

**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 del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)**

di

Enrico Lubrano\*

**Sommario:** Introduzione. I. PARTE I: IL DISALLINEAMENTO DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA RISPETTO ALLA DISCIPLINA EUROPEA. 1. La disciplina nazionale italiana originaria (il Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327). 2. La Direttiva Bolkenstein (2006/123): l'applicazione dei principi della concorrenza anche nel settore delle concessioni demaniali marittime. 3. La successiva disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe al 2015 ed al 2020): profili di criticità (evidente incompatibilità con il diritto europeo). La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (14 luglio 2016): l'incompatibilità della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi della libera concorrenza. 4. La nuova disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe fino al 2033): profili di criticità. 5. Le oscillazioni della giurisprudenza nazionale e l'esigenza di certezza del diritto. II. PARTE II: LA DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO (ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 17-18/2021). 1. La acclarata incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123. 2. Il riconoscimento del potere di disapplicazione di una norma di fonte primaria, da parte del giudice amministrativo e della stessa Amministrazione, in caso di accertata incompatibilità con il diritto europeo. 3. La deroga al principio generale di retroattività della sentenza e la posticipazione degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo in casi eccezionali (la decadenza di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2023). 4. Considerazioni conclusive.

Il tema relativo alle concessioni demaniali marittime - nella sua evoluzione storica ed alla luce delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, emanate in data 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 (che hanno chiuso ogni profilo di

---

\* *Professore a contratto di Diritto sportivo nella Università LUISS di Roma.*

discussione sul tema, con una valutazione analitica di tutte le questioni emerse e dibattute in precedenza, imponendo l'applicazione del diritto europeo della concorrenza anche a tale settore) - assume una notevole rilevanza giuridica, oltre che economica e sociale, quantomeno sotto quattro profili: da un punto di vista di tipo ordinamentale con riferimento ai rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo e con specifica riaffermazione della primazia del diritto europeo;

2) da un punto di vista di tipo processuale, a) con riferimento all'affermazione ed al riconoscimento del potere di disapplicazione della disciplina di fonte primaria, in capo al giudice amministrativo ed alla stessa Amministrazione, laddove la normativa nazionale sia in palese contrasto con il diritto europeo; b) nonché con riferimento alla disciplina degli effetti della decisione del giudice amministrativo, in deroga al "dogma" della retroattività delle sentenze e, anzi, con previsione di una decorrenza degli effetti differita nel tempo e posticipata al 1 gennaio 2024. 3) Da un punto di vista sostanziale, per il riconoscimento dell'applicazione dei principi della concorrenza anche al settore in questione, con conseguente necessità di esperire procedure ad evidenza pubblica, per le quali è stata riconosciuta una limitata specificità, alla luce di alcuni aspetti peculiari, derivanti soprattutto dall'esigenza di tutelare la posizione dei precedenti concessionari. 4) In fine, da un punto di vista del ruolo della Plenaria del Consiglio di Stato, nella trattazione di questioni di interesse generale di particolare rilevanza economica e sociale, nel senso dell'assunzione di un ruolo di "regolatore" di sistema, nel caso di inerzia del legislatore o di esercizio della potere legislativo in maniera del tutto incompatibile rispetto ai principi europei, laddove la Plenaria ha indicato – per via formalmente pretoria, ma sostanzialmente regolatoria – la strada delle procedure ad evidenza pubblica ed i criteri di relativa disciplina delle stesse, nel settore delle concessioni demaniali marittime, alla luce di alcune specificità dello stesso.

L'analisi della tematica in questione ha visto, nella sua evoluzione storica, l'affermazione progressiva dei principi della tutela della concorrenza, quale necessaria espressione e garanzia del diritto di impresa (art. 41 Cost.) e del

correlativo diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) - che ne costituisce parte integrante (in quanto, laddove c'è impresa, c'è lavoro) - nonché dei principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di imparzialità (art. 97 Cost.) per tutti gli operatori nel settore in questione, che ha caratteristiche molto peculiare e nel quale anche la tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) costituisce un valore primario <sup>(1)</sup>.

La disamina del tema in oggetto sarà posta in essere, in primo luogo, dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'evoluzione della normativa e della giurisprudenza (entrambe a livello europeo e nazionale), e, in secondo luogo (contestualmente), da un punto di vista soggettivo (in particolare, a parere dello scrivente, come si vedrà oltre - alla luce del punto di approdo al quale sono giunte le due decisioni della Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17-18/2021 - sono tanti gli elementi di positività e pochi, e recessivi, quelli di criticità).

## I. PARTE I: IL DISALLINEAMENTO DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA RISPETTO ALLA DISCIPLINA EUROPEA.

Per comprendere come si è arrivati all'emanazione delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria sopra richiamate, è opportuno ripercorrere sinteticamente l'evoluzione della disciplina nazionale in materia di concessioni demaniali marittime - dalle origini sino all'ultima normativa, dettata in parte dalla situazione emergenziale pandemica - e valutare la compatibilità della normativa italiana rispetto al diritto europeo (con specifico riferimento alla disciplina della concorrenza in generale, ai sensi nell'art. 49 del Trattato di Funzionamento

---

<sup>1</sup> Con riferimento alla rilevanza del paesaggio e della necessità di tutela lo stesso nell'ambito della tematica relativa alle concessioni demaniali marittime, si veda M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, pagg. 545 e segg., in *Diritto e Società* n. 3/2021, numero speciale integralmente dedicato alla tematica delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria. Di particolare interesse, sotto il profilo della tutela del paesaggio, risultano essere le considerazioni di M. CALABRO', *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, pagg. 441 e segg., in *Diritto e Società* n. 3/2021 cit..

dell'Unione Europea, nonché ai sensi della disciplina della concorrenza nel settore specifico delle "autorizzazioni" relative a risorse scarse o limitate, prevista dalla c.d. Direttiva "Bolkenstein" n. 2006/123), alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decisione 14 luglio 2016) <sup>(2)</sup>.

1. *La disciplina nazionale italiana originaria (il Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327).*

La disciplina nazionale italiana <sup>(3)</sup> relativa alle concessioni demaniali marittime trae origine dal Codice della Navigazione (Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327). Ai fini della presente analisi, tale Regio Decreto rileva nella parte in cui – oltre ad individuare i "beni del demanio marittimo" (art. 28) e le relative "pertinenze" (art. 29) – disponeva, a una parte, che, nel caso di presentazione di più domande di concessione: a) fosse riconosciuto un titolo di "preferenza" in favore del "richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico" (art. 37, primo comma); b) che, in mancanza di

---

<sup>2</sup> Il tema in questione ha avuto una evoluzione "a scatti", con fasi di totale quiescenza e fasi di estrema vivacità nel dibattito. Tale intuizione, che rende bene l'idea di come la tematica in oggetto abbia avuto fasi alterne (di grande attenzione e di totale disattenzione da parte dei vari operatori) è di G. MARCHEGANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 10/2015; tale contributo è richiamato da C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi*, n. 25 /2016, p. 4; nello stesso senso. Anche 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*, n. 20/2021, pagg. 1 e segg.. Lo stato attuale, all'indomani delle decisioni gemelle della Plenaria, è, ovviamente, di grande vivacità del dibattito, anche in dottrina; ma il tema è sempre stato oggetto di grande attenzione anche prima delle decisioni della Plenaria; in particolare, risultano di notevole interesse i seguenti contributi: G. CARULLO e A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi*, n. 26/2020, pagg. 24 e segg.

<sup>3</sup> Il presente contributo, per ragioni di sintesi, si concentrerà sulla disciplina nazionale italiana. Il tema in questione, però, è molto sentito anche in altri Paesi Europei, che hanno, come l'Italia, un grande patrimonio paesaggistico di spiagge, come la Spagna, la Francia, la Croazia. Per un'analisi comparata, si veda. G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi*, n.4/2020; 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 *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli, 2021.

ragioni di preferenza - in caso di concessioni di durata superiore al biennio o comportanti impianti di difficile sgombero - si sarebbe proceduto a gara pubblica o a licitazione privata (art. 37, comma 2): *“Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata”*). Dall'altra parte - in sostanziale deroga a tale impostazione dei primi due commi (pienamente legittima, a parere dello scrivente, ovvero in linea con i principi di ragionevolezza e di eguaglianza (art. 3 Cost.), nonché di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) - il terzo comma prevedeva il c.d. *“diritto di insistenza”*, ovvero la *“preferenza”* al precedente concessionario (*“nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al biennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata”*) (art. 37, comma 3, poi soppresso dall'art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194, poi convertito, con modificazioni, in Legge 26 febbraio 2010, n. 25).

Tale impostazione originaria, di preferenza in favore del precedente concessionario - poi concretamente applicata nel senso del riconoscimento del conseguente rinnovo automatico ed indiscusso della concessione al momento della sua scadenza - si poneva in palese contrasto con i principi-base della concorrenza, che, però, a quel tempo, erano del tutto estranei alla cultura commerciale e giuridica. Tale disciplina e la relativa applicazione (nel senso del rinnovo automatico della concessione al precedente concessionario) determinava, infatti, un carattere *“stagnante”* del relativo mercato di settore <sup>(4)</sup>.

---

<sup>4</sup> In sostanza, immaginando il lato dell'offerta del complessivo mercato dei servizi demaniali marittimi come un grande mare chiuso (all'interno del quale ogni operatore *“nel mercato”* costituisce una *“goccia di acqua”*), ma collegato al mare aperto (all'interno del quale gli aspiranti operatori *“per il mercato”* costituiscono altrettante gocce d'acqua), si deve prendere atto che il collegamento tra *“mare chiuso”* e *“mare aperto”* era costituito da un minuscolo *“rigagnolo”* di acqua, all'interno del quale si scambiano pochissime unità di gocce di acqua: in particolare, solo per ogni *“goccia-operatore”* che esce, si libera un posto per una sola *“goccia-aspirante-operatore”* che entra (il quale, peraltro, risulta essere prescelto per puro caso, per il semplice fatto di trovarsi *“al posto giusto nel momento giusto”*, ovvero per avere presentato domanda nel momento in cui si è determinata la *vacatio* e non a seguito di un giusto confronto concorrenziale): in tale *“mare chiuso”*, pertanto, le *“acque”* assumono inevitabilmente un carattere *“stagnante”*, come avviene in qualsiasi *“stagno”* che sia collegato al mare soltanto mediante

2. *La Direttiva Bolkenstein (2006/123): l'applicazione dei principi della concorrenza anche nel settore delle concessioni demaniali marittime.*

L'art. 49 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in poi TFUE) ha sancito il divieto di restrizioni relativa alla libertà di stabilimento (*“nel quadro delle disposizioni che seguono, 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”*) ed ha disposto il conseguente riconoscimento dell'accesso alle attività autonome ed al loro esercizio, in maniera non discriminatoria per tutti gli operatori europei in tutto il territorio dell'Unione (*“la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”*).

Nel 2006 l'Unione Europea ha emanato la Direttiva c.d. *Bolkenstein* (Direttiva 2006/123/ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno), con la quale ha sancito l'applicazione dei principi della libera concorrenza nel settore delle autorizzazioni per lo svolgimento di servizi, al fine di *“garantire il progresso economico e sociale”, “la libera circolazione dei servizi”, “la libertà di stabilimento”* e l'obiettivo della *“eliminazione delle barriere”*, come indicato nel considerando n. 1. Tale Direttiva è stata emanata nella consapevolezza della insufficienza del solo art. 49 del TFUE a garantire l'effettiva eliminazione delle barriere ed adeguati livelli di concorrenza nei vari settori, come indicato nel considerando n. 6. In particolare, ai fini di interesse della presente analisi, risultano rilevanti: 1) l'oggetto e gli obiettivi della stessa (art. 1, comma 1),

---

un piccolo “rigagnolo”.

che ha posto come “stella polare” i concetti di “libertà di stabilimento dei prestatori” e di “libera circolazione dei servizi”: “la presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l’esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi”: tali concetti - funzionali a garantire la concorrenza nei mercati interni dei servizi - sono ampiamente declinati nel Considerando n. 64; 2) la disciplina del regime delle autorizzazioni (art. 12), che prevede che, laddove le stesse siano limitate in quanto relative a risorse scarse<sup>5</sup>), il relativo rilascio: deve essere posto in essere con procedure di selezione aperte, imparziali e trasparenti, secondo i principi della libera concorrenza: “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”) (comma 1)<sup>6</sup>); deve essere previsto per una durata limitata, senza rinnovo automatico e senza preferenze per il precedente concessionario: “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” (comma 2); può essere disciplinato dagli Stati membri, con procedure in parziale deroga ai principi sanciti dai commi 2 e 3, in particolari settori e per particolari esigenze di interesse

---

<sup>5</sup> L’art. 12 prevede la “scarsità delle risorse” come condizione di applicabilità (“qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili”). Nonostante la norma ponga l’accento sul concetto di “scarsità” delle risorse o delle capacità tecniche quale condizione oggettiva per l’applicazione della direttiva, il legislatore europeo non ha fornito alcuna indicazione su quali siano i parametri di riferimento per valutare quando una risorsa possa definirsi scarsa, rimettendo tale valutazione al giudice nazionale, tanto che tale circostanza, come si vedrà, ha determinato rilevanti problemi in sede applicativa (anche tale profilo è stato risolto dalle richiamate decisioni della Plenaria, che hanno riconosciuto la sussistenza del requisito della “scarsità delle risorse” con riferimento all’intero mercato delle concessioni demaniali marittime).

<sup>6</sup> La *ratio* della norma è quella di imporre agli Stati membri l’esperimento di una procedura di selezione, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza, tra i potenziali candidati all’ottenimento di una autorizzazione.

pubblico: “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 imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario” (comma 3), secondo la nozione indicata nel Considerando n. 40.

La violazione della direttiva in questione può determinare l’apertura di procedure di infrazione a carico degli Stati membri, come indicato dal Considerando n. 75. La terminologia di tale direttiva (riferita alle autorizzazioni, secondo un concetto europeo onnicomprensivo di tutte le tipologie di provvedimenti che consentono lo svolgimento di determinate attività economiche) ha subito determinato dubbi in ordine alla sua applicazione al settore delle concessioni demaniali marittime (secondo la diversa terminologia italiana, che differenzia i provvedimenti di concessione dai provvedimenti di autorizzazione <sup>(7)</sup>). Tale tema è stato poi definitivamente risolto dalla Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni nn. 17-18/2021, che ha inteso il concetto europeo di autorizzazioni in senso sostanziale e comprensivo anche del concetto italiano di concessioni). Altro tema che è stato poi ampiamente discusso in dottrina ed in giurisprudenza è relativo alla natura *self executing* di tale direttiva fino ad essere risolto, in termini positivi, dalle richiamate decisioni gemelle della Plenaria.

3. *La successiva disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe al 2015 ed al 2020): profili di criticità (evidente incompatibilità con il diritto europeo). La Corte di Giustizia dell’Unione Europea (14 luglio 2016): l’incompatibilità della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi della libera concorrenza.*

---

<sup>7</sup>M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell’interesse pubblico o barriere all’accesso al mercato?*, in *Il diritto dell’economia*, 2015, parla di “elegantissime architetture concettuali” per indicare le diverse tipologie di provvedimenti amministrativi presenti nel sistema giuridico italiano.



La Direttiva *Bolkenstein* è stata recepita con l'art. 16 del Decreto Legge 26 marzo 2010, n. 59, che ha formalmente recepito i principi dalla stessa imposti, prevedendo - per il rilascio di autorizzazioni numericamente limitate per scarsità della risorsa naturale - procedure di selezione, da espletarsi in trasparenza e secondo imparzialità. Nonostante l'obbligo generale di rispettare i principi della libertà di stabilimento (sancito dall'art. 49 del T.F.U.E.), nonché l'obbligo specifico di applicare i principi della concorrenza anche nel settore delle autorizzazioni laddove le stesse non siano illimitate (sancito dalla c.d. Direttiva *Bolkestein*) - formalmente rispettati con il recepimento della Direttiva in questione - lo Stato Italiano ha, però, emanato una nuova normativa, che (seppure con tante "belle parole", in asserita espressione di principi di diritto europeo di concorrenza, libertà di stabilimento, con formale soppressione del diritto di insistenza previsto dall'art. 37, comma 2, del Codice della Navigazione) - ha disposto la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime: 1) prima fino al 31 dicembre 2015 (art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194, poi convertito, con modificazioni, in Legge 26 febbraio 2010, n. 25); 2) poi fino al 31 dicembre 2020 (art. 34 *duodecies* del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito in Legge 17 dicembre 2012, n. 221, che ha modificato il richiamato art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194.

Tale nuova normativa nazionale presentava profili di consistente criticità rispetto alla disciplina sancita dal diritto europeo (art. 49 TFUE e Direttiva *Bolkenstein*), come evidenziato dalla dottrina<sup>(8)</sup> e dalla giurisprudenza, la quale ha posto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione di compatibilità tra la normativa italiana e i superiori principi del diritto europeo<sup>(9)</sup>.

Alla luce della questione posta, su rinvio pregiudiziale, in relazione alla compatibilità della disciplina italiana con il diritto europeo, la Corte di Giustizia

---

<sup>8</sup>L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2016, p. 912

<sup>9</sup> La questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte di due diversi Giudici italiani, in particolare, dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna, con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

dell'Unione Europea, con decisione 14 luglio 2016 (c.d. "Promoimpresa"), ha sancito l'incompatibilità della normativa italiana con il diritto europeo, nella parte in cui la prima ha disposto una proroga generalizzata delle concessioni, chiarendo il fatto che la Direttiva 2006/123 debba estendersi anche alle concessioni, laddove, ovviamente, le stesse costituiscano una "*risorsa scarsa*" (concetto astratto la cui verifica concreta è stata rimessa dalla Corte al Giudice nazionale). Nell'analizzare la portata applicativa dell'art. 12 della Direttiva Servizi, la Corte ha preso in considerazione anche le deroghe previste dal comma 3 relative al concetto di motivi di interesse generale. In particolare, ai fini del tema della disapplicazione della normativa nazionale, appare di particolare interesse il passaggio in cui si afferma che i motivi di interesse generale, tra i quali può rientrare anche la tutela del legittimo affidamento, devono essere presi in considerazione *ex ante*, (ovvero al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali) e non *ex post* (ovvero al momento del rinnovo della proroga). La Corte ha, infine, riconosciuto la sussistenza del c.d. "*interesse transfrontaliero certo*" sulla prima delle due questioni rimesse alla sua valutazione (mentre ha rimesso al Giudice nazionale la valutazione in concreto della sussistenza o meno di tale presupposto sulla seconda delle due questioni); la effettiva sussistenza di tale requisito è stata poi riconosciuta dalle Plenarie nn. 17-18/2021, alla luce della rilevanza economica dell'intero patrimonio costiero nazionale italiano.

In conclusione, la Corte ha indicato che - nel caso di sussistenza delle condizioni previste dalla direttiva 2006/123 (ovvero scarsità delle risorse naturali ed interesse transfrontaliero certo) - l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso 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, e che l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività

turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

4. *La nuova disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe fino al 2033): profili di criticità ed oscillazioni della giurisprudenza nazionale.*

Nonostante l'emanazione della richiamata decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, lo Stato Italiano, prima con Legge n. 145/2018 e poi con D.L. n. 34/2020, convertito con Legge 17 luglio 2020, n. 77, ha disposto la proroga di tutte le concessioni demaniali marittime fino al 2033. Tale disciplina ha evidenziato subito gravi profili di criticità, sia nei propri contenuti (per la già evidenziata violazione dei principi della libera concorrenza sanciti dal diritto europeo), sia nella propria giustificazione logica (soprattutto con riferimento alla disciplina emergenziale che aveva fatto leva sull'esigenza di parziale compensazione degli effetti negativi del Covid, che si è posta in evidente violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, garantendo una proroga della durata di 15 anni, a fronte di criticità finanziarie della durata corrispondente, a quel momento, ad una singola stagione nel 2020).

La evidente criticità contenutistica e logica della nuova disciplina nazionale è stata subito evidenziata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché da ulteriori interventi della Commissione Europea, la quale aveva già aperto varie procedure di infrazione verso l'Italia per tale ragione <sup>(10)</sup>, e che, con comunicazione in data 3

---

<sup>10</sup> Il rapporto tra Italia e Commissione Europea, sulle concessioni balneari, è stato conflittuale fin dal periodo immediatamente successivo all'adozione della Direttiva Servizi. Già nel 2009, la Commissione Europea, con una lettera di costituzione in mora notificata alla Repubblica italiana in data 2 febbraio 2009, ha ritenuto che l'articolo 37 del Codice della Navigazione italiano fosse in contrasto con l'articolo 49 TFUE, poiché prevedeva un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente, nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo. La Commissione, con una lettera di messa in mora complementare, datata 5 maggio 2010, ha ritenuto che tale rinvio, da un lato, privasse di ogni effetto l'eliminazione del diritto di preferenza e, dall'altro, fosse contrario sia all'art. 12 della direttiva 2006/123 sia all'art. 49 TFUE. Tuttavia, visto che il Legislatore italiano ha deciso di abrogare la disposizione che consentiva tale rinvio, la Commissione ha ritenuto di poter chiudere la procedura di infrazione in data 27 febbraio 2012.

dicembre 2020, ha aperto un nuovo procedimento di infrazione, <sup>(11)</sup>. In particolare, si è determinata una situazione per la quale le Amministrazioni locali si sono trovate nella condizione vincolata di dovere necessariamente prorogare le concessioni in essere fino al 2033, in ottemperanza alla nuova normativa e sulla base della considerazione che la stessa, pur nelle sue evidenti criticità, non poteva essere oggetto di disapplicazione da parte dell'Amministrazione, essendo la stessa tenuta ad applicare la normativa, in quanto valida ed efficace fino ad una eventuale declaratoria di incostituzionalità la parte della Corte Costituzionale oppure fino ad una nuova declaratoria di incompatibilità con il diritto europeo da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (non essendo formalmente rilevante la precedente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2016, in quanto riferita ad una pregressa normativa nazionale, distinta da quella successivamente emanata). In questo contesto si è sviluppato un rilevante contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo. Con riferimento a tali giudizi, la giurisprudenza maggioritaria ha assunto una posizione nel senso della nullità dei provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033, in ragione del recepimento della tesi della sussistenza di un potere di disapplicazione della normativa di fonte primaria, laddove in palese violazione dei principi del Diritto Europeo, in capo al giudice amministrativo ed alla stessa Amministrazione: in tale senso, si è pronunciato il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con decisione n. 7874/2019 <sup>(12)</sup>. Tale decisione ha assunto una particolare rilevanza di “precedente”, in quanto ha aperto la strada in tale direzione alle successive decisioni dei vari TAR locali <sup>(13)</sup>.

---

<sup>11</sup> A conferma di quanto detto sull'uso illegittimo delle disposizioni di legge per prorogare in modo generalizzato le concessioni, in data 3 dicembre 2020, la Commissione Europea ha deciso di inviare una lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi (concessioni balneari).

<sup>12</sup> Tale pronuncia rappresenta un vero e proprio *leading case* in tema di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime è la sentenza del 18 novembre 2019, n. 7874, con la quale il Consiglio di Stato ha affermato una serie di principi che sarebbero poi stati seguiti dai giudici locali nelle sentenze successive.

<sup>13</sup> Rispetto a tale quadro di partenza, le pronunce dei singoli TAR si caratterizzano per aver apportato dei contributi in termini interpretativi. In tale senso, si possono considerare, tra le più rilevanti, TAR Veneto, Sezione Prima, 3 marzo 2020, n. 218; TAR Pescara, Sezione Prima, 3 febbraio 2021, n. 40; TAR Sicilia, Catania, Sezione Terza, 15 febbraio 2021, n. 505; TAR Toscana n. 363/2021.

Soltanto una parte minoritaria della giurisprudenza ha riconosciuto la validità dei provvedimenti di rilascio delle concessioni fino al 2033, sostenendo che tali provvedimenti erano stati legittimamente emanati in applicazione di una normativa di fonte primaria comunque vigente, a prescindere dalle sue criticità, con la conseguenza che l'eventuale illegittimità avrebbe dovuto essere accertata dal Giudice Amministrativo, che, in tale caso, ne avrebbe disposto l'annullamento <sup>(14)</sup>.

In ogni caso, la oggettiva presenza di un conflitto nell'ambito della giurisprudenza amministrativa e delle stesse Sezioni del Consiglio di Stato, ha indotto il Presidente del Consiglio di Stato ad a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, in ragione della notevole rilevanza socio-economica della stessa e dell'esigenza di superare le oscillazioni giurisprudenziali, al fine di garantire la certezza del diritto, nell'interesse degli operatori del settore. In particolare, con decreto n. 160/2021 <sup>(15)</sup>, il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria tre questioni di diritto, relative essenzialmente alla sussistenza o meno di un obbligo di disapplicazione, da parte dello Stato italiano (Giudici e Amministrazioni), di norme di fonte primaria che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime; in caso di risposta affermativa primo quesito, se le Amministrazioni, che avessero emanato provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033, fossero tenute o meno a disporre l'annullamento di ufficio di tali provvedimenti; se, in caso di riconoscimento della conformità della normativa nazionale (D.L. n. 34/2020) al diritto europeo, debbano intendersi quali "aree soggette di concessione" anche le aree oggetto di concessione scaduta al momento di entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, ma il

---

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 24 ottobre 2019, dal n. 7251 al n. 7258: *"Non vi è infatti interesse a discutere in ordine al soggetto competente ad introdurre un procedimento di licitazione privata per la concessione di beni demaniali marittimi allorché la concessione, di cui si contesta la mancata proroga, risulta in realtà prorogata dal sopravvenuto art. 1, commi 682 e seguenti, della legge n. 145 del 2018"*. In tale senso, si è pronunciato il TAR Puglia, Lecce, Sez. I, con sentenza del 27 novembre 2020, n. 1321 (la cui impugnazione ha poi condotto alla rimessione in Plenaria, decisa con sentenza n. 18/2021). Tale impostazione è stata poi confermata con la successiva sentenza 15 febbraio 2021, n. 268.

<sup>15</sup> Con riferimento a tale Decreto, si veda R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e segg., della legge n. 145/2018.

## II. PARTE II: LA DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO (ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 17-18/2021).

La parte relativa ad i profili sostanziali di diritto, contenuta nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 17-18/2021 <sup>(16)</sup>, può convenzionalmente essere suddivisa (ai fini di un'analisi schematica dei contenuti delle stesse, che consenta una più agevole comprensione dei passaggi fondamentali e delle relative motivazioni) in sei sotto-parti, che saranno analizzate nei successivi paragrafi, con riferimento sia alla situazione attuale (par. II.1., II.2. e II.3.), sia alla situazione futura (par. III.1., III.2. e III.3.).

---

<sup>16</sup> In relazione a tali decisioni, si vedano: A. CALZOLAIO, C. BALEANI, *Concessioni del demanio marittimo ad usi diversi da quello turistico ricreativo e nullità della proroga: considerazioni a seguito delle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021 n. 17 e 18*, in Lexitalia.it, 13 gennaio 2022 (tale contributo evidenzia come i principi della Plenaria non si applichino alle concessioni c.d. "non balneari"); A.L. RUM, *Per l'Adunanza Plenaria la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è in contrasto con il diritto eurounitario e le norme legislative nazionali che la dispongono (e che in futuro dovessero ancora disporla) non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it) n. 1/2022; L. VITULLI, *La cessazione delle concessioni balneari in essere al 31 dicembre 2023 nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2022. Tali decisioni sono state oggetto di una approfondita analisi in *Diritto e Società* n. 3/2021, numero speciale integralmente dedicato all'analisi delle due decisioni della Plenaria; in particolare, si vedano, i seguenti saggi (nel medesimo ordine nel quale sono riportati nella rivista in questione): M.S. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, pagg. 331 e segg.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, pagg. 359 e segg.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, pagg. 385 e segg.; M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, pagg. 401 e segg.; R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, pagg. 419 e segg.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, pagg. 473 e segg.; P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, pagg. 583 e segg.

1. *La acclarata incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123.*

Il profilo più rilevante dell'analisi posta in essere dal Consiglio di Stato attiene all'accertamento del presupposto giuridico fondamentale per tutte le successive valutazioni, ovvero, in particolare, all'accertamento della incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123.

A tale fine, il Consiglio di Stato "parte" da quanto sancito dalla corte di Giustizia U.E., con la sentenza 14 luglio 2016, che ha riconosciuto l'incompatibilità della normativa italiana che prevede una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, sia con l'art. 49 TFUE (nei limiti in cui tali concessioni presentino un "*interesse transfrontaliero certo*"), sia con la richiamata Direttiva 2006/123 (laddove tale proroga automatica sia posta in essere "*in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*"). Di conseguenza, l'Adunanza Plenaria prende in considerazione tutte le critiche poste in essere dalla dottrina con riferimento alla non pretesa non applicabilità, nel settore delle concessioni demaniali marittime, dei principi sanciti dall'art 49 TFUE e dalla Direttiva 2006/123, le analizza una per una, in maniera approfondita, concludendo per l'infondatezza di ciascuna di esse e per la incompatibilità della disciplina italiana con il diritto europeo.

In primo luogo, con riferimento all'art. 49 TFUE, il Consiglio di Stato evidenzia come la fondamentale critica sia relativa alla contestata assenza di un "*interesse transfrontaliero certo*", la cui valutazione era stata rimessa al Giudice nazionale dalla Corte di Giustizia 14 luglio 2006. Sotto tale profilo, la Plenaria evidenzia come non vi siano dubbi sul fatto che in via generale, vi sia un "*interesse transfrontaliero certo*" in tutti i casi in cui vi sia una rilevanza economica delle relative attività, che è sufficiente a determinare un interesse anche da parte di operatori stranieri; nel caso delle concessioni demaniali marittime, tale rilevanza economica sussiste senz'altro alla luce dell'esigenza di considerare il relativo mercato come un sistema unitario

complessivo (e non parcellizzato nelle singole concessioni o nelle singole spiagge), da riconoscere come *“uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo”*, peraltro affatto valorizzato in termini di redditività finanziaria, come risulta oggettivamente dal rapporto tra il relativo valore (quantificato in circa quindici miliardi di euro annui) ed il relativo rendimento dei canoni (quantificato in circa cento milioni di euro annui, pari ad un gettito inferiore al 1% del relativo potenziale, elemento potenzialmente rilevante anche sotto il profilo del danno erariale); tale rilevanza economica è, peraltro, aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla subconcessione.

In secondo luogo, con riferimento alla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato evidenzia l'infondatezza delle cinque fondamentali critiche poste in essere dalla dottrina in relazione all'applicabilità della stessa al settore in questione; in particolare, sotto tale profilo, la Plenaria ha evidenziato che l'asserita esigenza di una preventiva armonizzazione delle diverse normative nazionali risulta infondata alla luce della considerazione che la Direttiva 2006/123 (e, in particolare, il relativo art. 12) non ha un obiettivo di *“armonizzazione”*, ma un obiettivo di *“liberalizzazione”* del mercato, eliminando gli ostacoli all'accesso, al fine di realizzare una effettiva concorrenza nel settore, come, peraltro, già riconosciuto dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia. In secondo luogo, il preteso contrasto della Direttiva 2006/123 con l'art. 195 TFUE (che sancisce che l'Unione Europea non avrebbe a competenza di armonizzare le normative nazionali in materia di turismo) viene superato dalla medesima considerazione espressa in relazione alla prima eccezione, ovvero per la motivazione che la Direttiva in questione non ha ad oggetto l'armonizzazione delle normative nazionali nel settore del turismo, ma l'applicazione dei principi della concorrenza in generale, ai quali non può essere sottratto il settore del turismo. Il fatto che le concessioni demaniali non rientrerebbero nel concetto di *“autorizzazioni di servizi”* indicato dall'art. 12 della Direttiva (alle quali non sarebbero assimilabili) viene considerato irrilevante alla luce del fatto che si tratta di una distinzione meramente formale e che non tiene



conto dell'elemento sostanziale che la concessione costituisce il presupposto indefettibile per ottenere l'autorizzazione a svolgere servizi turistico-ricreativi. L'asserita carenza del requisito fondamentale della "scarsità della risorsa naturale" (la cui valutazione era stata rimessa al Giudice nazionale dalla Corte di Giustizia 14 luglio 2006) è stato superato considerando il concetto di scarsità in termini relativi e non assoluti, ovvero con riferimento alla disponibilità effettiva, che, nel caso del mercato complessivo delle concessioni demaniali marittime sull'intero territorio italiano, è risultata quasi inesistente<sup>(17)</sup>. L'asserita carenza del carattere di *self executing* della Direttiva in questione (in quanto la stessa non avrebbe un livello di dettaglio sufficiente ad essere riconosciuta come *self executing*) è stato superato, alla luce della considerazione che il livello di dettaglio deve essere considerato con riferimento all'obiettivo della Direttiva, la quale, nella fattispecie, ha un obiettivo di "aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse" e un livello di dettaglio adeguato a perseguire tale risultato. Alla luce di tali considerazioni, la Plenaria ha riconosciuto l'applicabilità della Direttiva 2006/123 al settore in questione e l'incompatibilità della normativa italiana con principi di libera concorrenza previsti da tale direttiva.

2. *Il riconoscimento del potere di disapplicazione di una norma di fonte primaria, da parte del Giudice amministrativo e della stessa Amministrazione, in caso di accertata incompatibilità con il diritto europeo.*

Alla luce dell'avvenuto accertamento del carattere incompatibile della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi del Diritto Europeo, sanciti, in particolare, dall'art 49 TFUE e dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato ha escluso la necessità di disporre un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in ragione del fatto che la medesima questione, seppure riferita ad una precedente normativa nazionale di contenuto analogo, era già stata decisa con la

---

<sup>17</sup> Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (parr. 24-25).

sentenza 14 luglio 2016. Di conseguenza, la Plenaria si è posta il tema della possibilità o meno di diretta disapplicazione della normativa di fronte primaria nazionale, di cui sia stata accertata l'incompatibilità con il diritto europeo, sia da parte del Giudice Amministrativo, sia da parte della stessa Amministrazione, anche al fine di rispondere al primo quesito dal Presidente del Consiglio di Stato <sup>(18)</sup>.

Per quanto riguarda la sussistenza di un potere-dovere di disapplicazione (della normativa di fronte primaria nazionale incompatibile con il diritto europeo) da parte del Giudice Amministrativo, la Plenaria non ha avuto dubbi, alla luce dell'avvenuto riconoscimento di tale principio da parte della giurisprudenza già richiamata. Sotto tale profilo, le sentenze "gemelle" hanno, inoltre, evidenziato la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della Amministrazione, alla luce di quanto riconosciuto dalla giurisprudenza europea e nazionale, a maggior ragione nel caso di direttiva *self executing*, come nel caso in questione <sup>(19)</sup>. Peraltro, il Consiglio di Stato ha sottolineato e il riconoscimento di tale prerogativa di diretta disapplicazione (della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo) in capo al Giudice Amministrativo, senza

---

<sup>18</sup> Tale tema della disapplicazione da parte del Giudice (prima ancora che da parte dell'Amministrazione) della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo era controverso in dottrina ed in giurisprudenza; in alcuni casi, decisioni poste in essere in tale senso, sono state anche oggetto di critiche per "protagonismo giurisprudenziale": in tale senso, si veda, in particolare: A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, pagg. 1 e segg.. Sul tema della disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo, si veda, in particolare: R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma 2005R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III 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, 539. In giurisprudenza, si vedano: Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96 *Solred*, in *Racc. I*, 937; Corte di Giustizia, sentenza 28 giugno 2001, causa CX-118/00, *Larsy*, in *Racc. I*, 5063; Corte Cost. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Foro it.* 1984, I, 2062 (come rilevato da R. ROLLI e D. SAMMARRO, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, cit.: "Questa decisione. ha rappresentato la svolta nella questione tra norma comunitaria e norma interna incompatibile. La Corte di giustizia in definitiva ha ribadito il primato del diritto comunitario da far valere dinanzi al giudice comune abilitato a risolvere la controversia. L'organo interno, posto di fronte ad una antinomia tra fonti, deve disapplicare la norma interna prescindendo dall'annullamento o dalla rimozione della stessa".

<sup>19</sup> Per completezza, si ritiene particolarmente significativo il par. 32 delle sentenze della Plenaria nn. 17-18/2021.

necessità di previa rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea o alla Corte costituzionale <sup>(20)</sup>

Alla luce dei principi sanciti e sopra sinteticamente riepilogati, la Plenaria ha dato riscontro al secondo quesito posto dal Presidente del Consiglio di Stato, affermando la non necessità di emanazione di un provvedimento di annullamento in autotutela, in relazione ad eventuali precedenti provvedimenti di proroga posti in essere dalle Amministrazioni: tale statuizione è stata motivata in ragione del fatto che l'atto di proroga ha carattere meramente ricognitivo e che esso costituisce un effetto prodotto automaticamente dalla legge, avente, nel caso in questione, il carattere di legge-provvedimento.

3. *La deroga al principio generale di retroattività della sentenza e la posticipazione degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo in casi eccezionali (la decadenza di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2023).*

Le decisioni in questione sono fortemente innovative, dal punto di vista processuale, nella parte in cui – alla luce della consapevolezza del notevole impatto anche sociale ed economico che lo “stravolgimento” delle regole imposto dal Consiglio di Stato potrà inevitabilmente determinare nel settore delle concessioni demaniali ed a fronte di un quadro di incertezza normativa - hanno stabilito che ci fossero i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione (anche alla luce dei principi sanciti dalla Plenaria n. 13/2017), posticipandolo gli stessi di un tempo ragionevole e proporzionato <sup>(21)</sup>. In particolare, nella

---

<sup>20</sup> Il principio di diretta disapplicazione della normativa nazionale in violazione della normativa europea (con l'effetto che non è necessario per il giudice sollevare una questione incidentale di compatibilità europea o di legittimità costituzionale) costituisce un punto di arrivo di un lungo percorso sviluppatosi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte Costituzionale. In tale senso, si vedano: Corte costituzionale n. 14/1964, n. 183/1973 e n. 232/1975. Corte di Giustizia U.E. decisione del 9 marzo 1978 (sentenza *Simmenthal*); Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C- 198/01. Su tale tema, si vedano, in dottrina: R. NEVOLA, *Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione Europea nella giurisprudenza costituzionale*, in Corte Costituzionale – Servizio Studi, maggio 2014, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_262.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf).

<sup>21</sup> Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (par. 47).

valutazione del tempo necessario per l'entrata in vigore e per la "messa a regime" del nuovo sistema regolatorio dallo stesso disposto, il Consiglio di Stato ha considerato tre elementi – costituiti, in particolare, dall'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della richiamata normativa nazionale, dall'esigenza per le Amministrazioni di prevedere un intervallo di tempo necessario per l'espletamento delle procedure di gara e per il Legislatore di avere il tempo necessario per disporre il riordino della materia – elementi la cui valutazione ha portato ad individuare il relativo intervallo temporale alla data del 31 dicembre 2023, scaduto il quale tutte le concessioni demaniali si dovranno considerare prive di effetto, anche in mancanza di un soggetto subentrante.

In ottica *de iure condendo*, la Plenaria ha anche precisato che eventuali normative sopravvenute che dovessero porre in contrasto con i principi dalla stessa sanciti, si dovranno considerare in contrasto con il diritto dell'Unione Europea e, di conseguenza, immediatamente non applicabili sia da parte del Giudice Amministrativo, sia da parte della Amministrazione. Tale statuizione di posticipazione degli effetti della decisione del giudice amministrativo si fonda sull'applicazione del principio generale di ragionevolezza: essa si pone in termini assolutamente innovativi nell'individuazione di un termine futuro di decorrenza della "messa a regime" delle proprie statuizioni (aventi carattere sostanzialmente regolatorio più che giurisdizionale), su una strada già aperta dalla precedente giurisprudenza amministrativa <sup>(22)</sup> e costituzionale <sup>(23)</sup>, che avevano sancito il

---

<sup>22</sup> Sul punto si veda Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 10 maggio 2011, n. 2755, con cui è stato sfatato il "dogma" della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo. In relazione a tale decisione, si vedano, in dottrina, M. MONTEDURO, *Retroattività del provvedimento amministrativo e i principi generali dell'ordinamento*, in Amministrazione in Cammino; [https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/08/Monteduro\\_Retroatt\\_prov-amministr.pdf](https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/08/Monteduro_Retroatt_prov-amministr.pdf). In tale senso, seppure in termini meno ampi dal punto di vista motivazionale, si era già espresso il Consiglio di Stato (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488). Anche la Plenaria del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2017, n. 13, si era espressa in tale senso. In relazione a tale decisione, v. ancora A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. pl., 22 dicembre 2017, n. 13*, in Dir. proc. amm. n. 3/2018. Sulla scia di quanto già affermato, in tempi più recenti, il Consiglio di Stato, 30 giugno 2020, n. 1233, si è nuovamente espresso sul punto. Nello stesso senso, si veda anche TAR Lazio, Sezione Seconda Bis, 11 febbraio 2021, n. 1737.

potere di derogare il principio generale di retroattività delle sentenze, in casi eccezionali nei quali l'applicazione del principio della retroattività avrebbe effetti irragionevoli e sproporzionati.

Le decisioni in questione, sempre nell'ottica della consapevolezza degli effetti dirompenti che le stessa avrà sul sistema, ha ritenuto opportuno considerare anche la posizione dei concessionari uscenti ed apprezzare il legittimo affidamento degli stessi, funzionale ad ammortizzare di investimenti effettuati, laddove non ancora ammortizzati. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato ha precisato che l'indizione della procedura ad evidenza pubblica potrà essere accompagnata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventi investimenti effettuati dai concessionari uscenti, quale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi. Da ultimo, la Plenaria ha anche posto una disciplina di tipo programmatica-precettiva con riferimento alle future procedure ad evidenza pubblica, precisando la possibilità di valorizzare, nell'ambito delle stesse, profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale, nonché fornendo indicazioni concrete, relative, in particolare, alla derogabilità del principio di rotazione, dovendosi consentire anche ai precedenti concessionari di competere ad armi pari, specificando, però virgola di evitare ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti, nonché ogni forma di asimmetria in loro favore; alla scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; alla possibilità di considerare elementi di *favor* per i precedenti gestori, nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale dei partecipanti alle procedure, valorizzando l'esperienza professionale e *il know how* acquisito da chi abbia già svolto attività analoghe, ivi compreso il concessionario uscente, sia pur senza alcuna forma di preferenza (*"anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale"*), ma garantendo che tali

---

<sup>23</sup> Anche la Corte costituzionale (con decisione 11 febbraio 2015 n. 10), pur partendo dal principio della natura intrinsecamente retroattiva delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge - nell'accogliere la questione di legittimità della disposizione che introduceva un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax) - ha affermato il principio della graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento.

elementi non si traducano in sostanziali preclusioni all'accesso di nuovi operatori. In fine, alla fissazione di una durata delle concessioni limitata è giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie; sotto tale profilo la Plenaria ha indicato al Legislatore l'opportunità di introduzione di un limite massimo alla durata delle concessioni, che le singole Amministrazioni dovranno poi commisurare agli elementi relativi dalla singola concessione, quali il valore, la complessità organizzativa, nonché il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti ed alla remunerazione del capitale investito (24).

#### 4. *Considerazioni conclusive.*

Il punto di approdo raggiunto dal Consiglio di Stato può essere visto in termini pienamente positivi, in quanto, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la Plenaria ha posto in essere delle valutazioni forti, chiare e nette (ed anche coraggiose) in relazione, rispettivamente, alla definizione dei rapporti tra ordinamenti, con il riconoscimento della primazia effettiva – e non meramente formale – del diritto europeo rispetto al diritto nazionale; ai profili processuali di estrema rilevanza, con riferimento al potere di diretta disapplicazione della normativa nazionale, laddove incompatibile con il diritto europeo, non solo da parte del Giudice, ma anche da parte della stessa Amministrazione, nonché al potere del Giudice di modulare gli effetti della propria decisione, anche posticipandoli; ai profili sostanziali, acclarando definitivamente l'illegittimità della normativa nazionale, che ha disposto, a più riprese, proroghe generalizzate delle concessioni demaniali marittime per violazione dei superiori principi della libera concorrenza e dei correlativi obblighi di disporre procedure ad evidenza pubblica per il rinnovo delle concessioni. In fine, ai profili sostanzialmente normativi, indicando – per via formalmente pretoria, ma sostanzialmente regolatoria – la

---

<sup>24</sup> Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (par. 49).

strada delle procedure ad evidenza pubblica ed i criteri di relativa disciplina delle stesse.

Sotto un primo profilo, si rileva l'importanza delle due decisioni della Plenaria dal punto di vista ordinamentale: il Consiglio di Stato, infatti, non si è limitato a ribadire la primazia del diritto europeo ma ne ha voluto dare effettiva applicazione, con grande pragmatismo. E' inutile ribadire un concetto astratto, se poi, nella realtà concreta, l'applicazione di tale concetto resta nell'iperurario; nella vicenda in questione, il Legislatore italiano ha realisticamente posto in essere una considerazione concreta: i principi del diritto europeo possono essere anche molto chiari, ma la "bacchetta" del potere legislativo consente al Legislatore di emanare normative di fonte primaria palesemente illegittime, che, però, fino a quando non siano dichiarate formalmente incompatibili con il diritto europeo (dalla Corte di Giustizia UE) o con i principi costituzionali (dalla Corte costituzionale), restano valide ed efficaci, con la conseguenza di dovere essere applicate dall'Amministrazione e dallo stesso Giudice (che, al massimo, potrà disporre la rimessione alla Corte di Giustizia o alla Corte costituzionale, ma senza incidere con immediatezza sulla validità e sull'efficacia delle stesse); laddove poi le Corti indicate dovessero dichiarare l'incompatibilità con il diritto europeo o l'illegittimità costituzionale della normativa, il Legislatore italiano sarebbe stato pronto ad emanare una nuova normativa identica (palesemente illegittima, ma destinata ad avere una vita utile per coprire un determinato arco temporale, in esito al quale il Legislatore avrebbe potuto emanare una nuova normativa identica), ponendo in essere una elusione dolosa rispetto ai propri obblighi di ottemperanza, con un risultato concreto, purtroppo, favorevole alla propria ottica, in un corto-circuito sul modello del paradosso di Zenone, nel quale Achille (il diritto europeo) non avrebbe mai raggiunto la Tartaruga (la disciplina italiana).

Tale (seppur maliziosa) opinione sembra oggettivamente confermata dalla realtà di oltre quindici anni di storia di rapporti tra ordinamento europeo e di ordinamento nazionale, nonché di "dialogo" tra i relativi Legislatori e le relative Corti: una situazione surreale, nella quale il Legislatore Italiano era risultato totalmente

“sordo” alla citata Direttiva *Bolkenstein*, alla sentenza della Corte di Giustizia Promoimpresa ed alle ripetute procedure di infrazione aperte dalla Commissione Europea, in un contesto surreale di inottemperanza continua e reiterata.

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 “laccioli” 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 capo alla stessa Amministrazione (profilo quest’ultimo di notevole rilevanza). 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 con ferisce 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.



All'affermazione del potere di disapplicazione della normativa di fonte primaria nazionale, laddove in palese contrasto con il diritto europeo (peraltro, in un contesto nel quale tale incompatibilità era stata già acclarata dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Promoimpresa*), la Plenaria ha "accompagnato" il varo di un altro principio di importanza fondamentale per il processo amministrativo attuale e futuro, che va oltre la deroga alla retroattività degli effetti della sentenza già riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa da oltre dieci anni, seppure in relazione a situazioni eccezionali, arrivando ad affermare la modulazione degli effetti nel tempo, anche con posticipazione degli stessi (nella fattispecie, laddove la Plenaria ha indicato l'immediatezza dell'obbligo di procedura ad evidenza pubblica e, comunque, la decadenza di tutte le concessioni demaniali marittime alla data del 31 dicembre 2023, al solo fine di garantire il tempo utile di due anni per l'espletamento delle relative gare). Anche in questa valutazione, il Consiglio di Stato ha dimostrato fermezza nel rifuggire da principi formali, privi della capacità di garantire l'effettività e la pienezza della tutela: un Giudice di legittimità – oltre ad emanare decisioni retroattive (principio ormai definitivamente superato, quantomeno a livello di dogma) – non dovrebbe valutare gli effetti delle proprie decisioni, ma dovrebbe rimanere "chiuso" nelle proprie stanze dei Palazzi di Giustizia e non porre in essere valutazioni di opportunità (che sarebbero oltre i limiti della propria giurisdizione), né tantomeno curarsi degli effetti delle proprie decisioni (potenzialmente di estrema dirompenza dal punto di vista economico e sociale). Tale principio anacronistico deve intendersi ormai superato alla luce delle due decisioni della Plenaria: così come il Diritto deve individuare il punto di equilibrio tra interessi in gioco, la Giustizia deve applicare il diritto generale ed astratto nei casi specifici e concreti; tale applicazione deve essere posta in essere in termini sostanziali e, quindi, non può prescindere dalla valutazione di un elemento fondamentale nell'individuazione del punto di equilibrio degli interessi in gioco, costituito dall'impatto esterno della decisione nel mondo reale.

In sostanza, in una nuova prospettiva processuale, nel ruolo del giudice si pone l'opportunità di pesare non solo elemento strettamente giuridici, ma anche

elementi metagiuridici – sicuramente ultronei rispetto al ruolo del giudice in senso stretto (interpretazione della normativa al caso di specie) – costituiti dal bilanciamento degli interessi in gioco non solo dal punto di vista “interno” (tecnico-giuridico), ma anche dal punto di vista “esterno” (impatto economico o sociale). E’ una nuova “frontiera” per la giustizia amministrativa, forse discutibile dal punto di vista formale, ma senz’altro di estrema rilevanza dal punto di vista di una giusta ottica del rapporto tra Giustizia e Società, nonché del carattere ausiliario e strumentale del Diritto e della Giustizia all’Economia ed alla Società e dal punto di vista della concretezza sostanziale del lavoro della giustizia amministrativa.

La parte apparentemente meno rilevante delle decisioni della Plenaria è costituita dalla analisi dei profili strettamente giuridici, relativi all’accertamento della effettiva incompatibilità della normativa nazionale rispetto alla normativa europea, che, teoricamente, poteva sembrare ormai acclarata. In realtà, le decisioni del Consiglio di Stato hanno dovuto superare tre elementi tutt’altro che scontati e, nella fattispecie, assolutamente dirimenti per la valutazione della questione, ovvero la verifica dei presupposti-base quali la assimilabilità delle concessioni di matrice italiana alle autorizzazioni considerate dalla Direttiva *Bolkenstein*, l’accertamento della sussistenza di un “interesse transfrontaliero certo” e del carattere di “risorsa limitata” del patrimonio paesaggistico costituito dall’insieme delle spiagge italiane. Il primo punto era stato già in parte affrontato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (sovrapposibilità dei concetti di concessione italiana e di autorizzazione europea), ma è stato ribadito dal Consiglio di Stato in un’ottica di connessione funzionale di tipo esclusivamente sostanziale, sottolineando come, al di là delle sovrapposibilità 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.

Il secondo ed il terzo punto (accertamento della sussistenza di un *"interesse transfrontaliero certo"* e del carattere di *"risorsa limitata"*) sono stati affrontati in un'ottica nuova, assolutamente condivisibile, del carattere unitario del bene complessivo costituito dall'insieme di tutte le spiagge italiane e di tutte le concessioni demaniali marittime: da tale nuovo concetto è derivata la constatazione del fatto che - essendo la decisione della Plenaria stata richiesta dal Presidente del Consiglio di Stato per risolvere unitariamente la questione complessiva, di interesse generale per l'Economia nazionale e per la certezza del diritto in tale settore - oggetto del contendere (al di là delle due questioni oggetto di giudizio, consistenti negli appelli delle sentenze del Tar Puglia e del Tar Sicilia) era costituito dall'insieme di tutte le concessioni demaniali sul territorio nazionale; in tale ottica complessiva di individuazione del bene unitario costituito dall'intero patrimonio paesaggistico nazionale costituito dall'insieme di tutte le spiagge italiane, il Consiglio di Stato ha correttamente riconosciuto la sussistenza dei due presupposti fondamentali costituiti dall'*"interesse transfrontaliero certo"* (indubbio, visto il valore complessivo del bene spiagge-italiane) e dal carattere di *"risorsa limitata"* di tale bene (riconosciuto alla luce della constatazione del fatto che la quasi totalità delle spiagge che possono essere date in concessione risulta già oggetto di concessione). Ultimo punto (*last, but not least*) delle decisioni in questione è costituito dalla configurazione di un sistema di procedure ad evidenza pubblica di tipo peculiare, nel quale risulta una lieve (ma ragionevole e proporzionata) posizione di vantaggio per i concessionari, giustificata (e giustificabile), in ragione non degli investimenti posti in essere (che trovano, invece, una differente disciplina degli indennizzi, laddove gli stessi non siano stati ancora recuperati), ma dell'esigenza di considerare il *know how* dagli stessi già acquisito e rispettare (in termini molto limitati) un privilegio territoriale, nell'ottica della continuità della cultura del territorio. Tale impostazione assume una rilevanza notevole alla luce del carattere di Legislatore assunto dal Giudice amministrativo sotto tale profilo, con la elaborazione ragionata di una serie di principi-cornice delle procedure ad evidenza pubblica in tale settore, alla luce di alcune limitate specificità riconosciute dalla

Plenaria: anche tale profilo, per quanto formalmente ultroneo rispetto ai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, risulta sostanzialmente coerente allo spirito complessivo di tale decisioni, nelle quali il Consiglio di Stato non si è arrogato un potere legislativo allo stesso, ma ha coraggiosamente assunto un ruolo di supplente a fronte di un legislatore sordo e inerte di fronte ad una tematica che ha esposto l'Italia a numerose procedure di infrazione e nella quale il Legislatore ha mantenuto un sistema di privilegio ingiustificato per imprenditori che sono rimasti concessionari per decenni (con canoni estremamente irrisori, pari al 0,67% del valore effettivo, come rilevato nelle decisioni della Plenaria nel rapporto tra gettito potenziale e gettito effettivo, quantificati rispettivamente in cento milioni di euro annui ed in quindici miliardi di euro annui) ed imprenditori che sono rimasti fuori da tale miniera (riservata a pochi, secondo un sistema tutto italiano), con grave violazione del diritto fondamentale di impresa di questi ultimi (art. 41 Cost.), del diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) dei relativi dipendenti, dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), nonché della stessa tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) (che sarà senz'altro maggiormente tutelato in un sistema moderno e non più "feudale") e con grave danno alle casse erariali.