

CONS. STATO, AD. PLENARIA, 9 novembre 2021, n. 17

(Pres. Patroni Griffi, Est. Molinaro), in www.giustizia-amministrativa.it

CONS. STATO, AD. PLENARIA, 9 novembre 2021, n. 18

(Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli), in www.giustizia-amministrativa.it

LA DOVEROSITÀ DELLA DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA
 “ANTIEUROPEA” DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:
 QUESTIONI SOSTANZIALI E PROCEDIMENTALI

Guido Sorrentino*

SOMMARIO: 1. – Le decisioni annotate nell’attuale quadro ordinamentale; 2. – Le precedenti acquisizioni del foro interno ed europeo ed i casi all’attenzione della Plenaria; 3. – La doverosità della disapplicazione della norma “anti-europea” da parte dello Stato membro in tutte le sue articolazioni; 4 – Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione della norma disapplicabile. Le tesi alternative e la non-soluzione della Plenaria; 5. –Spunti di riflessione e di riforma dalle sentenze annotate. Quale futuro per le concessioni del demanio marittimo?

1. – Le decisioni annotate nell’attuale quadro ordinamentale

Le sentenze “gemelle” che si annotano, pronunciandosi sulla questione rimessa dal Presidente del Consiglio di Stato¹, hanno enunciato significativi principi sul potere/dovere per le Pubbliche Amministrazioni di disapplicare le disposizioni legislative nazionali di cui sia accertato il contrasto con il diritto dell’Unione europea ed i relativi aspetti procedurali.

Risolvendo le questioni ad esso sottoposte, l’Alto consesso ha statuito che siffatte norme contrastanti con il diritto eurounitario «*non devono essere applicate né da giudici né dalla pubblica*

* Dottore in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Salerno. Praticante avvocato.

¹ Con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, adottato ex art. 99, comma 2, c.p.a., il Presidente del Consiglio di Stato ha posto all’Adunanza plenaria le seguenti questioni: «1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali (art. 1, comma 683, l. n. 145 del 2018) o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l’apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l’obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell’Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l’attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all’accertamento dell’efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l’amministrazione dello Stato membro sia tenuta all’annullamento d’ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell’Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell’art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all’annullamento d’ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall’art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell’Unione europea, debbano intendersi quali “aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145». Le decisioni citate dei TT.AA.RR. e del Consiglio di Stato, salvo diversa indicazione in nota, sono consultabili sul sito della Giustizia Amministrativa in “Decisioni e pareri”.

amministrazione» e che, relativamente agli atti adottati in applicazione di tali disposizioni, «*non vengono in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A.*».

Le decisioni si inseriscono nella complessa ed annosa vicenda che ha riguardato le reiterate proroghe delle concessioni del demanio marittimo, disposte dal Legislatore nazionale in accertata violazione del diritto europeo, teso invece a promuovere un'effettiva concorrenza nel settore.

A differenza di quanto comunemente accade, e cioè per la presenza di contrasti giurisprudenziali potenziali o da dirimere, la questione è stata sottoposta all'Adunanza in ragione della particolare importanza della stessa sul piano economico e sociale: come evidenziato in sede di remissione, sotto tali profili, la materia, già complessa sul piano giuridico², configura «*una questione di massima di particolare importanza»* che, come tale, necessita di certezza ed applicazione unitaria del diritto.

All'Adunanza plenaria erano deferiti due ricorsi in appello vertenti sulla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, avverso due sentenze di prime cure di opposto contenuto: l'una che aveva ritenuto sussistente l'obbligo di disapplicazione della proroga³, l'altra che lo aveva radicalmente escluso⁴.

In presenza di un quadro ordinamentale complesso e non poco confuso, risulta propedeutica una preliminare ricostruzione normativa.

² Il tema dei beni pubblici (e di quelli del demanio marittimo) e del regime ad essi applicabile è stato oggetto di plurimi contributi tra cui, *ex multis*, A.M. SANDULLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, pag. 227 ss.; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990; C. ANGELONE, G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999; AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, II, 2004, pag. 365 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, PAG. 789 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 10, 2015. La disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene nel Codice della navigazione (regio decreto 30 marzo 1942, n. 327) più volte novellato. La stessa locuzione "concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative" compare per la prima volta nel più recente decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 400 (conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494 e recante «disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime») ai sensi del cui art. 1: «*La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione*». Il tema è stato oggetto di plurimi contributi dottrinali: tra i più recenti e meritevoli si segnalano M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011; A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo - Problemi di costituzionalità e «tenuta comunitaria» nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *Federalismi.it*, 2011; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 25, 2016; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di concessione di beni pubblici*, Napoli, 2017; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. edilizia*, 4, 2020, pag. 261 ss.

³ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504, appellata presso il C.G.A. per la Regione Siciliana. La questione riguarda il diniego del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto all'estensione della validità di una concessione demaniale marittima a favore di una società che si occupa di nautica da diporto

⁴ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73, il cui appello pende presso la V Sezione del Consiglio di Stato. Il caso riguarda una richiesta di proroga di concessione demaniale marittima denegata dal Comune di Lecce, invitando l'interessato ad avvalersi piuttosto della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 182 del decreto-legge n. 134 del 2020, con contestuale pagamento del canone, ovvero di accettare una proroga tecnica di tre anni.

Una prima disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene negli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione (*id est*: regio decreto 30 marzo 1942, n. 327), disciplinanti la concessione per l'occupazione e l'uso temporaneo di aree demaniali o di mare territoriale e le relative modalità di scelta del concessionario: in tale contesto si rinveniva il c.d. "diritto di insistenza"⁵ (al secondo comma dell'art. 37), ossia una immotivata posizione di preferenza riconosciuta in capo al concessionario uscente, oggi superata a valle di un lungo dibattito dottrinario e giurisprudenziale che, anche a seguito di una prima procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, ha portato all'abrogazione del secondo periodo del secondo comma del citato art. 37, seppur disponendo contestualmente una "prima"⁶ proroga, al dichiarato scopo di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente.

Successivamente, falliti i tentativi di riforma del settore⁷, venne disposta un'ulteriore proroga (la "seconda")⁸ oggetto di rinvii pregiudiziali decisi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare, ha fortemente inciso la nota decisione dei Giudici di Lussemburgo del 14 luglio 2016⁹, che ha ravvisato il contrasto della normativa nazionale con l'art. 12 della direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123, nella parte in cui prevede(va) la proroga automatica delle concessioni marittime, lacuali e fluviali in essere, in assenza di qualsivoglia procedimento selettivo¹⁰: insomma, secondo la Corte, una proroga *ex lege* delle concessioni è da ritenersi equivalente ad un rinnovo automatico espressamente vietato dall'art. 12 della sopra emarginata direttiva.

Successivamente, i Giudici di Lussemburgo hanno confermato detti principi, evidenziando come le disposizioni del capo III della direttiva sui servizi si applicano anche ad una fattispecie i cui elementi rilevanti si collocano all'interno di un solo Stato membro, così sterilizzando ogni suggestiva interpretazione in ordine all'applicabilità della stessa alle sole concessioni di rilevanza transfrontaliera¹¹.

Senonché, il Legislatore ha persistito nel disporre illegittime proroghe¹², anche ultradecennali.

⁵ Era previsto: «È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Tale disposizione è stata abrogata ad opera dell'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25).

⁶ L'art. 1, comma 18, del decreto Milleproroghe del 2009 (decreto-legge n. 194) ha per primo disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime sino al 2015.

⁷ Ci si riferisce alla delega non esercitata dal Governo di cui all'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217.

⁸ Con l'art. 34-*duodecies*, comma 1 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, la precedente proroga è slittata al 2020.

⁹ Nelle cause riunite C-458/14, *Promoimpresa s.r.l.* e C-67/15, *Mario Melis e altri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3, pag. 903 ss., con nota di L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, *ibidem*, pag. 912 ss. Sulla medesima decisione della Corte di giustizia cfr. A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016; L. CAIANIELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro amm.*, 2018.

¹⁰ La Corte ha ritenuto contrastante con il diritto europeo l'art. 1 del decreto-legge n. 194/2013, nella parte in cui stabilisce che «nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto [...] nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020».

¹¹ Corte Giustizia UE, 30 gennaio 2018, causa C-360/15 *Visser*, in www.eur-lex.europa.eu, su rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte suprema e dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi.

¹² Sulle proroghe illegittimamente disposte nel corso degli anni, A. MONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitaria*, 2013, pag. 437 ss.; V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il*

Nonostante le citate e pacifiche acquisizioni della Corte di giustizia, largamente condivise dal Giudice nazionale¹³, con singolari motivazioni, è stata disposta una “terza” proroga -ultradecennale- delle concessioni in essere: ed infatti, al dichiarato fine di tutelare l’occupazione e il reddito delle imprese dai danni causati dai cambiamenti climatici, la legge di bilancio n. 145 del 30 dicembre 2018 ha prorogato le concessioni per altri quindici anni¹⁴.

Non pago dell’effetto (distorsivo) ottenuto, il Governo, con il decreto n. 34 del 19 maggio 2020¹⁵ - con evidenti fini elusivi di eventuali disapplicazioni (sostanziali o giustiziali) delle precedenti proroghe- all’art. 182, comma 2, non solo ha confermato l’estensione di durata già disposta¹⁶, ma ha inibito alle Amministrazioni concedenti ogni attività nei confronti degli attuali concessionari per la rimozione di opere non amovibili, nonché di avviare nuove procedure ad evidenza pubblica¹⁷.

Alla luce di ciò, la Commissione europea -con comunicazione del 3 dicembre 2020- ha ritenuto incompatibile una siffatta “proroga automatica” con l’art. 49 del Trattato sul funzionamento

complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la «specialità» del regime dei contratti della pubblica amministrazione, in Id., 2016, pag. 259 ss.; M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell’impresa turistico-balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia, in Riv. giur. edilizia, 2016, II, pag. 359 ss.; M. CERUTI, La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell’ordinamento giuridico nazionale, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2018, pag. 27 ss.; L. DI GIOVANNI, Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, in Id., 2016, pag. 912 ss.; V. GIANNELLI, Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali «storici»: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della c.d. eccezione culturale?, in Dir. proc. amm., 2019, pag. 174 ss.; P. CHIARIVIGLIO, Effetti espansivi del diritto Ue sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime, in Riv. giur. edilizia, 2019, I, pag. 1410 ss.; A. LUCARELLI, L. LONGHI, Le concessioni demaniali marittime e la democraticizzazione della regola della concorrenza, in Giur. costit., 2018, pag. 1251 ss.

¹³ Successivamente all’abrogazione del “diritto di insistenza”, si è rafforzata la posizione per cui l’Amministrazione che intenda a procedere ad una nuova concessione del bene demaniale marittimo deve indire una procedura ad evidenza pubblica dando prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda ad un più rilevante interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2017, n. 1763; *Id.*, 10 luglio 2017, n. 3377; *Id.*, 11 giugno 2018, n. 3600).

¹⁴ Il comma 683 dell’unico art. 1 della legge di bilancio 30 dicembre 2018, n. 145, prevede: «Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l’occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del d.-l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell’articolo 18 del d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell’articolo 02 del d.-l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale».

¹⁵ Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

¹⁶ Questa volta la proroga è stata (più facilmente) giustificata dall’emergenza epidemiologica da Covid-19 e dalla «esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori».

¹⁷ Il quadro è completato dall’art. 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (conv. in legge 13 ottobre 2020, n. 126) che ha esteso il regime di proroga alle concessioni lacuali e fluviali e per la realizzazione di strutture di diporto (comma 1) e rideterminato le modalità di calcolo del canone concessorio annuo, finanche prevedendo la possibilità di rateizzare gli importi non corrisposti con sospensione dei procedimenti giudiziari od amministrativi di decadenza dalla concessione per morosità (comma 10).

dell'Unione europea¹⁸ e soprattutto con quanto stabilito dall'art. 12 della direttiva 2006/123/UE¹⁹ nonché, sul piano giustiziale, con quanto statuito dalla Corte di giustizia nelle sentenze precedentemente emarginate²⁰.

A detta della Commissione, il quadro giuridico venutosi a delineare nuoce gravemente la certezza del diritto in danno degli operatori economici italiani, ivi inclusi gli attuali concessionari, dal momento che le concessioni prorogate restano impugnabili ed annullabili: secondo i Commissari, l'affidamento di siffatte concessioni richiede una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, in modo che chiunque sia messo in grado di competere per l'accesso a tali risorse limitate, promuovendo innovazione e concorrenza leale, evitando la creazione di monopoli e rendite di posizione.

In tale confuso ed asistemico quadro normativo si vanno ad inserire plurime decisioni dei Giudici di prime cure, ivi incluse quelle oggetto degli appelli deferiti all'Adunanza Plenaria.

2. – Le precedenti acquisizioni del foro interno ed europeo ed i casi all'attenzione della Plenaria

Le sentenze in commento si inseriscono in un quadro giurisprudenziale che, contrariamente a quanto possa pensarsi, si presenta pressoché univoco nell'affermare l'obbligo per le Amministrazioni concedenti di attivare procedure ad evidenza pubblica.

Come sopra evidenziato, infatti, la scelta di rimettere la questione al Supremo Collegio è stata dettata dalla rilevanza economica e sociale della questione, piuttosto che dalla necessità di dirimere potenziali contrasti giurisprudenziali sul punto.

Lo stesso Consiglio di Stato aveva già evidenziato come il mancato ricorso a procedure di selezione aperte, pubbliche e trasparenti determinasse un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato di riferimento: *«la spiaggia»* -si è detto- *«è un bene pubblico demaniale e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi, sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione»*²¹.

¹⁸ Ai sensi del quale *«le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro»*.

¹⁹ Che dispone: *«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»*.

²⁰ Sulla procedura di infrazione da ultimo aperta dalla Commissione europea, si segnala G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 2, che propone una suggestiva esegesi della normativa europea tale da consentire una proroga delle concessioni, in ragione dell'assenza di un *«interesse transfrontaliero certo»*.

²¹ Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416.

In prime cure non poche decisioni, tra cui una delle due all'attenzione delle Plenaria²², hanno sia confermato la legittimità di provvedimenti di diniego della proroga²³, sia statuito l'illegittimità degli atti che avevano applicato la proroga legislativa ritenuti contrastanti col diritto europeo²⁴.

L'opposta tesi, sostenuta dall'altra decisione appellata²⁵, ha propugnato, invece, l'illegittimità dei provvedimenti con cui viene denegata l'estensione di durata delle concessioni.

Ugualmente contraria all'applicazione della proroga si è mostrato il Giudice penale²⁶.

²² T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 82, cit., oltre ad indicare le ragioni di non condivisibilità delle coeve decisioni del T.A.R. Lecce, ha ribadito come già la giurisprudenza formatasi sull'art. 37 del Codice della navigazione ha sostenuto doversi privilegiare l'esperimento di una selezione pubblica per la scelta del concessionario. La tesi è stata ribadita da *Id.*, 15 febbraio 2021, n. 505.

²³ Secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616, è legittimo un provvedimento di diniego dell'istanza di proroga ventennale di una concessione demaniale marittima, non solo perché contrastante con quanto disposto dall'art. 12 della Direttiva servizi, ma anche perché confliggente con quanto disposto nel Lazio, rispettivamente dall'art. 53-bis, comma 3, della legge regionale n. 17 del 6 agosto 2007 – ai sensi del quale «i comuni sono tenuti ad attivare procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio di nuove concessioni, nonché nei casi di affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto di concessione» – e dall'art. 47 della medesima legge (come modificato dalla l.r. n. 8/2018) ai sensi del quale «la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche e ricreative è stabilita in conformità alla normativa statale vigente in materia».

²⁴ Tra queste T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40, secondo cui «se il giudice nazionale accerta che le concessioni oggetto di proroga automatica ex lege hanno a oggetto una risorsa naturale "scarsa" e che vi è un interesse transfrontaliero verso di esse, allora si deve concludere per il contrasto della disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva con le succitate disposizioni e principi eurounitari; ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara». Su ricorso proposto dall'Autorità Antitrust, T.A.R. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, ha statuito: «L'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico. A fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto consensorio, come sopra già evidenziato, il titolare del titolo consensorio in questione può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o da parte dell'amministrazione. Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, disposta dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145».

²⁵ T.A.R. Puglia, Lecce, 15 gennaio 2021, n. 73, cit. sostiene che la legge n. 45/2018 «rappresenta l'unica normativa che possa applicarsi nella specie, attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è self-executing e, pertanto, non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la c.d. disapplicazione in evidente mera violazione delle legge (disapplicazione in senso assoluto)» con conseguente riconoscimento del diritto dell'istante/ricorrente a conseguire la proroga della concessione sino al 2033. Del medesimo orientamento sono *Id.*, 29 giugno 2021, n. 981; *Id.*, 26 marzo 2021, n. 454; *Id.*, 26 marzo 2021, n. 459; *Id.*, 27 novembre 2020, n. 1321; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 23 aprile 2021, n. 231. Simili posizioni sono state sostenute anche da Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7251 e *Id.*, 24 ottobre 2019, n. 7258, che hanno applicato le disposizioni legislative di proroga delle concessioni scadute.

²⁶ La Cassazione penale ha avuto modo di osservare come una stabilizzazione degli effetti della proroga si pone in aperto contrasto con i principi proconcorrenziali europei, finanche riconoscendo il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale (previsto dagli artt. 54 e 1161 del Codice della navigazione) e sollecitando la disapplicazione della normativa contrastante. Da ultimo Cass. penale, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29105, in *De Jure*, ha statuito che va disapplicata una normativa recante una proroga automatica delle concessioni balneari «in quanto la stessa, stabilizzando gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime [...] contrasta con l'art. 12. par. 1 e 2, della direttiva

Del pari la giurisprudenza costituzionale, a più riprese²⁷, ha escluso la legittimità di norme regionali di proroga o di rinnovo delle concessioni demaniali marittime²⁸: è stata così dichiarata l'illegittimità di una legge regionale che subordinava il rilascio di una nuova concessione al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente da parte del nuovo aggiudicatario (cui veniva richiesto di impegnarsi con atto unilaterale d'obbligo a pena di esclusione dalla procedura ed evidenza pubblica)²⁹, ed è stata censurata una legge regionale³⁰ che, nelle more dell'approvazione di piani urbanistici comunali per le spiagge, consentiva il rilascio od il rinnovo di «concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale», espressione quest'ultima che avrebbe consentito finanche concessioni di durata del tutto indeterminata che, secondo la Corte, avrebbero finito per sottrarre inevitabilmente alle procedure ad evidenza pubblica e consentito *de facto* la mera prosecuzione dei rapporti concessori in essere con una proroga sostanzialmente automatica³¹.

Insomma, anche la sregolata e distorsiva attività legislativa e provvedimentale delle Regioni ha contribuito a rendere il quadro ordinamentale ancora più incerto³².

2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'art. 49 TFUE». Ad uguali conclusioni è pervenuta *Ead.*, 6 marzo 2019, n. 25993 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 5, I, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto Ue sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*); *Ead.*, 14 maggio 2018, n. 21281, in *DeJure*; *Ead.*, 12 luglio 2019, n. 25993, in *De Jure*, secondo cui «ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza».

²⁷ Corte costituzionale, 12 maggio 2010, n. 180 (Pres. Amirante, Red. Finocchiaro), in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, pag. 699 ss., nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l.r. Emilia-Romagna n. 8 del 23 luglio 2008, ha evidenziato come l'automatismo della proroga determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici, dal momento che coloro che prima non gestivano il demanio sono impossibilitati dal prendere il posto del vecchio concessionario, se non nel caso in cui questo non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti; *Ead.*, 11 gennaio 2017, n. 40 (Pres. Grossi, Red. Zanon), in *Giur. cost.*, 2017, 1, pag. 358 ss., dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comm8, seconda parte e comma 9, della l.r. Puglia n. 17 del 10 aprile 2015, ha evidenziato come il mancato ricorso a procedure aperte e trasparenti determina un ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, invadendo la competenza statale in materia di tutela della concorrenza; richiamando i medesimi principi. *Ead.*, 16 gennaio 2019, n. 1 (Pres. Lattanzi, Red. Morelli), in *Giur. cost.*, 2019, 1, pag. 1 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2, 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria n. 26 del 10 novembre 2017.

²⁸ Ci si riferisce a quanto disposto dall'art. 54, commi 2, 3, 4, 5 della "singolare" legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo).

²⁹ Corte costituzionale, 23 ottobre 2020, n. 222 (Pres. Morelli, Est. Barbera), in *Federalismi.it*, che ha ribadito che nella competenza esclusiva statale in materia di concorrenza «le pur concorrenti competenze regionali trovano un limite insuperabile», ed evidenziato che «l'enunciata finalità di tutelare l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali non vale ad escludere il vulnus arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza, poiché spetta unicamente allo Stato di disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni».

³⁰ Art. 1 della legge regionale Calabria 25 novembre 2019, n. 46.

³¹ Corte costituzionale, 29 gennaio 2021, n. 10 (Pres. Red. Coraggio), in www.cortecostituzionale.it, ha statuito: «La previsione della possibile durata pluriennale delle concessioni comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza».

³² Possono farsi alcuni esempi. L'Assemblea regionale siciliana ha adottato una legge (la n. 24 del 14 dicembre 2019) con cui ha recepito (laddove ce ne fosse bisogno) la proroga disposta dal Legislatore nazionale, all'uopo anche disciplinando le modalità di rilascio delle proroghe. Altre Amministrazioni regionali sono invece ricorse a strumenti di "diritto morbido": *inter alia*, la Regione Basilicata, con delibera di Giunta regionale n. 155 del 25 febbraio 2019, ha stabilito che "l'asseveramento dell'estensione della durata delle concessioni potrà essere formalizzato con l'adozione di un provvedimento di natura ricognitiva/dichiarativa mediante acquisizione/accertamento/espletamento" delle formalità

3. – La doverosità della disapplicazione della norma “anti-europea” da parte dello Stato membro in tutte le sue articolazioni

Delineato il quadro ordinamentale di riferimento, può procedersi all’esame delle due questioni sottoposte all’attenzione dell’Adunanza Plenaria.

Il primo dei punti di diritto su cui l’intervento nomofilattico in commento è intervenuto attiene alla sussistenza o meno di un obbligo generale per la Repubblica italiana “*in tutte le sue articolazioni*” di disapplicare la disciplina nazionale confliggente col diritto europeo ed alla possibilità anche per gli organi di amministrazione attiva (non solo giurisdizionali) di interpretare l’efficacia vincolante o meno degli atti normativi comunitari (le direttive c.d. *self-executing* in particolare).

È ormai principio ermeneutico acquisito, che la disapplicazione (*recte* la non applicazione) di norme contrastanti col diritto comunitario costituisce per il Giudice un potere-dovere operante anche d’ufficio³³, per assicurare la piena applicazione delle norme europee, che si pongono in una posizione di rango superiore rispetto a quelle di singoli Stati membri: da una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia scaturisce l’obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza di conformarsi, con l’effetto, in caso contrario, di esporre lo Stato di cui quel magistrato è organo ad una procedura di infrazione³⁴. Del pari, è ormai principio consolidato quello per cui la disapplicazione della norma nazionale anticomunitaria -specie se accertato dalla Corte di giustizia- costituisce un obbligo per lo Stato membro “*in tutte le sue articolazioni*” e quindi anche per i suoi funzionari, qualora chiamati ad applicare una norma in contrasto³⁵.

Ne consegue che al Dirigente (o al funzionario apicale comunque denominato) si impone l’obbligo di non applicare una norma nazionale (o regionale), salvo la possibilità di trarre dall’ordinamento europeo una norma con efficacia diretta idonea a disciplinare la fattispecie concreta³⁶.

Tali conclusioni sono condivise e fatte proprie dalle decisioni in commento.

Ivi si dà atto che «*la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell’ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale*», all’uopo richiamando non recenti ma significative decisioni dei Giudici superiori.

indicate; la Regione Campania, invece si è limitata all’adozione di una mera circolare (prot. n. 237558 dell’11 aprile 2019) indirizzata ai Comuni con cui afferma che la proroga «*deve*» essere applicata a tutte le concessioni vigenti alla data del 1° gennaio 2019; la Regione Abruzzo ha inteso invece affidarsi ad una determina dirigenziale (n. DPH002/004 del 22 gennaio 2019) con cui ha fornito «*indicazione operativa*» per l’attuazione della proroga disposta a livello nazionale all’uopo anche predisponendo «*una traccia del provvedimento di asseveramento dell’allungamento della concessione*»; anche la Sardegna, a seguito di una delibera giunta di indirizzo n. 3114 del 29 ottobre 2020, ha adottato una determinazione dirigenziale che conferma la proroga, anche in questo caso predisponendo apposita modulistica da utilizzare per i relativi procedimenti ricognitivi

³³ Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219.

³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019, n. 2890. Sul punto, in via generale, G. ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell’Unione europea: quale futuro*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, IV, pag. 587 ss.; G. IUZZOLINO, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell’Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, in *Id.*, 2007, IV, pag. 439 ss.

³⁵ Cfr. Corte Giustizia UE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, ove si legge espressamente che «*tutti gli organi dell’amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali*» sono tenuti ad applicare le disposizioni europee direttamente applicabili «*disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi*»; *Ead.*, 24 maggio 2012, C-97/11.

³⁶ Così Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342, secondo cui è errato «*limitare alla sola autorità giudiziaria il potere di disapplicazione di norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario*».

Tra queste si segnalano le statuizioni del Giudice delle Leggi³⁷ secondo cui «*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzioni alle leggi*», siano essi di matrice giurisdizionale od amministrativa, sono tenuti a disapplicare le norme incompatibili con il diritto europeo, e dello stesso Consiglio di Stato che aveva già *illo tempore* chiarito che anche gli organi amministrativi devono riconoscere come legittimo e vincolante il diritto comunitario, non applicando le norme nazionali che contrastano con esso³⁸.

La questione attiene anche ai presupposti circa se e quando riconoscere o meno natura *self-executing* alle direttive europee³⁹, posto che dal riconoscimento della natura auto-applicativa o meno di tali atti discende inevitabilmente l'obbligo di disapplicazione per lo Stato membro: di tale natura della direttiva 2006/123/CE le decisioni annotate non dubitano, considerandola come «*direttiva di liberalizzazione*»⁴⁰ e non di armonizzazione.

4 – Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione della norma disapplicabile. Le tesi alternative e la non-soluzione della Plenaria.

Acquisita la doverosità della disapplicazione della norma antieuropea, si è posta la questione relativa alla patologia dei provvedimenti adottati in virtù di norme disapplicabili.

La questione è da tempo controversa in dottrina e giurisprudenza.

Da un lato, in sede giustiziale, è ormai invalsa la tesi per cui il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma contrastante con il diritto dell'Unione sia da considerare annullabile per violazione di legge, piuttosto che nullo per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'Amministrazione: conseguenza di tale orientamento è che la violazione del diritto europeo comporta l'onere di impugnare il provvedimento ritenuto contrastante entro il termine decadenziale di sessanta giorni, pena l'inoppugnabilità⁴¹ degli stessi ed il consolidamento dei relativi effetti.

La tesi dell'annullabilità, come spiegata invece dalla dottrina, muove da una concezione separata dell'ordinamento europeo e quello nazionale, con la conseguenza che, concependo la norma europea come integrativa dell'ordinamento italiano, il regime del provvedimento amministrativo non cambia

³⁷ Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389 (Pres. Saja, Red. Baldassarre).

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452.

³⁹ Su cui, in generale, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2020; P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2018; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁴⁰ La direttiva -si legge nelle sentenze in commento- «è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso». Come riconosciuto dalla Corte Giustizia UE, G.S., 30 gennaio 2018, C-360/15, ed *Ead.*, 30 gennaio 2018, C-31/16, essa «fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale». Sempre nelle decisioni annotate si legge: «L'obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di "armonizzare" le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un'armonizzazione normativa, che, però, non è l'obiettivo primario della direttiva 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante, come sostenuto da chi, invece, invoca la necessità di applicare la regola dell'unanimità in seno al Consiglio».

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

a seconda che il parametro normativo sia di fonte nazionale od europea, così configurandosi una violazione di legge, come tale comportante l'annullabilità⁴².

Non meno meritevole di pregio è la tesi che ha ravvisato un'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo emanato in applicazione di norma interna contraria al diritto europeo⁴³.

In mezzo tra le due tesi vi è chi, pur ritenendo in via generale i provvedimenti annullabili, ha configurato la nullità «*nella sola ipotesi in cui il provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario*»⁴⁴.

La soluzione cui giunge la Plenaria nelle decisioni annotate tiene conto del caso concreto.

Ai fini decisori è stata, infatti, ritenuta dirimente la qualificazione in termini di legge-provvedimento delle disposizioni che hanno prorogato il termine di durata delle concessioni.

Così argomentandosi, «*se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne*

⁴² A sostegno di tale tesi militano anche i principi europei (art. 263 TFUE) che stabiliscono un regime di annullabilità per gli atti emananti dagli organi dell'Unione europea in contrasto con le norme dei Trattati. In dottrina, a sostegno della tesi dell'annullabilità, si sono espressi G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997; ID., *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 2004; ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pag. 505 ss.; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione e cause di invalidità e non applicazione del principio di specialità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pag. 1075 ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pag. 550 ss. La tesi in esame si rifà anche all'orientamento espresso da Corte di Giustizia UE, 13 gennaio 2004, C-453/00, in *Giornale dir. amm.*, 2004, pag. 723 ss., con nota di D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*; in *Urbanistica e appalti*, 2004, pag. 1151 ss., con nota di F. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*.

⁴³ Secondo Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, «*l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione [...] se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta, egli non può dare atto che della radicale nullità dell'atto medesimo*».

⁴⁴ Così Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Di tale tesi "mediana" parla B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005. Si segnalano le condivisibili conclusioni –a favore della tesi della nullità– di F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali*, cit., pag. 287 ss.: «La soluzione, preferibilmente, dovrebbe essere diversa. Occorrerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui il contrasto con l'ordinamento comunitario risulti conclamato ed accertato (seppur riferito a fattispecie simili o a normative sopravvenute, come sopra già rappresentato) e quella per la quale manchi uno scrutinio in tal senso. Solo in quest'ultimo caso potrebbe ritenersi necessario un rimedio impugnatorio, mentre nella prima ipotesi la sanzione di nullità (che gode di un arco temporale di impugnazione più ampio e della rilevabilità di ufficio sembra più pertinente. Anche perché, laddove si è accertata la non compatibilità della norma interna con il diritto eurounitario (con disapplicazione della stessa) mancherebbe il presupposto legittimante l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione amministrativa, con una assoluta carenza di potere (da cui consegue la massima sanzione dell'atto). Non può equipararsi tale fattispecie a quella per la quale l'atto amministrativo si presenti *contra legem*, quindi annullabile, perché, in ragione dell'accertata incompatibilità e della doverosa disapplicazione della norma nazionale, verrebbe a mancare proprio il substrato normativo su cui si basa l'adottanda determinazione. La tesi è in grado anche di contemperare le posizioni dei destinatari e beneficiari del provvedimento rimuovendo. Gli stessi, infatti, in caso di mancato scrutinio dell'antigiuridicità della norma interna (intesa come contrasto alla normativa comunitaria) risulterebbero inconsapevolmente danneggiati da un accertamento postumo dell'inefficacia dell'atto (peraltro in assenza di impugnazione); diversamente, laddove detto contrasto risulti già accertato la loro pretesa di tutela svilisce non potendo non essere consapevoli dell'avvenuto rilascio di un provvedimento viziato *radiciter*».

discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi tamquam non esset, come se non si fosse mai prodotto».

Di qui, secondo il Collegio, non è necessario esercitare alcun potere di autotutela, in ragione della funzione meramente ricognitiva⁴⁵ del provvedimento adottato dall'Amministrazione e dell'assenza di un effetto autoritativo, che invece è direttamente prodotto dalla legge la cui non applicabilità impedisce il prodursi dell'effetto della proroga.

Nulla si è detto invece in ordine al regime di invalidità dei provvedimenti adottati in esecuzione della norma disapplicabile, limitandosi a statuire che questi sono *tamquam non esset*.

Le conclusioni della sentenza annotata, quasi a riconoscere una inesistenza⁴⁶ dei provvedimenti in esame, non risolvono il problema sollevato in apertura.

La questione non è esente da risvolti pratici: sostenere la nullità del provvedimento, rilevabile anche d'ufficio, in luogo della mera annullabilità consente, infatti, un termine impugnatorio ben più lungo, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Meglio avrebbero fatto le decisioni annotate, dopo aver acclarato il contrasto delle disposizioni controverso con il diritto comunitario, a prendere posizione anche su questo punto, prevenendo così futuri contrasti giurisprudenziali in relazione a possibili contenziosi.

5. –Spunti di riflessione e di riforma dalle sentenze annotate. Quale futuro per le concessioni del demanio marittimo?

In vigenza delle proroghe disapplicabili, il Legislatore ha solo “annunciato” il «riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea»⁴⁷ ma non è mai intervenuto normativamente.

Dopo aver rassegnato i principi di diritto sulla disapplicazione, le decisioni commentate si propongono di fornire le tracce di questa auspicabile ed ormai non più rinviabile riforma del settore delle concessioni marittime, su cui è opportuno svolgere alcune brevi riflessioni conclusive.

In primis, non deve dubitarsi che della materia -trattandosi di tutela della concorrenza- debba occuparsi il Legislatore nazionale⁴⁸, non potendo più tollerarsi, anche se meramente recepenti leggi

⁴⁵ Secondo le decisioni annotate, il provvedimento che riconosce la proroga «non costituisce il portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale. Tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso».

⁴⁶ Un'isolata e risalente decisione (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34) ha ritenuto inesistente un provvedimento adottato sulla base di una norma nazionale in contrasto col diritto europeo (annotata da L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, pag. 203 ss.).

⁴⁷ Così “annunciava” l'art. 24, comma 3-*septies* del decreto-legge n. 113 del 2016.

⁴⁸ Con una recente decisione (11 febbraio 2021, n. 16, Pres. Coraggio, Red. Zanon) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale della Sicilia 19 luglio 2019, n. 13, nella parte in cui (art. 13) ha disposto la proroga per un triennio dei contratti di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Secondo la Corte una siffatta disposizione «viola l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto non contemplando l'indizione di regolari gare d'appalto per la concessione di servizi di trasporto pubblico locale, si pone in contrasto con la disciplina statale vigente nella materia della “tutela della concorrenza”» con la conseguenza che «non è consentito al legislatore regionale stabilire il rinnovo o la proroga automatica alla scadenza di concessioni di servizio di trasporto pubblico, in contrasto con i principi di temporaneità delle concessioni stesse e di apertura del mercato alla concorrenza. Le proroghe dettano infatti vincoli all'entrata e incidono sullo svolgersi della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale,

statali, norme regionali incidenti sul funzionamento del mercato delle concessioni, dovendosi piuttosto limitare l'attività legislativa delle Regioni agli ambiti di stretta competenza concorrente (art. 117, secondo comma, Cost.) che, in *subiecta materia*, possono al massimo interessare il «governo del territorio» da intendersi come pianificazione urbanistico-edilizia delle zone costiere.

Quanto agli aspetti procedurali, la direttiva 2006/123/CE impone lo svolgimento di 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*»⁴⁹.

Dunque, dovranno essere valorizzati al massimo i principi dell'evidenza pubblica⁵⁰.

Nell'ambito della procedura di gara, conformemente a quanto previsto dalla citata direttiva, potranno essere inserite «*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*», ovverosia profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale.

Tale opzione suggerisce di evitare qualsiasi ipotesi di preferenza per i concessionari uscenti, ad esempio tenendo conto in sede di gara degli investimenti effettuati.

determinando una potenziale disparità di trattamento tra operatori economici. Se disposte dal legislatore regionale, esse invadono perciò la competenza esclusiva del legislatore statale».

⁴⁹ Alcuni sistemi giuridici di altri Stati membri (pure richiamati nelle decisioni annotate) sono esemplificativi di una maggiore coerenza con le regole europee: si presenta ad esempio pienamente conforme alle regole comunitarie la *ley de Costas* spagnola, come modificata da ultimo con *ley* n. 2 del 29 maggio 2013, e che distingue le concessioni degli immobili nel demanio marittimo da quelle ad uso turistico-ricreativo soggette ad una limitatissima durata; allo stesso tempo, nell'ordinamento francese, da sempre assunto a modello virtuoso in ambito europeo, la *loi* n. 93-112 del 1993 (c.d. *loi Sapin*) riconosce prevalenza indiscussa all'interesse pubblico anche prevedendo il diritto di prelazione per gli enti locali; ugualmente è apprezzabile il *Maritime Domain and Seaport Act* croato che, prevedendo ipotesi-limite di proroga e la possibilità di concessioni senza gara per solo uso sociale, sportivo o culturale, si è dimostrata pienamente coerente con i principi europei. Per un maggiore approfondimento comparato possono richiamarsi C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., e G.C. FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 4, 2020.

⁵⁰ Non si dubita che i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica trovino applicazione anche per le concessioni di beni pubblici. Tanto è evincibile da una interpretazione sistematica delle norme di settore: su tutti, l'art. 16 del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 prescrive una selezione tra i candidati nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori sia limitato per la scarsità delle risorse naturali. Sul medesimo crinale si pongono le più risalenti disposizioni della legge generale di contabilità dello Stato e della legge breve sul procedimento amministrativo. A conferma di ciò, in sede giustiziale, si è detto: «*Anche nel caso in cui si tratti di una concessione di un bene pubblico (demaniale) e non già di una concessione di servizi, sussiste la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione; invero, l'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*» (ex multis, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 15 luglio 2017, n. 235). Il principio è stato valorizzato al massimo dalla giurisprudenza europea tra cui, ex multis, Corte Giustizia UE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress*, che ha chiarito che qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione.

Gli elementi di valutazione dell'offerta, come condivisibilmente statuito dal Collegio, potranno al più riguardare l'esperienza professionale, il *know-how* dell'impresa che ha gestito beni analoghi, standard di qualità dei servizi, sostenibilità sociale ed ambientale degli investimenti.

Quanto alla durata, questa andrebbe limitata nel tempo (la legge dovrebbe stabilire un limite massimo) e commisurata al valore della concessione ed alla complessità dell'investimento.

È chiaro che dovranno escludersi meccanismi di proroga automatica o tacita delle concessioni, salva la possibilità di prevedere, al verificarsi di condizioni rigide e predeterminate, estensioni di durata strettamente limitate nel tempo.

Del pari, è evidente che la riforma dovrà rivedere i criteri di determinazione dei canoni concessori - che pure potrebbero formare oggetto di procedura competitiva- in senso proporzionale commisurato all'effettivo valore del bene, come previsto dalla medesima legge di bilancio del 2018 che, oltre a disporre la proroga, ha stabilito di adottare entro 120 giorni dall'entrata in vigore un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che provveda, *inter alia*, alla ricognizione degli investimenti effettuati e dei canoni attualmente applicati, nonché alla revisione ed all'aggiornamento degli stessi canoni demaniali.

Ad oggi, non è dato sapere se le decisioni annotate abbiano definitivamente "chiuso" la *vexata quaestio* delle concessioni demaniali marittime, oggetto di non pochi interessi che, pur in presenza di orientamenti giurisprudenziali pressoché univoci, hanno comportato il deferimento alla Plenaria.

È probabile che la situazione di perenne incertezza, mitigata dalla "supplenza" della magistratura di ogni ordine e grado, permanga anche dopo le decisioni annotate, specie in considerazione del fatto che il Collegio giudicante ha ritenuto sussistenti i presupposti per modularne gli effetti temporali.

Tanto per due ordini di ragioni: da un lato, «*il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa*», dall'altro la «*constatazione che la regola in base alla quale le concessioni debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno ad essere regolati dalla concessione già rilasciata*».

Tale intervallo temporale, negli auspici del Consiglio di Stato, deve essere tale da consentire anche al Governo e al Parlamento di approvare una nuova normativa che possa riordinare la disciplina in conformità con l'ordinamento europeo.

Consapevole di ciò, pertanto, il Collegio ha ritenuto di differire l'efficacia delle decisioni in commento al 31 dicembre 2023: decorso tale termine, «*tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia -o meno- un soggetto subentrante nella concessione*».

Le decisioni si spingono oltre, consapevole di possibili effetti elusivi.

Viene, infatti, precisato che «*eventuali proroghe legislative nel termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, non immediatamente applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere*».

Le criticità sono plurime e presumibili anche in un prossimo futuro.

L'auspicio, in definitiva, non può che essere che l'impulso da ultimo pervenuto dal Consiglio di Stato consenta al Legislatore di ovviarvi, dettando, in luogo di confusionarie e asistematiche proroghe ultradecennali, una disciplina puntuale e rigorosa che garantisca certezze per gli operatori economici, ne tuteli l'affidamento e realizzi un corretto funzionamento del mercato di riferimento.