre che con gli artt. 49 e 101 TFUE.

Detta interpretazione trova conforto in numerose pronunce del giudice amministrativo²² e viene di fatto condivisa anche dall'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle del 2021.

seggiate lungo molti mari, 2005, 198-199; F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, 5 ss.

²⁰ A.S. 2469, Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.

²¹ R. SACCO, voce *Affidamento*, *Enc. dir.*, 1958; F. MODUGNO, voce *Funzione*, *Enc. dir.*, XVIII, 1969; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 10-12; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, 10 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, 1968; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guicciardi*, 1975; G. MELIS, *Storia dell'Amministrazione italiana*, 1996; G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *sspa.it*, 2012; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3.

²² Tra le altre Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2020, n.5008; TAR Emilia-Romagna, Sez. II, 9 dicembre 2021, n.1001 e 9 dicembre 2021 n. 1001, in *Foro amm.*, 2021.

Il secondo filone - certamente minoritario - inaugurato dal TAR Lecce²³, nega la sussistenza di un onere di disapplicazione in capo alle amministrazioni della norma interna in contrasto con quella europea, sancendo quindi l'applicazione della norma interna, a prescindere dal contrasto comunitario, da parte delle Pubbliche Amministrazioni²⁴. Tale sentenza, dalla portata dirimpente, è stata

²³ TAR Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, nn. 1321 e 1322, in *Foro amm.*, 2020; G.VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *dirittounioneuropea.eu*, 11 febbraio 2021. Inoltre, in senso favorevole all'orientamento formulato dal TAR Lecce, v. F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 11/2021, il quale evidenzia che "Ritenere sussistente in capo alla p.a. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, significa indirettamente chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito (di uniformare il diritto interno a quello dell'Unione) che è proprio del legislatore e che questi dovrebbe esercitare difendendo le proprie prerogative".

²⁴ Quanto affermato fa riferimento al ragionamento esposto dal richiamato TAR sull'onere di disapplicazione generalizzato della norma nazionale che contrasta con il diritto comunitario, in particolare «Non può invece riconoscersi natura interpretativa vincolante ad una relativamente recente pronuncia della Corte di Giustizia nella quale risulta affermato il principio secondo cui la prevalenza della norma unionale su quella nazionale comporterebbe l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello stato membro "in tutte le sue articolazioni" ovvero sia da parte del giudice che da parte dell'amministrazione. Appare infatti evidente che tale statuizione della C.G.U.E. non possa ritenersi – a differenza della precedente - di natura interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E. e che comunque, a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulti ultronea e non vincolante» nonché «L'orientamento espresso dalla giurisprudenza sopra citata, condivisibile e consolidato quanto alla configurazione del provvedimento amministrativo conforme alla legge nazionale in contrasto con la norma euro-unionale come provvedimento illegittimo e non già come nullo, non appare viceversa condivisibile quanto all'accennato obbligo posto a carico dell'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, ritenendosi viceversa tale attività riservata solo ed esclusivamente al giudice; e ciò per le ragioni che di seguito si esporranno; Ed invero, come già sopra evidenziato, deve anzitutto ritenersi che la statuizione della C.G.U.E. (che peraltro sembrerebbe "isolata"), con cui si afferma che il principio di dare attuazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna costituirebbe un obbligo dello Stato membro "in tutte le sue articolazioni" ovvero giudice e pubblica amministrazione, non può ritenersi norma dichiarativa di interpretazione autentica della norma comunitaria, perché essa non ha ad oggetto alcuna individuazione della ratio legis di una specifica norma comunitaria, ma attiene invece alle generali regole e modalità di applicazione della normativa unionale in generale considerata, dovendosi riguardare alla stregua di mero obiter dictum» infine «Al fine di stabilire chi possa o debba disapplicare la norma nazionale in conflitto con la normativa comunitaria appare dirimente considerare che le predette facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto prodromiche e funzionali rispetto alla eventuale successiva determinazione di disapplicare la norma interna, non sono invece attribuite alla pubblica amministrazione e, per essa, al dirigente o funzionario preposto. Proprio tale considerazione induce a ritenere che la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti pertanto vincolante per la pubblica amministrazione e, nel caso in esame, per il

poi seguita anche da altre pronunce²⁵ che, evitando accuratamente di esporsi circa il rapporto di compatibilità tra la norma interna e quella europea, hanno affermato l'assenza di una portata auto applicativa della direttiva.

Va da sé che quello delle concessioni è un tema spinoso, in cui si alternano periodi di grande fermento con copiosa dottrina e giurisprudenza e periodi di profondo silenzio.

L'oggetto del contendere ha una portata non solo giuridica, ma anche di carattere economico e sociale. Del resto, è innegabile che la questione assume massima rilevanza dal momento che, anche in considerazione della estensione del nostro patrimonio costiero e delle condizioni climatiche favorevoli, sulla base delle concessioni balneari in essere nella maggior parte dei casi i titolari hanno dato vita a vere e proprie aziende, con significativi investimenti, in termini economici e personali, e importanti avviamenti²⁶. Tale contesto è stato poi ulteriormente rafforzato da un approccio procrastinatore del legislatore che ha lungamente rimandato il riassetto del sistema, utilizzando la proroga *ex lege* come strumento dilatorio più che come soluzione. Gli effetti di tale approccio oggi sono quantomai evidenti²⁷. Ci troviamo davanti ad un giudice legislatore e amministratore, che interviene in soccorso del legislatore e si sostituisce all'amministrazione.

dirigente comunale, che sarà tenuto ad osservare la norma di legge interna e ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la norma di legge nazionale. Occorre inoltre considerare che la disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice si inserisce in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento, che – attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria – garantisce uniformità di applicazione della norma sul territorio nazionale, laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune di riferimento».

²⁵ Il TAR Puglia - Lecce è ritornato sulle proroghe delle concessioni marittime anche nelle successive sentenze 15 gennaio 2021, nn. 71, 72, 73, 74 e 75 e 15 febbraio 2021, n. 268. Nella sentenza da ultimo citata il TAR affronta in modo articolato il rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione.

²⁶ M.A. SANDULLI, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Giustiziainsieme.it*, 02/2022; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 25/2016, 9 ss.

²⁷ Ddl. n. 54/2022, Delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo.

2. La questione portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

Con le sentenze gemelle del 9 novembre 2021 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha provato a fare chiarezza sul tema ricostruito in premessa. La decisione arriva in seguito al decreto n. 160 del 24 maggio 2021, con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha fatto per la prima volta uso dello speciale potere riconosciutogli dall'art. 99, comma 2, c.p.a., sottoponendo al Supremo Consesso di Giustizia amministrativa i seguenti quesiti:

- se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;
- nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;
- se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione

scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 ss., della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

Per comprendere le ragioni che hanno portato alla formulazione dei quesiti rappresentati, giova richiamare sinteticamente i termini della questione sottoposta al Consiglio di Stato²⁸.

Le sentenze gemelle originano a partire da due atti di impugnazione afferenti pronunce che sono espressione di due ragionamenti logico giuridici molto differenti, sintomatici della complessità e degli interrogativi ancora sottesi al tema in oggetto.

La fuga ostinata del legislatore non ha fatto altro che creare situazioni normative dubbie, foriere di interpretazioni fantasiose e integrative talmente consistenti da portare, come spesso accade, a pronunce contrapposte anche se il quadro normativo di riferimento è lo stesso.

Nella prima pronuncia il ricorso viene proposto da un operatore economico balneare contro l'autorità di sistema portuale dello stretto di Messina, nonché contro il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti²⁹, con l'intervento *ad adiuvandum* di un numero cospicuo di operatori economici del settore - testimone della rilevanza della questione in oggetto - giudicato prontamente inammissibile dalla stessa Adunanza plenaria³⁰ che, poco dopo, porterà peraltro avan-

²⁸ B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *op. cit.*, 12; R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *giustiziainsieme.it*, 01/2022.

²⁹ La sentenza impugnata è la sentenza del TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504.

³⁰ Preliminarmente l'Adunanza chiarisce che gli interventi sono tutti inammissibili: *"Le società intervenienti davanti al CGARS assumono di essere titolari di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della presente controversia. Tale interesse non è, tuttavia, di per sé in grado di legittimare l'intervento in giudizio del terzo. Invero, 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. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce"*.

ti un discorso di larghissimo impatto che avrebbe dovuto essere quantomeno foriero del più vasto contraddittorio possibile³¹. L'oggetto del ricorso attiene alla decisione n. 115 del luglio 2020 con cui l'Autorità portuale dello stretto ha rigettato l'istanza dell'operatore balneare di vedersi riconosciuta la proroga *ex lege* fino al 2033 di cui alla l. 30 dicembre 2018, n. 145.

Le argomentazioni della sentenza appellata attengono invece all'illegittimità della proroga disposta dal legislatore rispetto alla sussistenza dell'obbligo di indire una gara per l'affidamento di una concessione balneare e all'obbligo funzionale di non applicare una norma nazionale confliggente con quella europea. A sostegno del ragionamento esposto, il TAR richiama una serie di argomentazioni, già espresse in passato dal Consiglio di Stato³², in merito all'applicabilità dei principi di diritto UE in materia di libera circolazione dei servizi, di imparzialità, trasparenza e *par condicio competitorum*, sanciti anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*³³, con riferimento all'art. 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 TFUE.

In maniera diametralmente opposta argomenta, invece, il giudice della pronuncia oggetto di impugnazione nella seconda fattispecie sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato.

Il ricorrente in appello qui è l'Amministrazione che contesta la decisione con cui il giudice amministrativo pugliese, nella sezione di Lecce, ha accolto il ricorso del titolare di una concessione demaniale annullando il provvedimento del Comune di Lecce con cui era stata negata la proroga *ex lege* 145/2018, rivolgendo al concessionario formale interpello per conoscere se lo stesso intendesse proseguire l'attività ai sensi dell'art. 182 d.l. 34/2020, oppure rinunciare a tale facoltà accettando una proroga tecnica a tre anni. È facile porre in evidenza come la pronuncia oggetto di impugnazione parta da un ragionamento opposto a quello condiviso dall'altra e già rappresentato. La seconda pronuncia, infatti, contesta all'amministrazione comunale l'erronea disapplicazione della legge nazionale di proroga, in quanto l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non potrebbe considerarsi *self-executing* e, anche ove lo fosse, non sarebbe ugualmente legittima una disapplicazione della legge interna da parte dell'amministrazione

³¹ M. A. SANDULLI, *Sulle "concessioni balneari"*, *cit.*; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di Diritto e Società, *cit.*, 333-334.

³² Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2019, n. 7874.

³³ Corte di Giustizia, Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite c-458/14 e c-6715.

comunale, essendo questa attività esclusivamente riservata al giudice. Una sommaria esposizione delle controversie e il silenzio ostinato del legislatore permettono di comprendere come si sia arrivati al creazionismo normativo delle sentenze gemelle del 2021³⁴.

Non si dubita dell'opportunità di una pronuncia che possa chiarire la posizione del Supremo Consesso di Giustizia amministrativa su uno dei temi più caldi del panorama giuridico attuale. Ciò che invece non si condivide è che il Consiglio di Stato sia stato chiamato ad una pronuncia semi normativa che ben si allontana dai suoi tradizionali doveri e che tenta di compensare un doveroso, quanto auspicabile intervento legislativo, rimasto invece ancora disatteso. Del resto, anche se al momento il giudice amministrativo può sembrare essere l'unico in possesso degli strumenti tecnici necessari per provare a dirimere la questione, questo non basta affinché si sostituisca al legislatore³⁵.

3. Proroghe *ex lege* in contrasto con il diritto dell'Unione europea: onere di disapplicazione e relative modalità

Il primo interrogativo su cui l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi ha ad oggetto l'onere di disapplicazione generalizzato delle leggi statali confliggenti con quelle comunitarie. È noto che lo stato membro è sempre chiamato a disapplicare le norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione europea in virtù degli artt. 11 e 117 Cost. Il tema ad oggetto del quesito posto alla Plenaria però attiene alla specifica condizione che occupano i membri dell'apparato amministrativo dello Stato, ovvero se le Pubbliche Amministrazioni, compresi gli enti territoriali, siano o meno tenute ugualmente a questa disapplicazione e, soprattutto, se nel caso di una direttiva *self executing* le stesse siano tenute a ragionare sul conflitto tra la nor-

³⁴ M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *Federalismi.it*, 26/2021, 20.

³⁵ In particolare l'Adunanza plenaria "*consapevole delle portate nomofilattiche della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023. Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da sé vi sia - o meno - un soggetto subentrante nella concessione*".

ma nazionale e quella comunitaria o se tale incombenza sia riservata solo agli organi della giurisdizione nazionale.

La sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte delle amministrazioni rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia nazionale che comunitaria³⁶. Un orientamento diverso, del resto, creerebbe una situazione in cui l'amministrazione sarebbe chiamata a adottare atti illegittimi per violazione del diritto dell'Unione europea destinati poi dopo ad essere annullati in sede giurisdizionale, con una compromissione del principio di certezza del diritto. Tali considerazioni, vengono ritenute valide dai giudici di Palazzo Spada anche per le direttive *self-executing*, a cui la direttiva Bolkestein sembra appartenere. Si afferma quindi un'applicabilità della direttiva non solo a livello verticale, ma anche a livello orizzontale.

Nella differenza tra regolamenti e direttive, l'Adunanza plenaria ritiene non condivisibile l'orientamento secondo cui solo i regolamenti comporterebbero un onere di disapplicazione diretto in capo alle amministrazioni, mentre lo stesso non si verificherebbe per le direttive *self-executing*. Tale orientamento comporterebbe la creazione di una categoria normativa disapplicabile dal giudice e non dalle amministrazioni. Il ragionamento sancisce l'illogicità di consentire all'amministrazione di emettere provvedimenti illegittimi in virtù di una norma configgente con il diritto dell'U.E., quando poi cadrebbero ugualmente davanti alla successiva pronuncia del giudice amministrativo.

In realtà la giustizia amministrativa³⁷ ha già affrontato una questione di questo genere varie volte, arrivando ad affermare che la non applicazione/disapplicazione della norma in contrasto va attuata da tutte le

³⁶ Così la Corte di Giustizia nella sentenza *Fratelli di Costanzo* del 22 giugno 1989, C-103/88; nonché la Corte costituzionale nella sentenza 11 luglio 1089, n. 389 in cui ha ribadito 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*».

³⁷ Il Consiglio di Stato già dalla sentenza Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452 ha chiarito l'importanza di una disapplicazione necessaria della norma nazionale che contrasta con il diritto comunitario in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento. Orientamento più volte ribadito in seguito in varie pronunce, tra le altre Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, nonché le più recenti pronunce del TAR Toscana, 8 marzo 2021, n. 363; TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 505; TAR Campania, 23 febbraio 2021, nn. 1217 e 1218, in *Foro amm.*, 2021.

articolazioni dello Stato. Allo stesso tempo però aveva chiarito che il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto euro unitario non è nullo, ai sensi dell'art. 21-*septies* l. n. 241/1990, per difetto assoluto di attribuzione, bensì annullabile, non diversamente dal provvedimento contrastante con il diritto interno, con il conseguente onere di impugnazione entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo³⁸.

Consegue da ciò un sistema bipartito: da un lato, quelle amministrazioni che hanno applicato la legge e concesso la proroga senza che questa fosse divenuta poi oggetto di impugnazione e dall'altro quelle amministrazioni che hanno invece visto impugnare i propri provvedimenti. Per cui, alcune proroghe si sono consolidate, mentre altre sono state annullate dal giudice amministrativo. Ne deriva che non è così scontato affermare che se non disapplica la P.A. disapplica il giudice, perché al giudice si potrebbe anche non arrivare affatto. Per cui è di grande rilevanza che la disapplicazione sia riconosciuta ad entrambi i soggetti. Allo stesso tempo, gioverebbe forse tornare anche a ragionare sulla qualificazione del provvedimento come annullabile piuttosto che nullo, perché se certamente è vero che nel diritto amministrativo la nullità rappresenta un istituto minoritario e residuale, è altrettanto vero che prevedere un onere di disapplicazione generalizzato e considerare gli atti amministrativi che dispongono le proroghe *tamquam non essent* non è poi così lontano dal riaprire il ragionamento sulla nullità per difetto assoluto di attribuzione.

L'Adunanza plenaria riconferma dunque l'orientamento per cui se vi è una legge nazionale che contrasta con una norma europea dotata di efficacia diretta o una direttiva *self-executing*, questa non potrà essere applicata né dal giudice né dalla Pubblica Amministrazione senza che sia necessario sollevare alcuna questione di legittimità costituzionale. In questo passaggio, dove l'Adunanza plenaria prova a chiudere definitivamente sulle proroghe *ex lege*, non si può fare a meno di spendere qualche parola anche sul legittimo affidamento.

Quello del legittimo affidamento è un tema molto dibattuto. Del resto, gran parte delle concessioni demaniali attualmente in essere sono frutto di proroghe *ex lege* che si protraggono da molti anni, ge-

³⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 1991, n. 864; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3072; Cons. Stato, Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2623; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342.

nerando un rapporto concessorio *sine die*. Come è noto, il legittimo affidamento attiene alla posizione incolpevole di un soggetto privato ingenerata dalla Pubblica Amministrazione con la sua sola condotta. Lo stesso costituisce un principio non scritto fondamentale dell'azione amministrativa, che si sostanzia nell'interesse del privato alla tutela di una situazione che si è definita nella realtà giuridica per effetto di atti e comportamenti dell'Amministrazione. La giurisprudenza³⁹ è oggi concorde nel ritenere che, affinché l'affidamento possa dirsi meritevole di tutela risarcitoria da parte dell'ordinamento giuridico, deve innanzitutto sussistere un vantaggio per il privato a seguito della situazione giuridica apparente, vantaggio che deve risultare in maniera chiara ed univoca da un altrui atteggiamento.

In secondo luogo, l'utilità che il privato pretende di difendere deve essere stata conseguita in buona fede, dato che è escluso che l'ordinamento possa accordare tutela ad una situazione giuridica vantaggiosa conseguita mediante comportamenti ingannevoli o fraudolenti.

Infine, è necessario che l'affidamento si sia consolidato nel tempo, ossia che il privato abbia conservato l'utilità per un arco di tempo tale da convincerlo, oramai, della sua stabilità.

Stando a queste affermazioni non è poi così anacronistico provare a ragionare su una forma di affidamento rispetto alla posizione dei concessionari. Sicuramente quello che si ravvisa in capo agli stessi è un vantaggio chiaro che è frutto esclusivamente della condotta del legislatore prima e poi dell'amministrazione che ha procrastinato una situazione senza alcuna condotta attiva del concessionario, né tantomeno ingannevole o fraudolenta. Allo stesso modo, i privati hanno conseguito un rapporto piuttosto longevo e stabile che ha indubbiamente ingenerato in essi l'aspettativa di una proroga che a scadenza, più o meno regolare, arriva sempre.

Del resto, per quanto il giudice ricostruisca nel rapporto tra il diritto nazionale e quello comunitario un contrasto piuttosto chiaro, è allo stesso tempo difficile affermare che il privato sia nella condizione di dover ragionare sul conflitto tra la norma interna di proroga, il diritto comunitario e la giurisprudenza europea, al fine di essere a conoscenza del fatto che sta beneficiando di una condotta illegittima del suo Stato di appartenenza. Quanto detto, si tradurrebbe in sostanza quasi in un dovere dei consociati di diffidare del legislatore nazionale.

³⁹ Tra le altre TAR Lazio, Sez. II, 24 marzo 2022, n. 3377; TAR Lazio, Sez. V bis, 20 marzo 2022, n.1169; Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2020, n.4392; TAR Veneto, Sez. III, 17 giugno 2019, n. 725; Cass. Civ., 10 dicembre 2002, n. 7576.

Nella lettera di messa in mora all'Italia del 3 dicembre 2020 anche la Commissione europea ricorda che *«secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili»*.

Giova fare qualche considerazione in merito.

La compatibilità normativa a cui fa riferimento la Commissione è certamente quella comunitaria che ricomprende anche la compatibilità con le norme degli stati membri.

Nel caso di specie però, come ampiamente chiarito, abbiamo l'ennesima norma nazionale, frutto di un orientamento chiaramente espresso dal legislatore, che prima la giurisprudenza comunitaria e più tardi anche quella nazionale ritiene in contrasto con il diritto dell'Unione e in particolar modo con una direttiva *self-executing*. Una qualsiasi forma di affidamento è certamente esclusa se consideriamo che non solo la norma in oggetto è in contrasto con il diritto europeo, ma anche che in virtù di questo contrasto viene sancito un onere di disapplicazione in capo alla P.A., al giudice e in qualche modo, anche in capo al concessionario⁴⁰. Al contrario, lo stesso non si potrebbe dire così pacificamente se guardiamo solo alle norme nazionali - mai abrogate - che da anni, di fatto, garantiscono la proroga.

In sintesi, esiste un onere di disapplicazione della norma nazionale in capo all'amministrazione, al giudice e a questo punto anche al privato nel senso che quest'ultimo non deve fare affidamento sulla norma nazionale incompatibile, dovendosi documentare anche sui conflitti giurisprudenziali comunitari? Oppure una posizione giuridica differenziata del concessionario rispetto alla longevità delle proroghe *ex lege* esiste, qualunque sia la denominazione che vogliamo attribuirle?

Al contrario, escludere a priori che si qualifichi una posizione tutelabile, affermando semplicemente che il concessionario ha benefi-

⁴⁰ Non è possibile ignorare la particolarità della situazione in cui sono attualmente i concessionari. Per cui, volendo argomentare rispetto all'insussistenza di una condizione di legittimo affidamento, potrebbe dirsi che così come la pubblica amministrazione è tenuta a non applicare la norma nazionale configgente con quella comunitaria, allo stesso modo il concessionario è tenuto a conoscere anch'egli dell'incompatibilità di tale norma. Quanto detto, al punto da non dover fare affidamento né sull'eventuale provvedimento emanato dall'amministrazione, che su tale norma si fonda, né sulla norma stessa.

ciato di errori del legislatore che egli avrebbe dovuto riconoscere come tali, significherebbe quasi legittimare una forma di sfiducia del cittadino nei confronti del legislatore nazionale.

Infatti, anche se lo strumento di proroga nasce per essere a tempo, la sua continuità negli anni⁴¹ e la sua consueta ratifica da parte

⁴¹ Art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88, *Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime*, che fissa la durata delle concessioni demaniali marittime a sei anni e ne prevede il rinnovo automatico per altri sei anni “*e così successivamente ad ogni scadenza*”, salvo il caso di revoca della concessione (art. 42, comma 2, cod. nav.); Art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25, che abroga il cd. diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma 2 cod. nav. e proroga al 31 dicembre 2015 i rapporti concessori demaniali a uso turistico ricreativo in scadenza alla medesima data; Art. 13-bis, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, che proroga al 31 dicembre 2012 le concessioni in scadenza entro la medesima data e relative al demanio marittimo, lacuale e portuale, anche ad uso diverso da quello turistico-ricreativo*, fermo restando quanto disposto dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009; Art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, conv. con mod. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che proroga al 31 dicembre 2020 il termine di durata dei rapporti concessori aventi finalità turistico-ricreativa e di quelli destinati alla nautica da diporto in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 (termine previsto dal d.l. n. 194/2009 (art. 1, comma 18); Art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, Legge di stabilità 2013, che modifica l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, estendendo la portata della proroga anche alle concessioni lacuali, fluviali nonché a quelle destinate a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto; Art. 1 comma 291, l. 27 dicembre 2013 n. 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, che estende la proroga delle concessioni demaniali marittime esistenti - disposta dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009 - alle concessioni ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse (cd. legge di Stabilità 2014); Art. 24 comma 3 *septies*, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, *Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*, conv. con mod. in l. 7 agosto 2016, n. 160, recante la sanatoria dei rapporti concessori in essere in forza dell'art.1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea; Art. 1, comma 682 e 683, l. 30 dicembre 2018 n. 145, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (legge di Bilancio 2019), sulla proroga di quindici anni, sino al dicembre 2033, della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative vigenti alla data di entrata in vigore della legge; Art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19* (c.d. decreto rilancio), conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77, sul divieto, in ragione del contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica, per le pubbliche amministrazioni di avvio o prosecuzione dei procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio o all'assegnazione mediante gara a evidenza pubblica delle aree demaniali già oggetto di concessione, fermo restando l'art. 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

dell'amministrazione, nonostante le contestazioni comunitarie⁴², hanno prodotto un'aspettativa del privato rispetto ad una condizione che in alcuni casi dura da oltre trent'anni. Pertanto, anche se non vi è la possibilità di configurare un legittimo affidamento *tout court*, mancando anche la legittimità della pretesa del concessionario rispetto alla proroga, non si può altrettanto immaginare che al privato concessionario spetti una valutazione sull'inaffidabilità del legislatore nazionale che, nonostante le contestazioni europee, perseveri con le proroghe. Per cui, a prescindere dalla qualificazione che si riterrà di accordarle, una posizione differenziata e tutelabile c'è⁴³ e non può essere ignorata né in sede giurisdizionale, né legislativa.

Che si sia dunque arrivati ad un punto di non ritorno per le proroghe *ex lege* è ormai certo, restano però aperti due temi importanti. Cosa ne sarà dei provvedimenti di proroga già espressi a livello locale sulla base di una legge che si considera incompatibile ma che non comporta alcuna nullità? Allo stesso tempo, possiamo davvero negare una posizione giuridica qualificata al concessionario? Non è inverosimile ritenere che non mancheranno le azioni risarcitorie contro le amministrazioni concedenti e contro lo stesso Stato per aver creato un affidamento nella stabilità del titolo⁴⁴.

4. Annullamento d'ufficio o riesame del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea ai sensi dell'art. 21-octies l. n. 241 del 1990

Affermato con certezza l'onere di disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto comunitario in capo alla Repubblica complessivamente intesa, quindi comprese le Pubbliche Amministrazioni che la compongono, l'Adunanza plenaria passa

⁴² 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009, Costituzione in mora; 2008/4908 C (2010) 2734 del 5 maggio 2010 (n. prot. 4967), Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE; 2018/2273 C (2019) 452 del 24 gennaio 2019, Mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014; Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273; 2020/4118 C (2020) 7826 del 3 dicembre 2020; Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi.

⁴³ G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *Federalismi.it.*, 17/2021, 200 ss.

⁴⁴ M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l'attività amministrativa*, Napoli, 2019.

ad interrogarsi sul secondo quesito rivoltole, ovvero cosa accade se questo obbligo viene disatteso dall'amministrazione.

Il giudice amministrativo in passato aveva già chiarito come, nel caso di contrasto tra la norma nazionale e quelle europea, il provvedimento adottato dall'amministrazione fosse un provvedimento annullabile e non nullo, creando di fatto un sistema in cui la mancata impugnazione dei provvedimenti in contrasto con l'Unione nel termine ordinario di 60 giorni porta al consolidamento di una situazione di fatto, anche se illegittima. Tale fattispecie si sviluppa a maggior ragione quando si crea una situazione in cui il provvedimento in contrasto viene invece giudicato legittimo da una sentenza. L'Adunanza plenaria condivide le considerazioni della Corte di giustizia secondo la quale non sussiste in questo caso un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame in capo alle amministrazioni e lo fa in virtù della particolare definizione che attribuisce al provvedimento di proroga. Tale provvedimento, infatti, non sarebbe un classico atto amministrativo, piuttosto un atto ricognitivo di un effetto prodotto in automatico da una legge nazionale⁴⁵. L'atto che ne deriva sarebbe quindi un atto in cui non residua alcun potere amministrativo in senso stretto.

Il richiamo all'atto ricognitivo pare essere piuttosto azzardato. L'Adunanza plenaria ritiene che le proroghe *ex lege* vengano meramente ratificate dalle amministrazioni locali che non fanno altro che riprodurre quanto affermato dalla legge nazionale, producendo quello che si definisce come un atto *tamquam non esset*. L'amministrazione viene quindi concepita come un mero passacarte il cui ruolo è completamente svuotato a favore di un'amministrazione per legge.

Gli atti ricognitivi però, così come ricostruiti dalla dottrina, sono un'altra cosa. Si tratta di atti esito di procedimenti a carattere totalmente vincolato diretti ad un controllo *ex ante* dei presupposti e dei requisiti applicativi richiesti dalle norme per lo svolgimento di un'attività che si concludono con il rilascio di un titolo di legittimità⁴⁶. Una categoria che esclude sicuramente la discrezionalità amministrativa dell'atto ma senza il rilascio del quale comunque non è possibile esercitare una determinata attività. Questa ricostruzione,

⁴⁵ Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874.

⁴⁶ A. ORSI BATTAGLINI *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, tomo II, 786 e ss.

prospettata e condivisa dalla dottrina, non sembra essere esattamente quella a cui fa riferimento l'Adunanza plenaria. Gli atti ricognitivi, infatti, contemplan l'esercizio di un potere che, seppure vincolato, c'è, esiste e si manifesta. Al contrario, per il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa l'atto ricognitivo altro non sarebbe che una mera riproduzione della norma⁴⁷.

In quest'ottica, mancando il potere in prima istanza, ne conseguirebbe anche l'insussistenza di un potere di secondo grado in capo all'amministrazione che non dovrebbe esercitare alcuna autotutela. Quindi, dovendo l'autotutela operare in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto presuppone detto potere di regolazione che è stato invece avocato a sé dal legislatore⁴⁸. In altre parole, l'autotutela non troverebbe ragione di esistere perché avrebbe ad oggetto una disciplina contenuta nella legge. L'Adunanza plenaria pare però spingersi su un terreno troppo accidentato, prima nella ricostruzione dell'atto ricognitivo e poi nell'affermare l'insussistenza di un potere di annullamento. È indubbio, infatti, che se si concepisce l'atto ricognitivo come una mera ripetizione della legge, non si ravvisa l'esigenza dell'autotutela in senso stretto. Al contrario però l'amministrazione non può essere concepita come una macchina di mera esecuzione della legge, al punto da impedire alla stessa qualunque minimo apprezzamento di coerenza, rendendola produttrice di atti giudicati privi di valore. Il ruolo dell'amministrazione non deve essere mai annientato, né dal legislatore né tantomeno dal giudice⁴⁹.

Con buona pace dei principi di certezza del diritto, ci troviamo quindi

⁴⁷ Sulla corretta qualificazione dell'atto ricognitivo F. LIGUORI in relazione alla cerimonia conclusiva della XV edizione del Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria*, Università degli Studi di Napoli Federico II, 20 dicembre 2021.

⁴⁸ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 542, le decisioni amministrative trovano il loro fondamento nell'autotutela, intesa come quella parte dell'attività amministrativa funzionale a risolvere i conflitti potenziali o attuali tra cittadini o tra cittadini e pubblica amministrazione.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in NDI, 1960, 1093; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, 611 ss. e *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1964, leggibile anche in *Giustizia-amministrativa.it*; F. SAIITA, *Atto amministrativo*, Roma, 1988, 4; P. STELLA-RICHTER, *Atto amministrativo*, vol. I, pt. V, Milano, 1904, 566 nonché *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, 1983.

di fronte a pronunce che, mentre ribadiscono che gli atti amministrativi in contrasto con il diritto sono semplicemente annullabili, subito dopo – per sfuggire ai limiti temporali dell'autotutela caducatoria stabiliti dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 s.m.i. – muovendo da presupposti, come visto, a loro volta incerti, affermano con nettezza che le proroghe disposte dalle singole amministrazioni mediante il richiamo alle leggi del 2018 e del 2020 non sarebbero espressione di un potere amministrativo, ma una forma di atto meramente ricognitivo che si deve ritenere addirittura *tamquam non esset*. Allo stesso tempo, consapevoli dell'ingestibilità degli effetti di una tale deflagrante affermazione, dispongono attraverso un'inedita e poco convincente analogia con la graduazione degli effetti dell'annullamento di un atto illegittimo, che l'operatività degli effetti delle decisioni assunte deve essere rinviata di un biennio, come se il “fatto” dell'affermata inesistenza *ab origine* di tali atti potesse essere artificiosamente sospeso fino al 31 dicembre del 2023. È agevole obiettare che, diversamente dal caso dell'annullamento di un provvedimento, che incide, sia pure con effetto *ex tunc*, sulla sua validità, un atto qualificato come di mera ripetizione, perché meramente ricognitivo di una legge a sua volta inapplicabile, non può acquistare efficacia in virtù di una sentenza, tanto più se è proprio quella che dichiara l'inapplicabilità della legge che ne è il fondamento. Le sentenze incorrono dunque in una contraddizione che non pare superabile: se il primato del diritto europeo e la valenza auto applicativa della Direttiva 123/2006/CE ostano all'applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l'effetto davvero essere considerati *tamquam non essent*, le sentenze che ne affermano comunque l'efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto europeo⁵⁰.

Al momento però, ciò che ne deriva è che dopo le proroghe *ex lege* e gli atti di proroga delle amministrazioni locali, i concessionari si trovano di fronte ad un nuovo strumento di proroga: quello giurisdizionale.

⁵⁰ M.A. SANDULLI, *Sulle “concessioni balneari”*, cit; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di *Diritto e Società*, cit., 333-334.

5. Il tenore dell'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77

Alla luce del complesso quadro economico e sociale delineatosi a seguito della Pandemia da Covid19, il Governo ha varato una serie di misure volte a superare la fase di crisi nell'ottica della ripartenza. Tra queste, di particolare rilevanza è quella varata con il cd. Decreto Rilancio, all'interno del quale troviamo all'art. 182, comma 2, la sostanziale riconferma della contestatissima l. n. 145 del 2018. Il decreto, tenendo fermo quanto già disposto dalla legge, invocando la *“necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19”*, dispone che alle amministrazioni non è consentito avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'art. 49 del codice della navigazione⁵¹. Tale divieto nascono dalla volontà di negare il rilascio o l'assegnazione di nuove concessioni mediante tradizionale procedura ad evidenza pubblica per tutte le area considerate in concessione al momento dell'entrata in vigore della norma. Ovviamente, quanto detto, purché si prosegua con il regolare pagamento del canone dovuto e fatte salve le ipotesi di cessazione del rapporto imputabili al concessionario. La scelta del governo di fatto riconferma la proroga già esistente, affermando che l'impossibilità di procedere con le nuove gare e l'esigenza di proseguire con i rapporti attualmente in essere nascono proprio dalla volontà di compensare l'impatto sull'economia del Covid19.

Tali affermazioni sono state duramente contestate prima dalla Commissione europea con l'ultima lettera di messa in mora⁵² e poi

⁵¹ *«Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest' ultimo caso, l'amministrazione, ove il concessionario non esegua l'ordine di demolizione, può provvedervi a termini dell'articolo 54».*

⁵² Nella lettera di messa in mora la Commissione Ue afferma che *“la reiterata della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana [...] scoraggia gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che*

dall'Adunanza plenaria nelle sentenze in oggetto. In particolare, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che non sia seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica. Al contrario, forse mai come questa volta, il legislatore italiano ha indicato una causale piuttosto condivisibile a supporto della reiterata proroga.

Il settore turistico ricreativo, ed in particolar modo quello balneare, ha innegabilmente subito gli effetti devastanti della pandemia⁵³. Giova ricordare che gli stabilimenti balneari sono stati destinatari di ingenti restrizioni e le prescrizioni che sono state riservate loro, soprattutto inerenti al distanziamento, ne hanno pressoché dimezzato la capienza e conseguentemente ridotto gli incassi. Allo stesso tempo, il settore ha sensibilmente sofferto gli effetti della pandemia senza però beneficiare della riduzione dei canoni concessori o di qualunque altra forma di tassazione, producendo di fatto le stesse entrate per lo Stato. Ne deriva, che non è così irragionevole che il legislatore giustifichi la proroga in questi termini, con il fine di sostenere famiglie e lavoratori che ruotano attorno al settore, nell'ottica di uno Stato sociale più che imprenditore. Al contrario poco condivisibili sono proprio le affermazioni della Commissione europea che vorrebbe vedere invece lo Stato comportarsi da buon imprenditore. È discutibile, infatti, ritenere che l'ulteriore proroga dello Stato scoraggi gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia e che addirittura scoraggiando gli investimenti impedisca la modernizzazione di questo settore. In verità, condividendo queste affermazioni della Commissione europea anche l'Adunanza plenaria sembra allontanarsi molto dal compito che le è stato assegnato. Ad amor del vero, l'unico reale deterrente per gli investimenti sono proprio le proroghe giurisdizionali disposte dal Consiglio di Stato per meno di un triennio.

Sul punto, è molto chiaro che nessun concessionario investirà nel settore turistico in vista di un rapporto prossimo alla fine. In prospettiva, un triennio è veramente troppo poco tempo per poter

la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi".

⁵³ A. PETRELLA, *Il peso del turismo in Italia, le caratteristiche della domanda e la capacità ricettiva, Turismo in Italia. Numeri e potenziale di sviluppo, presentazione dei risultati di un progetto di ricerca della Banca d'Italia*, 2018; Eurostat, *Statistics Explained, Statistiche del turismo*, 2020.

strutturare un piano di investimenti che ne consenta recupero e profitto. Per cui, è più che plausibile che i concessionari adottino in massa un comportamento opportunistico, volto al contempo a sospendere gli investimenti attuali, non realizzarne di nuovi e provare a massimizzare i profitti in vista dell'imminente scadenza a sorpresa. Al contrario, un termine, possibilmente non fissato giurisdizionalmente, ragionevole e con una fase di transizione regolamentata oltre che finalizzata ad interventi di valorizzazione e ottimizzazione, sarebbe stata una scelta più equilibrata, foriera di una prospettiva seria, che avrebbe potuto, quasi certamente, riverberarsi in piani di investimento che, seppur contenuti, si sarebbero effettuati.

Per cui, non si condivide che sia un giudice a considerare la proroga *ex lege* fino al 2033 come un ostacolo rispetto allo sviluppo economico, quando immediatamente dopo ne dispone una di incredibile brevità che elimina sul nascere qualsiasi possibile investimento da qui al dicembre 2023. Tale considerazione, infatti, avrebbe ragione di esistere solo nell'ottica di una normativa di armonizzazione della disciplina di tutte le attività turistiche all'interno dell'Unione. Normativa che, per quanto concerne le autorizzazioni contingenziate, dovrà però tenere conto anche dei regimi adottati dagli altri Stati in ordine alla gestione di tutti i beni pubblici⁵⁴ utilizzati da terzi per l'esercizio di attività economiche⁵⁵.

Ne deriva che le ragioni poste a fondamento della moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34 meriterebbero un approfondimento maggiore rispetto ai pochi rigli dedicatigli dalla Adunanza plenaria, soprattutto perché, alla luce di tutte le proroghe che si sono susseguite negli anni, forse si dichiara rapidamente illegittima proprio quella più ragionevolmente motivata. Per cui, piuttosto che considerare la proroga *ex lege* addirittura come un ostacolo per lo sviluppo economico, in un momento storico in cui più che allo sviluppo bisognerebbe pensare alla ripresa, sarebbe auspicabile o considerare il dato storico e sociale per quello che è, senza farsi influenzare dai lunghi trascorsi delle proroghe generalizzate, oppure investire della questione la Corte costituzionale, per una pondera-

⁵⁴ Sul regime giuridico applicabile ai beni pubblici del demanio, tra gli altri: A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; nonché, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273 ss. e ID. *I beni pubblici nel Codice civile: una classificazione in via di superamento*, Milano, 1989.

⁵⁵ Tra tutti M.A. SANDULLI nella premessa del volume di *Diritto e Società*, cit., 333-334.

ta valutazione dei possibili “controlimiti” all’indiscriminato cedere dei valori del nostro patrimonio demaniale ai piedi della concorrenza⁵⁶.

6. L’interesse transfrontaliero certo: le coste sono davvero un patrimonio omogeneo?

L’Adunanza plenaria pone a sostegno dei motivi fondanti delle analoghe sentenze in commento il ragionamento portato avanti dal giudice europeo nella sentenza *Promoimpresa*, che condivide quasi totalmente⁵⁷.

Secondo l’Adunanza plenaria, l’art. 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una misura nazionale che prevede l’utilizzo della proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative in assenza di qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati. Allo stesso modo va interpretato anche l’art. 49 del TFUE rispetto a quelle fattispecie che presentano un interesse transfrontaliero certo. Interesse sulla cui sussistenza il massimo consesso di giustizia amministrativa sembra non aver alcun dubbio.

In realtà, se pure è certo che le proroghe, a prescindere dalla compatibilità comunitaria, non siano mai state una reale soluzione, si fa non poca fatica a pensare alle coste italiane come un bene unico, con una complessiva capacità attrattiva, vanificando tutte le micro-realtà territoriali.

In particolare, sulla capacità attrattiva del panorama costiero nazionale, il Consiglio di Stato afferma che lo stesso *«per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri»*.

L’interesse transfrontaliero, giova ricordare, consiste nella capacità di una commessa pubblica, come opportunità di guadagno offer-

⁵⁶ M.A. SANDULLI, *Sulle “concessioni balneari”*, cit.; nonché ancora M.A. SANDULLI nella premessa del volume di *Diritto e Società*, cit., 333-334.; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *op. cit.*, 7.

⁵⁷ D. MONEGO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali a finalità turistico-ricreativa al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 14/2016, 157-179.

ta da un'amministrazione, di attrarre anche operatori economici di altri stati membri. Il principio della libera concorrenza ha infatti un'applicazione interessante nel nostro paese. Sintetizzando, possiamo affermare che laddove vi è un interesse economico certo c'è bisogno di coinvolgere anche gli altri paesi dell'U.E., se invece questo manca, possiamo gestire da soli il servizio. Sul punto, la Corte di giustizia è stata piuttosto chiara nel demandare agli Stati la possibilità di sancire una serie di indicatori in grado di chiarire in quali casi si ravvisi questo interesse transfrontaliero certo.

Sicuramente quello delle concessioni demaniali è un settore complesso; non parliamo infatti di un singolo rapporto ma piuttosto di un numero particolarmente cospicuo di rapporti concessori, per cui l'Adunanza plenaria sceglie di compiere un passaggio molto interessante affermando che nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla P.A. non è il prezzo di una prestazione, né il diritto di sfruttare economicamente un servizio avente rilevanza economica. Piuttosto, al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, con la concessione di beni la P.A. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo.

Le affermazioni poc'anzi riportate sembrerebbero, a prima lettura, chiudere una questione aperta da anni, quella sul distinguo tra concessioni di beni e concessioni di servizi. Se fosse vero, come è vero, che le concessioni balneari non sono concessioni di servizi ma più correttamente di beni, sarebbe necessario affermare che la direttiva Bolkestein non si applica solo ai servizi, come al contrario Bolkestein aveva affermato⁵⁸, ma involontariamente anche ai beni, essendo come sappiamo la concessione di beni un istituto perlopiù sconosciuto in Europa; in alternativa le concessioni balneari sono anche concessioni di servizi. Delle due l'una.

Purtroppo, invece il contrasto non trova una soluzione "tradizionale" nelle affermazioni del giudice amministrativo e le concessioni balneari restano concessioni di beni, a cui però, per tutta una serie di ragioni a volte enigmatiche, viene applicata la direttiva servizi, considerandole autorizzazioni economiche.

Pertanto, anche se si condivide che la dicotomia concessioni-auto-

⁵⁸ C. FOTINA, Bolkestein: «La direttiva non si applica agli stabilimenti balneari», in *Il Sole 24 ore*, 18 aprile 2018.

rizzazioni, così come intesa dalla dottrina più risalente⁵⁹ può ormai ritenersi una distinzione formalistica volta a valorizzare la distinzione tra le concessioni come atto con effetti traslativi o costitutivi che attribuisce un diritto nuovo su un'area come quella demaniale e l'autorizzazione come atto che si limita a rimuovere un ostacolo rispetto all'esercizio di un diritto preesistente, in ogni caso una concessione demaniale non è comunque assimilabile ad un'autorizzazione economica. Questo, non solo per il concetto stesso di demanio, ma anche perché annientando la concessione di beni in quella di autorizzazione economica si mandano al macero secoli di autorevole dottrina⁶⁰.

In tal modo, non si mette in discussione solo la distinzione tra autorizzazioni e concessioni, così come l'aveva concepita Ranelletti⁶¹, ma piuttosto l'idea di demanialità stessa⁶². I beni demaniali, di cui all'art. 822 c.c., sono tali anche al fine di consentire gli usi di mare e la difesa delle coste in termini militari. Finalità rispetto alle quali la concessione ai soggetti privati rappresenta un'eccezione. Se invece le concessioni si assimilassero realmente alle autorizzazioni economiche, verrebbe meno l'idea stessa di demanio, ovvero l'idea per cui è stata concepita una rigidità tale da riconoscere solo l'impiego dello strumento concessorio⁶³.

Allo stesso modo, non pienamente condivisibile si può considerare

⁵⁹ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Parte III: *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.* 1895-1896 ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III. *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992, 291.

⁶⁰ M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, ad vocem. 2 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 4 ss.; SORACE-MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino 1989; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Parte 1: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 25 Id; *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, 1897, ora in *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, Napoli, 1992, 22; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2017; A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili*, cit., 22.

⁶¹ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., 291.

⁶² F. LIGUORI, *Relazione alla cerimonia conclusiva della XV edizione del Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea: la tutela dei diritti*, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali alla luce delle recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria*, Università degli Studi di Napoli Federico II, 20 dicembre 2021.

⁶³ S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969; S. CASSESE, E. DE RUVO, F. A. D'AGOSTINI, *Relazione della Commissione d'indagine sul patrimonio immobiliare pubblico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4/1986, 1117-1169; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

buona parte del ragionamento sulla sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo riferibile indistintamente a tutte le coste come bellezze naturali del nostro paese che non possono essere drasticamente sottratte ai principi nazionali e comunitari di pubblicità e concorrenza. Giova ricordare che nel nostro paese non abbiamo una disciplina unitaria per tutti i rapporti concessori in essere, perché buona parte di essi sono stati oggetto di concessioni *post* 2009 o "nuove concessioni", cioè rapporti non soggetti a proroga, ma con una scadenza certa in ottemperanza ai principi comunitari.

Allo stesso tempo, le restanti concessioni non sono tutte uguali e probabilmente non sono tutte di interesse transfrontaliero certo. Il nostro paese è storicamente un paese di piccole realtà. Sicuramente ci sono realtà imparagonabili, stabilimenti in grado di reggere l'economia di piccoli paesi costieri e poi ci sono le grandi realtà imprenditoriali della Versilia o dell'Emilia-Romagna, di cui l'interesse transfrontaliero è più che certo, e non solo per l'oggettiva vicinanza ai confini, ma per l'estensione e il volume d'affari. Eppure, il giudice amministrativo ritiene illegittime le proroghe *ex lege* proprio perché riferite indistintamente a tutto il patrimonio costiero italiano, come se fosse un bene giuridico unico e al contempo giustifica il ragionamento posto a sostegno dell'interesse transfrontaliero certo generalizzato, richiamando l'analogia rispetto all'impiego dello strumento di proroga. Per quanto questo possa apparire un discorso quantomeno equo, non è sicuramente esente da contraddizioni.

In buona sostanza, il fatto che il legislatore in sede di proroga si sia opportunisticamente riferito a tutte le concessioni come ad un bene unico non può e non deve orientare gli interventi futuri. Al contrario, viene sprecata un'importante occasione proprio per scardinare questo tipo di approccio, esortando invece una concreta differenziazione del territorio costiero proprio per conoscere la situazione reale dei nostri tratti costieri. Sono certa, infatti, che la tanto auspicata mappatura delle coste italiane ci restituirebbe la fotografia di un settore tutt'altro che omogeneo.

7. Il futuro delle concessioni demaniali: le prescrizioni dell'Adunanza plenaria

Nel tentativo di operare una disamina dei principali profili delle decisioni in oggetto, bisogna riservare alcune brevi considerazioni su

uno dei profili che forse desta più contestazioni, ovvero la scelta di modulare nel tempo gli effetti delle pronunce lasciando in vigore gli attuali rapporti concessori sino al 31 dicembre 2023. La scelta nasce dalla consapevolezza della portata nomofilattica delle pronunce sul settore, per cui si sceglie di graduare gli effetti della pronuncia, al fine di consentire alle amministrazioni un periodo di transizione/proroga volto ad intraprendere le operazioni funzionali, soprattutto inerenti alla redazione dei nuovi bandi di gara. Per cui, al sopraggiungere del dicembre 2023 le concessioni esistenti non avranno più luogo e qualunque altra eventuale proroga viene giudicata fin da ora come illegittima. In particolare *«si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere».*

Premettendo la forza, almeno pari all'opinabilità, di tale affermazione, l'Adunanza plenaria si spinge ancora ben oltre il suo ruolo. Del resto, non si riesce ad immaginare quale ragionamento giuridico sostenibile si possa articolare per giustificare un giudice che si pronuncia oggi per qualcosa che potrebbe, forse, accadere domani. In particolare, anche se non può essere oggetto di approfondimento in questa sede, merita una riflessione il comma 2 dell'art. 34 c.p.a., con il quale si afferma che *«In nessun caso il giudice si può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».* In altri termini, non ci sono dubbi sul fatto che il giudice non possa pronunciarsi su poteri che l'amministrazione non ha ancora esercitato, pertanto è opportuno almeno chiedersi con che legittimazione svolga considerazioni su un potere legislativo futuro e meramente eventuale. L'obiettivo deve essere quello di spingere il legislatore ad intervenire, non provare a sostituirlo. L'auspicio deve essere che Parlamento e Governo, piuttosto che promettere un riordino della materia che poi mai interviene, si impegnino in un effettivo riordino della materia e in una doverosa mappatura dei territori costieri. In quest'ottica però appare piuttosto difficile, per non dire utopistico, che in poco più di due anni il giudice amministrativo possa pensare che si faccia quello che non si è riuscito a fare in trent'anni. Ancor di più se consideriamo il particolare e delicato momento storico che vive il nostro paese, che già da solo rappresenta una transizione.

Allo stesso tempo, giova ribadire che questa nuova proroga giurisdizionale scoraggia certamente gli investimenti dei concessionari uscenti creando una posizione di stallo del settore.

Al contrario, di grande condivisione risultano essere le battute finali delle sentenze in oggetto, dove l'Adunanza plenaria maggiormente assolve alla sua funzione nomofilattica. Determinante è l'esigenza di salvaguardare l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle nuove concessioni, fornendo spunti di sicuro interesse in relazione ad un possibile indennizzo per i concessionari uscenti e ai criteri di selezione dei nuovi concessionari. Il ruolo di queste pronunce è infatti anche quello di orientare le amministrazioni in questo periodo di transizione, indicando loro principi e parametri di riferimento per lo sviluppo delle gare. Non è impresa da poco però chiedere alle amministrazioni italiane, nello stato in cui versa attualmente il nostro paese, di strutturarsi in meno di due anni, soprattutto se si considera che non dovrebbero tenere conto solo dei "consigli" dell'Adunanza plenaria, ma soprattutto di quanto, si auspica, verrà indicato dal legislatore. Non sarebbe infatti né ragionevole né auspicabile che le amministrazioni si attivino singolarmente senza un riferimento normativo comune, poiché ciò che ne deriverebbe sarebbe una frammentazione ulteriore della disciplina. Ferme le indicazioni e i parametri normativi, poi, ciascuna amministrazione dovrà a quel punto essere dotata di un'autonomia funzionale volta ad accertare caso per caso la sussistenza di particolari condizioni come profili di politica sociale, lavoro o tutela ambientale che potrebbero eventualmente giustificare un trattamento diverso caso per caso. Bisogna ricordare, infatti, che la stessa direttiva Bolkestein contempla la possibilità del rilascio di una proroga caso per caso⁶⁴. Per cui, sebbene il diritto comunitario neghi *ab origine* le proroghe *ex lege*, non esclude invece la residuale possibilità per l'amministrazione locale di instaurare proroghe paramtrate sulle effettive esigenze di una singola realtà, riconoscendone una differenziazione. Del resto, come premesso, non è condivisibile un approccio al patrimonio costiero

⁶⁴ Direttiva 2006/123/CE, art. 12, comma 3 «*Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener 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 patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*». Tale fattispecie ha trovato applicazione in una recente pronuncia del TAR Toscana III, Sez. 26 gennaio 2022, n.79.

nazionale come ad un patrimonio omogeneo e di questo troviamo puntuale traccia anche nella direttiva.

Il legislatore europeo, infatti, è consapevole di non poter negare qualunque discrezionalità alla singola amministrazione che potrebbe trovarsi di fronte ad una particolare contingenza per cui la proroga non sarebbe solo giustificabile, ma piuttosto doverosa.

Di pari rilevanza sono le precisazioni dell'Adunanza plenaria sull'inopportunità di provare a compensare, nuovamente, la definitiva perdita delle proroghe *ex lege* con una forma di automatica preferenza del concessionario uscente, determinando la riviviscenza del vecchio diritto di insistenza contemplato dall'art. 37 cod. nav. Del resto, a nulla varrebbe l'intero discorso fatto rispetto alla necessaria compatibilità comunitaria se si adoperasse nuovamente una sorta di diritto di insistenza per i concessionari uscenti, che comporterebbe un ostacolo certo all'auspicata concorrenza.

Tale prescrizione nasce dal fatto che neppure il Supremo consesso di Giustizia Amministrativa può negare la particolarità della posizione dei concessionari uscenti, a prescindere da come la si voglia qualificare. Per cui, è doveroso tener conto della posizione di ciascuno riconoscendogli o un indennizzo⁶⁵ per gli investimenti effettuati o un meccanismo che ne premi l'esperienza in sede di gara. Ciascun rapporto concessorio dovrebbe essere correttamente considerato dall'amministrazione, tenendo conto dell'effettività degli investimenti e del lavoro svolto; va da sé che le situazioni non sono tutte uguali. Per cui, laddove gli imprenditori hanno strutturato fitti programmi di investimento dando vita ad una reale riqualificazione dovranno essere preferiti rispetto a quelli che hanno sfruttato il bene demaniale beneficiando solo dell'inerzia del legislatore.

Allo stato dell'arte, non resta che attendere come il legislatore prima e le amministrazioni poi recepiscano i "consigli" del giudice amministrativo.

8. Osservazioni conclusive

Le sentenze in commento segnano sicuramente un punto di non ritorno per le concessioni demaniali, soprattutto in riferimento al

⁶⁵ L'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art.1 del protocollo n. 1 della CEDU.

rapporto tra diritto dell'Unione e ordinamento nazionale, pur con svariati elementi di criticità. Le zone d'ombra nella prospettazione del giudice amministrativo che si è, forse forzatamente, mosso in un terreno accidentato, sono il frutto del tentativo di soccorrere il legislatore. Tuttavia, la posta in palio è troppo alta per immaginare che la *querelle* delle concessioni demaniali sia stata definitivamente risolta⁶⁶.

L'imprescindibilità di un intervento legislativo, più volte sottolineata anche dalla Commissione europea, e dimostrata da numerosi passaggi delle sentenze in commento, è diventata certezza, oggi più che mai. Certo, non sarebbe difficile immaginare che il legislatore, ancora una volta, adotti una condotta dissimulatoria, mai come adesso, molto sconveniente.

Restando però alla disamina della strada intrapresa dal Consiglio di Stato, in termini pratici, molte delle amministrazioni pubbliche non sono attualmente in grado di articolare un numero di bandi tali da determinare, in meno di due anni, la riassegnazione dei tratti costieri e al contempo definire le procedure di transizione con i concessionari uscenti, soprattutto se come unico parametro di riferimento hanno una controversa pronuncia del giudice amministrativo. Non è solo lo spaventoso contenzioso che certamente ne deriverà a destare perplessità, ma sono soprattutto i tempi stretti e le scarse risorse a destare preoccupazione. Per cui, affinché il monito dell'Adunanza plenaria abbia un seguito reale è necessario che ci sia un legislatore consapevole.

Pensare ad una normativa tempestiva, ma anche uniforme e chiara oggi è difficile, ma strutturare un intervento concreto che segni il primo passo verso una riorganizzazione del settore è una possibilità reale.

⁶⁶ Rispetto alla mancata risoluzione della questione in oggetto, un chiaro esempio è rappresentato dalla recente ordinanza di rimessione del TAR Puglia, Lecce, 11 maggio 2022, n. 723. Con la citata ordinanza il TAR Puglia, il cui noto orientamento è stato rappresentato, rimette la "questione balneare" alla Corte U.E. formulando nove articolati quesiti che ritiene non siano stati affatto, o non siano stati correttamente esaminati dalla Adunanza plenaria. Tale ordinanza, di cui sarà di assoluta importanza seguire gli sviluppi, rappresenta un chiaro segnale della difficile risoluzione delle complesse questioni che interessano le concessioni demaniali solo sulla base delle sentenze gemelle del 2021. Per quanto è noto che quello del Tribunale salentino sia un orientamento minoritario, non è trascurabile che un'ordinanza di rimessione in questo momento storico rappresenti un'evoluzione importante. Del resto, anche se non si fatica ad immaginare che la Corte U.E. si limiti a chiarire ulteriormente la posizione dell'Unione europea sul tema, ormai già chiarita più volte, è anche possibile che la Corte, nel tentativo di porre fine in maniera definitiva alla *querelle*, si spinga oltre rispetto a quanto consuetamente affermato.

Quanto detto non è fondamentale solo in prospettiva, ma è la *conditio sine qua non* per la ripartenza di domani.

L'incertezza normativa dell'ultimo ventennio ha dato vita alla farraginoso situazione in cui ci troviamo oggi, per cui non è solo necessario che l'invito dell'Adunanza plenaria venga raccolto, ma che si intervenga determinando prima una reale ricognizione dei tratti costieri, che rappresenta l'unico strumento in grado di fornirci una reale rappresentazione delle coste italiane, anche a valle del fenomeno di erosione che le ha interessate negli anni, determinando una drastica riduzione dei tratti sabbiosi, e solo poi procedere con un intervento normativo che tenga certamente conto del contesto comunitario di riferimento, ma che si ponga anche a salvaguardia del nostro patrimonio costiero.

I tempi eccessivamente stretti però, di cui si continua a sottolineare l'inopportunità, fanno al contrario pensare che l'intervento che si realizzerà sarà piuttosto sbrigativo e disordinato, dando vita all'ennesima situazione transitoria che rappresenta in assoluto il maggior deterrente possibile per gli investimenti di settore.

Al momento le annose discrasie tra diritto comunitario e legislazione nazionale parrebbero essere giunte ad una prima fase di definizione per il tramite di un emendamento al d.d.l. concorrenza⁶⁷, con cui pare essersi intrapresa la strada di una completa riforma della materia.

L'auspicio però resta che non si intervenga solo in un'ottica di contingibilità ed urgenza tipica della legislazione emergenziale, solo perché si è arrivati ad un punto di non ritorno che rende l'intervento non più procrastinabile, ma che lo si faccia con cognizione e responsabilità, evitando di lasciare ancora amministrazioni e concessionari in balia di un quadro normativo precario.

⁶⁷ A.S. 2469, *Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*. L'emendamento citato è stato approvato all'unanimità a seguito della riunione del Consiglio dei Ministri del 15 febbraio 2022.

