



Maria Teresa Stile*

L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime tra diritto dell'Unione e normativa nazionale *de iure condendo***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime prima e dopo la direttiva *Bolkestein*. – 3. Le teorie in merito alla natura e all'ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE. – 4. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 9 novembre 2021. – 5. Intervento nomofilattico e prospettive *de iure condendo*. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative è stata oggetto, nel corso di più di un decennio, di una lenta, graduale e complessa transizione dai principi previsti dalle risalenti norme del codice della navigazione, di cui al regio decreto n. 327 del 30 marzo 1942, ai principi di derivazione europea della concorrenza e della libera circolazione.

Il diritto di insistenza¹, anche se formalmente abrogato in ambito nazionale, con il decreto-legge n. 194 del 30 dicembre 2009, convertito con legge n. 25 del 26 febbraio 2010, a seguito della lettera di costituzione in mora della Commissione europea, rappresenta un privilegio stratificatosi nell'ordinamento giuridico, la cui eradicazione si è mostrata particolarmente complessa.

Infatti, pur a fronte dell'assunzione da parte dello Stato italiano di un impegno chiaro con la Commissione europea, gli interventi legislativi, che si sono susseguiti nel tempo, da un lato hanno cercato surrettiziamente di reintrodurlo, dall'altro, non potendo disporre diversamente, hanno cercato di procrastinare, il più possibile, il riordino della materia in conformità ai principi di

* Professore associato in Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Pegaso.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Sulla natura del diritto di insistenza, v. G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, in *Foro it.*, 3-1941, 883; E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 7/8-2005, 2388.

derivazione europea ed attraverso una serie reiterata di proroghe delle concessioni demaniali marittime in essere, hanno lasciato, di fatto, il privilegio ancora in vigore.

Tale perdurante situazione di riottosità del legislatore all'adozione della non più procrastinabile regolamentazione della materia, esponendo lo Stato italiano a sconvolgenti ed ulteriori rilievi da parte della Commissione europea, ha indotto il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, non solo alla disapplicazione, in funzione nomofilattica, della normativa prevedente le proroghe delle concessioni demaniali marittime in essere, ma anche all'adozione di una soluzione, che, «ancorché necessitata», presenta profili problematici nei rapporti tra poteri dello Stato.

Il metodo assunto nel lavoro, si presenta quale metodo essenzialmente analitico di natura logico-interpretativa, che, partendo dall'evoluzione normativa, analizza la soluzione adottata dal Consiglio di Stato con la prevista scrittura di una regola necessaria come raccordo tra la precedente normativa da superare e la futura legislazione da scrivere.

2. La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime prima e dopo la direttiva Bolkestein

I beni facenti parte del demanio pubblico marittimo sono disciplinati dal codice della navigazione, che, all'articolo 36, avente ad oggetto la «concessione dei beni demaniali», prevede che l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo.

Il codice prevedeva, inoltre, all'articolo 37, 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».

Il secondo comma dell'art. 37, prevedeva altresì il così detto 'diritto di insistenza' secondo cui è data preferenza «alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze» prevedendo altresì che: «qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata»².

In materia interveniva poi la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006³, meglio nota come direttiva *Bolkestein*⁴ «relativa ai servizi nel mercato interno», la quale, all'art. 12, comma 1, prevede che: «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per

² Comma sostituito dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 400/93, convertito, con modificazioni dalla l. n. 494/1993.

³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in G.U. UE L 376 del 27-12-2006, 36 ss., recepita dall'art. 16, c. 4, del d.lgs. 26-03-2010, n. 59, rubricato *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, in G.U., n. 94 del 23-04-2010. In dottrina, cfr. C. POZZI - P. BELLANDI, *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni* de iure condendo, in DCSI, 2/2020, 371 ss.

⁴ Dal nome del proponente, ex Commissario europeo per la Concorrenza e il Mercato Interno dell'Unione europea, Frits Bolkestein.

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».

Il medesimo art. 12, al comma 2, escludeva *clare loqui* la possibilità di rinnovi automatici delle concessioni precisando che «nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami».

A seguito dell'adozione della detta direttiva, la Commissione europea, con una lettera di costituzione in mora notificata il 2 febbraio 2009, aveva ritenuto che il dettato dell'art. 37 del Codice della navigazione italiano fosse in contrasto con l'art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE)⁵, in materia di diritto di stabilimento, poiché, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, configurava una restrizione alla libertà di stabilimento e comportava discriminazioni in base al luogo di stabilimento dell'operatore economico, rendendo difficile l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza.

Con la nota del 7 aprile 2008 le autorità italiane si erano impegnate a modificare le disposizioni contestate dalla Commissione con l'obiettivo di rendere la legislazione conforme al diritto dell'Unione europea in materia.

Con successiva lettera del 4 agosto 2009 i Servizi della Commissione, pur prendendo atto dell'impegno annunciato dalle autorità italiane richiedevano espressamente un calendario relativo all'adozione delle misure previste.

A seguito dell'incontro del 27 novembre 2009 con i Servizi della Commissione, le autorità italiane, con lettera del 3 dicembre 2009, notificavano il progetto di decreto che modificava le contestate disposizioni del Codice della navigazione e che teneva effettivamente conto delle osservazioni formulate dalla Commissione nelle summenzionate lettere di messa in mora.

Il legislatore italiano, come concordato con i Servizi della Commissione, adottava il d.l. n. 194/2009, recante la «proroga di termini tributari, nonché in materia economico-finanziaria» che disponeva la soppressione del secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 cod. nav., nella parte in cui accordava una preferenza al concessionario in scadenza.

Tuttavia, la l. n. 25/2010⁶ di conversione con modificazioni, aggiungeva un rinvio indiretto all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 400 del 5 ottobre 1993, che produceva l'effetto di consentire il rinnovo automatico delle concessioni, di sei anni in sei anni.

⁵ Ai sensi dell'art. 49 TFUE: «...le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. / La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

⁶ In G.U.R.I. n. 48 del 27-02-2010.

Infatti l'art. 1, comma 18 della l. n. 25/2010 prevedeva che «ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ... nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 4-bis, del d.l. n. 400/1993, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 494 del 4 dicembre 1993. All'articolo 37, comma 2, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso».

L'art. 3, comma 4 *bis*, del d.l. 400/1993 recante le «Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime» prevede espressamente che: «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».

L'art. 1, comma 2, del medesimo d.l. prevede che: «Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni; possono comunque avere durata differente su richiesta motivata degli interessati alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione».

Orbene dalla lettura combinata delle soprarichiamate norme era evidente che i rinvii successivi privavano di ogni effetto utile il testo del decreto-legge che, prima della conversione, correttamente mirava alla 'messa in conformità' della legislazione italiana contestata con il diritto dell'Unione europea eliminando la preferenza in favore del concessionario uscente, ovvero il così detto 'diritto di insistenza' dall'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni.

Pertanto, la Commissione europea, con una lettera del 5 maggio 2010, di messa in mora complementare nell'ambito della medesima procedura di infrazione 2008/4908, rilevava che: «il testo dell'art. 1, comma 18, della legge di conversione nella redazione attuale prevede chiaramente il rinnovo automatico di 6 anni in 6 anni per le concessioni che arrivano a scadenza. Questo rimette in discussione l'intero approccio tenuto dal decreto-legge del 30 dicembre 2009».

Nello specifico, la Commissione europea riteneva che la norma modificata in sede di conversione, privasse, nella sostanza, di ogni effetto l'adeguamento ai principi UE effettuato con il decreto-legge e fosse contraria, sia all'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, sia all'articolo 49 TFUE, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento.

Orbene, a seguito della ulteriore lettera di messa in mora complementare, il legislatore italiano adottava il d.lgs. 5 maggio 2012 di «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno» e, con la successiva legge n. 217 del 15 dicembre 2011, contenente le «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010», all'art. 11 comma 1, lettera a), abrogava il già citato comma 2 dell'articolo 1 del d.l. n. 400/1993 delegando, ai sensi del comma 2, del medesimo art. 11, il Governo ad adottare, entro quindici mesi, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e

il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime⁷ secondo principi e criteri direttivi espressamente previsti, riferiti, tra gli altri, ai principi di concorrenza⁸, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti.

Orbene, a seguito di questi interventi legislativi, la procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea è stata archiviata il 27 febbraio 2012, ma la delega prevista dalla citata l. n. 217/2011 è scaduta senza adempimento laddove la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime non è stata ancora adottata.

Successivamente il decreto-legge n. 179 del 18 ottobre 2012⁹, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 17 dicembre 2012, all'art. 34 *duodecies*, ha previsto che il termine di durata delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fosse prorogato al 31 dicembre 2020.

Inoltre, l'articolo 1, comma 484 della legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (c.d. legge di stabilità 2016), modificato dall'articolo 24, comma 3 *octies*, del decreto-legge n. 113 del 24 giugno 2016, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 160 del 7 agosto 2016, sospendeva le procedure di decadenza della concessione (relative a beni pertinenziali), avviate dagli enti locali per omesso o insufficiente pagamento delle somme richieste, «fino al complessivo riordino della disciplina dei canoni demaniali marittimi».

Infine, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, interveniva la legge n. 145 del 30 dicembre 2018, avente ad oggetto il «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e Bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021» secondo cui, all'art. 1, comma 682: «Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 494/1993, 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».

⁷ Nello specifico il comma 2 dell'art. 11 della l. n. 217/11, in G.U., n. 1 del 2/01/2012 prevedeva che: «2. Il Governo è delegato ad adottare, entro quindici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, per la semplificazione normativa, per le politiche europee e per il turismo, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) stabilire limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, entro i quali le regioni fissano la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico nonché proporzionato all'entità degli investimenti; b) prevedere criteri e modalità di affidamento 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; c) individuare modalità per la riscossione e per la suddivisione dei proventi derivanti dai canoni tra comuni, province e regioni; d) fermo restando, in assoluto, il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione, disciplinare le ipotesi di costituzione del titolo di uso o di utilizzo delle aree del demanio marittimo; e) individuare i casi in cui le concessioni nuove, decadute o revocate sono assegnate nell'ambito dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni; f) prevedere criteri per l'equo indennizzo del concessionario nei casi di revoca della concessione demaniale, nei casi previsti dall'articolo 42 del codice della navigazione; g) stabilire criteri per l'eventuale dichiarazione di decadenza delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende».

⁸ A. LUCARELLI - L. LONGHI *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2018, Milano, 1256 ss.

⁹ In G.U., n. 294 del 18/12/2012, Supplemento Ordinario n. 208.

Va altresì rilevato che la prima procedura di infrazione, poi archiviata, è stata seguita da una recente lettera amministrativa¹⁰ della Commissione europea e da un'ulteriore lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020 della stessa Commissione, che ha aperto formalmente la seconda procedura di infrazione contro l'Italia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, per il mancato adeguamento della normativa sulle concessioni balneari ai principi UE.

Non va, infine, tralasciato che, a seguito dell'intervenuta emergenza epidemiologica da Covid-19¹¹, il decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020, così detto «*Decreto Rilancio*», e relativa legge di conversione n. 77 del 17 luglio 2020, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», all'articolo 182, comma 2¹², introduceva un'altra moratoria.

Tracciato il quadro normativo di riferimento va osservato come la mancata attuazione, a distanza di 12 anni dall'entrata in vigore della direttiva, della revisione e del riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime, pure programmati dalla l. n. 217/11, impone una riflessione non solo sulla posizione di quella parte della dottrina che esclude dall'ambito applicativo della *Bolkestein* le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, ma anche sui 'rimedi' giurisprudenziali adottati dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria per attualizzare il diritto nazionale nell'ottica di una 'messa in conformità' della legislazione italiana con il diritto dell'Unione europea¹³.

3. Le teorie in merito alla natura e all'ambito applicativo della direttiva 2006/123/CE

In merito alla direttiva 2006/123/CE, la dottrina ha avanzato diversi dubbi non solo sull'effettivo ambito applicativo della stessa, giungendo, con soluzioni radicali, a negare la possibilità di far rientrare le concessioni demaniali marittime – ed in particolare quelle con finalità turistico-ricreative – nel campo di applicazione della direttiva, ma anche sulla possibilità di ritenere la direttiva direttamente applicabile.

¹⁰ ARES(2018)7404850 della Commissione europea, in www.europa.eu.int.

¹¹ In merito alle soluzioni normative necessitate dall'emergenza epidemiologica, si rinvia efficacemente a A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, passim*; S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020; E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020.

¹² La norma prevede: «In riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da Covid-19, nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della l. n. 145/2018, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 34 del d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 8 del 28 febbraio 2020, e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati. Le disposizioni del presente comma non si applicano in riferimento ai beni che non hanno formato oggetto di titolo concessorio, né quando la riacquisizione dell'area e delle relative pertinenze è conseguenza dell'annullamento o della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto del concessionario».

¹³ In argomento, v. C. BENETAZZO, *Primazia del diritto Ue e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi.it*, 19/2018.

In primo luogo, sull'impossibilità di applicazione della direttiva alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, la dottrina ha evidenziato che detta impossibilità si fonda sulle notevoli differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri, nello specifico quelli più direttamente interessati, Francia, Italia, Spagna, Grecia, Portogallo e Croazia. Tali rilevanti differenze legislative avrebbero richiesto, secondo detto orientamento, una preventiva armonizzazione delle normative nazionali, fondata sulla direttiva, la cui base giuridica andava identificata *ex art.* 115 dell'attuale TFUE, che richiede, specificamente, l'unanimità per l'adozione degli atti normativi volti all'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Lo scopo della direttiva, secondo questa parte della dottrina, era, essenzialmente, quello di rendere possibile alle competenti istituzioni europee, da un lato, il conseguimento degli obiettivi fondamentali di liberalizzazione per la realizzazione del mercato interno, come indicato nelle specifiche norme del trattato, dall'altro, l'armonizzazione, il coordinamento ed il ravvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri, nell'intento di migliorare e rendere più efficace il funzionamento dello stesso mercato interno.

L'applicazione uniforme delle disposizioni della direttiva *Bolkestein* avrebbe dovuto comportare, quindi, una vera e propria armonizzazione delle norme legislative ed amministrative nazionali applicabili nel settore delle concessioni demaniali marittime per evitare che liberalizzazioni imposte dalla direttiva, finissero per esercitare un impatto disomogeneo nei vari Stati UE, evitando che in alcuni di essi venissero applicate e praticate liberalizzazioni del settore non equilibrate rispetto a quelle praticate in altri Stati membri.

Trattandosi di armonizzare disposizioni normative amministrative e regolamentari di utilizzo di aree pubbliche degli Stati membri, le istituzioni europee avrebbero dovuto adottare apposite prescrizioni, ovvero una 'normativa transitoria', che gli Stati membri avrebbero dovuto osservare prima di procedere all'applicazione dei precetti contenuti nella direttiva. Partendo da questa premessa, la dottrina sottolinea come per l'adozione della direttiva fosse necessario fare ricorso ad una direttiva di armonizzazione e coordinamento che doveva essere adottata dal Consiglio all'unanimità ai sensi dell'art. 115 TFUE¹⁴.

Inoltre, la dottrina¹⁵ rileva che la direttiva si porrebbe in aperto contrasto con l'art. 195 TFUE, laddove in materia di turismo, l'Unione deve limitarsi ad una politica di accompagnamento, con esclusione di qualsivoglia procedura di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 115 TFUE, "fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno".

¹⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie, impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 121 ss.

Pertanto, parte della dottrina¹⁶, fondandosi sulla finalità di armonizzazione delle procedure nazionali nel settore delle concessioni demaniali marittime a scopo ricreativo, nonché sul rilievo della mancata approvazione della direttiva all'unanimità *ex art.* 115 TFUE, ritiene esclusa, in radice, l'applicabilità della direttiva *Bolkestein* alle concessioni balneari¹⁷.

Ancora, vi è chi sostiene¹⁸ che nella nozione di autorizzazione di servizi, ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, non potrebbe rientrare la concessione del demanio marittimo, poiché, la stessa, costituisce un atto che permette soltanto l'occupazione dell'area pubblica per uso turistico-ricreativo, non autorizzando, per contro, l'attività di erogazione dei servizi forniti dall'impresa turistico-balneare, titolare della concessione. Infatti, gli oggetti dei due provvedimenti amministrativi, ovvero la concessione demaniale e l'autorizzazione all'erogazione dei relativi servizi, sono sostanzialmente differenti, giacché la concessione demaniale si configura quale atto con effetti costitutivi – traslativi, che attribuisce il diritto di utilizzo dell'area pubblica, mentre l'autorizzazione consente l'esercizio dell'attività dei servizi turistico-balneari.

Secondo questa teoria, tale attività deve essere tenuta certamente distinta dal contenuto della concessione demaniale che riguarda l'area pubblica oggetto di utilizzo e non l'attività che su di essa viene esercitata.

L'attività esercitata sulle aree oggetto di concessione demaniale costituisce un'attività di servizi ma il suo esercizio è stato regolamentato dalla normativa di settore con l'introduzione del Codice del Turismo¹⁹, che, all'art. 4, prevede che sono imprese turistiche quelle che esercitano attività economiche, organizzate per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari.

Pertanto, l'attività di gestione degli stabilimenti balneari viene, espressamente, presa in considerazione nel Codice del turismo, che liberalizza l'esercizio dei servizi in esso previsti, nel rispetto dell'art. 4, punto 6, della direttiva *Bolkestein*, che definisce regime di autorizzazione una procedura che comporta una decisione relativa all'accesso ad attività di servizio o del suo esercizio.

¹⁶ Cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La «terribile» Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi.it*, 5/2020, 11, secondo il quale: «a distanza di una decina di anni dall'emanazione, lo stesso Frits Bolkestein punta il dito contro le manipolazioni e l'interpretazione esageratamente estensiva e bizantinamente burocratica della sua creatura, citando espressamente il settore delle concessioni balneari, alle quali non pensava minimamente quando la scriveva, trattandosi, afferma oggi, di concessioni di beni pubblici e non di servizi, comunque non rilevanti nel contesto di nucleo del mercato interno».

¹⁷ Tale parte della dottrina utilizza, altresì, a sostegno della enunciata tesi, le parole del Commissario Frits Bolkestein che, nel convegno «L'euro, l'Europa e la *Bolkestein* spiegati da Mr. Bolkestein», Roma 18 aprile 2018, aveva affermato che, al momento della presentazione della direttiva, non aveva affatto pensato di doverla applicare alle concessioni balneari marittime. Anche se la dichiarazione del Commissario non ha alcun valore giudico ha certamente avvalorato la tesi che non ricomprende nel campo di applicazione della direttiva le concessioni marittime per finalità ricreativo turistiche.

¹⁸ Cfr. F. CAPELLI, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie*, cit., 121 ss.

¹⁹ D.lgs. 23 maggio 2011 n. 79, recante “Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge n. 246 del 28 novembre 2005, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio”, in G.U. n.129 del 6 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n. 139.

Altre teorie non ritengono le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali ‘risorse scarse’ nei termini indicati dalla direttiva e la mancanza in fatto, del necessario presupposto applicativo, osterebbe, pertanto, alla sua applicazione.

In particolare, questa teoria fa riferimento alla circostanza per cui in Italia, le aree oggetto di concessioni demaniali con finalità turistico ricreative, non potrebbero mai definirsi ‘risorse scarse’, laddove la penisola ha due grandi isole vicine, oltre ad una serie non indifferente di isole minori e può disporre di 7500 km di zone costiere, senza contare le disponibilità di laghi e fiumi.

Con riguardo specifico alla natura *self executing* o meno della direttiva, va chiarito che, parte della dottrina²⁰, osserva che in ogni caso la direttiva 2006/123/CE e, nello specifico, 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*.

Tali teorie hanno, tuttavia, suscitato il fervore di quanti considerano che l’applicazione della direttiva alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative risponderebbe a superiori principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell’esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, e, più che al profilo relativo all’armonizzazione, la *Bolkestein* perseguirebbe la finalità di smantellamento delle normative degli Stati nazionali che costituivano un limite all’applicazione del principio della libera concorrenza²¹.

Secondo tale impostazione ne sarebbe prova lo stesso dato testuale, di cui all’art. 1, che precisa che l’obiettivo della direttiva 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».

Ne conseguirebbe – considerato quindi l’obiettivo primario della direttiva 2006/123/CE – il non venire in evidenza dell’art. 115 TFUE, che prevede la deliberazione all’unanimità delle direttive di armonizzazione e coordinamento.

È evidente che la direttiva, smantellando le legislazioni nazionali, mira ad espandere i suoi effetti e a rendere effettive la libera concorrenza e la libertà di circolazione, che non avevano ancora trovato piena attuazione nell’ambito del mercato interno a causa della presenza all’interno degli ordinamenti nazionali di legislazioni che garantivano, come l’art. 37 del Codice della navigazione in Italia, ‘privilegi’ stratificatisi nel corso degli anni e rappresentanti ostacoli amministrativi protezionistici alla europeizzazione del settore in termini concorrenziali.

²⁰ In argomento, cfr., ancora, specificamente, F. CAPELLI, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie*, cit., 126 ss.

²¹ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punto 104, secondo cui la direttiva 2006/123/CE «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». In dottrina, per i profili in materia di concorrenza v. A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, ESI, 2021 e, più di recente, cfr. M.C. GIRARDI, *Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, EUM, 169 ss.

Pertanto, la teoria, secondo cui non avrebbe avuto senso adottare una direttiva di tale portata, indirizzata a tutti gli Stati membri, allorché il suo impatto fosse sostanzialmente nullo nella stragrande maggioranza degli Stati dell'Unione, ha il limite di non considerare che l'applicazione della direttiva ai sei Stati membri, che per questioni geografiche ne sono interessati, ha quale effetto indiretto quello di incoraggiare gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, anche degli imprenditori degli altri Stati con l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi, che potrebbero, certamente, condurre ad una modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano.

Basti riflettere sulla circostanza per la quale l'oggetto delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative è costituito da un complesso di beni demaniali, che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo²².

Né si può sostenere che la portata conformativa dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, si riverbererebbe in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo laddove, al contrario delle riportate teorie, il rilascio della concessione demaniale rappresenta, infatti, solo una preconditione per l'esercizio dell'impresa turistica, la cui attività, successivamente al rilascio, non è evidentemente governata dalla normativa contenuta nella direttiva²³.

Né a fondare le teorie sulla impossibilità di applicare la direttiva alla materia delle concessioni può validamente richiamarsi la asserita mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza *Promoimpresa*²⁴, si è soffermata rilevando 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».

È chiaro che escludere la materia del rilascio delle concessioni dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di attrarre l'interesse transfrontaliero di operatori economici, rappresenti una

²² Il codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. n. 42/2004, annovera tra i beni culturali e paesaggistici, le aree oggetto delle concessioni balneari, che sono sottoposte alle discipline vincolanti previste per i beni culturali e paesaggistici.

²³ Sul punto proprio la sentenza in commento ha espressamente chiarito che 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.

²⁴ Corte giust. sent. 14-07-2016, cause riunite, C- 458/14 e C- 67/15, *Promoimpresa*, EU:C:2016:558. In dottrina, v. L.S. ROSSI, *Spiagge: vietate le proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati*, in *Guida al dir.*, 2016, 14 ss.; per un inquadramento sistematico-ricognitivo ancor prima della sentenza *Promoimpresa*, v. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.* – C.d.S., 3, 2010, 678; sent. TAR Campania, sez. VII, 14-02-2017, n. 911.

posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale, costituendo una chiara violazione dei principi di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., ma soprattutto e, ancor prima, sul piano europeo rispetto ai principi a tutela della concorrenza e della libera circolazione.

Infine, va rilevato che, non ha alcun fondamento giuridico la tesi²⁵ 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, com'è noto, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato, pertanto, da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva ha 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 concessioni demaniali risalenti, un regime di evidenza pubblica, che assicuri la *par condicio* fra i soggetti potenzialmente interessati.

Da quanto detto, e dall'analisi dell'articolato, la direttiva *Bolkestein* mostra 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.

In conclusione, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e i principi che essa richiama, nell'inerzia del legislatore, così come interpretato dal formante giurisprudenziale europeo e nazionale, già fornisce 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 automatico.

4. *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 9 novembre 2021*

La sentenza in commento trae origine da un contenzioso, deciso in primo grado dalla sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania Sezione III, n. 504/2021, che aveva respinto il ricorso proposto dal titolare di una concessione demaniale, avverso il decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema portuale dello Stretto, con cui era stata rigettata l'istanza per l'estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della l. n. 145/2018, nonché avverso gli atti prodromici e connessi.

Il T.A.R., con la citata sentenza ha ritenuto che l'art. 12 della direttiva *Bolkestein* ha una chiara natura *self-executing* potendo, pertanto, l'amministrazione provvedere alla disapplicazione della legge interna in contrasto con la normativa eurounitaria.

Nelle specifico, il Collegio catanese, discostandosi dal precedente del TAR Puglia Lecce²⁶ di diverso e contrario avviso, ha rigettato l'impugnativa richiamando sia i principi, già enunciati dalla

²⁵ In ordine alla natura non *self-executing* dell'art. 12 direttiva 2006/123/CE, v. T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, n. 1341/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, sentenza n. 73 del 15-01-2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7874 del 18 novembre 2019, in merito all'applicabilità dei principi di diritto UE in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, sia i criteri sanciti dalla Corte di giustizia nella sentenza della Sezione V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 con riferimento all'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 TFUE.

Il Collegio chiariva la sussistenza dell'obbligo per la pubblica amministrazione di non applicare la norma primaria nazionale in conflitto con il diritto europeo e di disapplicare le proroghe disposte dal legislatore e la sussistenza, ai sensi delle disposizioni della direttiva, dell'obbligo di indire una procedura selettiva per l'affidamento di concessioni balneari.

Il Collegio chiariva, altresì, che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto, indire, ai sensi delle disposizioni della direttiva, una procedura selettiva per l'affidamento di concessioni balneari, disapplicando, pertanto, la normativa interna che, con le previste proroghe di scadenza delle concessioni, si poneva in aperto ed insanabile contrasto con il diritto eurounitario.

Il Collegio, inoltre, attesa l'abrogazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione, riteneva di non poter ravvisare una situazione di legittimo affidamento, posto che i rinnovi erano intervenuti tempo dopo l'entrata in vigore della direttiva 2006/123/CE, apprezzando piuttosto la sussistenza di un interesse transfrontaliero.

Il titolare di una concessione demaniale, soccombente in primo grado, proponeva appello, innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, per ottenere l'annullamento e/o la riforma della predetta sentenza.

Il Presidente del Consiglio di Stato²⁷, valutata la particolare rilevanza economico-sociale della questione oggetto di ricorso, che rendeva 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 la questione 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 non, 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 meno, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente con il 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-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; 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

²⁷ Consiglio di Stato, decreto presidenziale n. 160 del 24 maggio 2021.

dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990 e s.m.i., nonché se, ed 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 d.l. n. 34/2020, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto con il 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 l. n. 145/2018.

L'Adunanza Plenaria, investita della questione, prima di rispondere ai tre quesiti posti dal Presidente, provvedeva, a fugare, puntualmente tutti i dubbi: sia quelli relativi alla possibilità di far rientrare le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative nel campo di applicazione della direttiva *Bolkestein*, sia quelli, di natura più generale, in merito alla stessa possibilità di ritenere la direttiva immediatamente applicabile alle fattispecie oggetto del presente giudizio.

L'Adunanza, dopo aver ripercorso la legislazione nazionale²⁸ prevedente la proroga automatica delle concessioni demaniali già rilasciate, e dopo averne constatato l'incompatibilità con la normativa UE e, più in particolare, con l'art. 12 della direttiva, procede all'esame dei quesiti concernenti le conseguenze della detta incompatibilità. In particolare, il Supremo Collegio ritiene che l'obbligo di non applicare la legge contrastante con il diritto UE gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*, in quanto la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza interna e sovranazionale²⁹.

Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*, quale la *Bolkestein*, il cui carattere “*auto-esecutivo*” è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06)³⁰.

Tale pronuncia, in particolare ai punti 33 e 34, sostiene che la teoria elaborata dalla sentenza del T.A.R. Puglia Lecce, secondo cui vi sarebbe una distinzione tra regolamenti UE direttamente applicabili e tali, quindi, da giustificare la disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con gli stessi e le direttive *self-executing* non immediatamente applicabili e che richiederebbero una complessa attività interpretativa, la quale, “*ove rimessa ai singoli organi amministrativi, rischierebbe di*

²⁸ Cfr. art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020.

²⁹ Il richiamo è alla nota sentenza *Fratelli Costanzo*, 22-05-1989, C-103/88, secondo cui «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»; nonché ad un precedente risalente della Corte costituzionale, sentenza n. 389 del 1989, ove si chiariva 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 offerta dalla Corte di giustizia; nonché ad un precedente dello stesso Consiglio di Stato che, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, chiariva che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, dovessero riconoscere come diritto legittimo e vincolante la primazia delle norme comunitarie, non applicando le disposizioni nazionali contrastanti.

³⁰ *Promoimpresa*, cit., per un commento v. C. POZZI - P. BELLANDI, *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo*, cit., 377 ss.

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”.

Tale teoria, secondo l’Adunanza Plenaria è del tutto priva di fondamento laddove condurrebbe ad un parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive auto-esecutive nonché ad una artificiosa creazione di un’inedita categoria di norme UE direttamente applicabili solo da parte del giudice e non della P.A.

L’Alto Consesso Amministrativo precisa che di tale distinzione non vi è traccia nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, anzi, è da tempo orientata verso una progressiva valorizzazione dell’effetto diretto della direttiva *self-executing*.

L’Adunanza Plenaria, di talché, rispondendo affermativamente al primo quesito precisa che la legge nazionale in contrasto con una norma UE dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non possa essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione.

Con riferimento al secondo quesito, l’Adunanza stessa precisa che, ai sensi della normativa di cui all’art. 1, commi 682, della l. n. 145/2018, la proroga del termine avviene, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l’intermediazione di alcun potere amministrativo. La Plenaria chiarisce che la norma va ricondotta alla tipologia di una legge-provvedimento che non prevede una fattispecie ‘generale e astratta’, ma, interviene su un numero indentificato di situazioni concrete, prorogando (con una previsione normativa *ad hoc*) il termine di scadenza delle concessioni demaniali già rilasciate.

Pertanto, la fonte regolatrice del rapporto, tra l’autorità amministrativa ed il titolare della concessione demaniale marittima a scopo turistico ricreativo, va indentificata esclusivamente nella legge provvedimento e non già nell’atto amministrativo predisposto a proroga automatica, che ha una natura meramente ricognitiva dell’effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario.

Si è verificata, quindi, per l’Adunanza Plenaria, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che trova appunto la sua fonte regolatrice, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento amministrativo di rilascio della concessione.

Ne discende, considerato che la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma deve essere disapplicata perché in contrasto con il diritto dell’Unione, che l’effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*.

Ne consegue che l’Amministrazione, ove in applicazione della norma, con un provvedimento ricognitivo, avesse dato atto dell’avvenuta proroga automatica della scadenza della concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative, non sarebbe chiamata successivamente ad adottare alcun provvedimento in autotutela laddove, la non applicabilità della norma stessa impedisce il prodursi dell’effetto autoritativo della proroga.

La Plenaria mitiga, comunque, questo principio precisando che, per ragioni di certezza giuridica, sarebbe opportuno per l’Amministrazione l’adozione di un provvedimento idoneo a

rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato comunicandolo al soggetto cui è stato destinato.

Sulla seconda parte del secondo quesito inerente la regolamentazione di quei casi in cui sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole, la sentenza sottolinea come il giudicato incida su un rapporto di durata quale è, appunto, quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale.

Orbene, i rapporti di durata anche oggetto di un precedente giudicato, possono essere incisi da una sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia che si pone quale 'sopravvenienza normativa'³¹ idonea a regolare l'arco temporale del rapporto ancora in corso di svolgimento non coperto dal giudicato.

Pertanto, in questi casi, precisa l'Adunanza Plenaria che la diversa regolamentazione del rapporto, già oggetto di un precedente giudicato, non determina un conflitto bensì una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

In conclusione, l'incompatibilità, rispetto al diritto UE, della legge nazionale che ha disposto la proroga automatica 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.

Infine, con riferimento al terzo quesito, la sentenza evidenzia come la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, co. 2, d.l. n. 34/2020, presenti profili di incompatibilità eurounitaria del tutto analoghi a quelli fino ad ora evidenziati, laddove non è in alcun modo sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al «contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica», poiché, secondo l'Adunanza Plenaria, «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».

Va da sé che la sentenza in commento, dopo aver risposto ai tre quesiti posti dal Presidente, valuta, con estrema cautela, l'impatto socio economico che potrebbe derivare dall'immediata disapplicazione della norma di cui all'art. 1, commi 682 e seguenti, della l. n. 145/2018, ovvero dalla conseguente improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, specie in un contesto caratterizzato da un regime di proroga frutto di interventi normativi stratificati nel corso di quasi un decennio e comportanti una situazione di assoluta incertezza giuridica³².

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto, dunque, sussistenti i presupposti per «modulare gli effetti temporali della propria decisione», individuando un «intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata».

³¹ In argomento si rinvia a M.T. STILE, *La pronuncia della Corte di giustizia come evento sopravvenuto di interruzione dell'efficacia del giudicato nel tempo*, in *DCSI*, 4/2010, 668 ss.

³² Cfr. G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *Riv. inter. dir. lav.*, 4/2016, 511 ss.

In particolare l'Adunanza, nella parte precettiva del suo disposto, ben «consapevole della portata nomofilattica» della decisione, riteneva di individuare il citato intervallo temporale per l'operatività degli effetti della sentenza, in due anni stabilendo che tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative scadranno alla data del 31 dicembre 2023, e, pertanto, allo spirare del detto termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente dall'espletamento della gara volta all'affidamento della concessione dell'area demaniale oggetto di quella scaduta.

La sentenza, inoltre, precisa *pro futuro*, altresì, allo scopo di evitare ulteriori e diversi problemi applicativi dei principi enunciati che: «...eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a 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».

5. *Intervento nomofilattico e prospettive de iure condendo*

Nella sentenza in commento l'Adunanza Plenaria dopo un'accurata analisi della normativa nazionale e dopo aver valutato anche l'antitetica posizione della dottrina, peraltro 'permeata' in alcuni precedenti³³ dello stesso giudice amministrativo di primo grado, arriva ad affermare l'inequivoco contrasto tra le norme legislative nazionali, ovvero l'articolo 1, commi 682 e 683 della l. n. 145/2018, che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

Come precedentemente osservato, l'Adunanza valuta l'impatto socioeconomico che deriverebbe dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto a seguito della disapplicazione della normativa nazionale statuendo, pertanto, di «modulare gli effetti temporali della propria decisione» individuando, appunto, un arco temporale necessario per svolgere la competizione, nell'ambito della quale i rapporti concessori continueranno ad essere regolati dalle concessioni già rilasciate.

Tale decisione è stata assunta anche in considerazione della situazione di perdurante attesa di realizzazione degli impegni assunti dallo Stato italiano con la Commissione europea al fine di rendere la legislazione nazionale in materia conforme al diritto UE, frustrata dalla normativa nazionale di proroga, adottata da maggioranze parlamentari disomogenee a seguito di una disarticolata mediazione della dialettica politica, aventi una chiara natura soprassessoria con intenti dilatori rispetto all'impegno assunto dallo Stato di legiferare adottando il «riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea».

³³ T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, sent. n. 1341/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

La scelta della modulazione degli effetti temporali del portato precettivo della sentenza è espressione, come dichiarato dallo stesso Consiglio di Stato, della funzione nomofilattica affidata, dall'art. 99 del c.p.a., all'Alto Consesso della giustizia amministrativa.

Invero, la funzione nomofilattica riconosciuta all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha visto, in tempi relativamente recenti, una ridefinizione del proprio ruolo anche a seguito dell'introduzione dell'art. 99 c.p.a.³⁴, che ne specifica le funzioni sotto il particolare aspetto del ruolo ora assunto dalla stessa³⁵.

In applicazione dei principi espressi dalla norma codicistica, il Consiglio di Stato svolge un'attività di esatta ed uniforme interpretazione della legge nazionale³⁶, volta a garantire l'unità del diritto interno e sovranazionale, e la funzione nomofilattica, così svolta, rappresenta un importante momento di raccordo tra la giurisprudenza nazionale e sovranazionale³⁷.

Tale funzione, partendo dalla risoluzione dei quesiti previsti dal provvedimento di rimessione all'Alto Consesso, enuncia – tramite la risoluzione del caso concreto – dei principi che rappresentano un'interpretazione volta ad avere caratteri di generalità ed astrattezza, tesi ad orientare la futura applicazione delle norme così interpretate³⁸.

Per tradizione si è abituati a considerare l'esercizio della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato con riferimento ad un contesto legislativo legato al diritto nazionale, ma, è evidente, che con l'evolversi del sistema delle fonti del diritto e con l'affiancarsi del diritto dell'Unione al diritto nazionale, la funzione nomofilattica ha assunto dei connotati ancor più incisivi e decisivi.

Con l'affermarsi del primato del diritto dell'Unione, infatti, all'Adunanza Plenaria è richiesto il delicato compito di interpretazione delle norme con la delineazione del contenuto e della portata delle stesse tramite l'essenziale operazione di 'traduzione' delle disposizioni in 'norme'.

La funzione nomofilattica è, pertanto, chiamata non solo a svolgere un lavoro di interpretazione della norma interna ma altresì a valutare la sua compatibilità con il diritto dell'Unione, con la conseguenza che la norma interna può essere 'riletta' in una visione eurounitaria, che ne orienti l'applicazione, ovvero, disapplicata, per evidente contrasto con il diritto UE.

³⁴M. BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *diritto.it*, 2012; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 19/2017; S. OGGIANU, *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (Ad. Pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 1046 ss. e ID., *Giurisprudenza amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, CEDAM, Padova, 2011, 180 ss.

³⁵ La Corte costituzionale ha ritenuto l'articolo 99 c.p.a. il fondamento del potere nomofilattico del Consiglio di Stato nella sentenza n. 30 del 2011, in *Giur. Cost.*, 2011, 356.

³⁶ G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, n. 3-4/2014, 633 ss., secondo cui, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., la funzione esercitata dall'Adunanza Plenaria si svincola dal caso concreto per diventare «una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per i cittadini in particolare».

³⁷ Cfr. G. P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2014.

³⁸ G. VIRGA, *La ridefinizione dei poteri e dei compiti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato alla luce di alcune recenti pronunce*, in *Lexitalia.it*, 2016.

Occorre considerare, dunque, la funzione nomofilattica in un sistema multilivello, proiettata sul piano interno e sovranazionale in una dimensione giustapposta e mediatrice rispetto ai rapporti tra legislazione nazionale e legislazione dell'Unione.

In specie, il Consiglio di Stato, pur volendo positivamente risolvere il rapporto sistemico tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, con l'esercizio di tale funzione finisce per sopperire all'attività del legislatore nazionale, che aveva costantemente 'annunciato'³⁹, seppur non già attuato il «riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea», fino a sovrapporsi alla stessa attività legislativa, abrogando, *rectius* disapplicando, le norme contenenti ripetute proroghe delle scadenze delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e stabilendo una data di scadenza di quelle in essere.

È chiaro che la funzione nomofilattica, volta a dare uniforme applicazione al diritto eurounitario, disapplicando la normativa interna in contrasto con quella sovranazionale, non si limita ad interpretare la direttiva *Bolkestein* contribuendo alla formazione del diritto vivente, tracciando una *deadline* alla scadenza delle concessioni demaniali marittime, giustificando tale scelta con la necessità e l'impellenza di non lasciare il settore, caratterizzato da particolare dinamismo socio economico, ad attendere *sine die* l'intervento legislativo di riordino della materia.

In questo contesto, la funzione nomofilattica esercitata dal Consiglio di Stato, intervenendo sul sistema normativo e precisando che le norme inerenti la proroga «non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione», fornisce al contempo, ai destinatari delle norme giuridiche disapplicate, una risposta chiara sul significato e la portata della disapplicazione stessa, stabilendo un termine di scadenza, contribuendo a «far vivere» la proroga delle concessioni fino al 31 dicembre 2023 in una situazione di 'non incertezza' ordinamentale.

Tuttavia, tale intervento nomofilattico, ancorché giustificato dalla necessità di dare l'avvio al riordino della materia, con l'individuazione di un intervallo temporale per l'operatività degli effetti della sentenza in due anni e con la conseguente precisazione che tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative scadranno alla data del 31 dicembre 2023, finisce chiaramente per sconfinare in 'discrezionalità giudiziaria' normo-creativa⁴⁰.

Il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, infatti, con la modulazione degli effetti temporali del portato precettivo della sentenza, pone in essere una 'regola', colmando il vuoto legislativo a seguito della disapplicazione della norma interna, non facendo altro che 'normare' con un chiaro ed inequivocabile «sconfinamento del potere giudiziario» in quello legislativo, sia pur «necessitato».

La funzione nomofilattica intesa come uniforme interpretazione della norma finalizzata al raggiungimento della certezza del diritto, così esercitata, finisce per creare essa stessa una norma rispondendo alle urgenti istanze dell'ordinamento giuridico interno, oltre che eurounitario.

Sul punto, occorre rilevare che, parte della dottrina sostiene che il concetto di 'nomofilachia' abbia inglobato quello che tradizionalmente era il suo contrario, ovvero la *nomotesia* intesa come

³⁹ Così l'art. 24, comma 3-*septies* d.l. n. 113 del 2016, convertito in legge n. 160 del 2016.

⁴⁰ In argomento si rinvia a M.T. STILE, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

‘difesa’ delle norme dalla loro integrazione e dalla loro creazione giurisprudenziale con l’assunzione di un ruolo normativo o para-normativo da parte della magistratura⁴¹.

La ‘giurisprudenza normativa’ o la ‘giurisprudenza creativa’⁴² hanno condotto la Corte Costituzionale a criticare la legittimità di un effettivo ‘potere normativo giurisprudenziale’⁴³ considerato dalla Corte incompatibile con il diritto positivo interno e con il principio di legalità.

Il Consiglio di Stato, infatti, non si è limitato a ‘leggere’ la norma al fine di interpretare ed applicare il diritto alla luce dei principi di derivazione europea ma, a seguito dell’emersione di un contrasto della normativa nazionale con il diritto eurounitario, non ha provveduto alla sola disapplicazione della normativa nazionale bensì ha ‘scritto’ in Adunanza Plenaria una normativa transitoria tra la ‘disapplicazione’ e la successiva ‘regolamentazione’ con la conseguenza che la sentenza si sostituisce alla legge divenendo essa stessa fonte giurisprudenziale del diritto.

L’intervallo temporale previsto dal Consiglio di Stato avrebbe, altresì, la finalità di consentire, finalmente, al Governo e al Parlamento di approvare una normativa di riordino della materia disciplinando il sistema di rilascio delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative in conformità all’ordinamento UE.

Va, inoltre, precisato che la sentenza oltre alla parte *destruens*, costituita dalla disapplicazione della normativa nazionale e alla norma transitoria, costituita dal fissato termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime, contiene le indicazioni per la successiva realizzazione della parte *construens* volta al riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea.

In particolare, la Plenaria precisa che, l’emanazione di una normativa di riordino della materia dovrebbe prevedere la scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi per garantire agli operatori l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni, prevedendo dei criteri di selezione inerenti la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, nonché gli *standard* qualitativi dei servizi, da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti, e la sostenibilità sociale⁴⁴ e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

⁴¹ Sul punto M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015; E. ANDREIS, *La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell’interesse alla formazione della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 2019, in cui l’A. chiarisce come sia principio consolidato quello secondo cui la giurisprudenza della Corte di giustizia UE si pone quale fonte del diritto. Nello specifico, nel lavoro si chiarisce che l’art. 19 del Trattato sull’Unione Europea attribuisce alla Corte di giustizia il compito di interpretare il diritto dell’Unione europea e di assicurarne l’uniforme interpretazione all’interno dell’ordinamento europeo e all’interno degli ordinamenti degli Stati membri, ma non è presente nei trattati una norma che conferisca esplicitamente alla Corte di giustizia il potere di creare il diritto europeo attraverso l’emanazione delle proprie sentenze, ma in ogni caso è certamente indubbio che la Corte di giustizia eserciti un’importante funzione creativa della giurisprudenza che si è attribuita ab origine, non solo attraverso l’interpretazione del diritto europeo, ma con l’affermazione di principi generali dell’ordinamento europeo non contemplati dai Trattati.

⁴² G. PESCE, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 150.

⁴³ Cfr. G. P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, op. cit.

⁴⁴ Corte cost, sent. 12-10-2012, n. 230, cfr. sul punto F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, in *Giustizia amministrativa.it*, 2017; ID., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 19/2017.

⁴⁴ Va rilevato che la sentenza non considera, tra i necessari principi cui dovrà ispirarsi la normativa di riordino della materia, la ridefinizione delle aliquote percentuali di demanio pubblico che possono essere oggetto di concessione. Infatti il legislatore dovrebbe considerare che il demanio marittimo rappresenta un «bene comune» che dovrebbe essere fruibile dalla comunità, restando per una congrua percentuale estraneo alle logiche del mercato. Tale prospettiva era già stata in piccola parte anticipata

La sentenza precisa, ancora, che l'intervento normativo dovrebbe prevedere una durata delle concessioni limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato, con l'esplicita introduzione di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario.

Orbene, è chiaro che, la sentenza in commento, da un lato, finisce per avere una valenza «para-normativa», con l'introduzione di un termine di scadenza delle concessioni, dall'altro, una valenza di «sentenza-delega», con la determinazione di principi e criteri direttivi, che dovrebbero sovrintendere la futura attività governativa o legislativa di regolamentazione della materia.

L'attività para-normativa, in quanto non legata al caso concreto, è destinata ad espandere la sua vincolatività nell'ordinamento giuridico, laddove il *decisum* non resti confinato tra le parti del giudizio ma assuma carattere generale ed astratto, destinato a tutti i titolari di concessioni demaniali marittime scadute e prorogate, che pur assoggettato al principio di legalità diventa creativo della legalità stessa⁴⁵.

Tuttavia, vi è da considerare che, alla base dell'utilizzazione della funzione nomofilattica della Adunanza Plenaria nei termini suddetti, vi è la necessità di un «riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea», stante la riottosità parlamentare a realizzare il detto riordino, che ha finito per caricare i giudici amministrativi di una responsabilità ultronea nella creazione della regola di diritto, laddove il potere giudiziario ha avvertito l'urgenza di «sostituire» quello legislativo, in applicazione di un principio di «sussidiarietà impropria» tra poteri dello Stato, dovendo colmare le lacune del potere legislativo non solo allorché sia inerte ma anche quando, come nel caso in esame, il Parlamento abbia normato in aperto contrasto con una normativa dell'UE e con le lettere di messa in mora⁴⁶.

dal comma 2 dell'art. 11 della l. n. 217/11 che, tra i principi e criteri direttivi del non più emanato decreto legislativo di revisione e di riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime, aveva ribadito l'assoluto «diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione». Secondo alcuni autori il demanio marittimo, proprio in quanto bene comune, dovrebbe restare estraneo al regime delle concessioni ed essere gestito direttamente da amministrazioni locali o da società cooperative *no profit*, cfr. A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni*, (Nota a Corte cost., sent. 1/2019), in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 7. Sul punto A. SALOMONE, *Le concessioni dei beni demaniali marittimi*, Aracne, Roma, 2013, 76 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008. Da ultimo, F. CAPELLI, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie, impatto della direttiva Ce n. 2006/123, in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, in cui sostiene che occorrerebbe fare in modo che le concessioni fossero affidate ad enti del terzo settore appartenenti alla società civile che si impegnino a gestire le aree concesse con criteri economicamente sani, remunerando tutti i collaboratori nel rispetto delle disposizioni normative ed amministrative applicabili ma ponendo a disposizione di organizzazioni e strutture pubbliche gli utili dell'attività che non siano messi, per legge, a riserva nel bilancio dell'Ente del terzo settore.

⁴⁵ Sul punto occorre rilevare che si tratta di una diversa lettura del rilievo «ordinamentale» dell'opera ermeneutica del giudice: in alcune sentenze la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha affermato, infatti, a proposito del riferimento alla «legge» contenuto nell'art. 7 della Cedu, che tale nozione «comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale» parlando espressamente della «giurisprudenza, in quanto fonte di diritto», anche con riferimento a sistemi di *civil law*; sentenze della Corte EDU, 8-12-2009, *Previti* contro Italia; Grande Camera, 17-09-2009, *Scoppola* contro Italia; 20-01-2009, *Sud Fondi s.r.l.* ed altri contro Italia; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin* contro Francia, in www.echr.coe.int.

⁴⁶ Cfr. la lettera di costituzione in mora della Repubblica Italiana del 02-02-2009, del 04-08-2009, del 05-05-2010 e del 03-12-2020.

È chiaro che l'alterazione del sistema delle fonti di diritto con l'ingresso della giurisprudenza, essa stessa fonte⁴⁷, nonché con l'introduzione nei sistemi di *civil law* di taluni istituti propri del *common law*, come quelli dello *stare decisis* e dell'*overruling*, causa un depotenziamento della funzione legislativa con una inevitabile crisi del principio di legalità⁴⁸.

È evidente che questa *traslatio* dal Parlamento all'Adunanza Plenaria, dalla legge alla sentenza, dalla lettura della norma alla sua scrittura a seguito di scelte di natura chiaramente politica, adottate in ambito giudiziario, costituisce, e non potrebbe essere diversamente, una patologia del sistema istituzionale.

La 'soluzione' adottata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dovrebbe rappresentare, pertanto, un *unicum* nel panorama giurisprudenziale, laddove sentenze creatrici del diritto, quale quella in commento, se adottate ordinariamente dall'Adunanza Plenaria, condurrebbero, presumibilmente, in breve tempo, all'inevitabile stravolgimento dell'articolazione dei poteri dello Stato provocando una crisi profonda del principio stesso di legalità⁴⁹.

6. Conclusioni

Da tutto quanto qui analizzato il progressivo adeguamento della legislazione statale ai principi della concorrenza e della libera circolazione al settore delle concessioni demaniali marittime turistico – ricreative, in applicazione della direttiva *Bolkestein*, tramite l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dovrebbe condurre all'auspicato intervento legislativo di riordino della materia.

I pure censurati profili di straripamento della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato, dovrebbero condurre all'emanazione di una normativa basata su una scelta competitiva del concessionario in base a criteri di selezione idonei a garantire l'effettivo accesso alle opportunità economiche, offerte dalle concessioni balneari ai migliori imprenditori del settore. La sentenza del Consiglio di Stato, nella parte contenente le indicazioni dei principi e dei criteri cui la emananda normativa dovrebbe ispirarsi, si preoccupa, tuttavia, dell'effettiva remunerabilità delle concessioni demaniali marittime, ponendo particolare attenzione alla quantificazione dei canoni concessori, senza sufficientemente valutare il profilo sociale del bene oggetto di concessione.

L'Adunanza Plenaria, proprio in una prospettiva *de iure condendo*, avrebbe dovuto considerare che il demanio marittimo, al di là del ritorno economico derivante agli enti locali dai canoni

⁴⁷ O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo (con particolare riguardo al precedente europeo) della giurisprudenza*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, 2016, 154.

⁴⁸ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, 87 ss.; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI - M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Brescia, 24 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, in part., 221.

⁴⁹ Sul punto, M.T. STILE, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, cit., spec. 22 ss.

concessori, rappresenta un bene comune⁵⁰, che dovrebbe essere fruito dalla comunità locale. In particolare, le indicazioni del Collegio, inerenti alla parte *construens* della futura regolamentazione avrebbero dovuto soffermarsi, in una visione di più ampio respiro, sulla necessità di lasciare una congrua percentuale del demanio marittimo al di fuori dei confini concessori. L'auspicato riordino della materia, infatti, dovrebbe comportare non solo l'assoggettamento del rilascio delle concessioni alle procedure di gara, ma un più generale riassetto dell'utilizzo del demanio pubblico alla stregua della neo configurata categoria del bene comune.

La prospettiva dell'art. 11 della l. n. 217/11, mai attuata, ed inerente il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia anche ai fini della balneazione, dovrebbe essere superato da un nuovo e ridelineato diritto all'utilizzo del bene demaniale.

Abstract[It]: Dopo aver delineato il tessuto normativo regolante le concessioni demaniali marittime a partire dal codice della navigazione, il lavoro ripercorre le modifiche legislative intervenute a seguito della direttiva *Bolkestein* ed in particolare l'ambito applicativo della direttiva con riferimento alle diverse teorie elaborate in merito alla natura della stessa. Nello specifico, è risultato interessante soffermarsi sulla dottrina, che non ritiene la direttiva in oggetto applicabile alla materia della regolamentazione delle concessioni demaniali marittime e sull'orientamento adottato dal Consiglio di Stato con l'Adunanza Plenaria in relazione al diritto *antitrust*. L'attenzione sarà focalizzata sull'intervento del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica, in relazione alla latitudine di poteri esercitati in applicazione dell'art. 99 c.p.a., in una prospettiva *de iure condendo* rispetto al necessario riordino in via legislativa della materia in conformità ai principi eurounitari.

Parole Chiave: Concessioni demaniali marittime; direttiva *Bolkestein*; applicabilità; antitrust law; Consiglio di Stato; nomofilachia; art. 99 c.p.a.

Abstract[En]: After outlining the regulatory framework governing State-owned maritime's concessions since the navigation's code, the paper reviews the legislative changes that took place following Bolkestein's Directive and, in particular, the scope of the Directive with regards to the various theories developed on its legal nature. Specifically, it highlights the doctrine which does not consider the Directive under discussion applicable to the matter of state-owned maritime's concessions. The paper also delves on the Plenary Assembly Council of State's interpretation in relation to antitrust law. It will shed light on the Council of State's intervention having a nomophilactic function, related to the latitude of powers exercised in application of art. 99 c.p.a., in a the *de iure condendo* perspective of necessary legislative reorganization of the matter in accordance with the EU principles.

Keywords: State-owned maritime concessions; *Bolkestein* directive; applicability; antitrust law; Council of State; nomophilachy; art. 99 c.p.a.

⁵⁰ In argomento, efficacemente, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi, 2011; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013; ID., *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sottocategoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Questa rivista*, 2/2017, 1 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; U. MATTEI - A. QUARTA, *Punto di Svolta. Ecologia, tecnologia, diritto privato*, Aboca, Sansepolcro, 2018, 9 ss.; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, La scuola di Pitagora, Napoli, 2018.