



L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*

DI ROBERTO MASTROIANNI**

Sommario: 1. Premessa - 2. Due osservazioni di contesto: il rischio di sanzioni per violazione del diritto dell'Unione europea - 3. Segue: le dubbie motivazioni del deferimento all'Adunanza Plenaria - 4. Nel merito: la diretta efficacia delle disposizioni del diritto dell'Unione - 5. Segue: la controversa "modulazione" degli effetti temporali delle pronunce - 6. Conclusioni (provvisorie).

1. Premessa

Le due sentenze nn. 17 e 18 del 2021 della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (in seguito: AP) in materia di disciplina delle concessioni balneari a finalità turistico-ricreative probabilmente non hanno risolto definitivamente un problema che si trascina ormai da molti anni¹, ma di certo hanno preso posizione su una serie di questioni di estremo interesse, con l'adozione di soluzioni che trascendono la fattispecie e la materia per la quale sono state adottate. Non sorprende quindi che le due sentenze siano state immediatamente oggetto di una nutrita serie di commenti ed analisi², in buona parte critiche.

* Testo rivisto della Relazione al convegno "Concessioni demaniali e diritto europeo. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 e 18/2021", Università di Roma "La Sapienza", 19 gennaio 2022.

** Professore di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli "Federico II" e giudice del Tribunale dell'Unione europea. Le opinioni espresse sono del tutto personali dell'Autore e non impegnano l'istituzione.

¹ Per la ricostruzione dell'intera vicenda v. da ultimo C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2/2021.

² Senza pretesa di esaustività, v. i numerosi contributi inseriti nel numero speciale della rivista *Diritto e società*, *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, nonché F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 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*, *ivi*, 30 dicembre 2021; F. FRANCIOSI, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (recensione al fascicolo monotematico dalla Rivista Diritto e Società*

In questa sede, premesso un giudizio positivo sulle risposte di merito date dall'AP ai quesiti sollevati nel decreto presidenziale di deferimento³, vorrei limitarmi a proporre alcune brevi valutazioni su due questioni di più stretta pertinenza del diritto dell'Unione europea⁴: in primo luogo, quella dell'efficacia diretta delle norme europee applicabili nella fattispecie, vale a dire la direttiva "servizi" n. 2006/123, in particolare il suo art. 12, e l'art. 49 del TFUE, in tema di diritto di stabilimento. In secondo luogo, quella della compatibilità con il diritto dell'Unione della decisione, adottata dal Consiglio di Stato, di "modulare" gli effetti temporali delle due sentenze, in particolare l'accertato obbligo per le amministrazioni di disapplicare le disposizioni di legge che prorogano la scadenza delle concessioni in essere, con il rinvio al 31 dicembre 2023 della cessazione dei loro effetti.

2. *Due osservazioni di contesto: il rischio di sanzioni per violazione del diritto dell'Unione europea*

Prima di approfondire le due questioni ora anticipate, vorrei premettere due osservazioni di contesto.

La prima riguarda le conseguenze dell'eventuale – anzi, al momento più che probabile – accertamento da parte delle istituzioni dell'Unione della violazione da parte dello Stato italiano dell'obbligo di svolgere procedure aperte e trasparenti per l'affidamento delle concessioni balneari. È il caso di ricordare che, a causa di nuove proroghe stabilite con legge anche dopo la sentenza della Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016⁵, la questione è (nuovamente) oggetto di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 del TFUE, procedura alla quale la Commissione ha dato corso con l'adozione della lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020.

Se è vero che la procedura di infrazione non si caratterizza certo per la sua speditezza, potendo la Corte di giustizia adottare una misura sanzionatoria pecuniaria (somma forfettaria o penalità) soltanto all'esito di una "doppia condanna" dello Stato inadempiente ai sensi dell'art. 260 TFUE, è anche vero che nei casi in cui si è giunti a questo risultato gli effetti sui conti pubblici sono stati (e sono tuttora) tutt'altro che secondari. Mi limito a ricordare alcune cifre: nel caso della non corretta applicazione della direttiva sulle acque reflue, a seguito della sentenza di condanna della Corte del 31 maggio 2018 (causa C-251/17), lo Stato italiano ha pagato una sanzione forfettaria di 25 milioni di euro e paga tuttora una penalità di mora di più di 30 milioni di euro a semestre fino all'adempimento. Nel caso della non corretta applicazione delle direttive in tema di smaltimento dei rifiuti (caso delle discariche abusive) a seguito della sentenza di condanna del 2 dicembre 2014 (causa C-196/13) lo Stato italiano ha pagato una sanzione forfettaria di 40 milioni di euro e paga tuttora, e sino all'adempimento, una penalità

n. 3/2021 "La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria", ivi, 28 gennaio 2022; S. FIDANZIA, *Gli effetti sulle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative derivanti dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021*, in italiappalti.it, 21 novembre 2021.

³ Decreto n. 160 del 24 maggio 2021.

⁴ Per approfondimenti in merito ad altre questioni, pure rilevanti alla luce del diritto dell'Unione europea, come quella della sorte del giudicato favorevole ai concessionari, v. per tutti F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*, in *La proroga delle "concessioni balneari"*, cit., p. 359 ss.

⁵ Sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15.

di mora di più di 42 milioni di euro a semestre. L'elenco potrebbe continuare. Una recente ricerca⁶ ha segnalato che dal 2012 ad oggi le sentenze di condanna comminate nei confronti dell'Italia sono costate più di 750 milioni di euro, di cui 152 versati per sanzioni forfettarie e 600 a titolo di penalità, di gran lunga la cifra più alta tra gli Stati membri dell'Unione.

Sulla base di questi semplici dati, dovrebbe essere evidente la necessità di intervenire in maniera tempestiva per evitare ulteriori condanne. Si continua invece ad assistere - e non solo nel contesto che qui ci occupa - a comportamenti non proprio virtuosi di reazione quasi sistemica, e certamente tardiva, a norme europee che potremmo definire "indesiderate", considerata la tangibile ed ostinata volontà (del legislatore nazionale, delle Regioni, dell'amministrazione) di "resistere" all'obbligo di conformazione, anche in presenza di procedure di infrazione in corso o, peggio, già concluse negativamente. Manca del tutto, invece, un impegno nell'unica direzione a questo punto utile, vale a dire un'iniziativa a livello europeo di modifica delle regole esistenti, se proprio si ritiene siano da modificare e, soprattutto, di avere buone ragioni per convincere la Commissione a proporlo al legislatore dell'Unione.

Nel caso delle concessioni balneari, che la prassi delle proroghe non sia conforme ai parametri imposti dal diritto dell'Unione è ormai assodato alla luce della sentenza *Promoimpresa*, al netto di alcune precisazioni, in realtà secondarie e comunque già frutto di una robusta prassi, richieste ai giudici nazionali: mi riferisco, in particolare, alla valutazione in merito alla sussistenza del requisito della "scarsità" delle risorse naturali disponibili al fine di giustificare l'applicazione dell'art. 12 della direttiva⁷ (par. 43). Non dovrebbe essere così ingenuo, quindi, attendersi che il rischio di una condanna e della conseguente sanzione entri a pieno titolo nel dibattito politico e dottrinale. Ed invece, anche a seguito di quella pronuncia sono state adottate nuove disposizioni finalizzate a spostare (molto) al di là nel tempo l'intervento confermativo⁸, con la conseguenza, da un lato, di produrre un inevitabile, ulteriore ingente contenzioso; dall'altro, di provocare la (in realtà non proprio fulminea) reazione della Commissione europea, che ha riaperto una vecchia procedura di infrazione chiusa anni fa con una certa benevolenza ed una non proprio meritatissima fiducia nei confronti delle promesse offerte dal Governo italiano. Ora la procedura (n. 2020_4118) è nuovamente in corso e, se dovesse arrivare in fondo, potremmo trovarci di fronte ad un altro rischio di pesanti sanzioni che, come negli altri casi, saranno eventualmente poste a carico non dei beneficiari ultimi dell'inadempimento, ma della collettività. La sentenza dell'Adunanza Plenaria, nel ribadire conclusioni - in tema di incompatibilità e di obbligo di disapplicazione - in buona parte, come vedremo, già consolidate nella giurisprudenza amministrativa, di certo dà un contributo determinante alla soluzione definitiva del problema, ma per la controversa scelta di spostare in avanti gli effetti della propria pronuncia provoca a sua volta una situazione di incertezza e rischia quindi di produrre un nuovo contenzioso.

3. Segue: le dubbie motivazioni del deferimento all'Adunanza Plenaria

⁶ G. GALLI, G. MUSSO, F. TUCCI, *L'Italia e le procedure di infrazione: una pericolosa inversione di tendenza*, Osservatorio sui conti pubblici italiani, 12 marzo 2021, <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-l-italia-e-le-procedure-d-infrazione-una-pericolosa-inversione-di-tendenza>

⁷ V. *ex multis* Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 873 del 2018.

⁸ Art. 1, commi 682 e 693, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere.

La seconda osservazione di contesto, più direttamente riferibile al nostro caso, riguarda la decisione stessa di deferire all'AP la decisione dei due ricorsi proposti nei confronti delle sentenze del Tar Puglia, sezione di Lecce⁹, e del Tar Sicilia, sezione di Catania¹⁰. Come è noto, il deferimento fu disposto d'ufficio dal Presidente del Consiglio di Stato in applicazione della disposizione di cui all'art. 99, comma 2, del codice del processo amministrativo, ai sensi della quale “prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'AP qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali”. Si tratta di una disposizione raramente applicata, per cui è difficile far riferimento alla prassi precedente per comparare la scelta effettuata con altre decisioni di deferimento. È però possibile sottoporre ad un vaglio critico le motivazioni addotte nel Decreto presidenziale alla luce dei due parametri codificati all'art. 99, secondo comma.

Ora, dall'analisi del Decreto emerge, in primo luogo, che nessun riferimento viene fatto alla necessità di “dirimere contrasti giurisprudenziali”. In effetti, quanto al merito della presenza di un conflitto tra le regole interne e quelle europee, è la stessa AP a ricordare che la conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* è stata “recepita da una copiosa giurisprudenza nazionale”. In altri termini, la conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nel senso della incompatibilità comunitaria delle proroghe per violazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, peraltro già anticipata da numerose sentenze del Consiglio di Stato¹¹, ha trovato piena adesione nella giurisprudenza interna successiva, comprese non poche pronunce della Corte costituzionale¹², del giudice penale¹³ e, ovviamente, dello stesso Consiglio di Stato¹⁴. Lo stesso vale per la questione, oggetto del primo quesito rivolto all'AP, se l'obbligo di disapplicazione per contrasto con una direttiva “self-executing” possa e debba coinvolgere anche l'attività delle amministrazioni oltre a quella giurisdizionale¹⁵.

⁹ TAR Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Prima), sentenza n. 73 del 2021.

¹⁰ TAR Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza), sentenza n. 504 del 2021.

¹¹ Cfr. ad esempio Sez. VI, n. 168 del 2005.

¹² Cfr. da ultimo Corte cost. n. 139 del 2021: “è (...) pacifico, nella giurisprudenza di questa Corte, che discipline regionali le quali dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere incidono sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento (sentenze n. 10 del 2021, n. 1 del 2019, n. 171 del 2013 e n. 213 del 2011)”.

¹³ Cass. Pen., Sez. III, sentenze 14 maggio 2018, n. 21281 e 28 gennaio 2021, n.3581.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368: “la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento”. V. anche, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377, 13 aprile 2017 n. 1763 e, n. 7874/2019.

¹⁵ Come ribadito dal Tar Sicilia nella sentenza del 15 febbraio 2021, n. 504, “secondo un principio consolidato in giurisprudenza, la disapplicazione (“rectius”, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto europeo deve intervenire a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia e costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora tale apparato sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto europeo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, nonché Corte Costituzionale in data 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea, Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, in causa C- 103/88 F.C., nonché Corte di Giustizia, 24 maggio 2012, in causa C-97/11 Amia); in presenza di un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto europeo, è fatto obbligo al funzionario che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma europea di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)”.

Certamente, rispetto a quest'ultima questione le due sentenze impugnate dinanzi al Consiglio di Stato erano andate in direzione diametralmente opposta. Tuttavia, quella del Tar Sicilia era rimasta nel solco della giurisprudenza (appunto) consolidata, mentre quella del Tar Puglia aveva scelto una soluzione eccentrica se non, come peraltro la stessa AP non omette di sottolineare (v. par. 29 delle sentenze), del tutto errata, nella misura in cui aveva escluso, in disaccordo con una granitica giurisprudenza nazionale ed europea, che l'obbligo della disapplicazione potesse coinvolgere anche l'attività amministrativa oltre a quella giurisdizionale¹⁶.

Nessun contrasto giurisprudenziale, quindi. Rimane da valutare l'altro parametro cui l'art. 99, comma 2, CPA fa riferimento per motivare un deferimento, quello relativo alla necessità di "risolvere questioni di massima di particolare importanza". Va subito rilevato che è questo parametro che il Decreto presidenziale utilizza per giustificare il rinvio all'AP. Anche da questo punto di vista, tuttavia, emergono non poche perplessità. Nelle premesse del Decreto, dopo aver ricordato che l'oggetto dei ricorsi attiene all'applicazione delle leggi di proroga, del 2018 (art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018) e del 2020 (art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77) si sostiene che "la questione, di notevole impatto sistemico, afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto unionale, con specifico riguardo al potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte del giudice amministrativo". Fin qui, come appena rilevato, niente di particolarmente complesso o innovativo, trattandosi di una questione risolta da decenni in una consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale. Ciò nonostante, il Decreto aggiunge che "pertanto", la questione in parola "riveste una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della AP onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali" e che la questione della disapplicazione, da parte di tutte le articolazioni dello Stato, delle leggi che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative configura "una questione di massima di particolare importanza". È ragionevole ritenere che questa decisione, assunta peraltro in un momento di particolare tensione nei rapporti con la Commissione europea e nella discussione parlamentare, abbia voluto, per così dire, forzare la mano nella giustificazione del ricorso all'AP, con l'obiettivo di raggiungere, con l'autorevolezza propria di quest'ultima, una soluzione di principio volta anche ad orientare l'intervento del legislatore.

Il testo delle questioni rimesse all'AP sembra confermare questa impressione. La prima di esse, relativa all'obbligo di disapplicazione, è facilmente risolvibile, così come di fatto avviene nel testo delle sentenze gemelle, con riferimento ad una consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale. Quanto alla seconda e alla terza questione, logicamente conseguenti alla soluzione positiva della prima, non sembra emergere la rilevanza "sistemica" tale da

¹⁶ La decisione del TAR Puglia era stata sottoposta a severe critiche in dottrina. V. per tutti 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 *Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, febbraio 2021; A. CIRCOLO, *Ancora una pronuncia del giudice amministrativo in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *eurojus.it*, 14 dicembre 2020.

giustificare un deferimento (addirittura d'ufficio), come peraltro dimostrato dall'assenza di riferimento a queste questioni nel preambolo del Decreto di deferimento. In ogni caso, si può convenire sulla portata maggiormente innovativa delle questioni, e quindi alla necessità di un chiarimento di carattere orizzontale per guidare l'attività amministrativa e giurisdizionale: mi riferisco in particolare alla seconda questione, concernente la configurabilità, in capo all'amministrazione, di un obbligo di annullamento d'ufficio o di riesame del provvedimento già emanato in contrasto con la normativa di diritto dell'Unione nonché all'incidenza, ai fini della sussistenza di un tale obbligo, di un giudicato favorevole al concessionario "uscente". Infine, il terzo quesito appare riferibile a questioni non solo ipotetiche ma anche di portata del tutto specifica e puntuale, le quali da sole non avrebbero giustificato il deferimento ex art. 99 CPA.

4. Nel merito: la diretta efficacia delle disposizioni del diritto dell'Unione

Veniamo ora alle due questioni di merito prima anticipate. La prima riguarda l'applicabilità nell'ordinamento interno delle disposizioni di diritto dell'Unione che, nella sentenza della Corte di giustizia e nella prassi interna successiva, "ostano" all'applicazione delle leggi interne che dispongono la proroga delle concessioni. Il collegio affronta questo problema con riferimento ai due noti parametri legislativi, la direttiva 2006/123 e l'art. 49 del TFUE, riferendosi al citato dibattito dottrinale, e non a – come visto, non facilmente rinvenibili – contrasti in giurisprudenza. Si può tuttavia riconoscere, come peraltro emerge al par. 11 delle due sentenze, che le valutazioni che il Consiglio di Stato offre in tema di interpretazione ed efficacia interna delle disposizioni su ricordate siano prodromiche all'analisi – questa sì richiesta nel Decreto presidenziale di deferimento – in merito all'obbligo di procedere alla disapplicazione della legge di proroga nonché all'individuazione dei soggetti tenuti a garantire questo risultato.

In ogni caso, se l'analisi di merito offerta dall'AP rimane correttamente nel solco della giurisprudenza comunitaria, ribadendosi il principio per cui "il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che preveda la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere"¹⁷, rimangono alcune questioni che meritano un pur breve approfondimento. Invertendo l'ordine prescelto dal Consiglio di Stato, ma riprendendo quello, più logico, proprio della sentenza della Corte di giustizia, partiamo dalla direttiva "servizi" n. 2006/123.

L'AP affronta, e a ragione respinge, alcuni argomenti contrari all'applicazione della direttiva, nella misura in cui richiede il ricorso ad una procedura di evidenza pubblica, ripresi dal "dibattito dottrinale" e in sostanza finalizzati a rimettere in discussione le stesse conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*. Tra questi, l'unico che merita in questa sede riprendere – ma, come vedremo, non per criticare la soluzione raggiunta dai giudici di Palazzo Spada ma per valutare un aspetto che gli stessi non hanno affrontato – è quella relativa alla diretta efficacia della direttiva nell'ordinamento interno, presupposto indispensabile, come chiarito nella giurisprudenza comunitaria più recente¹⁸, perché possa

¹⁷ Sentenze nn. 17 e 18, par. 14.

¹⁸ Cfr. per tutte la sentenza 24 giugno 2019, C-573/17, *Poplawski*, punti 50 e ss.

giustificarsi un obbligo di disapplicazione della legge interna incompatibile. Le sentenze gemelle sostengono correttamente, al par. 26, che non ha pregio la tesi volta a sostenere che l'art. 12 della direttiva 2006/123 non sarebbe direttamente efficace (o "self executing") in quanto non sufficientemente dettagliata. Sul solco chiaramente tracciato dalla sentenza *Promoimpresa*¹⁹, l'AP arriva alla conclusione che la disposizione in discorso presenta un livello di dettaglio sufficiente per determinare la "non applicazione" della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre "una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità". È comunque il caso di ricordare che all'art. 12 della direttiva "servizi" è stata data (corretta) attuazione nel nostro ordinamento con l'art. 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n° 59²⁰, per cui, esclusa l'applicazione della *lex specialis* di proroga, l'obbligo di procedere all'evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni balneari deriva innanzi tutto dalle regole interne.

L'AP aggiunge, con una chiarezza che colpisce il lettore se confrontata con la successiva posizione assunta in tema di "modulazione temporale" della sua pronuncia, che non vi è dubbio che nell'inerzia del legislatore, il cui intervento è comunque ritenuto auspicabile in questo ed altri passaggi della pronuncia, "l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga *ex lege*" (par. 26).

Rispetto a questa conclusione – ripetiamo, ineccepibile dal punto di vista del diritto dell'Unione – permane un aspetto non esplorato in quanto non sollevato, a quanto consta, né nella procedura dinanzi alla Corte di giustizia, né in quelle che hanno portato alle pronunce del Consiglio di Stato qui commentate, vale a dire quello relativo all'efficacia, e quindi all'invocabilità, della direttiva "servizi" in una situazione che vede l'amministrazione determinarsi nel senso della disapplicazione di una legge che attribuisce un vantaggio ai privati concessionari: quello, derivante dalla legge interna, di mantenere una concessione scaduta grazie a provvedimenti di proroga, in assenza di procedure selettive obiettive e trasparenti. Come è noto, la direttiva è un atto comunitario peculiare, che a differenza dei regolamenti

¹⁹ Cit., punti 49-57.

²⁰ Il testo è il seguente:

Art. 16 -Selezione tra diversi candidati

1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.

2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.

4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo.

richiede agli Stati membri che ne sono destinatari un intervento di trasposizione nell'ordinamento nazionale, nel rispetto del termine ultimo previsto dalla direttiva stessa. In assenza di tali interventi, o in caso di recepimento non fedele, diversi sono gli strumenti di reazione che l'ordinamento dell'Unione mette a disposizione, al duplice fine, da un lato, di tutelare i diritti che la direttiva intende attribuire; dall'altro, di ripristinare la legalità comunitaria, in maniera da garantire uniformità di applicazione delle regole europee nei diversi Stati membri.

Esclusa la possibilità di interpretare le regole interne in maniera da raggiungere il risultato voluto dalla direttiva non attuata - strumento non utilizzabile qualora, come nel nostro caso, tra le regole nazionali e quelle europee sussiste una distanza non colmabile in via ermeneutica - lo strumento "principe" per il raggiungimento dei fini prima indicati è quello della disapplicazione della regola interna incompatibile²¹. Come più volte ricordato, è pacifico nella giurisprudenza comunitaria, pienamente recepita in quella nazionale, che in caso di conflitto tra norma europea e norma interna, non solo gli organi giurisdizionali, ma anche quelli amministrativi sono tenuti a disapplicare le regole interne incompatibili. Tuttavia, nel caso della direttiva, affinché questo obbligo sussista, non solo è richiesto che la stessa si presenti come "dettagliata", cioè contenga disposizioni "chiare, precise e incondizionate" tali da poter disporre immediatamente la regola del rapporto giuridico in questione o comunque fungere da parametro di legalità della regola interna, ma anche che essa *non* contenga *obblighi* a carico dei singoli (c.d. effetti *in malam partem*)²². Ed infatti, per giurisprudenza costante, per motivi riconducibili essenzialmente al principio della certezza del diritto ed alla diversa natura dei regolamenti e delle direttive, una direttiva non (correttamente) recepita, se può certamente attribuire ai singoli diritti invocabili in giudizio e dinanzi agli organi amministrativi nei confronti del potere pubblico, non può di per sé imporre obblighi ai singoli, sia nei rapporti c.d. "orizzontali", cioè nelle controversie interprivatistiche²³, sia in quelli "verticali inversi" (*inverse direct effect*), cioè quando è il potere pubblico ad avvalersi di una direttiva a danno di un singolo, a maggior ragione se ciò avviene con il corredo di sanzioni penali²⁴.

È quest'ultimo il caso dell'art. 12 della direttiva "servizi"? Il problema non è emerso, come prima anticipato, nelle controversie che hanno portato alle decisioni dell'AP, nelle quali la questione dell'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva è stata sì affrontata, nonostante fosse estranea ai quesiti posti nel Decreto di deferimento, ma soltanto rispetto alla natura "dettagliata" della disposizione in questione. In ogni caso, ritengo che l'efficacia diretta della direttiva "servizi" ai fini della valutazione della compatibilità comunitaria delle proroghe *ex lege* e quindi della loro inapplicabilità non sia contestabile alla luce del divieto di effetti diretti "verticali inversi". In effetti, l'art. 12 della direttiva "servizi", a differenza di altre direttive giunte

²¹ Sentenza *Poplawski*, cit. punto 58: "E' sempre in base al principio del primato che, ove non possa procedere a un'interpretazione della normativa nazionale conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle medesime, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Non necessita di procedure legislative o giurisdizionali".

²² Cfr. G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, VIII ed., Giappichelli, 2020, p. 303 ss.

²³ *Ex multis*, sentenze 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, punti da 20 a 23; 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, punto 37 e del 15 gennaio 2015, *Ryanair*, C-30/14, punto 30.

²⁴ Sentenze del 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/84 e 21 ottobre 2010, *Accardo e a.*, C-227/09, punto 45.

all'attenzione del giudice dell'Unione²⁵, *non impone*, né direttamente né indirettamente, obblighi a carico dei singoli, ma disciplina in maniera precisa e dettagliata gli obblighi imposti agli Stati membri, in particolare quello di svolgere una procedura di selezione aperta ed imparziale qualora il numero di autorizzazioni per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali disponibili. Ciò a vantaggio di soggetti eventualmente interessati ad accedere all'attività in questione, i quali hanno invece, alla luce del diritto dell'Unione, il diritto di invocare la direttiva nei confronti del potere pubblico allo scopo di richiedere lo svolgimento di una procedura di selezione.

Quest'ultimo aspetto è chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wells*²⁶, relativa alla efficacia diretta della direttiva 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati: premesso che “il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli” in quanto “nei confronti di questi ultimi, le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti”, la Corte ha precisato che “di conseguenza, un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, *qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva*”. Per contro, puntualizza la Corte richiamando la storica sentenza *F.lli Costanzo*²⁷, “mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, *anche se certe*, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato”. In particolare, quanto alla direttiva VIA ed agli obblighi che essa prevede in capo alle amministrazioni, “l'obbligo per lo Stato membro interessato di garantire che le autorità competenti valutino l'impatto ambientale (...) *non è direttamente connesso all'esecuzione di un qualsiasi obbligo* che incombe, ai sensi della direttiva 85/337, sui proprietari di tale cava. Il fatto che le operazioni minerarie debbano essere interrotte per attendere i risultati della valutazione è, certamente, la conseguenza dell'adempimento tardivo degli obblighi del detto Stato. Tuttavia, una simile conseguenza non può essere qualificata, come afferma il Regno Unito, come «inverse direct effect» delle disposizioni di tale direttiva nei confronti dei detti proprietari”.

Mi pare che lo stesso risultato possa essere raggiunto nella nostra vicenda. Se è vero che la disapplicazione delle leggi di proroga provoca indiscutibilmente uno svantaggio a carico del titolare della concessione, è anche vero che questo risultato rientra tra le “mere ripercussioni negative sui diritti di terzi” che la giurisprudenza della Corte accetta possano prodursi, in particolare, ma non soltanto, quando è un altro privato ad invocare a proprio favore una disposizione contenuta in una direttiva.

La soluzione ora raggiunta riduce l'importanza, ai fini del riconoscimento dell'obbligo di disapplicazione gravante sul giudice e sull'amministrazione, di approfondimenti relativi alla

²⁵ È il caso, ad esempio, della prima direttiva societaria n. 68/151, in tema di pubblicità e veridicità dei bilanci. Nella sentenza *Berlusconi e a*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, la Corte ha chiarito che “*In circostanze come quelle in questione nelle cause principali, la prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati*”.

²⁶ Sentenza 7 gennaio 2004, C-201/02, punti 54-58.

²⁷ Sentenza 22 giugno 1989, 103/88, punti 28-33.

rilevanza dell'art. 49 del Trattato, notoriamente subordinata, come chiarito nella sentenza *Promoimpresa*, ai casi in cui la direttiva non può trovare applicazione (punto 62). Ci limitano su questo aspetto a segnalare che la soluzione raggiunta dall'AP, per cui l'interesse transfrontaliero certo, indispensabile perché le disposizioni del Trattato in tema di diritto di stabilimento possano trovare applicazione alle concessioni balneari italiane, sia in sostanza *in re ipsa*, in ragione della "eccezionale capacità attrattiva" che l'attività di sfruttamento delle coste riveste nei confronti di operatori stabiliti in altri Paesi membri, non appare totalmente in linea con il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza prima citata. Nella parte della decisione dedicata a questo particolare profilo, infatti, la Corte sembra partire dalla necessità di un'analisi caso per caso della presenza di tale "interesse" sulla base dei parametri solitamente utilizzati nei casi di appalti "sotto soglia". Rispetto alle due situazioni portate alla sua attenzione, la Corte si ritenne in grado di fornire una risposta utile al giudice remittente soltanto nel caso della concessione sul Lago di Garda, in quanto le indicazioni fornite dal giudice del rinvio avevano consentito di "constatare che la concessione di cui trattasi presenta un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione" (par. 67), con la conseguente conclusione che la normativa di proroga "ritarda il rilascio delle concessioni mediante una procedura trasparente di gara," in maniera quindi da introdurre, "a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tali concessioni, una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall'articolo 49 TFUE". Nella seconda situazione, considerato che la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo dovrebbe essere effettuata dal giudice del rinvio prima di adire la Corte, l'assenza di elementi sufficienti nell'ordinanza di rimessione non ha consentito a quest'ultima di operare la medesima valutazione. È comunque utile segnalare che in decisioni successive alla pronuncia della Corte di giustizia i giudici amministrativi hanno in varie occasioni rinvenuto gli elementi sufficienti per concludere che, in fattispecie simili a quella per la quale la Corte non ha ritenuto di potersi pronunciare, la concessione in questione rivestisse un "interesse transfrontaliero certo"²⁸. Ne consegue che la soluzione *omnibus* raggiunta dall'AP non cambia di molto, anche in questo caso, rispetto ad una prassi consolidata.

5. Segue: la controversa "modulazione" degli effetti temporali delle pronunce

L'ultima questione che si intende affrontare in questa sede concerne la soluzione finale, sposata dall'AP, di attenuare gli effetti della declaratoria di incompatibilità tra le proroghe *ex lege* e le norme di diritto dell'Unione, con il rinvio al 31 dicembre 2023 dell'operatività degli effetti della propria decisione. In altri termini, l'AP precisa che solo alla scadenza di tale termine tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, con il corollario che, giunti a quella data, eventuali ulteriori proroghe legislative del termine così individuato dovranno considerarsi anch'esse non applicabili.

La prima reazione di fronte a questa conclusione, giustificata in ragione del "notevole impatto" (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare e della situazione di "sicura incertezza" che sarebbe alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in essere, è certamente di sorpresa: dopo aver stigmatizzato le leggi di

²⁸ Cfr. ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 873 del 2018.

proroga e aver sostenuto la loro inapplicabilità anche a fronte di un giudicato, dopo avere precisato la “immediata applicabilità” della regole comunitarie di riferimento, ed in particolare della direttiva 2006/123, l’AP giunge di fatto anch’essa a ... disporre una nuova proroga, sia pure molto più breve di quelle di fonte legislativa cadute sotto la scure della propria pronuncia in ragione del conflitto con il diritto dell’Unione. Una nuova proroga, peraltro, motivata in sostanza dalle stesse argomentazioni che, anche esplicitamente²⁹, hanno accompagnato i provvedimenti legislativi susseguitisi nel tempo: significativo impatto economico e sociale della cessazione dei rapporti in essere, tempo necessario per il riordino della materia, per un nuovo intervento legislativo o per lo svolgimento delle gare, e così via. È evidente che, in una situazione in cui, è bene ribadirlo, la disapplicazione delle leggi di proroga è già stata più volte disposta dai giudici amministrativi e dalle amministrazioni, con l’effetto di far partire, in alcuni casi, nuove gare per l’affidamento delle concessioni in discorso, una soluzione del genere produce nei fatti un effetto paradossale: quello di sospendere, al contempo, gli effetti della direttiva e della sentenza della Corte di giustizia e quindi di non consentire la prosecuzione di un percorso – virtuoso, dal punto di vista del diritto dell’Unione – già iniziato³⁰.

A parte questa osservazione di carattere preliminare, vi è da chiedersi se la “modulazione” sia essa stessa conforme agli obblighi comunitari. Due brevi osservazioni a questo proposito: in primo luogo, essa sembra non tener conto che, come prima ricordato, la direttiva 2006/123 è stata recepita correttamente nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 59 del 2010: una volta esclusa l’applicabilità delle leggi di proroga per incompatibilità con le regole comunitarie, l’obbligo di procedura di evidenza pubblica deriva non tanto e non solo dalla direttiva, ma *in primis* dalle regole interne già adottate per recepirla, rispetto alle quali le leggi di proroga avevano inserito una (non corretta) deroga. Di fatto, anche l’applicazione di queste regole interne di (corretta) trasposizione della direttiva verrebbe sospesa. In secondo luogo, non va sottovalutato che, trattandosi, come detto, in sostanza di un rinvio dell’applicazione di regole europee dotate di efficacia diretta, e volendo prescindere dalle questioni relative all’obbligo di conformazione derivante da una decisione dell’AP³¹, è tutt’altro che scontato che anche questa soluzione non possa essere successivamente messa in discussione in base ai principi che regolano i rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione: in concreto, essere a sua volta “disapplicata”, nel rispetto del principio della primazia del diritto dell’Unione³², per fare

²⁹ V. articolo 1, comma 18, del decreto-legge n. 194 del 2009 (proroga sino al 31 dicembre 2015); l’art. 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (proroga sino al 31 dicembre 2020); art. 1, commi 682 e ss., legge 30 dicembre 2018, n. 145 (proroga sino al 31 dicembre 2033)

³⁰ Se è vero che l’art. 182, comma 2, del d. l. n. 34 del 2020, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 77 del 2020, vieta esplicitamente alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l’affidamento delle concessioni balneari, si tratta anche in questo caso di una regola incompatibile con le norme europee prima indicate, e quindi a sua volta – come peraltro precisa l’AP nel primo principio di diritto - da disapplicare.

³¹ Dal punto di vista del diritto dell’Unione, il principio di diritto espresso nelle sentenze 17 e 18, se non conforme ai parametri comunitari, non può vincolare la sezione (del Consiglio di Stato o del C.G.A.R.S.) a cui è affidato il ricorso (con riferimento alle sentenze dell’Adunanza Plenaria ed al vincolo di cui all’art. 99, comma 3, CPA, cfr. Corte giust., sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*), né i giudici successivamente aditi. Tuttavia, con riferimento ad una delle due procedure rimesse all’attenzione dell’AP, con sentenza n. 116 del 2022 il C.G.A.R.S. ha deciso la causa nel pieno rispetto dei principi di diritto contenuti nella sentenza n. 17, compreso il terzo dedicato alla modulazione degli effetti nel tempo, accertando quindi l’efficacia della concessione demaniale marittima *de qua* sino al 31 dicembre 2023.

³² Per una situazione simile, ma riferita ad una pronuncia di una Corte costituzionale, cfr. sentenza 19 novembre 2019, C-314/08, *Filipiak*, punti 81-85, in cui la Corte ha precisato che “il primato del diritto comunitario impone

immediatamente spazio a procedure di gara aperte e trasparenti anche prima della scadenza del termine del 31 dicembre 2023. Ed infatti, quanto agli effetti della pronuncia *Promoimpresa*, è appena il caso di ricordare che, per regola generale, l'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione fornita dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza pregiudiziale attribuita dall'art. 267 TFUE ha una portata *ex tunc*, in quanto “chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, nel senso in cui deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione”³³. La limitazione degli effetti temporali di una pronuncia interpretativa delle Corte di giustizia può sì essere disposta, in via eccezionale, ma soltanto dalla Corte di giustizia nella pronuncia che ha dato luogo alla interpretazione in questione, alla luce di criteri e parametri molto rigidi e prefissati dalla giurisprudenza comunitaria³⁴. Parametri che, in ogni caso, non sembrano rispettati nella vicenda qui in discussione.

6. Conclusioni (provvisorie)

In conclusione, va certamente sottolineato che con le due sentenze gemelle si conferma il ruolo svolto dal Consiglio di Stato come giurisdizione pienamente integrata nel circuito delle corti europee, circuito inteso dall'art. 19 TUE come inclusivo sia dei giudici nazionali (in particolare quelli di ultima istanza), sia della Corte di giustizia. I dati degli ultimi anni confermano una spiccata propensione dei giudici di Palazzo Spada a partecipare a pieno titolo a questo circuito, essendo il Consiglio di Stato il giudice amministrativo europeo con il numero più alto di rinvii pregiudiziali³⁵.

Nel merito della vicenda che ci occupa, se pure le due decisioni non giungono certo come un fulmine a ciel sereno se si valuta la prassi precedente, per cui le stesse motivazioni del deferimento all'AP non sembrano solidissime, non è contestabile che il Consiglio di Stato abbia svolto pienamente il ruolo di *giudice comune del diritto dell'Unione*, mantenendo una linea argomentativa del tutto fedele alle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nella sentenza

al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali”.

³³ *Ex multis*, sentenze 6 marzo 2007, *Meilicke e a.*, C-292/04, punto 34; 22 settembre 2016, *Microsoft Mobile Sales International e a.*, C-110/15, punto 59; 13 dicembre 2018, *Hein*, C-385/17; 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions e a.*, C-724/17, punto 55.

³⁴ Sentenza *Hein*, cit., punti 57 e 58: “Solo in via eccezionale, in applicazione di un principio generale di certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di invocare una disposizione da essa interpretata al fine di rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti. Più specificamente, la Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in circostanze ben precise, in particolare quando vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, segnatamente, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad adottare un comportamento non conforme al diritto dell'Unione in ragione di un'oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni di diritto dell'Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione europea”.

³⁵ In base agli ultimi dati disponibili, dal 1952 al 2020 il Consiglio di Stato ha effettuato 225 rinvii pregiudiziali: v. *Corte di giustizia dell'Unione europea, Relazione annuale 2020*, p. 240.

Promoimpresa. Rimane la difficoltà di inquadrare in questo percorso la “mini-proroga” disposta sino al 31 dicembre 2023, la cui conformità con il diritto dell’Unione è anch’essa meritevole di approfondimento.