amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione.

di Aristide Police

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma LUISS "Guido Carli")

e Anna Maria Chiariello*

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Inquadramento normativo e giurisprudenziale a livello interno e a livello europeo. – 2. Le pronunce dell'Adunanza Plenaria. – 3. Portata, natura e limiti della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 4. Sui rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali nell'ambito della giurisdizione amministrativa. – 5. L'emendamento del Governo al decreto legge sulla concorrenza: alcuni rilievi critici. – 6. La spinosa questione dell'indennizzo e del legittimo affidamento dei concessionari uscenti. – 7. Considerazioni conclusive: un orizzonte ancora molto agitato.

Abstract

For decades, the "history" of state-owned maritime concessions has been characterized by an accentuated complexity on a legal level. In fact, the matter has been affected by regulatory reforms, national and European jurisprudential decisions, as well as by interventions by the European Commission. In line with this jagged framework, but with the aim of putting an end to it, the Plenary Meeting of the Council of State was recently pronounced and an amendment to the draft law on competition was adopted by the Council of Ministers. These actions, certainly relevant and destined to produce a great impact, nevertheless lend themselves to certain criticisms and raise old and new questions, adding other pieces to a "story" that is not over yet.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento normativo e giurisprudenziale a livello interno e a livello europeo.

Con le due sentenze "gemelle" nn. 17 e 18 emanate in data 9 novembre 2021 l'Adunanza Plenaria prende posizione su un tema di interesse generale, le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, affermando principi destinati ad avere risonanza ben più vasta di quella esercitata sulle singole vicende da cui le predette sentenze sono originate.

Prima di riflettere e approfondire le tematiche, o perlomeno talune di esse, che le pronunce in questione hanno affrontato o sollevato, appare opportuno inquadrare brevemente queste ultime all'interno della cornice normativa e giurisprudenziale nella quale si inseriscono. Si tratta di una cornice, almeno in parte risalente, che intreccia elementi del livello interno con altri del livello comunitario[1].

Sul piano interno, come noto, il lido del mare e le spiagge fanno parte del demanio pubblico (più precisamente del demanio marittimo) e, per tale motivo, appartengono esclusivamente allo Stato e la loro proprietà è inalienabile e imprescrittibile. Essi, tuttavia, possono formare oggetto di concessione dietro il pagamento di un canone, assumendo primario rilievo nel nostro ordinamento per la loro appetibilità economica e per la loro proficua utilizzazione da parte degli operatori del settore balneare[2]. Il Codice della navigazione di cui al r.d. 30 marzo 1942, n. 327, disciplina il demanio marittimo (artt. 28 ss.), attribuendo all'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, il potere di concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo (art. 36). In passato, attribuendo al titolare della concessione una posizione particolarmente privilegiata, tale Codice prevedeva altresì l'istituto del c.d. "diritto di insistenza", ossia il diritto di preferenza dei concessionari uscenti (art. 37, co. 2). Nello specifico, ai sensi del testo previgente, per il rilascio di

* I paragrafi nn. 3, 4 e 7 sono da attribuirsi al Prof. Aristide Police, mentre i paragrafi nn. 1, 2, 5 e 6 sono da attribuirsi alla Dott.ssa Anna Maria Chiariello.

[1] Sulle concessioni demaniali marittime e sulla loro disciplina si vedano, oltre ai contributi richiamati successivamente, G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *Giustamm.it*, n. 10/2015, in cui si osserva un'alternanza di fasi di calma e di tensione della disciplina e del dibattito relativo al tema in questione; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 2, p. 307 ss.; C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; E. AJMAR - P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *Federalismi.it*, n. 18/2020; B. CARAVITA - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege *delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021.

[2] La rilevanza delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo si comprende alla luce del dato che le coste italiane si estendono per circa 7500 km (approssimativamente un terzo delle coste balneabili dell'Unione europea) e che il settore del turismo costituisce quasi il 13% del Pil nazionale con circa 62 milioni di turisti all'anno. Le concessioni demaniali marittime che insistono sulle coste italiane sono oltre 52.000, di cui oltre 11.000 riguardano stabilimenti balneari, oltre 1.200 riguardano campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le altre riguardano diversi utilizzi, quali ad esempio la pesca, l'acquacoltura a diporto e il produttivo (http://dati.mit.gov.it/catalog/dataset/concessioni-demaniali-marittime).

ISSN 2036-7821

nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative era data preferenza (tra l'altro) alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Sempre a livello interno, inoltre, il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, disponeva il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza sessennale. In particolare tale normativa prevedeva che le concessioni dei beni demaniali marittimi, dalla durata di sei anni, alla scadenza si rinnovassero automaticamente per altri sei anni e così successivamente a ogni scadenza[3]. In sintesi, il quadro normativo italiano così delineato di fatto permetteva concessioni perpetue, risultando sostanzialmente preclusa ogni possibilità di subentro per nuovi eventuali concorrenti.

A livello comunitario, al fine di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra questi, nonché al fine di garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali, la dir. 2006/123/CE, anche nota come direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*, liberalizza i servizi ai consumatori, affermando l'esigenza di applicare la disciplina della concorrenza, e dunque di svolgere procedure di gara, a tutti i servizi interessati[4]. Segnatamente, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, 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 devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di

[3] Art. 01, co. 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, conv. con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494. La disposizione menzionata è frutto della modifica operata dalla l. 16 marzo 2001, n. 88. Lo stesso art. 01 (che disciplina le concessioni a uso turistico ricreativo comprese nel più ampio *genus* delle concessioni demaniali marittime) stabilisce che "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 scopo turistico ricreativo: 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". Inoltre, ai sensi della l. n. 296/2006, di modifica dell'art. 3 d.l. n. 400/1993, le concessioni demaniali marittime dovevano avere una durata non inferiore ai 6 e non superiore ai 20 anni "in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni".

[4] Sulla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (recepita in Italia con l'art. 16 d.l. 26 marzo 2010, n. 59), *ex multis*: S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/ 123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; D. PARADISI, *La Direttiva* Bolkestein. *Principi generali e campo d'applicazione*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2010, 2, p. 17-46; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 02; L. ALLA, *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in *Amministrazione in cammino*, 2013, p. 1 ss.; C. BENETAZZO, *Concessioni balneari e direttiva* "Bolkestein" *tra obblighi di trasparenza ed autonomia degli Stati*, in *Giustamm.it*, n. 2/2018; G. COLAVITTI, *La Direttiva* Bolkestein *e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rass. forense*, 2019, 3, p. 481-520; G. CARULLO - A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. In tali casi l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né può accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Tra i servizi interessati dalla direttiva rientrano anche i servizi nel settore del turismo, compresi quelli ricreativi, con la conseguenza che sono destinatari della stessa anche le imprese turistico-balneari. Per effetto della direttiva, dunque, le concessioni demaniali marittime escludono sia procedure di rinnovo automatico, sia vantaggi al prestatore uscente, esigendo che le stesse siano oggetto di gara ad evidenza pubblica da svolgersi al termine di ogni concessione[5].

A fronte di tale disciplina comunitaria l'assetto normativo nazionale allora vigente e come sopra descritto appariva presentare talune incompatibilità, in particolare con riguardo al rinnovo automatico delle concessioni in scadenza sessennale di cui al d.l. n. 400/93 e al diritto di insistenza di cui al Codice di navigazione. In effetti il combinato delle relative norme, aventi lo scopo di tutelare il concessionario uscente, finiva per soffocare qualsiasi forma di concorrenza, risultando incompatibile non solo con il diritto italiano, ma anche con quello comunitario, in particolare con l'art. 49 TFUE[6] e con il menzionato art. 12 della direttiva *Bolkestein*. Tali incompatibilità indussero la Commissione europea ad aprire, nel 2008, una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano[7]. Per superare le contestazioni della Commissione il legislatore eliminava dall'ordinamento nazionale il diritto di insistenza[8] e abrogava il sistema dei rinnovi concessori automatici[9]. Tuttavia al contempo venivano prorogate le concessioni demaniali marittime turistico-ricreative in essere al fine di consentire,

[5] Tuttavia, ai sensi dell'art. 12, co. 3, direttiva servizi "gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

[6] L'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento sancisce il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, riconoscendo conseguentemente l'accesso alle attività autonome ed al loro esercizio, in modo non discriminatorio per tutti gli operatori europei in tutto il territorio dell'Unione.

[7] Procedura d'infrazione n. 2008/4908 che rileva l'incompatibilità con l'ordinamento UE di alcuni profili della normativa italiana riguardante le concessioni demaniali marittime. In particolare con la lettera di messa in mora la Commissione europea contestava la compatibilità dell'art. 37, co. 2, Codice della navigazione e dell'art. 9, co. 4, l.r. Friuli Venezia-Giulia 13 novembre 2006, n. 22, in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa con il diritto comunitario, e in particolare coi principi di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 dir. 2006/123/CE, e la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, co. 2, d.l. n. 400/1993, conv. con l. n. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. n. 88/2001. In particolare veniva contestata la preferenza sostanziale riconosciuta al concessionario uscente nelle procedure di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo in quanto è discriminatoria in primo luogo nei confronti delle imprese provenienti da altri Stati membri.

[8] D.l. n. 194/2009, art. 1, co. 18, conv. con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

[9] L. 15 dicembre 2011, n. 217, art. 11, co. 1.

ISSN 2036-7821

nelle more, la revisione (mai avvenuta) del quadro normativo in materia di rilascio delle stesse e disciplinarne dunque l'affidamento attraverso procedure di evidenza pubblica[10].

A seguito del predetto intervento del legislatore italiano, nel febbraio 2012 la Commissione europea chiudeva la procedura di infrazione[11]. Si esprimeva invece sullo stesso e sui relativi profili di criticità rispetto alla normativa europea la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale dai Tar Lombardia e Sardegna interessati a comprendere se i meccanismi di proroga automatica e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime fossero o meno compatibili coi principi del diritto europeo di cui all'art. 49 TFUE e alla direttiva *Bolkestein*[12]. Con la pronuncia del 14 luglio 2016, anche nota come *Promoimpresa*, il giudice europeo affermava innanzitutto che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della direttiva menzionata, spettando al giudice nazionale solo la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. Infatti, secondo la Corte le concessioni marittime devono essere considerate "autorizzazioni" ai sensi della direttiva suddetta, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, e tale direttiva si applica a esse laddove queste costituiscano una "risorsa scarsa"[13]. Se il numero di autorizzazioni è limitato a causa della scarsità di risorse naturali, allora: l'assegnazione deve avvenire sulla base di principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità; la durata delle concessioni deve essere limitata nel tempo; regimi di proroga automatica non sono compatibili con il diritto europeo[14].

---

[10] Il citato d.l. n. 194/2009 stabiliva la proroga delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative, in scadenza al 30 dicembre 2009, fino al 31 dicembre 2015 (art. 1, co. 18). Su tale proroga Cons. Stato, 27 dicembre 2012, n. 6682, secondo cui "nel caso in esame, il termine di sei anni è stato stabilito per consentire l'introduzione di una nuova disciplina della materia conforme ai principi comunitari e, a parere del Collegio, non esorbita dalla sfera della discrezionalità legislativa (...). Il termine di sei anni coincide con la durata minima delle concessioni, e sotto questo profilo costituisce un'ultima proroga, la cui ragione può essere individuata nella necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute". In seguito l'art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha modificato l'art. 18, co. 1, d.l. n. 194/2009, estendendo la menzionata proroga al 31 dicembre 2020.

[11] La procedura di infrazione 2008/4908 veniva archiviata il 27 febbraio 2012.

[12] Il Tar Lombardia e il Tar Sardegna hanno rimesso alla Corte di giustizia la questione illustrata con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

[13] La Corte di giustizia rimette al giudice nazionale la valutazione in concreto se le concessioni demaniali marittime possano ritenersi una "risorsa scarsa" ai sensi della direttiva servizi. Come si vedrà, la questione sarà poi risolta in senso positivo dalle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria qui in esame.

[14] C. giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e Regione Lombardia e Mario Melis e a. contre Comune di Loiri Porto San Paolo e Provincia di Olbia Tempio*. In particolare la Corte dichiarava i principi per cui "l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di

ISSN 2036-7821

cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati" e "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo". Circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, la pronuncia afferma che "occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, UNIS e *Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C26/14, EU:C:2015:821, punto 30)". La sentenza *Promoimpresa* chiarisce anche che, in relazione alle deroghe di cui all'art. 12, co. 3, della direttiva servizi, i motivi di interesse generale, nell'ambito dei quali può essere ricompresa la tutela del legittimo affidamento, devono essere considerati *ex ante*, ossia quando si fissano le regole della procedura di gara, e non *ex post*, ossia al momento del rinnovo della proroga. Sulla sentenza *Promoimpresa*, *ex multis*: L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga* ex lege., in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 912-926; G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 60-67; L. Griselli, *Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15*, in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 1293-1297; A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2016, 16. In generale sui principi comunitari rilevanti in materia di concessioni demaniali marittime, A. Lucarelli - B. De Maria - 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*, in *Quad. rass. dir. pubbl. eur.*, 2021 ,7. Sul regime di proroga, che conferisce ai concessionari un assoluto favore, e sulla sua incompatibilità col diritto dell'Unione europea e in particolare col principio di concorrenza e le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi: F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 787 ss.; G. Grüner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2010, p. 678 ss.; M. Magri, *«Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, p. 359 ss.; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016, p. 2 ss.; 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, p. 1 ss.; M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020, *passim* e spec. p. 168 ss.; Id., *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; C. Burelli, *Le concessioni turistico ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 2, p. 247 ss.; M. Ferrara - G. Ioannides - G. Vosa (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *Federalismi.it*, 21 luglio 2021. Sul rapporto tra concorrenza e concessioni di beni pubblici, B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, 2008, p. 393 ss.; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017, *passim*. In senso critico sulla sentenza *Promoimpresa* B. Caravita di Toritto - G. Carlomagno, *La proroga* ex lege, cit., p. 239, per cui la Corte di Giustizia (così come anche la Commissione) accede "ad una visione della materia delle concessioni balneari 'iper concorrenziale'. Non sono legittime le proroghe, sono sempre necessarie le gare! La concezione che si trova alla base di questa posizione, se assunta in modo estremistico, può porre qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 3, co. 3 e co. 4 del Trattato sull'Unione Europea. Sembra quasi che la Commissione stia esaltando il concetto di economia fortemente competitiva a discapito della tutela – anch'essa fondamentale nel Trattato – dell'economia sociale di mercato (…). Non si può imporre dall'alto ed *ex abrupto* un regime rigido di concorrenza tralasciando del tutto il tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie). (…) Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco. Il compito di 'bilanciare' concorrenza ed economia sociale non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza".

ISSN 2036-7821

Nonostante la procedura di infrazione e la pronuncia del giudice europeo, all'avvicinarsi del termine delle concessioni demaniali marittime del 31 dicembre 2020, il legislatore italiano, invece di disciplinare risolutivamente la questione nel rispetto dei principi dettati dall'Unione, prorogava ulteriormente le predette concessioni in essere, estendendole addirittura fino al 31 dicembre 2033[15].

L'adozione di tali proroghe provocava diverse reazioni. A livello comunitario, la Commissione europea apriva una nuova procedura di infrazione in materia, questa volta in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, co. 682 e 683, l. n. 145/2018[16]. A livello interno, invece, in conseguenza della notevole incertezza risentita sia dagli operatori sia dalle amministrazioni[17], i Tribunali amministrativi regionali venivano investiti da un rilevante contenzioso (sollevato anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[18]). Pur fornendo in parte risposte oscillanti, essi tendevano prevalentemente a confermare l'orientamento formatosi sulla scorta della pronuncia *Promoimpresa* e ad affermare la disapplicazione, da parte sia del giudice amministrativo sia della pubblica amministrazione, della normativa interna sulle

[15] Con la l. 30 dicembre 2018, n. 145, la scadenza delle concessioni veniva ancora una volta posticipata al 31 dicembre 2033 (art. 1, co. 682 e 683), previsione confermata poi dall'art. 100, co. 1, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. in l. 13 ottobre 2020, n. 126, estendendo la proroga di cui all'art. 1, co. 682 e 683, menzionato anche alle concessioni lacuali e fluviali. Per di più a causa della crisi pandemica il legislatore nazionale introduceva altresì una moratoria generalizzata, affermando la possibilità per i concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di chiedere l'estensione di quindici anni (e quindi fino al 1° gennaio 2034) delle vigenti concessioni e disponendo la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, sino al medesimo termine, vietando alle amministrazioni di intervenire se "l'utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione" (art. 182, co. 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34). Si vedano: M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4; E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, p. 30, in cui si osserva come in alcuni casi "l'emergenza sanitaria sembra ridursi a poco più di un pretesto per adottare norme di favore per gli operatori in ambiti 'delicati', come nel caso delle modifiche apportate in conversione del Decreto 'Rilancio' all'art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020 in materia di concessione dei beni del demanio marittimo".

[16] Commissione europea, Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020. Con la lettera di messa in mora si osserva come "la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane", lasciando all'Italia due mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione.

[17] A fronte della rilevata incertezza giuridica alcuni Comuni hanno concesso la proroga delle concessioni demaniali marittime in essere fino al 31 dicembre 2033, altri hanno disapplicato la normativa nazionale e avviato procedure selettive, altri hanno adottato brevi proroghe nell'attesa del promesso riordino della materia, altri in un primo tempo hanno adottato provvedimenti di proroga per poi annullarli in autotutela in un secondo tempo, altri ancora hanno omesso di pronunciarsi sulle istanze dei concessionari.

[18] L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è inoltre espressa più volte osservando la necessità di ricorrere a gare ad evidenza pubblica, nonché di disapplicare la normativa interna contraria ai principi concorrenziali: AS1701, 28 luglio 2020, Comune di Piombino; AS1712, 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia; AS1719, 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate; AS1684, 7 luglio 2020.

ISSN 2036-7821

proroghe in palese contrasto con i principi comunitari per essere di mera reiterazione di normative nazionali già dichiarate incompatibili dalla Corte di giustizia con quella pronuncia, nonché ad annullare di conseguenza i provvedimenti di rilascio delle proroghe fino al 2033[19]. Rispetto a tale prevalente indirizzo esulava insistentemente il Tar Lecce, espressosi a più riprese nel senso della non configurabilità di un obbligo delle amministrazioni di disapplicare le norme primarie di proroga e avviare procedure di gara in mancanza della necessaria disciplina statale[20].

A fronte del contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa, della grave incertezza di sistema e della particolare rilevanza economico-sociale della questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, il Presidente del Consiglio di Stato rimetteva tale questione all'Adunanza Plenaria[21] al fine di assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali

Più in particolare sono tre i quesiti di diritto che il Presidente del Consiglio di Stato rimetteva al massimo Consesso della giustizia amministrativa. Il primo richiedeva se sia doverosa, o meno, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, di norme primarie contenenti proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e in particolare se tale obbligo di disapplicazione sussista solo per gli organi della giurisdizione nazionale o anche per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato e si estenda a tutte le

[19] Si veda per tutte la pronuncia del Cons. Stato, 18 novembre 2019, n. 7874, che ha sancito principi fatti propri da molti Tar nelle loro successive decisioni in materia (tra le altre, Tar Veneto, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218; Tar Pescara, sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 505; Tar Campania, Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265; Tar Toscana, sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, su ricorso promosso dall'AGCM). In merito a tale pronuncia: A. TRAVI, *Nota a Cons. St., sez VI, 18 novembre 2019, n. 7874*, in *Foro it*, 2020, 2, parte III, p. 82 ss. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, nn. 7251-7258, dichiarava tuttavia, a causa dell'intervento della l. n. 145/2018, l'improcedibilità degli appelli promossi dal Comune che aveva avviato procedure di gara per affidare la concessione di beni demaniali pubblici.

[20] Tar Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020, nn. 1321 e 1322; ancora 15 gennaio 2021, nn. 71-75, e 15 febbraio 2021, n. 268. Con tali sentenze il Tar leccese esprimeva il principio secondo cui la normativa nazionale vigente era valida e che, non essendo stata dichiarata illegittima o incompatibile né dalla Corte costituzionale né dalla Corte di giustizia, doveva essere applicata, con conseguente validità dei provvedimenti di rilascio delle concessioni fino al 2033, la cui eventuale illegittimità avrebbe dovuto essere accertata dal giudice amministrativo, che, in tale ipotesi, ne avrebbe disposto l'annullamento. Più in particolare, secondo il Tar pugliese, l'amministrazione non sarebbe obbligata a disapplicare la normativa interna sulla base della sentenza *Promoimpresa* e la direttiva servizi non sarebbe *self-executing*, con la conseguenza che sarebbe subordinata alla normativa interna relativa alle proroghe, unica applicabile. Per questo motivo tale giudice annullava il provvedimento di diniego della proroga di una concessione, considerando illegittima la disapplicazione della normativa nazionale da parte dell'amministrazione, disapplicazione operabile solo dal giudice nazionale. In considerazione di quanto precede e in particolare dell'applicabilità della sola normativa interna, sulle amministrazioni incomberebbe l'obbligo, su istanza dei concessionari, di prorogare le concessioni fino al 2033.

[21] Decreto n. 160 del 24 maggio 2021. In merito si rinvia a R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

ISSN 2036-7821

articolazioni di questo. Il secondo quesito riguardava la sorte dei provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033 adottati eventualmente in contrasto con la disciplina comunitaria. In particolare tale quesito, in caso di risposta positiva al primo, domandava se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato sia tenuta all'annullamento di ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa eurounitaria. Infine, il terzo quesito era se, nell'ipotesi in cui la normativa interna di cui al d.l. n. 34/2020 fosse stata ritenuta conforme al diritto europeo, dovessero considerarsi "aree oggetto di concessione" anche le aree soggette a concessione scaduta alla data di entrata in vigore del d.l. predetto, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, co. 682 ss., l. n. 145/2018.

2. Le pronunce dell'Adunanza Plenaria.

Con le sentenze "gemelle"[22] nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021[23] l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta coraggiosamente il tema della compatibilità con il diritto europeo delle proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali marittime e scioglie i nodi che si erano venuti a stringere intorno alla materia e che si possono distinguere in nodi "dell'oggi" e in nodi "del domani"[24]. Le sentenze in esame non definiscono

[22] Le due decisioni, pur se definite gemelle, riguardano gli appelli di due decisioni che hanno avuto esisti contrapposti. In effetti mentre il Tar Puglia, Lecce, n. 73/2021 aveva accolto il ricorso proposto dal concessionario uscente relativo alla pretesa del riconoscimento del diritto alla proroga fino al 31 dicembre 2033, il Tar Sicilia, Catania, n. 504/2021 invece aveva respinto analoga istanza di riconoscimento della proroga fino al 2033.

[23] Su tali sentenze si rinvia innanzitutto al numero speciale della Rivista *Diritto e Società* n. 3/2021, *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenza 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, con i seguenti contributi: M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, p. 331 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, p. 359 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, p. 385 ss.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, L'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, p. 401 ss.; R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, p. 420 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, p. 441 ss.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria… le gemelle di Shining?*, p. 473 ss.; R. ROLLI - D. SAMMARRO, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria)*, p. 489 ss.; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*, p. 507 ss.; G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, p. 529; M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, p. 545 ss.; P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, p. 583 ss. Ancora, tra i numerosi commenti su tali sentenze: E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in* malam partem *di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; F.P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, ivi; M. TIMO, *Concessioni balneari senza gara… all'ultima spiaggia*, in *Riv. giur. edil.*, n. 5/2021; A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio d Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2021, 2, p. 232 ss.

[24] Il richiamo è al contributo di M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi*

ISSN 2036-7821

dunque il grado di appello dei relativi giudizi, ma fissano principi che in via endoprocedimentale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (per quanto riguarda il giudizio incardinato in primo grado presso il Tar Catania) e la Sezione competente del Consiglio di Stato (per quanto riguarda il giudizio incardinato in primo grado presso il Tar Lecce) dovranno applicare.

Per quanto riguarda i nodi "dell'oggi", in primo luogo, la Plenaria afferma che nel caso delle concessioni demaniali marittime sussiste un "interesse transfrontaliero certo". Tale interesse deriva infatti dalla rilevanza economica delle attività relative alle concessioni predette, dovendosi considerare il relativo mercato quale sistema unitario complessivo, e non parcellizzato nelle singole concessioni o spiagge. In secondo luogo, i giudici di Palazzo Spada affermano la sussistenza nel caso in esame del requisito della "scarsità della risorsa naturale", da riferirsi all'intero mercato delle concessioni demaniali marittime [25]. In effetti dovendosi valutare tale requisito in relazione alla disponibilità effettiva della risorsa (e dunque in termini relativi), nel caso del predetto mercato tale disponibilità è pressoché inesistente. Infine il Consiglio di Stato afferma che i principi della direttiva *Bolkestein* sono applicabili non solo alle autorizzazioni direttamente disciplinate dalla direttiva stessa, ma anche alle concessioni demaniali marittime[26]. Infatti, sintetizzando, al concetto europeo di "autorizzazione" va attribuita valenza sostanziale, rientrandovi dunque anche quello italiano di "concessione" [27].

---

del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18), in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1, p. 173 ss.

[25] Come visto, ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* la "scarsità delle risorse" costituisce condizione per la sua applicabilità. Tuttavia, la predetta direttiva non indica quali siano i criteri per verificare quando una risorsa possa considerarsi scarsa, lasciando tale compito al giudice nazionale. Sulle "storiche" questioni già risolte dalla giurisprudenza in modo più o meno condivisibile relative ai requisiti della "risorsa scarsa" e dell'"interesse transfrontaliero certo" ai fini dell'applicabilità della direttiva *Bolkestein* si rinvia *ex multis* a: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 347 ss. In dottrina si nega che le coste italiane costituiscano una risorsa scarsa ad esempio in: B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 641.

[26] Il dubbio era sorto a fronte della differenza terminologica tra diritto interno e diritto europeo. Mentre la direttiva *Bolkestein* si riferisce solo alle "autorizzazioni", quale concetto comprendente tutte le tipologie di provvedimenti che permettono svolgere determinate attività economiche, il diritto italiano distingue tra provvedimenti di concessione e provvedimenti di autorizzazione.

[27] Si veda M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 197, per cui "al di là delle sovrapponibilità o meno dei due concetti, ciò che era maggiormente rilevante era costituito dal carattere strumentale della concessione demaniale rispetto all'autorizzazione a svolgere servizi ed attività di tipo economico, in quanto, per svolgere attività economiche di tipo balneare (stabilimenti, ristoranti ecc.), è necessario essere titolare della concessione sul territorio demaniale, il cui rilascio o rinnovo, per tale ragione, non può avvenire in deroga alle regole della concorrenza". Sull'istituto della concessione in generale, *ex multis*: O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; U. BORSI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Roma, 1931; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; D. SORACE - C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, p. 280 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

ISSN 2036-7821

Sulla base di quanto precede la Plenaria conferma l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, conseguendone la contrarietà al diritto europeo, e in particolare ai principi di libera concorrenza di cui alla predetta direttiva, delle norme nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero nuovamente disporre) la proroga automatica e generalizzata delle concessioni suddette.

Dichiarato tale contrasto e ribadendo la primazia del diritto europeo, l'Adunanza Plenaria afferma che le menzionate norme nazionali contrastanti con tale diritto possono e devono essere direttamente disapplicate non soltanto dai giudici nazionali ma anche dalla pubblica amministrazione[28]. Tale affermazione permette di rispondere in modo adeguato alle esigenze dell'effettività e della pienezza della tutela. In effetti il dispendio di ulteriore tempo dovuto a una rimessione alla Corte costituzionale o al giudice europeo per vedere confermati principi già dichiarati con riferimento alla precedente normativa italiana sarebbe illogico e irragionevole, a fronte di una più agevole e diretta disapplicazione.

In considerazione dei principi sopra brevemente illustrati, la Plenaria risponde in modo negativo al quesito del Presidente del Consiglio di Stato circa l'esigenza o meno della pubblica amministrazione di procedere in autotutela in relazione ai provvedimenti di proroga già adottati. Secondo il Consiglio di Stato in questi casi l'adozione di un provvedimento di annullamento in autotutela non è necessaria in quanto i provvedimenti di primo grado di proroga hanno carattere meramente ricognitivo e hanno origine direttamente dalla normativa nazionale, che, una volta disapplicata, produce l'automatica caducazione dei provvedimenti emanati sulla sua base.

Per quanto riguarda il "domani" l'Adunanza Plenaria scioglie altri tre nodi.

Il primo è di tipo processuale e riguarda la decorrenza degli effetti del sistema delineato. Consapevole di avere affermato principi in grado di comportare conseguenze di rilevante impatto economico-sociale quali quelle che deriverebbero dalla decadenza immediata e generalizzata delle concessioni, la Plenaria modula gli effetti temporali della sua decisione, posticipandoli. Nello stabilire il termine di decorrenza di tali effetti secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza essa valuta i seguenti tre fattori: il considerevole numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione europea, i tempi tecnici (di circa due anni) per l'espletamento da parte delle amministrazioni delle numerosissime procedure di gara (più di undicimila) e

[28] Sulla disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione europea, *ex multis*: R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, p. 148; 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, p. 539; R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005.

ISSN 2036-7821

quelli per il riordino della materia da parte del legislatore. Sulla base di tali fattori, derogando alla generale retroattività delle sentenze, il Consiglio di Stato dispone che le concessioni demaniali già in essere continuano a essere efficaci fino al 31 dicembre 2023, data dalla quale cesseranno di produrre effetti, anche in assenza di una disciplina legislativa o di un soggetto subentrante e anche nel caso di eventuali nuove proroghe legislative nel frattempo intervenute[29]. Queste dovranno infatti essere considerate senza effetto e disapplicate dal giudice amministrativo e dalle amministrazioni, perché contrarie al diritto dell'Unione europea[30].

In secondo luogo, di nuovo in ragione dell'impatto dirompente delle sue pronunce, l'Adunanza Plenaria considera la posizione dei concessionari uscenti e il loro legittimo affidamento, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati. In proposito infatti al fine di tutelare tale affidamento essa afferma la possibilità che

[29] La tempistica fissata dal Consiglio di Stato potrebbe causare taluni problemi. In effetti da una parte rischia di pregiudicare gli investimenti effettuati dalle imprese familiari, dall'altra addossa sui Comuni il compito di gestire migliaia di complesse procedure di evidenza pubblica in un arco temporale forse troppo ristretto, anche in considerazione della scarsa quantità di funzionari a disposizione. Si veda sul punto B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 642, in cui in una prospettiva di riforma si ipotizza e si ritiene sostenibile, nelle more dell'attuazione di questa, una più lunga proroga delle concessioni vigenti (di un triennio o anche di un quinquennio). La questione non è di agevole soluzione. In effetti ulteriori proroghe automatiche e generalizzate sarebbero considerate contrarie al diritto eurounitario, come già affermato dalla sentenza Promoimpresa. D'altra parte anche la mancata conclusione delle gare entro il termine del 31 dicembre 2023 sarebbe problematica. Essa infatti comporterebbe probabilmente l'obbligo in capo al gestore uscente di assicurare la gestione del bene fino al subentro del nuovo concessionario. Tuttavia in una circostanza siffatta, in assenza di certezze in merito alle sorti della gara, i gestori uscenti difficilmente continuerebbero a realizzare investimenti. Si veda in merito M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 358.

[30] Sulla posticipazione degli effetti delle sentenze: M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime*, cit., p. 191-192, in cui si evidenzia l'innovatività della posticipazione degli effetti delle pronunce della Plenaria, attribuendo alle statuizioni di questa carattere sostanzialmente regolatorio più che giurisdizionale; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni*, cit., p. 523, in cui si osserva che la deroga alla retroattività degli effetti trova fondamento nel principio di certezza del diritto al fine di preservare la posizione dei concessionari uscenti a fronte di un "quadro di incertezza normativa" e che la conseguente disapplicazione "differita" della normativa interna contraria al diritto dell'Unione europea "viene di fatto a perpetuare quella stessa violazione del diritto europeo stigmatizzata dalle recenti decisioni, dal momento che per ben due anni molte concessioni potranno ancora beneficiare di proroghe automatiche e generalizzate"; in senso critico F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 378 ss., secondo cui "l'orientamento formulato dal Consiglio di Stato appare opinabile, giacché si colloca a metà strada tra il principio sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, che consente però in via esclusiva alla Corte di giustizia di provvedere in tal senso, e il principio che riconosce al giudice nazionale di sospendere del tutto eccezionalmente l'applicazione di una norma dell'Unione, ma soltanto in presenza di rigorose condizioni [ad esempio, per ragioni di certezza dei traffici giuridici, protezione dell'ambiente e sicurezza dell'approvvigionamento elettrico] che non sussistono nel caso di specie. Peraltro, la graduazione degli effetti delle sentenze del Consiglio di Stato sembra in contraddizione con l'applicazione nel caso di specie del brocardo latino *tamquam non esset*, che conduce a ritenere non esistenti le proroghe delle concessioni"; tali sentenze dunque presentano "qualche elemento di criticità, in particolare, sulla posticipazione della fine delle concessioni", tuttavia "verosimilmente questo risultato si sarebbe comunque realizzato per il tempo strettamente necessario all'indizione e alla conclusione delle procedure di gara" (p. 383); ancora in senso critico E. LAMARQUE, *Le due sentenze*, cit., p. 474 ss., che parla del differimento degli effetti delle sentenze "gemelle" alla data arbitraria del 31 dicembre 2023 quale abuso da parte dell'Adunanza Plenaria della sua qualità di organo di nomofilachia della giustizia amministrativa.

ISSN 2036-7821

la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata dal riconoscimento di un indennizzo in favore dei predetti concessionari a tutela degli investimenti da questi eventualmente effettuati e non ancora ammortizzati.

In terzo luogo, oltre ad evidenziare l'urgenza di un riordino normativo della materia che sia in grado di contemperare le istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'interesse dei concessionari uscenti ad ammortizzare gli investimenti effettuati, il Consiglio di Stato ha indicato una serie di principi e criteri che, alla luce del diritto europeo (e in particolare della sentenza *Promoimpresa* e dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*), il legislatore, pur nella sua piena libertà di bilanciare gli interessi nel modo ritenuto più opportuno (nel rispetto dei soli vincoli emergenti dall'art. 117, co. 1, Cost.), dovrebbe stabilire in relazione alle future procedure ad evidenza pubblica[31]. Segnatamente, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni 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; dovrebbero essere scelti criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; nella valutazione della capacità tecnica e professionale potrebbero essere individuati criteri che consentano di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, dunque, anche del concessionario uscente), ma a parità di condizioni con gli altri e garantendo che tale valorizzazione non si traduca in una sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori; altri elementi di valutazione dell'offerta potrebbero riguardare gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire; la durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato, risultando opportuno introdurre a livello normativo un limite massimo alla durata delle concessioni, che le amministrazioni aggiudicatrici dovranno poi determinare in concreto nei bandi di gara in funzione dei servizi richiesti ai concessionari. Tale durata dovrebbe essere commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una

[31] Si veda G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 396, per cui in considerazione del fatto che le pronunce della Plenaria dettano anche dei criteri che il legislatore statale dovrà seguire per dare attuazione alla direttiva servizi nel settore in esame, l'A., riprendendo "la terminologia impiegata a suo tempo con riguardo a talune sentenze della Corte Costituzionale", ritiene le pronunce in esame definibili "sentenze delega". L'A. osserva inoltre che "i criteri dettati dall'Adunanza Plenaria se da un lato si impongono come veri e propri 'comandi' alle pubbliche amministrazioni per l'ipotesi che la materia continui a non essere legificata dopo il 31.12.2023 o per la ipotesi in cui le amministrazioni nell'intanto procedano al rilascio di concessioni di aree non più coperte da concessioni (qualunque ne sia la ragione), dall'altro nei confronti del legislatore operano come 'consigli', al punto che potremo parlare di esercizio di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale".

ISSN 2036-7821

remunerazione del capitale investito. Se invece ciò dovesse comportare una durata eccessiva, il Consiglio di Stato suggerisce di prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario. Infine, con l'auspicato obiettivo che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione, la Plenaria considera opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Come anticipato, le due pronunce in esame non definiscono la controversia. La lett. c) del loro dispositivo, dopo aver enunciato i principi di diritto, restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e alla competente Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

3. Portata, natura e limiti della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Come noto, l'art. 99 c.p.a. disciplina il deferimento all'Adunanza Plenaria, organo cui è demandata la funzione nomofilattica nel diritto amministrativo. Il deferimento può avvenire con un'ordinanza emanata d'ufficio o su richiesta di parte in caso di contrasti giurisprudenziali attuali o potenziali sul punto di diritto oggetto della lite, in caso di mancata condivisione di un principio di diritto espresso dalla Plenaria o infine in caso di particolare importanza della questione di massima da decidere (e in quest'ultima ipotesi il deferimento è consentito, in via facoltativa, solo al Presidente del Consiglio di Stato)[32]. Una volta investita della questione, l'Adunanza Plenaria può restituire gli atti alla sezione, decidere l'intera controversia, enunciare il principio di diritto e restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente, oppure, laddove non ci sia più controversia o la controversia per ragioni processuali non abbia ragione di continuare, può dichiarare irricevibile, improcedibile o estinto il ricorso, ma enunciare comunque il principio di diritto nell'interesse della legge.

Le pronunce "gemelle" in esame sono sorte a seguito del deferimento d'ufficio della questione di massima di particolare importanza (*rectius*, di tre questioni di diritto di massima di particolare importanza) da parte del Presidente del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria[33], chiamata dunque a esercitare la sua funzione nomofilattica, ossia quell'attività di esatta e uniforme interpretazione della legge volta a garantire l'unità del diritto oggettivo, di difesa del diritto e di mantenimento dell'esistente

[32] Più precisamente, ai sensi dell'art. 99, co. 2, c.p.a., "Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali".

[33] Art. 99, co. 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

giuridico[34]. Tuttavia, a ben vedere, nell'adozione delle pronunce menzionate la funzione esercitata dalla Plenaria appare più che come intervento nell'interesse della legge, come intervento in soccorso di un legislatore incapace di decidere. In effetti proprio in occasione della contestuale pubblicazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza[35] il legislatore non è stato in grado – per la fragilità del quadro politico, nonché per la debolezza del Parlamento e delle maggioranze parlamentari che sostengono l'esecutivo – di varare una misura legislativa (ossia l'abrogazione della norma che, in contrasto con il diritto dell'Unione europea, aveva disposto la proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime) che ponesse argine alla questione controversa e realizzasse quell'effetto che le pronunce in esame producono in via di supplenza.

In altri termini dalle sentenze oggetto di studio sembra emergere un elemento di supplenza rispetto all'inabilità del legislatore di adempiere al suo preciso obbligo di rendere il diritto nazionale conforme con quello dell'Unione europea. Escludendo tra governo e organo giurisdizionale amministrativo nel suo supremo Consesso un raccordo volto a garantire tale funzione di supplenza, questa appare invece inevitabilmente necessitata nel momento in cui il legislatore, sia esso governativo o parlamentare, si trovi per lungo tempo nell'incapacità di far fronte ai suoi obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea[36].

---

[34] Sull'Adunanza Plenaria e la sua funzione nomofilattica, *ex multis*: S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011, p. 15 ss.; E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE, *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo*, Padova, 2015, p. 25 ss. L.R. LEVI SANDRI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1307.

[35] Il d.d.l. n. 2469, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, è stato presentato il 3 dicembre 2021.

[36] Concordano sulla straordinaria funzione svolta dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze qui in esame, tra gli altri: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 346, in cui in senso critico si osserva che "La lettura – e rilettura – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello - proprio piuttosto della funzione consultiva - di 'ausiliare' il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di 'opportunità' e di 'equilibrio' nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica. Pur comprendendo la generosità del gesto – particolarmente importante in un momento di grande sintonia tra i vertici nazionali e quelli dell'Unione – siffatto *modus operandi* (…) non manca di destare serie perplessità"; R. DIPACE, *L'incerta natura*, cit., p. 419, secondo cui "Le decisioni hanno una notevole rilevanza (…) perché evidenziano il ruolo 'supplente' del giudice amministrativo rispetto a un legislatore riluttante nel disciplinare compiutamente la materia già oggetto di procedure di infrazione europee"; E. LUBRANO, *Le concessioni demaniali*, cit., p. 194-195, in cui, giustificando maggiormente l'azione dell'Adunanza Plenaria, si osserva che "in un contesto nel quale il Legislatore non svolgeva il proprio ruolo, secondo i principi superiori del diritto europeo e del diritto costituzionale, tale corto-circuito avrebbe potuto essere 'rotto' soltanto con una presa di posizione sostanziale da parte del giudice amministrativo, capace di andare oltre tutti i 'lacciuoli' formali, mediante l'affermazione del potere di disapplicazione della normativa nazionale - laddove manifestamente elusiva dei principi già specificamente imposti dal diritto europeo e dal Giudice Europeo - sia in capo al giudice amministrativo, sia in

ISSN 2036-7821

La circostanza per cui nel caso in esame la rimessione dei ricorsi alla Plenaria derivi da una scelta del Presidente del Consiglio di Stato, piuttosto che dal dibattito, dal dialogo e dal conflitto processuale tra le parti nel giudizio, costituisce un profilo che sembra suggerire un indebolimento della piena legittimazione della menzionata funzione di supplenza. La circostanza predetta consente infatti di alimentare i sospetti che il Consiglio di Stato sia intervenuto per risolvere i problemi del legislatore incapace, pur se certamente non è questo il caso di specie e non era questo l'intendimento né del Presidente del Consiglio di Stato *pro tempore* quando ha deferito i ricorsi[37], né del Collegio quando nell'esercizio della sua missione giurisdizionale ha adottato la sua decisione.

Alla luce di quanto precede e dei dubbi sollevati, appare più utile e anche più opportuno che in casi analoghi, al fine di assicurare una maggiore legittimazione a una siffatta azione di supplenza, sia una sezione del Consiglio di Stato, su richiesta di una delle parti, a deferire il ricorso alla Plenaria secondo la modalità più ordinaria di cui all'art. 99 c.p.a., e dunque senza che venga investito il Presidente del Consiglio di Stato. Nel caso di specie, in particolare, ben avrebbe potuto richiedere l'emanazione dell'ordinanza di deferimento la parte pubblica, gravata del compito di difendere in sede europea posizioni difficilmente difendibili.

Sempre con riferimento all'istituto di cui all'art. 99 c.p.a., le sentenze in esame stimolano una riflessione sulla natura e sulla funzione nomofilattica della decisione della Plenaria non quando dirime orientamenti contrastanti in giurisprudenza, ma

---

capo alla stessa Amministrazione (…). Con tale impostazione, il giudice amministrativo si è, in sostanza, conferito un ruolo di legislatore supplente (per non dire "contro-legislatore"): laddove il Legislatore rimanga inerte (o, peggio, emani normative palesemente illegittime, di reiterazione di principi già dichiarati incompatibili con il diritto europeo), il Giudice si assume un potere (quasi di tipo cautelare) di diretta disapplicazione della norma illegittima e conferisce il medesimo potere anche alla stessa Amministrazione (la quale, chiaramente, dovrà utilizzarlo in maniera estremamente ponderata, nei soli casi di incompatibilità già acclarata della normativa nazionale rispetto al diritto europeo). L'auto-conferimento di tale ruolo può essere senz'altro discutibile, in astratto, sulla base dei principi generali (la separazione dei poteri *in primis*), ma tale profilo di criticità formale deve ritenersi recessivo rispetto alla necessità sostanziale di avere un Giudice che imponga il rispetto delle regole, anche allo stesso Legislatore, quantomeno in casi estremi, come la questione oggetto della presente disamina, nei quali il Legislatore dimostri una totale sordità ai principi superiori che dovrebbero limitare il relativo potere. In questa ottica, quello che può essere sembrato uno sconfinamento del potere giurisdizionale trova una propria giustificazione all'esigenza pratica di 'riconfinare' il Legislatore e di non consentirgli più un evidente abuso del potere legislativo".

[37] In merito M. LIPARI, nel suo intervento al Convegno "*Le concessioni demaniali marittime in riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18*", tenutosi presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma il 24 gennaio 2022, osserva che il Presidente del Consiglio di Stato, nell'adottare la decisione di deferire la questione all'Adunanza Plenaria, ha seguito un *iter* istruttorio trasparente e ricco, costituito dalla richiesta di parere all'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, dalla successiva valutazione di questo sulla rilevanza di massima delle problematiche anche in relazione alla possibilità di contrasti giurisprudenziali e dalla formulazione dei quesiti sottoposti alla Plenaria e formulati sulla base del parere del predetto Ufficio.

ISSN 2036-7821

quando risolve questioni di massima di particolare importanza[38]. Segnatamente, ci si domanda qual è il ruolo nomofilattico svolto dall'Adunanza Plenaria nel risolvere questioni di massima di particolare importanza rispetto alla vicenda che origina il conflitto o, meglio, qual è il limite della funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria nell'enunciazione della soluzione di una questione di massima di particolare importanza rispetto ai limiti della domanda fatta valere nel giudizio *a quo* e se sussiste un rapporto tra di essi.

Si tratta di un tema rilevante dal punto di vista del diritto processuale amministrativo e che è volto a comprendere come la questione di massima di particolare importanza possa essere posta e definita rispetto al giudizio *a quo*. Sul punto si consideri infatti che la previsione legislativa di cui all'art. 99, co. 5, c.p.a., ai sensi della quale l'Adunanza Plenaria può pronunciarsi anche quando la lite non c'è più per lasciare una definizione di mero principio, consente di "sganciare" la definizione della questione di massima dal principio della domanda, dall'oggetto della controversia e quindi dai limiti stessi di una giurisdizione di diritto soggettivo, cioè fondata su situazioni giuridiche soggettive, come quelle da cui originano pur occasionalmente le controversie alla base delle pronunce della Plenaria.

Tuttavia la tesi, pur sostenibile, della funzione nomofilattica del supremo Consesso della giustizia amministrativa nell'enunciazione della soluzione di una questione di massima di particolare importanza "sganciata" dai limiti della domanda fatta valere nel giudizio *a quo* trova un limite laddove la questione di massima non sia declinata in astratto ma, come nel caso di specie, essa in realtà sia declinata in concreto. In effetti a ben vedere nel caso che qui ci occupa la questione di massima, pur essendo sicuramente di straordinaria importanza, non è una (vera) questione di massima. È una questione (e così anche la relativa decisione) di una miriade di casi individuali, cioè di tutti i titolari di concessioni balneari prorogate per legge che vengono investiti da una decisione rispetto alla quale sono estranei.

Venendo a un altro punto delicato delle sentenze "gemelle" ma collegato al precedente, la lett. a) del loro dispositivo dichiara inammissibili gli interventi ed estromette dal giudizio comitati, associazioni di categoria, federazioni, stazioni balneari, lidi, concessionari demaniali, enti pubblici e gli altri soggetti che erano intervenuti negli altri giudizi che, pur pendenti davanti allo stesso Consiglio di Stato, non sono stati rimessi all'Adunanza Plenaria. Secondo quest'ultima tali soggetti sono estranei alla controversia perché non detengono alcuna posizione relativa alla questione che la ha originata né alcuno specifico interesse all'intervento, ma anzi sono titolari di interessi propri in altri giudizi. Come ribadito dal Consiglio di Stato,

[38] Nel caso di specie non sussisteva un vero e proprio contrasto giurisprudenziale: pur se la posizione del Tar Lecce non era condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, non si era comunque di fronte a orientamenti contrastanti tra sezioni del Consiglio di Stato. Piuttosto, quella relativa alle concessioni demaniali marittime costituiva una questione di massima di particolare importanza che richiedeva urgente soluzione.

ISSN 2036-7821

non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che gli interventori siano parte di altri giudizi in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale si intende intervenire[39].

A ben vedere, tuttavia, la questione sottoposta all'Adunanza Plenaria era, come già accennato, una questione di massima di particolare importanza non astratta, ma concreta. A conferma di tale concretezza, infatti, vi erano i titolari di situazioni giuridiche soggettive coinvolti dalla medesima questione di massima. Questi però non sono potuti intervenire in giudizio e non hanno potuto tutelare le loro ragioni nell'agone processuale. Dunque, sebbene la questione di massima sia di pieno dominio dell'Adunanza Plenaria, che ne può e ne deve fare l'uso più giusto che ritenga per il beneficio della collettività e per l'interesse oggettivo della legge, essa tuttavia soffre il limite della tutela dei diritti fondamentali costituzionali del giusto processo, nonché del rischio (da evitarsi) che la questione di massima ridondi in violazione del diritto della difesa e della tutela del contraddittorio e nella stessa negazione dell'esercizio della funzione giurisdizionale *pro futuro*. In altri termini, pur se la questione di massima non serve a precludere future controversie o a deciderle in anticipo, è proprio questo il rischio che corrono le due sentenze in esame, ossia quello di decidere in anticipo liti future, pur se a fin di bene. Al riguardo infatti si è consapevoli che ci sono diversi milioni di euro di ragioni concrete che giustificano le conclusioni della Plenaria, al di là di quelle di conformità al diritto europeo che sono altrettanto meritevoli di adeguata (e urgente) considerazione. Tuttavia queste ragioni devono essere tutelate nelle forme che rispettano i principi fondamentali della tutela processuale[40].

Non avrebbe in nulla cambiato gli effetti sostanziali delle due pronunce in esame per esempio risolvere la questione di massima di particolare importanza limitandosi alle concessioni demaniali che avevano originato le sentenze. Bastava enunciare e risolvere la questione di massima solo con riferimento alle predette singole

[39] La Plenaria richiama sul punto alcuni suoi precedenti e in particolare le sentenze n. 23 del 2016 e n. 10 del 2020, adducendo altresì motivi di economia processuale. Per quanto riguarda l'intervento delle associazioni di categoria la Plenaria lo ha bocciato sulla base della ragione che la pronuncia risponde ai quesiti posti in un giudizio sul "diniego di proroga di una singola concessione demaniale" e "non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati [dalle predette Associazioni], ma produce solo effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera dei concessionari".

[40] Critica il rifiuto della Plenaria a consentire gli interventi *ad opponendum* anche M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 344, secondo cui "La portata innegabilmente 'decisoria' delle risposte date ai quesiti e il fortissimo impatto 'a tutto tondo' delle pronunce sull'intero sistema giuridico-economico delle nostre coste (…) – con la dichiarazione di radicale inefficacia di tutte le proroghe, anche future, delle concessioni a uso turistico-ricreativo disposte con apposite leggi e senza una previa procedura di evidenza pubblica – avrebbe invero imposto di garantire la massima effettività del contraddittorio con tutte le parti che avevano manifestato il loro concreto interesse a difendere le posizioni cui il legislatore, le amministrazioni e, come si è visto, in alcuni casi, gli stessi giudici, avevano riconosciuto stabilità". Secondo l'A. una possibile soluzione creativa che l'Adunanza Plenaria avrebbe potuto adottare sarebbe stata quella di chiedere alle Sezioni di riferimento una previa pronuncia sulla ammissibilità di tali interventi.

ISSN 2036-7821

concessioni demaniali per non determinare l'effetto oltremodo espansivo delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria rispetto a tutte le altre concessioni demaniali, conseguentemente producendo quell'effetto sicuramente non voluto di vanificazione del possibile esercizio della tutela giurisdizionale in altri contesti e in altri processi.

4. Sui rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

Come affermato dalla giurisprudenza e in particolare dal Consiglio di Stato nelle due pronunce oggetto di analisi, l'autorità amministrativa nazionale è obbligata a disapplicare la norma di diritto interno in contrasto con una norma di diritto europeo chiara e direttamente applicabile. In particolare la disciplina comunitaria in questa materia è in *astratto* direttamente applicabile e quindi, sempre in *astratto*, si può ritenere che ciascuna amministrazione titolare del bene demaniale ben possa disapplicare la norma relativa alla concessione demaniale marittima laddove in contrasto con il diritto europeo. Tali conclusioni rendono ragione del fatto che il Consiglio di Stato abbia correttamente ritenuto di non dover sollevare questione pregiudiziale così come di non avviare un incidente di costituzionalità della norma di proroga illegittima per violazione di altri parametri anche di diritto costituzionale nazionale.

Nell'ambito di tale quadro pur condiviso desta invece perplessità la portata dell'accertamento dell'obbligo di disapplicazione come un accertamento generalizzato per tutte le concessioni demaniali. In effetti tale accertamento appare superare di molto quello che il Consiglio di Stato poteva fare in quella sede, e questo non tanto per una questione di poteri dell'Adunanza Plenaria, quanto per il materiale probatorio e per gli elementi di fatto che erano stati prodotti innanzi ad esso. Le pronunce della Plenaria appaiono infatti fondarsi su un assunto non pienamente condivisibile, ossia la sostanziale omogeneità di tutte le concessioni demaniali prorogate. In altri termini si assume che il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo. Ebbene, tale assunzione non appare vera in fatto (basti pensare alla differenza di valore che può esserci ad esempio tra un tratto di costa a Forte dei Marmi e uno in una zona meno ambita e modaiola) e il Consiglio di Stato non aveva gli elementi in fatto per poterla valutare, potendo invece essere corretta nelle sentenze relative alle future controversie che saranno sollevate nonostante le pronunce "gemelle" della Plenaria. In tali casi la corretta disapplicazione della norma interna contraria al diritto comunitario dovrà essere verificata nella sua legittimità caso per caso, tratto di

ISSN 2036-7821

spiaggia per tratto di spiaggia. Tale approccio permette infatti di distinguere i casi di concessioni insistenti su tratti costieri molto ambiti e contesi dal mercato, e che è dunque giusto che non siano prorogate *ex lege*, da quelli invece poco contesi o non contesi affatto, e in cui dunque non si giustifica l'effetto della pretesa disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto europeo[41].

La predetta notazione ne porta con sé un'altra relativa alla decorrenza degli effetti delle sentenze, dimostrando come in realtà queste, dettando una disciplina generale, abbiano inteso risolvere un problema in termini generali con valenza normativa più che nomofilattica. In effetti, anche la circostanza che per tutte le concessioni demaniali sia stata fissata una decorrenza non *ex tunc*, ma a far data da un determinato momento è indice di una lettura generalizzata di tutte le concessioni demaniali, la quale non appare giustificata. In realtà possono ben esserci infatti casi di concessioni demaniali in cui il mercato è già pronto a contendersele, senza dovere aspettare due anni, ma le sentenze "gemelle" sembrano non esserne consapevoli. In altri termini se sussiste la lesione dell'affidamento, allora non vi è ragione di limitare il periodo di tolleranza per effettuare le gare come determinato dalle pronunce della Plenaria, né soprattutto di limitarlo in termini identici per tutte le concessioni demaniali marittime. Al riguardo non può non considerarsi che l'affidamento è molto diverso da gestore a gestore. Ad esempio l'affidamento circa la legittimità o meno della proroga *ex lege* rispetto al diritto dell'Unione europea che può essere ingenerato in una grande società, magari quotata, che gestisce importanti stabilimenti e che è assistito da una squadra di legali specializzati è ben diverso rispetto a quello che può essere ingenerato nel gestore di un singolo stabilimento, magari situato in un tratto di costa poco pregiato, che al massimo può avere quale illuminazione giuridica quella che gli offre il suo avvocato. È chiaro dunque che la rilevata disomogeneità non vale solo per i beni demaniali oggetto di concessione, ma anche per la posizione soggettiva dei beneficiari di una concessione che si assume in contrasto con il diritto europeo in relazione al quale soggettivamente vada tarata la possibile decorrenza dell'effetto che la pronuncia giurisdizionale produce[42].

---

[41] Condivide un approccio caso per caso anche M.A. SANDULLI, *Introduzione*, p. 349, in cui, in merito alla valutazione della scarsità della risorsa (condizione per l'applicabilità della direttiva *Bolkestein*), si ritiene che essa "avrebbe dovuto, più coerentemente, essere operata, caso per caso, dal giudice delle singole fattispecie – anche alla luce del fatto, valorizzato dalla sentenza Promoimpresa (…), che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale – e, possibilmente, all'esito di una attenta e puntuale ricognizione e pianificazione dell'uso delle coste", e non, come avvenuto, in modo generale e onnicomprensivo dalla Plenaria, sulla base di "dati non pubblici e riferiti, ancora una volta, alla situazione complessiva nazionale, oltre che al netto delle concessioni in proroga".

[42] In senso affine, E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni*, cit., p. 524, secondo cui, ritenuta la disapplicazione differita inidonea a preservare la posizione dei concessionari, la strada alternativa sarebbe "l'allineamento dell'ordinamento all'unico regime di proroga compatibile con il diritto interno ed europeo, ossia un regime che ammetta le sole proroghe rapportate alla specificità dei singoli casi. Solo così le aspettative dei concessionari potrebbero misurarsi nella loro effettiva consistenza e, se del caso, ricevere una tutela calibrata sulle concrete

ISSN 2036-7821

5. L'emendamento del Governo al decreto legge sulla concorrenza: alcuni rilievi critici.

A seguito delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria è apparso chiaro come sia giunto finalmente il momento per il legislatore di prendere seriamente in mano la penna e – previa ricognizione generale del patrimonio demaniale costiero[43] – scrivere nuove norme in grado di disciplinare, in modo rispettoso dei principi eurounitari, la materia delle concessioni demaniali marittime. L'intervento non è davvero più procrastinabile: se da una parte l'Adunanza Plenaria si è proposta quale sostituto del legislatore (sperando in una pronta seguente azione di quest'ultimo), dall'altra la Commissione europea incalza, con una (altra) procedura di infrazione già avviata[44].

In risposta all'esigenza predetta il 15 febbraio 2022 il Consiglio dei Ministri ha approvato una proposta emendativa al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[45] che affronta il "problema dei problemi"[46], ossia la definizione dei requisiti e delle regole delle future procedure selettive relative alle concessioni demaniali marittime.

---

esigenze". Tuttavia "a questo risultato non può giungersi in via interpretativa in quanto l'attuale disciplina configura chiaramente le proroghe in termini di generalità e automaticità, sicché ogni processo ermeneutico difficilmente potrebbe superare l'univocità del dettato normativo".

[43] Sulla necessità che venga svolta una previa ricognizione del patrimonio demaniale costiero, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 461 ss. Mostra di essere consapevole di tale esigenza il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (A.S. 2469), il cui art. 2 delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. In effetti la disciplina delle concessioni demaniali marittime, che possa essere davvero soddisfacente, richiede necessariamente la presenza di dati certi e completi. Ciò è vero non solo per la definizione dei tratti di costa da destinare a un uso eccezionale e delle future procedure selettive, ma anche per la corretta determinazione dei canoni concessori, questione quest'ultima anche molto dibattuta alla luce dell'esiguità dei canoni versati dai concessionari a fronte della redditività delle concessioni. In merito, *ex multis*: M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 283 ss.; F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 789; F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, p. 493 ss. Sul punto si veda anche AGCM, AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, che ha evidenziato che nel 2019 "su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone inferiore ad euro 2.500".

[44] Sulla procedura di infrazione avviata il 3 dicembre 2020 si rinvia al par. 3.

[45] A.S. 2469.

[46] L'espressione è di M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 358, in cui si osserva che "l'espressa esclusione delle concessioni di beni dall'ambito di applicazione della Direttiva sulle concessioni di servizi pubblici, in una con la altrettanto espressa distinzione tra le concessioni di aree demaniali per finalità turistico-ricreative e le concessioni di servizi pubblici tracciata dall'art. 01 del d.l. n. 400 del 1993 (significativamente richiamata anche nella lettera di messa in mora del 2020) non consentono di utilizzare *sic et simpliciter* i criteri e le regole procedimentali stabiliti per tali concessioni. Né può di certo indurre in tal senso il riferimento, evidentemente atecnico, ai 'servizi pubblici', contenuto nel § 27 delle sentenze. E tanto meno può essere rimessa all'autonomia (e alla fantasia) delle singole amministrazioni comunali la fissazione di tali criteri e regole, a rischio di creare una vera e propria Babele".

ISSN 2036-7821

Negli intenti tale proposta, che segue il solco tracciato dalle sentenze "gemelle", è volta ad assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, favorirne la pubblica funzione e promuovere, in coerenza con la normativa europea, un maggiore dinamismo concorrenziale nel settore dei servizi e delle attività economiche connessi all'utilizzo delle concessioni per finalità turistico-ricreative nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale. A tal fine essa delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative, dettando una serie di principi e criteri direttivi nel rispetto dei quali i menzionati decreti legislativi devono essere adottati.
Proprio in merito ai predetti principi e criteri direttivi si scontrano interessi e opinioni divergenti[47] tali da suscitare questioni oggetto di acceso conflitto e dibattito, attuali e futuri[48]. In effetti in una proiezione delle future gare l'emendamento governativo se da una parte tenta di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei concessionari uscenti, dall'altra non sempre tali sforzi giungono a un equilibrio del tutto condivisibile ed esente da eccezioni relative alla loro legittimità.
Innanzitutto l'emendamento stabilisce, tra i suoi "principi e criteri direttivi", la valorizzazione, ai fini della scelta del concessionario, (tra l'altro) "della posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato *la concessione* quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, nei limiti definiti anche tenendo conto della titolarità, alla data di avvio della procedura selettiva, in via diretta o indiretta, di altra concessione o di altre di attività d'impresa o di tipo professionale"[49]. Tale previsione appare meritevole di rilievi critici. In effetti essa sembra attribuire in favore dei concessionari uscenti un vantaggio incompatibile con la normativa eurounitaria. Ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* infatti gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e in tali casi l'autorizzazione non solo deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, ma non può neanche accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Ebbene la valorizzazione della posizione dei soggetti che nei cinque anni antecedenti l'avvio della gara hanno

[47] La conflittualità che insiste sulla materia è resa manifesta anche dalla grande quantità di emendamenti presentati al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 e riguardanti le concessioni demaniali marittime. In effetti, su oltre mille emendamenti al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, circa un quarto riguardano le predette concessioni.

[48] Nella consapevolezza di non potere qui affrontare tutte le questioni che vengono in rilievo si ci limiterà a esaminare solo quelle che agli occhi di chi scrive appaiono più critiche.

[49] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. e), par. 5.2 (enfasi aggiunta).

ISSN 2036-7821

utilizzato proprio quella stessa concessione oggetto della procedura selettiva quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare appare potere integrare uno di quei vantaggi ai prestatori uscenti che la direttiva servizi proibisce. Essa in effetti sembra suscettibile di impedire a nuovi operatori l'accesso al mercato o comunque di violare i principi di imparzialità e trasparenza. La disposizione così analizzata e interpretata appare altresì non del tutto conforme con quanto suggerito dall'Adunanza Plenaria. Le pronunce "gemelle" infatti raccomandano, o comunque affermano, che "nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, 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"[50]. La clausola reddituale potrebbe invece essere valutata con maggiore benevolenza se volta a tutelare i soggetti che hanno utilizzato la concessione quale unica fonte di sostentamento e nei limiti del solo sostentamento. Peraltro si consideri che gli interessi dei concessionari uscenti ben possono essere tutelati nell'ambito delle gare anche con altri e diversi strumenti, come in effetti accade con la previsione dell'indennizzo in favore dei predetti concessionari[51].

In modo analogo appare conferire un ingiusto vantaggio ai gestori uscenti anche un'altra disposizione di cui all'emendamento approvato dal Consiglio dei Ministri. In particolare, sempre ai fini della scelta del concessionario tale emendamento stabilisce, tra i principi e criteri direttivi, quello della valorizzazione "dell'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'*attività oggetto di concessione* o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori"[52]. Ebbene, la valorizzazione dell'esperienza tecnica e professionale acquisita in relazione all'attività oggetto della *specifica* concessione messa a gara appare accordare ai prestatori uscenti una preferenza in violazione al principio di parità di trattamento nelle procedure selettive. Per evitare vantaggi indebiti ai concessionari uscenti in effetti la pregressa esperienza può essere presa in considerazione come requisito premiale nelle gare, ma solo se riferita in generale all'esperienza di gestore spendibile in tutte le gare e non invece se riferita unicamente a quella specifica concessione oggetto di gara ove si è maturata l'esperienza.

Ancora, solleva talune perplessità anche il criterio secondo cui la "definizione, al fine di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole imprese alle attività connesse alle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, del numero massimo di concessioni di cui può essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale,

[50] Par. 49 delle sentenze "gemelle" qui in esame.
[51] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. i). Sul tema dell'indennizzo si veda il paragrafo che segue.
[52] Emendamento governativo, art. 2-*ter*, co. 2, lett. e), par. 5.1 (enfasi aggiunta).

ISSN 2036-7821

provinciale, regionale o nazionale, prevedendo obblighi informativi in capo all'ente concedente in relazione alle concessioni affidate al fine di verificare il rispetto del numero massimo". In particolare non appare chiaro in base a quali elementi tale criterio sarebbe giustificato alla luce del principio di proporzionalità[53] rispetto allo scopo di favorire l'accesso alle micro e piccole imprese.

Da ultimo la data del 31 dicembre 2023 quale obbligatorio e improcrastinabile termine finale dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime in essere prevista dal Consiglio di Stato e confermata dall'emendamento governativo non appare di facile osservanza. In effetti allo stato attuale sembra dubitabile che i fattori che concorrono al rispetto di tale data riescano a giungere tutti a compimento in modo tempestivo. Da una parte il predetto emendamento attribuisce al Governo sei mesi dall'entrata in vigore della legge per adottare i decreti legislativi attuativi. Dall'altra per l'affidamento delle concessioni occorre svolgere migliaia di complesse procedure di gara che richiedono inevitabilmente un certo arco di tempo, anche considerate le scarse risorse a disposizione delle amministrazioni[54]. Alla luce di quanto precede appare dunque innanzitutto necessario che i predetti decreti vengano adottati quanto prima e comunque non oltre il mese di dicembre 2022, il che *rebus sic stantibus* non è scontato.

6. La spinosa questione dell'indennizzo e del legittimo affidamento dei concessionari uscenti.

Nel tentativo di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei concessionari uscenti l'Adunanza Plenaria affronta anche la spinosa questione dell'indennizzo a questi ultimi. Segnatamente, mostrando di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia[55] e riprendendo una formula adoperata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[56], il Consiglio di

[53] Art. 10, co. 2, direttiva servizi.

[54] Non a caso, come visto, vi è chi ha prospettato una proroga più lunga. Il riferimento è a B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege, cit., p. 642.

[55] Il riferimento è a Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, anche nota come sentenza Laezza, riguardante il tema delle concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi. Secondo tale pronuncia l'obbligo "che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività, ivi compresa l'ipotesi in cui tale cessazione avvenga per il semplice fatto della scadenza del termine di concessione, l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, può rendere meno allettante l'esercizio di tale attività. Infatti, il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso può impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento" (pt. 23). Secondo il giudice europeo "il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione" (par. 41), verificandosi dunque una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE. Su tale sentenza si veda ancora *infra*.

[56] AGCM, AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 marzo 2021, par. IV, lett. A, dedicato a "*Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*", p. 27 ss., in cui, nel richiamare il legislatore ad adeguare in tempi brevi la normativa italiana alle richieste dell'Unione

ISSN 2036-7821

Stato ha affermato la possibilità che la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata, "ove ne ricorrano i presupposti, dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi"[57].

In attuazione di quanto precede (e andando anche oltre), tra i principi e criteri direttivi volti a riordinare e semplificare la materia delle concessioni demaniali qui in esame, la proposta emendativa del Governo prevede la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente concedente e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico.

L'affermazione del Consiglio di Stato e la successiva proposta del Governo pongono due questioni in relazione all'indennizzo: quella riguardante la legittimità della previsione dell'indennizzo e il legittimo affidamento a essa sotteso e quella riguardante la consistenza dell'indennizzo stesso.

Circa la previsione dell'indennizzo, ragionando *a contrario*, una serie di motivi inducono a ritenere che laddove esso non fosse previsto si ci dovrebbe confrontare con rilevanti profili di illegittimità.

In primo luogo, in assenza di nuove norme primarie si dovrebbe applicare l'art. 42 del Codice della navigazione. Tuttavia questa disposizione disciplina una fattispecie molto diversa rispetto a quella di cui alle sentenze dell'Adunanza Plenaria. Essa prevede infatti che un indennizzo venga riconosciuto nell'ipotesi di revoca anticipata della concessione, nello specifico caso in cui questa abbia dato luogo a costruzione di opere stabili. Inoltre l'art. 42 riguarda la concessione di *beni* di cui si è usato, che sono restituiti nel loro stato iniziale. Diversamente, oggetto delle concessioni demaniali marittime sono "beni *connessi ad attività*, anzi *prodromici* e *funzionali* ad un'attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento"[58]. A ciò si aggiunga che ai sensi del successivo art. 49, "salvo che sia diversamente stabilito

europea al fine di permettere la piena concorrenza nel settore della concessioni demaniali marittime, si suggerisce che "l'indicazione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, [sia] supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti".

[57] Par. 49 delle sentenze "gemelle". Sul tema dell'indennizzo, *ex multis*: M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 357 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 381 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 390 ss.

[58] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 393 (l'enfasi è aggiunta). Sempre ai sensi dell'art. 42 del Codice della navigazione, salvo che non sia diversamente stabilito, l'indennizzo è "pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato" e, in ogni caso, "non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti".

ISSN 2036-7821

nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest'ultimo caso, l'amministrazione, ove il concessionario non esegua l'ordine di demolizione, può provvedervi a termini dell'articolo 54". Pur se grazie all'*incipit* "salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione" tale disposizione lascia aperta la porta alla remunerazione degli investimenti realizzati dai concessionari, essa tuttavia non può considerarsi pienamente soddisfacente. A ben vedere infatti essa affida alla discrezionalità dell'amministrazione concedente la decisione, da adottare caso per caso, di derogare o meno alla regola dell'assenza di remunerazione delle opere non amovibili, derivandone necessariamente problemi in ordine al rispetto del principio di parità di trattamento, oltre che della tutela della proprietà[59].

In secondo luogo, la mancata previsione di un indennizzo nel caso che qui ci occupa contrasterebbe con altre disposizioni che in fattispecie analoghe invece lo prevedono. È questo il caso dell'art. 703, co. 5, del Codice della navigazione[60] in materia di concessioni aeroportuali. Tale comma, in effetti, considera l'attività imprenditoriale connessa alla concessione del sedime demaniale aeroportuale e deroga al principio di cui al suddetto art. 49 del medesimo Codice, prevedendo che "alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente il valore di subentro" in caso di realizzazione di impianti o immobili fissi insistenti sul sedime aeroportuale, approvati dall'ENAC, poiché strumentali all'erogazione del servizio e alla valorizzazione dell'aeroporto.

In terzo luogo, infine, la mancata previsione di un indennizzo contrasterebbe con l'ordinamento eurounitario e in particolare sia con il diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, sia con la libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE. In effetti nella sentenza Laezza[61] la Corte di giustizia ha affermato che "gli articoli 49

[59] M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime*, cit., p. 461 ss., in cui si osserva che "l'art. 49 cod. nav. – nel determinare l'incameramento dei beni in proprietà superficiaria del concessionario in assenza di indennizzo – violerebbe gli artt. 3 e 42 Cost., nonché l'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e l'art. 17 della Carta di Nizza (entrambi dedicati alla tutela della proprietà), laddove l'acquisizione gratuita al patrimonio dello Stato di un complesso di manufatti formatosi per effetto dell'attività (legittima) e degli investimenti dei concessionari uscenti configurerebbe una ipotesi di espropriazione sostanziale, priva del corrispettivo pagamento della giusta indennità", e la dottrina sul punto ivi richiamata, in particolare: F. GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *Riv. interdisc. dir. ammin. pubb.*, 2021, 3, p. 50-52; G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), In litore maris: *poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, p. 189.

[60] Il quinto comma dell'art. 703 Codice della Navigazione è stato introdotto dall'art. 15 *quinquies*, co. 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. in l. 4 dicembre 2017, n. 172.

[61] Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14. Secondo il Giudice europeo dunque la cessione gratuita dei beni da parte dei concessionari è conforme all'ordinamento dell'Unione europea soltanto nelle ipotesi di decadenza o di revoca della concessione, mentre non in quella di naturale scadenza della stessa, nel qual caso si assisterebbe alla violazione degli artt. 49 e 56 TFUE.

ISSN 2036-7821

TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva […], la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco [e utilizzati per la raccolta di scommesse], qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare". Inoltre una disposizione nazionale di questo tipo, che priva il concessionario uscente dell'indennizzo, non solo pregiudica quest'ultimo, ma comporta altresì una riduzione della concorrenza, almeno per due motivi. Da una parte, infatti, la mancata previsione di un indennizzo "demotiva" sin dall'inizio i concessionari a effettuare investimenti, riducendo questi al minimo. Dall'altra, la stessa disincentiva gli operatori dal concorrere e dall'esercitare l'attività in questione, consapevoli che i loro investimenti non saranno remunerati[62].

La statuizione del Consiglio di Stato in materia di indennizzo non pare doversi considerare contraria a quelle sentenze della Consulta che hanno dichiarato incostituzionali disposizioni di leggi regionali che, intervenendo in materia di rilascio di concessioni demaniali marittime per colmare la lacuna dovuta al silenzio del legislatore statale, riconoscevano la possibilità di imporre ai nuovi concessionari la corresponsione di un indennizzo a favore dei gestori uscenti[63]. In tali casi infatti la dichiarazione di incostituzionalità era dovuta principalmente all'invasione delle Regioni nella materia della tutela della concorrenza riservata in via esclusiva alla competenza dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, Cost.[64].

---

[62] Si veda di nuovo la sentenza Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, par. 23, che rinvia alle conclusioni dell'Avvocato Generale (parr. 62 e 63). Nello stesso senso Corte giust. UE, 13 luglio 1989, causa C-5/88, par. 19, *Hubert Wachauf*, secondo cui "una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario".

[63] Si tratta in particolare delle seguenti leggi regionali: l.r. Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2017, n. 10, il cui art. 49 sanciva che "fermo restando quanto previsto nella concessione, il concessionario subentrante è tenuto a corrispondere al concessionario uscente un indennizzo onnicomprensivo che tiene conto: a) della quota parte residua degli ammortamenti relativa agli investimenti di cui al regolamento di attuazione della legge regionale 22/2006, effettuati a proprie spese, non previsti nella concessione e autorizzati dall'amministrazione concedente, dei quali alla scadenza della concessione non sia stato conseguito l'integrale recupero mediante il loro totale ammortamento; b) del valore commisurato all'avviamento, calcolato come la media dei redditi dichiarati ai fini delle imposte sui redditi in relazione agli ultimi cinque periodi d'imposta anteriori riferiti all'attività oggetto di concessione, moltiplicato per il valore, comunque non superiore a tre, corrispondente al 10 per cento della durata in anni della concessione uscente"; l.r. Toscana, 9 maggio 2016, n. 31, che attribuiva al gestore uscente il diritto a ricevere un indennizzo, da parte del nuovo concessionario, pari al 90% del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione. Ancora, sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, seppure in relazione ad altri profili: l.r. Abruzzo, 27 aprile 2017, n. 30, e l.r. Liguria, 10 novembre 2017, n. 26.

[64] Le leggi regionali di cui alla precedente nota sono state dichiarate incostituzionali in parte *qua* dalle seguenti sentenze: Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109, in relazione alla l.r. Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2017, n. 10; Corte

ISSN 2036-7821

Come già detto, l'Adunanza Plenaria, nel prevedere il possibile riconoscimento dell'indennizzo in favore dei concessionari uscenti, afferma espressamente che tale meccanismo è "indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". L'indagine

---

cost., 23 maggio 2017, n. 157, in relazione alla l.r. Toscana, 9 maggio 2016, n. 31; Corte cost., 7 giugno 2018, n. 118, in relazione alla l.r. Abruzzo, 27 aprile 2017, n. 30; Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in relazione alla l.r. Liguria, 10 novembre 2017, n. 26. In particolare, quest'ultima pronuncia della Consulta ricorda come la disciplina in materia di indennizzo rientra nella "sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta 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", in quanto tale forma di tutela incide sui "criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo", che "devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.". In merito a tale sentenza: G. DALLA VALENTINA, *La proroga* ope legis *delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum quad. cost.*, 2020, 3, p. 542 ss. Tuttavia talvolta i giudici costituzionali, spingendosi oltre alla valutazione in ordine alla competenza, non hanno condiviso nel merito il possibile riconoscimento dell'indennizzo. In particolare quest'ultimo non solo scoraggerebbe la partecipazione di nuovi concorrenti alla gara per l'affidamento della concessione, ma avvantaggerebbe ingiustamente il gestore uscente, favorendo il rafforzamento di posizioni dominanti, in contrasto con i principi di cui alla direttiva servizi. In questo senso Corte cost., n. 109/2018. A tale impostazione si oppongono in dottrina: G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 390 ss., in cui si evidenzia come l'indennizzo non determinerebbe tanto un vantaggio per l'*incumbent*, e dunque una barriera all'ingresso di nuovi operatori, ma costituirebbe invece il "riconoscimento di una situazione che potremmo definire 'paraproprietaria' alla luce dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, che si riferisce con previsione generale ai beni, ma la nozione di bene secondo la giurisprudenza di Strasburgo ha da essere interpretata in senso estensivo e indipendentemente dalle qualificazioni formali del diritto interno sino così ad includervi un'ampia gamma di interessi economici che non si limitano alla proprietà di beni materiali ed immateriali, nel senso che investono anche le utilità provenienti dal rapporto concessorio (c.d. proprietà commerciale)"; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali*, cit., p. 466 ss., secondo cui nel caso di specie il riconoscimento di un indennizzo "sarebbe posto unicamente a tutela delle legittime aspettative del titolare del rapporto concessorio in ordine ad una proporzionata remunerazione dei capitali investiti e della consequenziale valorizzazione dell'area demaniale, evitando in tal modo il configurarsi di un (questo sì) indebito arricchimento in capo allo Stato (per l'incremento di valore) e del gestore subentrante (per il fatto di poter beneficiare di opere già realizzate e idonee a garantire i servizi turistici). Del resto, delle due l'una: posto che il concessionario ha edificato manufatti che, sebbene autorizzati, non erano 'imposti' dal rapporto concessorio (e, pertanto, non rientravano nella dinamica originaria che ha determinato l'assetto degli interessi), tali investimenti possono: a) essere considerati dall'amministrazione un disvalore per il demanio (in quanto obsoleti o semplicemente non idonei alla migliore valorizzazione dello stesso), con consequenziale emanazione del relativo ordine di demolizione; b) essere reputati un elemento in grado di incrementare il valore della proprietà pubblica e di agevolare lo sfruttamento dell'area da parte del concessionario entrante, nel qual caso l'assenza di un indennizzo nei confronti di chi ha determinato tale incremento di valore (pur non essendone obbligato) configurerebbe inevitabilmente una fattispecie di indebito arricchimento. Tali conclusioni appaiono incontestabili, ed anzi, si ritiene che l'applicazione dell'art. 49 cod. nav. – incidendo negativamente sulla posizione del concessionario – rischia di ostacolare il conseguimento degli stessi obiettivi europei di introduzione di un regime pienamente concorrenziale nel settore: la consapevolezza di incorrere nel pregiudizio derivante dalla cessione gratuita delle opere inamovibili al momento della scadenza della concessione, infatti, potrebbe, da un lato, disincentivare la partecipazione alle gare da parte di coloro che dovessero ritenere non conveniente l''operazione economica' nel suo complesso e, dall'altro, ridurre la quantità e la qualità degli investimenti. Nulla di grave, si potrebbe obiettare, se non fosse che alla base della scelta di non destinare la spiaggia all'uso generale e di concederne la gestione ad un operatore economico per la realizzazione di attività a carattere turistico-ricreativo sussiste l'interesse pubblico a sviluppare le attività turistiche e l'economia locale".

ISSN 2036-7821

circa la legittimità della previsione dell'indennizzo richiede dunque una presupposta riflessione in merito alla sussistenza o meno del legittimo affidamento dei predetti concessionari.

Secondo una prima prospettiva, se si considera che, ferma la facoltà del legislatore di intervenire anche incidendo su posizioni giuridiche nate sulla base di norme precedenti, l'affidamento del privato rileva solo quando il contesto della norma anteriore e il contenuto di questa inducano "i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»"[65], nel caso degli attuali concessionari uscenti si potrebbe mettere in dubbio la sussistenza del loro legittimo affidamento[66]. In effetti, il contesto normativo e giurisprudenziale degli ultimi quindici anni potrebbe condurre a esitare circa la sua effettiva capacità di indurre i destinatari a confidare ciecamente nella stabilità nel tempo dell'assetto regolatorio. Prima con la direttiva *Bolkestein* del 2006, poi con le pronunce della Consulta che a partire dal 2010 hanno dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime, e poi ancora con la sentenza *Promoimpresa* del 2016, con le procedure di infrazione europee e con gli interventi abrogativi del legislatore italiano, la solidità del quadro normativo in materia è andata via via sgretolandosi, lasciando spazio a un'indubitabile confusione e incertezza di sistema[67]. A ben vedere elementi in questo senso potevano rinvenirsi già prima della direttiva servizi, con quella pronuncia del 2005 con cui il Consiglio di Stato aveva affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul

---

[65] V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. ita. scienze giur.*, 2014, p. 255. Ancora sul legittimo affidamento: P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge, fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014. Nella sua lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 la Commissione europea, nel rilevare l'insussistenza del legittimo affidamento, elenca le seguenti "rigorose" condizioni che secondo il diritto europeo sono necessarie affinché si configuri il legittimo affidamento: (*i*) "rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione"; (*ii*) "tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono"; (*iii*) "siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili". Circa la giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata in merito si menzionano le seguenti sentenze: 16 novembre 1983, *Thyssen AG c. Commissione*, C-188/82, par. 11; 6 febbraio 1986, *Vlachou c. Corte dei conti*, C-162/84, par. 6; 20 settembre 1990, *Commissione c. Germania*, C-5/89, par. 14; 7 giugno 2005, *VEMW*, C-17/03, parr. 73-74; 24 novembre 2005, *Germania c. Commissione*, C-506/03, par. 58; 16 dicembre 2010, *Kahla Thuŕingen PorzellanKahla Thuŕingen Porzella c. Commission*, C-537/08, par. 63; 14 ottobre 2010, *Nuova Agricast e Cofra c. Commissione*, C-67/09, par. 71 ss.

[66] Le pronunce "gemelle" del Consiglio di Stato dichiarano che le predette condizioni per il legittimo affidamento affermate a livello europeo "non sussistono nella materia in esame" (par. 38.1).

[67] Condivide la tesi dell'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria*, cit., p. 241 ss.

ISSN 2036-7821

mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione[68].

Secondo un'altra prospettiva, invece, una certa stabilità dell'assetto regolatorio in materia sembrerebbe sussistere, con conseguente affidamento dei concessionari. Essa sarebbe frutto delle numerose proroghe pluriennali intervenute nel tempo a opera della normativa primaria. Grazie a esse il predetto affidamento non sembrerebbe sfumare neanche in conseguenza della giurisprudenza comunitaria e delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea. Quanto precede potrebbe apparire ancora più marcato nel caso dei soggetti aventi in gestione beni su cui insistono concessioni precedenti all'abrogazione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico (ad opera rispettivamente del d.l. n. 194/2009 e l. n. 217/2011), istituti che configuravano tali concessioni come rapporti pluriannuali dalla durata pressoché indefinita[69]. In un certo senso l'affidamento dei concessionari sarebbe ingenerato dalla paradossale circostanza (in Italia affatto rara) per cui non c'è nulla di più stabile del provvisorio: proprio la permanente situazione di incertezza avrebbe generato la certezza del perdurare dello *status quo*. Inoltre l'affidamento dei concessionari si sarebbe consolidato grazie alle proroghe amministrative e, talvolta, ad appositi giudicati e/o al decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento[70]. Se si accoglie tale tesi l'anticipata cessazione delle concessioni stabilita con le sentenze "gemelle" della Plenaria potrebbe aver comportato una lesione, da determinare caso per caso, del diritto del concessionario di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate.

Venendo ora alla questione relativa alla consistenza dell'indennizzo, come anticipato l'emendamento approvato dal Consiglio dei Ministri prevede che l'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, deve essere quantificato in ragione di due criteri: (*i*) il mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente

[68] Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

[69] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 392, nota 20. Si osserva inoltre che il principio di tutela del legittimo affidamento va ascritto ai motivi imperativi di interesse generale, pur se non è esplicitamente compreso all'interno dell'elenco di cui all'art. 4, n. 8, dir. *Bolkestein*, in quanto da una parte tale elenco ha natura solo esplicativa, dall'altra il principio in esame è incluso tra i principi forti del diritto comunitario, e quindi deve inserirsi tra i criteri che regolano l'affidamento delle concessioni.

[70] In questo senso M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 355, secondo cui "l'investitura dell'Adunanza Plenaria e il suo contorto esito escludono invero che la situazione antigiuridica da essa riscontrata – ma significativamente confermata per un ulteriore biennio – fosse immediatamente percepibile ai concessionari, che, all'opposto, avevano pieno titolo per sentirsi rassicurati dai ripetuti interventi del legislatore (dal 2009 al 2020), dalle proroghe amministrative e, in vari casi, anche da appositi giudicati e/o dal decorso del tempo per l'esercizio del potere di autoannullamento che la stessa Plenaria ha confermato essere di norma lo strumento per la rimozione degli atti anticomunitari. Sicché, per poter essere edotti della pretesa inconsistenza delle proroghe amministrative, i concessionari, non solo avrebbero dovuto essere esperti di diritto eurounitario, ma avrebbero dovuto addirittura avere coscienza che esse non avevano valenza provvedimentale, ma meramente ricognitiva e che, per tale ragione, dovevano ritenersi sottratte ai limiti dell'autotutela e alle garanzie dell'inoppugnabilità!".

ISSN 2036-7821

concedente e (*ii*) la perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico[71]. Una siffatta determinazione dell'indennizzo, da svolgere caso per caso, sembra dunque andare oltre a quanto permesso dal diritto europeo: infatti non solo vengono considerati gli investimenti non ammortizzati, ma anche l'avviamento. Ciò appare giustificato dal fatto che, tranne nel caso in cui l'amministrazione conferisca una destinazione del tutto diversa all'area demaniale, il gestore subentrante acquisisce un complesso di beni all'interno del quale è incluso anche l'avviamento, *asset* in grado di determinare il valore dell'azienda[72].

Nonostante quanto precede l'emendamento governativo sul punto potrebbe essere considerato comunque non sufficiente a tutelare il legittimo affidamento ingenerato nei concessionari uscenti, che confidando nella stabilità del quadro regolatorio hanno effettuato investimenti in relazione ai beni affidati in concessione[73]. Se si concorda

[71] M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali*, cit., p. 469-470, in cui si opera una distinzione tra l'indennizzo riconoscibile agli attuali concessionari uscenti e quello riconoscibile ai futuri concessionari uscenti. Per quanto riguarda quelli attuali, si ritiene necessario "effettuare una valutazione caso per caso al fine di verificare se e in che misura si registrino mancati profitti (legittimamente attesi a fronte dell'ultima proroga al 2033) o non si sia giunti al completo ammortamento degli investimenti effettuati", invece "a regime […] i criteri in base ai quali calcolare l'indennizzo dovranno riguardare il valore dell'opera realizzata, l'incremento di valore dalla stessa (eventualmente) apportato all'area demaniale, nonché il valore commerciale dell'impresa, ovvero il c.d. avviamento (il cui "peso" andrebbe evidentemente trasferito sul concessionario subentrante mediante un ponderato incremento dell'ammontate del canone concessorio)".

[72] G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge*, cit., p. 395-396, in cui si osserva che "l'avviamento è espressamente considerato nell'ipotesi di fine locazione di immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale (v. art. 34, l. 27 luglio 1978 n. 392), normativa idonea a costituire *tertium comparationis*, perché in entrambi i casi si ha la cessazione di un rapporto di durata e in entrambi i casi l'impiego del bene di proprietà altrui ne ha determinato un arricchimento. Sicché l'indennizzo, per essere tale, deve corrispondere al valore di mercato o al valore "reale" del bene alla luce della giurisprudenza costituzionale così come declinata attraverso le c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale [22 ottobre 2007, nn. 348 e 349], e pertanto non può non ricomprendere anche tale componente del compendio che si va ad acquisire. Tra l'altro, nella specie non si tratta di un indennizzo di espropriazione per pubblica utilità, ma di acquisizione di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicché non vi sono neppure quelle esigenze del 'giusto equilibrio' tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell'indennizzo. Tanto più considerato che la componente "avviamento" è di solito frutto di una attività lungimirante quanto impegnativa, protrattasi per lustri e lustri. Sarebbe agevole solo evocare il nome di stabilimenti balneari che di per sé costituiscono attrazione e segni identitari della località in cui sono situati. Ma al di là di queste eccellenze situate in località come Capri, Forte dei Marmi, Lido di Venezia, Santa Margherita Ligure *et similia*, sta il fatto che l'avviamento è riscontrabile anche nelle strutture a carattere familiare e anzi anche per questa caratteristica vocate ad essere luogo di incontro e di richiamo".

[73] M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 357 ss., secondo cui "è indubbio che i concessionari uscenti che, confidando nelle proroghe, hanno continuato a investire le proprie risorse (economiche e personali) nelle imprese e nelle attività svolte sulle aree in concessione, dovranno essere, quanto meno, adeguatamente indennizzati, non soltanto per gli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati (condizione sulla cui ricorrenza si apriranno ulteriori contenziosi), ma anche per l'avviamento aziendale di cui i nuovi gestori potranno fruire" (p. 358); F. FERRARO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 381 ss., secondo cui "l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art.1 del protocollo n. 1, della CEDU" (p. 382).

ISSN 2036-7821

con tale tesi (chiaramente vantaggiosa per i concessionari in scadenza) un più adeguato indennizzo potrebbe essere costituito dall'intero valore aziendale calcolato su tutti i beni materiali e immateriali. In altre parole i futuri vincitori delle gare dovrebbero compensare i titolari uscenti riconoscendo loro un indennizzo (ingente) pari al valore di tutti i beni materiali e immateriali, di cui i nuovi gestori potranno fruire. Tuttavia tale soluzione, ossia il riconoscimento di un indennizzo pari al valore aziendale, accentua ancora di più i dubbi di compatibilità eurounitaria dal momento che aumenterebbe l'ostacolo all'ingresso del nuovo diverso concessionario.

7. Considerazioni conclusive: un orizzonte ancora molto agitato.

Le due decisioni dell'Adunanza Plenaria oggetto di studio rivestono indiscutibilmente una rilevanza notevole. Come visto tali pronunce, non rapide e non poco sofferte, pur se di straordinaria importanza, presentano criticità e limiti, che le prossime sentenze del Giudice amministrativo dovranno affrontare.

Nell'attesa di una definizione più matura di un insieme di rapporti concessori molto complessi e sicuramente non tutti disciplinabili allo stesso modo, di recente la Corte di Cassazione, seppure in sede penale, si è espressa in materia di concessioni demaniali marittime[74]. Oltre a riprendere molti dei temi affrontati dalla Plenaria, la Corte, ribadendo quanto precedentemente sostenuto dal Tribunale del Riesame, afferma che il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria "non legittima alcuna proroga generalizzata delle concessioni ma anzi riafferma l'illegittimità delle leggi nazionali di proroga delle concessioni", limitandosi "a modulare nel tempo l'obbligo di bandire le gare ad evidenza pubblica stabilito in sentenza per evitarne un impatto immediato il che non significa certamente rendere legittima una condotta di perdurante occupazione *sine titulo*". La medesima Corte chiarisce altresì che il *decisum* del Consiglio di Stato non si traduce nella modificazione delle disposizioni di legge che regolano la specifica materia[75]. La sentenza della Cassazione sembra dunque suggerire in sordina il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato. Quest'ultimo parrebbe essere andato oltre i limiti della sua giurisdizione, esercitando una funzione diversa da quella meramente giurisdizionale spingendosi verso quella legislativa[76].

---

[74] Cass. pen., 22 aprile 2022, n. 15676. Tale sentenza ha confermato il sequestro di un lido genovese in quanto il relativo gestore era titolare di una concessione scaduta nel 2009, e dunque privo di titolo alla data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, che stabiliva la proroga delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative. Secondo i giudici della Cassazione, per potere fruire delle proroghe (pur illegittime) stabilite dalla normativa italiana e infine dell'ultima proroga stabilita dalla Plenaria del Consiglio di Stato, i concessionari, titolari di provvedimenti temporanei fino al 2009, dovevano infatti avere invece ottenuto un titolo, anche se precario e illegittimo.

[75] Cass. pen., n. 15676/2022, par. 14.

[76] Si veda M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, che riflette sulla ritrosia della Corte di Cassazione a riscontrare in concreto

ISSN 2036-7821

Dubbi sulla giurisdizione esercitata dal Giudice amministrativo nella pronuncia delle due sentenze "gemelle" sono sollevati anche da altre voci. In particolare, tale giurisdizione è ora diretto oggetto di discussione davanti alla Cassazione per via di un ricorso depositato dalla Regione Abruzzo, con il quale si censura l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, che avrebbe usurpato con le sentenze suddette le prerogative del Legislatore. In effetti, anche in considerazione di quanto precede, non pare potersi escludere che siano fondati i dubbi sulla giurisdizione del Consiglio di Stato, occorrendo dunque attendere la decisione della Corte di Cassazione. Tuttavia la questione verrebbe di fatto superata se dovesse essere approvata la delega al Governo nel senso di cui all'illustrato emendamento, ossia confermando la data del 31 dicembre 2023 come termine finale dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime.

Infine ancora più di recente anche la Corte di Giustizia è stata (di nuovo) chiamata a pronunciarsi sulle concessioni demaniali marittime. La richiesta proviene dal Tar Lecce che, esaminando il conflitto tra gestori e Comune di Ginosa anche alla luce delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, ha ritenuto di non condividere i presupposti logici, l'argomentare e le conclusioni espressi da queste ultime. Per tale motivo i giudici del Tribunale salentino, dopo un'articolata disamina sulla gerarchia delle norme e sulla natura non autoesecutiva della direttiva *Bolkestein*, hanno sospeso il giudizio e, con rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, hanno chiesto alla predetta Corte di pronunciarsi su ben nove puntuali quesiti, riguardanti la validità o meno della direttiva *Bolkestein*, da tempo contestata dai balneari, e l'interpretazione del diritto dell'Unione europea[77].

---

l'invasione, da parte del Giudice amministrativo, della sfera riservata al legislatore. Sul vizio in cui sarebbe incorso il Giudice amministrativo nel pronunciare le sentenze "gemelle" della Plenaria si rinvia a M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in CERIDAP, *Riv. interdisc. dir. ammin. pubbl.*, 2022, 1, p. 32 ss., in cui si ritiene che con le predette sentenze il Giudice ha preteso di farsi legislatore (comunitario), dando luogo a un eccesso di potere giurisdizionale. Sempre secondo l'A. le stesse pronunce sono state adottate *ultra vires* in quanto rientra nella giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia stabilire se una violazione dichiarata del diritto dell'UE può essere tollerata per il tempo necessario ad evitare la violazione di un legittimo affidamento.

[77] Tar Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743. Non potendo in questa sede effettuare una disamina approfondita dell'ordinanza del Tar Lecce ci si limita qui a enunciare i quesiti da questo posti: 1) "Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione – adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art 115 T.F.U.E."; 2) "Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile"; 3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla

ISSN 2036-7821

In considerazione di tutto quanto precede dunque, nonostante l'intervento pur – come detto – di straordinaria rilevanza delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, lo stato di incertezza in materia persiste, lasciando almeno al momento quale unico panorama certo un orizzonte normativo e giurisprudenziale agitato.

---

adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione)"; 4) "Se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva …" ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto"; 5) "Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune"; 6) "qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein"; 7) "Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale"; 8) "Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale"; 9) "qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali".

ISSN 2036-7821