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. 4/2022

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, Bruno Mercurio, 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 Martíñez, 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"

La proroga (in)finita delle concessioni demaniali marittime e l'immediata applicabilità del diritto ue nel diritto interno. La rimessione alla Corte di Giustizia UE dell'ordinanza Tar Puglia, Bari, 11.05.2022, 1. n. 743.

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa; 2. La questione sottoposta alla corte di giustizia ue; 3 il contesto normativo di riferimento; 4. Il rapporto tra diritto interno e diritto europeo. Tra prevalenza e controlimiti; 5 il contrasto giurisprudenziale in materia: la tesi sostenuta dal tar puglia e la tesi sostenuta dall'adunanza plenaria nelle sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021; 6. Le tesi giurisprudenziali recenti a confronto; 7. La applicabilità diretta od indiretta della direttiva bolkestein alle concessioni demaniali marittime. La tesi del tar puglia. 8. Gli effetti sull'attività amministrativa del contesto normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni demaniali marittime. Il disorientamento degli enti pubblici. 9. Conclusioni

Abstract

This contribution is intended to retrace the legal history of state-owned maritime concessions, the discipline of which, following the order of referral to the EU Court of Justice, has suffered a partial and further setback, resulting in de facto a delay on the path towards free competition also in this sector.

And in fact, since the first discipline that involved the maritime state-owned concessions, the same were entrusted to certain subjects, through more or less comparative procedures, which was followed by a substantial repetition of extensions upon extensions, up to the creation in positive law of the so-called Right of insistence, understood as a preferential title of the old concessionaire on any claims of other subjects with reference to the same state property.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il presente contributo ha la finalità di ripercorrere la storia giuridica delle concessioni demaniali marittime, la cui disciplina, a seguito dell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE, ha subito una parziale ed ulteriore battuta d'arresto, determinando di fatto un ritardo sul cammino verso la libera concorrenza anche in questo settore.

Ed infatti, sin dalla prima disciplina che ha interessato le concessioni demaniali marittime, le stesse venivano affidate a determinati soggetti, mediante procedure più o meno comparative, alle quali faceva seguito un sostanziale ripetersi di proroghe su proroghe, fino alla creazione nel diritto positivo del c.d. Diritto di insistenza, inteso quale titolo preferenziale del vecchio concessionario su eventuali pretese di altri soggetti con riferimento al medesimo bene demaniale.

A fronte di tale situazione, e stante ormai l'implacabile dilagare della concorrenza per il mercato e della concorrenza nel mercato nell'ordinamento interno e comunitario, il legislatore è intervenuto, ponendo un argine alle proroghe indiscriminate mediante l'inserimento nella normativa di settore di un procedimento di selezione concorrenziale tra candidati potenziali, tuttavia, mai veramente applicato ed addirittura soppiantato dalla normativa emergenziale da Covid-19 che, di fatto, ha reintrodotto il regime infinito dei rinnovi.

In tale contesto normativo, a dir poco variegato ed anche disordinato, si è inserita preminentemente la giurisprudenza nazionale che ha cercato di dare differenti risposte e, dunque, risolvere in vario modo la problematica dell'anticoncorrenzialità della disciplina delle concessioni demaniali marittime con risultati, tuttavia, non univoci e non concordanti, fino ad addivenire alla remissione della questione alla Corte di Giustizia UE.

2. La questione sottoposta alla Corte di Giustizia UE.

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 743 dell'11.05.2022 del TAR Puglia-Bari è stata emessa nell'ambito del giudizio di impugnazione della Deliberazione di G.C. n. 225/2020 adottata dal Comune di Ginosa ed avente ad oggetto l'atto di indirizzo per l'attuazione del disposto di cui alla L. N. 145/2018, art. 1, commi 682 e 683, in combinato disposto con il D.L. n. 34/200 convertito in L. N. 77/2020, art. 182, comma 2, e ss.mm.ii. In materia di concessioni demaniali marittime.

Nel caso di specie, il Comune di Ginosa con la delibera sopra richiamata, come rettificata e modificata dalla delibera di G.C. n. 19/2021, aveva dato indirizzo al competente responsabile del servizio alla predisposizione ed attuazione del disposto normativo relativo alla proroga delle concessioni demaniali marittime, previa adozione di una preliminare comunicazione (con finalità ricognitive) a tutti i titolari delle concessioni di che trattasi presenti sul territorio comunale.

ISSN 2036-7821

Stante l'assenza di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica avviata dall'ente ai fini dell'assegnazione di tali concessioni, era intervenuta l'agcm la quale, ritenendo che il procedimento adottato dal Comune di Ginosa fosse contrario al disposto di cui agli artt. 49 e 56 del TFUE, aveva provveduto a notificare all'ente un parere motivato ex art. 21 bis della L. N. 287/1990, giustificato in virtù del fatto che la normativa italiana in materia di proroga delle concessioni di cui sopra sarebbe risultata in contrasto con la direttiva 2006/123/CE ed, in ispecie, dei principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito transfrontaliero.
Con controdeduzioni del 05.03.2021, il Comune di Ginosa formulava le proprie osservazioni in merito alla legittimità del proprio operato, nonchè alla legittimità della disciplina normativa italiana in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime, sul presupposto che la direttive europea richiamata (2006/123/CE) fosse una direttiva necessariamente soggetta ad attuazione (e non self-executing), ragion per cui non sarebbe stato possibile procedere alla disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente in mancanza di diretta applicazione della direttiva stessa nell'ordinamento degli Stati membri e, nella specie, dell'ordinamento italiano.
A fronte delle osservazioni formulate dal Comune di Ginosa, l'agcm proponeva il ricorso dinanzi al TAR competente, in virtù della speciale legittimazione alla stessa riconosciuta ai sensi dell'art. 21 bis del D.lgs. N. 287/1990 e ss.mm.ii., per l'annullamento della delibera n. 225/2020 di indirizzo adottata dal Comune suddetto, rilevando la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein, nonchè la violazione dell'art. 49 TFUE.
La Direttiva Bolkestein relativa ai servizi nel mercato interno, all'art. 12, con riferimento alla selezione dei diversi candidati per le procedure di affidamento dei servizi, dispone che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*". *Ratio* della norma in questione è, senz'altro, quella di garantire i principi di concorrenza e par condicio, come lo dimostra la circostanza che, al comma 2, la norma di cui sopra prevede che l'autorizzazione sia rilasciata per una durata limitata nel tempo, non potendosi prevedere alcuna procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. L'art. 49 del TFUE, invece, con riferimento al diritto di stabilimento prescrive che "*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*". L'unico "*controlimite*" alla primazia

ISSN 2036-7821

della libertà di stabilimento è espressamente enunciata dal disposto normativo di cui all'art. 51 TFUE che esclude quelle professioni che sono connesse con i pubblici poteri, nonchè tutte le materie relativamente alle quali il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, abbiano prescritto la loro esclusione dalle disposizioni relative alla libertà di stabilimento.

3. Il contesto normativo di riferimento.

Con riferimento all'esame della normativa interna in materia di concessioni demaniali marittime, la sua prima disciplina nazionale si rinviene nel codice della navigazione, approvato con R.D. n. 327/1942. Secondo tale codice, ai fini dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime era previsto l'espletamento di un procedimento finalizzato ad una valutazione comparativa tra gli aspiranti solo nel caso in cui più soggetti avessero presentato domanda per il rilascio della concessione sul medesimo bene demaniale, prevedendo altresì un titolo preferenziale (c.d. Diritto di insistenza) per il precedente concessionario. Con l'entrata in vigore del D.L. n. 400/1993 è stato introdotto per la prima volta il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, di sei anni in sei anni, salvo revoca delle stesse in applicazione del disposto di cui all'art. 42 del Codice della navigazione[1].

Con la L. N. 296/2006 si riforma il sistema di rinnovo automatico "perpetuo" disciplinato con il D.L. n. 300/1993 all'art. 1, comma 253[2]. Nella norma, la cui applicazione viene ricondotta dalla norma di interpretazione autentica dell'art. 13 della L. N. 172/2003 alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, viene stabilito che "*ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti 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*".

Con tale normativa è stata tracciata una linea di delimitazione temporale delle concessioni, imponendo di fatto al concessionario lo sfruttamento del bene demaniale

[1] La norma in questione prescrive che le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero (come ad esempio strutture non amovibili, nel caso degli impianti balneari, sono revocatili in tutto od in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Se, invece, le concessioni hanno durata superiore al quadriennio o comunque importino impianti di difficile sgombero, le stesse sono revocabili solo per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, pur sempre a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non da luogo, in nessun caso ad indennizzo, salvo il caso in cui i concessionari abbiano realizzato opere stabili. In tale ultimo caso, infatti, l'amministrazione marittima, salva diversa disposizione di legge, deve corrispondere una somma a titolo di rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato per la concessione, comunque non superiore al valore delle opere realizzate al momento della revoca, detratto l'ammortamento.

[2] Viene aggiunto il comma 4-bis all'art. 3 della L. n. 494/1993.

ISSN 2036-7821

per un termine non superiore a venti anni per l'ammortamento degli investimenti effettuati (ivi compresi quelli relativi alle opere inamovibili).

Il contesto normativo italiano è stato, poi, travolto dalla adozione della c.d. Direttiva Bolkestein (dir. 2006/123/CE) che all'art. 12 espressamente prevede che "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi di interesse generale conformi al diritto*". A tanto si aggiunga il disposto normativo di cui all'art. 49 TFUE (ratificato in Italia nel 2008), il quale fa espresso divieto a tutti gli Stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di altro Stato dell'ue (in attuazione del divieto del *gold plating*).

In attuazione della Direttiva servizi, in contrasto con il disposto normativo italiano in materia, la UE ha avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'italia[3], a seguito della quale lo Stato italiano ha disposto, con l'art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009 (convertito con modificazioni con L. N. 25/2010), l'abrogazione della norma del Codice della Navigazione relativa al diritto di insistenza del precedente concessionario (art. 37), nonchè del rinnovo semi-automatico delle concessioni, prevedendo una proroga "tecnica" delle concessioni demaniali esistenti fino al 31.12.2012, poi differito l 31.12.2015 in sede di conversione, in attesa dell'attuazione del disposto normativo europeo[4].

Con il recepimento della Direttiva Bolkestein, a mezzo del D.lgs. N. 59/2010, lo Stato italiano ha provveduto a subordinare il rilascio delle autorizzazioni disponibili per una determinata attività di servizi ad una procedura di selezione tra candidati potenziali sulla base di criteri predeterminati atti ad assicurare l'imparzialità,

[3] procedura di infrazione n. 2008/4908.

[4] Per approfondimenti, si segnalano: Dalla Valentina G., *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio (sentenza 9 gennaio 2019, n. 1)*, in Le regioni: rivista di documentazione e giurisprudenza, fasc. 5; De Nardi S., *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici, fasc. 1; Timo M., *Concessioni demaniali marittime : tra tutela della concorrenza e protezione della costa : nota a Corte cost., n. 40 del 24 febbraio 2017*, Giurisprudenza italiana, fasc. 10.

ISSN 2036-7821

riprendendo all'art. 16 letteralmente il disposto normativo di cui all'art. 12 della Direttiva servizi. Con riferimento specifico alle concessioni demaniali marittime, la legge di cui sopra ha rimandato all'adozione di un decreto legislativo entro il 2013 per il riordino della materia, riordino che non è mai avvenuto in considerazione della circostanza che, per mezzo della L. N. 25/2010, era stata prevista la proroga delle concessioni esistenti al 2009 fino al 2015. Il D.L. n. 179/2012 ha, inoltre, previsto, all'art. 34-*duodecies*, una ulteriore proroga dal 31.12.2015 al 31.12.2020 delle concessioni demaniali marittime vigenti[5].

Tuttavia, la Corte di Giustizia con la pronuncia nella causa C-458/14 (c.d. Promoimpresa) ha ritenuto la normativa nazionale sopra richiamata incompatibile con l'ordinamento dell'ue, disponendo nel senso della disapplicazione della stessa. L'Italia, dunque, a fronte di tale pronuncia, ha dovuto adeguarsi, e lo ha fatto con l'adozione del D.L. n. 113/2016 (convertito in L. N. 160/2016), il cui art. 24, comma 3-*septies* prevede, nelle more dell'attuazione di una revisione e del riordino della materia delle concessioni demaniali marittime in conformità ai principi di derivazione europea (procedura concorrenziale tra gli aspiranti ad ottenere la concessione), una ulteriore proroga delle concessioni in essere. Legge, questa, che però non è entrata mai in vigore ed a cui ha fatto seguito la L. N. 145/2018 che ha previsto la proroga delle concessioni in essere fino al 31.12.2033[6].

Nella fase pandemica, con l'entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, convertito in L. N. 77/2020, poi, sotto forma di misura di sostegno per il settore turistico nella fase epidemologica da Covid-19, all'art. 182 è stato previsto che "*fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica d COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure*

[5] V., anche, Bellitti G., *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali : nota a Corte giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/16*, in Giornale di diritto amministrativo, fasc. 1; Di Giovanni L., *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege : nota a Corte giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016*, cause riun. C-458/14 e C-67/15, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. 3/4; Monica A., *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in Rivista italiana diritto pubblico comunitario, fasc. 2.

[6] La norma in questione ha dettato i principi per la regolamentazione di tutta una serie di attività preliminari necessarie alla riforma della normativa, improntata alla concorrenza, alla massima partecipazione e alla libertà di stabilimento nel territorio degli Stati UE (ad esempio, si v. l'attività di ricognizione e mappatura del litorale; il censimento delle concessioni demaniali in essere; le diverse tipologie delle strutture esistenti; la ricognizione degli investimenti effettuati e dei tempi di ammortamento; la quantificazione dei canoni; la valutazione del rating d'impresa; la necessaria modifica di adeguamento anche delle norme del codice della navigazione; la previsione di criteri e regole per l'aggiudicazione delle concessioni; la previsione di criteri soggettivi, oggettivi e di durata delle concessioni affidate).

ISSN 2036-7821

di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla sta di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere". Con tale disposizione normativa lo Stato italiano ha confermato, di fatto, un regime di proroghe delle concessioni esistenti[7].
In tale contesto normativo, si è inserita l'Adunanza Plenaria n. 17-18/2021[8], la quale si è pronunciata sul punto. Il Consiglio di Stato ha dato atto che le normative emergenziali adottate in Italia collidono con i principi europei in materia di concessioni demaniali-marittime, e ne ha imposto la disapplicazione sia da parte dei giudici che della PA, escludendo una prosecuzione della concessione in capo agli attuali concessionari. La Plenaria, tuttavia, al fine di garantire un adeguamento normativo del regime giuridico italiano delle concessioni al regime comunitario di cui alla Direttiva n. 2006/123/CE[9] ha pronunciato una sentenza di disapplicazione differita della norma che, di fatto, sarebbe vigente fino al 31.12.2023[10].

4. Il rapporto tra diritto interno e diritto Europeo. Tra prevalenza e controlimiti.
Nel diritto europeo esistono tre livelli di normativa fondamentale: 1) la CEDU; 2) la Carta di Nizza; 3) i trattati istitutivi e le costituzioni nazionali. Il rapporto intercorrente tra il diritto europeo ed il diritto interno è fondato, in linea generale, sul principio della primazia costituzionalmente riconosciuta del diritto UE sul diritto costituzionale nazionale.
La giurisprudenza interna ai singoli Stati, tuttavia, con rifermento a tale principio di primazia, ha mostrato una certa diffidenza, in favore di una tutela sempre più

[7] V. , per approfondimenti, Di Sciascio A.F., *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza,* in Rivista della Corte dei Conti, fasc. 1; Boccacci L., *Le concessioni demaniali marittime: tra Consiglio di Stato, Cassazione e Corte di Giustizia UE*, in La giustizia penale: rivista critica di dottrina, giurisprudenza e legislazione, fasc. 2.

[8] Per l'Adunanza Plenaria l'effetto caducante della disapplicazione della normativa interna contrastante con la disciplina comunitaria, fermo restando il periodo transitorio, travolgerebbe anche il giudicato formatosi su questioni relative alle concessioni marittime balneari, in quanto incidente sia sul potere giudiziario che sul potere esecutivo, avendo impatto diretto - a prescindere dalla natura giuridica della Direttiva in questione quale self-executing o meno - sull'operato della PA.

[9] La direttiva è stata interpretata dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30.01.2018, giudizi C. 360/15 e C. 31/16), come uno strumento normativo che "*fissa disposizioni generali volte ad eliminar le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servii tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale*". E tanto al fine di realizzare la libera ed effettiva concorrenza fra i predatori di servizi, scoraggiata dalla disciplina di cui al D.L. n. 34/2020 in materia di proroga delle concessioni marittime balneari.

[10] Con riferimento alle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si richiamano i seguenti contributi: Giannaccari A., *A la guerre comme a la guerre: connessioni demaniali marittime, Adunenza plenaria e procedure selettive (al 2023)?*, in Mercato, concorrenza, regole, fasc. 3; Costageorgos D., *L'obbligo di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative : nota a Cons. Stato, ad. plen., n. 18 del 9 novembre 2021*, in Rivista della Corte dei Conti, fasc. 6.

ISSN 2036-7821

evidente del diritto interno. Ecco che in dottrina si è sviluppata la teoria dei c.d. *Controlimiti*, con riferimento alla quale si sostanzia una, seppur limitata, primazia del diritto costituzionale interno ai singoli Stati rispetto al diritto UE.
Nel nostro ordinamento, il principio di supremazia del diritto UE sul diritto interno trova il suo precipitato normativo nel disposto di cui all'art. 11 Cost. Che garantisce il processo di armonizzazione tra i vari ordinamenti, con il radicarsi di legami sempre più stringenti tra le giurisdizioni, europea e nazionale, in un processo di continua osmosi tra i due sistemi normativi, nell'ottica del controllo diffuso della compatibilità del diritto interno alle norme UE.
Secondo l'orientamento sostenuto dalla Corte di Giustizia, della c.d. Tesi monista, l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno erano concepiti come un unico sistema che doveva integrarsi vicendevolmente secondo il criterio della gerarchia delle fonti, con la conseguente primazia del diritto comunitario. Secondo la ricostruzione, invece, della Corte Costituzionale, i rapporti tra i due ordinamenti si sarebbero dovuti configurare in virtù della tesi dualistica, nel senso di ritenere i due ordinamenti separati ed autonomi, seppur intersecati tra loro.
Negli anni '70, tuttavia, la Corte Costituzionale iniziò a mostrare una certa apertura alla primazia del diritto comunitario (con riferimento, in particolare, a specifici ambiti oggetto dei trattati), fino ad addivenire nel 1984 alla c.d. Sentenza Granithal, con la quale la Corte Costituzionale affermò la possibilità per i giudici interni di non applicare la normativa nazionale contrastante con quella comunitaria, senza la necessità di sollevare questione pregiudiziale di legittimità costituzionale. Secondo tale orientamento, dunque, pur permanendo la dualità tra i due ordinamenti (comunitario e nazionale), la norma interna non avrebbe potuto subire effetti in termini di invalidità o di vizi per il contrasto con la normativa nazionale, con la conseguenza che in caso di conflitto sarebbe rimasta in uno stato di quiescenza, potendo la stessa riespandersi nel caso del venir meno della norma comunitaria.
L'armonizzazione dei due ordinamenti trovava, sin dalla sentenza sopra richiamata, un limite nella intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (c.d. Controlimiti, ovvero lo "zoccolo duro" della Costituzione italiana). La violazione di principi fondamentali e strutturali dell'ordinamento comportava, infatti, l'illegittimità nella parte in cui avrebbe permesso l'ingresso nell'ordinamento intorno di disposizioni sovranazionali con esso contrastanti. Il relativo accertamento spettava alla Corte Costituzionale, in virtù di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice ordinario[11].

[11] Si tratta del c.d. incidente di costituzionalità, cui fa seguito anche l'eventuale disapplicazione della normativa nazionale configgente, ove il diritto UE venga valutato come prevalente rispetto al diritto interno. L'antinomia tra norma interna e norma UE da luogo ad una questione di legittimità costituzionale, fatta valere nel corso di un giudizio principale. E soltanto qualora non sia possibile superare l'antinomia di che trattasi mediante una interpretazione conforme il giudice deve porre la questione di legittimità in relazione all'art. 11 Cost. ed all'art.

ISSN 2036-7821

5. Il contrasto giurisprudenziale in materia: la tesi sostenuta dal Tar Puglia e la tesi sostenuta dall'adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021.

Scrutando nel dettaglio le tesi sopra menzionate, contrapposte, sviluppatesi nella giurisprudenza relativa alle concessioni demaniali marittime, ci si rende conto della vastità e della complessità del tema di che trattasi, che necessita di una analitica e dettagliata analisi.

Partendo dalle pronunce che, stante l'autoritatività dell'organo emanante, avrebbero dovuto risolvere la quesitone relativa alla natura ed alla *ratio* giuridica sottesa alle concessioni demaniali di che trattasi, sintetizzando il principio giuridico in esse espresso, se ne desume che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nelle pronunce n. 17 e 18 del 2021) abbia inteso affermare la contrarierà della proroga automatica delle concessioni di che trattasi al diritto eurounitario, con la conseguenza che la legislazione nazionale in contrasto con essa andasse disapplicata sia dalla PA che dal giudice.

La questione posta all'adunanza Plenaria[12] concerne i seguenti quesiti: 1) se sia doverosa la disapplicazione, da parte dello Stato italiano, delle leggi statali e/o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; 2) in caso di esito positivo, se lo Stato italiano sia tenuto all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la disciplina UE, ovvero al riesame di cui all'art. 21 octies della L. N. 241/1990 e ss.mm.ii.; 3) se il giudicato favorevole in materia poteva essere di ostacolo ad un eventuale annullamento d'ufficio del provvedimento di proroga.

Al fine di dare risposta ai quesiti sopra descritti, il Consiglio di Stato ha posto l'attenzione preliminarmente sulla "*estensione*" della rilevanza giuridica della problematica relativa alle concessioni demaniali marittime e tanto in considerazione dell'applicabilità o meno al caso di specie del disposto di cui all'art. 49 TFUE e di cui all'art. 12 della Direttiva servizi (c.d. Bolkestein, che si è posta l'obiettivo di rimozione degli ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi). Con riferimento all'applicabilità dell'art. 49 TFUE, la Corte di Giustizia, sin dalla sentenza Telaustria e Telefonadess (sentenza 07.12.2000 causa C-324/1998), ha statuito che qualsiasi atto di uno Stato che stabilisca le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica è tenuto a rispettare i principi fondamentali del Trattato ed, in particolare, il principio di non discriminazione e parità di trattamento, nonchè l'obbligo di trasparenza, con adeguato livello di

117 Cost. quali norme interposte, al fine di valutare la prevalenza dell'un ordinamento piuttosto che dell'altro. V. I casi Welby e caso Englaro.

[12] Questione deferita dal Presidente del Consiglio di Stato con decreto n. 160 del 24.05.2021.

ISSN 2036-7821

pubblicità che garantisca la concorrenza, nonchè l'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Nel caso delle concessioni demaniali marittime, trattandosi di una commessa di rilevante valore economico, specificità sul piano tecnico, la cui attrattiva in ambito transfrontaliero[13] non è determinata dal prezzo e/o dal diritto di sfruttare economicamente il singolo servizio avente rilevanza economica, ma piuttosto dal valore stesso del patrimonio naturalistico oggetto di concessione più rinomato ed attrattivo del mondo (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), vieppiù se si consideri la possibilità ammessa dall'art. 45 bis del codice della navigazione di ricorrere alle sub-concessioni, tale settore - secondo la Plenaria - non sarebbe passibile di essere sottratto alla disciplina del libero mercato e della libera concorrenza. La disciplina nazionale di una proroga automatica di tali concessioni, dunque, si porrebbe in netto contrasto con il disposto normativo di cui all'art. 49 e 56 TFUE, in quanto limiterebbe ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi del mercato interno.

Altro argomento richiamato dalla Plenaria a fondamento della tesi della illegittimità della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime è il richiamo espresso all'art. 12 della Direttiva n. 2006/123, relativo ai servizi del mercato interno.

Prescindendo dal carattere transfrontaliero del sevizio e partendo dai principi enunciati nella pronuncia della Corte UE Promoimpresa del 2016, la Plenaria addiviene ad affermare che: 1) l'art. 12 della direttiva servizi incide sulla normativa nazionale solo in modo indiretto, essendo la concessione una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica; 2) la materia della concorrenza è una materia trasversale che concerne tutti i settori in cui la UE è priva di ogni competenza o ha una competenza soltanto di sostegno; 3) è la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ad ammettere l'applicabilità della direttiva servizi anche al settore del turismo (Corte di giustizia, Grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35). Tutto ciò per affermare che le concessioni di beni demaniali marittimi sono qualificabili come "*autorizzazioni di servizi*" di cui all'art. 12 della direttiva - *self-executing* - e come tali sottoposte ad obbligo di gara, a tutela degli ambiti economico che richiedono l'utilizzo di risorse naturali scarse.

Tanto non troverebbe limite nemmeno nella sussistenza di un giudicato favorevole al concessionario: secondo il consolidato principio di sopravvenienza normativa che incide sulle situazioni giuridiche durevoli per la parte che si svolge successivamente al provvedimento confermato dal giudicato[14], l'incompatibilità dello stesso con la

[13] L'interesse transfrontaliero di un servizio e/o affidamento consiste nella capacità della commessa pubblica a configurare una opportunità di guadagno da parte dell'Amministrazione proponente che attrae gli operatori economici degli altri Stati membri.

[14] Provvedimento che, in virtù del potere immediatamente applicativo della disciplina europea, si configura come meramente ricognitivo della stessa.

ISSN 2036-7821

norma nuova comporta il venir meno della sua cogenza con riferimento all'applicazione della disciplina riformata[15].

Di differente avviso, invece, appare ancora oggi parte della giurisprudenza nazionale di primo grado. Il TAR Lecce, in particolare, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, ha affermato che il potere-dovere di disapplicazione della normativa interna configgente con la disposizione comunitaria possa essere riconosciuto in capo unicamente al giudice amministrativo, e non anche in capo alla PA, la quale, non essendo legittimata all'accertamento della natura delle direttive (se o meno immediatamente applicabili), è vincolata alla disciplina nazionale. Peraltro, il TAR Puglia ha negato la natura self-executing della Direttiva servizi (in contrasto anche con gli orientamenti consolidati del TAR Firenze, Salerno, Pescara, Roma e Venezia). A tanto è seguita, altresì, la messa in discussione delle conclusioni delle sentenze gemelle dell'adunanza Plenaria a cui è seguita la promozione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE con l'ordinanza n. 743/2022.

Già con la pronuncia n. 1321 del 27.11.2020, il TAR Puglia aveva messo in discussione il primato del diritto UE in materia di concessioni demaniali marittime[16]. La questione dalla stessa affondata concerneva l'impugnazione di un provvedimento di annullamento in autotutela del provvedimento di proroga concesso in favore di uno stabilimento balneare sito in Salento, in quanto in violazione del principio di cui all'art. 12 della Direttiva servizi. Con riferimento a tale impugnazione, il TAR Puglia aveva accolto il ricorso promosso statuendo che la decisione della Corte di Giustizia UE con cui si afferma che il principio di dare attuazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna costituirebbe un obbligo dello Stato membro in tutte le sue articolazioni (giudice e PA), non può ritenersi norma dichiarativa di interpretazione autentica della norma comunitaria, perché essa non ha ad oggetto alcuna individuazione della *ratio legis* di una specifica norma comunitaria, ma concerne le regole generali e le modalità di applicazione della normativa unionale generalmente intesa, qualificabile in quanto tale come mero *obiter dictum*. Si afferma, in sostanza, la natura *non self-executing* della Direttiva servizi.

Altro principio enunciato dal TAR Lecce concerne, poi, il ruolo della PA nella disapplicazione della normativa nazionale contrastante con il diritto UE. Sul punto, il giudice di primo grado è addivenuto ad affermare che la possibilità di rivolgersi alla Consulta o alla Corte di Lussemburgo per risolvere l'antinomia, essendo riservata al potere giudiziario (giudici nazionali) determinerebbe che questi sarebbe l'unico titolato a disapplicare la norma interna contrastante col diritto UE; la norma in

[15] Nel caso di specie, con applicazione del principio della graduazione degli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo.

[16] Per approfondimenti, v. Chiti E., *False piste : il Tar Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in Giornale di diritto amministrativo, fasc. 6.

ISSN 2036-7821

questione, invece, sarebbe vincolante per la PA, tenuta ad adottare i provvedimenti conformi alla normativa interna.
Va, tuttavia, precisato che la tesi del TAR Puglia - ad oggi - costituisce tesi minoritaria, stante le molteplici pronunce conformative ai principi di cui alle sentenze n. 17 e 18/2021 dell'adunanza Plenaria. Con due sentenze recenti il TAR Lazio (sez. II, 11.05.2022 n. 5869 e sez. II, 01.06.2022 n. 7173), ha ritenuto addirittura non necessario il rinvio pregiudiziale formulato dal TAR Lecce in materia, affermando che la disciplina della direttiva Bolkestein, come interpretata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 14.07.2016, causa C-458/14 e C-67/15, è direttamente applicabile all'ordinamento interno, a prescindere dalla sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, in quanto oggetto di armonizzazione esaustiva o completa da parte del legislatore comunitario, stante il livello di dettaglio sufficiente per essere applicata direttamente nell'ordinamento interno.

6. Le tesi giurisprudenziali recenti a confronto.
Accanto all'orientamento inaugurato dal TAR Puglia, anche in contrasto con le pronunce della Plenaria, si affiancano sentenze dei giudici di primo grado conformi a queste ultime (v., TAR Lazio, Roma n. 1288/2021 che, sulla proroga delle concessioni, ne afferma la legittimità alla luce dei principi enunciati dalla Plenaria; TAR Lazio, n. 5095/2022)[17].
Si vedano, di recente, due pronunce del TAR Lazio (n. 7157/2022 e n. 7173/2022), aventi ad oggetto la impugnazione di provvedimenti di autorizzazione delle concessioni demaniali marittime emessi a seguito di procedura ad evidenza pubblica. Nella specie, i ricorrenti lamentavano la applicabilità dell'art. 1, comma 682 e 683, della L. N. 145/2018, dell'art. 182, comma 2, del D.L. n. 34/2020 in materia di proroga delle concessioni fino al 2033. Con riferimento a tale fattispecie, i giudici di primo grado, recependo l'orientamento delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato n. 17 e 18 del 2021, hanno affamato che "*il principio secondo cui il diritto dell'unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege, fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere*" non devono trovare applicazione. Ciò nonostante, i giudici di primo grado hanno disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e della procedura di gara, ivi compresa la lex specialis, affermando che, intanto si possa addivenire all'applicazione della normativa della evidenza pubblica, in presenza e nel rispetto della pianificazione comunale e regionale concernente il

[17] V., in dottrina, Zamparese A., *Considerazioni in materia di concessioni demaniali marittime, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*; Benettazzo C., *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo, in Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici*, fasc. 1.

ISSN 2036-7821

litorale laziale, identificando l'adozione del PUA quale presupposto imprescindibile per il rilascio di titoli concessori. In assenza di una pianificazione territoriale, dunque, sarebbe da ritenersi illegittima anche la procedura ad evidenza pubblica attivata da Roma Capitale per l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime.
Nella pronuncia n. 7157/2022, invece, il TAR Lazio ha fondato l'accoglimento del ricorso promosso dalle società ricorrente in applicazione del principio del c.d. Legittimo affidamento. Da tanto ne sarebbe conseguita l'applicabilità del provvedimento amministrativo di proroga delle concessioni fino al termine normativamente previsto, al fine di consentire l'adeguamento del diritto interno alle prescrizioni UE in tema di concessioni demaniali marittime[18].
Il TAR Salerno, poi, nella pronuncia n. 265/2021, in applicazione del principio di disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto comunitario, ha disposto la illegittimità dell'applicazione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime. Ulteriori conferme provengono dal TAR Toscana che, con la pronuncia n. 363 dell'08.03.2021, ha affermato la inapplicabilità della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, pur tuttavia invocando un intervento chiarificatore in materia[19].
Da ultimo si invoca, infine, la pronuncia del Consiglio di Stato del 16.06.2022. N. 4939, di riforma della sentenza del TAR Puglia n. 603/2021, con cui era stato parzialmente accolto il ricorso promosso da un titolare di una concessione demaniale marittima allo stesso non riconosciuta in virtù del subingresso. La impugnativa concerneva la negazione da parte dell'ente locale della proroga normativa di cui all'art. 1, comma 682 e ss., della L.n. 145/2018 e ss.mm.ii. Il Consiglio di Stato conferma, in tale pronuncia, i principi enunciati dalle Plenarie in materia di interesse transfrontaliero certo, di scarsità delle risorse e di legittimo affidamento. Nella pronuncia n. 229 del 13.01.2022, il Consiglio di Stato, tuttavia, espressamente dichiara che: "*le opere realizzate dai concessionari sulla superficie demaniale, ai sensi dell'art. 952 c.c., d'esclusiva proprietà privata c.d. Superficiali fino al momento dell'effettiva scadenza*", ammettendo a fondamento di quanto sopra la legittimità della proroga delle concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2023.

7. La applicabilità diretta od indiretta della direttiva Bolkestein alle concessioni demaniali marittime. La tesi del Tar Puglia.
Fermo restando il quadro normativo e giurisprudenziale sopra menzionato e ponendo l'attenzione sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE emessa dal TAR Puglia, si evidenzia che con tale rinvio i giudici di primo grado

[18] V. In proposito, anche TAR Lazio, n. 5869/2022; Cons. Stato, n. 229/2022; Cons. Stato. n. 6043/2019; Cons. Stato, n. 729/2017; Cons. Stato, n. 1146/2020; Cons. Stato, n. 1462/2022.
[19] V. Anche TAR Abruzzo, n. 40/2021; TAR Salerno, n. 913/2022; TAR Veneto, n. 218/2020.

ISSN 2036-7821

si sono posti il problema dell'efficacia (diretta e/o indiretta) della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime nel territorio italiano[20].

Con riferimento all'efficacia, immediata o differita della Direttiva Bolkestein, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17-18/2021 ne aveva affermato il carattere self-executing, dichiarando che tale carattere era stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa (C-174/06), oltre che da copiosa giurisprudenza nazionale che ne ha fatto seguito.

Ed è proprio su tale punto che il TAR Puglia fonda la propria questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia UE, in virtù una serie di motivi: 1) in primo luogo, affermano i giudici di prime cure, nella giurisprudenza nazionale non è stato mai affrontato in modo esplicito il problema della natura auto-esecutiva o meno della Direttiva Bolkestein, dandola per scontata (nell'uno e nell'altro senso); 2) né tale natura (auto-esecutiva o meno) sembra esser contenuta nella pronuncia Promoimpresa, nella quale espressamente è disposto che: "*gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123 prevedono una serie di disposizione che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione*", e che "*si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione*"[21]; 3) men che meno sarebbe possibile limitare la natura *self-executing* al solo articolo 12 che, peraltro, nel suo contenuto dispositivo, richiama il necessario intervento integrativo da parte del legislatore interno, altrimenti configurandosi una vera e propria petizione di principio; 4) nella specie, non si è di fronte ad una norma comunitaria incondizionata, ovvero non soggetta ad alcuna condizione né subordinata, per quel che concerne la sua osservanza ed i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni nazionali ai fini della sua diretta applicabilità, sia da parte della PA che da parte del giudice nazionale.

[20] La diretta applicabilità della direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime si evince chiaramente dalla sentenza "Promoimpresa", nella quale si leggono i seguenti principi enunciati: "1) *l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principiali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui 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*". Secondo l'orientamento maggioritario la Direttiva sopra richiamata intanto avrebbe rilievo nella materia delle concessioni marittime demaniali in quanto finalizzata alla tutela di risorse naturali scarse, come nel caso dei beni demaniali marittimi, mediante il necessario rilascio di autorizzazioni, soggetti a procedure di selezione tra candidati potenziali che devono presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, nonchè di adeguata pubblicità e concorrenza.

[21] V., sul punto, anche Corte Giust. UE causa C-236/92; causa C-8/81; causa C-103/88; causa C-38/67; causa C-152/84; causa C-71/85.

ISSN 2036-7821

Da tanto se ne desumerebbe, piuttosto, la natura non auto-esecutiva della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime, con tutto ciò che da tanto ne consegue, in particolare in termini di inapplicabilità diretta ed immediata della stessa nel territorio degli Stati membri. Da tanto ne dovrebbe, invece, derivare la piena applicazione della normativa nazionale in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime, non soggetta all'esercizio del potere di disapplicazione e/o di mera esclusione, in considerazione anche della circostanza che la materia delle concessioni è demandata alla competenza del Dirigente comunale, non titolato di alcun potere di disapplicazione, riconosciuto dall'ordinamento unicamente al giudice nazionale a mezzo degli strumenti dell'incidente di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale od a mezzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ovvero dello strumento della interpretazione conforme alla disciplina unionale, ferma restando la preminenza dei c.d. Controlimiti, nonchè il rispetto del principio della certezza del diritto[22].

Orientamento contrario, invece, pare aver espresso l'Adunanza Plenaria n. 17-18/2021, con l'affermare la natura auto-esecutiva ed immediatamente applicabile della direttiva Bolkestein, con conseguente obbligo di disapplicazione della legge nazionale anche da parte degli operatori esecutivi delle concessioni, ovvero i Dirigenti comunali senza, tuttavia, esplicitamente evidenziarne il fondamento. E tanto giustificherebbe anche il disposto di un effetto differito della predetta disapplicazione, al fine di sollecitare un intervento del legislatore per la necessaria ed opportuna adozione della norma di concreta attuazione della direttiva in questione.

Alla luce di tali presupposti, il TAR Puglia ha ritenuto non manifestamente infondata la questione sollevata alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267, comma II, TFUE[23], sottoponendo alla stessa i seguenti quesiti: "*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*

[22] Non è ammessa, nella giurisprudenza comunitaria, una interpretazione conforme che possa spingersi fino ad una interpretazione contra legem del diritto nazionale, provocando un illegittimo vuoto normativo in nessun modo colmabile. Ne consegue, dunque, che la certezza del diritto costituisce limite ostativo all'interpretazione conforme.

[23] Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE trova il suo fondamento normativo negli artt. 19, par. 3, lett. b), del TUE e 267 del TFUE. Esso rappresenta la procedura che consente ad un giudice nazionale di interrogare la Corte di Giustizia UE sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di un contenzioso in cui tale giurisdizione venga coinvolta. Esso costituisce, in sostanza, un quesito sull'applicazione del diritto europeo nello Stato membro richiedente, quale espressione della cooperazione attiva tra giurisdizioni nazionali ed europee, al fine di garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo.

ISSN 2036-7821

2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione); 4) se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Dirtettiva 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 l 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 TFUW 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

ISSN 2036-7821

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".

8. Gli effetti sull'attività amministrativa del contesto normativo e giurisprudenziale in materia di concessioni demaniali marittime. Il disorientamento degli enti pubblici.

Il problema della applicabilità della normativa in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime, stante le differenti e divergenti interpretazioni giurisprudenziali fiorite negli ultimi temi (ultima tra tutte l'interpretazione fornitane dal TAR Puglia nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale di che trattasi), si è spostato di fatto sulle pubbliche amministrazioni deputate, a seguito della riforma costituzionale, al rilascio delle concessioni sul demanio, ed in particolare sulle Regioni e, successivamente, per sub-delega sui Comuni[24].

In tale quadro interpretativo ondivago, i Comuni - preposti concretamente all'attuazione della gestione del demanio pubblico - hanno adottato provvedimenti amministrativi volti a far fronte alla situazione normativa poco chiara, generando ulteriore caos applicativo, in un valzer di proroghe o negatorie a seconda della interpretazione datane della legge nazionale, in disapplicazione della stessa e contestuale prevalenza del diritto unionale. E tanto, in considerazione della scala gerarchica delle fonti del diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico, così come eterointegrato dalla normativa UE, sottordinata alla Costituzione ed alle leggi costituzionali, ma sovraordnata rispetto alla fonte legislativa ordinaria quando immediatamente applicabile nell'ordinamento dello Stato membro, in caso di carattere *self-executing* della stessa[25].

9. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni formulate sul proliferare della normativa e della giurisprudenza in materia di concessioni demaniali marittime, sono necessarie alcune considerazioni conclusive.

[24] Pur tuttavia, essendo la materia delle concessioni demaniali marittime riconducibile ai principi della libera allocazione dei servizi e della libera concorrenza, anche lo Stato ex art. 117 Cost. ha l'onere di intervenire costantemente nella regolamentazione della materia, in un'ottica di sincronia normativa rispetto agli organi preposti alla sua attuazione.

[25] La direttive self-executing, infatti, ha la particolarità che, decorso il termine di moratoria concesso agli Stati membri per l'adeguamento al suo contenuto, senza che sia necessario alcun esercizio di potere discrezionale da parte degli stessi, trova immediata e diretta applicazione, pur in assenza del summenzionato intervento normativo (limitatamente all'efficacia solo verticale ascendente).

ISSN 2036-7821

Si è partiti dalla genesi della disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime, alla ratio che s poneva a fondamento della proroga "infinita" delle stesse. Si è passati per la creazione di un giustificativo legittimo a tali proroghe con la nascita del diritto di insistenza dei concessionari "abitudinari" rispetto agli aspiranti alla concessione, per poi arrivare a dover affrontare il problema della concorrenza, comunitariamente imposta.

Con l'avvento della Direttiva Servizi c.d. Bolkestein si è, infatti, posto il problema della necessità di inserimento nell'ordinamento nazionale di una normativa che qualificasse di permanente interesse il principio della concorrenza, evidentemente in contrasto con la prassi di rinnovazione fino ad allora vigente in Italia e negli altri stati aderenti all'ue.

Con rifermento alla Direttive Bolkestein, inoltre, la dottrina e la giurisprudenza hanno sollevato una questione circa la sua diretta applicabilità al diritto interno, con conseguenze devastanti sulla materia delle concessioni demaniali marittime.

Se da un lato, parte della giurisprudenza, ad oggi maggioritaria, ha ritenuto applicabile direttamente nel diritto interno la disciplina della Direttiva Bolkestein ed, in particolare, dei principi generali di cui essa è portatrice, con la conseguenza che qualsivoglia strumento normativo con essa contrastante andrebbe disapplicato (secondo alcuni dal giudice, secondo altri anche dalla PA); altro orientamento, ad oggi minoritario, ritiene non direttamente applicabile il diritto comunitario al diritto interno ed, in particolare la Direttiva Bolkestein che, dunque, necessiterebbe di un atto di reperimento applicativo ai fini del suo ingresso fattuale nell'ordinamento italiano.

Tale assunto comporta, dunque, che in assenza di recepimento del diritto UE, è qualificabile come pienamente valida ed efficace la disciplina italiana che, ancora oggi, stante il proliferare normativo a causa dell'emergenza da Covid-19, prescrive un regime di proroghe, destinato a durare ancora a lungo nel tempo.

ISSN 2036-7821