

Lo strano caso delle concessioni balneari e la giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato sulla primazia del diritto Ue

di

Vincenzo De Michele

SOMMARIO

1. Premessa: lo strano caso delle concessioni balneari nel caleidoscopio delle fonti del diritto. – 2. Il quadro normativo interno sulle concessioni balneari fino alla sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia. – 3. L'interpretazione della Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* sulle concessioni demaniali di beni che (non) rientrano nel campo di applicazione della direttiva servizi. – 4. La nuova proroga delle concessioni balneari del legislatore nazionale e la nuova procedura di infrazione della Commissione Ue. – 5. Il decreto presidenziale del Consiglio di Stato di common law. – 6. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, in sostituzione del legislatore nazionale e delle Istituzioni Ue. – 7. Un gruppo di parlamentari nazionali solleva il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro l'adunanza plenaria del CdS. - 8. Le sentenze della Corte costituzionale del 2022 per ricostruire il sistema di tutela dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione. – 9. Il quadro clinico del rapporto tra le fonti di diritto nella pregiudiziale Ue del Tar Lecce sulle concessioni balneari. – 10. Conclusioni: il recupero della funzione legislativa e le azioni a tutela dei diritti maturati dai concessionari balneari dopo il monito finale del Presidente Amato.

1. Premessa: lo strano caso delle concessioni balneari nel caleidoscopio delle fonti del diritto

Nella complessa vicenda della legittimità delle proroghe legislative delle concessioni demaniali marittime¹ è possibile visionare, quasi attraverso un caleidoscopio, tutte le problematiche irrisolte del rapporto tra le fonti di diritto sovranazionale Ue (legislazione dell'Unione e sentenze della Corte di giustizia) e quelle di diritto interno (normativa anche di rango costituzionale, oltre che ordinaria, e giurisprudenza amministrativa), accompagnate da problematiche scelte della Corte comunitaria nell'affrontare sul piano interpretativo le

¹ Su cui cfr. A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; F. Capelli, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; B. Caravita e G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, su federalismi.it, n. 20/2021.

questioni interpretative sottoposte alla sua cognizione nella **causa Promoimpresa**, decisa con la sentenza del 14 luglio 2016².

A distanza di oltre cinque anni dalla sentenza Promoimpresa, **due decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato**³ che modificano leggi dello Stato [in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018, e l'art.182, comma 2, del D.L. n. 34/2020 (convertito con modificazioni nella legge n.77/2020)], che dispongono la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali marittime in essere), per applicare la primazia del diritto dell'Unione e dare attuazione ai principi della sentenza Promoimpresa della Corte Ue e all'art.12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato servizi, la direttiva Bolkestein, ritenuta self-executing secondo le autarchiche pronunce del supremo organo di giustizia amministrativa. Il Consiglio di Stato, pur non essendo obbligato come Giudice di ultima istanza, si rifiuta di sollevare sulla questione una nuova questione pregiudiziale, violando l'art.267, comma 3, del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea.

Le reazioni del Parlamento e del giudice comune europeo all'invasione di campo del legislatore interno e del legislatore comunitario da parte dell'organo di giustizia amministrativa di 2° grado non si fanno attendere, il primo con il **ricorso n.3/2022 depositato il 25 gennaio 2022** da un gruppo di parlamentari di FDI per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato nei confronti del Consiglio di Stato, il secondo con una formidabile pregiudiziale Ue del **TAR Lecce**⁴ con **l'ordinanza dell'11 maggio 2022**, iscritta a Lussemburgo il 31 maggio 2022 come **causa C-348/22**, che da un lato critica il legislatore comunitario della Bolkestein nel processo di formazione della direttiva servizi, dall'altro demolisce senza appello sul piano interpretativo le decisioni della Adunanza plenaria.

² Corte di giustizia, V Sezione, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa ed altri, ECLI:EU:C:2016:558. In dottrina v. L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.912-926; L. Griselli, *Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.1293-1297; G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, su Giorn.dir.amm., 2017, p.60-67; G. Marchiafava, *La prorogation automatique des concessions domaniales maritimes et lacustres italiennes à des fins touristique-récréatives et le droit de l'Union européenne*, su Le droit maritime français, 2017, p.349-361.

³ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Pres. Patroni Griffi, Est.Molinaro (per la n.17) e Giovagnoli (per la n.18), sentenze 9 novembre 2021 nn.17 e 18; su cui v. A.M. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, su Dir.e Soc., n.3/2021; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*; in Giustiziainsieme.it, 2021; F.P. Bello, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, su Giustiziainsieme.it, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, in Riv. giur. edil., n. 5/2021.

⁴ Est. Pasca.

La Corte costituzionale con l'ordinanza n.154/2022⁵ dichiarerà inammissibile il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, evitando di aprire un conflitto interpretativo diretto con il comportamento *ultra vires* del Consiglio di Stato, ma non mancando., come vedremo, di censurare il novello legislatore dell'Adunanza plenaria con un duro monito del Presidente Amato, nel breve discorso di commiato del 13 settembre 2022 prima di lasciare l'elevatissimo incarico istituzionale.

Nonostante la pendenza della pregiudiziale del TAR Lecce e sempre con la scusa di non pregiudicare il PNRR, con l'art.3 della legge 5 agosto 2022 n. 118 il Governo Draghi dimissionario fa approvare dal Parlamento un proprio emendamento, presentato a febbraio 2022 al disegno di legge sul mercato e la concorrenza per il 2021 che in origine non prevedeva alcuna disposizione sulle concessioni demaniali, contenente disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive, abrogando la precedente disciplina ritenuta contraria al diritto dell'Unione dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria, a cui il legislatore censurato dà attuazione con i correttivi pretesi dal Consiglio di Stato sugli indennizzi ai concessionari uscenti.

In questo quadro normativo e giurisprudenziale contorto e confuso, che ci si è sforzati di sintetizzare in questa premessa, si propone una riflessione attenta sull'accaduto, che sembra vanificare gli sforzi della nostra Corte costituzionale di dare continuità al sostegno incondizionato all'azione nomofilattica della Corte comunitaria.

2. Il quadro normativo interno sulle concessioni balneari fino alla sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia

Come perfettamente ricostruito nell'ordinanza pregiudiziale del TAR Lecce, la normativa nazionale in tema di concessioni demaniali marittime ha subito nel corso degli anni rilevanti modifiche, in relazione alle esigenze di adeguamento della legislazione interna ai principi espressi dalla normativa eurolunitaria.

L'art. 37 del Codice della Navigazione prevedeva l'esperimento di un procedimento finalizzato alla valutazione comparativa tra gli aspiranti solo in via eventuale, ovvero nell'ipotesi di più

⁵ Corte costituzionale, Pres. Amato, Est. De Pretis, ordinanza 17 giugno 2022 n.154. L'unico Giudice che non ha partecipato alla decisione è l'ex Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi.

domande di rilascio di concessione sul medesimo bene demaniale. Il medesimo articolo, al secondo comma, contemplava tuttavia in tal caso la preferenza in favore del soggetto già titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza).

Con decreto legge n. 400 del 1993 è stato previsto il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime in essere di sei anni in sei anni e con legge 296/2006 è stato fissato il termine massimo di durata della concessione demaniale in anni venti.

In siffatto contesto normativo è intervenuta la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) che all'articolo 12 ha previsto: «1. *qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.* 2. *nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.* 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 di interesse generale conformi al diritto.*».

L'art.49 del TFUE fa espresso divieto a tutti gli stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di altro stato dell'Unione, ai quali deve quindi essere garantito «*l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.*».

A seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2008/4908, lo Stato Italiano, nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, con l'art. 1, comma 18, del d.l. 194/2009 (convertito con modificazioni con legge 26 febbraio 2010 n. 25), ha abrogato l'art. 37, comma 2, del Codice della Navigazione, relativo al cd. diritto di insistenza del concessionario) e ha disposto una proroga delle concessioni in essere

dapprima fino al 31 dicembre 2012, successivamente in sede di conversione fino al 31 dicembre 2015.

A seguito dell'art. 41 della legge delega n. 88/2009 è intervenuto il d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, di formale recepimento della direttiva 2006/123/CE.

La Commissione europea, pur formulando ulteriori rilievi alla succitata normativa, ne ha preso atto e ha disposto il 27 febbraio 2012 l'archiviazione della procedura di infrazione n.2008/4908, ritenendo congruo il termine di proroga di sei anni per l'approvazione di una normativa di riordino del settore e di attuazione della direttiva Bolkestein.

L'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, introdotto dalla legge di conversione 17 dicembre 2012 n. 221, ha ulteriormente previsto proroga delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2020.

Sul fronte interno, la Corte costituzionale non ha mai preso specifica posizione sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime stabilite dal legislatore nazionale né sulla possibile interferenza delle stesse con i principi comunitari di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza e con la direttiva Bolkestein, ma si è limitata alla declaratoria di illegittimità costituzionale di leggi regionali che, invadendo il campo di competenza esclusiva della legge statale, prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni (cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 180/2010 e n. 213/2011, richiamate nelle due decisioni dell'Adunanza plenaria del 2021).

3. L'interpretazione della Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* sulle concessioni demaniali di beni che (non) rientrano nel campo di applicazione della direttiva servizi

Nonostante la Commissione europea avesse disposto l'archiviazione della procedura di infrazione n.2008/4908 e non avesse promosso nessuna nuova iniziativa di rilievi di possibili violazioni del diritto Ue rispetto alla ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2020 intervenuta con l'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, la giustizia amministrativa di primo grado ha proposto due distinte domande pregiudiziali alla Corte di giustizia, l'una in materia di proroga di

concessione demaniale lacuale⁶ e l'altra che concerne la proroga di concessione demaniale marittima⁷.

Con la prima ordinanza pregiudiziale della causa C-458/14 Promoimpresa srl il TAR Lombardia ha posto alla Corte di giustizia il seguente quesito: «*I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica?*».

Con la seconda domanda pregiudiziale della causa C-67/15 Melis ed altri (riunita alla prima) il TAR Sardegna ha posto alla Corte Ue i seguenti due quesiti: «*1) Se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, di rilevanza economica; 2) Se l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'articolo 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'articolo 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge*».

⁶ La prima ordinanza pregiudiziale è stata sollevata dal TAR Lombardia con l'ordinanza del 5 marzo 2014 nella causa C-458/14 Promoimpresa srl e concerne la proroga della concessione per lo sfruttamento di un'area demaniale ad uso chiosco, bar, veranda, bagni, banchina e pontile, compresa nel demanio del Lago di Garda.

⁷ La seconda ordinanza pregiudiziale è stata sollevata dal TAR Sardegna con l'ordinanza del 28 gennaio 2015 nella causa C-67/15 Melis ed altri e concerne la proroga della concessione demaniale marittima per le attività turistico-ricreative nel demanio in provincia di Olbia, di competenza del Comune di Loiri Porto San Paolo.

La risposta della Corte di giustizia con la citata sentenza *Promoimpresa* è coerente con i quesiti ma destabilizzante nelle argomentazioni sul piano logico-sistematico dell'interpretazione nomofilattica del diritto Ue, di competenza esclusiva del Collegio lussemburghese.

Conclude la Corte Ue nella sentenza *Promoimpresa*: «**1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. 2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.**».

Viceversa, a parere di chi scrive, nella motivazione della sentenza *Promoimpresa* ai punti 36 – 48 la Corte di giustizia sembra decisamente escludere che le concessioni demaniali marittime – esaminate nella causa C-67/15 – possano rientrare nel campo di applicazione sia dell'art.12, paragrafi 1 e 2, della direttiva Bolkestein 2006/123/CE sia dell'art.49 TFUE, mentre contraddittoriamente conclude nel senso di evidenziare il contrasto tra la norma del TFUE sulla libertà di stabilimento e la direttiva servizi, da un lato, e le disposizioni interne sulla proroga delle concessioni demaniali, dall'altro.

Preliminarmente, la Corte Ue individua ai punti 3 e 4 tra la normativa Ue astrattamente applicabile il considerando 39⁸ e il considerando 57⁹ della direttiva 2006/123.

⁸ Il considerando 39 della direttiva servizi così dispone: «*La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avviso di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima*».

⁹ Il considerando 57 della direttiva servizi così dispone: «*Le disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente. Ciò non riguarda né le decisioni delle autorità competenti relative all'istituzione di un ente pubblico o privato per la prestazione di un servizio particolare, né la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici, poiché la presente direttiva non si occupa di tali norme*».

Secondo la Corte, oggetto dei procedimenti principali sono talune concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi (sentenza *Promoimpresa*, punto 40). Tali concessioni possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica (sentenza *Promoimpresa*, punto 41). Occorre, dall'altro lato, sottolineare che le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano risorse naturali ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, dato che le aree demaniali in questione sono situate o sulle rive del Lago di Garda o sulle coste marittime italiane (sentenza *Promoimpresa*, punto 42).

A questo punto, però, la Corte di giustizia ai punti 44 – 48 afferma categoricamente che le concessioni demaniali, come concessioni di beni, non rientrano tra le concessioni di servizi e, quindi, non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE:

«44. Peraltro, nei limiti in cui i giudici del rinvio ritengono che le concessioni di cui ai procedimenti principali possano costituire concessioni di servizi, occorre precisare che, secondo il considerando 57 della direttiva 2006/123, le disposizioni della medesima riguardanti i regimi di autorizzazione non attengono alla conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la fornitura di un determinato servizio che rientra nelle norme relative agli appalti pubblici.

45. Ne risulta che le disposizioni relative ai regimi di autorizzazione della direttiva 2006/123 non sono applicabili a concessioni di servizi pubblici che possano, in particolare, rientrare nell'ambito della direttiva 2014/23.

*46. A tale riguardo occorre ricordare che una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione (v., in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, EU:C:2009:358, punto 71).*

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

48. Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa infatti che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva.»

Francamente singolare, poi, è il ragionamento della Corte nel prosieguo della motivazione della sentenza Promoimpresa, quando affida al giudice nazionale al punto 49 la valutazione se le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero o meno nell'ambito di applicazione dell'art.12 della direttiva 2006/123 e dovessero così essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità.

In buona sostanza, dopo aver escluso le concessioni demaniali dalla nozione di concessioni di servizi sul piano dell'interpretazione comunitaria di competenza esclusiva del Collegio lussemburghese, la Corte incredibilmente rimanda per l'applicazione della direttiva 2006/123/CE all'incompetente giudice nazionale, che dovrà fare la valutazione prevista al punto 43 della sentenza Promoimpresa, cioè dovrà valutare se si tratti del caso in cui il rilascio di autorizzazioni/concessioni sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, e quindi sia obbligatorio procedere a procedura comparativa per l'assegnazione della concessione.

Sulla stessa linea interpretativa e illogica si muove la Corte quando tratta dell'applicazione dell'art.49 TFUE, quando il Giudice comunitario preliminarmente chiarisce che qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza Promoimpresa, punto 59), cioè alla direttiva 2006/123/CE, considerata negli articoli da 9 a 13 direttiva di armonizzazione esaustiva

concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione, tra cui però non rientrano le concessioni demaniali (sentenza *Promoimpresa*, punti 44 – 48).

Però, se il giudice nazionale vuole, può far rientrare dalla finestra apodittica della sua valutazione l'accertamento del numero limitato di autorizzazioni disponibili per una determinata attività per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili (sentenza *Promoimpresa*, punti 43, 49 e 62).

Solo nel caso in cui le concessioni demaniali non rientrino tra le concessioni di servizi della direttiva 2006/123/CE nella valutazione dell'incompetente Giudice nazionale e non di quella (unicamente) competente della Corte di giustizia, allora la Corte Ue può valutare l'eventuale contrasto tra la norma primaria dell'art.49 TFUE e la disposizione interna di proroga automatica della durata delle concessioni demaniali.

La Corte evidenzia (sentenza *Promoimpresa*, punto 64) che le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 57 e 58 nonché giurisprudenza ivi citata).

In particolare, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento, vietata dall'art.49 TFUE, a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione (sentenza *Promoimpresa*, punto 65).

La Corte ricorda che, per quanto riguarda l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (sentenza *Promoimpresa*, punto 66), ed esclude che per la concessione demaniale marittima della causa C-67/15 esista un interesse transfrontaliero certo, dichiarando così irricevibile la prima questione sollevata dal TAR Sardegna nella sua ordinanza pregiudiziale sulla presunta violazione dell'art.49 TFUE.

Pertanto, poco comprensibile è la complessiva risposta della Corte per quanto riguarda almeno l'ordinanza pregiudiziale sulla proroga delle concessioni demaniali marittime, laddove la conformazione costiera dell'intera penisola escluda *ex sé* sia la scarsità delle risorse naturali da utilizzare per esigenze turistico-ricreative e, come già evidenziato nella sentenza *Promoimpresa*, anche l'interesse transfrontaliero certo in ragione della (ridotta o ridottissima) importanza economica della concessione di beni demaniali.

Senza dubbio, nella sua clamorosa incertezza e contraddittorietà, la sentenza *Promoimpresa* non avrebbe mai potuto essere utilizzata per affermazioni come quelle contenute nelle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sull'applicabilità diretta della normativa Ue, considerata direttiva self-executing, nell'interpretazione involuta e disgregatrice delle certezze giuridiche da parte della Corte di giustizia.

E' chiaro che, alla luce della sentenza *Promoimpresa*, a livello nazionale si è diffuso il convincimento della inapplicabilità della Direttiva alle concessioni di beni, anche perché questa tesi è stata sostenuta dallo stesso Frits Bolkestein, il proponente la direttiva 2006/123/CE, proprio in riferimento alle concessioni balneari in un'audizione alla Camera dei Deputati¹⁰.

4. La nuova proroga delle concessioni balneari del legislatore nazionale e la nuova procedura di infrazione della Commissione Ue.

Lo Stato italiano con l'art. 24 c. 3 –septies del D.L. 113/2016 convertito con legge 160/2016 ha, così, previsto - in via interinale e “nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea” - una ulteriore proroga dei rapporti concessori in essere.

La nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento unionale non è tuttavia mai intervenuta e, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1 commi 682 e 683 della legge 145/2018 ha disposto ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033.

Con la citata legge 145/2018 (articolo 1 commi da 675 a 677) sono stati previsti i termini per l'espletamento di una serie di attività preliminari funzionalmente necessarie alla definizione

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

della auspicata riforma della normativa di settore, quali la ricognizione e la mappatura del litorale e il censimento delle concessioni demaniali in essere, le diverse tipologie delle strutture esistenti sul demanio, la ricognizione degli investimenti effettuati e dei tempi di ammortamento, dei canoni, nonché infine la valutazione del rating d'impresa, la modifica delle norme del codice della navigazione, i criteri e le regole di aggiudicazione nonché i requisiti soggettivi e la durata delle concessioni.

Il regime di proroga ulteriore introdotto con la legge finanziaria 2019 ed avente durata di 13 anni a decorrere dal 31 dicembre 2020, in assenza della approvazione della normativa di riordino della materia, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni, anche in ragione della elevata probabilità di avvio di ulteriore procedure di infrazione.

In assenza di una effettiva legge di attuazione della direttiva e di una regolazione della materia con norme vincolanti ed efficaci sull'intero territorio nazionale, la competenza dei singoli dirigenti comunali ha intanto determinato uno stato di caos e di assoluta incertezza del diritto, con gravi ricadute negative sull'economia dell'intero settore, un settore strategico per l'economia nazionale.

Così, ad esempio, alcuni comuni hanno applicato la legge nazionale e concesso la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri hanno espresso diniego disapplicando la norma nazionale (senza tuttavia applicare quella unionale), altri ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela, altri infine sono rimasti semplicemente inerti rispetto alle istanze di proroga avanzate dai concessionari.

Inevitabilmente, ciò che ha provocato la reazione della Commissione europea, che ha inviato allo Stato italiano il 3 dicembre 2020 una lettera di messa in mora che avviava la nuova procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final.

In particolare, ignorando quanto affermato dalla Corte di giustizia ai punti 44 - 48, su suggerimento proprio della Commissione europea sull'inapplicabilità alle concessioni marittime della direttiva servizi, dopo aver sottolineato che, nella sentenza *Promoimpresa*, la Corte di giustizia ha *«chiaramente confermato che le “concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi” devono essere qualificate come autorizzazioni all'esercizio di una determinata attività economica in base al concetto di “regime di autorizzazione” stabilito*

dall'articolo 4 della DS» e «ha inoltre confermato in via generale che il capo III della direttiva sui servizi (quindi anche l'articolo 12 della medesima direttiva) si applica anche a situazioni puramente nazionali», la Commissione ha rilevato che «sebbene abbia lasciato al giudice del rinvio la valutazione circa la scarsità delle risorse naturali necessaria ai fini dell'applicazione dell'articolo 12 della DS nei singoli casi oggetto di contenzioso, la CGUE ha sottolineato tuttavia che “il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato.».

Inoltre, evidenziando il carattere assoluto e generalizzato delle proroghe disposte dal nostro legislatore, la Commissione ne ha desunto «che la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguardi concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE»; e ancora, che la medesima legislazione nazionale «non distingue tra situazioni in cui esiste un interesse transfrontaliero certo e situazioni in cui tale interesse non esiste, per cui ha ad oggetto anche situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE».

A distanza di 13 mesi dalla lettera di contestazione la Commissione europea non ha espresso il parere motivato, sembrando così che la risposta del Governo italiano, a firma del prof. Codinanzi, alla lettera di messa in mora avesse fornito una risposta idonea a rassicurare l'Istituzione europea.

5. Il decreto presidenziale del Consiglio di Stato di *common law*

Il silenzio della Commissione Ue sulla questione delle concessioni balneari viene violato inaspettatamente dall'allora Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi con decreto del 24 maggio 2021 n.160, rilevato che le questioni oggetto di due ricorsi pendenti rivestono una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali, ha deferito d'ufficio i due giudizi all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., rimettendo, in particolare, le seguenti questioni di diritto:

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

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

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

6. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, in sostituzione del legislatore nazionale e delle Istituzioni Ue

In questo contesto, dunque, si inseriscono **le due sentenze dell'Adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime**, che **hanno fissato**, come ricorderà la Corte costituzionale nella parte narrativa dell'ordinanza n.154/2022¹¹, **tre principi di diritto di immediata applicazione normativa**:

¹¹ Corte costituzionale, Pres. Amato, Est. De Pretis, ordinanza 17 giugno 2022 n.154.

• **il dovere dei giudici e della pubblica amministrazione di disapplicare le «norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative»**, cioè l'art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e l'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, in quanto contrastanti con l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, che richiede una «selezione tra diversi candidati» qualora «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili», e vieta «la procedura di rinnovo automatico»;

• **l'insussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari anche qualora siano intervenuti atti amministrativi di proroga, senza che rispetto a questi ultimi sia necessario attivare i poteri di autotutela della pubblica amministrazione, «in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata», ragion per cui la non applicazione della legge implica che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non essent;**

• *«al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.».*

Il Consiglio di Stato nel suo massimo consesso si è rifiutato di rimettere la questione alla Corte di giustizia come Giudice di ultima istanza, ritenendo che la direttiva Bolkestein e la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia avessero già risolto tutte le questioni controverse.

7. Un gruppo di parlamentari nazionali solleva il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro l'Adunanza plenaria del CdS

Con ricorso n.3/2022 depositato il 25 gennaio 2022, Riccardo Zucconi e altri sei deputati hanno sollevato come parlamentari un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato contro il Consiglio di Stato, chiedendo la «disapplicazione, in tutto o in parte», delle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021, riguardanti la proroga legislativa delle concessioni balneari, per la lesione della potestà normativa spettante ai parlamentari nella parte in cui enunciano i principi di diritto» indicati nel punto 51 di entrambe le pronunce, nonché nella parte in cui dettano disposizioni vincolanti e limitanti per il legislatore con particolare riferimento ai paragrafi da 47 a 49 delle sentenze.

I ricorrenti hanno riepilogato il quadro normativo vigente in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, ricordando le precedenti leggi statali di proroga, e hanno richiamato la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia e la legge n. 145 del 2018, che ha disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime per ulteriori 15 anni, cioè fino al 2033 (art. 1, commi 682 e 683).

Nella veste di parlamentari hanno affermato il loro diritto di attuare il procedimento legislativo sia attraverso la presentazione di progetti di legge ed emendamenti (art. 71 Cost.) sia mediante l'esame dei progetti di legge presentati nelle commissioni e in aula (art. 72 Cost.) e hanno lamentato la violazione degli artt. 101, 103 e 111, settimo e ottavo comma, Cost. (e l'«eccesso di potere nell'esercizio delle competenze ex art. 99 D. Lgs. n. 104/2010»), in quanto l'Adunanza plenaria sarebbe andata al di là delle proprie funzioni di nomofilachia, introducendo nuove norme sostitutive della legislazione vigente.

Secondo i ricorrenti, nonostante quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, il legislatore avrebbe rispettato il diritto europeo, «che riserva al legislatore nazionale la possibilità di modulare le proprie normative per garantire le esigenze nazionali da un lato e il bilanciamento degli assetti di interessi dall'altro. Essi hanno lamentato la violazione degli artt. 67 e 71 Cost. e dell'esercizio di prerogative di competenza dei membri del Parlamento, in relazione alle affermazioni

dell'Adunanza plenaria riguardanti la diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, il concetto di «scarsità delle risorse naturali» di cui al citato art. 12, paragrafo 1, il concetto di «interesse transfrontaliero certo» rilevante ai fini dell'art. 49 TFUE e il legittimo affidamento dei concessionari uscenti.

8. Le sentenze della Corte costituzionale del 2022 per ricostruire il sistema di tutela dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione.

Alla luce delle due sentenze nn.54/2022¹² e 67/2022¹³ della Corte costituzionale, la condivisibile posizione della Consulta sul rapporto tra le fonti del diritto e sul corretto funzionamento processuale e sostanziale della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra il Giudice delle leggi e la Corte di giustizia è stata plasticamente espressa nella relazione del 7 aprile 2022 sulla giurisprudenza costituzionale per il 2021 del Presidente Amato a pag.16: **«Ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte. Quando il giudice, invece, pur potendosi rivolgere alla Corte europea, si rivolge alla Corte costituzionale, sulla base di parametri europei e interni, ben può accadere che sia quest'ultima a disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per quanto attiene i parametri di sua competenza.»**

Inoltre, alle pagg.19-20 della relazione il Presidente della Corte costituzionale ha così concluso sul rapporto tra diritto nazionale e diritto Ue, nel dialogo tra le Corti interne e i Giudici comunitari: **«In una tale situazione è di particolare importanza che sia e rimanga salda la collaborazione reciproca delle Corti appartenenti all'Unione europea. Voglio sottolineare a questo riguardo che la nostra Corte ha fatto sempre il possibile perché i potenziali conflitti con la Corte di giustizia europea venissero risolti non erigendo i cosiddetti controlimiti nazionali nei confronti del diritto europeo ma promuovendo noi stessi interpretazioni convergenti del diritto europeo. Ne ho ricordato la prova nella giurisprudenza delle Corti. Sta in questo delicatissimo passaggio una delle giunture fondamentali su cui si regge il tessuto della nostra Unione. Non tutte le Corti costituzionali hanno seguito questa strada ed è forte e**

¹² Corte cost., Pres. Amato, Est. Sciarra, sentenza 4 marzo 2022 n.54; cfr. V. De Michele, La seconda sentenza della Corte di giustizia sulla magistratura onoraria, su www.europeanrights.eu, 15 maggio 2022.

¹³ Pres. Amato, Est. Sciarra. Sulla questione, prima della decisione della Corte, cfr. R. Ciavarella, *Il dialogo tra le Corti nell'emblematico caso degli assegni per il nucleo familiare*, in Riv.giur.lav.prev.soc., 2021, num. 7, parte on line; V. De Michele, La seconda sentenza della Corte di giustizia sulla magistratura onoraria, su www.europeanrights.eu, 15 maggio 2022.

impellente il nostro augurio affinché anch'esse lo facciano. Certo, abbiamo tutti il dovere di salvaguardare le nostre identità nazionali, così come prevede, del resto, lo stesso articolo 4 del Trattato Europeo. Ma l'articolo 4 viene dopo l'articolo 2, che enuncia i nostri principi e valori comuni: rispetto della dignità, libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto, rispetto dei diritti umani e delle minoranze (valori comuni a una «società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»). Su questo articolo, in primo luogo, dovremmo forgiare le soluzioni interpretative alle quali giungiamo per lo stesso art. 4. È sull'equilibrio fra i due, infatti, che si regge l'unità nelle diversità del nostro ordinamento e della stessa Unione. D'altronde, sulla fiducia nel dialogo, nel confronto degli argomenti e dei valori si fonda la civiltà che la nostra Costituzione, insieme ad altre, ha contribuito a costruire in Europa sulla base della forza del diritto.».

La Corte costituzionale ha risposto così ai tanti sostenitori della teoria dei “controlimiti” da opporre alla presunta ingerenza nell'ordinamento nazionale dei principi e dei diritti enunciati e tutelati dal diritto dell'Unione, schierandosi al fianco della Corte di giustizia che, nella recente sentenza RS (Effetti delle sentenze di una Corte costituzionale) del 22 febbraio 2022 nella causa C-430/21, ha rivendicato la primazia del diritto comunitario dichiarando che esso **osta a una norma nazionale, in forza della quale i giudici nazionali non sono competenti a esaminare la conformità al diritto dell'Unione di una normativa nazionale dichiarata conforme alla Costituzione da una sentenza della Corte costituzionale dello Stato membro**, nel caso di specie della Romania.

9. Il quadro clinico del rapporto tra le fonti di diritto nella pregiudiziale Ue del Tar Lecce sulle concessioni balneari

Ancora una volta è stato il giudice comune europeo a ribellarsi alla pretesa del Giudice di ultima istanza, Cassazione o Consiglio di Stato, di imporre un approccio interpretativo da un lato invasivo della competenza esclusiva nomofilattica della Corte di giustizia (reso peraltro complicato dalle contraddittorie argomentazioni della sentenza Promoimpresa) dall'altro lesivo del rapporto tra le Istituzioni giudiziarie nazionali e la legislazione statale.

Il **TAR Lecce**, censurato ingiustamente ed espressamente dall'Adunanza plenaria, con **l'ordinanza pregiudiziale dell'11 maggio 2022**, iscritta a Lussemburgo il 31 maggio 2022

come **causa C-348/22**, è tornato prepotentemente sulla tematica delle concessioni demaniali marittime ponendo quesiti interpretativi che, da un lato, mettono in crisi il fragilissimo impianto argomentativo della sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia, che si è innanzi evidenziato, attaccando la legittimità della direttiva Bolkestein ove fosse da intendersi come direttiva di armonizzazione; e che, dall'altro, demoliscono tutti gli argomenti delle sentenze "apolidi" (sul piano giuridico) del Consiglio di Stato:

«1) Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art 115 T.F.U.E.;

2) Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile;

3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione);

4) Se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1, 2, 3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto;

5) Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al

giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;

6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein;

7) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

8) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali».

Il TAR Lecce presuppone e non mette in discussione il conflitto delle leggi nazionali dispositive di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime con l'art.12 della direttiva 2006/123, oltre che con l'art.49 del TFUE, ma contesta motivatamente che la direttiva Bolkestein possa o meno ritenersi auto-esecutiva e quindi di immediata e diretta applicabilità, secondo l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria.

Il giudice del rinvio ha ritenuto quindi che, in ossequio ai principi fondamentali di completezza dell'ordinamento giuridico (così come eterointegrato dal diritto unionale) e di certezza del diritto, stante la natura non auto-esecutiva della direttiva servizi, dovesse - nelle more - trovare applicazione la normativa nazionale dispositiva della proroga automatica.

Il TAR Lecce ha affermato che il potere di c.d. disapplicazione in senso assoluto, ovvero il c.d. effetto di mera esclusione, con specifico riferimento alla direttiva ed in assenza di alcuna specifica formale attestazione circa la natura auto-esecutiva della stessa, non potesse ritenersi attribuito – stante la competenza comunale – al singolo dirigente del comune, consentendo la violazione della legge nazionale, sulla base di un proprio soggettivo e personale (quanto opinabile) convincimento della natura auto-esecutiva della direttiva, ritenendo invece tale potere spettare esclusivamente al giudice nazionale, al quale – a tal fine – risultano attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo, quali l'incidente di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale ovvero il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, strumenti dei quali non dispone ovviamente il dirigente comunale.

Né il giudice comune europeo ha condiviso l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria, che qualifica la direttiva Bolkestein come di *liberalizzazione* e non di *armonizzazione*, evidenziando, appunto, che siffatta qualificazione sembra in contrasto con l'interpretazione autentica della direttiva così come desumibile dalla stessa sentenza Promoimpresa, nella quale al punto 61 si afferma che «*gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione.*».

Nell'ambito di una direttiva di armonizzazione, le norme sopra citate mirano infatti a determinare una *armonizzazione esaustiva*, nel senso che le stesse non si limitano a prescrivere generiche misure di armonizzazione, bensì l'adozione da parte dello Stato membro di disposizioni attuative di contenuto specifico e determinato.

Secondo il TAR Lecce, la qualificazione della direttiva Bolkestein come direttiva di armonizzazione trova supporto nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, atteso che

nella sentenza della Grande Sezione del 30 gennaio 2018 sulle cause C-360/15 e C-31/16 al punto 106 si legge: *«al fine di attuare un autentico mercato interno dei servizi, l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato al suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio.»*.

Di qui la necessità di una preliminare e necessaria statuizione della Corte di Giustizia in ordine alla validità o meno della direttiva di armonizzazione 2006/123/CE per violazione dell'articolo 115 TFUE.

Insomma, una critica alla Corte di giustizia per gli errori commessi nella sentenza Promoimpresa, che andranno corretti dalla rimessione delle questioni sollevate dal TAR Lazio alla Grande Sezione, ma soprattutto una censura meritata e inappellabile alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sua inaccettabile attività normativa di sostituzione al legislatore statale.

Una volta pubblicata l'ordinanza pregiudiziale del TAR Lecce, molto opportunamente, come anticipato, la **Corte costituzionale con l'ordinanza n.154/2022**¹⁴ ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato del gruppo di parlamentari, ritenendo che la legittimazione attiva a proporre il ricorso spettasse solo al legislatore inteso come una delle due Camere, evitando così di aprire un conflitto interpretativo diretto con l'inaccettabile comportamento *ultra vires* del Consiglio di Stato, in pendenza del dialogo diretto del giudice comune europeo con la Corte di giustizia.

Lo stesso Consiglio di Stato con l'ordinanza del 15 settembre 2022 n.8020/2022 abbia sollevato alla Corte di giustizia lo stesso nono quesito pregiudiziale proposto dal TAR Lecce: *«Se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (CN. 08915/2021 REG.RIC. 375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio*

¹⁴ Corte costituzionale, Pres. Amato, Est. De Pretis, ordinanza 17 giugno 2022 n.154. L'unico Giudice che non ha partecipato alla decisione è l'ex Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi.

dell'impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo».

Infatti, la cessazione *ex abrupto* e *iussu iudicis* della validità delle concessioni demaniali marittime alla data del 31 dicembre 2023, senza indennizzo ai concessionari uscenti per le opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio balneare, incamerati dallo Stato ai sensi dell'art.49 del Codice della navigazione, determinerebbe un gravissimo danno a coloro che, in base alla legislazione statale, ritenevano di poter legittimamente continuare fino al 31 dicembre 2033 ad avere l'affidamento dei beni demaniali in concessione.

10. Conclusioni: il recupero della funzione legislativa e le azioni a tutela dei diritti maturati dai concessionari balneari dopo il monito finale del Presidente Amato

Si è anticipato che, nonostante la pendenza della pregiudiziale del TAR Lecce, con **l'art.3** (Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive) **della legge 5 agosto 2022 n. 118** il Governo Draghi dimissionario ha fatto approvare dal Parlamento un proprio emendamento, presentato a febbraio 2022 al disegno di legge sul mercato e la concorrenza per il 2021, abrogando la precedente disciplina ritenuta contraria al diritto dell'Unione dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria, senza indennizzi ai concessionari uscenti, come si evince ai commi 1-3 del predetto articolo:

«1. Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126:

a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al

decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio;

b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione.

2. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2023 se il termine previsto è anteriore a tale data.

3. In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione.».

Pare evidente a chi scrive che il **monito finale del Presidente uscente della Corte costituzionale Giuliano Amato**, come sintetizzato nel comunicato del 13 settembre 2022 dall'eloquente titolo (“Attenti al caos istituzionale sui casi difficili”), sia rivolto proprio alla questione delle concessioni demaniali marittime:

«Il presidente della Corte richiama al rispetto della rule of law: “Tutti rispondiamo ai nostri cittadini”

“Il mondo è cambiato nei nove anni che ho passato alla Corte. **I conflitti sono aumentati e si sono radicalizzati**, rendendo più difficili soluzioni condivise. **E ciò si ripercuote sul lavoro delle Corti**. Due bussole fondamentali ci hanno guidato finora: **la collaborazione istituzionale**, per consentire a ciascuno di esercitare le proprie responsabilità, tenendo tuttavia conto delle

*ragioni e dei vincoli dell'altro; **l'equilibrio nella ricerca di soluzioni di nostra competenza**, con bilanciamenti mai unilaterali fra i valori in gioco e che mai hanno sostituito l'apprezzamento eticosociale riservato al Parlamento. Mi auguro e vi auguro di continuare lungo questi binari, nonostante le tentazioni che i tempi sollecitano e che già qualcuno sta raccogliendo: in campo europeo, dove la tentazione di affermare il primato del diritto nazionale su quello dell'Unione non è solo di Polonia, Romania e Ungheria; **in campo nazionale, dove le difficoltà decisionali del Parlamento cominciano a dar fiato a tesi secondo cui la giurisprudenza è fonte del diritto al pari della legislazione, legittimata dalla previsione costituzionale che la giustizia è amministrata in nome del popolo. Se c'è una strada che porta dalle situazioni innegabilmente difficili al caos istituzionale, è questa. No, la soluzione non è che ciascuno dei poteri profitti delle difficoltà per fare ciò che gli pare giusto e che tuttavia tocca all'altro. L'esercizio responsabile, e certo non timido, del proprio potere è un dovere istituzionale, ma con il rispetto del suo limite, che è parte non rinunciabile della rule of law, chiunque sia a non rispettarlo, l'esecutivo come il giudiziario. Tutti rispondiamo ai nostri cittadini.»***

Toccherà al nuovo Parlamento e al nuovo Governo risolvere la questione delle concessioni balneari, trovando un equilibrio tra esigenze di tutela delle imprese concessionarie nazionali e principi eurounitari che, per la verità, sono stati compromessi anche dalle incertezze interpretative della Corte di giustizia, come si è ampiamente sottolineato, senza necessità di attendere l'esito delle questioni pregiudiziali sollevate prontamente dal TAR Lecce e, *res melius perpensa*, dal Consiglio di Stato.
