

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLE CONCESSIONI DEMANIALI A SCOPO TURISTICO-RICREATIVO. NOTE A PRIMA LETTURA *.

di Angela Cossiri**

Sommario. 1. Il conflitto tra diritto nazionale e diritto Ue: uno schema consolidato (con pochi elementi innovativi). – 1.1. Il contrasto con l'art. 49 TFUE. – 1.2. Il contrasto con l'art. 12 della direttiva *servizi*. – 1.3. L'emergenza pandemica non giustifica la proroga. – 1.4. Elementi innovativi. – 2. Gli effetti del conflitto. – 2.1. Il dovere di non applicazione da parte della P.A. delle proroghe introdotte dal legislatore interno. – 2.2. L'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale. – 2.3. La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole. – 3. La modulazione degli effetti temporali della pronuncia. – 4. I principi ispiratori delle gare (in funzione nomofilattica).

232

1. Il conflitto tra diritto nazionale e diritto Ue: uno schema consolidato (con pochi elementi innovativi).

L'atteso pronunciamento del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali¹ applica uno schema consolidato nei rapporti tra ordinamento interno ed Ue e giunge, per quanto concerne questo profilo, a conclusioni del tutto prevedibili: il diritto Ue impone il rilascio delle concessioni a scopo di attività turistico-ricreativa solo all'esito di una procedura di selezione dei potenziali interessati, vietando agli ordinamenti nazionali di adottare proroghe automatiche e reiterate delle concessioni in essere. La proroga fino al 2033 disposta da ultimo dal legislatore italiano² è dunque incompatibile con il diritto

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo anticipa un saggio che sarà pubblicato nel volume A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, attualmente in corso di pubblicazione *open access* per EUM Edizioni Università di Macerata.

** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Macerata. *Principal investigator* del progetto *COSTE. Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni giuridico-istituzionali scientificamente validabili e concretamente percorribili in un settore strategico per lo sviluppo locale e nazionale* – Centro di studi costituzionali dell'Università di Macerata

¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentt. nn. 17 e 18/2021, pubblicate il 9 novembre 2021 sui ricorsi RG n. 14 e 13.

² L'ultima proroga dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime è stata disposta dall'art. 1, cc. 682 e 683, della l. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019), cui ha fatto seguito il d.l. n. 34/2020 (cd. decreto *rilancio*):

dell'Unione. In particolare, essa confligge con due parametri: l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva *servizi*³.

Poiché l'interpretazione del quadro normativo di riferimento è del tutto chiara e la questione risolvibile autonomamente dal giudice interno, non vi è ragione di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

1.1. Il contrasto con l'art. 49 TFUE.

In primo luogo, la proroga è in contrasto con l'art. 49 TFUE che vieta agli Stati membri di adottare misure restrittive alla libertà di stabilimento. Come era già stato affermato dalla CGUE nella sentenza *Promoimpresa* del 2016⁴: «quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto) [...] presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate». Secondo la CGUE, l'interesse transfrontaliero certo «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» (sent. *Promoimpresa*, punto 66). La richiesta europea sembrerebbe essere dunque quella di una valutazione caso per caso, come emerge anche dalla differente situazione rilevata dalla CGUE nei due diversi casi *Promoimpresa* e *Melis*, sottoposti a suo tempo all'attenzione del giudice europeo.

in ragione dell'emergenza epidemiologica, esso ha confermato la validità e l'efficacia della proroga, già disposta, fino al 2033.

³ Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. direttiva *Bolkestein*). Va precisato che non esiste una competenza dell'Unione europea sul regime della proprietà nò, in particolare, di quella demaniale che resta di esclusiva disponibilità degli Stati Membri. Ciascuno dei Paesi rivieraschi ha dunque realizzato un proprio differente sistema di attribuzione degli atti abilitativi di uso degli spazi pubblici, che in molti casi non è incappato nell'incompatibilità con i parametri di diritto Ue. Per approfondimenti, si veda G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020, p. 21 ss. che compara le esperienze spagnola, portoghese, francese e greca. Sulla disciplina italiana, in prospettiva costituzionalistica, si rinvia a M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018.

⁴ CGUE, V Sez., sent. *Promoimpresa* e *Melis*, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Per un commento si veda L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3/4, 2016, pp. 912-926;

Secondo il Consiglio di Stato vi è un interesse transfrontaliero certo ove sussista la «capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri» (sentt. CdS qui in commento, punto 15). Il giudice amministrativo italiano, sul punto, sembrerebbe discostarsi dal precedente europeo, preferendo alla valutazione da farsi caso per caso, una valutazione generale sull'intero patrimonio costiero nazionale. Il ragionamento è sviluppato nel punto 16⁵, che richiama anche parametri di validità interni, ricavabili dal quadro costituzionale. Si tratta di un passaggio dell'argomentazione che richiederà approfondimenti più meditati, specialmente considerando che la concorrenza non è un super-interesse costituzionale, capace di tutelare *ex se* tutti gli altri interessi fondamentali implicati da un caso, che possono essere sia di natura pubblica, che privata, e che richiedono di essere posti tra loro in bilanciamento⁶. In questa sede è sufficiente evidenziare che il ragionamento del giudice amministrativo è funzionale solo a sostenere la conclusione circa il contrasto della proroga automatica e generalizzata rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE, ma non vale ad escludere la legittimità di ipotetiche riforme legislative future che prevedessero una valutazione caso per caso della sussistenza di detto interesse, ovvero una definizione di parametri di riferimento idonei a distinguere le differenti situazioni, nella misura in cui ciò sia compatibile con il diritto UE.

⁵ Punto 16: «la P.A. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime. L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione» utilizzabile in via generalizzata e senza limiti temporali dal 2001. Secondo il Consiglio di Stato, un settore così nevralgico per l'economia del Paese non può essere sottratto al mercato e alla libera competizione economica in forza di parametri costituzionali e di principi europei (concorrenza e libera circolazione). «Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*».

⁶ Sul tema dell'interesse fondamentale alla concorrenza si vedano, *ex multis*, G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2017; A. Morrone, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. Aini e G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, Laterza, 2019; F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, pp. 595-620.

1.2. Il contrasto con l'art. 12 della direttiva *servizi*.

Sebbene l'incompatibilità con il Trattato da sola sarebbe sufficiente ad escludere la legittimità e dunque la validità della proroga *ex lege* (sussistendo l'interesse transfrontaliero), il Consiglio di Stato rileva come essa si ponga in contrasto anche con l'art. 12 della direttiva *servizi*. Secondo tale disposizione, «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 sono obbligati ad adottare procedure di selezione tra i candidati potenziali, imparziali e trasparenti, che prevedano adeguata pubblicità sin dall'avvio (par. 1). L'autorizzazione va rilasciata per una durata limitata adeguata, non può prevedere rinnovi automatici, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami (par. 2). Tuttavia, «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» (par. 3).

Era già stato affermato a chiare lettere nella sentenza *Promoimpresa* che le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative rientrano nel campo di applicazione della direttiva *servizi*, restando al giudice nazionale il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale, in assenza del quale si fuoriuscirebbe dal campo di applicazione dell'atto europeo. Questo parametro di validità è applicabile anche a situazioni puramente interne⁷: non rileva l'interesse transfrontaliero certo, ma appunto solo la scarsità delle risorse, poiché è quest'ultima la condizione di fatto che, creando una barriera all'ingresso di nuovi operatori nel settore, contrasta e lede l'interesse alla concorrenza nel mercato.

Sulla questione, il Consiglio di Stato ribadisce il ragionamento già percorso dal giudice

⁷ Per l'applicazione anche a situazioni puramente interne della disciplina in esame, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza 30 gennaio 2018, nelle cause riunite C-360/15 e C-31/16. Sul tema, cfr. M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI, 2018.

europeo: I) obiettivo della direttiva non è quello di *armonizzare* le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma di eliminare tali ostacoli, al fine di realizzare un'effettiva concorrenza; II) l'art. 12 disciplina il mercato interno in termini generali, applicandosi quindi a tutti i settori salvo quelli esclusi dall'ambito di applicazione della medesima direttiva, espressamente indicati nell'art. 2, c. 2; III) la tutela della concorrenza (che si concretizza attraverso la procedura di evidenza pubblica), perseguendo un obiettivo, più che delimitando un settore, è una *materia* trasversale, che impatta inevitabilmente anche negli ambiti di esclusiva competenza statale, o nei quali l'Ue ha solo una competenza di *sostegno*, come il turismo. Anche in tali settori (si pensi ad es. alla sanità, all'istruzione, alla cultura, etc.), quando si acquisiscono risorse strumentali, gli Stati membri sono obbligati alla gara. Ciò certamente non implica una violazione del principio della competenza attribuita, che governa i rapporti tra ordinamenti interno e Ue, né uno sconfinamento dell'Ue in una materia di esclusiva competenza interna; IV) una teoria che valorizzi la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente) è meramente formalistica. Nell'ottica funzionale e pragmatica del diritto Ue, l'istituto della concessione amministrativa va inteso considerando l'effetto economico del provvedimento: a prescindere dal *nomen iuris* attribuito nel diritto interno, quando la concessione attribuisce il diritto di sfruttare a scopo economico in esclusiva una risorsa naturale contingentata, produce al titolare un vantaggio in grado di incidere sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

A questo ragionamento, che era già tutto scritto, il Consiglio di Stato si limita ad aggiungere il tassello mancante: nel contesto italiano le aree demaniali marittime, lacuali o fluviali a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità. Al fine di verificare la sussistenza di questo requisito, si afferma in premessa – molto opportunamente – che andrebbe tenuta in conto sia la *quantità* del bene disponibile, sia la sua qualità, nell'ottica della domanda che esso è in grado di generare da parte di potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che viene immesso sul mercato.

La sentenza sembra considerare condivisibilmente che, finché la disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente oggetto di concessione non sia concreta e accertata,

esse non sono nel mercato, dunque non possono essere considerate risorse disponibili⁸. Inoltre, in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione e detto massimo, nella maggior parte dei casi, coincide con la percentuale già assentita. Alla luce di questo, si conclude che – almeno «attualmente» – le risorse sono scarse, quando non inesistenti⁹. La pronuncia, con qualche disarmonia rispetto alla premessa, sembrerebbe così fornire una interpretazione del concetto di scarsità, considerando i dati meramente quantitativi attualmente noti, relativi alle aree balneari disponibili/indisponibili, senza tenere conto dell'elemento qualitativo, che richiederebbe distinzioni caso per caso, e di altri parametri utili a misurare la domanda potenziale dei concorrenti.

Viene aggiunto, altresì, che l'art. 12 della direttiva *servizi* ha diretta applicabilità nell'ordinamento interno, cioè ha la caratteristica che obbliga la P.A. alla disapplicazione della legge in contrasto. Questo il ragionamento: l'art. 12 persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di attribuzione ad evidenza pubblica, che assicuri la *par condicio* fra i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina di proroga e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Per quanto sia «auspicabile che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale», nell'ordinamento giuridico ci sono già tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali, senza applicare il regime di proroga. Il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto UE, risulta coerente con l'evoluzione della

⁸ «Da questo punto di vista, i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”».

⁹ «Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione» (punto 25, conclusioni).

normativa interna sull'evidenza pubblica.

1.3. L'emergenza pandemica non giustifica la proroga.

Secondo il Consiglio di Stato, le conclusioni raggiunte circa il divieto di proroga e l'obbligo di messa a gara delle concessioni ad uso turistico-ricreativo non possono essere inficiate dall'argomento della moratoria emergenziale. L'art. 182, c. 2, d.l. n. 34/2020 presenta profili di incompatibilità con il diritto UE analoghi a quelli evidenziati già in passato per simili interventi normativi. La proroga delle concessioni in essere, secondo il giudice, è infatti «disfunzionale» rispetto all'obiettivo dichiarato dal legislatore del «contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica» (punto 28). L'interpretazione, calata nel contesto concreto di prassi ultradecennali e di un termine di durata del *periodo transitorio* decisamente espanso, sembra convincere. Il giudice ha qui un'ottica opposta a quella assunta del rappresentante politico nazionale, sul quale evidentemente hanno inciso sia la tutela di interessi nazionali e locali, considerate le specificità economiche italiane, sia la prossimità alle organizzazioni esponenziali dei concessionari balneari, interessati direttamente dalla partita.

È questo un terreno di valutazione, però, in cui si dovrebbe esprimere la discrezionalità politica, nei limiti di quanto consentito dal livello costituzionale e dal diritto dell'Unione. Su questo specifico profilo, la valutazione del giudice amministrativo non invoca parametri di validità di diritto dell'Unione, bensì richiama le argomentazioni espresse in un breve passaggio dalla Commissione UE nell'ampio contesto della sua ultima lettera di messa in mora. Tale lettera esprime il punto di vista di una delle istituzioni europee, funzionale a richiedere allo Stato la formulazione di sue osservazioni, avviando una interlocuzione tra autorità politiche, che al momento sembra essere ancora in corso. Essa è solo eventualmente prodromica alla formulazione del parere motivato, nel quale la Commissione UE formalizza la richiesta di conformarsi al diritto dell'Unione¹⁰.

¹⁰ Secondo la lettera di messa in mora della Commissione Ue (Bruxelles, 3.12.2020, C(2020)7826 def.), la reiterata proroga «scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e 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

1.4. Elementi innovativi.

In conclusione, tre sembrerebbero essere i punti sui quali il Consiglio di Stato introduce elementi di interpretazione innovativi, che potrebbero meritare analisi, essendo il resto dell'argomentazione del tutto pacifico e coerente con il quadro consolidato dei rapporti tra ordinamenti:

- 1) la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, con riferimento alla potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale;
- 2) la rilevazione dell'attuale scarsità della risorsa naturale;
- 3) l'inutilizzabilità dell'argomento dell'emergenza pandemica per giustificare proroghe transitorie *ex lege* delle concessioni in essere.

Si tratta di tre affermazioni su cui sussiste, come accennato, qualche debolezza argomentativa. Tali debolezze, peraltro, non sembrano in grado di travolgere la conclusione della sentenza circa l'invalidità della proroga automatica e generalizzata, che pare ben sostenuta da un impianto di ragionamento del tutto consolidato. Tuttavia, ove il giudice sconfinava in valutazioni meno tecnico-giuridiche, pesa l'assenza di considerazione degli altri interessi pubblici fondamentali implicati dalla vicenda. Il ragionamento condotto sui tutti e tre i fronti sembra poggiare sulla fiducia nel mercato e nella concorrenza, quali strumenti capaci *ex se* a tutelare tutti gli interessi fondamentali implicati. Nessun rilievo assumono, ad es., la differenza qualitativa delle concessioni e delle situazioni imprenditoriali, ma anche, sul piano degli interessi pubblici, le disparità locali, né la considerazione dei sistemi socio-economici costieri italiani, il cui sviluppo sostenibile richiede modulazioni in ragione del contesto, o ancora la tipicità originale che in taluni casi può essere espressa, aspetti che legislatore potrebbe e dovrebbe considerare, eventualmente anche adottando parametri di ragionevole distinzione tra differenti situazioni. Tali interessi non sono sconosciuti dal diritto Ue.

ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi».

2. Gli effetti del conflitto.

2.1. Il dovere di non applicazione da parte della P.A. delle proroghe introdotte dal legislatore interno.

Il dovere di non applicazione da parte della P.A. del diritto interno in contrasto con il diritto Ue (nei limiti in cui esso sia autoapplicativo) è un approdo consolidato nell'ambito della giurisprudenza europea e nazionale¹¹. La questione di legittimità costituzionale interviene solo se la legge è in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing*, oppure, secondo la recente teoria della cd. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale violi diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹². Nessuna delle due condizioni ricorre nel caso di specie.

Meritevole di attenzione è una disattesa argomentazione dell'appellante: l'eccezionale (almeno sulla carta) natura *self-executing* delle direttive richiede una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi competenti, rischia di legittimare disapplicazioni (*rectius*: non applicazioni) della legge nazionale (in violazione del principio di legalità) affidate a valutazioni opinabili del singolo funzionario. L'argomentazione, evidentemente inconferente nella sede processuale, va calata in un contesto in cui l'organo competente nella vicenda in questione è quello del livello comunale, dove certamente le dimensioni degli apparati amministrativi possono non essere adeguate a garantire competenze giuridiche piuttosto sofisticate, quali quelle richieste. Sebbene l'argomento sia privo di pregio nella sede in cui è stato formulato, esso accende un faro su un problema reale di cui occorre tener conto.

Secondo la Plenaria, il riconoscimento tramite la sentenza *Promoimpresa* del carattere *self-executing* della direttiva, oltre che la copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito, sono sufficienti ad escludere nel caso di specie ogni incertezza. Più in generale, non è possibile intendere il principio di legalità nel senso che esso costringa la P.A. ad adottare atti comunitariamente illegittimi in nome di una esigenza di certezza del diritto,

¹¹ Consiglio di Stato, s. n. 452/1991, *F.lli Costanzo*; Corte cost., s. n. 389/1989: «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.

¹² Corte costituzionale, s. n. 269/2017.

legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive auto-applicative. Una siffatta teoria affiderebbe alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi. Sebbene nella logica teorica il ragionamento appaia ineccepibile, calare nel contesto pratico di riferimento l'argomentazione evidenzia sia un problema di competenze in periferia, sia soprattutto di grave irresponsabilità del legislatore nazionale, che non ha di certo contribuito a fare chiarezza e ad assicurare certezza ad un settore imprenditoriale strategico per gli interessi economici nazionali, traendo in errore sia la pubblica amministrazione, che, in alcuni casi, i giudici.

2.2. L'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale.

Riguardo alla tutela del legittimo affidamento, il Consiglio di Stato ribadisce che esso dovrebbe trovare tutela non attraverso una proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (punto 38), ferma restando la necessità di soddisfare i rigorosi presupposti richiesti per il suo riconoscimento¹³.

Se fin qui il ragionamento appare ineccepibile, nei paragrafi successivi la Plenaria si spinge ad affermare che le condizioni richieste per il legittimo affidamento non sussistono «nella materia in esame». L'argomentazione, in questo caso, sembra poggiare su dati parziali: secondo la sentenza, avrebbero dovuto essere elementi informativi sufficienti per l'operatore economico i precedenti del Consiglio di Stato (del 2005 e 2007), la procedura di infrazione del 2008, chiusa nel 2012, in ragione di una promessa di riforma rimasta disattesa, e alcune sentenze della Corte costituzionale che, tra il 2010 e il 2011, hanno annullato leggi regionali istitutive di proroghe, rilevandone il contrasto con l'art. 117, c.1,

¹³ La già citata lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, nel rilevarne l'insussistenza, ricorda che secondo il diritto UE un legittimo affidamento può sorgere solo se sono state fornite all'interessato dall'amministrazione «rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili». Secondo la sentenza della CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09 richiamata in motivazione «qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato».

Cost. per il tramite del parametro interposto costituito dal diritto UE. La sentenza omette, però, di considerare che nell'ultimo decennio numerosi sono stati gli interventi legislativi, sia statali che regionali introduttivi di proroghe, in forza delle quali i concessionari hanno ottenuto sia sentenze favorevoli, che provvedimenti amministrativi di rinnovo delle proroghe. Si tratta di una clamorosa situazione di caos che le imprese turistiche, come pure le comunità locali e le amministrazioni di periferia, hanno subito, alla quale diversi apparati dello Stato hanno concorso. Nell'esaminare la giurisprudenza costituzionale, la pronuncia evidenzia come «al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti». Occorrerebbe tuttavia aggiungere che la stessa Corte costituzionale, se fino al 2016, ha utilizzato anche il parametro *ex art. 117, c. 1, Cost.*, dal 2016 in avanti (cioè dopo la pronuncia europea *Promoimpresa*), ha utilizzato, per dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali in questa materia, sempre e solo il comma 2 dell'art. 117, lamentando esclusivamente l'invasione della competenza esclusiva statale e nulla statuendo in ordine alla compatibilità comunitaria (o con il principio della concorrenza) delle scelte confluite nelle leggi regionali di volta in volta scrutinate. La circostanza sembra dimostrare una presa d'atto della Corte costituzionale circa l'esigenza di un intervento statale, che contemperi i diversi interessi fondamentali implicati, inclusi il rispetto del parametro comunitario e l'interesse fondamentale della concorrenza che non sono i soli a dover essere considerati nel bilanciamento richiesto dalla materia¹⁴.

2.3. La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole.

¹⁴ Un interessantissimo filone di studio, che tiene conto anche dei più recenti orientamenti di giurisprudenza costituzionale, emerge dai contributi di M. C. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in questa *Rivista*, 1, 2019, p. 237 s.; A. Lucarelli, B. De Maria e M. C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, 2021; A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2018, pp. 1251-1257.

L'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga delle concessioni demaniali produce il venir meno degli effetti della concessione (quale conseguenza della non applicazione della disciplina interna), a) sia nei casi in cui le pubbliche amministrazioni competenti abbiano rilasciato formali atti di proroga, b) sia nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole.

a) Per quanto concerne atti di proroga rilasciati dalle P.A., secondo il Consiglio di Stato, poiché l'atto di rinnovo della concessione è da qualificarsi come meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente in via generalizzata, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, è la legge introduttiva della proroga, quale legge-provvedimento, ad essere la fonte regolatrice del rapporto. Dato che tale fonte primaria è in contrasto con il diritto UE, l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto. Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Ne segue che, se l'atto eventualmente adottato dalla PA svolge solo funzione ricognitiva, mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga. Non è dunque utilizzabile il potere di autotutela.

b) Per quanto concerne il giudicato, la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile una sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte temporale che si svolge successivamente al giudicato. Per quella parte, che non è coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens*. La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018. La legge nazionale non costituisce pertanto una sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente.

3. La modulazione degli effetti temporali della pronuncia.

Ragioni di opportunità, secondo l'Adunanza plenaria, impongono la previsione in sentenza di un periodo transitorio che preceda l'integrazione di efficacia del divieto di applicazione

della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE. La situazione di grave incertezza conseguente alle ripetute proroghe – che dunque viene ammessa in questa parte dell’argomentazione – e al mancato – benché preannunciato – riordino della materia, sarebbe aggravata dall’improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, con il rischio di ripercussioni economiche e sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede. Inoltre, occorre un tempo sia per lo svolgimento delle gare, sia per consentire al legislatore di disciplinare le procedure di affidamento in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell’ambito dell’economia italiana.

Sebbene l’ordinamento giuridico non necessiti di un ulteriore intervento legislativo per ripristinare la legalità comunitaria, il Consiglio di Stato sottolinea come questo intervallo temporale potrebbe consentire a Governo e Parlamento di approvare una normativa di riordino del sistema di rilascio delle concessioni demaniali, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e degli confliggenti interessi fondamentali sia pubblici, che privati implicati.

4. I principi ispiratori delle gare (in funzione nomofilattica).

Il Consiglio di Stato ritiene di trarre dal materiale normativo esaminato una serie di principi ispiratori, cui la disciplina dello svolgimento delle gare dovrebbe conformarsi, pur nella consapevolezza dei poteri normativi discrezionali del legislatore.

Per i limiti di sistema propri del potere giudiziario, si tratta di una parte della sentenza cui non possono essere letti inviti o suggerimenti rivolti al legislatore o addirittura effetti preclusivi nei suoi confronti: il legislatore è e resta pienamente libero di bilanciare gli interessi nel modo ritenuto più opportuno, nel rispetto dei soli vincoli emergenti dall’art. 117, c. 1, Cost. Questa è, piuttosto, una parte della sentenza la cui efficacia va letta in riferimento alla funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria e al compito che il giudice amministrativo si è dato: la decisione mette costantemente al centro della sua attenzione la P.A. e cerca di fornire un quadro regolatorio, conforme al diritto UE, che possa essere autonomo rispetto ad un intervento legislativo. La sentenza non manca dunque di fornire elementi utili alla P.A., nel caso in cui questa si trovasse a dover procedere con i bandi, in

assenza di una riforma del quadro regolatorio che fissi criteri di legge.

La scelta è ben comprensibile. Nell'ultimo decennio, le amministrazioni sono state costrette a districarsi nell'incertezza e nel caos normativo e giurisprudenziale. Da ultimo, a seguito del d.l. 34/2020, alcuni Comuni, applicando la legge dello Stato, hanno emanato provvedimenti di proroga fino al 31 dicembre 2033; altri hanno negato le proroghe, rilevando il contrasto tra la norma nazionale e quella di diritto UE; altre ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela; altre infine sono rimaste inerti rispetto alle istanze ricevute. In questo contesto di violazione dei principi di certezza del diritto e di uguaglianza, non potendo essere esclusa *a priori* l'inerzia del legislatore statale, sembra utile indicare i punti fermi che le amministrazioni potranno considerare. Ovviamente il decalogo dei principi ispiratori qui elencati non può che essere inteso come *cedevole* ove intervenga una riforma legislativa.

Secondo il Consiglio di Stato, sono deducibili dal diritto UE principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità; è possibile valorizzare in sede di gara considerazioni di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. Secondo il considerando 40 della direttiva servizi, la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» cui fa riferimento anche l'art. 12 è una nozione giurisprudenziale elaborata dalla Corte di giustizia, suscettibile di evoluzione¹⁵.

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari uscenti funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte di giustizia ha ammesso una valutazione caso per caso. Ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti,

¹⁵ «La nozione copre almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria» (cons. 40, direttiva servizi).

aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione¹⁶, i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo.

Il principio di rotazione, previsto nel settore dei contratti pubblici, non è imposto nel settore dei servizi; comunque, il Consiglio di Stato evidenzia che andrebbero «evitate ipotesi di preferenza *automatica* per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati, senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi). La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni».

I criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno essere individuati «criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori». Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare «gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata¹⁷ e commisurata al valore e alla complessità organizzativa della concessione, senza eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito (o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario).

¹⁶ Il Giudice, nella sua interpretazione intransigente, sembrerebbe in questo caso far riferimento a investimenti precedenti alla giurisprudenza citata nel par. 2.2 di questo scritto.

¹⁷ «sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario».

«È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento».

Abstract: L'articolo fornisce una prima lettura del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sulla annosa vicenda delle concessioni demaniali marittime. Secondo l'Autrice, il Consiglio di Stato, allineandosi alla posizione della Corte di giustizia (sent. *Promoimpresa*, 2016), applica uno schema consolidato nel rapporto tra ordinamenti, giungendo ad una conclusione prevedibile. Se il rilascio delle concessioni a scopo di attività turistico-ricreativa deve avvenire all'esito di una gara pubblica, la proroga fino al 2033, da ultimo disposta, è incompatibile sia con l'art. 49 TFUE, sia con l'art. 12 della direttiva *servizi*. Trattandosi di diritto UE auto-applicativo, derivano da ciò il dovere di non applicazione da parte della P.A. della legislazione interna incompatibile e la perdita di efficacia delle concessioni in essere, frutto di provvedimenti di proroga o di giudicato favorevole. I pochi elementi innovativi di interpretazione riguardano il riconoscimento dell'interesse transfrontaliero certo e della scarsità della risorsa naturale. Gli effetti temporali della pronuncia sono posticipati al 2023 per ragioni di opportunità. Secondo l'Autrice, il Consiglio di Stato tende a ricostruire compiutamente il quadro normativo di riferimento, in modo tale che le P.A., dopo un lungo periodo di incertezza, potrebbero indire le gare, anche in assenza di ulteriori interventi legislativi, sulla base dei principi ispiratori emergenti dall'ordinamento europeo e interno.

Abstract: The article provides a first reading of the decision of the IT Council of State on the affair of concessions to use the maritime public domain for tourist and recreational business activities. According to the Author, the decision, agreeing with the Court of Justice (*Promoimpresa*, 2016), applies a consolidated scheme in the relationship between legal systems. If it is necessary a public tender, the extension until 2033 is incompatible both with art. 49 TFUE and art. 12 services directive. As self-executing rule, it implies the duty of non-application by the public administration and the loss of effectiveness of existing concessions. Few innovative interpretations concerne the recognition of the cross-border

interest and of the scarcity of the natural resource. The temporal effect of the decision is appropriately postponed to 2023. According to the Author, the Council of State tends to completely define the regulatory framework, so that the public administrations could launch calls without further legislative interventions.

Parole chiave: concessioni demaniali marittime – turismo – rapporti tra ordinamenti – concorrenza – direttiva servizi.

Key words: maritime public domain – tourism – relationship between National and Eu legal systems – competition – services directive.