Pubblicato il 09/11/2021

N. 00018/2021REG.PROV.COLL.
N. 00013/2021 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 di A.P. del 2021, proposto dal

Comune di Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Astuto e Silvestro Lazzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Andrea Caretto, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Vetrò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Bellotti Bon 10;

Associazione Federazione Imprese Demaniali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Summertime S.a.s. di Robert Van Den Berg, A&P S.r.l.S., Ceccovecchi Susanna, P.E.M. S.a.s. di Bonaldo Stella & C., rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Carlin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Castrignano del Capo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Vantaggiato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comitato Coordinamento Concessionari Demaniali Pertinenziali Italiani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Bartolo Ravenna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sib Sindacato Italiano Balneari Confcommercio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Capacchione, Stefania Frandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asso.N.A.T. - Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Machetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cna Balneatori Puglia e Lidi del Salento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Danilo Lorenzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Il Lido S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Luigi Machiavelli, Francesco Cocco Ortu, Giulio Steri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Società Chiarappa Investimenti a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Muscatello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Alessandro Manzoni n .21;

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Dania Andreina Aniceti, Gianluca Brancadoro, Vincenzo Cerulli Irelli, Stefania Valeri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluca Brancadoro in Roma, via Borgognona 47;

Alaggi e Vari Rapallo S.r.l., Colonia Marina Padri Somaschi di Baraldo Simone, Consorzio Nautica Da Diporto Rapallo, C.A.R.C.O. Consorzio, Nautica Sport S.R.L, Leu.Do S.a.s., Lido Azzurro S.R.L, Nautica San Michele di Pagana S.r.l., Agenzia Motonautica Ligure S.r.l., Ar.Do.Pa. S.n.c., Matteo Tortarolo, Bianchi Monica e Denicolai Federica S.n.c., Valentina Macchiavello, Giorgio Gnecco, La Marinella S.n.c. di Giuseppe Santacroce & C., Bagni Silvano di Nichel Anna & C. S.n.c., Baia dei Sogni - Sambu S.a.s., Bagni Ariston di Perrone Patrizia & C. S.A.S, Bagni Tigullio di Gentoso Patrizia & C. S.n.c., Bagni Pagana di Canestro Lorenzo, Cussadie Kevin, Bagni Bristol S.r.l., Bagni Vittoria di Mazzadi Franca & C. S.R.L, Bagni Tiffany di Ferraresi Paolo e Maurizio & C. Sas, Bagni Stella Sas, Bagni Enrica di Barale Tommaso & C. Snc, Bagni Marinella S.a.s. di Sivori Marina e Graziella & C., Baraonda Beach S.a.s. di Landi Andrea, Bagni Nini Sas di Gatti Simona, Bagni Milano di Bertolone Stefano & David Snc, Bagni Mignon & C. Snc, Gestione Bagni Marini Snc di Boggiano, Alborada Beach Sas di Mauricio Ghiggeri, Bagni Giovanni di Bogtrstra Rudy & C. S.a.s.,, Bardilio Sas di Ghio Massimo & C, Bagni Sporting Sas di Sanguineti G. & C., Bagni Baia Azzurra Snc, Albergo Celeste di Repetto Franco, Bagno Sempione Snc, Bagni Tigu' Beach di Aries S.r.l., Bagni Ciccio Snc di Felletti Verenicia, Bagni Esperia di Perasso e Castagnino Francesca ed Enrico S.A.S, Bagni Nino di Papi Nadia Snc, Bagni Orchidea di Lucchini Francesca & C. Snc, Bagni La Secca di Migliaro Claudia & C. Snc, Cala Elte S.r.l., Motonautica Pagliettini di Pagliettini Pietro, Arcobaleno Sas di Bertucci Angelo & C., Consorzio Ormeggiatori San Michele, rappresentati e difesi dall'avvocato Cristina Pozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cooperativa Balnearia Servizi a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego De Carolis, Carlo Mirabile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Prima) n. 00073/2021, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Andrea Caretto e di Associazione Federazione Imprese Demaniali;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160/2021, con il quale il presente affare è stato deferito all'Adunanza Plenaria;

Visti gli atti di intervento *ad opponendum* dei soggetti indicati in epigrafe;

Sentiti gli avvocati Laura Astuto, Silvestro Lazzari, Francesco Vetrò, Massimo Carlin, Angelo Vantaggiato, Bartolo Ravenna, Antonio Capacchione, Stefania Frandi, Francesco Cocco Ortu, Francesco Muscatello, Dania Andreina Aniceti, Gianluca Brancadoro, Stefania Valeri, Marco Machetta, Danilo Lorenzo, Cristina Pozzi, Diego De Carolis, Carlo Mirabile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il Pres. Roberto Giovagnoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha accolto il ricorso proposto da Andrea Cerreto, titolare di concessione demaniale marittima in Lecce, località Spiaggiabella, e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti con cui il Comune di Lecce ha respinto l'istanza di proroga *ex lege* 145/2018, rivolgendo al concessionario formale interpello al fine di conoscere se lo stesso intendesse avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 182 d.l. 34/2020 (convertito in legge n. 77/2020), con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di non avvalersi di tale facoltà e di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre.

Il T.a.r. Lecce, in sintesi, ha ritenuto che l'Amministrazione comunale avesse illegittimamente disapplicato la legge nazionale che prevede la proroga delle concessioni demaniali; ha sostenuto, in particolare, che l'art. 12 direttiva 2006/123/CE non sia *self-executing* e che, comunque, anche ove lo fosse, ciò non legittimerebbe l'organo amministrativo a disapplicare la legge interna, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'Amministrazione.

2. Per ottenere la riforma di detta sentenza ha proposto appello il Comune di Lecce, con ricorso allibrato, presso la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con il numero di r.g. 1975/2021.

3. Si è costituito in giudizio per resistere al ricorso l'originario ricorrente.

4. Si è costituita in giudizio, al fine di sostenere le ragioni del ricorrente, chiedendo, quindi, il rigetto dell'appello, la Federazione imprese demaniali, già interveniente *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado.

5. Con decreto n. 160 del 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, rilevato che la questione oggetto del ricorso riveste una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali, ha deferito d'ufficio l'affare all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., rimettendo, in particolare, le seguenti questioni di diritto:

1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-excuting*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della

fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

6. Nella fase di giudizio dinnanzi all'Adunanza plenaria sono intervenuti *ad opponendum*, a sostegno delle ragioni dell'originario ricorrente davanti al T.a.r. Lecce (parte qui appellata), alcune associazioni di categoria (il Sindacato italiano balneari (SIB), l'Associazione nazionale approdi e porti turistici, l'Associazione CNA Balneatori Puglia e Lidi del Salento, il Comitato coordinamento concessionari demaniali pertinenziali italiani), alcuni enti territoriali (la Regione Abruzzo e il Comune di Castrignano del Capo), nonché alcuni soggetti privati (indicati in epigrafe) titolari di concessione demaniale marittima.

7. Il Comune di Lecce ha eccepito l'inammissibilità di tutti gli interventi e, con specifico motivo di appello, ha gravato la sentenza di primo grado anche nella parte in cui aveva ritenuto ammissibile l'intervento spiegato in primo grado dalla Federazione imprese demaniali.

8. Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Occorre, in via pregiudiziale, esaminare la questione, sulla quale le parti si sono confrontate anche nel corso dell'udienza pubblica del 20 ottobre 2021, relativa all'ammissibilità degli interventi, sia di quelli svolti direttamente innanzi all'Adunanza plenaria, sia di quello svolto in primo grado dalla Federazione imprese demaniali, atteso che il capo di sentenza che ha ritenuto ammissibile detto intervento è stato specificamente gravato dal Comune di Lecce.

10. Gli interventi sono tutti inammissibili.

10.1. I concessionari demaniali e le pubbliche amministrazioni intervenienti, sia pure con sfumature diverse, assumono di essere titolari di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della presente controversia.

Tale interesse non è, tuttavia, di per sé in grado di legittimare l'intervento in giudizio del terzo.

Invero, come ha affermato questa Adunanza plenaria nelle sentenze n. 23 del 2016 e n. 10 del 2020, non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un (altro) giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire.

Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.

Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (v. *ex plurimis*, sul punto, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853). Ed è appena il caso di ricordare, come ha già chiarito questa Adunanza nella sentenza n. 23 del 2016, che risulterebbe peraltro sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi, come quella qui esaminata, che si risolvessero nel demandare ad un giudice diverso da quello naturale (art. 25, comma primo, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio *a quo*), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale, ove si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il giudice *ad quem* sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*.

10.2. Considerazioni in parte analoghe valgono per l'intervento spiegato dalle associazioni di categoria.

Nel processo amministrativo la legittimazione attiva (e, dunque, l'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce a regole stringenti, essendo necessario che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati.

Resta quindi preclusa ogni iniziativa giurisdizionale che non si riverberi sugli interessi istituzionalmente perseguiti dall'associazione, sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, finalizzate esclusivamente alla tutela di singoli iscritti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con la mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. Per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi occorre, quindi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni. Né, per le ragioni già esposte, a giustificare l'intervento può rilevare la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato possa avere, specie per la valenza nomofilattica della pronuncia resa da questa Adunanza plenaria, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari. La soluzione delle *quaestiones iuris* deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati, ma produce effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera giuridica dei concessionari, il che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento, che, come si è detto, non può essere sorretto dalla necessità di sostenere una tesi di diritto e, quindi, da mere ed astratte finalità di giustizia (cfr. Ad. Plen. n. 9 del 2015).

10.3. Alla stregua delle considerazioni che precedono, gli interventi in questione vanno giudicati inammissibili e le relative parti estromesse dal giudizio.

11. La risoluzione delle questioni sottoposte dall'Adunanza plenaria richiede in via preliminare l'esame del regime normativo cui è sottoposto il rilascio e il rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, al fine di vagliare la sussistenza di eventuali profili di contrasto della legge nazionale (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere) con norme dell'Unione europea direttamente applicabili.

12. La questione è stata già in gran parte scandagliata dalla Corte di giustizia U.E., con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, la quale ha affermato, in sintesi, i seguenti principi: a) 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 essa 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; 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

13. Anche dopo la sentenza della Corte di giustizia, nonostante essa sia stata recepita da una copiosa giurisprudenza nazionale, il dibattito sulla compatibilità comunitaria della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* è continuato, soprattutto in ambito dottrinale. Da più parti, invero, si è negato che il diritto dell'Unione imponga l'obbligo di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. In questa prospettiva, si è apertamente contestata l'applicabilità sia dei principi generali a tutela della concorrenza desumibili dall'art. 49 TFUE, sia dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

13.1. L'applicabilità dell'art. 49 TFUE è stata messa in discussione ritenendo mancante nel caso di specie il requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione del giudice nazionale.

13.2. Rispetto all'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sono stati mossi due ordini di obiezioni: il primo volto a sostenere l'assenza della risorsa naturale scarsa (requisito la cui sussistenza la Corte di giustizia ha demandato al giudice nazionale); il secondo, che entra in contrasto frontale con la sentenza del giudice europeo, volto radicalmente ad escludere la possibilità di far rientrare le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative nella nozione di autorizzazione di servizi e, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 12 della citata direttiva.

14. L'Adunanza plenaria ritiene che tali obiezioni non siano condivisibili e che debba essere ribadito 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.

Tale incompatibilità sussiste, per le ragioni che si esporranno, sia rispetto all'art. 49 TFUE, sia rispetto all'art 12 della c.d. direttiva servizi.

15. Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 49 TFUE, la Corte di giustizia, sin dalla nota sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria* e *Telefonadress*, ha chiarito che qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Come detto in precedenza, nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un "adeguato livello di pubblicità" che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione

La Corte ha inizialmente elaborato tale giurisprudenza per disciplinare quelle commesse pubbliche che, per la loro natura giuridica o per le loro ridotte dimensioni, sono sottratte alle regole della concorrenza previste dalla normativa europea in tema di appalti pubblici.

Si può, peraltro, ritenere che le ragioni di fondo alla base di tale giurisprudenza giustifichino – come, del resto, chiaramente confermato dalla sentenza *Promoimpresa* del 2016 – la loro applicazione ad ogni fattispecie (anche non avente carattere puramente negoziale per il diritto interno) che dia luogo a prestazione di attività economiche o che comunque costituisca condizione per l'esercizio di dette attività.

Più precisamente, secondo questa giurisprudenza, quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto), pur se si colloca al di fuori del campo di applicazione delle direttive, presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

L'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri.

La Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, se ne è occupata soprattutto in materia di appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, elaborando alcuni indici identificativi. Per la Corte di giustizia, "*spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale*" (Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06). Tuttavia, prosegue la Corte, "*una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20). È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo*" (ancora

Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06).

In particolare, sempre con riferimento agli appalti, la Corte di giustizia ha affermato che tali criteri oggettivi potrebbero identificarsi "*nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie*" (Corte di giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

16. Con riferimento al "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere "adattati", tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione. Qui non si stratta, infatti, di un appalto "isolato", da eseguirsi *una tantum*, rispetto al quale l'esiguo valore economico, la specialità, sotto il profilo tecnico, delle prestazioni richieste e anche l'ubicazione (lontana dai confini) della prestazione potrebbero scoraggiare o rendere comunque scarsamente probabile la partecipazione di operatori economici di altri Stati membri. Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di sevizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime.

L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione. A tal proposito, l'articolo 45-*bis* cod. nav. consente al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa). L'attuale formulazione della norma è il risultato della modifica disposta dall'articolo 10, comma 2, della legge 16 marzo 2001, n. 18, che ha soppresso le parole "in casi eccezionali e per periodi determinati", rendendo possibile il ricorso alla sub-concessione in via generalizzata e senza limiti temporali.

È allora evidente che, a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene.

Già queste considerazioni traducono in termini economici un dato di oggettiva e comune evidenza, legata alla eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale, il quale per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione.

Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*. Non vi è dubbio, al contrario, che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

17. L'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "*l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva*" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103).

18. Devono, a tal proposito, essere fugati i dubbi relativi alla possibilità di far rientrare le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative nel campo di applicazione della direttiva in questione e, più in generale, i dubbi in merito alla stessa possibilità di ritenere la direttiva immediatamente applicabile alle fattispecie oggetto del presente giudizio.

In tal senso, già la Corte di giustizia con la sentenza *Promoimpresa* del 2016 si è espressa chiaramente, demandando al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale. Tuttavia, come si è accennato, le conclusioni cui è giunta nel 2016 la Corte di giustizia sono state, specie nell'ambito del dibattito dottrinale, oggetto di tentativi di confutazione e molti di quegli argomenti critici sono stati ripresi dall'appellante nel presente giudizio.

19. I principali argomenti contrari all'applicazione della direttiva 2006/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

I) Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le notevoli differenze esistenti fra le legislazioni degli Stati membri (in particolare quelli più direttamente interessati ossia, oltre all'Italia,

Spagna, Portogallo, Francia, Grecia e Croazia) avrebbe richiesto una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili in tale settore. Presupponendo (e implicando) tale preventiva armonizzazione, la direttiva 2006/123 avrebbe dovuto essere fondata, oltre che sugli articoli del Trattato relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi (artt. 47, paragrafo 2 del Trattato sulle Comunità europee, ora, rispettivamente, artt. 53 e 63 TFUE) anche su un'altra base giuridica, vale a dire sull'art. 94 del Trattato sulle Comunità europee (ora art. 115 TFUE) che prevede il ricorso all'unanimità per l'adozione di atti normativi aventi come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (mentre la direttiva 2006/123 è stata approvata a maggioranza).

II) La direttiva 2006/123, se applicata alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa, comporterebbe un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di turismo, ponendosi così in contrasto con quanto oggi prevede l'art. 195 TFUE, secondo il quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di "*qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*".

III) La concessione di beni demaniali non rientrerebbe comunque nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. La concessione del demanio marittimo – si osserva – è un atto che permette soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico e ricreativo, ma non autorizza l'attività di servizio prestata dall'impresa turistico balneare. È vero che lo stabilimento balneare è di norma esercitato su suolo demaniale; nulla, tuttavia, toglierebbe, all'attività di servizio, il carattere suo proprio, se anche fosse esercitata su suolo di proprietà privata. Ma soprattutto non è vero il contrario, e cioè che la concessione demaniale riguardi necessariamente attività di stabilimento balneare (o di impresa turistica). In astratto, la concessione può essere richiesta e finanche preferita malgrado abbia ad oggetto attività non corrispondenti a prestazioni di servizi; e non perde in questo caso alcuno dei suoi connotati tipici. In senso giuridico, gli oggetti dei due provvedimenti permissivi — concessione demaniale e autorizzazione alla prestazione del servizio — corrono, quindi, su binari paralleli e non si confondono, con conseguente estraneità della concessione demaniale al campo applicativo dell'art. 12 della direttiva 2006/123.

In tale direzione viene spesso richiamata anche la sentenza del *Tribunal Costitucional* spagnolo n. 223/2015, che, proprio su queste basi, ha escluso che la direttiva stessa si applichi al caso di concessione demaniale, ritenendo, appunto che la concessione "si configura come titolo di occupazione di demanio pubblico, non come misura di intervento secondo le leggi di settore che ricadono sull'attività [...]. Sarà quindi questa normativa di settore a disciplinare le attività di impresa di cui la concessione pubblica risulta essere solo il supporto fisico".

IV) Le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse: mancherebbe, quindi, anche in fatto, il presupposto per applicare la norma della direttiva servizi.

V) Si osserva, infine, che in ogni caso la direttiva 2006/123 e, in particolare, la disposizione contenuta nell'art. 12 sarebbe priva di quel livello di dettaglio e di specificità necessario ai fini della diretta applicabilità, in assenza di un puntuale recepimento da parte del legislatore nazionale. Non si tratterebbe, in altri termini, di una direttiva *self-executing*.

20. Ad avviso dell'Adunanza plenaria, nessuno di tali argomenti risulta meritevole di condivisione.

21. Occorre, anzitutto, evidenziare che la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di

liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: "*fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale*" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104).

Come emerge *per tabulas* dal suo articolo 1 (ed è, peraltro, confermato dai suoi numerosi *Considerando* e dal dibattito politico che si è svolto nella lunga fase di gestazione che ne ha preceduto la definitiva approvazione), l'obiettivo è quello di "stabilire 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". Ciò al fine, appunto, di rendere possibile l'attuazione della libera circolazione dei servizi nel mercato interno, sul presupposto che tale libertà (a differenza di quella delle persone, dei beni e dei capitali) non avesse ancora trovato piena attuazione nell'ambito del mercato interno a causa della presenza all'interno degli ordinamenti nazionali di centinaia di ostacoli amministrativi o misure protezionistiche camuffate e discriminanti.

La base giuridica della direttiva, pertanto, va individuata nel Capo II e nel Capo IV del TFUE.

L'obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di "armonizzare" le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un'armonizzazione normativa, che, però, non è l'obiettivo primario della direttiva 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante, come sostenuto da chi,

invece, invoca la necessità di applicare la regola dell'unanimità in seno al Consiglio.

In tale prospettiva la Corte di giustizia ha infatti affermato, proprio con riferimento alla direttiva 2006/123, che "*la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*", per poi richiamare il considerando 7 e l'obiettivo di implementare un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato d'integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di un'armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punti 105 e 106).

In base al Considerando 7 risulta evidente che la finalità di istituire un quadro giuridico generale a vantaggio di un'ampia varietà di servizi ha comportato, in via prioritaria e principale, l'eliminazione degli "*ostacoli che possono essere rimossi rapidamente*", mentre, per quanto riguarda gli altri ostacoli, necessita di "*avviare*" un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione "*complementare*" in merito a questioni specifiche grazie al quale sarà possibile modernizzare progressivamente ed in maniera coordinata i sistemi nazionali che disciplinano le attività di servizi.

Considerato quindi l'obiettivo primario della direttiva 2006/123, non viene in evidenza l'art. 115 TFUE (art. 94 del Trattato sulle Comunità europee), che prevede la deliberazione all'unanimità delle direttive di armonizzazione e coordinamento.

22. Queste considerazioni valgono anche per gli articoli da 9 a 13, che riguardano, nell'ambito di attività diverse, il rilascio di autorizzazioni da parte di pubbliche autorità e, in particolare, per l'art. 12, ai sensi del quale, "*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*".

23. Le considerazioni che precedono consentono di superare anche il secondo argomento che viene invocato contro l'applicazione della direttiva in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, ossia l'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo, alla luce dell'art. 195 TFUE. La circostanza già evidenziata che la direttiva 2006/123 non possa considerarsi una direttiva di armonizzazione (essendo, piuttosto, una direttiva di liberalizzazione) dimostra, di per sé, l'infondatezza dell'assunto.

Inoltre, l'art. 12 della direttiva 2006/123, nella misura in cui pretende una procedura di gara trasparente ed imparziale per il rilascio di autorizzazioni in caso di scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, è norma volta a disciplinare il mercato interno in termini generali, applicandosi quindi a tutti i settori salvo quelli esclusi dall'ambito di applicabilità della medesima direttiva. In tale prospettiva deve essere letta la disposizione di cui all'art. 2 comma 2 della direttiva 2006/123, dove si stabilisce che la direttiva non si applica ai "*servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali*", con la conseguente necessità, in sede di applicazione pratica della norma, di enucleare specificamente la nozione di "*servizi portuali*", anche con riferimento al (diverso) concetto di porto (turistico) e all'oggetto della concessione demaniale.

Del resto, la portata conformativa dell'art. 12 della direttiva 2006/123 sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riverbera in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo: il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva.

La tutela della concorrenza (e l'obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d'altronde, una "materia" trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno": anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all'esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all'obbligo della gara, che si pone a monte dell'attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all'esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati. Ad esempio, oltre al turismo, competenze di mero sostegno dell'Unione europea sono previste in materia di sanità pubblica, istruzione, cultura e protezione civile, che sono tutti settori rispetto ai quali i contratti pubblici sono sottoposti all'obbligo di gara.

Del resto, con specifico riferimento all'applicabilità della direttiva 2006/123 al settore del turismo, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che essa "*si applica a numerose attività in costante evoluzione, tra le quali figurano i servizi collegati con il settore immobiliare, nonché quelli nel settore del turismo*" (Corte di giustizia, Grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 35).

24. Non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene (*rectius*, il diritto di sfruttarlo), ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi.

Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente).

Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per "servizio", ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, "*un'attività di locazione di un bene immobile […], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi*

dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).

La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "*Tassazione dei porti in Italia*" contiene l'affermazione per cui "*la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica*".

È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Del resto, come ricordato dalla Corte di giustizia nella più volte citata sentenza *Promoimpresa*, "*il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni*". E la stessa sentenza ha chiaramente affermato che "*tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica*".

L'Adunanza plenaria non può che condividere tali conclusioni e ribadire che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara.

25. In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza *Promoimpresa*, ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, fatto che deve "*essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato*".

Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga *ex lege*.

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

A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita.

È evidente, allora, che l'insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime (ma analoghe considerazioni valgono per quelle lacuali o fluviali) a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e l'elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l'intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone). Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione.

Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123.

26. Non ha pregio, infine, la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione non potrebbe considerarsi *self-executing*, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.

Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare *self-executing* dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la *par condicio* fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volti declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga *ex lege*.

27. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

È peraltro indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

28. Le considerazioni appena svolte conducono alla conclusione – anticipando sin da ora la risposta al terzo quesito – secondo cui anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria del tutto analoghi a quelli fino ad ora evidenziati. Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al "*contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica*". In senso contrario, si deve osservare, come evidenziato dalla Commissione nell'ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l'art. 182, co. 2, d.l. 34/2020), che "*la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia* […] *gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi*".

Non vi è quindi alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all'obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo.

29. Le considerazioni che precedono danno conto anche delle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. "giurisprudenza Cilfit" (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 6 ottobre 2021, C-569/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del T.a.r. Lecce, il quale, peraltro, più che mettere in discussione l'esistenza di un regime di evidenza pubblica comunitariamente imposto cui sottoporre il rilascio o il rinnovo della concessioni demaniali, ha negato (come si vedrà nel prosieguo con maggiore dettaglio) la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A., toccando, quindi, una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici.

30. Appurata l'incompatibilità comunitaria (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'art. 12 della direttiva 2016/123) della disciplina nazionale (art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182,

comma 2, d.l. 19 n. 34/2020) che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate, si può procedere all'esame dei quesiti concernenti le conseguenze di tale contrasto normativo.

31. Viene sotto tale profilo in rilievo il primo quesito oggetto del decreto presidenziale di rimessione all'Adunanza plenaria: *1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-excuting, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva*.

32. L'Adunanza plenaria ritiene che l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*.

In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale.

In particolare, nella sentenza *Fratelli Costanzo* si legge espressamente che "*tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali*", sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*, "*disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi" (*22 giugno 1989, C-103/88).

Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha ribadito che "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme*" comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

33. Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*. A tal proposito, il T.a.r. Lecce (nella sentenza oggetto del presente giudizio) ha valorizzato la distinzione tra regolamenti comunitari – che sono, per loro stessa natura, direttamente applicabili e tali quindi da giustificare la non applicazione anche da parte della P.A. – e direttive, che, al contrario, di regola non possono produrre effetti diretti e la cui eccezionale natura *self-executing* richiederebbe una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi, rischierebbe di legittimare non applicazioni della legge nazionale affidate a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea.

34. L'argomento, sebbene suggestivo, non può essere condiviso, per diverse ragioni.

34.1. In primo luogo, è dirimente la circostanza che nel caso di specie tale incertezza circa il carattere *self-executing* della direttiva 2006/123 non sussiste, perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito.

34.2. In secondo luogo, la prospettata distinzione, nell'ambito delle norme U.E. direttamente applicabili, fra i regolamenti, da un lato, e le direttive *self-executing*, dall'altro – al fine di ritenere solo le prime e non le seconde in grado di produrre l'obbligo di non applicazione in capo alla P.A. – si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive autoesecutive e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme U.E. direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della P.A. Di tale limitazione non vi è traccia nella giurisprudenza comunitaria, la quale, anzi, è da tempo orientata verso una progressiva valorizzazione dell'effetto diretto della direttiva *self-executing* (cui si riconosce una crescente incidenza anche nella disciplina dei rapporti orizzontali).

34.3. Infine, la tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cade in una contraddizione logica, che finisce per sterilizzarne ogni utilità pratica. Basti pensare che, anche ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva *self-esecuting* non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anticomunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato. E allora, nel momento in cui la P.A. ha comunque deciso di "non applicare" quella legge (nel caso di specie, negando la proroga) e il privato ha sottoposto al vaglio giurisdizionale l'atto amministrativo frutto di quella non applicazione, il giudice, che certamente ha il potere di non applicazione, non potrebbe che prendere atto della legittimità dell'atto e respingere il ricorso. Altrimenti si dovrebbe ritenere che nemmeno il giudice può disapplicare la legge che la P.A. ha applicato, con chiara violazione di consolidati principi sui rapporti tra ordinamenti nazionale e comunitario.

In altri termini, delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive *self-executing*) appare una contraddizione in termini.

35. Le considerazioni che precedono evidenziano come le distinzione tra norme non applicabili *tout court* e norme non applicabili dal giudice ma non della P.A. risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché di fatto affida alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi (e con riferimento al presente contenzioso va sottolineato che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso).

36. Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario (come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla

sentenza n. 170 del 1984) una questione di legittimità costituzionale. Si ricorda, invero, che un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr., in particolare, Corte Cost., sentenze n. 289/2017, n. 20/2019, n. 63/2019, n. 112/2019).

Nessuna delle due "eccezioni" ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti.

37. In senso contrario non vale invocare il rischio correlato alle possibili ripercussioni che una simile non applicazione potrebbe generare in termini di responsabilità penale dei concessionari demaniali, i quali, secondo una certa impostazione, venute meno le proroghe *ex lege*, si troverebbero privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod. nav..

Tale timore è, infatti, privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia U.E., fanno parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario (ed in ogni caso rappresenterebbe comunque controlimiti interni al principio di primazia). Ne discende che la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*.

38. Non rilevano, in senso contrario, neanche le esigenze correlate alla tutela dell'affidamento degli attuali concessionari. In primo luogo, l'affidamento del concessionario dovrebbe trovare tutela (come chiarito da Corte di giustizia e anche dalla Corte costituzionale) non attraverso la proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (par. 3 dell'art. 12 della direttiva e sentenza P*romoimpresa* par. 52-56).

In relazione alla pretesa esigenza di tutela dell'affidamento, anche la lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, nel rilevarne l'insussistenza, ricorda che "*secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili*".

In termini più generali si è affermato che, "*qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato*" (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09).

38.1. Tali condizioni non sussistono nella materia in esame, specie se si considera che, ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto

sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825). A ciò si aggiunga la considerazione che, su questa materia, la prima procedura di infrazione risale al 2008. Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all'Italia il 29 gennaio 2009, iniziata in seguito della segnalazione dell'AGCM (segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008), procedura poi chiusa nel 2012, confidando sul fatto che l'art. 11 d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, aveva delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

38.2. Anche la Corte costituzionale, a partire dal 2010, è più volte intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali – per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento U.E. (art. 117, primo comma, Cost.) – che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni. Si segnala, in particolare, Corte cost. n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene. La Corte ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima perché determinava "un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento (detto anche "di non discriminazione"), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi". Analoga vicenda ha riguardato l'art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77, che è stata dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza n. 340/2010. Tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti: in tale occasione la Corte si è richiamata alla sua precedente decisione n. 180/2010, sopra citata.

Stessa sorte hanno subito l'art. 4, comma 1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l'art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011. Tali disposizioni consentivano ai titolari di concessione in corso di validità, che avessero eseguito o che eseguissero, durante la vigenza della concessione, interventi edilizi, accompagnati o meno da acquisto di attrezzature e beni mobili, di chiedere la variazione della durata della concessione per un periodo compreso tra 7 e 20 anni (decorrenti dalla data di variazione). Al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti.

39. Può procedersi all'esame del secondo quesito rimesso all'Adunanza plenaria, con il quale si chiede di stabilire, "*nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, nonché se, e in quali casi, la circostanza*

che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.

40. In via preliminare, è utile ricordare che, secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato.

Si possono richiamare, a tal proposto, con specifico riferimento alla questione dell'obbligo di autotutela su un atto amministrativo comunitariamente invalido, le sentenze *Khune* (C-453/04) e *Kempter* (C-2/06), in cui la Corte UE, pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, individua alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Secondo la Corte, tale obbligo sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

41. Tali principi, che l'Adunanza plenaria intende condividere e ribadire, non sono tuttavia applicabili al caso di specie, dove, a ben guardare, non si pone propriamente una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi.

La risposta al quesito *sub* 2) richiede, infatti, la previa qualificazione dell'atto di rinnovo di proroga, richiesto o che sia stato eventualmente già adottato.

42. L'Adunanza plenaria ritiene che l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile (così la sentenza Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874).

In tal senso, la formulazione letterale dell'art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 non lascia spazio a dubbi, perché la norma direttamente dispone che le concessioni demaniali già rilasciate "*vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici*" (sull'ambito oggettivo di applicabilità della disposizione è intervenuto il d.l. 14.8.2020 n. 104 convertito con legge 13.10.2020 n. 126, che ha stabilito, al comma 1 dell'art. 100, che "*Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione*").

La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate. Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l'atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento (*mutatis mutandis*, con riferimento alla questione della legificazione dei d.P.C.M. adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19, la cui durata è stata prorogata *ex lege* dai decreti-legge n. 44/2021 e n. 52/2021, cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 29 marzo 2021, n. 1606).

43. Seguendo questa impostazione, se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni.

Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Del resto, il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda (*rectius* "ulteriore") volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l'interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Non può peraltro evitarsi di considerare la particolare funzione svolta dall'atto ricognitivo eventualmente

adottato dall'Amministrazione: essa non costituisce il portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale.

Tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso.

Detto ruolo consente alle soggettività pubbliche di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi, laddove invece ai privati è inibita questa facoltà rispetto a soggetti estranei al rapporto negoziale.

Sicché le medesime ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto.

44. Analoghe considerazioni valgono anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Da questo punto di vista, è pur vero che occorre ribadire – in applicazione dei principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la *res iudicata*, diventati essi stessi princìpi non solo degli Stati membri ma anche del diritto dell'Unione – l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, con la conseguenza che, come affermato ripetutamente dalla stesa Corte di giustizia, il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione (v. *ex plurimis*, sentenza 11 settembre 2019, causa C-676/17, con ulteriori richiami; Corte giust., 16 marzo 2006, causa C-234/04; 1° giugno 1999, causa C-126/97; in termini cfr. anche Ad. Plen. n. 6/2021 e Cass. civ., Sez. 5, 27 gennaio 2017, n. 2046).

Tuttavia, occorre tener conto del fatto che, nel caso di specie, tali principi vanno adeguati tenendo conto che il giudicato incide su un rapporto di durata (qual è appunto quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale). Sotto tale profilo, va, infatti, ricordato, che, come affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 11 del 2016, le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria (con le conseguenze di cui *infra*).

45. In conclusione, pertanto, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna.

46. L'Adunanza plenaria è, tuttavia, consapevole del notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni. Basterà ricordare che la prima proroga, fino al 31 dicembre 2015, fu disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, convertito con modificazione in legge 26 febbraio 2010, n. 25. Il termine del 31 dicembre 2015 fu successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2020 per effetto della successiva legge 24 dicembre 2012, n. 228, e, infine, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, l'art. 1, commi 682 e 683 ha disposto l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2033.

Nel corso di queste ripetute proroghe, il legislatore, anche per fare fronte alle procedure di infrazione nel frattempo aperte dalla Commissione europea, aveva "annunciato" il "riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea" (così l'art. 24, comma 3-*septies* d.l. n. 113 del 2016, convertito in legge n. 160 del 2016); come è noto, tuttavia, la nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento europeo non è mai intervenuta.

Ne è derivata una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione.

47. In questo quadro normativo, l'Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisone.

La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte di giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03).

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata.

Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Al tempo stesso, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali. È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

48. Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se via sia –o meno – un soggetto subentrante nella concessione.

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

49. In ordine ai principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'approntare la normativa di riordino del settore, può ricordarsi che l'art. 12 della direttiva 2006/123 già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo, appunto, 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*", ma precisando anche che, "*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*".

Nel considerare tali ultime prerogative possono essere apprezzati e valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale.

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, la Corte di giustizia ha constatato che "*gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale*", precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni "*solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva*" e che comunque necessiti al riguardo "*una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti*" (sentenza *Promoimpresa*). La Corte di giustizia ha del resto rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984, "*quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse*

transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza", esigendo che "*la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*" (sentenza *Promoimpresa*). L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.

Se i criteri dettati dall'art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettati in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi).

La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori.

Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.

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

50. Le suddette considerazioni si riverberano anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Si è già detto che l'eventuale giudicato che abbia riconosciuto il diritto alla proroga non attribuisce un diritto incondizionato alla continuità del rapporto, dovendosi viceversa ritenere che la parte del rapporto non coperta dal giudicato sia esposta alla normativa comunitaria.

Detta affermazione richiede di stabilire quale sia la parte del rapporto non coperta dal giudicato.

I rapporti concessori oggetto di eventuali giudicati formatisi sulla normativa in esame (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), successiva alla sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia, necessitano di essere regolamentati tenendo conto, da un lato, del portato tipico dell'autorità di cosa giudicata (sopra illustrato) e, dall'altro, delle implicazioni derivanti dalle modifiche normative (cui sono equiparate le sentenze della Corte di giustizia) successivamente intervenute a disciplinare il rapporto.

La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018, sicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (in particolare riguardante la modifica normativa del 2018).

Nondimeno non si può non considerare il ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria "*onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali*"; e, dall'altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia.

Dette circostanze inducono a ritenere che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato.

In tal senso convergono:

- le stesse ragioni di certezza che inducono a prevedere un periodo transitorio che preceda l'obbligo di non applicazione della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE;
- considerazioni concrete di applicabilità amministrativa del principio di diritto enunciato (che richiedono necessariamente di prevedere un intervallo per lo svolgimento delle gare);
- l'opportunità di consentire al legislatore di normare le procedure di affidamento delle concessioni balneari in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell'ambito dell'economia italiana;
- la necessità di evitare disparità di trattamento;
- generali esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica.

Ne deriva che i giudicati favorevoli per il concessionario formatisi sulla normativa in esame cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo biennale di cui appena sopra.

51. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.*

3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedura di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) dichiara inammissibili gli interventi ed estromette dal giudizio il Sindacato italiano balneari (SIB), l'Associazione nazionale approdi e porti turistici, l'Associazione CNA Balneatori Puglia e Lidi del Salento, il Comitato coordinamento concessionari demaniali pertinenziali italiani, la Regione Abruzzo, il Comune di Castrignano del Capo, i concessionari demaniali indicati in epigrafe nonché, in parziale riforma della sentenza appellata, la Federazione italiana imprese demaniali;

b) enuncia i principi di diritto di cui in motivazione;

c) restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Presidente, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO