

LA PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI
CON FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVA TRA LIBERTÀ
D'INIZIATIVA ECONOMICA E CONCORRENZA.
OSSERVAZIONI A MARGINE DELLE RECENTI
DECISIONI DELL'ADUNANZA PLENARIA

SOMMARIO: 1. Premessa. Il contesto di riferimento. – 2. Proroga delle concessioni e diritto europeo. – 3. Proroga delle concessioni e diritto interno. Sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. – 4. La tutela dei concessionari uscenti secondo l'Adunanza Plenaria. – 5. Oltre la disapplicazione a effetti differiti. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa. Il contesto di riferimento*

Ormai da tempo si registrano reiterati interventi normativi che prorogano la durata delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa¹. Il primo risale al 2009, l'ultimo al periodo 2018- 2020². L'origine di tali interventi va essenzialmente individuata nell'abrogazione delle norme sul diritto d'insistenza e sul rinnovo automatico delle concessioni³, a suo

¹ Sul concetto di demanio marittimo e la sua evoluzione dal quadro tradizionale allo scenario contemporaneo, con le relative implicazioni per i rapporti concessori e la presupposta pianificazione, F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli 2020, 729 ss., nonché in *Giustizia insieme*, 21 novembre 2021; in argomento, S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano 2008, 265 ss.; per un inquadramento sistematico dei beni del demanio, A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, 277 ss.

² Il riferimento è al d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25; alla l. 30 dicembre 2018 n. 145; al d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020 n. 77.

³ Originariamente l'articolo 37, co. 2, del codice della navigazione prevedeva che “al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”. La norma è stata abrogata dall'art. 18, d.l. n. 194/2009, cit. A sua volta, l'articolo 1 d.l. 5 ottobre 1993 n.

tempo indotta dalla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Ue⁴. Per molti dei concessionari, l'abrogazione avrebbe repentinamente determinato una durata del rapporto inferiore rispetto a quella prevista al momento di rilascio della concessione, incidendo così sull'aspettativa di una durata del rapporto adeguata a supportare i necessari investimenti. Di qui, nelle more di un necessario riordino del settore, la previsione di una prima proroga *ex lege*, con l'obiettivo di ristabilire una più ampia durata della concessione e preservare così l'affidamento ingenerato dalla disciplina abrogata⁵.

Senonché, il regime di proroga presenta degli indubbi profili d'incompatibilità con il diritto europeo, in quanto attribuisce ai concessionari una posizione di assoluto favore in contrasto con il principio di concorrenza e le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi⁶. E così, con la

400, convertito dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, così come modificato dalla l. 16 marzo 2001 n. 88 e dalla l. 8 luglio 2003 n. 172, stabiliva 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. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma del codice della navigazione". Tale disposizione è stata abrogata dall'articolo 11, co.1, lettera a), l. 15 dicembre 2011 n. 217. Merita per completezza segnalare che, ai sensi dell'articolo 3, co. 4 *bis*, d.l. n. 440/1993, cit., così come introdotto dall'art. 1, co. 253, l. 27 dicembre 2006 n. 296, e poi ulteriormente modificato dall'art. 11, co.1, lettera c), l. n. 217/2011, cit., le concessioni in esame "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"; per approfondimenti sul quadro normativo di riferimento, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2/2012, 453 ss.

⁴ Il riferimento è alla procedura di infrazione n. 2008/4908.

⁵ Art. 1, co.18, d.l. n. 194/2009, cit.

⁶ Sull'argomento, F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. - Tar*, 2009, 787 ss.; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2010, 678 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, cit., 453 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2013, 437 ss.; M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, in *Riv. giur. ed.*, 4/2016, 359 ss.; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 25/2016, 2 ss.; 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 C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 1 ss.; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 26/2020;

decisione *Promoimpresa* del 2016⁷, la Corte di giustizia UE ha censurato la disciplina sulle proroghe di cui al d.l. n. 194/2009 e s.m.i.,⁸ decretandone l'incompatibilità con il diritto europeo per contrasto con le richiamate libertà, nonché con l'articolo 12 della direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno, c.d. direttiva Bolkestein, che vieta il rinnovo automatico delle autorizzazioni⁹.

24 ss.; M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino 2020, *passim* e spec. 168 ss.; A. TRAVI, nota a Cons. St., sez VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Foro it.*, 2/2020, parte III, 82 ss.; C. BURELLI, *Le concessioni turistico ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2021, 247 ss.; M. FERRARA, G. IOANNIDES, G. VOSA, a cura di, *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *federalismi.it*, 21 luglio 2021; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, 20/2021, 1 ss.; in generale, sul rapporto tra concorrenza e concessioni di beni pubblici, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 393 ss.; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017, *passim*.

⁷ CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, *Promoimpresa*, e C-67/15, *Melis*.

⁸ Cfr. art. 1, co. 18, d.l. n. 194/2009, s.m.i., cit.: "ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009 n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa 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 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, nonché esclusivamente di quelle ad uso pesca ed acquacoltura, rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata prima del 31 dicembre 2009, e in scadenza entro il 31 dicembre 2018 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso". L'originaria formulazione della norma prevedeva la proroga al 31 dicembre 2015, laddove la nuova scadenza al 31 dicembre 2020 è stata prevista dall'articolo 34-*duodecies*, co.1, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla le. 17 dicembre 2012 n. 221.

⁹ La direttiva Bolkestein è stata attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, recante "attuazione della direttiva 2006/123/CE relativi ai servizi del mercato interno".

Ciò nonostante, la legge 30 dicembre 2018 n. 145 ha previsto un nuovo regime di proroga che estende la durata delle concessioni al 2033¹⁰ e che è stato successivamente ribadito e precisato dal d.l. 19 maggio 2020 n. 34¹¹. L'adozione di questa nuova disciplina ha indotto la Commissione Ue ad aprire una nuova procedura d'infrazione che è tuttora in corso¹². Nel frattempo, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sulla scia del precedente della Corte di giustizia Ue, ha rilevato l'incompatibilità delle nuove norme con gli artt. 49 e 56 del Trattato FUE, nonché con il citato articolo 12 della direttiva 2006/123, affermando che “*tali norme, pertanto, non devono essere applli-*

¹⁰ Più precisamente, il co. 682, art. 1, legge n. 145/2018, cit., prevede che “le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 1 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”; il successivo co. 683 stabilisce che “al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 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 2 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”.

¹¹ Cfr. art. 182, co.2, d.l. n. 34/2020, cit.: “fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti della legge 30 dicembre 2018 n. 145, 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, 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'art. 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. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario”.

¹² Commissione Ue, lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020.

cate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”¹³. Tuttavia, al fine di “evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere”, la Plenaria ha rinviato al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni, sicché, anziché cessare immediatamente, “le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continueranno a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023”, in attesa del riordino del settore e dell’espletamento delle necessarie gare pubbliche.

Al di là delle numerose criticità insite nelle citate decisioni¹⁴, è evi-

¹³ Cons. St., ad. pl., 9 novembre 2021 nn. 17 e 18, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; per una prima analisi delle pronunce, F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2021; sul contesto in cui è maturato il rinvio all’Adunanza Plenaria, R. DIPACE, *All’Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustizia insieme*, 21 luglio 2021. Più precisamente, con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 24 maggio 2021 n. 160, all’Adunanza Plenaria sono state rimesse le seguenti questioni: “1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l’apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l’obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell’Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-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 dell’Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell’art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all’annullamento d’ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall’art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell’Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145”.

¹⁴ Tra le varie criticità, si segnalano in particolare: la rimodulazione della proroga sino al 31 dicembre 2023, attraverso un intervento che, più che una rimodulazione degli effetti di una decisione giurisdizionale, sembra ricalcare l’esercizio di una vera e propria funzione legislativa; la pura e semplice riconducibilità delle concessioni demaniali alle autorizzazioni soggette alla Direttiva Bolkestein; la qualificazione dell’atto di proroga come atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge, con i

dente come la Plenaria intenda ricercare il giusto punto di equilibrio tra il primato del diritto europeo, con particolare riferimento al principio di concorrenza, e l'esigenza di salvaguardare i concessionari da un'immediata cessazione delle concessioni. Senonché, la scelta per una disapplicazione differita non sembra affatto garantire l'auspicato punto di equilibrio. Al contempo, la nettezza delle conclusioni non chiarisce se il contrasto con il diritto europeo si ravvisi per tutte le tipologie di proroga o soltanto per le proroghe automatiche e generalizzate.

Di seguito verranno più a fondo sviluppate queste considerazioni, a partire dal rilievo che né il diritto europeo né il diritto interno sembrano vietare in via assoluta e incondizionata la proroga dei rapporti concessori.

2. *Proroga delle concessioni e diritto europeo*

Nel diritto europeo non emerge un divieto assoluto e incondizionato di proroga delle concessioni. Sebbene la possibilità di accordare una proroga soltanto a determinate condizioni non venga testualmente prevista, può implicitamente desumersi dalla normativa europea, anche ove non riguardi direttamente le concessioni demaniali.

Vengono anzitutto in rilievo le norme sulla durata delle concessioni di lavori pubblici e servizi. Il considerando 52 della direttiva 2014/23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, trasposto nell'articolo 18 della medesima direttiva¹⁵, stabilisce espressamente che *“la durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza”*, precisando che un'eventuale più lunga durata *“può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investi-*

dubbi che un siffatto inquadramento solleva in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa; il venir meno degli effetti della concessione, quale conseguenza della disapplicazione della norma interna, anche nei casi in cui sull'atto di proroga sia intervenuto un giudicato favorevole.

¹⁵ Cfr. articolo 18 della direttiva: *“per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”*.

to” e che, di conseguenza, “per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti”.

Se ne ricava il principio che la durata delle concessioni va tendenzialmente parametrata sul tempo necessario per recuperare gli investimenti effettuati. Non sembra ci siano valide ragioni per escludere che il principio abbia una valenza generale, capace di estendersi anche alle concessioni di beni pubblici, sebbene espressamente escluse dall’ambito di applicazione della direttiva¹⁶. Resta inteso che le richiamate previsioni non riguardano propriamente la proroga delle concessioni, quanto piuttosto le modalità per stabilire la durata del rapporto concessorio. Tuttavia, se per una qualsiasi ragione, anche sopravvenuta, la durata di una concessione dovesse rivelarsi insufficiente a remunerare il capitale investito, il principio potrebbe giustificare una proroga per il tempo necessario a garantire il riequilibrio economico del rapporto.

L’estensione del principio alle concessioni demaniali non sembra preclusa nemmeno dall’articolo 12 della direttiva 2006/123, c.d. Bolkestein, che vieta espressamente il rinnovo automatico delle autorizzazioni¹⁷. Al di là della più generale questione sull’applicabilità o meno della direttiva alle concessioni demaniali¹⁸, ciò che la norma vieta è soltanto l’automati-

¹⁶ Cfr. considerando 15 della direttiva: “inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva”.

¹⁷ L’articolo 12, parag. 1, della direttiva Bolkestein prevede che “qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”, precisando al parag. 2 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” (la norma è riprodotta nel diritto interno dall’articolo 16, d.lgs. n. 59/2010, cit.).

¹⁸ Su cui si veda, in particolare, M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e legittimo af-

smo del rinnovo, ma non l'eventualità di accordare la proroga a supporto degli investimenti effettuati¹⁹. In tal senso si è anche espressa la Corte di giustizia Ue nel precedente del 2016, laddove non ha escluso che, sulla base del principio di certezza del diritto, un'eventuale proroga possa giustificarsi per esigenze di carattere economico, come appunto quella di consentire il recupero degli investimenti²⁰, salvo poi, nello specifico, ritenere comunque prive di giustificazione le proroghe previste dal diritto italiano²¹.

Occorre ancora precisare che la facoltà di prorogare a date condizionali la durata delle concessioni non confligge di per sé con l'obbligo di gara previsto dall'articolo 12 della direttiva Bolkestein. Sul piano generale, obbligo di gara e facoltà di proroga si collocano su posizioni distinte e non necessariamente correlate, poiché un conto è scegliere il concessionario in esito a un confronto competitivo, altro è accordare una più ampia durata della concessione ove in concreto ne sussistano i presupposti. Ovviamente, un'eccessiva durata della proroga può restringere la concorrenza nel mercato delle concessioni, ma se la proroga è ragionevolmente contenuta e rapportata alla specificità dei singoli casi, eventuali, tempo-

fidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, cit., 359 ss.; come la Corte di giustizia Ue, anche l'Adunanza Plenaria assume pacificamente che la direttiva Bolkestein sia applicabile alle concessioni demaniali.

¹⁹ Per quest'ordine di idee, M. MAGRI, «Direttiva Bolkestein» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, cit., 374.

²⁰ Più esattamente, in questi termini la decisione del giudice europeo: "nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (...) in tal senso è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico" (a sostegno dell'assunto, la decisione richiama alcuni suoi precedenti, tra cui le sentenze 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416 e 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736).

²¹ La decisione della Corte di giustizia Ue rileva che "tuttavia, le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE".

raanee, limitazioni della concorrenza potrebbero ritenersi adeguatamente giustificate.

3. *Proroga delle concessioni e diritto interno. Sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza*

Nemmeno nel diritto interno emerge un divieto assoluto e incondizionato di proroga delle concessioni.

Si premette che anche nel nostro ordinamento vige il principio che parametrizza la durata delle concessioni sul tempo necessario al recupero degli investimenti, come risulta dall'articolo 168 d.lgs. n. 50 del 2016, che, in attuazione della direttiva 2014/23, ne sancisce l'operatività con riferimento alle concessioni di lavori e di servizi²². Valgono, pertanto, le considerazioni già svolte sull'estendibilità del principio ad altre tipologie di concessione e sul fatto che la sua applicazione potrebbe giustificare una proroga per il tempo necessario a garantire il riequilibrio economico del rapporto.

Senonché, rispetto al diritto europeo, il diritto interno ha più volte contemplato un'automatica e generalizzata proroga delle concessioni demaniali, da ultimo con i citati commi 682 e 683 dell'articolo 1 l. n. 145 del 2018, ossia le stesse previsioni censurate dalla Plenaria che hanno indotto la Commissione Ue ad aprire la nuova procedura d'infrazione. Tuttavia, le norme in questione non sono mai state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, così come non lo è stata la pregressa disciplina (che, invece, la sentenza *Promoimpresa* ha ritenuto contrastante con il diritto europeo). Il fatto che la Corte costituzionale non abbia mai affermato l'incostituzionalità del regime di proroga non significa che lo abbia ritenuto legittimo, sebbene in almeno un'occasione ne abbia incidentalmente riconosciuto la finalità di “rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del

²² L'articolo 168 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 stabilisce che “per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario”, precisando che “gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”.

*riordino della materia*²³. Piuttosto, dipende dalla circostanza che non abbia ancora avuto occasione di pronunciarsi in un senso o nell'altro sulla relativa questione di costituzionalità. Per contro, in più occasioni la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali intervenute anch'esse a disciplinare la proroga delle concessioni demaniali, talvolta in contrasto con la disciplina statale. Tuttavia, il più delle volte l'incostituzionalità è stata affermata sul presupposto di un'indebita invasione della competenza statale in materia di concorrenza, senza entrare nel merito di un possibile contrasto con il diritto europeo o con specifiche previsioni costituzionali²⁴. Solo talvolta la Corte è parsa rilevare l'incompatibilità delle norme regionali con il diritto europeo, ma il contrasto è pur sempre circoscritto alla legge regionale senza estendersi alla disciplina statale²⁵.

Nel descritto contesto di riferimento, la questione della proroga va allora affrontata da un altro punto di vista, dovendo specificamente misurarsi con la libertà d'iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. Occorre, cioè, verificare quando la proroga possa rivelarsi strumentale alla piena realizzazione della libertà in questione o quando, invece, si risolva in una pura e semplice limitazione della concorrenza; ovvero, in termini più generali, se la concorrenza debba sempre limitare la libertà d'iniziativa economica o se, invece, in determinati casi e a date condizioni, sia la libertà d'iniziativa economica a condizionare la concorrenza. Al riguardo alcune rilevanti indicazioni provengono dalla giurisprudenza

²³ In tal senso, Corte cost., 18 luglio 2011 n. 231, in *www.cortecostituzionale.it*; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2012 n. 6682, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Tra le pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità di leggi regionali, Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 40, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 7 luglio 2017 n. 157, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 30 maggio 2018 n. 109, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, 1229 ss., con nota di A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*; Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*, con i commenti di 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 C. cost., sentenza n. 1/2019), cit., 1 ss. e G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 542 ss.; Corte cost., 23 luglio 2020, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁵ Cfr., ad esempio, Corte cost., n. 180/2010, cit., che, con riferimento alla l.r. Emilia Romagna 23 luglio 2009 n. 8, afferma che "la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che apra il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari".

costituzionale sulla libertà di iniziativa economica e, in particolare, dalla recente decisione della Corte n. 218 del 2021²⁶. Nell'esaminare una fattispecie estranea al tema delle concessioni demaniali²⁷, la citata pronuncia ha puntualizzato che ogni eventuale limitazione della libertà d'iniziativa economica, astrattamente possibile in base all'articolo 41, co.2, debba sempre rispettare il limite "della ragionevolezza" e "della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti". Più esattamente, la libertà d'impresa dovrebbe sempre essere preservata da interventi "che ne determinino un radicale svuotamento", anche quando tali interventi siano giustificati dal "doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi di concorrenza"²⁸. Ancora, la libertà d'iniziativa economica dovrebbe tutelare le "legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base d'investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento", dal momento che uno degli aspetti che caratterizza la libertà in questione "è costituito dalla possibilità di scelta spettante all'imprenditore: scelta dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività; dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo"²⁹.

²⁶ Corte cost., 23 novembre 2021, n. 218, in www.cortecostituzionale.it; in termini, Corte cost., 19 dicembre 1990 n. 548, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 152, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 247, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168, in www.cortecostituzionale.it. Corte cost., 22 gennaio 2021, n. 7, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ La questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte riguarda l'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e l'art. 177, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), per violazione degli artt. 3, 41, primo comma, e 97, secondo comma, della Costituzione. Come si legge nella stessa sentenza, "le norme censurate obbligano i titolari delle concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, a esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, nonché di realizzare la restante parte di tali attività tramite società in house o società controllate o collegate ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato".

²⁸ Corte cost., n. 218/2021, cit.

²⁹ Corte cost., n. 218/2021, cit.; alla luce delle premesse, la sentenza conclude per l'illegittimità costituzionale delle norme censurate: "alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in

Nell'affrontare sul piano generale il rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza³⁰, la sentenza giunge a delle importanti conclu-

essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione – mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento – costituisca una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.”.

³⁰ A suo tempo, l'assenza in Costituzione di un esplicito riferimento alla concorrenza ha, come noto, ingenerato un ampio dibattito sull'effettiva rilevanza della concorrenza in ambito costituzionale. Non essendo questa la sede per ripercorrere quel dibattito, si può solo segnalare che alcune posizioni hanno negato una tutela costituzionale della concorrenza, altre hanno variamente considerato la concorrenza implicata nella libertà d'iniziativa economica. Sui termini del dibattito, si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La Costituzione economica* – Atti del Convegno Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997 e, in particolare, all'intervento di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *ivi*, cit., 7 ss.; si veda anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 2001, 93 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, 50 ss., nonché in *Dir. e soc.*, 4/2011, 636 ss.; sulla libertà d'iniziativa economica, senza alcune pretese di completezza, ci si limita a rinviare a C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, 374 ss.; ID., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 636 ss.; ID., *Gli aiuti di Stato nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in *Eurojus.it*, 3/2019, 64 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3 ss.; sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e servizi pubblici, E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Giustizia insieme*, 13 agosto 2021; sulla concorrenza in generale, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 191 ss.; sulla concorrenza in un'ottica costituzionale, B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *federalismi.it*, 8/2017; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 315 ss.; M. AINIS, G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (Atti del Convegno di Studi – I fondamenti costituzionali della concorrenza Roma, 10 maggio 2018), Bari 2019; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; M. ZOTTA, *La concorrenza nella Costituzione e nei trattati*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano 2021, 3 ss.; sull'accezione di concorrenza nel diritto europeo, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, 15 ss.; ID., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; L. PACE (a cura

sioni che possono adattarsi alle proroghe delle concessioni demaniali. In base alle affermazioni della Corte, eventuali proroghe sarebbero, infatti, strumentali ad una piena realizzazione della libertà d'impresa solo se preordinate a tutelare le legittime aspettative del concessionario in ordine al recupero degli investimenti effettuati. In questi casi, la mancata previsione di una proroga graverebbe sulla posizione economica del concessionario uscente, pregiudicando la programmazione e l'esercizio delle sue scelte imprenditoriali. Diversamente, quando la proroga non serva a preservare le legittime aspettative del concessionario, essa risulterebbe lesiva della concorrenza, limitando la libertà d'impresa dei soggetti che aspirano alla concessione.

Se questa ricostruzione, pur illustrata nella sua massima semplificazione, si ritiene condivisibile, se ne dovrebbe trarre il principio destinato a dirimere la questione in base all'assetto costituzionale. Il principio richiede che la proroga non possa essere prevista in via generalizzata e automatica, ma soltanto in presenza di specifiche condizioni rapportate alle aspettative del concessionario e all'equilibrio economico della concessione. Come si può constatare, si tratta di conclusioni sostanzialmente analoghe a quelle che si raggiungono in base al diritto europeo: entrambe confermano l'inesistenza di un divieto di proroga assoluto e incondizionato, ma entrambe rivelano l'illegittimità dell'attuale disciplina interna.

4. *La tutela dei concessionari uscenti secondo l'Adunanza Plenaria*

Sia per il diritto europeo che per il diritto interno, l'unica forma di proroga ammissibile sarebbe, dunque, quella che si rapporta alle circostanze concrete e che mira a tutelare le legittime aspettative del concessionario, soprattutto nei casi in cui si renda necessario garantire il riequilibrio economico della concessione. Vero è che, in qualche occasione, la Corte costituzionale è parsa implicitamente giustificare le proroghe di carattere automatico e generalizzato, ma, come si è sottolineato, una riflessione sul rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza disvela chiaramente le criticità di una proroga sganciata dalla concretezza del contesto. Da ciò si trae conferma che, così come rilevato dalla Plenaria, gli interventi normativi del periodo 2018-2020 devono ritenersi

incompatibili con il diritto europeo, in quanto prevedono delle proroghe automatiche e generalizzate³¹, in contrasto con le libertà di stabilimento e prestazione di servizi, nonché, ove la si ritenga applicabile alle concessioni demaniali, con la direttiva Bolkestein e segnatamente con il suo articolo 12³².

Ciò che, però, manca nelle decisioni della Plenaria è un compiuto esame della questione dal punto di vista del diritto interno e, in particolare, del rapporto tra libertà di iniziativa economica e concorrenza, già affrontato in più occasioni dal giudice costituzionale (v. *supra*). Come si è detto in precedenza, un siffatto esame richiede di misurare il regime di proroga principalmente sull'articolo 41 della Costituzione, per verificare se esso possa ritenersi strumentale alla realizzazione della libertà costituzionale o se, invece, si riveli puramente e semplicemente lesivo della concorrenza. Anche in questa prospettiva il confronto con il diritto europeo resterebbe assolutamente centrale, non soltanto perché in rilievo è il rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza, ma perché la stessa libertà d'impresa è tutelata espressamente dall'articolo 16 della Carta di Nizza, che la riconosce “*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni nazionali*”. Così, la questione non si risolverebbe più nel rigido contrasto tra proroga e accesso al “mercato” delle concessioni, ma si arricchirebbe di ulteriori aspetti correlati alla natura e tipologia della proroga. In altri termini, la questione si sposterebbe dalla scontata illegittimità di una proroga automatica e generalizzata alla possibile legittimità di una proroga rapportata alla specificità dei singoli casi³³.

La Plenaria non affronta specificamente questi aspetti, limitandosi ad esaminare la questione dal solo punto di vista del diritto europeo³⁴.

³¹ Le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., affermano testualmente che “le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”.

³² Le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., rilevano al riguardo che “le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara”.

³³ In tal senso, M. MAGRI, «*Direttiva Bolkestein*» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, cit., 374 ss.

³⁴ Il profilo è solamente accennato quando l'Adunanza Plenaria sottolinea che l'automaticità e generalità delle proroghe violerebbe i “*principi di libera iniziativa economica*”.

Tuttavia, avverte con forza l'esigenza di salvaguardare i concessionari uscenti dal "significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere"³⁵, specialmente in un contesto "caratterizzato da un regime di proroga che è frutto di interventi normativi stratificatisi nel corso degli anni", da cui è derivata "una situazione di incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione". Precisa ulteriormente che l'indizione delle future gare dovrà "essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi" e che l'intervento normativo di riordino dovrà in ogni caso "farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari"³⁶.

Senonché, pur a fronte di così nitide affermazioni, la Plenaria sembra escludere la sussistenza di un vero e proprio affidamento in capo ai concessionari uscenti, sul presupposto che da tempo le concessioni demaniali sarebbero sottoposte ai "principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica" e che in ogni caso l'affidamento dovrebbe essere tutelato "non attraverso la proroga, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara"³⁷. Il ragionamento non è particolarmente convincente, poiché

e di ragionevolezza" (Cons. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021), ma non viene ulteriormente sviluppato con riferimento all'eventualità che le proroghe siano rapportate alla specificità dei singoli casi.

³⁵ Cos. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021, cit.

³⁶ Cons. St., ad. pl., nn. 17 e 18 del 2021, cit.

³⁷ Più esattamente, l'affidamento non sarebbe configurabile in quanto "ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione". Al di là delle riserve che l'affermazione possa suscitare, un'eventuale configurabilità dell'affidamento sarebbe così esclusa anche in un momento anteriore all'adozione della direttiva Bolkestein, considerato che, anche prima dell'intervento europeo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato affermava la sottoposizione delle concessioni demaniali ai principi di concorrenza ed evidenza pubblica (Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*). L'assunto non sembra perfettamente allineato con quelle posizioni giurisprudenziali che, invece, parametrano la configurabilità di un

l'obbligo della gara pubblica di per sé non esclude affatto che possano accordarsi eventuali proroghe a tutela di ipotetiche lesioni dell'affidamento: come si è già sottolineato, un conto è scegliere il concessionario in esito a una gara pubblica, altro è accordare una più ampia durata della concessione ove in concreto ne sussistano i presupposti. Ugualmente, la necessità di regolare a monte la tutela dell'affidamento, di per sé ampiamente condivisibile, non apporta alcuna efficace soluzione ove i rapporti concessori siano stati instaurati nell'assenza di analoghe previsioni di tutela. Resta inteso che, a fronte di plurime e reiterate proroghe legislative, può riuscire difficile ipotizzare in capo ai concessionari uscenti la lesione di un residuo affidamento, derivante dalle vicende normative succedutisi nel tempo, ma non può escludersi *a priori* che una tale lesione si sia in concreto verificata e che debba pertanto essere tutelata.

Ad ogni modo e al netto di ogni contraddizione, sta di fatto che la Plenaria rinvia al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni proprio al fine di salvaguardare la posizione dei concessionari uscenti, prospettando quella che può essere definita una disapplicazione differita dell'attuale regime di proroga³⁸. È pur vero che, nell'ottica della Plenaria, il rinvio degli effetti sia comunque strumentale ad assicurare l'intervallo di tempo necessario *“per svolgere la competizione, nell'ambito del quale*

eventuale affidamento sulla data di adozione della Direttiva 2006/123, c.d. Bolkestein (al riguardo, cfr. in particolare Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Foro it.*, 2/2020, parte III, 66 ss., con nota di A. TRAVI); sul problema del legittimo affidamento nell'ambito delle concessioni demaniali, C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., 2 ss.; M. MAGRI, «*Direttiva Bolkestein*» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue*, cit., 359 ss.; più in generale, sulla tutela dell'affidamento nel diritto europeo, M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili (nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)*, in *Giustizia insieme*, 2 dicembre 2021, nonché E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 186 ss.

³⁸ Così entrambe le decisioni dell'Adunanza Plenaria: “al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.”.

i rapporti continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata” e a “consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l’ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali”. Ma è indubbio che la deroga alla retroattività degli effetti trovi specifico fondamento nel “*principio di certezza del diritto*”, al fine di preservare la posizione dei concessionari uscenti a fronte di un “*quadro di incertezza normativa*”³⁹.

Occorre pertanto verificare quanto la strada della disapplicazione si riveli proficua per la tutela dei concessionari e quanto possa ritenersi compatibile con il diritto europeo. Al contempo, occorre verificare se vi siano altre strade per evitare le conseguenze di un’immediata cessazione.

5. Oltre la disapplicazione a effetti differiti

Nell’attuale contesto normativo, una tutela dei concessionari compatibile con il diritto europeo non sembra poter essere garantita dalla disapplicazione prospettata dalla Plenaria. Anzitutto, la disapplicazione “differita” viene di fatto a perpetuare quella stessa violazione del diritto europeo stigmatizzata dalle recenti decisioni, dal momento che per ben due anni molte concessioni potranno ancora beneficiare di proroghe automatiche e generalizzate.

In secondo luogo, va considerato che le singole amministrazioni sono tenute a disapplicare immediatamente la disciplina interna contrastante con il diritto europeo, soprattutto quando il contrasto risulti già stigmatizzato da una decisione della Corte di giustizia⁴⁰. Nella materia

³⁹ Significativo, al riguardo, il seguente passaggio delle decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., nel quale le ragioni del differimento vengono così illustrate: “in questo quadro normativo, l’Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione. La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all’ordinamento comunitario, Corte di giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03)”.

⁴⁰ Cfr. CGCE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*; Corte cost., 11 luglio

delle concessioni demaniali, le amministrazioni non avrebbero molto margine per affermare un'ipotetica compatibilità dell'attuale disciplina con il diritto europeo, posto che nel 2016 la Corte di giustizia ha censurato il previgente regime di proroga con affermazioni generali che, nella sostanza, ben possono estendersi alla vigente normativa. Conseguentemente, il differimento al 31 dicembre 2023 non risulterebbe direttamente vincolante per le singole amministrazioni, le quali, in virtù del precedente della Corte di giustizia, sarebbero semmai tenute ad un'immediata disapplicazione della disciplina interna contrastante con il diritto europeo. Ove ciò accadesse, molti concessionari subirebbero quelle stesse conseguenze negative che proprio il differimento al 31 dicembre 2023 avrebbe dovuto scongiurare. Se, tuttavia, altre amministrazioni dovessero adeguarsi alla Plenaria, verrebbe a crearsi una generale situazione d'incertezza sulle sorti dei rapporti concessori, potenzialmente lesiva dei principi di uguaglianza e parità di trattamento.

Assodata l'inidoneità della disapplicazione differita a preservare la posizione dei concessionari, come strada alternativa resterebbe l'allineamento dell'ordinamento all'unico regime di proroga compatibile con il diritto interno ed europeo, ossia un regime che ammetta le sole proroghe rapportate alla specificità dei singoli casi. Solo così le aspettative dei concessionari potrebbero misurarsi nella loro effettiva consistenza e, se del caso, ricevere una tutela calibrata sulle concrete esigenze. Senonché, a questo risultato non può giungersi in via interpretativa in quanto l'attuale disciplina configura chiaramente le proroghe in termini di generalità e automaticità, sicché ogni processo ermeneutico difficilmente potrebbe superare l'univocità del dettato normativo. Una soluzione potrebbe allora implicare un nuovo rinvio alla Corte di giustizia UE attraverso il quale chiedere esplicitamente se il diritto europeo osti all'ammissibilità di proroghe giustificate dalla specificità dei casi concreti⁴¹. Così formulata,

1989, n. 389, in *www.cortecostituzionale.it*; si segnala che, recentemente, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321, ha escluso l'obbligo dell'amministrazione di disapplicare la legge nazionale contrastante con il diritto europeo (per un commento alla sentenza, R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a Tar Puglia, Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321)*, in *Giustizia insieme*, 22 dicembre 2020; in argomento, A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto Ue e protagonismo giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 18/2021, 1 ss.); sulla disapplicazione della legge in generale e, in particolare, sulla disapplicazione della legge per contrasto con il diritto comunitario, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, *passim* e spec. 125 ss.

⁴¹ L'Adunanza Plenaria esclude l'eventualità di un nuovo rinvio alla Corte di giusti-

la questione risulterebbe in parte diversa da quella che ha originato la decisione *Promoimpresa* e offrirebbe al giudice europeo l'occasione per sviluppare più compiutamente l'assunto già in nuce nella pronuncia del 2016, in base al quale lo scioglimento dei rapporti concessori dovrebbe auspicabilmente avvenire a “*condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*”⁴². Un'altra soluzione contemplerebbe, invece, una pronuncia della Corte costituzionale che chiarisca a quali condizioni un'eventuale proroga sia ammissibile in base al rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. In tal caso, il parametro della decisione non si esaurirebbe nell'articolo 41 Cost., ma ben potrebbe estendersi al diritto europeo, considerato che la libertà d'iniziativa economica trova espressa tutela nell'articolo 16 della Carta di Nizza, che riconosce “*la libertà d'impresa conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”. La circostanza che sia in rilievo una libertà tutelata dalla Carta di Nizza non precluderebbe il sindacato della Corte costituzionale, dal momento che, in base alle recenti acquisizioni in tema di c.d. doppia pregiudizialità, la Corte sarebbe comunque tenuta a pronunciarsi quando la questione prospettata coinvolga le norme della Carta⁴³. Sorprende pertanto che la Plenaria abbia escluso un rinvio alla Corte invocando

zia, argomentando che “la questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi”.

⁴² CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cit.

⁴³ Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, in *www.cortecostituzionale.it*: “fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione (...) pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato concentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali” (le acquisizioni in esame sono state ulteriormente precisate dalla successiva giurisprudenza costituzionale; cfr. in particolare Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *www.cortecostituzionale.it*).

proprio la “teoria” sulla doppia pregiudizialità⁴⁴, anche se ciò è dipeso probabilmente dal fatto che le decisioni non sono state impostate sulla libertà d’iniziativa economica. Ad ogni modo, in coerenza con la giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra libertà d’impresa e concorrenza, non è escluso che la Corte possa in ipotesi dichiarare incostituzionale l’attuale disciplina, nella parte in cui prevede delle proroghe automatiche e generalizzate, anziché rapportate alla specificità dei singoli casi. Resta inteso che un’ipotetica decisione in tal senso non risolverebbe tutti i problemi, dal momento che la pronuncia della Corte dovrebbe probabilmente accompagnarsi ad un intervento normativo che disciplini più precisamente le condizioni del procedimento di proroga. Ciò non toglie che la decisione individuerebbe pur sempre il principio da seguire ai fini della concessione delle proroghe, rivelandosi un punto di riferimento per amministrazione e giudici.

6. Osservazioni conclusive

Pur avvertendo l’entità del problema, le decisioni della Plenaria non preservano adeguatamente la posizione dei concessionari uscenti. Probabilmente, non sarebbe risolutivo nemmeno un ipotetico intervento della Corte costituzionale e difficilmente potrebbe ipotizzarsi un nuovo intervento della Corte di giustizia a distanza di pochi anni dalla decisione *Promoimpresa*. La questione parrebbe potersi risolvere soltanto attraverso un intervento normativo che, nel riordinare il settore, tenga specificamente conto della situazione dei concessionari.

In base alle considerazioni svolte, un intervento normativo che, nel rispetto del diritto europeo, volesse adeguatamente salvaguardare la posizione dei concessionari, dovrebbe escludere le proroghe automatiche e generalizzate e ammettere soltanto quelle rapportate alla specificità dei singoli casi, ferma restando la previsione di un termine massimo. È im-

⁴⁴ Sul punto, le decisioni nn. 17 e 18 del 2021, cit., rilevano che “un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, precisando, tuttavia, che “nessuna delle due “eccezioni” ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti”.

portante ribadire come tali conclusioni siano giustificate anche dal diritto interno e, in particolare, dall'interpretazione dell'articolo 41 Cost. fornita dalla giurisprudenza costituzionale. In altri termini, tanto per il diritto europeo quanto per il diritto interno la rilevanza della concorrenza non è mai assoluta e incondizionata, ma deve sempre misurarsi con altri interessi che talvolta possono provocarne una temporanea attenuazione. Nella questione esaminata in questo scritto, la convergenza tra diritto interno e diritto europeo si riflette nell'indicato punto di equilibrio tra concorrenza e libertà d'impresa.

