

La qualificazione “funzionale” degli atti ampliativi e la patologia dei provvedimenti applicativi di norme anticoncorrenziali (riflessioni a margine delle Plenarie n. 17 e n. 18 del 2021)

di Francesco Armenante

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi – 2. La ricostruzione diacronica della disciplina di settore sulle concessioni demaniali con finalità turistiche (dal diritto di insistenza ai precetti delle direttive UE) – 3. I canoni ermeneutici dettati dalla giurisprudenza comunitaria e l’allineamento della giurisprudenza nazionale – 4. Dalla distinzione formalistica dei provvedimenti ampliativi alla lettura sostanzialistica della concessione – 5. I criteri qualitativi di selezione dei concessionari e la rilevanza del sintagma “principio di rotazione” – 6. La controversa patologia degli atti adottati in applicazione di norme primarie disapplicabili – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Profili introduttivi*

Tra i molteplici spunti ermeneutici ricavabili dalle recenti decisioni gemelle dell’Adunanza plenaria (nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021), entrambe afferenti alla anticomunitaria disciplina nazionale in tema di proroghe automatiche delle concessioni demaniali per finalità turistiche, se ne registrano alcuni di peculiare interesse esegetico.

In particolare, nel “sanzionare” la legislazione nazionale di settore recante la proroga della durata delle menzionate concessioni, il Giudicante ha avuto occasione di soffermarsi sulla distinzione tra concessione e autorizzazione nonché di ribadire la sussistenza, anche in capo all’apparato amministrativo, del dovere di non applicare la legge antiunionale, infine di scrutinare la patologia dei provvedimenti applicativi di una norma interna contrastante con il diritto euro-unitario.

Sotto il primo crinale, la Plenaria ha ribadito che le concessioni di beni demaniali rappresentano autorizzazioni di servizi, dovendosi superare la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un’area pubblica) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all’esercizio di un diritto preesistente)¹.

¹ Il concetto di concessione, nell’ordinamento pubblicistico, evoca plurimi approfondimenti: si pensi, *inter alia*, alla tradizionale distinzione tra autorizzazione e concessione, tra concessione traslativa e quella costitutiva, più volte al centro di controverse conclusioni della manualistica tradizionale. La dottrina si è soffermata ampiamente su tali distinzioni e classificazioni: per tutti, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 343 ss.; D. SORACE, C. MARZUOLI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 280 ss., recante (oltre ai riferimenti bibliografici) anche la classificazione delle eterogenee fattispecie di concessioni e la tradizionale distinzione tra quelle traslative e quelle costitutive nonché la dicotomia provvedimento-contratto che caratterizza le concessioni; F. FRACCHIA, (voce) *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, I, 250 ss. Un primo

Per quel che concerne, invece, la disapplicazione della norma interna se ne ribadisce la doverosità anche da parte dell'amministrazione competente ampliando la latitudine applicativa alle previsioni *de iure condendo*.

I precipitati ermeneutici di tali assunti possono meglio apprezzarsi alla luce delle conclusioni cui era approdata la pubblicistica, le cui contrastanti posizioni erano favorite da una disciplina incerta² e claudicante³, oggetto di trattazioni meramente didascaliche, per lo più ricomprese (sul piano manualistico) nell'eterogeneo *genus* delle concessioni amministrative⁴, ovvero nella trattazione del regime giuridico dei beni pubblici⁵.

Il profilo di tale acribia (affrontato anche dalle Plenarie ora in esame) ha riguardato la prorogabilità, *ex lege*, della relativa durata ovvero, sotto un'opposta visuale, la necessità di esperire idonee procedure selettive per l'individuazione del nuovo concessionario, senza alcuna preferenza per l'uscente.

tentativo di ricostruzione sistematica lo si deve a O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative – Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni*, in *Giur. it.*, 1984, 29.

² Sinanche la classificazione dei beni del demanio marittimo presenta incertezze: accanto a quella rinvenibile nell'elenco di cui all'art. 822 del c.c. (lido del mare, spiaggia, rade e porti) si pone l'art. 28 del codice della navigazione che contempla anche le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare ed altro. Come sottolineato, gli elenchi contenuti nei due codici coevi non hanno risolto il problema dell'individuazione dei beni del demanio marittimo, soprattutto in relazione ad alcuni di essi, tra cui le lagune [per ulteriori approfondimenti, cfr. M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1265 ss.

³ Di cui al R.D. del 30 marzo 1942, n. 327 (più volte novellato) recante il Codice della navigazione. Sulle concessioni demaniali, tra i contributi dottrinari, si segnalano: C. BENEZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011.

⁴ Il procedimento di autorizzazione al subingresso in una concessione demaniale marittima, di cui all'art. 46, cod. nav., non rientra nel campo di applicazione dell'istituto del "silenzio assenso" disciplinato dall'art. 20 della l.n. 241/90; infatti, trattandosi di un istituto che partecipa della medesima natura della concessione demaniale, esso è espressione della medesima funzione di comparazione tra i rilevanti interessi pubblici connessi alla regolare gestione del demanio marittimo che svolge la concessione originaria (TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 19 novembre 2021 n. 11954).

⁵ Sul regime giuridico dei beni pubblici, *ex multis*, cfr. A.M. SANDULLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; V. CERULLI IRELLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 273 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, (voce) *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 304 ss.; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 65 ss.; C. ANGELONE, G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999; AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, 2004, II, 365 ss.; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 787 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 10, 2015.

Ed è stata l'inconciliabilità tra la previsione (anche implicita) di un diritto di insistenza e le spinte eurounitarie verso una gestione concorrenziale a determinare plurimi interventi giurisdizionali, soprattutto della Corte UE, a fronte di novelle legislative recanti la proroga della durata delle concessioni.

Nel prosieguo, dopo una breve ricostruzione, anche diacronica, della disciplina di settore e il richiamo ai principali arresti giurisprudenziali, sia di matrice comunitaria che del foro interno, saranno analizzati – come già accennato – alcuni degli *obiter dicta* delle recenti decisioni della Plenaria, con particolare riguardo alla lettura funzionale e sostanzialistica dei provvedimenti concessori (con il superamento del tradizionale canone ermeneutico di tipo prettamente nominalistico) e alla patologia dei provvedimenti adottati in applicazione di norme interne contrastanti con il diritto comunitario.

2. *La ricostruzione diacronica della disciplina di settore sulle concessioni demaniali con finalità turistiche (dal diritto di insistenza ai precetti delle direttive UE)*

Sul piano normativo, la primigenia disciplina sulle concessioni demaniali è rinvenibile negli artt. 36 e 37 del citato Codice della navigazione, concernenti, rispettivamente, la concessione per l'occupazione e l'uso, temporaneo, di zone demaniali o di mare territoriale e le modalità di selezione nel caso di concorso di più istanze; in tale tessuto normativo, si rinveniva (al comma 2, periodo *ad finem*, dell'art. 37) una posizione di preferenza in capo al concessionario uscente⁶, peraltro senza obbligo di supporto motivazionale⁷.

A scalfire tale impianto ha contribuito l'ordinamento comunitario⁸, sia come definito nei relativi Trattati e nelle direttive di settore, sia come derivante dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia (come meglio precisato *infra*).

I modelli comparativi ed evidenziali, contemplati già dalle norme sulla contabilità generale dello Stato⁹, solo di recente sono stati valorizzati dal drit-

⁶ Ivi si prevedeva: “È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”. Tale periodo è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con la l. 26 febbraio 2010, n. 25.

⁷ Diversamente dall'altra ipotesi di preferenza, contemplata nel medesimo comma, per le strutture non fisse, motivata dall'esigenza di una migliore tutela del patrimonio costiero.

⁸ Di peculiare interesse si presentano le riflessioni svolte da E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, Milano, 2013.

⁹ In tale contesto rilevano sia l'art. 37 del r.d. 827 del 23 maggio 1924, a norma del quale “tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli”, sia l'art. 41, comma 1, recante i casi di trattativa privata (A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018, *passim*).

to vivente, anche tenuto conto dei principi enucleabili in discipline generali e sopravvenute (si pensi all'art. 12¹⁰ della l. n. 241 del 1990).

Tralasciando, per ragioni di sintesi, il dibattito sviluppatosi in riferimento al “diritto di insistenza”¹¹ e alla sua compatibilità con la normativa sopravvenuta ed attenendosi solo ai più recenti indirizzi ermeneutici, emerge che la giurisprudenza ha progressivamente privilegiato l'interpretazione che impone l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza.

A supporto si è rappresentato che “*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*”¹²; al contempo, si è segnalata l'esigenza di un'effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte¹³.

Non vi è dubbio che tali assunti hanno risentito delle influenze comunitarie.

Per la Commissione Europea “*la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato*¹⁴ *porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate*”¹⁵.

Sul piano del diritto sostanziale un deciso impulso verso l'inibizione e l'espunzione di criteri preferenziali, a favore di una generale competizione nell'as-

¹⁰ In virtù del quale, l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati è subordinata alla predeterminazione, da parte delle amministrazioni procedenti, dei criteri e delle modalità cui le stesse devono attenersi. Tra gli altri, cfr. G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 375 ss.; S. LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 572 ss.; L. DE RENTHIS, *L'erogazione di contributi, sussidi e/o provvidenze da parte degli Enti Locali in favore di soggetti terzi*, in *Azienditalia*, 2017, 557 ss.

¹¹ Come previsto dall'art. 37, comma 2, cod. nav., che garantiva la stabilità del rapporto concessorio, abrogato a seguito della procedura di infrazione n. 2008/4908, avviata dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 28 TFUE. Cfr. F. LONGO, *Brevi note sulla giurisprudenza in materia di diniego di rinnovo della concessione di utilizzo di beni pubblici*, in *I T.A.R.*, 1993, II, 157 ss.

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1, 147 ss.

¹³ In via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ L'art. 81 del Trattato istitutivo CE è il primo del Capo dedicato alle Regole della concorrenza. Oggi le regole di concorrenza si rinvengono nel Capo I, Sezione I, del TFUE (art. 101 ss.).

¹⁵ In termini, Comunicazione del 29 aprile 2000; ma si veda anche Corte Giustizia UE, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1419 ss.

segnazione di beni pubblici, è da ricondursi all'art. 12, par. 1 e 2¹⁶, della direttiva 2006/123/CE¹⁷.

La normativa nazionale di recepimento¹⁸ (*id est* d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59), all'art. 16¹⁹, con espressioni analoghe a quelle utilizzate dal legislatore comunitario, stabilisce che, nelle ipotesi di un limite ai titoli autorizzatori rilasciabili, in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, si rende doverosa una procedura di selezione tra i candidati potenziali, previa fissazione dei relativi criteri e modalità atti ad assicurarne l'imparzialità. Al contempo si sancisce che, nel fissare le regole della procedura di selezione, possono considerarsi ragioni (da richiamarsi *ex professo* nel titolo abilitativo) di salute pubblica, di politica sociale, di salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, di protezione dell'ambiente, di salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

In ogni caso, la concessione non può essere *sine die* né può essere rinnovata automaticamente, così come non possono accordarsi vantaggi all'uscente²⁰.

¹⁶ Per i quali: “1. *Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.* 2. *Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*”.

¹⁷ Del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nota come “direttiva Bolkestein”.

¹⁸ Nelle more del recepimento della direttiva, si è seguito l'approdo interpretativo (c.d. interpretazione giuridica conforme) basato sui generali principi di non contraddizione, di interpretazione conforme e di leale collaborazione o dell'effetto utile del diritto europeo (art. 4, paragrafo 3, TUE). I presupposti della c.d. interpretazione giuridica conforme sono la presenza di una normativa europea vigente al momento in cui il giudice deve applicare il diritto nazionale e la mancata scadenza del suo termine di recepimento. In presenza di questi presupposti, il giudice (e prima ancora il legislatore), quando è chiamato ad applicare una disposizione nazionale è tenuto a preferire, tra le varie opzioni, l'interpretazione ermeneutica del diritto interno maggiormente conforme alle disposizioni europee da recepire al fine di non pregiudicare il conseguimento del risultato (utile) voluto dalla disciplina sovranazionale. Si è chiarito inoltre che non si tratta di un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme (similare al c.d. effetto diretto del diritto europeo), ma di un “obbligo negativo” o “attenuato” che si sostanzia nell’“obbligo di astensione da un'interpretazione difforme” se “potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire”, c.d. *stand still* (Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660). Sull'interpretazione conforme, v. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUZIO, E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 133 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013, 3 ss.; ID., (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Ferrara, 2015.

¹⁹ Rubricato: “Selezione tra diversi candidati”.

²⁰ Si pensi, ad improprie ed eccessive forme di indennizzo da riconoscere all'uscente, qualora non aggiudicatario della procedura evidenziale.

3. *I canoni ermeneutici dettati dalla giurisprudenza comunitaria e l'allineamento della giurisprudenza nazionale*

Sulla scorta di tali coordinate, si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale in capo alla A. grava l'obbligo di attivare procedure competitive qualora si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. Ciò in quanto -come osservato- la mancanza di tale procedura introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento²¹.

Non sono mancati interventi del Giudice delle leggi che hanno sancito l'illegittimità costituzionale di normative regionali che abilitavano alla proroga delle concessioni demaniali su richiesta dell'interessato²².

Ma ciò che più ha inciso nel dibattito, anche dottrinario, è stata la sentenza della Corte di Giustizia UE, del 14 luglio 2016²³, che ha ravvisato un contrasto, con il divisato art. 12 della direttiva 2006/123, della normativa nazionale nella parte in cui prevedeva la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione²⁴.

²¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013 n. 5, con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2013, III, 250; Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²² Per la Corte cost. 12 maggio 2010 n. 180, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 3, 699 ss. (relativa alla l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009 n. 8), l'automatismo della proroga determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici, in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti; Corte cost., 11 gennaio 2017 n. 40, in *Giur. cost.*, 2017, 1, 358 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 8, seconda parte e, comma 9, della l.r. Puglia 10 aprile 2015 n. 17, posto che il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati determina un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, non solo risultando invasa la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ma conseguendone altresì il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. Con la sentenza n. 1 del 2019, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 1 ss., la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2 e 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria 10 novembre 2017 n. 26. La Corte costituzionale, con la sentenza 29 gennaio 2021, n. 10, in *www.cortecostituzionale.it*, relativa all'art. 1 della l.r. Calabria 25 novembre 2019, n. 46 ha statuito quanto segue: «*La previsione della possibile durata pluriennale delle concessioni comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza*».

²³ In cause riunite C-458/14, *Promoimpresa S.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3, 903 ss., con nota di L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, ibidem*, 912 ss.

²⁴ *Id est* art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, per il quale: «... nelle more del

Il Giudice comunitario, dopo aver sancito che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione di tale direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, ha statuito l’illegittimità di una proroga *ex lege* delle concessioni, ritenuta equivalente al rinnovo automatico, espressamente vietato dall’art. 12 della richiamata direttiva.

Del resto, tenuto conto del loro ambito oggettivo, ovvero l’utilizzo di una porzione del lido del mare per l’esercizio di attività ricreativa, si è al cospetto di una risorsa naturale scarsa, la quale non può che formare oggetto di un numero limitato di “autorizzazioni”, così rientrando nell’ambito di applicabilità del citato art. 12.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, opera l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE)²⁵ rispetto al quale è incompatibile una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni in essere, nei limiti in cui esse presentino un interesse transfrontaliero certo.

L’intervento del Giudice unionale, in sintesi, inibisce le proroghe contemplate dal legislatore nazionale, con la disapplicazione delle relative disposizioni.

Sul medesimo crinale si pone un altro intervento della Corte di Giustizia UE²⁶ per il quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano anche alle fattispecie i cui elementi rilevanti si collochino all’interno di un solo Stato membro, in tal modo svilendo ogni dubbio esegetico in ordine all’applicabilità del relativo paradigma al regime delle concessioni demaniali, a prescindere da qualsiasi accertamento sulla rilevanza transfrontaliera.

Nell’ambito del foro interno, in seguito alla soppressione del citato “diritto di insistenza”, ne è risultata rafforzata l’acquisizione giurisprudenziale per la quale l’amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi

procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto (...) nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all’articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020 ... All’articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso”.

²⁵ Per il quale: “... le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro”.

²⁶ CGUE, 30 gennaio 2018, causa C-360/15 *Visser*, in *nmw.eur-lex.europa.eu*, sulle domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 del TFUE, dallo *Hoge Raad der Nederlanden* (Corte suprema dei Paesi Bassi) (C-360/15) e dal *Raad van State* (Consiglio di Stato dei Paesi Bassi) (C-31/16), con decisioni del 5 giugno 2015 e del 13 gennaio 2016.

eurounitari della libertà di circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza, è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico²⁷.

Sono stati dichiarati illegittimi, per contrasto con l'ordinamento eurounitario, provvedimenti recanti la proroga di quindici anni di una concessione demaniale in essere ovvero il rigetto dell'istanza di diniego della proroga e di contestuale indizione della procedura di comparazione tra domande concorrenti²⁸.

Anche la magistratura penale ha osservato come la c.d. stabilizzazione degli effetti della proroga si poneva, e si pone, in antitesi con i principi europei valorizzati nella citata giurisprudenza della Corte di Giustizia e con la stessa *ratio legis* sottesa alla proroga del 2009, avente carattere puramente transitorio²⁹, giungendo a riconoscere il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo (previsto dagli artt. 54 e 1161 del cod. nav.), dovendosi disapplicare la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative³⁰, per l'acclarato contrasto con la normativa comunitaria.

In altri termini, i plurimi interventi giudiziari, anche di diversa matrice (nazionale e comunitaria) hanno sanzionato normative contemplanti la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo, evidenziando che proroga e rinnovo automatico, analogamente a forme di postergazione del concorrente subentrante, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza³¹.

²⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; *Id.*, Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377; *Id.*, 13 aprile 2017 n. 1763, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 marzo 2020 n. 218; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021 n. 265; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021 n. 40; T.A.R. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021 n. 363, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021 n. 616, sempre in www.giustizia-amministrativa.it, ha ritenuto legittimo il diniego di proroga.

²⁹ Cass. Pen., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993.

³⁰ Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281.

³¹ Il TAR Veneto, con ordinanza n. 651 del 27 maggio 2019, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4, 930 ss., ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della l.r. Veneto n. 33 del 4 novembre 2002, nella parte in cui (commi da 2 a 5) prevede l'obbligo, da parte del nuovo aggiudicatario, di corrispondere all'originario concessionario un indennizzo pari al novanta per cento dell'ammontare del valore aziendale insistente sull'area, stimato da un tecnico da quest'ultimo designato. La questione è stata decisa da Corte Cost., 23 ottobre 2020 n. 222, secondo cui nella competenza esclusiva statale in materia di concorrenza «*le par concorrenti competenze regionali trovano un limite insuperabile*», evidenziando che «*l'enunciata finalità di tutelare l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali non vale ad escludere il vulnus arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello*

Costituisce un corollario l'assunto in virtù del quale, a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto, il titolare del titolo concessorio vanta un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di un obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale a carico della PA³².

In definitiva, non è riscontrabile positivamente una richiesta di proroga automatica *ex lege* di una concessione demaniale marittima³³.

Senonché, nonostante le citate acquisizioni risultavano diffusamente condive, il Legislatore nazionale, presumibilmente orientato da finalità metagiuridiche, ha disposto una proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere per altri quindici anni³⁴, invocando, in modo quasi apodittico, l'esigenza di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali

Stato, in materia di tutela della concorrenza, poiché spetta unicamente allo Stato di disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni.

³² Come ribadito da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 29 ottobre 2019 n. 5135, secondo cui, a seguito dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il titolare del titolo concessorio può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore, e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale dell'amministrazione. Ancora più recentemente e autorevolmente si è ribadito che la concessionaria di un bene pubblico comunale non è titolare di alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il cui diniego, nei limiti della ragionevolezza dell'agire amministrativo, è parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione, con conseguente facoltà dell'ente locale di non procedere al rinnovo della concessione di suolo pubblico che si intenda riservare ad una destinazione più adeguata ed idonea alle caratteristiche del bene e alla realizzazione degli interessi generali; né l'eventuale pregressa considerevole durata della concessione può incidere, affievolendolo, sul potere discrezionale dell'amministrazione a destinare il proprio bene ad usi più coerenti all'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2020 n. 2552).

³³ Cfr., per tutte e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 10 febbraio 2020 n. 221; *Id.*, 2 ottobre 2019 n. 1697; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 4 febbraio 2020 n. 159.

³⁴ Si tratta del comma 683, art. 1, della l. 30 dicembre 2018 n. 145: “*Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale?*”.

risorse turistiche fondamentali del Paese, e quella di tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari.

Prescindendo da ogni riflessione sulle finalità perseguite, rispetto alle quali maggiori garanzie sembrano da ricondurre proprio ad una sana ed effettiva competizione³⁵, tenuto conto, inoltre, che la tutela del reddito e dei lavoratori va garantita a tutti gli operatori del settore evitando improprie rendite di posizione, ciò che risultava stigmatizzabile era il *dies ad quem* ivi fissato, disancorato da ogni comprensibile presupposto oggettivo o da apprezzabili ragioni di interesse pubblico, quanto invece espressione di un atteggiamento disattento e fuorviante.

Anche senza invocare articolati canoni ermeneutici, era sin troppo agevole rappresentare come tale normativa disattendesse gli indirizzi sopra citati, perché rievocava norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurounitario dalla Corte di giustizia (determinandone un'anomala reviviscenza)³⁶.

Sulla scorta dei superiori rilievi, il Giudice amministrativo³⁷ (in special modo in seconde cure) ha da subito sottolineato il citato contrasto e la doverosità di una disapplicazione in sede giudiziaria e amministrativa³⁸.

Tale ultimo orientamento, seppur con profili motivazioni peculiari e innovative, in parte analizzate nel presente contributo, è stato "sanzionato" con le recenti e già citate decisioni della Plenaria nn. 17 e 18 del 2021³⁹.

³⁵ Come sottolineato da Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013 n. 5, ove si precisa che la procedura competitiva è quella che meglio garantisce, in caso di assegnazione di concessioni di beni pubblici (in considerazione della scarsità della risorsa e quando risulti di fatto contingentata), tutti i contrapposti interessi.

³⁶ Nella Relazione predisposta dalla Commissione Europea, del 26 febbraio 2020, di accompagnamento alla Comunicazione dalla stessa resa a favore delle Istituzioni comunitarie, nella parte relativa all'Italia, concernente il semestre europeo 2020, si segnala che: "Il sistema di rilascio di autorizzazioni soggette a limitazioni non segue i principi della concorrenza e della trasparenza. Le concessioni per l'utilizzo di spazi pubblici destinato alla fornitura di un'ampia gamma di servizi (tra cui il commercio al dettaglio e il turismo) non sono ancora assegnate sulla base di procedure di selezione aperte. Ciò comporta potenziali effetti negativi sulla corretta valutazione del mercato e sulla qualità dei servizi. Inoltre in violazione della giurisprudenza nazionale e dell'UE, le concessioni esistenti vengono ripetutamente prorogate dal legislatore. Ad esempio, il legislatore ha prorogato per 15 anni le concessioni balneari pregresse ...". Medesimo rilievo si rinviene nella Relazione della Commissione, del 27 febbraio 2019, relativa al Semestre europeo 2019.

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 1586 ss.

³⁸ Il Collegio aveva condiviso il meno sanzionabile regime dell'illegittimità dei provvedimenti adottati, in luogo della più grave e insanabile nullità, imponendo un rimedio impugnatorio per rimuoverli; una conclusione che rischiava di minare l'assetto degli interessi sottesi alla disciplina in esame posto che, in mancanza di contestazioni (così come di interventi in autotutela) rituali e tempestive, poteva favorire l'applicazione di normative chiaramente in contrasto con l'ordinamento comunitario, oltre che evidenti disparità di trattamento tra gli operatori del settore a fronte di amministrazioni incuranti dei precetti comunitari. Su tale crinale, l'intervento della Plenaria, oltre a ribadire la non applicabilità della disciplina nazionale, ha riguardato la patologia dei provvedimenti adottati in esecuzione della stessa (su cui *infra*).

³⁹ Le conclusioni rassegnate dal Supremo Collegio sono state successivamente applicate sia

Tuttavia, per completezza espositiva, va avvertito, seppur in via parentetica, che nonostante il menzionato intervento nomofilattico, il dibattito non è affatto sopito, sia in sede legislativa, ovvero nella definizione della disciplina da adottarsi (tra l'esigenza dell'avvio delle procedure evidenziali e le rimostranze dei titolari delle concessioni in essere che invocano forme di tutela anche di natura indennitaria)⁴⁰, sia in sede giudiziaria, stante recentissime statuizioni che hanno focalizzato l'analisi sulla necessità di un eventuale rinvio pregiudiziale alla CGUE.

In particolare, con due coeve decisioni, da un lato, si è ritenuto non sussistenti i presupposti per un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avendo la Plenaria “*chiarito che l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga ex lege delle concessioni determina il venir meno degli effetti della proroga della concessione, con il conseguente dovere anche in capo agli enti territoriali di non applicazione della disciplina interna illegittima*”⁴¹, dall'altro, nello scrutinare un ricorso del medesimo tenore, si è disposto il rinvio pregiudiziale, non condividendosi quanto statuito dalla Plenaria in ordine al carattere *self-executing* della direttiva 2006/123⁴².

in appello che in prime cure, *ex multis*, da Cons. Stato, Sez. VII, 17 maggio 2022, n. 3901; *Id.*, 1° marzo 2022, n. 1462; T.A.R. Liguria, Sez. I, 24 maggio 2022 n. 409; *Id.*, 7 aprile 2022, n. 270; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 20 maggio 2022, n. 862; T.A.R. Toscana, Sez. III, 26 gennaio 2022, n. 79.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 18 gennaio 2022, n. 539;

Si segnalano anche le conclusioni in tal senso di Cass. penale, Sez. III, 22 aprile 2022, n. 15676.

⁴⁰ È stata di recente approvata dal Senato della Repubblica, la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in cui è prevista, all'art. 3, una disciplina transitoria, ivi confermando l'efficacia delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2023, con la possibilità, in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro tale termine, di differirlo, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, non oltre il 31 dicembre 2024. All'art. 4, poi, è prevista la delega al Governo ad adottare, previa intesa con le Regioni, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi, che, anche in deroga al Codice della navigazione, prevedano criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, modalità di affidamento sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con tempo congruo rispetto alla data di scadenza delle concessioni.

⁴¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 maggio 2022 n. 5869, che, su ricorso proposto dall'AGCM, ha dichiarato illegittima una delibera giuntale con cui era stato dato indirizzo ai competenti dirigenti di estendere il termine di durata delle concessioni demaniali in essere.

⁴² T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 11 maggio 2022, ord. n. 743. A dire del Giudice remittente, non sarebbe condivisibile quanto affermato dalla Plenaria [e cioè che il carattere auto-esecutivo della direttiva 2006/123 “è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito”], da un lato, perché “nella giurisprudenza nazionale il tema dell'auto-esecutività della direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, atteso che nella varie pronunce dei giudici amministrativi nazionali la natura auto-esecutiva o meno della direttiva è stata data per scontata sia in senso affermativo, sia in senso negativo, in assenza comunque di alcuno specifico approfondimento” (a tal proposito richiamando una non recente ed

4. *Dalla distinzione formalistica dei provvedimenti ampliativi alla lettura sostanzialistica della concessione*

Data per acquisita la necessità di una procedura selettiva, occorre vagliare quale sia il possibile paradigma di riferimento.

La criticità è insita nel fatto che, diversamente da quanto accade per la concessione di servizi⁴³, per quella dei beni non si rinviene un paradigma organico.

Ciò in quanto la normativa comunitaria non estende a tale tipologia di concessioni la disciplina prevista per le prime; in particolare, il considerando 15 della direttiva 2014/23, sancisce che “... *taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva*”.

Ne consegue che le sole concessioni di servizi risultano assoggettate a meccanismi “più sicuri”, sotto il profilo della tutela della trasparenza e della concorrenza, rispetto all'affidamento delle concessioni di beni, in relazione alle quali tali principi vanno faticosamente affermandosi solo in tempi recenti e in via giurisprudenziale⁴⁴.

Risulta così utile tracciare i caratteri distintivi tra le due tipologie.

Sul piano normativo, in virtù dell'art. 822, comma 2, cod. civ., rientrano nel demanio pubblico (dello Stato), tra gli altri, “gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico”; l'art. 824, comma 1, assoggetta “al regime del demanio pubblico” i beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'art. 822 “*se appartengono ... ai comuni*” (oltre che il cimitero e le aree mercatali).

isolata pronuncia di Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682), dall'altro, richiamando la giurisprudenza del medesimo Tribunale remittente, ha sostenuto “*che l'affermazione circa la natura auto-esecutiva della direttiva servizi non sembra contenuta nella sentenza Promoinpresa*”. L'ordinanza in rassegna ha, pertanto, rimesso alla Corte di giustizia, ben nove quesiti, concernenti, *inter alia*, la natura *self-executing* o meno della direttiva 2006-123 (i primi due), la disapplicazione ed i soggetti nei cui confronti tale obbligo si impone (il terzo, quarto e quinto quesito), se, in caso di riconosciuta natura auto-esecutiva, sussistano o meno i requisiti dell'interesse transfrontaliero della concessione e della scarsità delle risorse prescritti dall'art. 49 TFUE, e se tale valutazione debba riferirsi *tout-court* all'intero territorio nazionale o spetti ai singoli comuni valutarlo (sesto, settimo, ottavo quesito), e, da ultimo, se la natura *self-executing* della direttiva risulti compatibile con la tutela dei diritti fondamentali quali il diritto di proprietà (nono quesito). Su tali questioni, v. anche N. DURANTE, *È davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?*, in www.giustizia-amministrativa.it, Sezione “Studi e approfondimenti”, “Dottrina”, 2022.

⁴³ Per le quali, come meglio precisato in seguito, il Codice dei contratti pubblici (*Id estd.* lgs. n. 50 del 2016, già più volte novellato), dedica un'intera Parte (la III).

⁴⁴ In termini, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 giugno 2019 n. 547.

Per l'art. 826, fanno parte del patrimonio indisponibile gli edifici destinati a sedi di uffici pubblici, i loro arredi e gli altri beni destinati a un pubblico servizio⁴⁵.

La gestione da parte di terzi di un bene demaniale avviene per il tramite delle concessioni amministrative, che assumono normalmente la configurazione della concessione-contratto, ovvero una fattispecie complessa risultante dalla convergenza di un atto unilaterale ed autoritativo (la concessione) e di una convenzione integrativa avente natura privatistica, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario⁴⁶.

Di recente, indipendentemente da un criterio discrezionale che attiene all'astratta classificazione dei beni pubblici, l'attenzione è stata orientata alla sua destinazione.

In particolare, la concreta destinazione dell'area a funzioni di interesse pubblico (come, ad esempio, un parco pubblico cittadino) consente di includere il bene all'interno del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826, comma 3 c.c., trattandosi di un bene di proprietà comunale concretamente destinato ad un utilizzo pubblico⁴⁷.

⁴⁵ Per approfondimenti dottrinari e giurisprudenziali su dette disposizioni, cfr. G. CIAN, A. TRABUCCHI, Commentario breve al codice civile, Padova, 2008, 628 ss.

⁴⁶ Per un'analisi dettagliata anche delle diverse tesi dottrinarie, si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 749 ss.; E. CASSETTA, op. cit., 215. Sul piano storico, le prime risalenti teorie si caratterizzavano per individuare nel provvedimento di concessione l'unica fonte del rapporto con il privato, relegando l'adesione a mera condizione di efficacia del provvedimento (O. RANELLETTI, op. loc. ult. cit.; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 68; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, passim. Per una ricostruzione più ampia, v. A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *A. Persona e Amministrazione*, 2019, 3, 487. Oggi, il dibattito sulla natura della concessione di beni deriva proprio dalla considerazione che, in molti casi, la concessione è accompagnata (o sostituita) da un accordo stipulato con il privato. Taluni qualificano tale accordo come “contratto” riconoscendone la natura privatistica, seppur soggetto ad una sorta di diritto speciale che conferisce alla parte concedente poteri unilaterali di stampo pubblicistico (tra questi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970; F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 2016. Vi è poi chi riconosce a tali accordi natura pubblicistica preferendo parlare di “convenzioni pubblicistiche” (G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984) o di “contratto di diritto pubblico” (G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, V ediz., 2019). Attenta dottrina ha sottolineato come tali definizioni siano in sé contraddittorie (D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, 293 ss.). Simili posizioni “pubblicistiche” si rinvencono in E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 155 ss. Tra gli studi più recenti, si segnalano C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2020, 1127 ss. In giurisprudenza, si segnala il recente “arresto”: Cass., Sez. Un., 25 marzo 2022, n. 9775.

⁴⁷ Così Cass., Sez. Un., 28 giugno 2006, n. 14865.

Ciò che impone l'applicazione della disciplina pubblicistica non è solo la presenza del bene all'interno del patrimonio dell'Ente, ma anche la finalità dell'affidamento.

Sul tale crinale, si è rimarcato che: “L’occupazione di una porzione di suolo pubblico si configura come una vera e propria concessione d’uso, ossia alla stregua di un provvedimento – espressione di un potere pubblicistico ampiamente discrezionale – con il quale l’amministrazione sottrae il predetto bene alla fruizione comune e lo mette a disposizione di soggetti particolari (c.d. uso particolare). Il titolo abilitativo, pertanto, può essere rilasciato solo previo accertamento che lo stesso permetta comunque di realizzare una funzione primaria o comprimaria del bene pubblico, e non per il conseguimento di interessi meramente privati”⁴⁸.

Tant’è che le concessioni sono sempre accordate con (o dovrebbero prevedere) la facoltà per laA. di imporre nuove condizioni o di procedere alla sospensione, revoca o modifica, una volta che l’interesse pubblico si appalesi prevalente su quello privato⁴⁹.

Al contempo, si è sottolineato come la concessione di beni pubblici, a differenza della locazione, veda laA. concedente in una posizione di supremazia nei confronti del privato, onde perseguire l’interesse pubblico sotteso.

Tanto rende oltremodo discutibile l’improprio utilizzo del modello privatistico del contratto di locazione per la gestione dei beni, in luogo di quello maggiormente garantista (per gli interessi pubblici sottesi) della concessione.

Tuttavia, la denominazione “contratto di locazione”, in luogo di “concessione” o “convenzione”, non rileva ai fini della qualificazione del rapporto giuridico.

In tal senso, l’Anac⁵⁰ ha chiarito che al di là del *nomen iuris* attribuito al contratto, l’effettiva causa negoziale deve desumersi dalla documentazione di gara, dalla cui analisi, cioè, può emergere se si tratta (o meno) di una concessione.

Un dato è certo.

Il modello concessorio meglio tutela gli interessi pubblici, stante, da un lato, la revocabilità del provvedimento ove motivata da documentabili sopravvenienze (e rispetto alle quali la posizione del privato risulti recessiva), dall’altro, l’azionabilità di meccanismi decadenziali (in caso di inadempienze ascrivibili al concessionario) e di rilascio del bene (una volta spirato il *dies ad quem*) più efficaci e immediati anche in ragione dell’unilaterale adozione da parte dell’ente concedente.

Analogamente, le Sezioni Unite della Suprema Corte⁵¹ hanno sottolineato

⁴⁸ Tra le tante, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 9 marzo 2016 n. 271; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015 n. 2127; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 27 gennaio 2014 n. 1031; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 aprile 2014 n. 406; Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2013 n. 4497; *Id.*, Sez. V, 26 gennaio 2012 n. 340.

⁴⁹ In termini, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 28 settembre 2015 n. 2127; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 maggio 2011 n. 1188.

⁵⁰ Con delibera n. 21 del 21 maggio 2014. In termini, anche T.A.R. Sardegna, n. 547/2019, cit.

⁵¹ Ord. n. 16951 del 5 ottobre 2012.

che anche qualora le parti, pubblica amministrazione e privato, abbiano indicato la locazione come tipologia di contratto, consistente nell'affidamento di locali siti all'interno di un immobile pubblico, tale contratto deve comunque considerarsi “concessione”.

Su tale crinale, di significativo interesse sono gli spunti forniti dalla Plenaria con le più volte citate decisioni nn. 17 e 18 del 2021, laddove non si è condiviso l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123 (tesi fondata sull'osservazione che la concessione attribuisce il diritto di sfruttare il bene, ma non autorizza l'esercizio dell'attività, e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi).

Nel ritenere tale impostazione meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni e autorizzazione di attività, si è segnalata la necessità di una rivisitazione nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione.

Per l'effetto, tale provvedimento, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente in grado di incidere sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi⁵².

Quale corollario, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di svolgere un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi, va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

5. *I criteri qualitativi di selezione dei concessionari e la rilevanza del sintagma “principio di rotazione”*

Acquisita la necessità di un'apposita procedura evidenziale ai fini dell'individuazione del beneficiario, si impone la ricostruzione del paradigma di riferimento da applicare anche in via analogica.

Un possibile quadro normativo potrebbe rinvenirsi nel vigente codice dei

⁵² Si richiama la decisione della Commissione Europea 4 dicembre 2020, SA38399 2019/C (ex 2018/E) “*Tassazione dei porti in Italia*”, che reca l'affermazione per cui “*la locazione di proprietà demaniale dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica*”.

contratti pubblici, il quale, a differenza della pregressa codificazione, che si occupava delle concessioni solo nell'art. 30 (e che richiamava i principi generali della contrattualistica pubblica, salvo le eccezioni ivi indicate⁵³), prevede un paradigma articolato, in recepimento di apposita direttiva comunitaria⁵⁴, dedicando alle concessioni di servizi l'intera Parte III (artt. da 164 a 178).

Dall'analisi di tale paradigma emerge una tendenziale osmosi⁵⁵ con la disciplina dettata per l'affidamento degli appalti di servizi e lavori.

Seppur la concessione di beni pubblici non possa sussumersi integralmente nella menzionata disciplina codicistica (salvo la discrezionale scelta del concedente di autovincolarsi in sede di predisposizione degli atti di abbrivio della selezione), sarebbe errato assumere che per l'affidamento di una concessione demaniale l'espletanda procedura sarebbe rimessa a criteri ampiamente discrezionali (o addirittura arbitrari), minando, ciò, l'assetto degli interessi pubblici ad esse sottesi.

I principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica, infatti, trovano applicazione anche nei casi di concessione per l'utilizzo di un bene pubblico.

Tanto consegue ad una lettura sistematica di varie discipline di settore.

Innanzitutto, rileva il citato art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che prescrive una selezione tra i candidati 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.

E non può revocarsi in dubbio che l'affidamento in concessione di un'area demaniale, ancor più ove circoscritta in sede di programmazione/pianificazione, rientri in tale fattispecie, trattandosi di un bene "fisicamente" limitato.

Più datate, ma analogamente rilevanti, sono le disposizioni (anche esse sopra menzionate) di cui alla normativa sulla contabilità generale dello Stato e all'art. 12 della legge breve sul procedimento amministrativo, posto che la concessione del bene al privato costituisce, senza dubbio, un'occasione di guadagno.

Sul medesimo crinale si pone anche il più recente approdo normativo.

In particolare, l'art. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, così novellato dall'art. 5, del d.lgs. n. 56 del 2017, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), dello stesso codice, comporta che, in riferimento ai contratti "*aventi ad oggetto l'acquisto o la*

⁵³ Come chiarito dal Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2016 n. 859, ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, la procedura di affidamento di una concessione di servizi non era soggetta alle norme contenute nella parte II dello stesso codice (relativa agli appalti).

⁵⁴ *Id est* direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 "*Sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*".

⁵⁵ Il processo di osmosi tra la disciplina degli appalti e quella delle concessioni era stato già evidenziato dalla pubblicistica, al punto che erano stati estesi alla concessione plurimi istituti, sia di diritto sostanziale che processuale, previsti per i primi. L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 22 del 27 luglio 2016, sull'applicazione del termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., per impugnare l'aggiudicazione, ha chiarito che: "*Gli artt. 119 e 120 del c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione*".

locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni” vanno rispettati i principi “di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica”, previsti per tutti i contratti pubblici esclusi, anche in parte, dall’ambito di applicazione del codice.

Va da sé che anche in presenza di contratti esclusi (dall’ambito di applicazione del vigente codice dei contratti pubblici) non possono ipotizzarsi modelli o strumenti di affidamento discrezionali o arbitrari.

A suffragio si pongono plurimi arresti giurisprudenziali.

Inter alia, si è statuito che: “Anche nel caso in cui si tratti di una concessione di un bene pubblico (demaniale) e non già di una concessione di servizi, sussiste la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione; invero, l’indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale si fornisca un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”⁵⁶.

In senso analogo, in forza dei principi euro-unitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, oltre che in forza dell’art. 3 del r.d. n. 2440/1923, si è osservato come l’affidamento in concessione di un bene pubblico – appartenga esso al demanio ovvero al patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o degli enti locali – debba essere indeclinabilmente preceduto da un’apposita gara, in ragione dello statuto proprietario pubblico, nonché della natura di risorsa quantitativamente limitata e, nel contempo, economicamente contendibile, rivestiti dal bene medesimo⁵⁷.

Per analoghe argomentazioni si è ritenuta illegittima una delibera del Consiglio comunale con cui era stata disposta la sdemanializzazione di un reliquato stradale e la vendita a trattativa privata⁵⁸.

Ne deriva che: “Ove si tratti di gestione di beni di proprietà dello Stato suscettibili di sfruttamento economico vengono in rilievo, per la scelta del concessionario, le regole di evidenza pubblica; il medesimo principio è stato affermato dalla giurisprudenza anche per gli enti locali sebbene non sia prevista una regolamentazione analoga, in quanto la mancanza di una procedura competitiva circa l’assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico,

⁵⁶ Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 5 luglio 2017 n. 235, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, 958 ss.

⁵⁷ È quanto sostenuto dal T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 27 maggio 2020 n. 590; dal canto suo il Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2017 n. 2914, ha annullato la deliberazione con la quale il Consiglio aveva concesso –in via diretta, gratuitamente e senza l’esperienza di una procedura di evidenza pubblica– in favore di una associazione, alcuni terreni comunali.

⁵⁸ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 4 settembre 2019 n. 1490, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 5, 1392 ss.

*introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento*⁵⁹.

In dottrina, nel richiamare gli indirizzi dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato⁶⁰, si è sottolineato il rischio che l'utilizzo delle concessioni dirette, in particolare delle concessioni di beni pubblici, produca delle gravi distorsioni nella concorrenza, in quanto con esse si consente ad un limitato numero di imprese di accedere al mercato, e soprattutto si riconoscono ai concessionari diritti speciali che li pongono in una posizione di privilegio rispetto agli altri operatori; tali limitazioni della concorrenza, nei mercati di livello nazionale e locale, risultano in palese contrasto con i principi comunitari di liberalizzazione dei mercati e con quelli ricavabili dalla l. n. 287 del 1990⁶¹.

In sintesi, la preminente necessità (di matrice eurounitaria) di non alterare la concorrenza e il mercato, accanto alle esigenze (di matrice costituzionale) di favorire forme di gestione rispondenti ai canoni di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa precludono forme di affidamenti diretti e fiduciari.

Anche su tali profili si rinvengono, nelle citate decisioni, plurimi *obiter dicta*.

In particolare, in ordine ai principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, si richiama l'art. 12 della direttiva 2006/123, ove si prospettano i criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo, appunto, una *“procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*, ma precisando anche che, *“nello stabilire le regole della procedura di selezione, 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”*.

Ivi si sottolinea la necessità di evitare ipotesi di preferenza *“automatica”* per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli

⁵⁹ Delibera ANAC 1° agosto 2012 n. 75; Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2011 n. 3250.

⁶⁰ Si veda il parere del 28 ottobre 1998, pubblicato sul Bollettino 2 novembre 1998, n. 42.

⁶¹ Cfr. M.A. SANDULLI, *L'accordo di programma, strumento di affidamento delle infrastrutture portuali turistiche e garanzia dell'imprenditorialità dell'iniziativa*, in *Diritto.it*, 2009, che ribadisce l'auspicio a che le concessioni amministrative c.d. giustificate (intendendo tali, secondo la definizione data dall'*Anti-trust*, le concessioni che trovano giustificazione in leggi che riservano allo Stato o ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di funzioni pubbliche, di proprietà, o di attività economiche) siano soggette a revisione, essendo necessaria sia una modifica delle procedure di scelta del concessionario che riduca la discrezionalità dell'amministrazione, rafforzando l'evidenza pubblica, sia un intervento su alcuni profili della disciplina sostanziale (quali il regime giuridico dei rinnovi, la durata etc.) in modo da assicurarne la conformità ai principi della normativa comunitaria.

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 ritenuta essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni.

A tal fine, secondo le Plenarie, i criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano 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; tale valorizzazione, tuttavia, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori.

In proposito, una precisazione risulta doverosa.

Se i criteri dettati dall'art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettato in relazione ai contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento delle concessioni vanno evitate posizioni privilegiate dell'uscente. Nell'indizione e nell'espletamento delle procedure di selezione del nuovo concessionario, cioè, non può prescindersi dalla considerazione in ordine alla posizione “privilegiata” dell'uscente.

La valenza dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, scolpiti nell'art. 4 del cdc, preclude qualsiasi vantaggio a favore di un concorrente.

Per prevenire asimmetrie informative, uno dei principi cardini della vigente codificazione⁶² (rilevante soprattutto in tema di affidamenti diretti e di procedure negoziate senza bando) è costituito dalla rotazione degli affidamenti e degli inviti, da cui consegue l'inibizione, almeno in via di principio, di ripetuti e continui affidamenti a favore dei medesimi operatori⁶³.

Nel contesto ora in trattazione, piuttosto che l'esigenza della prevenzione dei fenomeni illeciti, che giustifica la previsione del principio in argomento in

⁶² Il principio di rotazione per i contratti sotto soglia non costituisce un'assoluta novità, visto che già i commi 8 e 11 dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 lo enunciavano tra i principi da rispettare in caso di affidamenti di importo ricompreso tra 40.000 euro e le soglie comunitarie. Con il nuovo codice ne viene rimarcata la centralità e la priorità rispetto a quelli generali ora scolpiti nell'art. 30.

⁶³ Per ampi approfondimenti, anche sull'evoluzione normativa, cfr. R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, 725 ss.; R. DE NICCOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 648 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 366 ss.

plurime normative di settore (si pensi alla legge n. 190/2012) e nella contrattazione collettiva dell'impiego pubblico privatizzato (in special modo del comparto dirigenziale), rileva la necessità di evitare che alla competizione partecipi un soggetto in condizioni di vantaggio.

Secondo il pertinente indirizzo ermeneutico, il gestore uscente andrebbe escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui ha ottenuto il precedente affidamento, anche se scaturito da una procedura aperta⁶⁴.

Quel che si intende evitare è che l'uscente possa avvantaggiarsi in ragione delle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, nell'ambito di una procedura in cui è chiamato a confrontarsi con pochi altri concorrenti; in quest'ottica è del tutto indifferente la modalità con la quale sia stato aggiudicato il precedente contratto, rilevando il fatto oggettivo del precedente affidamento, non anche la circostanza che questo sia scaturito da una procedura di tipo aperto o meno⁶⁵.

In conclusione, in sede di scelta del concessionario andrebbe evitata qualsiasi forma di vantaggio in capo all'uscente, che possa ricondursi a requisiti di partecipazione tesi a valorizzare (quale presupposto infungibile) la precedente gestione o all'attribuzione di premialità (in sede di apprezzamento delle proposte) del rapporto in precedenza instaurato.

6. *La controversa patologia degli atti adottati in applicazione di norme primarie disapplicabili*

Sul piano del diritto sostanziale, ulteriore questione affrontata dalle Plenarie e meritevole dell'odierna riflessione attiene al tipo di vizio inficiante i provvedimenti emanati in attuazione della norma nazionale disapplicata, rispetto alla quale, cioè, ne sia stato accertato il contrasto con la disciplina comunitaria.

Prima di rassegnare un'ipotesi interpretativa valga rammentare alcune delle principali coordinate che devono orientare gli operatori istituzionali.

Innanzitutto, la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio⁶⁶, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2020 n. 875; *Id.*, Sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019 n. 1524; *Id.*, 12 giugno 2019 n. 3943; *Id.*, 27 aprile 2020 n. 2655.

⁶⁶ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219, e, prima ancora, Cass., 18 novembre 1995 n. 11934. Sulla doverosità della disapplicazione della legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta da parte sia del giudice che della pubblica amministrazione, senza che sia necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale, si veda Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di R. TIZZANO; in *Giust. civ.*, 1984, I, 2353, con nota di G. SOTGIU.

La pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa; l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello Stato di appartenenza⁶⁷.

Tale dovere prescinde dal fattore temporale e quindi dalla circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria⁶⁸.

Allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte⁶⁹.

È, altresì, principio consolidato quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia UE, 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 sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario⁷⁰.

Qualora emerga un contrasto tra la norma nazionale o regionale e i principi eurounitari, è fatto obbligo al dirigente chiamato ad adottare il provvedimento previsto dalla norma interna, di non applicarla, salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta, idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta⁷¹.

È aperto, invece, il confronto tra coloro che ritengono affetto da nullità il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto eurounitario e coloro che sostengono l'illegittimità, imponendo l'impugnazione entro il termine decadenza dinanzi al giudice, con la conseguenza che, in mancanza, il provvedimento adottato in applicazione di una norma di legge nazionale contrastante con il diritto eurounitario mantiene la sua naturale validità ed efficacia⁷².

⁶⁷ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890.

⁶⁸ CGUE, 9 marzo 1978, C-106/77.

⁶⁹ Corte cost., 23 giugno 1999 n. 255 (ord.), in *Giur. cost.*, 1999, 3, 2203 ss., e *Id.*, 23 aprile 1985 n. 113 (ord.); Cass., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787.

⁷⁰ Corte cost., 21 aprile 1989 n. 232, in *Riv. giur. edil.*, 1989, 3, 507 ss.; CGCE, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo, e CGUE, 24 maggio 2012, C-97/11, Amia.

⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342.

⁷² Cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2008, 3635 ss. Si è operata una distinzione tra un'illegittimità diretta (imputabile all'atto nell'ipotesi in cui sia il contenuto dell'atto stesso ad essere autonomamente in contrasto con il diritto europeo) ed un'illegittimità mediata (indiretta) nell'ipotesi in cui il provvedimento sia emanato in forza di una legge incompatibile con il diritto europeo.

Il dibattito è risultato particolarmente acceso con indirizzi non univoci⁷³.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza il provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto europeo sarebbe annullabile⁷⁴. Tale tesi muove dalla teoria dell'integrazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale, preferita ad una concezione di separazione tra i medesimi: così impostato il problema, la norma dell'Unione Europea, in quanto integrativa dell'ordinamento italiano, costituisce parametro di legittimità dell'atto amministrativo. Di conseguenza, il regime del provvedimento amministrativo non muta a seconda che il parametro normativo sia di fonte nazionale od europeo, venendo in rilievo il consueto regime di illegittimità-annullamento per violazione di legge⁷⁵.

Di contro, vi è chi si è mostrato propenso a riconoscere, in siffatti casi, un'ipotesi di disapplicazione sostanziale. Secondo tale tesi la regola dell'annullabilità consentirebbe l'inoppugnabilità di atti contrastanti con il diritto europeo; si sottolinea che ammettere la disapplicazione solo per gli atti normativi interni contrastanti con il diritto europeo e non per i provvedimenti interni contrastanti, si tradurrebbe in un regime di controllo più rigido solo per i primi⁷⁶.

⁷³ In generale sul tema, cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2008, 447 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012; S. STICCHI DAMIANI, *Violazione del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.; M. RAMAJOLI-R. VILLATA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

⁷⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 1586 ss.

⁷⁵ In dottrina, a sostegno della tesi dell'annullabilità, cfr. G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 38 ss.; ID., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; ID., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività dell'orientamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 277 ss.; ID., *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 2004, ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 505 ss.; E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione e cause di invalidità e non applicazione del principio di specialità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 1075 ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 550 ss.; G. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 79 ss.

⁷⁶ Sostengono questa teoria M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 824 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013; ID., *La peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 447 ss.; S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013; B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul provvedimento amministrativo*, in *Gior. Dir. amm.*, 2005, 479 ss., secondo il quale la tesi ha avuto il merito di segnalare due profili critici dell'incidenza del diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa, relativamente al rapporto tra legalità nazionale e legalità comunitaria, "non essendo scontato che esse debbano avere lo stesso e, quindi, che la violazione del diritto europeo debba produrre gli stessi effetti della violazione del diritto nazionale", e relativamente al rapporto tra provvedimenti amministrativi ed atti normativi, "tra i quali nel diritto europeo

Altri ravvisano un'ipotesi di nullità nel caso di provvedimento emanato in applicazione di una norma nazionale contraria al diritto europeo⁷⁷.

Prima dell'intervento della Plenaria, il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale propendeva per il vizio di legittimità nel caso di violazione del diritto eurounitario, analogamente a quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, con l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'ineppugnabilità del provvedimento medesimo.

Tale orientamento non sembrava scevro da criticità.

La configurazione, in termini di illegittimità, del provvedimento adottato in attuazione di normative interne contrastanti con il diritto comunitario esponeva i plurimi interessi pubblici (sottesi alla fattispecie) ai limiti e alle condizioni riconnessi all'articolazione degli strumenti impugnatori.

Ne derivava la possibilità di continuare ad applicare la normativa interna (seppur contrastante con il diritto dell'Unione), mediante l'adozione di provvedimenti ad essa (almeno in tesi) conformi, che avrebbero continuato a produrre effetti qualora nessun soggetto (che, peraltro, doveva essere dotato di apposita legittimazione e doveva agire entro il prescritto termine decadenziale) avesse azionato i meccanismi di tutela.

Non risultava esaustivo invocare il rimedio dell'autotutela amministrativa, visto che, da un lato, era noto l'atteggiamento restio dell'amministrazione a rivedere il proprio operato (ancor più in assenza di una rituale contestazione in giudizio), dall'altro, avrebbero potuto eccipirsi i limiti temporali contemplati nel relativo paradigma normativo⁷⁸.

Anche in ordine a tale profilo le Plenarie hanno fornito un indirizzo interpretativo diverso dall'orientamento prevalente: ivi si ritiene che l'atto di proroga

vi è indistinzione, mentre nel diritto nazionale vi è distinzione, ma anche un'area di sovrapposizione, che produce istituti ibridi come la disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo”.

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005 n. 579, secondo cui “*l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione [...] se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa *legibus soluta*, egli non può dare atto che della radicale nullità dell'atto medesimo”.* Un'isolata pronuncia [T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989 n. 34, con nota di R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1989, 149 ss., e di L. TORCHIA, *Il giudice disapplica ed il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, 203 ss.] ha dichiarato inesistente un provvedimento adottato sulla base di una norma nazionale contrastante con norme europee.

⁷⁸ Entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi nel caso di provvedimenti concessori, come contemplato dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, come novellato dalla l. n. 108/2021.

sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile.

A lume di tale premessa (la proroga del termine avviene automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, ma la norma che la prevede non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione), ne discende che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

Sempre secondo le Plenarie, ragioni di certezza delle situazioni giuridiche depongono nel senso che l'amministrazione debba "*rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*".

Tale soluzione certamente è meno criticabile di quella offerta dall'indirizzo giurisprudenziale in precedenza consolidatosi.

Tuttavia, non è esaustiva se si considera che riguarda i soli provvedimenti di proroga già adottati e non si esprime in ordine alle determinazioni che dovessero essere adottate dalle amministrazioni concedenti nelle more di una auspicata riforma normativa o, comunque, dell'abrogazione formale della normativa divisa.

Andrebbe, quindi, prospettato un indirizzo esegetico che consenta di definire il regime patologico dei provvedimenti che dovessero emanarsi in attuazione di una normativa nazionale contrastante con la norma unitaria ma rispetto alla quale non è intervenuta alcuna chiara statuizione in sede giudiziaria.

In tale ultima ipotesi, infatti, prospettare una radicale nullità delle determinazioni amministrative pregiudicherebbe, in modo eccessivo e sproporzionato, le posizioni giuridiche dei destinatari, i cui investimenti rischierebbero di essere irripetibili a seguito di un successivo accertamento della nullità del provvedimento stesso, in assenza, soprattutto, di qualsiasi responsabilità loro imputabile.

In sostanza, si imporrebbe agli interessati un autonomo e preventivo accertamento sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della norma da applicarsi per rilasciarsi l'invocato provvedimento abilitativo, al fine di evitare il prospettato e postumo pregiudizio

Ma tanto risulterebbe ingiustificabile ed eccessivo.

Cosicché, risulta preferibile una soluzione diversa.

Occorrerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui il contrasto con l'ordinamento comunitario risulti conclamato ed accertato (seppur riferito a fattispecie similari o a normative sopravvenute) e quella per la quale manchi uno scrutinio in tal senso.

Solo in quest'ultimo caso potrebbe ritenersi necessaria l'impugnazione, mentre nella prima ipotesi la sanzione di nullità (che gode di un arco temporale

di impugnazione più ampio⁷⁹ e della rilevabilità di ufficio⁸⁰) sembra più pertinente.

Ciò perché, laddove sia stata accertata la non compatibilità della norma interna con il diritto unionale (con relativa disapplicazione) mancherebbe il presupposto legittimante l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione amministrativa, con assoluta carenza di potere (cui consegue la massima sanzione)⁸¹.

In altri termini, non può equipararsi tale ultima fattispecie a quella per la quale l'atto amministrativo si presenti *contra legem*, quindi annullabile, perché, in ragione dell'accertata incompatibilità e della doverosa disapplicazione della norma nazionale, verrebbe a mancare proprio il substrato normativo su cui si basa l'adottanda determinazione⁸².

La tesi è in grado anche di contemperare le posizioni dei destinatari del provvedimento rimuovendo, i quali, in caso di mancato scrutinio della antigiusuridicità della norma interna (in contrasto con la normativa comunitaria) risulterebbero inconsapevolmente danneggiati da un accertamento postumo dell'inefficacia dell'atto (peraltro in assenza di impugnazione); diversamente, laddove detto contrasto risulti già accertato, la loro pretesa di tutela svilisce, non potendo non essere consapevoli dell'avvenuto rilascio di un atto viziato *radiciter*.

⁷⁹ Art. 31, co. 4, d.lgs. n. 104/2010: “La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice”.

⁸⁰ Vero è che per il tramite della norma processuale indicata, il legislatore: a) per un verso, ha assoggettato la declaratoria di nullità dell'atto alla proposizione della relativa domanda al giudice da parte di chi vi abbia interesse, entro il termine di centottanta giorni, decorrente dalla piena conoscenza dell'atto medesimo; b) per altro verso, ha affermato – come per i contratti così anche per l'atto amministrativo – sia la opponibilità “*in perpetuum*” della nullità ad opera della parte resistente, sia la rilevabilità di ufficio di tale invalidità, da parte del giudice; così recependo solo in parte gli aspetti tipici della nullità – come tradizionalmente operante nell'ambito del diritto civile – quale nuova forma di invalidità dell'atto amministrativo (come osservato da R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 602-603).

⁸¹ Cass., Sez. Un., 5 marzo 2018 n. 5097, in cui si richiama la giurisprudenza, definita come consolidata, che riconduce alla nullità *ex art. 21-septies* della l. 241 del 1990 al difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. “carenza in astratto del potere”, cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro it.* 2003, III, 433, con nota di A. TRAVI.

⁸² Sul contrasto del provvedimento col diritto europeo, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003 n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, 413; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009 n. 3072, in *Urb. e app.*, 2009, 1097, in *Giust. amm.*, 2009, 2, 223, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2012, 1, 64), secondo cui: “Il provvedimento di una. nazionale che si ponga in contrasto con la disciplina comunitaria di un determinato settore configura un'ipotesi di annullabilità dello stesso, e non di nullità, come accade, invece, nell'ipotesi che l'atto interno sia stato emesso in conformità ad una norma nazionale (attributiva del potere) che risulti, essa, incompatibile con il diritto comunitario, con il conseguente obbligo di disapplicazione”.

7. *Brevi considerazioni conclusive*

Le superiori riflessioni, il cui abbrivio è costituito dagli indirizzi interpretativi rassegnati dalle plenarie del Consiglio di Stato, attengono specificatamente ai plurimi e significativi *obiter dicta* ivi presenti, relativi a profili tradizionali di diritto sostanziale che vengono riletti in un'ottica funzionale e comunitaria.

Sembra evidente come le ricadute applicative non possano circoscriversi alla sola disciplina delle concessioni demaniali marittime ma impongano una riflessione organica e di sistema al fine di coordinare l'interpretazione e l'applicazione dei divisati istituti.

Il disallineamento che sussiste tra le formali categorie concettuali (proposte dalla giuspubblicistica nazionale) e i criteri ermeneutici forniti in sede pretoria può ingenerare plurime conflittualità e incertezze, con ricadute negative e non auspicabili anche sul piano economico e produttivo.

La tecnica legislativa delle leggi-provvedimento che mirano a differire il *dies ad quem* dell'anacronistica disciplina di settore, oltre a svilire il ruolo del Legislatore -cui sembra prestare rimedio una (altrettanto anomala ma indispensabile) giurisprudenza pretoria⁸³- da un lato, assurgono a transitorie soluzioni, dall'altro, aprono il varco all'embricazione tra norme, statuizioni, infrazioni e precetti di ingestibile applicazione concreta.

Resta, indubbiamente, la necessità di una disciplina organica che fornisca anche i criteri selettivi da applicarsi in sede di procedura evidenziale ma che non ceda alla "tentazione" di privilegiare impropriamente e immotivatamente l'uscente, favorendo la resilienza del diritto di insistenza, ma che orienti la programmazione amministrativa in un'ottica di sviluppo e di valorizzazione dei beni pubblici, spesso impropriamente piegati alla mera tutela di interessi individuali o corporativi.

⁸³ Sul diritto giurisprudenziale, si veda il recente contributo di J. VAVALLI, *Sull'appello al Consiglio di Stato in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, tra Costituzione, Codice del processo amministrativo e orientamenti giurisprudenziali: un inquadramento sistematico*, in *Nuove Autonomie*, fasc. 2/2021, in cui si richiamano A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 508 e 512 e N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1162-1163.

Abstract

Nel presente contributo, dopo una breve ricostruzione diacronica del regime giuridico delle concessioni demaniali con finalità turistiche, a seguito dell'abrogazione del diritto di insistenza ed alla luce degli indirizzi comunitari (di rango normativo e di matrice giudiziaria) oltre che delle conformi conclusioni rassegnate dalle magistrature (amministrative e penali) nazionali, tutti tesi a sanzionare sia automatici rinnovi e proroghe delle concessioni in essere sia impropri vantaggi, in sede comparativa, degli uscenti, sono stati analizzati gli *obiter dicta* delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 17 e n. 18 del 2021, con particolare riguardo sia alla distinzione tra concessione e autorizzazione, con il superamento del metodo formalistico a favore di un'analisi funzionale, sia alla patologia dei provvedimenti applicativi di normative anticomunitarie, non più ascrivibile alla categoria dell'illegittimità bensì in quella più severa della nullità.

The “functional” qualification of expansive acts and the pathology of acts adopted applying non-competitive laws

After a short diachronic analysis of the legal discipline of the maritime domain concessions, after the repeal of the right of insistence, the paper deals with the theme keeping in consideration the actual legal framework of the European Union (both normative and judiciary) and the accordant decisions of the national judges (criminal and administrative) which all aim to punish both automatic extensions both undue advantages given to the leaving concessionaries. In detail, the paper focuses on the most recent decisions of the Plenary Section of the Council of State, nn. 17 and 18 of 2021, in particular on the distinction between concession and authorization, in overcoming a formalistic approach in favor of a functional one, and on the pathology of administrative acts adopted applying non-competitive laws, no more to consider illegal but radically void.