



28 LUGLIO 2021

Disapplicazione per difformità dal
diritto UE e protagonismo
giurisprudenziale

di Ambrogio De Siano

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"



Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*

di Ambrogio De Siano

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Abstract [It]: Prendendo spunto da un recente orientamento giurisdizionale riguardante la proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime, il saggio si propone di riflettere sulle Direttive UE dotate di effetti diretti e sulle conseguenze che esse provocano nell'ordinamento dello Stato membro, segnatamente per quel che riguarda il novero dei soggetti su cui grava il dovere di non applicare la disciplina nazionale contrastante con quella europea.

Abstract [En]: Taking its cue from a recent jurisdictional orientation concerning the legislative extension of state-owned maritime concessions, the essay proposes to reflect on the EU Directives with direct effects and on the consequences that they cause in the Member State's legal system, particularly with regard to the group of subjects who have the duty not to apply the national discipline contrasting with the European one.

Parole chiave: concessioni demaniali; Direttiva ad effetti diretti; disapplicazione; legittimo affidamento; discrezionalità giurisdizionale

Keywords: state-owned maritime concessions; EU Directive with direct effects; disapplication; legitimate expectation; judicial discretion

Sommario: 1. Premessa. 2. Discutendo alla luce di un recente orientamento giurisprudenziale: sul potere di disapplicazione. 3. *Segue:* sulla natura e sugli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia. 4. *Segue:* sulle Direttive non recepite e sui relativi effetti diretti. 5. *Segue:* sulla natura della Direttiva Bolkestein. 6. Legittimo affidamento o interesse di categoria? 7. Il deferimento d'ufficio all'Adunanza plenaria. 8. Qualche osservazione conclusiva sul protagonismo del G.A.

1. Premessa

La saga delle concessioni delle spiagge italiane non accenna a concludersi. Tra gli episodi più significativi dell'ultimo periodo vanno segnalate alcune pronunce del Tar Lecce (nn. 71-75 del 2021), il quale, prendendo le distanze dall'orientamento del Consiglio di Stato, ha dichiarato il diritto dei concessionari uscenti a fruire della proroga (di quindici anni) disposta dalla L. 145/2018¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L'ultimo prolungamento dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime è stato disposto dall'art. 1, co. 682, per il quale «Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, 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»; e dal co. 683, secondo cui «le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici».

Le argomentazioni che sostengono il *decisum* offrono l'occasione per svolgere qualche riflessione, più che sul regime giuridico delle concessioni del demanio marittimo con finalità-turistico ricreative², soprattutto sulle Direttive con effetti diretti e sulle conseguenze che esse provocano nell'ordinamento dello Stato membro, segnatamente per quel che riguarda il novero dei soggetti su cui grava il dovere di non applicare la disciplina nazionale contrastante con quella europea.

Dopo aver passato al vaglio critico i principali passaggi delle sentenze – che riguardano: il potere di disapplicazione; la natura e gli effetti delle pronunce della Corte di Giustizia; i requisiti affinché una Direttiva possa considerarsi dotata di effetti diretti; l'affidamento dei concessionari ad ottenere un prolungamento del titolo che permette loro di sfruttare il demanio a fini imprenditoriali –, in conclusione del contributo, anche in considerazione di un recentissimo deferimento all'Adunanza plenaria originato proprio da una delle decisioni del Tar Lecce, non potrà non dedicarsi qualche breve osservazione, in generale, sul ruolo ricoperto dal G.A. nell'ordinamento contemporaneo, e, più in particolare, sul soggettivismo interpretativo, che nelle decisioni da cui si sono prese le mosse assume un'ampiezza davvero preoccupante.

2. Discutendo alla luce di un recente orientamento giurisprudenziale: sul potere di disapplicazione

Con le sentenze in parola il Tar Lecce torna ad occuparsi della proroga delle concessioni demaniali prevista dalla Legge finanziaria per il 2019, confermando l'orientamento espresso l'anno prima³, al quale però il Collegio ritiene opportuno aggiungere alcuni passaggi motivazionali che nelle precedenti pronunce «erano dati per scontati o comunque non esaurientemente esplicitati»⁴.

Lasciando in disparte le questioni strettamente processuali⁵, la parte in diritto delle decisioni è introdotta dalla descrizione del contesto normativo di riferimento, caratterizzato dall'attesa, ormai ultradecennale, che lo Stato italiano adotti una disciplina compatibile con l'ordinamento UE. E in attesa, appunto, del riordino legislativo della materia, approssimandosi la scadenza (fissata al 31 dicembre 2020) della

² Su cui tantissimo si è scritto anche in ragione di una foltissima elaborazione giurisprudenziale. Limitandosi a ricordare solo i contributi degli ultimissimi anni, ai quali si rinvia anche per la bibliografia riportata, si v. M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2020, pp. 1069 ss.; D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Giappichelli, Torino, 2019; C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, n. 1, 2018, pp. 287 ss.

³ Tar Puglia - Lecce, sez. I, 18 novembre 2020, n. 1321.

⁴ Sulla necessità avvertita dal Collegio di integrare la motivazione delle proprie decisioni perché 'insoddisfatto' da quelle precedenti si tornerà nell'ultimo paragrafo.

⁵ Le quali sono di sicuro interesse, segnatamente per quel che riguarda l'ammissibilità dell'azione di accertamento proposta dal ricorrente. Tuttavia, non è possibile in questa sede occuparsene, esse superando l'orizzonte tematico dello studio.

precedente proroga *ex lege*, ne è stata disposta una ulteriore per le concessioni efficaci al momento dell'entrata in vigore della L. 145/2018.

Anche in considerazione di numerosi precedenti⁶, tale disciplina – per effetto del contrasto sia con la Direttiva 2006/123/CE (d'ora in poi Direttiva Bolkestein) così come interpretata dalla Corte di Giustizia, sia con alcuni principi del diritto UE – sembrerebbe destinata alla disapplicazione⁷, istituto, quest'ultimo, sul quale il Collegio leccese non manca di intrattenersi, esordendo con un perentorio assunto: la «disapplicazione [...] equivale a violazione della legge».

A questo risoluto *incipit*, fa seguito l'isolamento⁷ di una doppia tipologia di disapplicazione, quella «in senso assoluto» e quella «in senso relativo». Ad avviso del Tar, la prima equivarrebbe ad una violazione di legge, risultando così «inammissibile sia per il dirigente dell'amministrazione, sia per il giudice».

La seconda, viceversa, in quanto strumentale all'applicazione di un'altra legge, sarebbe «logicamente inconcepibile ed inconsistente già sul piano terminologico». In particolare, essa «risulta perfettamente inutile ed anzi fuorviante, in quanto ciò che viene in rilievo è in definitiva l'applicazione della norma prevalente, da individuarsi attraverso i noti e consolidati canoni ermeneutici deputati a dirimere il concorso di norme».

Il motivo per il quale il Tar Lecce si adoperi in questo sforzo teorico è tutt'altro che chiaro. In effetti, non sembra dubitare che la disciplina nazionale in contrasto con quella UE vada disapplicata – anzi, finisce per affermarlo espressamente (cfr. par. successivo).

Tuttavia, per qualche (sfuggente) ragione si avventura nel ridefinire concettualmente il potere di disapplicazione, peraltro con fare assertivo, senza preoccuparsi di offrire un'alternativa ricostruttiva in grado di meglio rappresentare il fenomeno per cui, in virtù del contrasto con la regolamentazione sovranazionale, quella dello Stato membro non va applicata.

La digressione proposta dal Tar Lecce – al netto dei dubbi sulla sua fondatezza e, soprattutto, sulla sua rilevanza ai fini della risoluzione della controversia – offre l'occasione per svolgere qualche riflessione sulla disapplicazione, la quale viene comunemente ascritta tra gli strumenti più significativi per consentire

⁶ Limitandosi a citare quelli più recenti, per quanto riguarda il G.A., Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874 – su cui S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 5, 2020, pp. 625 ss. –; Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1368; sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610; sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416; per quanto riguarda invece il giudice penale, Cassazione pen., sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993 – annotata da G. TROPEA, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020.

⁷ Secondo il Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019, cit., in ossequio alla sentenza della Corte di Giustizia 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14, *Promoimpresa S.r.l.*, e C-67/15, *Mario Melis e altri*, gli interventi normativi successivi alla Direttiva Bolkestein, compresa la L. 145/2018, «devono ritenersi non impeditivi [...] alla doverosa disapplicazione delle disposizioni legislative nazionali che prevedono una proroga automatica». A maggior ragione – aggiunge il Collegio – dopo la sentenza della Corte di Giustizia 30 settembre 2018, causa C-360/15, *Visser*.

la ‘pacifica’ convivenza tra l’ordinamento UE e quello degli Stati membri, sì autonomi, ma coordinati e comunicanti⁸.

Eppure, secondo quanto si va sostenendo non di rado nella giurisprudenza italiana, la disapplicazione non sarebbe l’istituto più adatto per descrivere il fenomeno di sostituzione di una disposizione nazionale (contrastante) con una europea dotata di effetti diretti nell’ordinamento dello Stato membro.

Del resto, è la Corte di giustizia ad etichettare il meccanismo di sostituzione in parola con il termine ‘disapplicazione’⁹; viceversa, la Corte costituzionale ritiene preferibile l’espressione ‘non applicazione’ della normativa nazionale, in quanto ‘disapplicazione’ è termine che «evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell’autonomia dei due ordinamenti»¹⁰.

Per la verità l’argomentazione fornita dalla Corte costituzionale non si presenta pienamente persuasiva. È noto che nell’ordinamento italiano il potere di disapplicare è disciplinato essenzialmente in riferimento all’atto amministrativo¹¹ (provvedimentale, generale o normativo), che, una volta accertata la sua difformità dal paradigma normativo (regionale, nazionale o sovranazionale), viene dal giudice (non dotato del potere di annullamento o processualmente impossibilitato a farne uso) ritenuto di fatto inesistente ai fini della risoluzione di una controversia¹².

A ben vedere, il rapporto tra atto amministrativo disapplicato e atto fonte è del tutto analogo a quello che intercorre tra atto normativo nazionale e atto normativo europeo: anche la non applicazione – per usare le parole della Corte costituzionale – della disciplina nazionale è causata da una sua difformità rispetto al diritto UE; difformità che, se si vuole assicurare il funzionamento di un sistema normativo multilivello, va in qualche modo rimossa¹³.

⁸ L’ordinamento nazionale e quello europeo sono tali, ossia coordinati e comunicanti, secondo Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389.

⁹ *Ex multis* Corte di Giustizia, 4 dicembre 2018, C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*.

¹⁰ Così Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168. A questo orientamento fa eccezione la pronuncia n. 389/1989 cit., in cui la Corte sostiene che «l’eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un *contrasto di quest’ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna* avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell’ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di *disapplicazione* di quest’ultima». Corsivi di chi scrive. In tema, v. D.U. GALETTA, *L’impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del diritto amministrativo*, in ID., *Diritto amministrativo dell’Unione europea. Argomenti (e materiali)*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 1 ss., p. 13.

¹¹ In generale dagli artt. 4 e 5, L. 2248/1865, all. E, e da disposizioni speciali, come l’art. 63, D.Lgs. 165/2001.

¹² AA.VV., *Impugnazione e “disapplicazione” dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998; F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 2010, pp. 269 ss.; F. FRANCIOSI, *Note minime sul potere di disapplicazione del giudice civile*, in *Rass. giur. ed.*, n. 2, 2018, pp. 113 ss.; A. TRAVI, *La disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2018, pp. 3 ss.

¹³ Ciò anche in virtù del co. 1 dell’art. 117 Cost., secondo cui «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Secondo la Cassazione pen., n. 25993/2019, cit., la disapplicazione delle disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime si giustifica proprio in ragione dell’art. 117, co. 1, Cost.

Lo può essere in via definitiva, attraverso la modifica/abrogazione¹⁴ o dichiarazione di illegittimità della legge nazionale, oppure in via del tutto occasionale, disapplicando (o – è lo stesso – non applicando) quest’ultima, in luogo della quale andrà impiegata quella sovranazionale – ammesso che sia dotata dei requisiti che la rendono produttiva di effetti diretti nell’ordinamento del singolo Stato.

Insomma, la disapplicazione – così come chiamata dalla Corte di Giustizia – e la non applicazione – seguendo la nomenclatura della Corte costituzionale – condividono lo stesso presupposto: la non conformità della legge italiana rispetto al paradigma normativo che prevale nel caso di specie. Non conformità che costituisce presupposto giuridico-positivo di inapplicabilità della disposizione normativa nazionale, che dunque va disapplicata (o non applicata, fa lo stesso) da parte sia dei suoi destinatari (ad esempio la P.A.), sia degli organi giudiziari, entrambi chiamati a eliminare nel caso concreto le antinomie createsi tra le disposizioni appartenenti a due ordinamenti diversi che disciplinano la (o comunque incidono sulla) stessa fattispecie.

3. *Segue:* sulla natura e sugli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia

Dopo essersi dedicato alla disapplicazione, il Tar Lecce si focalizza su natura ed effetti delle sentenze della Corte di Giustizia.

Il Collegio riconosce il loro effetto vincolante, benché lo ritenga proprio delle «sole sentenze interpretative», qualificate come «fonti di integrazione del diritto unionale, del quale esprimono interpretazione autentica». Sicché – aggiunge – «per il caso di conflitto della norma nazionale con norma comunitaria immediatamente efficace ed esecutiva deve [...] ritenersi sussistere l’obbligo di disapplicazione della norma interna in favore di quella U.E., interpretata nel senso vincolativamente indicato da eventuale sentenza della C.G.U.E.».

Questo passaggio consente al Tar di avviare la definizione delle questioni controverse oggetto del giudizio.

In proposito rammenta che la Corte di Giustizia, con sentenza del 14 luglio 2016, ha fornito una interpretazione vincolante sia dell’art. 12, par. 1 e 2, della Direttiva Bolkestein – il quale va inteso nel senso che osta alle disposizioni nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali per attività turistico-ricreative in assenza di qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati –; sia dell’art. 49 TFUE – il quale va inteso nel senso che osta a una normativa nazionale che

¹⁴ In proposito la Corte costituzionale, n. 389/1989, cit., ha sottolineato che, nonostante la disapplicazione consenta di porre rimedio alle antinomie normative, resta ferma l’esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le disposizioni europee. Se, sul piano dell’ordinamento nazionale, «tale esigenza si collega al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario, invece, rappresenta una garanzia così essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l’oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri».

preveda una proroga automatica delle concessioni demaniali nei limiti in cui queste presentano un interesse transfrontaliero certo.

Assunta l'efficacia vincolante delle norme derivanti dalla interpretazione della Corte di Giustizia, il Tar si interroga su quali siano i soggetti investiti del «potere-dovere» di disapplicare la disciplina italiana contrastante con quella UE: a suo avviso questo onere graverebbe esclusivamente sul giudice.

Questa tesi – si legge nella sentenza – incontrerebbe come unico ostacolo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha da tempo affermato il principio secondo cui la prevalenza delle disposizioni UE su quelle nazionali deve essere assicurata dallo Stato membro in tutte le sue articolazioni¹⁵.

Tuttavia – obietta il Tribunale leccese – questo orientamento della Corte di Giustizia «non può ritenersi [...] di natura strettamente interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E.»; peraltro – prosegue il Tar – «a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulta erronea e non vincolante. Ed invero per norma interpretativa del diritto dell'Unione non può che intendersi una norma volta a chiarire la portata e la ratio legis di una statuizione specifica e non già una statuizione di carattere generale volta a condizionare in senso vincolante e limitativo l'attività decisionale del giudice interno».

La posizione assunta dal Tar lascia perplessi, quantomeno per due diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, l'effettività del diritto UE all'interno degli Stati membri non può non dipendere anche dalla interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia.

In proposito sin dalla metà degli anni '80 la Corte costituzionale, arricchendo il mosaico degli strumenti rivolti ad assicurare la convivenza tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, ha riconosciuto l'immediata applicabilità delle statuizioni contenute nelle sentenze della Corte di Giustizia pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del TCE¹⁶. Successivamente, analoga efficacia è stata estesa alle disposizioni europee così come interpretate dalla medesima Corte in sede contenziosa ai sensi dell'art. 164 del TCE¹⁷.

Del resto, diversamente non potrebbe essere, e non solo in considerazione delle specifiche disposizioni che nel corso del tempo sono intervenute¹⁸.

¹⁵ Lo si afferma da ultimo in Corte di Giustizia, 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, secondo cui «Il principio del primato del diritto dell'Unione sancisce la preminenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri (sentenza del 15 luglio 1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, [...]). Tale principio impone pertanto a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione, dato che il diritto degli Stati membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali differenti norme nel territorio dei suddetti Stati (v., in tal senso, sentenze del 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59, e del 4 dicembre 2018, Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punto 39)».

¹⁶ Corte cost., sentenza 23 aprile 1985, n. 113.

¹⁷ Corte cost., n. 389/1989, cit.

¹⁸ Ad es. l'art. 267 del TFUE, secondo il quale «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione».

È ben noto – quantomeno dall’insegnamento di Crisafulli sulla distinzione che passa tra fonte, disposizione e norma¹⁹ – che il significante testuale della disposizione diviene significato, e dunque norma, tramite l’interpretazione, alla quale, qualora provenga dalla Corte di Giustizia, va peraltro assegnato valore nomofilattico²⁰. Valore che non è suscettibile di modificazione in ragione del fatto che oggetto della interpretazione sia una singola disposizione oppure un principio²¹, rilevando solo che essa sia circoscritta al diritto UE²². Sicché la norma derivante dall’attività ermeneutica condotta dalla Corte su una disposizione avente effetti diretti non può che mutuare da quest’ultima i caratteri suoi propri²³, compresa la capacità di produrre effetti diretti, appunto, nell’ordinamento del singolo Stato membro²⁴.

Questa conclusione è strettamente collegata al secondo ordine di ragioni che fanno apparire infondata la tesi secondo cui le disposizioni europee con effetti diretti si imporrebbero solo all’apparato giurisdizionale nazionale, motivo per cui il dovere di non applicare il diritto interno contrastante con quello UE incomberebbe solamente sul giudice.

Ed invero, non è certo la natura giuridica del potere (amministrativo o giurisdizionale) che definisce il novero dei destinatari delle disposizioni normative. A ben vedere è proprio tale qualifica, quella di

¹⁹ V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 195 ss.

²⁰ Sul ruolo della Corte di Giustizia nell’assicurare la nomofilachia del diritto europeo e sul *network* nomofilattico con le Corti nazionali si v. A. BARONE, *The european “nomofilachia” network*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 2, 2013, pp. 315 ss.

²¹ Il processo di formulazione delle norme giuridiche ha condotto la dottrina – nella specie F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., 2010, pp. 192 ss., pp. 197 ss. – a registrare che nell’ordinamento contemporaneo si sia venuto a creare un disallineamento tra il sistema delle fonti e quello delle norme: nel primo ci sono le fonti legali o formali, nel secondo le norme, che sono applicabili nell’ordinamento anche se non provenienti da fonti legali.

²² Del resto – ha osservato il Tar Sicilia - Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504, replicando a quanto affermato dal Tar Lecce nella sentenza n. 1321/2021, cit. – le statuizioni contenute nella sentenza della Corte di Giustizia del 2016 in ordine alla disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con il diritto UE «non costituiscono un “obiter dictum”, ma consistono in affermazioni rese in sede di rinvio pregiudiziale e relative alla corretta interpretazione dei Trattati in relazione al caso deciso, cioè in occasione del puntuale assolvimento dei compiti istituzionali propri di tale organo, con la conseguenza che la relativa pronuncia risulta vincolante». Peraltro – aggiunge il Tar siciliano ricordando Corte cost., ord. 23 giugno 1999, n. 255 – le pronunce della Corte di Giustizia che chiariscono il significato e la portata del diritto dell’Unione Europea «devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, in quanto aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione».

²³ La norma vive di luce riflessa rispetto alla disposizione interpretata, duplicandone le caratteristiche e prendendone il posto in sede di applicazione. Ciò vale sia per la sua forza, la norma recando la medesima vincolatività della disposizione di cui svela il significato; sia per i suoi destinatari, il cui novero è perfettamente corrispondente a quello della disposizione. A riguardo sia consentito il rinvio ad A. DE SIANO, *Decisioni della P.A. e precedente giudiziario*, ESI, Napoli, 2018, pp. 146 ss.

²⁴ In proposito si v. già Corte costituzionale, n. 389/1989, cit., in cui si è sottolineato che dall’art. 164 del TCE, secondo cui «la Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione» del Trattato stesso, si «deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l’ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente “effetti diretti” - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all’interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio non v’è dubbio che *la precisazione o l’integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*». Corsivo di chi scrive.

destinatari appunto, a rendere titolari del dovere di applicare la disciplina sovranazionale con effetti diretti in luogo di quella nazionale.

D'altra parte non pare sussistere alcun motivo – né di diritto positivo, né teorico-generale – per escludere che la P.A., ai fini dell'assunzione delle proprie decisioni, possa evitare di impiegare la normativa nazionale che contrasti con una Direttiva ad effetti diretti.

Avere la possibilità di fare uso di quest'ultima consentirebbe altresì di scongiurare il configurarsi della paradossale situazione per cui l'utilizzazione della disposizione 'corretta' da parte della P.A. sia subordinata all'intervento del giudice; il che, peraltro, finisce per creare una disparità tra le fattispecie oggetto delle pronunce giurisdizionali, da un lato, e quelle che non sono divenute oggetto di un processo, dall'altro, le quali sarebbero ingiustificatamente destinate ad essere regolate dalla disciplina 'sbagliata'.

D'altronde, che il novero dei soggetti su cui grava il dovere di fare applicazione della normativa europea dotata di effetti diretti in luogo di quella nazionale non sia limitato solo all'apparato giurisdizionale, comprendendo anche la P.A., è risalente convinzione della giurisprudenza italiana, a cominciare da quella della Corte costituzionale: «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»²⁵.

Esattamente sulla stessa lunghezza d'onda si pone il Consiglio di Stato, secondo cui «è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla» laddove contrasti con il diritto UE, a meno che non sia possibile interpretarla in maniera conforme a quest'ultimo²⁶.

Insomma, non fare uso della disposizione nazionale e sostituirla con quella europea con effetti diretti pare essere compito di tutti coloro che sono destinatari della fattispecie regolativa astratta, ciò al fine ultimo di garantire un'ordinata convivenza tra ordinamenti attraverso la più ampia applicazione possibile della normativa di volta in volta prevalente.

In favore di una simile conclusione milita anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è occupata di definire il novero dei soggetti legittimati ad invocare gli effetti diretti delle Direttive inattuato allo scopo di vedersi riconosciuti i diritti in queste prescritti²⁷.

Con l'obiettivo di affermare il primato del diritto UE su quello degli Stati membri e assicurarne una estesa e conforme applicazione, la Corte, nei casi in cui alcune disposizioni di una Direttiva appaiano

²⁵ Corte cost., n. 389/1989, cit.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019, cit.

²⁷ In proposito va osservato che le singole azioni giurisdizionali, benché assicurino il godimento dei diritti previsti dal diritto UE, consentono di quest'ultimo un'applicazione del tutto occasionale; per raggiungerne una piena e stabile è dunque indispensabile l'intervento della legislazione nazionale.

incondizionate e sufficientemente precise, ha riconosciuto ai singoli la facoltà di farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la Direttiva sia che vi abbia provveduto in modo inadeguato²⁸. Tale conclusione è giustificata dal fatto che «gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri»: sarebbe «contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari [...] affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni»²⁹.

4. *Segue*: sulle Direttive non recepite e sui relativi effetti diretti

Nel percorso argomentativo del Tar Lecce non può mancare un passaggio sul tema delle Direttive che spiegano effetti diretti nei singoli Stati. In particolare, l'assenza di una 'bollinatura' che consenta di distinguerle *ictu oculi* da quelle che ne sono prive porta il Tribunale a domandarsi quali siano i soggetti legittimati a compiere l'attività ermeneutica rivolta ad accertare la loro portata effettuale.

In coerenza con le conclusioni cui era giunto in precedenza circa la titolarità del dovere di non applicare la disciplina italiana in contrasto con quella europea, il Tar ritiene che «risulta illogico rimettere alla soggettiva e personale valutazione del Dirigente la qualificazione della direttiva come autoesecutiva o meno, in quanto in tal modo si consentirebbe all'amministrazione di violare la norma di legge nazionale [...] sulla base di un soggettivo quanto opinabile personale convincimento». Pertanto, la qualificazione in parola andrebbe riservata solo al giudice.

Al contrario, la P.A. dovrebbe «attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività», salvo «nell'ipotesi in cui la natura self executing della direttiva risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale efficace erga omnes».

²⁸ La legittimazione processuale in favore del singolo cittadino è diretta conseguenza delle ragioni su cui essenzialmente si basa la teorica degli effetti diretti: questi hanno una 'vocazione' sanzionatoria, essendo rivolti a proteggere i beneficiari delle prescrizioni della Direttiva dall'inadempienza in sede di recepimento da parte dello Stato membro. In pratica, da un lato, si vuole evitare che l'inerzia di quest'ultimo ricada sui cittadini che hanno tenuto una condotta, contrastante con il diritto interno, ma conforme alla Direttiva; dall'altro, si intende impedire che lo Stato sfrutti la mancata attuazione in suo favore, ad esempio facendo ricorso alla Direttiva per fondare situazioni svantaggiose per i privati. In proposito E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 146 ss.

²⁹ Così Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, C-103/88, *F.lli Costanzo*.

Le argomentazioni del Tar – verosimilmente animate dal timore che la diversità di interpretazione proveniente dalle tante PP.AA. possa nuocere oltremodo alla tenuta del tessuto ordinamentale – anche in questo caso lasciano parecchi dubbi.

In primo luogo, la facoltà di individuare gli atti normativi cui ricorrere è indissolubilmente legata all'obbligo di rispettarli, essendo dunque intestata a tutti i loro destinatari, i quali (quantunque non giurisperiti) non sono certo esentati dal provare a comprendere quale disciplina applicare e come farlo³⁰. Questo discorso vale a maggior ragione per la P.A., che, al fine di perseguire l'interesse pubblico, è chiamata di volta in volta a scegliere la regolamentazione da impiegare utilizzando i tradizionali criteri risolutivi delle antinomie tra le fonti.

In secondo luogo, il ragionamento del Tar sembra intriso della convinzione per cui la certezza del diritto sarebbe messa in pericolo dalla soggettività interpretativa degli organi amministrativi, mentre non correrebbe rischio alcuno per effetto di quella giurisdizionale.

L'assunto, oltre a non aver alcun fondamento di natura teorica né positiva, è smentito proprio dall'atteggiamento del Tar Lecce, il quale, esprimendosi in contrasto con l'orientamento (ormai da tempo immutato) del Consiglio di Stato, finisce per costringere i Comuni ricadenti nel territorio di competenza del Tribunale ad applicare la legge nazionale contrastante con quella UE, pena l'annullamento dei provvedimenti di rigetto della proroga *ex* L. 145/2018.

Un modo davvero singolare, quello del Tar Lecce, per preservare la certezza del diritto: mentre la gran parte dei comuni costieri, sotto la spinta della giurisprudenza amministrativa e penale, organizzano procedure di selezione per individuare i concessionari delle spiagge, in una parte d'Italia viene di fatto reintrodotta il diritto d'insistenza³¹, così compromettendo la libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi nel mercato europeo, nonché il confronto competitivo tra imprenditori³².

Infine, la condizione che secondo il Tar dovrebbe sussistere affinché la P.A. possa non applicare una disposizione come quella contenuta nella L. 145/2018, ossia che «da natura *self executing* della direttiva risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale efficace *erga omnes*», è irrealizzabile.

Non esistono sentenze con efficacia *erga omnes*, in quanto – come noto – vengono rese tra le parti *ex art.* 2909 c.c.

³⁰ La diversa preparazione culturale dei destinatari non è comunque giuridicamente irrilevante: si pensi alla diligenza richiesta per non incorrere in responsabilità derivante dalla violazione della legge, per un giurista dovendosi applicare l'art. 1176, co. 2, c.c., in luogo del co. 1.

³¹ Il diritto d'insistenza – di cui all'art. 37, co. 2, cod. nav., sia nella sua formulazione originaria, sia in quella risultante dalla novella apportata dall'art. 02, D.L. 400/1993 – si sostanziava nell'attribuzione in sede di rinnovo di una preferenza in favore dei precedenti concessionari rispetto alle nuove istanze.

³² Sui principi UE che verrebbero 'compromessi' dalle proroghe automatiche e generalizzate cfr. Tar Campania - Salerno, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265.

Gli effetti delle decisioni del G.A. esondano dagli argini del processo solo grazie alle eventuali conseguenze conformative dell'annullamento. Conseguenze che tuttavia non si possono verificare nel caso in cui il giudice disapplichì la legge nazionale: la sostituzione con quella UE resta confinata all'interno del giudizio, lasciando in vita l'atto normativo difforme, al quale potrà essere data applicazione in un'altra fattispecie, ancorché identica a quella che ha dato origine alla disapplicazione.

Insomma, tutti gli argomenti rivolti a sottrarre alla P.A. la possibilità di qualificare la natura delle Direttive e di trarne le relative conseguenze sono poco convincenti; anzi, essi sembrano il frutto di un forzato tentativo di accentrare in capo all'apparato giurisdizionale il compito di rilevare l'esistenza di un conflitto tra disposizioni italiane ed europee e, successivamente, di accertare quale delle due vada applicata al caso di specie.

5. *Segue*: sulla natura della Direttiva Bolkestein

Terminata la lunga premessa teorica, il Tar si concentra sulla Direttiva Bolkestein – ritenuta il principale ostacolo da superare ai fini dell'applicazione della proroga di cui alla L. 145/2018 –, che la giurisprudenza italiana, piuttosto unanimemente, considera ad effetti diretti. Opinione, questa, dalla quale il Collegio prende le distanze³³ alla luce di un'argomentazione piuttosto eccentrica.

I requisiti necessari affinché una Direttiva UE possa essere considerata ad effetti diretti sono stati da tempo individuati dalla giurisprudenza europea³⁴, alla quale ha aderito (oramai da oltre un trentennio) quella della Corte costituzionale³⁵: per un verso, la prescrizione deve essere incondizionata (così da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri in sede di attuazione) e sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta e il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con compiutezza); per altro verso, lo Stato membro deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dare attuazione alla Direttiva³⁶.

Questo pacifico orientamento viene di fatto ignorato dal Tribunale, tutt'altri essendo gli argomenti che lo conducono a negare la diretta applicabilità della Direttiva Bolkestein.

Secondo il Tar la disapplicazione della L. 145/2018 non permetterebbe comunque di adempiere agli obblighi europei da parte dello Stato italiano, né risulterebbe idonea a paralizzare la procedura di infrazione.

Ed invero, al fine di ottemperare alla Direttiva e di scongiurare l'avvio del procedimento sanzionatorio occorrerebbe l'approvazione di una legge che, dopo aver prorogato per almeno un triennio le concessioni

³³ Conformemente ad una risalente sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682.

³⁴ Corte giust., 22 giugno 1989, n. 103/88, *F.lli Costanzo*, cit.

³⁵ Cfr. Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 64.

³⁶ Così Corte cost., n. 168/91, cit.

in essere, predisponga regole specifiche per l'affidamento delle nuove concessioni, in modo da assicurare uniformità sull'intero territorio nazionale³⁷. Al tempo stesso sarebbe necessaria l'abrogazione/riforma delle disposizioni nazionali non compatibili con la Direttiva stessa³⁸.

In virtù di tali considerazioni, quest'ultima «non è self-executing e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore»: sicché, riagganciandosi all'*incipit* teorico che inaugura le sentenze in commento, ad avviso del Tar Lecce non impiegare la L. 145/2018 si tradurrebbe in una «disapplicazione in senso assoluto», ossia in una vera e propria violazione di legge.

Il ragionamento svolto dal Tar appare confuso, in quanto sovrappone il profilo della non applicazione della disciplina italiana contrastante con quella UE a quello della procedura di infrazione.

A ben riflettere, la non evitabilità di quest'ultima non pare poter legittimare la perdurante utilizzazione della disciplina nazionale. Anzi, a voler seguire il ragionamento del giudice, dovrebbe concludersi esattamente nel senso opposto: una diffusa disapplicazione della L. 145/2018 ricondurrebbe sostanzialmente a conformità l'ordinamento italiano, benché ciò avverrebbe (non) tramite (una legge, bensì tramite) atti amministrativi.

Peraltro, le argomentazioni proposte dal Tar sono del tutto estranee alla teorica degli effetti diretti. Il che è per nulla privo di rilievo, visto che, proprio in virtù di questa teorica, il Consiglio di Stato ritiene la Direttiva dotata di effetti diretti: è quest'ultima connotazione che permette di imporre alle PP.AA. l'utilizzazione di procedure competitive per l'affidamento delle concessioni demaniali³⁹.

Certo, il fatto che la Direttiva Bolkestein sia stata recepita dal D.Lgs. 59/2010 starebbe a dimostrare che le manca un contenuto normativo compiuto. Ciò nonostante, la sua efficacia diretta non sembra in discussione.

Benché in ragione dei suoi limiti contenutistici non sia in grado di sostituire la legge italiana, pare difficile non attribuirle quantomeno una efficacia 'escludente'⁴⁰: secondo la Corte di Giustizia, l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva «osta a una misura nazionale [...] che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi

³⁷ Uniformità che attualmente mancherebbe anche in ragione della incertezza in merito alla disciplina da applicare, il Tar Lecce ritenendo, ad esempio, che la scelta del nuovo concessionario non possa avvenire sulla scorta della normativa sugli appalti, dovendo preferirsi quella del Codice della navigazione.

³⁸ Il Tar Lecce porta ad esempio gli artt. 42 e 49 del Codice della navigazione, con particolare riferimento a quest'ultimo, che vieta l'indennizzo in favore del concessionario uscente. In proposito G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *op. cit.*, pp. 181 ss.

³⁹ B. LAGEDER, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in D. GRANARA (a cura di), *op. cit.*, pp. 165 ss., p. 177.

⁴⁰ Secondo E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 152, l'effetto di esclusione «consiste non già nell'applicare una direttiva in luogo di una norma interna, ma più semplicemente nell'escludere l'applicazione della norma interna contraria a una direttiva».

procedura di selezione tra i potenziali candidati». Medesima efficacia escludente deve attribuirsi all'art. 49 TFUE, il quale a sua volta «osta a una normativa nazionale [...] 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»⁴¹.

Insomma, giusta la interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, la Direttiva Bolkestein pare costituire un presupposto di non applicabilità della legge italiana che proroga in via automatica e generalizzata le concessioni in essere.

La medesima efficacia escludente non impedirebbe invece di ricorrere alla disciplina del Codice della navigazione, il quale prevede quantomeno lo svolgimento di un procedimento di natura comparativa 'tarato' sull'interesse pubblico⁴².

Al netto della Direttiva Bolkestein, militano in favore della inapplicabilità della legge italiana anche (anzi, soprattutto) alcuni principi di diritto UE, di cui il Tar Lecce sostanzialmente si disinteressa. Si tratta in particolare del diritto di stabilimento⁴³, del principio di non discriminazione e trasparenza, della libera circolazione dei servizi nel mercato europeo⁴⁴, sui quali si basa la via interpretativa battuta dalla gran parte della nostra giurisprudenza, che in questo modo ha provato a combinare la tradizione giuridica italiana riguardante le concessioni demaniali con l'impianto del diritto UE, ciò consentendo di conservare un non insignificante spazio per l'intervento normativo statale⁴⁵.

6. Legittimo affidamento o interesse di categoria?

Malgrado un contesto giuridico da tempo stabilmente rivolto a favorire l'affermarsi del mercato anche nella gestione del demanio marittimo, il legislatore italiano continua a sostenere i vecchi concessionari

⁴¹ Affinché l'efficacia escludente si configuri è necessario verificare se sussista una effettiva scarsità di risorse o un interesse transfrontaliero certo, ciò di cui obiettivamente pare difficile dubitare, come affermato di recente da Tar Sicilia - Catania, n. 504/2021, cit. Del resto, la giurisprudenza amministrativa (Adunanza plenaria, 25 febbraio 2013, n. 5) ha ritenuto essere una risorsa pubblica scarsa addirittura il suolo pubblico, la disponibilità del quale è sicuramente superiore rispetto agli arenili.

⁴² L'art. 37 – rubricato «Concorso di più domande di concessione» – prevede che «Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico».

⁴³ Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1.

⁴⁴ Tar Campania - Salerno, n. 265/2021, cit.; Cons. Stato, sez. IV, n. 7874/2019, cit.

⁴⁵ La ricostruzione euro-nazionale del regime giuridico delle concessioni demaniali tentata dalla giurisprudenza italiana (soprattutto costituzionale) alla luce dei principi del diritto UE e delle competenze in materia di concorrenza (piuttosto che alla luce della Direttiva Bolkestein) viene accuratamente descritta da M.P. CHITI, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e codice dei contratti pubblici. Simmetrie ed asimmetrie*, in D. GRANARA (a cura di), *op. cit.*, pp. 192 ss.

assicurando la continuazione dei rapporti in essere tramite, da un lato, il prolungamento dell'efficacia delle concessioni⁴⁶; dall'altro, il rinvio dell'approvazione di una legge di settore conforme al diritto UE⁴⁷. In favore del mantenimento in vita delle concessioni in essere è sovente invocato il principio del legittimo affidamento, il quale viene presentato come il principale ostacolo alla possibilità che lo sfruttamento delle spiagge divenga oggetto di una competizione tra imprenditori⁴⁸.

A dispetto della sua rilevanza anche in ambito sovranazionale, l'argomento del legittimo affidamento non appare né decisivo né insormontabile⁴⁹, soprattutto quando vi fa ricorso la giurisprudenza, che vi si riferisce di solito in maniera piuttosto generica⁵⁰.

Viceversa, esso assume una qual certa consistenza quando viene correlato agli investimenti che il concessionario uscente avrebbe sostenuto: benché di regola il prolungamento del periodo di vigenza delle concessioni sia avvenuto senza giustificazioni di sorta, non sono mancati casi in cui il legislatore vi abbia provveduto allo scopo di consentire di 'rientrare' dai capitali impiegati nell'attività imprenditoriale condotta sull'area demaniale⁵¹.

Adattare la durata del rapporto concessorio in considerazione degli investimenti ha creato un affidamento nella sua continuazione *sine die*: più l'imprenditore investe – o (più conformemente alla realtà) si propone di investire – maggiore dovrebbe essere il periodo di sfruttamento del demanio. In altre parole, i rinnovi⁵²

⁴⁶ Da ultimo, come misure emergenziale in considerazione del Covid 19, l'art. 182, co. 2, D.L. n. 34/2020, ha previsto che «le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

⁴⁷ Dopo la legge comunitaria per il 2010, l'ultimo rinvio lo si ritrova nella legge di bilancio per il 2019. Nel corso della XVIII legislatura si registrano diversi disegni di legge, nessuno dei quali è giunto all'approvazione.

⁴⁸ Lo ricordano da ultimo F. DI LASCIO, *Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, n. 1, 2018, pp. V ss., pp. VIII s., e M. CONTICELLI, *op. cit.*, p. 1085.

⁴⁹ Del resto non lo è in generale, l'affidamento ricevendo sì un'ampia tutela, «ma non già in termini assoluti e inderogabili», a maggior ragione nei rapporti di concessione, in cui, nei limiti della proporzionalità, la possibilità di un intervento pubblico modificativo delle condizioni originarie è da considerare connaturata al rapporto fin dal suo instaurarsi (cfr. Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56).

⁵⁰ Come accade nelle sentenze Tar Lecce.

⁵¹ La relazione tra l'ammortamento degli investimenti e l'allungamento della durata della concessione si rinviene all'art. 1, co. 253, L. n. 296/2006, che ha inserito l'art. 3, co. 4 *bis*, D.L. n. 400/1993, per il quale «Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni». Oppure all'art. 4, co. 1, L.R. Liguria n. 26/2017, nel quale si è disposto che la proroga «non deve limitare la libera concorrenza oltre il tempo necessario a garantire l'ammortamento degli investimenti materiali e immateriali, nonché un'equa remunerazione dei capitali investiti. In ogni caso la durata [...] non può essere inferiore a venti anni e superiore a trenta anni».

⁵² L'art. 01, co. 2, D.L. n. 400/1993, come sostituito dall'art. 10, co. 1, L. n. 88/2001, ha previsto la durata di sei anni della concessione e il rinnovo automatico alla prima scadenza nonché la possibilità di ottenere il rinnovo ad ogni scadenza ulteriore. La disposizione è stata abrogata dall'art. 11, co. 1, lett. a), L. n. 217/2011.

prima e le proroghe⁵³ poi hanno dato vita ad un affidamento la tutela del quale richiede di continuamente spostare in avanti la scadenza delle concessioni: paradossalmente, dunque, il prolungamento dell'efficacia di queste ultime costituisce al tempo stesso la fonte dell'affidamento e lo strumento per la sua tutela. Il risultato è la sostanziale perpetuità dello sfruttamento del bene pubblico⁵⁴.

Ad avviso di chi scrive questo risultato è dovuto ad una ricostruzione errata del rapporto tra investimenti e durata della concessione, sembrando ben più ragionevole ridefinirlo invertendo i fattori: non dovrebbe essere la quantità degli investimenti a determinare la durata della concessione, bensì quest'ultima ad essere paradigma per proporzionare gli investimenti. Altrimenti l'imprenditore avrà la possibilità di perpetuare la propria qualifica di concessionario, di fatto sottraendo il bene alla disponibilità della P.A.

Che un affidamento nato e alimentato come appena descritto possa essere meritevole di tutela è difficile da sostenere⁵⁵, soprattutto se prendersene cura significa procrastinare di ben quindici anni la scadenza di un provvedimento concessorio (solitamente già oggetto di precedenti proroghe).

È noto che la fiducia nella correttezza altrui, meglio nota come affidamento, trova considerazione giuridica anche al di fuori dei rapporti tra privati⁵⁶, riguardando pure quelli tra questi ultimi e l'apparato pubblico. Senza potersi intrattenere né sul percorso che ha portato l'affidamento ad affermarsi anche nel diritto pubblico⁵⁷ né sulle fattezze che più recentemente ha assunto nella pratica giurisprudenziale⁵⁸, in questa sede pare sufficiente rammentare che la sua meritevolezza giuridica dipende soprattutto da un elemento soggettivo: la fiducia nutrita nei confronti del fatto che l'operato dei pubblici poteri sia legittimo deve essere incolpevole⁵⁹.

Ebbene, la condotta dell'imprenditore che affronta un investimento in considerazione di una proroga disposta *ex lege* nel 2018 appare tutt'altro che improntata alla ordinaria diligenza.

⁵³ La prima proroga è intervenuta con l'art. 1, co. 18, D.L. n. 194/2009, che ha prolungato il termine di efficacia delle concessioni scadenti entro il 31 dicembre 2012 sino a tale data. Tale disposizione è stata modificata dall'art. 34-*duodecies*, co. 1, D.L. n. 179/2012; dall'art. 1, co. 547, L. n. 228/2012; dall'art. 1, co. 291, L. n. 147/2013, e da ultimo dall'art. 1, co. 670, lett. a) e b), L. n. 178/2020: il testo vigente prevede che le concessioni in scadenza entro il 31 dicembre 2018 sono prorogate fino al 31 dicembre 2020. Su queste concessioni è intervenuta la proroga di cui alla L. n. 145/2018.

⁵⁴ L'automatica rinnovabilità sommata al diritto di insistenza rendeva inscalfibile la posizione del concessionario uscente.

⁵⁵ M. CONTICELLI, *op. cit.*, p. 1085, sostiene che «la tesi dell'affidamento sulla stabilità del quadro regolatorio è difficile da sostenere nelle condizioni di sostanziale perpetuità» create dalla legislazione degli ultimi lustri.

⁵⁶ V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988; C. AMATO, voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. civ.*, Agg. 2012, pp. 74 ss.

⁵⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁵⁸ L'elaborazione giurisprudenziale sul legittimo affidamento è intensissima. Basti pensare che nel giro di due mesi si sono registrate tre ordinanze di rimessione alla Plenaria: Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2021, ord. n. 2013; sez. IV, 11 maggio 2021, ord. 3701; II, 6 aprile 2021, ord. 2753.

⁵⁹ Secondo Cons. Stato, sez. II, ord. 2013/2021, cit., «per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorre, da un lato, una condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato, versante in una condizione di totale buona fede, un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita e, dall'altro, che la fiducia riposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata». In dottrina, *ex multis*, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2018, pp. 823 ss., p. 825.

Si obietterà che gli interventi legislativi e i relativi provvedimenti comunali inducono a ritenere efficaci le concessioni che già lo erano al momento dell'entrata in vigore della L. 145/2018. Eppure questa obiezione non sembra sufficiente a radicare in capo al concessionario uscente un affidamento degno di tutela.

Benché il legislatore italiano continui imperterrito a prolungare la durata delle concessioni, ormai non può che essere considerato di conoscenza comune il fatto che la disciplina europea lo impedisca, come del resto sostenuto dalla quasi totalità della giurisprudenza italiana (costituzionale, amministrativa, penale), che, al netto di pochissime eccezioni, ritiene illegittimo sottrarre le concessioni già esistenti alle procedure a evidenza pubblica con l'intento di consentire la prosecuzione dei rapporti già in essere⁶⁰. Manca dunque uno dei presupposti indispensabili per il configurarsi di un affidamento tutelabile, ossia un contesto giuridico tale da far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel mantenimento della posizione precedentemente acquisita⁶¹.

La situazione attuale è ben diversa da quella di coloro che, in costanza dell'efficacia del loro rapporto concessorio, vennero 'investiti' dalla Direttiva Bolkestein. Quando questa è entrata in vigore in Italia era vigente una disciplina che, prevedendo il rinnovo automatico e il diritto d'insistenza, faceva confidare i concessionari dell'epoca nel fatto che il loro titolo fosse sostanzialmente perpetuo. Un affidamento molto consistente⁶², dunque, a tutela del quale venne disposta la proroga di cui al D.L. 194/2009⁶³.

L'incertezza giuridica provocata dall'abolizione del diritto d'insistenza e la necessità di procedere all'assegnazione della concessione con procedura competitiva – con il rischio di perdere gli investimenti effettuati in ragione della convinzione legittimamente maturata che il rapporto concessorio potesse proseguire *sine die* – sono state prese sul serio dalla Corte di Giustizia, la quale nel 2016 ha assunto un atteggiamento tutto sommato tollerante: non sarebbe ingiustificata una proroga per coloro che, ad una valutazione caso per caso, risultino essere in una situazione in cui potevano legittimamente aspettarsi il rinnovo e in ragione di ciò hanno effettuato degli investimenti⁶⁴.

⁶⁰ Corte cost., 29 gennaio 2021, n. 10.

⁶¹ Secondo la Corte cost., n. 56/2015, cit., «la posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento».

⁶² Caratterizzato dalla presenza di entrambi i presupposti individuati da Corte cost., n. 56/2015, cit.

⁶³ Proroga che – adottata «nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni [...] nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza» – aveva una chiarissima finalità compensativa della lesione dell'affidamento ingenerato dall'abrogazione della disposizione sul diritto d'insistenza, così come rilevato da M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE, in *Riv. giur. ed.*, n. 4, 2016, II, pp. 361 ss., p. 365.

⁶⁴ Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche il Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019, cit., ha ammesso la possibilità di una proroga caso per caso qualora la concessione sia stata rilasciata in un momento storico precedente alla entrata in vigore delle regole europee che ne hanno vietato il rinnovo automatico. Ciò diversamente dalle proroghe

Oggi, a fronte dell'ennesima proroga – per un totale (a partire dal 2009) di ben 24 anni, cui vanno sommati i precedenti rinnovi automatici intervenuti a far data dal 1993 –, la tolleranza può dirsi ragionevolmente giunta al termine⁶⁵.

Del resto, il Consiglio di Stato ha ritenuto il titolare della concessione in scadenza portatore di «un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già ad una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o motivazionale dell'amministrazione»⁶⁶.

Sicché, gli investimenti sostenuti fidandosi della legittimità delle proroghe intervenute *ex lege* dopo quella del 2009 non sono tutelabili attraverso un prolungamento della durata della concessione.

Ad essere 'protetti' tramite una proroga potevano essere solo gli investimenti effettuati alla luce di una concessione ottenuta prima del 2006, i quali sarebbero stati vanificati per effetto della imprevedibile svolta legislativa⁶⁷.

Viceversa, alla luce della evoluzione del contesto normativo e giurisprudenziale (europeo e italiano) degli ultimi quindici anni, non meritano la medesima tipologia di protezione gli investimenti sostenuti fidandosi della legittimità delle proroghe legislative intervenute da ultimo, le quali sono state disposte in un ambiente giuridico tutt'altro che incerto. Diversamente opinando, gli investimenti sostenuti in vista o in considerazione di dette proroghe finirebbero, da un lato, per costituire un motivo per legittimarle; dall'altro, per divenire strumento a disposizione del concessionario per eludere la durata originaria della concessione, reintroducendo di fatto il diritto d'insistenza.

successive al 2009, che il Consiglio di Stato ritiene «non possano essere assistite dal principio [...] della buona fede del concessionario, essendosi consumata la possibilità di aderire alla posizione “mitigativa” già a far data dal secondo rinnovo».

⁶⁵ Tar Sicilia - Catania, n. 504/2021, cit., in merito ai concessionari aspiranti alla proroga *ex L.* 145/2018, ha osservato che «la questione dell'eventuale affidamento [...] non può essere seriamente prospettata [quando] il titolo di cui trattasi è stato rinnovato [...] in epoca di molto successiva all'adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta “Bolkstein”), con cui si è dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo restano soggetti agli obblighi di trasparenza. Ne consegue che [...] il concessionario ha ben potuto effettuare le sue valutazioni e intraprendere le opportune iniziative e cautele nella prospettiva dell'esperimento di una procedura selettiva per il successivo affidamento della concessione».

⁶⁶ Cons. Stato, n. 7874/2019, cit. In precedenza Tar Campania - Napoli, sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3761, il quale precisa che il concessionario uscente non vanta alcun affidamento nel rinnovo o nella proroga del titolo.

⁶⁷ Investimenti che comunque avrebbero dovuto essere proporzionati rispetto alla durata originaria oppure a quella legittimamente prolungata.

Tali investimenti appaiono più che altro motivo per proporre un'azione risarcitoria⁶⁸ in danno dello Stato ed eventualmente anche della P.A. che ha rilasciato il provvedimento di proroga, o quantomeno per giustificare la previsione di un indennizzo a titolo compensativo⁶⁹.

D'altra parte, il rapporto tra investimenti e durata della concessione neppure è disciplinato: nessuna delle disposizioni statali susseguitesesi nel corso degli anni, compresa quella del 2018, subordina il prolungamento dell'efficacia della concessione alla sussistenza di investimenti⁷⁰.

A maggior ragione, dunque, le proroghe automatiche e generalizzate appaiono null'altro che una misura rivolta a favorire un manipolo di imprenditori⁷¹, così pregiudicando gli interessi di un numero quantomeno pari di aspiranti concessionari⁷².

⁶⁸ Azione risarcitoria la cui fondatezza sarebbe comunque tutta da verificare. È difficile non ritenere rimproverabile il comportamento dello Stato; al tempo stesso – lo si è già sottolineato – non è esente da colpe la condotta del concessionario, il che – soprattutto alla luce dell'orientamento che sembra vada affermandosi nella giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, ord. 3701/2021, cit.) – porterebbe ad escludere anche la tutela risarcitoria.

⁶⁹ M. CONTICELLI, *op. cit.*, p. 1085, per risolvere la questione della remunerazione degli investimenti ipotizza la previsione di forme di indennizzo a titolo compensativo. Indennizzo che – come proposto da F. DI LASCIO, *op. cit.*, p. IX – potrebbe essere posto a carico dei *newcomers* in sede di aggiudicazione della gara, con un meccanismo di rimborso nei confronti del concessionario uscente. L'indennizzo in favore del concessionario uscente è stato previsto in alcune leggi regionali: L.R. Toscana n. 31/2016 e L.R. Friuli Venezia Giulia n. 10/2017, dichiarate incostituzionali con le sentenze 7 luglio 2017, n. 157 e 30 maggio 2018, n. 109 per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. La Corte, nel rilevare che il pagamento dell'indennizzo previsto dalle norme censurate si lega sia alle aspettative patrimoniali del concessionario uscente all'esito della definizione del rapporto concessorio, sia agli obblighi che dovrà assumere il nuovo concessionario in conseguenza dell'avvenuto subentro, ha affermato che «un siffatto obbligo [...] influisce sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento. La previsione dell'indennizzo [...] incide infatti sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento» (Corte cost., n. 157/2017, cit.).

⁷⁰ L'estensione dell'efficacia delle concessioni in ragione dell'affidamento e limitatamente alla durata necessaria ad ammortare gli investimenti la si ritrova nella legislazione regionale. Ad esempio, la L.R. Liguria, n. 26/2017, all'art. 1, co. 1, prevede che «è tutelato il principio del legittimo affidamento delle imprese balneari titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico ricreativo, in essere ovvero rilasciate anteriormente al 31 dicembre 2009, con la conservazione del diritto alla continuità aziendale». Come visto *supra*, la durata del prolungamento è commisurata agli investimenti (art. 4, co. 1). La Corte cost., n. 1/2019, cit., ha dichiarato illegittime queste disposizioni ritenendo che la tutela dell'affidamento degli operatori balneari riguarda una «sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni, per la ragione, appunto, che la tutela di tale affidamento incide sui criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo, i quali devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.».

⁷¹ Lo stesso non può dirsi per la proroga riguardante le concessioni affidate con procedura competitiva, per le quali in via eccezionale potrebbe essere giustificata una unica deroga al principio della gara alla luce di valutazioni condotte caso per caso.

⁷² Questo aspetto è preso in considerazione dal Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019 cit., secondo cui la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo presupposto nella circostanza che con la concessione demaniale si fornisce una occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione.

Nel sostenere ciò non si intende *iper* valorizzare, e dunque difendere a tutti i costi, il principio di concorrenza, di cui il tema in parola è chiaramente pregno⁷³.

È che nella situazione normativa in cui ci si trova da qualche anno si fa fatica ad intravedere qualsivoglia utilità nel prolungare la durata delle concessioni. A ben vedere, gli interventi normativi strumentali al mantenimento dello *status quo* pregiudicano gli aspiranti concorrenti e dunque il principio di libera iniziativa economica⁷⁴; non apportano beneficio alcuno al demanio; i concessionari uscenti neppure ne traggono pieno vantaggio, la loro posizione in fin dei conti risultando sempre claudicante. Senza dimenticare il fatto che una procedura selettiva potrebbe consentire un miglioramento della fruizione degli arenili.

In altre parole, sembra proprio che le proroghe che in Italia si susseguono da anni siano buone essenzialmente per proteggere un interesse di categoria.

7. Il deferimento d'ufficio all'Adunanza plenaria

Nel mentre il presente contributo andava concludendosi, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto del 24 maggio 2021, ha sottoposto (*ex art. 99, co. 2, c.p.a.*) all'Adunanza plenaria tre quesiti che traggono spunto dagli appelli pendenti rispettivamente presso la sez. V per la riforma della sentenza n. 73/2021 del Tar Lecce; e davanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la riforma della sentenza del Tar Catania n. 504/2021.

Il Presidente ha interrogato l'Adunanza plenaria ritenendo che la proroga legislativa delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative costituisca «una questione di massima di particolare importanza», da un lato, per il notevole impatto sistemico, concernendo il rapporto tra diritto nazionale ed europeo con specifico riguardo alla disapplicazione da parte del G.A. delle disposizioni interne contrastanti con quelle UE; dall'altro, per la rilevanza economico-sociale, che rende opportuna una pronuncia della Plenaria finalizzata ad assicurare certezza e uniformità di applicazione da parte tanto delle P.A., quanto del G.A.

⁷³ La rilevanza della concorrenza la si desume non solo dalla disciplina UE, ma anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, occupandosi della legislazione regionale sulla materia, ha riservato gran parte della titolarità del potere legislativo allo Stato proprio in ragione della tutela del principio in parola: tra le altre, Corte cost., 7 giugno 2018, n. 118; n. 157/2017, cit.; n. 1/2019, cit.; 23 luglio 2020, n. 161, nella quale, temperando la perentorietà registratasi in precedenti pronunce, si è affermato che il limite della competenza legislativa esclusiva «non è destinato ad operare con assoluta certezza: il riferimento alla tutela della concorrenza non può ritenersi così pervasivo da impedire alle Regioni, in materia, ogni spazio di intervento espressivo di una correlata competenza; tale ultima, infatti, è destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di concorrenza soltanto quando “l'oggetto della regolazione finisca per influire sulle modalità di scelta del contraente, ove si incida sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali”».

⁷⁴ Secondo l'Adunanza plenaria, n. 5/2013, cit., la concessione di spazi pubblici tramite gara si pone quale strumento per la piena attuazione del principio costituzionale di libera iniziativa economica, poiché consente a nuovi operatori l'ingresso in un mercato che resterebbe altrimenti riservato a quanti ne hanno conseguito l'uso in passato.

Leggendo il decreto presidenziale si ricava l'impressione che il vero obiettivo del coinvolgimento della Plenaria non sia quello di eliminare i contrasti giurisprudenziali e dunque la possibilità che sentenze eccentriche come quelle del Tar Lecce di tanto in tanto facciano capolino: in fondo, in materia si è ormai raggiunta una sostanziale conformità di vedute; peraltro, le pronunce della Plenaria vengono comunemente ritenute non vincolanti per i Tar⁷⁵.

Ed invero, i quesiti riguardano essenzialmente la P.A., che il Tar Lecce ritiene esclusa dalla possibilità di disapplicare la legge italiana contrastante con quella UE.

Sicché, il Presidente ha domandato all'Adunanza Plenaria «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 italiana confliggente col diritto dell'unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compreso gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essa equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva».

Benché anticipare l'esito di una sentenza costituisca sempre un azzardo, stando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e di quella Costituzionale la risposta al quesito appare scontata: del resto, proprio sulla scorta dei loro pronunciamenti, il Consiglio di Stato ha ritenuto doveroso da parte della P.A. la non applicazione della disciplina nazionale in contrasto con quella euronitaria⁷⁶.

Più incerto appare il destino del secondo quesito, che sembra rappresentare il punto nodale del deferimento: se alla P.A. dovesse ascriversi il dovere di disapplicare, nell'adempierci incomberebbe su di essa il dovere di annullare d'ufficio o di riesaminare il provvedimento contrario al diritto UE? E laddove vi fosse un giudicato che abbia ritenuto legittima la proroga, ciò costituirebbe un ostacolo al suo annullamento?

Il quesito riapre il dibattito sulla sorte dell'atto amministrativo contrastante con la disciplina europea, tema sul quale si è scritto moltissimo⁷⁷ e su cui la giurisprudenza amministrativa aveva ormai assunto una

⁷⁵ E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1, 2015, pp. 17 ss., p. 20.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. IV, n. 7874/2019, cit.

⁷⁷ Sul rimedio da applicare all'illegittimità dell'atto amministrativo al fine di riportare coerenza tra il sistema nazionale e quello sovranazionale, tra i tanti e autorevoli contributi esistenti, si v. il libro di M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*, e per quel che attiene al dovere della P.A. di annullare l'atto difforme dalla disciplina europea pp. 163 ss. Il dibattito (evoluto segnatamente per effetto della elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia) sulla doverosità dell'intervento (tramite annullamento o riesame) dell'autorità nazionale sull'atto amministrativo contrastante con il diritto UE più recentemente si trova riassunto in C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, ESI, Napoli, 2018, pp. 109 ss.

posizione stabile, secondo cui la violazione del diritto UE è da equiparare a quella del diritto interno, implicando il configurarsi di un vizio di legittimità, con conseguente onere di impugnazione del provvedimento lesivo⁷⁸.

Una posizione che a questo punto appare suscettibile di essere rivista: considerando anche la recente reazione della Commissione europea alla proroga di cui alla L. 145/2018⁷⁹, non sembra inverosimile attendersi una pronuncia con cui si tenti di generare un effetto domino sulle concessioni prorogate, anche se il relativo il percorso argomentativo appare disseminato di ostacoli.

Tuttavia, anche se la Plenaria dovesse riuscire a rompere il fronte che impedisce il pieno affermarsi del mercato nel settore delle concessioni demaniali marittime, non è difficile prevedere che questa storia tutta italiana⁸⁰ non sarà comunque giunta al suo epilogo: è ben probabile che si apra un nuovo fronte giudiziario, alimentato questa volta dalle richieste risarcitorie di coloro che hanno investito in virtù delle proroghe rivelatesi illegittime.

Più marginale, in quanto privo di valore sistemico, appare il terzo quesito, riguardante l'ambito di applicazione della moratoria introdotta dall'art. 182, co. 2, D.L. n. 34/2020⁸¹, qualora essa non risulti inapplicabile per contrasto con il diritto UE. Inapplicabilità che potrebbe essere scongiurata qualora la si consideri una misura di sostegno del tutto eccezionale adottata in costanza della dichiarazione di emergenza nazionale da Covid 19⁸².

8. Qualche osservazione conclusiva sul protagonismo del G.A.

Gli ultimi episodi riguardanti le concessioni demaniali marittime mettono oltremodo in evidenza il ruolo da assoluto protagonista che il G.A. riveste nell'ordinamento italiano attuale.

Nel decreto presidenziale di deferimento all'Adunanza Plenaria si percepisce con nitidezza tutta l'influenza ordinamentale del Consiglio di Stato, che, attraverso la pronuncia attesa, si propone di

⁷⁸ Ancora Cons. Stato, sez. IV, n. 7874/2019, cit.

⁷⁹ La Commissione europea ha deciso di avviare una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia tramite l'invio di una lettera di costituzione in mora il 3 dicembre 2020, ritenendo l'estensione quindicennale delle concessioni marittimo-demaniali in contrasto con la Direttiva Bolkestein. Posizione, quest'ultima, ribadita il 3 febbraio 2021 da Thierry Breton, il quale, rispondendo a nome della Commissione europea ad una interrogazione di alcuni parlamentari italiani, ha affermato che «Le norme italiane attuali compromettono la certezza del diritto per i servizi turistici balneari e scoraggiano gli investimenti, la modernizzazione e la concorrenza in un settore fondamentale per l'economia italiana e già colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane».

⁸⁰ La situazione in altri Stati membri si presenta diversa, come osservato da F. DI LASCIO, *op. cit.*, p. IX, e da G.F. FERRARI, *Il demanio marittimo nel diritto comparato: alcune esperienze europee*, in D. GRANARA (a cura di), *op. cit.*, pp. 147 ss.

⁸¹ In particolare, il Presidente del Consiglio di Stato domanda alla Plenaria di chiarire se per «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» debbano intendersi «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».

⁸² Sulla proroga quale misura di sostegno l'*incipit* dell'art. 182, co. 2, appare inequivoco: «per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19».

infondere sicurezza giuridica non nella maniera consueta, ossia riconducendo ad unità i diversi orientamenti giurisprudenziali. In questo caso pare che l'obiettivo finale sia più ambizioso: è quello di imprimere una svolta nella vicenda amministrativa riguardante la concessione delle spiagge, orientando l'attività della P.A.⁸³, di fatto prendendo il posto del legislatore, il cui comportamento lascia (questa volta più che mai) senza parole.

La funzione supplente cui il G.A. è sovente costretto è la certificazione dello stato in cui versano i restanti poteri, quello legislativo e quello amministrativo. Stato di cui sono ben consapevoli i cittadini, i quali – soprattutto in una vicenda giuridica siffatta –, non potendo fidarsi della regolazione formalmente tale né dell'operato della P.A., rimettono la tutela della propria situazione esclusivamente nelle mani del G.A.

Un ruolo da protagonista assoluto – si diceva prima –, che proprio per ciò andrebbe interpretato senza protagonismi di sorta.

Ci si riferisce a quel protagonismo che si risolve nell'eccesso di soggettivismo interpretativo, nella deriva della interpretazione creativa⁸⁴, di cui le sentenze del Tar Lecce si propongono come perfetto esempio.

In esse si percepisce l'intenzione di andare oltre la decisione della controversia; controversia che appare più che altro l'occasione per esprimere a tutti i costi la propria posizione distinguendola da quella che va per la maggiore.

Non si spiega diversamente il fatto che il Tar non si sia limitato a ribadire l'orientamento espresso appena un anno prima. Quest'ultimo – si legge nelle decisioni – «in ragione del suo percorso motivazionale e della novità delle questioni trattate, ha determinato inevitabili commenti e riflessioni in un senso e nell'altro». Proprio queste riflessioni hanno indotto il Collegio, «nel confermare l'orientamento già espresso e le relative conclusioni, ad evidenziare alcuni ulteriori rilievi motivazionali relativi a questioni e presupposti che nella precedente [...] decisione erano dati per scontati o comunque non esaurientemente esplicitati».

E così, con il dichiarato intento di mondare le precedenti pronunce dagli aspetti che hanno subito critiche – sarebbe interessante sapere da chi e in quale sede⁸⁵ – e senza che tutto ciò sia apparso veramente necessario per risolvere il caso controverso, le sentenze in parola sono state organizzate a mo' di saggio,

⁸³ La capacità del pronunciamento della Plenaria, data la sua natura (non di fonte produttrice di norme, bensì) di norma giuridica, di imporsi anche alle decisioni della P.A. aventi ad oggetto fattispecie analoghe a quelle che hanno generato il pronunciamento stesso è quanto si è provato a dimostrare in A. DE SIANO, *Decisioni della P.A.*, cit., pp. 152 ss.

⁸⁴ Sulla contraddizione in termini che esprimono espressioni come «interpretazione creativa», «creazione giudiziaria del diritto», «ruolo creativo della giurisdizione» si v. le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2016, pp. 13 ss., pp. 24 ss.

⁸⁵ Quel che dovrebbe portare il giudice a modificare la motivazione delle nuove pronunce rispetto a quelle rese in precedenza è esclusivamente la riforma di queste ultime da parte del Consiglio di Stato, che nel caso di specie, a quanto è dato sapere, non c'è stata.

corredate da tanto di premessa, in cui vengono elencate le questioni che avrebbero meritato di essere chiarite, e conclusione.

Sotto il profilo contenutistico, esse si caratterizzano per il ricorso ad argomenti eccentrici, di fatto elusivi del confronto con la giurisprudenza che è giunta a conclusioni opposte. Argomenti che peraltro non è dato sapere se sono stati introdotti dalle parti, la cui attività difensiva neppure riesce ad intuirsi. Piuttosto sembra che il Tar intraprenda un percorso giuridico solipsistico, rivolto a sostenere una posizione che peraltro appare preconcepita.

Insomma, nelle decisioni del Tar pugliese è difficile non intravedere un eccesso nell'uso della discrezionalità giurisdizionale⁸⁶. Una discrezionalità che, per effetto delle trasformazioni ordinamentali, va progressivamente crescendo⁸⁷. Affinché perduri ad essere compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione del giudice rispetto alla legge, è indispensabile che l'argomentazione giudiziaria e, in particolare, quella interpretativa vengano praticate con estrema temperanza, della quale non proprio di rado bisogna purtroppo registrare l'assenza.

⁸⁶ La cui ampiezza è stata estremamente preziosa per l'evoluzione del diritto amministrativo impressa dal Consiglio di Stato. In tema *ex multis* M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3 ss.

⁸⁷ L'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice è riconducibile a molteplici fenomeni, tra cui – come osservato da L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 13 – l'inflazione delle leggi, il dissesto del linguaggio legale, la struttura ordinamentale multilivello.