

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
E CONCESSIONI DEMANIALI:
PIÙ LUCI O PIÙ OMBRE NELLE SENTENZE GEMELLE
DELL'ADUNANZA PLENARIA?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto primario dell'Unione, questioni puramente interne e interesse transfrontaliero certo. – 3. La direttiva servizi e la sua finalità liberalizzatrice. – 4. Segue. La sua efficacia diretta verticale unilaterale. – 5. L'obbligo per l'amministrazione di applicare direttamente il diritto dell'Unione. – 6. Primato del diritto dell'Unione e giudicato. – 7. L'efficacia temporale delle sentenze gemelle. – 8. Le questioni aperte dei requisiti di gara e dell'indennizzo dei concessionari uscenti.

1. *Premessa*

Dalla ormai nota sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa *Promoimpresa*¹ ad oggi sono passati più di cinque anni, ma sulla vicenda delle concessioni demaniali marittime non è stata probabilmente ancora detta l'ultima parola². Come è emerso dai primi commenti³ e

¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

² Per una rassegna della normativa e della giurisprudenza, nazionale e dell'Unione europea, sulle concessioni demaniali marittime, v. 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. Sul tema del rapporto tra diritto dell'Unione e concessioni demaniali marittime, v. F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli 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*, n. 20/2021; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021.

³ Per un primo commento delle sentenze, v. F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria*

dalle prese di posizione di alcune associazioni di categoria⁴, le recenti sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria sono destinate ad alimentare ulteriormente il vivace dibattito dottrinale anche negli anni a venire, a causa delle loro notevoli implicazioni giuridiche, politiche, economiche e sociali, che vanno ben oltre la soluzione del caso concreto⁵.

L'importanza delle sentenze di cui si discute è notevole tanto per i risvolti pratico-applicativi quanto sul piano teorico e sistematico. Invero, tali sentenze non solo prendono espressa posizione sulla questione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, pronunciandosi per la loro incompatibilità con il diritto dell'Unione e, al tempo stesso, per il mantenimento della loro efficacia fino al 31 dicembre 2023, bensì analizzano *funditus* alcuni principi fondamentali e qualificanti del rapporto tra diritto dell'Unione e diritto interno. A titolo esemplificativo, l'Adunanza plenaria affronta i temi dell'ambito di applicazione del diritto primario dell'Unione, della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) e della sua efficacia *self-executing*, fino ad arrivare ad esaminare le questioni del temperamento del principio del primato del diritto dell'Unione con quello dell'autorità del giudicato, e dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte di giustizia.

La strada sembrava in qualche modo segnata dopo l'avvio da parte della Commissione europea della nuova procedura di infrazione del 2020⁶, che aveva fortemente censurato la proroga delle concessioni per ulteriori 15 anni, fino al 2034, disposta dall'art. 1, commi 682 e 682, della legge del 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), poiché in palese contrasto con l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva 2006/123/

del Consiglio di Stato, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2021; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021; A. CIRCOLO, *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni*, in *Blog di Aisdue*, 2 dicembre 2021.

⁴ Cfr. Il sito delle associazioni balneari: <https://www.mondobalneare.com/argomenti/sindacati-e-associazioni>.

⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

⁶ Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruxelles, 3 dicembre 2020. Nella stessa direzione si muove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (v. ad es. AS1749 – *Comune di Cropani (CZ) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con Finalità Turistico-Ricreative*, del 7 maggio 2021; AS1799 – *Regione autonoma della Sardegna – proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, del 22 ottobre 2021).

CE, come interpretati dalla pronuncia *Promoimpresa*⁷. Tuttavia, le sentenze gemelle del supremo Consesso amministrativo si conformano per molteplici profili al diritto dell'Unione e richiamano in modo puntuale la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, mentre per altri profili individuano delle soluzioni che possono apparire distoniche rispetto ad alcuni principi ormai sedimentati nell'ordinamento dell'Unione o che comunque richiedono una ulteriore riflessione.

Il presente contributo si propone di formulare alcune osservazioni critiche soltanto sulle principali questioni di diritto dell'Unione affrontate dalle sentenze dell'Adunanza plenaria e, pertanto, si colloca in una limitata prospettiva di indagine, senza alcuna pretesa di ricostruire in modo esaustivo la complessa problematica delle concessioni demaniali.

2. *Il diritto primario dell'Unione, questioni puramente interne e interesse transfrontaliero certo*

Il primo nodo che logicamente l'Adunanza plenaria è stata chiamata a sciogliere riguarda il campo di applicazione del diritto dell'Unione, tanto di disposizioni di diritto primario (art. 49 TFUE) quanto di quelle di diritto derivato (direttiva 2006/123/CE). Nonostante l'ampliamento delle competenze dell'Unione e la loro vis espansiva, che finiscono inevitabilmente per restringere le competenze statali, rimane ferma l'esigenza di individuare correttamente le questioni che rientrano nel cono d'ombra del diritto dell'Unione⁸.

A questo proposito, il giudice amministrativo esamina prima la questione dell'interpretazione del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e poi quella della direttiva 2006/123/CE e della sua efficacia, mentre non ritiene applicabile la direttiva 2014/23/UE⁹, in quanto le concessioni in esame vertono sull'autorizzazione a esercitare un'attività

⁷ Sull'obbligo di conformarsi alle sentenze pregiudiziali, v. G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, 6/2020, p. 189.

⁸ Cfr. A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli 2019.

⁹ La stessa direttiva 2014/23/UE esclude dal suo campo di applicazione "gli accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico (...) in particolare nel settore dei porti marittimi o interni" (15 considerando). Cfr. G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *RIDPC*, 2015, p. 1095.

economica in un'area demaniale anziché su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore.

Con riferimento a quest'ultimo profilo definitorio, è il caso di ricordare che l'Adunanza plenaria non accoglie la tradizionale distinzione 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, optando per un'interpretazione sostanzialistica che valorizza l'autorizzazione che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica. La trama argomentativa del Consiglio di Stato privilegia la sostanza sulla forma e si colloca nel solco del diritto dell'Unione, che spesso utilizza una propria terminologia superando gli ostacoli derivanti da rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche nazionali. In tal senso, infatti, le sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia hanno definito nozioni autonome, come, ad esempio, quelle di lavoratore dipendente¹⁰, di impresa¹¹ e di giurisdizione nazionale¹², con l'obiettivo di evitare che le norme interne escludano unilateralmente persone, enti e organi dalla sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Allo stesso modo, è funzionale all'obbligo imposto dal diritto dell'Unione di indire procedure di gara l'approdo interpretativo dell'Adunanza plenaria che riconduce le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative nell'ambito delle autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi. Pertanto, si inquadrano nella consolidata prospettiva funzionalistica della giurisprudenza dell'Unione le sentenze dell'Adunanza Plenaria che rivedono la distinzione giuridico-formale tra concessione di beni e autorizzazione di attività per assicurare la *par condicio* tra gli operatori del mercato balneare.

Tanto premesso, l'applicabilità del diritto di stabilimento in relazione alle concessioni demaniali è stata contestata ritenendo mancante nel caso di specie il requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione plausibile

¹⁰ Corte di giustizia, sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, p.to 14; 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martinez Sala*, p.to 32; 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, p.to 25.

¹¹ Corte di giustizia, sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, p.to 21; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, p.to 107; 27 aprile 2017, causa C-516/15 P, *Akzo Nobel e a./Commissione*, p.to 47.

¹² Corte di giustizia, sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Goebbels*, p.ti 1-14; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, p.to 23.

del giudice nazionale¹³. È bene ricordare che affinché l'articolo 49 TFUE possa essere applicato in materia di appalti e concessioni ad attività i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro, è necessario che il contratto in discussione nel procedimento principale presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto di determinati criteri oggettivi e concordanti¹⁴. L'iniziale giurisprudenza della Corte in merito al requisito dell'interesse transfrontaliero certo ha subito un'evoluzione nel corso degli anni al fine di rispondere alle molteplici critiche, che si erano incentrate principalmente sulla sostanziale vaghezza dei criteri individuati¹⁵. Per tale motivo attualmente la Corte impone al giudice nazionale di addurre elementi concreti sull'interesse transfrontaliero certo, quali, ad esempio, in tema di appalti di lavori: a) l'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione; b) il luogo di esecuzione dei lavori; c) le caratteristiche tecniche dell'appalto; d) le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa; e) l'esistenza di eventuali denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri.

L'Adunanza plenaria richiama questi requisiti e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia laddove evidenzia che un complesso di beni demaniali, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Non si può che condividere questa affermazione dei giudici di Palazzo Spada, così come quella in merito alla enorme differenza tra il giro d'affari stimato del settore, che si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, e l'ammontare dei canoni di concessione, che supera di poco i cento milioni di euro, pur potendo il concessionario ricorrere alla sub-concessione. Qualche dubbio solleva invece la conseguenza di queste affermazioni, vale a dire che le spiagge italiane, le aree lacuali e fluviali per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentano tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo. Si tratta di una affermazione generalizzata e astratta che mette aprioristicamente sullo

¹³ Sul diritto di stabilimento in generale, v. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino 2021, 169; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), volume II, Napoli 2021, p. 85.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenze 16 aprile 2015, causa C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*, p.to 16; 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, p.to 22.

¹⁵ Cfr. D.P. DOMENICUCCI, *Il rinvio pregiudiziale e i confini mobili delle situazioni puramente interne*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino 2020, 77.

stesso piano tutte le spiagge italiane senza alcuna valutazione del singolo caso concreto e, quindi, dello specifico bene demaniale. Se è vero che la maggior parte delle spiagge italiane presenta un interesse transfrontaliero certo, ciò non toglie che vi possano essere alcune spiagge nazionali che difettano di questo requisito. Per questo motivo nella sentenza *Promoimpresa* la Corte di giustizia aveva richiesto di valutare le “caratteristiche proprie dell’appalto in questione” sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, dichiarando irricevibile la prima questione pregiudiziale di una delle due cause riunite (causa C-67/15), in quanto il giudice del rinvio non aveva fornito gli elementi necessari per ritenere soddisfatto il requisito dell’interesse transfrontaliero certo¹⁶. Questa indicazione non sembra sia stata colta in tutta la sua pienezza dalle sentenze in commento, visto che il giudice amministrativo nazionale ha richiamato in modo generico l’interesse transfrontaliero certo, anziché imporre di distinguere caso per caso o, quanto meno, riconoscere la possibilità di dimostrare l’assenza di questo requisito in ipotesi peculiari. Peraltro, l’affermazione indistinta del Consiglio di Stato, se portata all’estreme conseguenze, potrebbe svantaggiare gli operatori dello Stato italiano rispetto a quelli di altri Stati membri, le cui spiagge per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica non sono complessivamente paragonabili a quelle del bel paese.

In definitiva, solleva alcune perplessità l’indifferenziato criterio individuato per l’accertamento dell’interesse transfrontaliero certo, che costituisce la premessa fondamentale per assoggettare gli affidamenti alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, segnatamente ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità e di trasparenza. Al di là di questa dovuta precisazione, non si può che concordare con l’esigenza generale di assegnare le concessioni demaniali per mezzo di procedure concorsuali ad evidenza pubblica, che è stata pienamente recepita dall’Adunanza plenaria.

3. *La direttiva servizi e la sua finalità liberalizzatrice*

La questione dell’interesse transfrontaliero certo non appare dirimente, in quanto superata dall’esistenza della direttiva 2006/123/CE, la

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza *Promoimpresa*, cit., p.ti 68 e 69.

cui applicazione prescinde dalla sussistenza di tale requisito¹⁷. Le regole di questa direttiva in materia di stabilimento sono destinate a trovare applicazione anche a situazioni i cui elementi rilevanti si collocano “tutti all'interno di un solo Stato membro”¹⁸. Nondimeno, l'obbligo di evidenza pubblica contenuto nell'art. 12 della direttiva servizi è stato messo in discussione dalle parti del giudizio per altre motivazioni, che sono state giustamente confutate dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo qualifica correttamente la finalità liberalizzatrice della direttiva 2006/123 sulla scorta della sua base giuridica, dei suoi considerando e delle sue disposizioni. Occorre premettere che la distinzione tra la finalità liberalizzatrice di una direttiva e quella di armonizzazione può risultare non evidente e difficile da tracciare, considerato che questo atto vincolante comporta un certo grado di uniformità, precludendo l'adozione di norme nazionali con essa incompatibili¹⁹. Ad ogni modo, la finalità principale della direttiva servizi consiste non nell'armonizzazione delle disposizioni nazionali, bensì nell'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, con l'obiettivo di garantire l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso. Si tratta di una liberalizzazione più profonda di quella prevista dal Trattato, che restringe il margine di manovra degli Stati per l'imposizione di restrizioni.

Sulla base delle convincenti e lineari argomentazioni del Consiglio sulla finalità liberalizzatrice della direttiva è stata rigettata anche la contestazione in merito all'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo alla luce dell'art. 195 TFUE. Va posto in chiara evidenza che la direttiva servizi riguarda il mercato interno e la concorrenza, che rientrano, rispettivamente, nell'ambito delle competenze concorrenti ed esclusive dell'Unione piuttosto che in quelle che vengono definite complementari e che comprendono anche il turismo. Com'è noto, l'Unione non può sostituirsi alla competenza nazionale nel settore del turismo, ma può limitarsi soltanto a sostenere, coordinare o completare l'intervento degli Stati membri. Ciò

¹⁷ Cfr. F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009.

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-361/16, *X e Visser*, p.to 110. Sulla questione, v. J. SNELL, *Independence day for the Services Directive: Visser*, in *CMLR*, 2019, 1119; E. SPAVENTA, *Le libertà fondamentali del Mercato*, in *AA.VV., Annali AISDUE*, Bari 2020, 178; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, cit., 176.

¹⁹ In tal senso, v. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli 2013, 147.

non implica l'esistenza di una generale *tourism exemption* dall'applicazione delle regole del mercato interno e della concorrenza, considerato che tali regole sono per loro natura trasversali, investendo e intersecandosi necessariamente con altre competenze. Più in generale, secondo il principio invalso nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri non esclude il rispetto del diritto dell'Unione²⁰. Basti pensare che neppure la competenza esclusiva degli Stati membri in tema di sicurezza nazionale, espressamente prevista dall'art. 4, par. 2 TUE, sfugge al rispetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione²¹.

Due ulteriori osservazioni contenute nelle sentenze corroborano la conclusione alla quale è pervenuto il giudice amministrativo in ordine ai rapporti tra direttiva servizi e concessioni demaniali senza sollevare particolari problemi interpretativi. Per un verso, il turismo non è espressamente escluso dalla sfera di applicazione della direttiva servizi, poiché non coincide con i "servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali" ai quali non si applica l'atto dell'Unione. Per altro verso, l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123 alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riflette direttamente sulla politica nazionale in materia di turismo, in quanto "il rilascio della concessione rappresenta solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva".

L'Adunanza plenaria ha cercato poi di mettere un punto fermo in merito alla scarsità delle aree demaniali marittime a disposizione, che costituisce uno dei presupposti per l'indizione delle procedure di selezione aperte, pubbliche e basate su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, ai fini dell'affidamento delle concessioni per un periodo di tempo limitato. Al riguardo, possono riproporsi le stesse obiezioni sollevate in relazione al requisito dell'interesse transfrontaliero certo, giacché non necessariamente tutte le aree demaniali destinabili a uso

²⁰ V. M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018, in part. 224 ss.; P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in DPCE, 2/2019, 5.

²¹ Al riguardo, ci permettiamo di rinviare a F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Atti offerti a Claudia Morviducci*, Bari 2019, 27.

turistico-ricreativo sono da considerare risorse scarse. In tal caso l'articolata risposta del giudice amministrativo sembra trasporre nell'ambito dei beni demaniali principi e istituti tipici del diritto della concorrenza²², quali ad esempio la definizione del mercato rilevante e l'esistenza di limiti quantitativi e di barriere all'ingresso²³, per dimostrare che le risorse disponibili sono ormai (quasi) inesistenti e arrivare al risultato della contendibilità del titolo concessorio. I dati di mercato richiamati dal giudice amministrativo per suffragare questa conclusione devono essere attentamente verificati, ma il ragionamento seguito appare più lineare e motivato rispetto a quello concernente il requisito dell'interesse transfrontaliero certo. Un *caveat* è però d'obbligo: l'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sul requisito della scarsità delle risorse per risolvere la questione dell'applicabilità della direttiva servizi ed evitare la preclusione dell'accesso al mercato da parte di nuovi operatori, mentre non è stata direttamente coinvolta sull'esigenza fondamentale di regolamentare i beni demaniali in modo da tenere in debita considerazione le istanze delle collettività e consentire l'accesso dei cittadini alle spiagge libere²⁴.

²² Peraltro, sotto il profilo del diritto della concorrenza la concessione di un bene demaniale senza una remunerazione adeguata in linea con i tassi di mercato potrebbe finanche rientrare nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE laddove si traduca in una rinuncia a entrate dello Stato o nell'attribuzione di un vantaggio (Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GUUE C 262, 19.7.2016, 1).

²³ Ciò si riscontra, in particolare, nelle parti in cui le sentenze gemelle mettono in risalto che la scarsità "di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga ex lege", "ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane", può "creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva".

²⁴ Cfr., al riguardo, 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*, cit. Sull'esigenza di conformarsi al diritto dell'Unione coniugando il principio della concorrenza con quello dell'economia sociale di mercato, v. 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*, cit.

4. Segue. *La sua efficacia diretta verticale unilaterale*

Il giudice amministrativo ha cercato di dipanare anche la complessa questione degli effetti della direttiva in esame, con affermazioni che non appaiono del tutto soddisfacenti, fermo restando l'illegittimità della prosecuzione *ex lege* delle concessioni fino al 2033 alla luce del diritto dell'Unione. Non vi è dubbio che la previsione contenuta nell'art. 12 della direttiva risulta provvista di efficacia diretta²⁵, in quanto chiara, precisa e suscettibile di applicazione immediata, in particolare, nella parte in cui impone l'obbligo negativo di non prorogare le concessioni demaniali. Al contempo, non rileva che il d.lgs. n. 59 del 2010 abbia formalmente recepito la direttiva servizi, atteso che le successive norme di legge hanno disatteso l'obbligo di non prorogare le concessioni imposto da tale atto dell'Unione.

Ciò nonostante, la ricostruzione del Consiglio di Stato appare incompleta sotto diversi profili, innanzitutto in relazione alla questione degli effetti diretti verticali inversi della direttiva. Difatti, occorre ricordare che le norme di una direttiva provviste di efficacia diretta possono essere invocate soltanto da parte dei singoli nei confronti dello Stato, poiché al singolo che fa valere il proprio diritto lo Stato non può opporre la mancata trasposizione della direttiva di cui si è reso inadempiente²⁶. Specularmente al riconoscimento del principio degli effetti diretti verticali unilaterali trova applicazione il divieto di effetti diretti verticali all'inverso, visto che non possono essere imposti obblighi in capo ai singoli indipendentemente da una legge interna che vi abbia dato tempestiva e corretta attuazione²⁷. In altri termini, un conto è domandare all'amministrazione di applicare direttamente una norma di una direttiva *self-executing*, altro è invocare tale norma nei confronti del privato. Ne discende, ad esempio,

²⁵ Sul tema dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione, v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018.

²⁶ Corte giustizia, sentenze 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, p.to 22; 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, p.to 24; 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall I*, p.to 47.

²⁷ V., ad es., Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, la quale ha ribadito ancora una volta che “ a norma dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, il carattere vincolante di una direttiva, sul quale si fonda la possibilità di invocarla, sussiste solo nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta» (p.to 66), ricordando “che, anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un singolo” (p.to 67).

che un operatore interessato ad aggiudicarsi una concessione demaniale prorogata può legittimamente richiedere al Comune di applicare direttamente l'art. 12 della direttiva servizi, mentre è precluso all'amministrazione, almeno in linea di principio, di ricorrere in modo immediato a questa disposizione nei confronti del concessionario.

Questo ostacolo poteva essere rimosso percorrendo tre soluzioni, di cui due sono affiorate nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sia pure in modo del tutto episodico e discontinuo, e una costituisce un rimedio ormai consolidato nella nostra giurisprudenza costituzionale.

Per un verso, la Corte europea ha affermato che "un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli"²⁸. Per questa via, i concessionari potrebbero rientrare nel novero dei soggetti tenuti applicare direttamente la direttiva servizi, non potendo essere semplicemente assimilati a dei soggetti privati. Si tratta di riconoscere degli effetti diretti non tanto verticali inversi quanto orizzontali tra soggetti in qualche modo riconducibili allo Stato, mettendo in luce una problematica non ricorrente nella prassi, in quanto nel caso di specie non è il privato ma l'amministrazione a rivendicare l'efficacia diretta della direttiva nei confronti di un soggetto in senso lato pubblico.

Per altro verso, ci si interroga se vi sia uno spazio per attribuire alla direttiva servizi degli effetti di esclusione o di opposizione per risolvere le sue antinomie con il diritto nazionale. Questa nozione si fonda sull'idea che un atto dell'Unione sprovvisto di efficacia diretta può limitarsi ad impedire l'applicazione di una norma interna con esso contrastante senza comportare la sua sostituzione²⁹. Pertanto, si poteva riconoscere nel caso di specie questo effetto di esclusione della disposizione dell'art.1, commi 682 e 682, della legge di bilancio 2019 contrastante con una norma della direttiva priva di effetti diretti nei confronti dei privati.

Sotto un profilo puramente interno, può essere aggiunto un ulteriore tassello al complesso mosaico delle soluzioni applicabili nel caso di specie

²⁸ Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster*, p.ti 18-21.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 2000, causa C-456/98, *Centroteel*, p.to 15; 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione/Italia*, p.to 23. Cfr. M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n. 4, 931.

per superare la questione degli effetti diretti. Infatti, è d'uopo ricordare che in presenza di un conflitto con disposizioni di una direttiva priva di effetti diretti, anche nei soli rapporti con i privati, la legge nazionale può essere sottoposta al controllo di costituzionalità³⁰. Ne discende che il Consiglio di Stato poteva sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge di proroga delle concessioni demaniali per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della direttiva servizi quale parametro interposto di costituzionalità³¹. Invero, non è tollerabile la vigenza di disposizioni di legge incompatibili con una direttiva in attesa di una loro espressa o implicita abrogazione. Questa soluzione appare più agevole rispetto a quelle precedentemente indicate e avrebbe avuto il pregio di rimuovere in via definitiva dal nostro ordinamento le norme di legge sulla proroga delle concessioni, ma è stata esclusa dal Consiglio di Stato, verosimilmente, a causa dell'errato riconoscimento dell'effetto diretto pieno della direttiva. In considerazione della riluttanza del legislatore nell'ottemperare ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione, la pronuncia accentrata di costituzionalità con effetti *erga omnes* poteva rappresentare un rimedio particolarmente efficace nel caso di specie per risolvere la questione delle norme non *self-executing* e per garantire certezza del diritto³².

Tuttavia, non vi è traccia nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato della citata giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale né della più generale problematica degli effetti diretti verticali inversi della direttiva, sebbene si tratti di un campo battuto in lungo e in largo dalla dottrina³³. È il caso di precisare però che la problematica di

³⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, 589; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, 195.

³¹ V. ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2010, n. 28.

³² Peraltro, nel corso degli anni la Corte costituzionale ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedevano delle proroghe delle concessioni demaniali (v., ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 29 gennaio 2021 n. 10, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 46/2019 della Regione Calabria).

³³ Cfr., *ex multis*, P. CRAIG, *Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *European law review*, 1997, 519; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, 417; C.A. VARNER, *The Effectiveness of European Community Law with Specific Regard to Directives: The Critical Step Not Taken by the European Court of Justice*, in *Michigan Journal of International Law*; 2001, 457; J. M. PRINSEN, *Direct effect: Rethinking a classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002; E. CANNIZZARO, *Autonomia processuale degli Stati membri e limiti derivanti*

cui si discute non si pone in relazione alla previsione contenuta nell'art. 49 TFUE, che è dotata di effetti diretti pieni e bidirezionali, sia verticali che orizzontali, con la conseguenza che le amministrazioni possono legittimamente pretendere la sua applicazione immediata e diretta nei confronti dei concessionari dei beni demaniali aventi interesse transfrontaliero certo. Questa motivazione può aver indotto l'Adunanza plenaria a non affrontare la complessa questione del conflitto delle norme di legge con le disposizioni della direttiva prive di effetto diretto nei confronti del concessionario.

L'analisi del Consiglio di Stato appare incompiuta anche in relazione alle implicazioni penali dell'occupazione *sine titulo* del concessionario. Il giudice amministrativo avrebbe dovuto prendere in considerazione che nella giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia si è costantemente affermato che una direttiva non può avere come effetto, "indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione" delle sue disposizioni³⁴. Il che significa che i concessionari non possono essere sanzionati per non essersi conformati a una direttiva non correttamente trasposta, in quanto lo Stato non può avvalersi del suo inadempimento nei loro confronti. Se è vero che la direttiva è stata formalmente recepita dal nostro legislatore con il d.lgs. n. 59 del 2010, occorre pure considerare che con le successive norme di legge (l. n. 145 del 2018 e il d.l. n. 34 del 2020) lo Stato italiano ha finito per porsi in contrasto con l'obbligo di non prorogare le concessioni previsto dall'art. 12 della direttiva servizi. Pertanto, tale obbligo non è stato rispettato e la responsabilità di questa violazione non può essere imputata al concessionario, bensì solo allo Stato. A bene vedere, l'organo giurisdizionale amministrativo arriva comunque ad escludere la responsabilità penale dei concessionari, ma sulla base dei principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale, "che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario", impedendo in tal modo

dal diritto dell'Unione, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il falso in bilancio*, Napoli 2004, 37; R. KRÁL, *Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations*, in *European Public Law*, 2010, 239; M. RASMUSSEN, *How to enforce European law? A new history of the battle over the direct effect of Directives*, in *ELJ*, 2017, 2019.

³⁴ Corte di giustizia, 3 maggio 2005, causa C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, p.to 74. Cfr. F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *DUE*, 2006, 211.

la produzione di effetti penali diretti in *malam partem*. Pur se la Corte di Cassazione ha escluso l'esistenza di una questione di applicazione in *malam partem*³⁵, non ritenendo ipotizzabile una violazione dei principi di legalità e di tassatività, assume comunque rilevanza dirimente il fatto che il concessionario non possa essere sanzionato per la violazione di un obbligo che grava esclusivamente sullo Stato. In tal senso, si può ritenere che la violazione della direttiva da parte dello Stato paralizzi la sua pretesa punitiva nei confronti del concessionario la cui occupazione abusiva del bene demaniale trae origine proprio dal comportamento illegittimo dello Stato.

Al di là delle implicazioni penali dell'occupazione abusiva di uno spazio demaniale marittimo, si osserva che l'Adunanza plenaria non riconosce il legittimo affidamento degli attuali concessionari al mantenimento della proroga sulla scorta di motivazioni che non sollevano alcun problema rispetto al diritto dell'Unione, in quanto richiamano, in modo chiaro e con dovizia di particolari, le procedure di infrazioni avviate nei confronti dello Stato italiano e la giurisprudenza della Corte di giustizia, oltre quella costituzionale, le quali convergono nella direzione di imporre procedure competitive ispirate ai principi di trasparenza e non discriminazione.

5. *L'obbligo per l'amministrazione di applicare direttamente il diritto dell'Unione*

L'Adunanza plenaria ha sentito l'esigenza di fare definitiva chiarezza in merito a un'ulteriore questione inerente all'effetto diretto in modo da evitare che vengano messi in discussione principi ormai consolidati della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che stentano, ancora oggi, ad essere del tutto metabolizzati da alcuni organi giurisdizionali nazionali, come nel caso del TAR Lecce³⁶. Secondo quest'ultimo soltanto al giudice nazionale sarebbe riservata la piena competenza di dare pieno effetto alle norme dell'Unione, mentre questo potere sarebbe generalmente precluso all'amministrazione e, per essa, al funzionario o al dirigente proposto.

³⁵ Corte di Cassazione, Sez. 3^a, sentenza 12 giugno 2019, n. 25993.

³⁶ Tar Lecce, sez. I, sentenza 27 novembre 2020, n. 895; cfr. G. VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *dirittounione-europea.eu*, 11 febbraio 2021.

In disparte la questione problematica degli effetti diretti verticali di cui si è discusso in precedenza, per confutare il discutibile orientamento del TAR Lecce, l'Adunanza plenaria si muove nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia ricorrendo a molteplici argomentazioni, univoche e concordanti nel riconoscere la piena legittimazione dell'amministrazione ad applicare le norme dell'Unione *self-executing*.

In primis, occorre evidenziare che il Consiglio di Stato chiarisce che la tesi del giudice di prime cure si tradurrebbe nel parziale disconoscimento del c.d. effetto utile delle stesse direttive *self-executing* e nella artificiosa creazione di un'inedita categoria di norme dell'Unione direttamente applicabili nei rapporti verticali solo da parte del giudice e non della pubblica amministrazione. Anzi, i giudici di Palazzo Spada giustamente rilevano che vi è una progressiva valorizzazione dell'efficacia diretta della direttiva, anche se, è bene ribadirlo, ciò non si traduce nell'espressa affermazione del loro effetto verticale inverso o orizzontale. Semmai, vi è una costante espansione del principio dell'interpretazione conforme per evitare o attenuare le conseguenze discriminatorie che possono discendere dal mancato riconoscimento degli effetti diretti orizzontali della direttiva, oltre che l'utilizzo di altri rimedi (quali, ad esempio, il risarcimento dei danni, l'utilizzo combinato della Carta di diritti fondamentali o di un principio generale del diritto dell'Unione e nel nostro ordinamento la proposizione di una questione di legittimità costituzionalità). Va qui chiarito però che il principio dell'interpretazione conforme non è applicabile nel caso di specie, atteso che la portata di tale principio non può costituire il fondamento di una interpretazione *contra legem* delle norme nazionali.

In secondo luogo, l'Adunanza plenaria ha giustamente sottolineato che la limitazione dei poteri dell'amministrazione finirebbe per affidare alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi in via definitiva. Questa situazione risulta lampante in relazione al contenzioso di cui si discute, visto che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso. Più in generale, a giudizio del Consiglio di Stato costituisce una contraddizione in termini riconoscere che l'amministrazione sia "costretta" ad adottare un atto illegittimo destinato in un secondo momento ad essere annullato dal giudice, non potendo essere invocata al riguardo alcuna ragione di certezza del diritto.

Tutte queste argomentazioni risultano pienamente conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁷, la quale ha costantemente affermato che il principio della preminenza del diritto dell'Unione impone non solo al giudice, bensì allo Stato membro nel suo insieme, dunque a tutte le sue articolazioni, in particolare le amministrazioni, di dare pieno effetto alle norme dell'Unione. Vale a dire che i soggetti interessati possono richiedere l'applicazione dell'art. 12 della direttiva servizi a tutti gli organi dell'amministrazione, ivi compresi quelli degli enti territoriali, senza che questi ultimi possano rinviare la definizione della questione ai giudici nazionali, alimentando in tal modo il contenzioso amministrativo.

Alla luce di quanto evidenziato viene giudicata infondata la preoccupazione sollevata dal TAR Lecce di non affidare la disapplicazione della legge nazionale a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea³⁸. Peraltro, l'organo giurisdizionale di ultima istanza ritiene che proprio nel caso di specie tale incertezza non sussista, poiché il carattere *self-executing* della direttiva 2006/123 è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella precedente sentenza *Promoimpresa*, oltre che dalla successiva e copiosa giurisprudenza nazionale³⁹.

Pur esprimendo l'auspicio che il legislatore intervenga con una disciplina espressa e puntuale che sia conforme al diritto dell'Unione, l'Adunanza plenaria statuisce che l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi in essa contenuti forniscono già tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege. Con questa statuizione il Consiglio di Stato dimostra di essere pienamente a conoscenza che in base alla giurisprudenza consolidata della Corte di

³⁷ Corte di giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, punto 32. V. anche Corte di giustizia, sentenze 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, p.to 26 ss.; 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Larsy*, p.ti 52 e 53; 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), p.ti 49-50.

³⁸ In senso favorevole all'orientamento formulato dal Tar Lecce, v. F.P. BELLO, *Principali considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit., il quale evidenzia che "Ritenere sussistente in capo alla p.a. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, significa indirettamente chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito (di uniformare il diritto interno a quello dell'Unione) che è proprio del legislatore e che questi dovrebbe esercitare difendendo le proprie prerogative".

³⁹ V. ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 18 novembre 2019, n. 7874; Tar Campania, sentenza 23 febbraio 2021 nn. 1217 e 1218; Tar Toscana, sentenza 8 marzo 2021 n. 363, Tar Sicilia, Sez. Catania, sentenza 15 febbraio 2021 n. 505.

giustizia l'inerzia del potere legislativo non incide sul potere dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali che consentono la prosecuzione del rapporto concessorio. Come evidenziato dalla stessa Adunanza plenaria, rimane invariato l'obbligo del legislatore di "depurare" l'ordinamento nazionale dalle norme interne in contrasto con la direttiva servizi vuoi per assicurare il principio del primato del diritto dell'Unione ed evitare che la procedura di infrazione vada avanti, vuoi per una esigenza di certezza del diritto⁴⁰.

6. *Primato del diritto dell'Unione e giudicato*

La parte motiva concernente i rapporti tra primato e giudicato perviene a delle conclusioni condivisibili e adeguatamente motivate, nonostante le argomentazioni utilizzate possano apparire non del tutto lineari. È ben noto che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha più volte ribadito l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche sancite dall'esito definitivo di un processo e in definitiva della certezza del diritto. Le sentenze definitive o le decisioni amministrative definitive in contrasto con il diritto dell'Unione possono essere rimesse in discussione sul piano sostanziale solo in casi eccezionali ed in presenza di rigorose condizioni previste dal diritto interno. Per la precisione, nella sentenza *Kbune*⁴¹, richiamate puntualmente dal Consiglio di Stato e successivamente confermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴², si prevede che l'obbligo di autotutela o di riesame sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Queste affermazioni non vanno riviste alla luce della recente sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Randstad*⁴³, la quale è pervenuta alla conclusione che il diritto dell'Unione non osta a una disposizione di diritto interno che, secondo la giurisprudenza nazionale, non consente al

⁴⁰ Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389.

⁴¹ Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

⁴² Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*.

⁴³ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, causa C-497/20.

singolo di contestare nell'ambito di un ricorso per cassazione la conformità del diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa⁴⁴. Tale pronuncia non ha fatto altro che confermare che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali, a condizione che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

In base al diritto interno il Consiglio di Stato equipara la sentenza pregiudiziale interpretativa del giudice dell'Unione ad una sopravvenienza normativa, che incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato, non consentendo la continuazione del rapporto concessorio. Lo stesso Consiglio di Stato ha contribuito a limitare gli effetti di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione in modo da non perpetuare la violazione in altri giudizi nazionali o procedimenti amministrativi, sollevando, ad esempio, nella causa *Pizzarotti* un rinvio pregiudiziale che ha dato modo alla Corte di giustizia di riconoscere al giudice nazionale la possibilità, se il diritto interno lo consenta, di ritornare nel giudizio di ottemperanza sulla propria decisione per tener conto dell'interpretazione fornita successivamente dalla Corte di giustizia⁴⁵.

In questa prospettiva si collocano le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, le quali riconoscono però che i principi contenuti nella giurisprudenza europea si riferiscono alle ipotesi in cui il giudicato si sia formato prima della pronuncia *Promoimpresa*, mentre non riguardano i casi in cui le decisioni amministrative o giudiziali siano diventate definitive successivamente all'intervento della Corte di giustizia. Infatti, il Consiglio di Stato sottolinea che la particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, ossia prima della modifica normativa del 2018, cosicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente.

Si può comunque ritenere che anche nei casi successivi all'arresto *Promoimpresa* il diritto interno possa permettere al giudice o all'amministrazione nazionale di circoscrivere gli effetti di una decisione definitiva

⁴⁴ Sul tema, v. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *giustiziainsieme.it*, 11 dicembre 2020.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

in contrasto con il diritto dell'Unione. L'Adunanza plenaria giustifica la sua posizione sul giudicato in considerazione soprattutto del ruolo che svolgono le sue pronunce in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano. Tale ruolo sarebbe reso evidente, in particolare, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra la normativa nazionale e il diritto dell'Unione.

In realtà, il carattere recessivo del giudicato, laddove contrastante con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, è stato già riconosciuto dalla Corte lussemburghese in materia fiscale al fine di evitare la concreta reiterazione nel tempo, di una pratica abusiva in materia di iva non giustificabile con l'astratta tutela di principi generali quali la certezza del diritto e la stabilità delle decisioni divenute incontrovertibili⁴⁶. La Corte di giustizia è arrivata ad affermare che una sentenza definitiva relativa al pagamento dell'IVA non può impedire di ridiscutere nell'ambito di un procedimento successivo la medesima controversia concernente altri anni d'imposta, privilegiando in tal caso il principio dell'effettività dei rimedi rispetto ad un'applicazione formalistica del giudicato.

Allo stesso modo, non può che condividersi l'esigenza evidenziata dall'Adunanza plenaria di impedire la continuazione nel tempo della medesima violazione del diritto dell'Unione, tanto più se, come sembra, tale rimedio sia consentito nel diritto nazionale. Semmai qualche ulteriore riflessione richiede, almeno sul piano teorico, l'affermazione che la non applicazione della legge implica che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi *tamquam non esset*. Le attività già svolte dai concessionari sulla base della illegittima proroga *ex lege* non possono ormai essere più messe in discussione, mentre non è giustificabile perpetuare la violazione del diritto dell'Unione fino al 2033, indipendentemente dalla presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o dall'esistenza di un giudicato. Si può ritenere che delle isolate decisioni definitive in contrasto con il

⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*. Cfr. D. BERLIN, *De l'autorité relative de l'arrêt limitant l'autorité absolue*, in *Revue des affaires européennes*, 2009-10, 577. V. anche la nota sentenza *Lucchini* (Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05), anche se riguarda un settore particolare, come quello degli aiuti di Stato alle imprese, che rientra nella competenza esclusiva della Commissione; in questo caso, inoltre, la sentenza passata in giudicato contrastava con una precedente decisione dell'Unione divenuta definitiva.

diritto dell'Unione siano in qualche modo fisiologiche ed eventualmente rimediabili con un'azione risarcitoria⁴⁷, ma una sistematica violazione di tale diritto destinata a durare nel tempo pone dei problemi gravi e manifesti di conformità all'ordinamento sovranazionale, che l'Adunanza plenaria ha giustamente deciso di risolvere.

7. *L'efficacia temporale delle sentenze gemelle*

L'aspetto che appare più discutibile delle due decisioni in oggetto riguarda la modulazione dei loro effetti, in quanto il giudice amministrativo consente alle concessioni vigenti di continuare ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023⁴⁸, facendo in tal modo un piccolo passo indietro rispetto a quanto precedentemente affermato. Sebbene venga messo in risalto che alla scadenza di questo termine tutte le concessioni saranno prive di effetto, in questo passaggio delle due sentenze del giudice amministrativo vi sono delle possibili frizioni con il diritto dell'Unione e la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non sembra dubitarsi del fatto che l'indizione di procedure pubbliche e imparziali richiede un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione e la continuazione dei rapporti concessori sulla base della concessione già rilasciata fino alle nuove aggiudicazioni. Tuttavia, l'Adunanza plenaria è consapevole che questa esigenza di carattere generale non è di per sé sufficiente a giustificare la mancata applicazione immediata delle norme dell'Unione provviste di effetto diretto da parte delle amministrazioni. Per questo motivo e in considerazione del notevole impatto che l'immediata non applicazione della legge nazionale può comportare, anche dal punto di vista sociale ed economico, il giudice nazionale richiama la giurisprudenza dell'Unione che riconosce la possibilità di una limitazione nel tempo degli effetti delle sentenze pregiudiziali⁴⁹. In effetti, è possibile derogare alla retroattività delle sentenze della Corte di

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C- C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Una isolata e grave violazione del diritto dell'Unione può dare origine anche ad una procedura di infrazione (Corte di giustizia, sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione/Francia*).

⁴⁸ Sul problema del creazionismo giurisprudenziale, riproposto dalle sentenze gemelle sulle concessioni balneari, v. M.A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *federalismi.it*, 2021, n. 26, 187.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, p.ti 67 ss. Sul

giustizia 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 un comportamento dei destinatari del precetto non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni⁵⁰. Benché la norma interpretata dalla Corte di giustizia debba essere di regola applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti sorti prima della pronuncia, in quanto quest'ultima ne chiarisce la portata e le modalità applicative a partire dalla sua entrata in vigore, può sussistere l'esigenza di circoscriverne gli effetti così da escludere dal suo perimetro i rapporti giuridici già costituiti in buona fede⁵¹.

L'Adunanza Plenaria tralascia, tuttavia, di considerare che questa deroga alla generale efficacia *ex tunc* delle sentenze pregiudiziali, in ragione del suo carattere eccezionale, può essere pronunciata solo dalla Corte di giustizia nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta della norma dell'Unione⁵². Il Consiglio di Stato non ha rispettato questo principio, poiché ha disposto autonomamente di posticipare gli effetti delle sue decisioni sulla proroga delle concessioni, nonostante la sentenza *Promoimpresa* si fosse già pronunciata sull'art. 49 TFUE e sulla direttiva servizi senza dichiarare la limitazione temporale della loro efficacia nella vicenda in esame⁵³.

Le sentenze gemelle avrebbero invece potuto richiamare quel filone giurisprudenziale della Corte di giustizia che consente, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, di concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con

tema degli effetti temporali della decisione pregiudiziale interpretativa, v. A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *op. cit.*, 205 ss.

⁵⁰ Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, p.to 53.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza 14 aprile 2015, causa C-76/14, *Manea*, p.to 54.

⁵² Corte di giustizia, *ex multis*, sentenze 2 febbraio 1988, causa 309/85, *Barra*, p.to 14; 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot*, p.to 29; 16 luglio 1992, causa C-163/90, *Legros e a.*, p.to 30; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman e a.*, p.to 142, e 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co.*, p.to 57.

⁵³ Si è affermato al riguardo che "il principio secondo cui una limitazione può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta garantisce la parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto e rispetta, allo stesso modo, gli obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto" (Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke e a.*, p.to 37).

essa in contrasto⁵⁴. È chiaro che questo potere non può che essere generalmente devoluto alla Corte di giustizia, poiché se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione⁵⁵. Nondimeno, la Corte di giustizia "ha inteso riconoscere, caso per caso ed eccezionalmente, a un giudice nazionale la facoltà di amministrare gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione nel rispetto delle condizioni poste dalla giurisprudenza" dell'Unione⁵⁶. Vero è che queste condizioni non sembrano soddisfatte nel caso di specie se solo si considera che le ipotesi ammesse dalla Corte di giustizia non hanno mai riguardato le concessioni demaniali *aut similia*, bensì la certezza dei traffici giuridici, la protezione dell'ambiente e la sicurezza dell'approvvigionamento elettrico.

In sostanza, l'orientamento formulato dal Consiglio di Stato appare opinabile, giacché si colloca a metà strada tra il principio sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza pregiudiziale, che consente però in via esclusiva alla Corte di giustizia di provvedere in tal senso, e il principio che riconosce al giudice nazionale di sospendere del tutto eccezionalmente l'applicazione di una norma dell'Unione, ma soltanto in presenza di rigorose condizioni che non sussistono nel caso di specie.

Peraltro, la graduazione degli effetti delle sentenze del Consiglio di Stato sembra in contraddizione con l'applicazione nel caso di specie del brocardo latino *tamquam non esset*, che conduce a ritenere non esistenti le proroghe delle concessioni.

A ben vedere, rimanevano a disposizione due ulteriori soluzioni, che sono state prima esaminate e poi escluse dal Consiglio di Stato⁵⁷. In pri-

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenze 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*. Per un commento della sentenza, v. T. BEUKERS, *Case C-409/06, Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2010*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2011, vol. 48, n. 6, 1985.

⁵⁵ Corte di giustizia, sentenze *Winner Wetten*, cit., p.ti 66 e 67; 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, p.to 33; 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environment Wallonie*, p.to 177.

⁵⁶ Corte di giustizia, sentenza *Inter-Environment Wallonie*, cit., p.to 178.

⁵⁷ Sulla doppia pregiudizialità, v., tra i tanti, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*; 2019, 7; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, 2019, 9; C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Riv. AIC*, 296; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La Doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *op.*

mo luogo, si poteva sottoporre alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE, avente ad oggetto la possibilità di sospendere in via provvisoria l'applicazione delle norme dell'Unione e di posticipare le gare per un breve lasso di tempo, anche se il giudice dell'Unione si era già pronunciato per l'illegittimità delle proroghe delle concessioni senza lasciare alcun ragionevole dubbio⁵⁸ e difficilmente avrebbe autorizzato il giudice nazionale a procedere nella direzione di una modulazione degli effetti di tali proroghe⁵⁹. In secondo luogo, si poteva coinvolgere la Corte costituzionale per rimuovere in via definitiva la norma di legge illegittima, ma anche in tal caso la fissazione di un termine a partire dal quale far decorrere gli effetti demolitori della declaratoria di incostituzionalità sarebbe risultata verosimilmente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁰. Per chiudere il cerchio, si può osservare che la stessa Corte costituzionale avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale e avvalersi dell'ormai sempre più intenso rapporto di collaborazione con la Corte di giustizia⁶¹, al fine di richiedere a quest'ultima l'interpretazione necessaria a concludere il suo scrutinio di costituzionalità.

8. *Le questioni aperte dei requisiti di gara e dell'indennizzo dei concessionari uscenti*

Il Consiglio di Stato si è mostrato determinato a salvaguardare l'esigenza di indire procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni e ha fornito degli spunti di sicuro interesse anche in relazione alle questioni dell'indennizzo dei concessionari uscenti e ai criteri di selezione dei nuovi concessionari.

cit., 289; A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *federalismi.it*, 2021, 211.

⁵⁸ Sull'esistenza di un ragionevole dubbio e sulla nota giurisprudenza *Cilfit*, v. da ultimo: Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*. Per un commento della sentenza sia consentito rinviare a F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *giustiziainsieme.it*, 23 ottobre 2021.

⁵⁹ Semmai, il giudice dell'Unione avrebbe potuto fornire ulteriori chiarimenti in merito ad altri aspetti controversi, come quelli dell'interesse transfrontaliero certo e dell'efficacia diretta della direttiva

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, p.to 84.

⁶¹ V. ad esempio, Corte cost. ordinanze 26 gennaio 2017, n. 24; 10 maggio 2019, n. 117 e 8 luglio 2020, n. 182 (c.d. bonus Bebè).

La questione dell'indennizzo non è nuova nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare si ricava dalla sentenza *Laezza*⁶² che l'obbligo imposto al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività, l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse può rendere meno allettante l'esercizio di tale attività, impedendo a detto concessionario di trarre profitto dal proprio investimento. Il giudice dell'Unione perveniva alla conclusione che questa misura costituiva una restrizione delle libertà garantite dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, non soddisfacendo il test di proporzionalità, e suggeriva di realizzare "l'obiettivo di continuità dell'attività con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione..."⁶³.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sembra consapevole di queste indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella parte in cui statuisce che l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà "... ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi". Tuttavia, le sentenze non forniscono ulteriori chiarimenti, sicché è facile prevedere che in ordine ai requisiti per ottenere l'indennizzo e al suo ammontare sorgeranno problemi interpretativi e applicativi, vista anche la difficoltà di individuare con precisione la congruità della durata delle concessioni in relazione agli investimenti effettuati. Certo è che l'indennizzo dovrà essere commisurato non solo alla perdita del capitale investito, ma anche al mancato profitto causato dall'eventuale fine anticipata della concessione e al valore delle opere realizzate, in conformità ai principi contenuti nell'art.1 del protocollo n. 1, della CEDU.

Volgendo lo sguardo ai requisiti delle nuove gare, sembra che il Consiglio di Stato cerchi, in modo nemmeno troppo velato, di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei precedenti concessionari. Da un lato, la Plenaria si sente investita del compito di sottolineare che nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni non dovrà essere confezionato un vestito su misura per il concessionario uscente. In questa prospettiva, si ritiene che ipotesi di preferenza "automatica" potrebbero verificarsi nell'ipotesi in cui le rego-

⁶² Corte di giustizia, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, p.to 23.

⁶³ Corte di giustizia, sentenza *Laezza*, supra cit., p.to 41.

le di gara attribuiscono rilevanza agli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi. La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è finalizzata ad evitare future sperequazioni tra la posizione del concessionario uscente e quella degli aspiranti alla concessione. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato non solo esclude che l'art. 12 della direttiva 2006/123 imponga il rispetto del principio di rotazione, ma richiede di "valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale", pur ribadendo che ciò dovrà realizzarsi in ossequio al principio della par condicio.

In conclusione, le sentenze dell'Adunanza plenaria lasciano sicuramente un segno importante in merito ai rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamento nazionale, con qualche elemento di criticità, in particolare, sulla posticipazione della fine delle concessioni, anche se verosimilmente questo risultato si sarebbe comunque realizzato per il tempo strettamente necessario all'indizione e alla conclusione delle procedure di gara. Le ulteriori zone d'ombra derivanti dall'insoddisfacente prospettazione del giudice amministrativo in merito al requisito dell'interesse transfrontaliero certo e al principio dell'effetto diretto verticale inverso non inficiano l'indiscutibile illegittimità della proroga delle concessioni alla luce del diritto dell'Unione. Tuttavia, la posta in palio è alta e numerosi sono gli interessi coinvolti nelle procedure di selezione, sicché è difficile immaginare che la *querelle* delle concessioni demaniali sia stata definitivamente risolta.

