

Il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto ex art. 99, comma 2, c.p.a., ha chiesto all'Adunanza plenaria di pronunciarsi su varie questioni connesse alla proroga della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative di cui alla legge n. 145 del 2018 ed al d.l. n. 34 del 2020.

**Consiglio di Stato, decreto, 24 maggio 2021, n. 160 – Pres. Patroni Griffi**

**Beni pubblici – Demanio marittimo – Concessioni – Proroghe automatiche – Doveri di disapplicare legge per contrasto con il diritto europeo – Deferimento all'Adunanza plenaria**

**Beni pubblici – Demanio marittimo – Concessioni – Proroghe automatiche – Doveri di disapplicare legge in contrasto con il diritto europeo – Annullamento o riesame – Deferimento all'Adunanza plenaria**

**Beni pubblici – Demanio marittimo – Concessioni – Moratoria – Aree soggette a concessione scaduta al momento della moratoria – Deferimento all'Adunanza plenaria**

*Sono rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:*

*1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali (art. 1, comma 683, l. n. 145 del 2018) o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva (1);*

*2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio (2);*

*3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree*

oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (3).

(1-3) I. – Con il decreto in rassegna, il Presidente del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, comma 2, c.p.a., ha deferito all’Adunanza plenaria gli articolati quesiti di cui in massima diretti a verificare i poteri e i doveri dei giudici e dell’Amministrazione, in tutte le sue articolazioni, a fronte di leggi statali e regionali in contrasto con la normativa europea. Ha inoltre chiesto di chiarire se sia applicabile o meno la moratoria prevista dall’art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, alle aree soggette a concessione scaduta al momento dell’entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell’art. 1, commi 682 ss., della l. 30 dicembre, n. 145.

II. – Con il decreto in esame, il Presidente, nell’evidenziare che la questione presenta un notevole impatto sistemico e riveste una particolare rilevanza economico-sociale, ha osservato che:

- a) sono pendenti presso il Consiglio di Stato due ricorsi vertenti anche sulla questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative:
  - a1) un primo appello, presso la quinta sezione, proposto dal Comune di Lecce per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73;
  - a2) un secondo appello, presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, proposto dalla Comet s.r.l., nei confronti della Autorità di sistema portuale dello Stretto e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504;
  - a3) entrambi i ricorsi vertono, tra l’altro, sul tema dell’applicazione dell’art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018, che ha prorogato *ex lege*, fino al 31 dicembre 2033, le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo e, in entrambi, viene anche in rilievo l’art. 182, comma 2, del citato d.l. n. 34 del 2020;
- b) la questione afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto europeo, con specifico riguardo al potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte del giudice amministrativo;

- c) è opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali;
- d) la questione relativa alla doverosità, o meno, della disapplicazione, da parte dello Stato membro in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative configura *“una questione di massima di particolare importanza”*, ai sensi dell’art. 99, comma 2, c.p.a.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- e) il decreto pone tra l’altro in evidenza il rilievo assunto dall’art. 182, comma 2, del citato d.l. n. 34 del 2020, secondo il quale *“Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall’articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall’emergenza epidemiologica da COVID-19”* dispone che *“le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all’articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l’assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*;
- f) la risposta ai quesiti postula la risoluzione di questioni logicamente preliminari involgenti:
  - f1) l’obbligo di disapplicare la norma di diritto interno (nazionale o regionale) confliggente col diritto dell’Unione europea e se tale obbligo riguardi tutte le articolazioni dello Stato (compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati);
  - f2) nelle ipotesi di direttiva *self-executing*, se l’attività interpretativa volta a rilevare l’eventuale conflitto e l’efficacia della fonte sia riservata solo agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;
  - f3) quale logico corollario delle questioni sopra delineate, l’obbligo per le amministrazioni dello Stato italiano di provvedere all’annullamento d’ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell’Unione europea o al suo riesame, ai sensi dell’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., e se l’esistenza di un giudicato favorevole impedisca l’annullamento d’ufficio;

- g) l'intervento nomofilattico della Plenaria potrebbe delineare una lettura unitaria della disciplina nazionale e sovranazionale dalla quale scaturisca un obbligo generale per la Repubblica Italiana in tutte le sue articolazioni di disapplicare la disciplina nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea, nonché chiarire se in caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa circa l'efficacia di tale fonte spetti non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a quelli di amministrazione attiva;
- h) la rimessione involge un altro importante profilo, relativo all'autotutela amministrativa, circa la doverosità, da parte dell'amministrazione dello Stato, di provvedere all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame, in difformità rispetto all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale diffuso, che inquadra l'autotutela in un ambito discrezionale riservato al merito dell'Amministrazione. A tale aspetto si connette l'ulteriore questione, se l'esistenza in ordine provvedimento di un giudicato favorevole impedisca di procedere all'annullamento d'ufficio;
- i) con riferimento alle vicende contenziose che hanno condotto alla rimessione delle questioni all'Adunanza plenaria dinanzi al Consiglio di Stato:
- i1) nel caso pendente presso la quinta sezione del Consiglio di Stato, l'oggetto è rappresentato da una richiesta di proroga di una concessione demaniale marittima (con scadenza al 31 dicembre 2020) fino al 31 dicembre 2033, ai sensi dell'art. 1, comma 682, l. n. 145 del 2018. Il Comune di Lecce ha negato la proroga prevista dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge finanziaria 2019, in virtù di quanto previsto dalla direttiva servizi 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, (c.d. direttiva *Bolkestein*), invitando l'interessato a chiedere al concessionario di avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ex art. 182 del d.l. n. 34 del 2020, con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre. Con la citata sentenza n. 73 del 2021, il T.a.r. per la Puglia, Lecce, ha annullato l'impugnato provvedimento perché assunto in violazione della legge n. 145 del 2018, dopo aver ritenuto che la direttiva *Bolkestein* non sia *self-executing* e, pertanto, non sia suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, in assenza di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore, di modo che la c.d. disapplicazione sia, nel caso di specie, in evidente violazione della legge. Il Tribunale ha quindi affermato "il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla

*legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall'art. 1 commi 682 ss. della legge 145/2018";*

- i2) il secondo caso, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ha ad oggetto il diniego del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, posseduta da una società che si occupa di nautica da diporto. Con la richiamata sentenza n. 504 del 2021 il Ta.r. per la Sicilia, Catania - dopo aver indicato le ragioni per cui non ha condiviso la citata decisione del Tar Lecce - ha respinto il ricorso, mettendo in evidenza che: I) ancor prima della sentenza della Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 (in *Giornale dir. amm.*, 2017, 1, 60, con nota di BELLITTI; *Dir. maritt.*, 2017, 3, 715, con note di MOZZATI, VERMIGLIO), la giurisprudenza aveva già in larga parte aderito all'interpretazione dell'art. 37 del codice della navigazione, secondo cui deve privilegiarsi l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio di concessioni demaniali marittime, in adesione ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva n. 123/2016, i quali si applicano anche in materie diverse dagli appalti, poiché riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici; II) la citata sentenza della Corte di giustizia UE ha precisato che *"l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (cosiddetta "Bolkstein"), relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati"*; III) di modo che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole dell'Unione Europea sull'indizione delle gare; IV) la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della citata direttiva 2006/123/CE, ha affermato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della menzionata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un

regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse (regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva); V) a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il soggetto già titolare del titolo vanta un mero interesse di fatto a che l'Amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione giuridica qualificata, con conseguente insussistenza di alcun obbligo di proroga *ex lege* da parte del concedente; VI) l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere esclusa in ossequio alla giurisprudenza europea, che comporta la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194 del 2009 e dell'art. 34-*duodecies*, del d.l. n. 179 del 2012, sicché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara (ivi compresa quella fino al 2033, prevista dall'articolo unico, comma 683, della legge n. 155 del 2019) non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento; VII) la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere del giudice, che opera anche d'ufficio, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri; VIII) nel caso in cui emerga un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto europeo, è fatto obbligo al funzionario che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma europea di riferimento);

j) il quadro normativo di interesse è costituito dalle seguenti norme nazionali e sovranazionali:

j1) art. 822 c.c., ai sensi del quale, *“appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico”*;

j2) art. 36 del codice della navigazione *“Concessione di beni demaniali”*, ai sensi del quale *“L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo. Le*

*concessioni di durata superiore a quindici anni sono di competenza del ministro per la marina mercantile. Le concessioni di durata superiore a quattro, ma non a quindici anni, e quelle di durata non superiore al quadriennio che importino impianti di difficile sgombero sono di competenza del direttore marittimo. Le concessioni di durata non superiore al quadriennio, quando non importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del capo di compartimento marittimo”;*

- j3) art. 37 del codice della navigazione “Concorso di più domande di concessione”, ai sensi del quale “Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell’amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell’ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”;
- k) con riferimento alla specifica finalità turistico-ricreativa:
- k1) il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, ha delineato un sistema di rinnovo automatico del titolo concessorio di sei anni in sei anni;
- k2) la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (la legge finanziaria 2007) ha introdotto modifiche alla disciplina in vigore, inserendo nell’art. 3 del d.l. n. 400 del 1993, il comma 4 bis, secondo il quale “le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell’ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84”;
- k3) la direttiva 2006/123/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 12 dicembre 2006, (cd. direttiva Bolkestein) relativa ai servizi nel mercato interno, all’art. 12 prevede che “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. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, 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". La direttiva prevede, tra l'altro, che alcune attività di servizi possono essere esercitate da soggetti beneficiari di un'autorizzazione concessa dalla pubblica amministrazione, a condizione che tale autorizzazione sia aggiudicata a seguito di una procedura trasparente, imparziale e per una durata limitata adeguata, senza possibilità di rinnovo automatico. Essa, pertanto, dispone che anche il servizio del settore turismo e, nella parte che qui occupa, la modalità di assegnazione della concessione demaniale marittima, debba essere assoggettata a gara, con la conseguente applicazione delle norme che sovrintendono le procedure ad evidenza pubblica;

- k4) l'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194 (*"Proroga di termini previsti da disposizioni legislative"*), convertito con l. 26 febbraio 2010 n. 25, ha abrogato l'art. 37, comma 2, cod. nav., che prevedeva il cd. *"diritto di insistenza"* e ha, contestualmente, disposto una proroga sino al 31 dicembre 2012 della scadenza di tutte le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del suindicato decreto. In sede di conversione, il legislatore ha fatto salva la disposizione dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993, recante il rinnovo di sei anni in sei anni per le concessioni demaniali marittime;
- k5) l'art. 11, comma 1, della l. 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria 2010), ha abrogato l'art. 1, comma 2, d.l. n. 400 del 1993, eliminando l'istituto del rinnovo automatico. Il comma 2 del predetto art. 11 ha attribuito una delega al governo per adottare (entro quindici mesi) un decreto legislativo volto a riordinare e revisionare la legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime alla stregua dei principi fissati dall'Unione Europea;
- k6) l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 è stato interessato da una serie di modifiche legislative (ai sensi dell'art. 34 *duodecies*, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012 n. 221; dell'art. 1, comma 547, della l. 24 dicembre 2012 n. 228 e, ancora, dell'art. 1, comma 291, della l. 27 dicembre 2013, n. 147), che hanno esteso la disciplina in vigore anche alle concessioni dei beni demaniali lacuali,



fluviali ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse e sportive, nonché quelle destinate a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto;

k7) una ulteriore modifica è stata apportata dall'art. 24, comma 3 *septies*, del d.l. 24 giugno 2016, n. 113, recante *“Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio”*, convertito, con modificazioni, con l. 7 agosto 2016, n. 160, il quale ha previsto che *“nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'art. 1, 18° comma, d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25”*. Per effetto di tale modifica, l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 prevede che il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del medesimo decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020;

k8) l'art. 1, comma 675, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) ha disposto che *“Al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime”*.

Il successivo comma 676 dispone che *“Il decreto di cui al comma 675 contiene, inoltre, i criteri per strutturare: a) un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative e ricettive che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di: sostenibilità ambientale; qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi; accessibilità; qualità e modernizzazione delle infrastrutture; tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti;*

*sicurezza e vigilanza delle spiagge; b) un sistema di rating delle imprese di cui alla lettera a) e della qualità balneare; c) la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di demanio marittimo di cui al codice della navigazione o a leggi speciali in materia; d) il riordino delle concessioni ad uso residenziale e abitativo, tramite individuazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, primo comma, del codice della navigazione e dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità e tenuto conto, in termini di premialità, dell'idonea conduzione del bene demaniale e della durata della concessione; e) la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari, che tenga conto delle peculiari attività svolte dalle imprese del settore, della tipologia dei beni oggetto di concessione anche con riguardo alle pertinenze, della valenza turistica".*

*Il comma 687 dispone che "Le amministrazioni competenti per materia, così come individuate nel decreto di cui al comma 675, provvedono, entro due anni dalla data di adozione del predetto decreto, all'esecuzione delle attività di cui ai commi 676 e 677, ciascuna per gli aspetti di rispettiva titolarità".*

*Il comma 679 prevede che "Sulla base delle risultanze dei lavori svolti ai sensi del comma 678, è avviata una procedura di consultazione pubblica, nel rispetto dei principi e delle previsioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, in merito alle priorità e modalità di azione e intervento per la valorizzazione turistica delle aree insistenti sul demanio marittimo, che deve concludersi entro il termine massimo di centottanta giorni dalla data di conclusione dei lavori da parte delle amministrazioni di cui al comma 678".*

*Ai sensi del comma 680: "I principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare". "Al termine della consultazione di cui al comma 679, secondo i principi e i criteri tecnici stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dal comma 680, sono assegnate le aree concedibili ma prive di concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente legge". "Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. 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". In base al comma 681: "Al termine della consultazione di cui al comma 679, secondo i principi e i criteri tecnici stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dal comma 680, sono assegnate le aree concedibili ma prive di concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente legge".*

*Ai sensi del comma 682: "Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. 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".*

*Ai sensi del comma 683: "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";*

- 1) per una ricostruzione della evoluzione normativa nazionale si veda Cass. pen., sez. II, 11 dicembre 2019, n. 18200 (in *Foro it.*, 2021, II, 112 con nota di A. SCARCELLA, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e riferimenti giurisprudenziali), secondo cui *"In tema di abusiva occupazione di spazio demaniale, deve essere disapplicata la normativa nazionale che, stabilizzando gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, contrasta con l'art. 12, par. 1 e 2, della*

*direttiva 2006/123/Ce del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'art. 49 Tfu*";

m) l'Ufficio Studi, in data 14 maggio 2021, ha emesso un parere concernente l'interpretazione dell'art. 99, comma 2, c.p.a., sul deferimento all'Adunanza Plenaria ad iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato, osservando quanto segue:

- m1) ha richiamato la disciplina vigente e quella in vigore prima della emanazione del codice del processo amministrativo, in relazione all'istituto previsto dall'art. 99, comma 2, cit. (per un precedente si veda il d.P.C.S., 4 luglio 2011, il cui deferimento è stato definito con la sentenza del Cons. Stato, ad. plen., 2 dicembre 2011, n. 21, in *Foro it.*, 2012, III, 257);
- m2) il Presidente del Consiglio di Stato non è vincolato a un'eventuale richiesta di parte, anche congiunta, trattandosi di potere esercitabile ad insindacabile giudizio del suo titolare;
- m3) i presupposti di applicazione della fattispecie sono due: il primo temporale, consistente nella necessità che il deferimento avvenga "prima della decisione"; il secondo oggettivo, connesso all'esistenza, alternativa, di "questioni di massima di particolare importanza" da risolvere o di "contrasti giurisprudenziali" da dirimere (da intendere come presenza di un contrasto giurisprudenziale reale e non di un contrasto solo potenziale);
- m4) ai sensi dell'art. 99, comma 2, ricorrono i presupposti legittimanti costituiti dalla "questione di massima di particolare importanza", in presenza di una problematica ampiamente dibattuta e variamente interpretata in dottrina ed in giurisprudenza, che eventualmente abbia dato luogo a plurimi interventi del legislatore, a pronunce della Corte costituzionale o delle Corti europee, a provvedimenti dell'autorità interna o sovranazionale e la cui soluzione definitiva non sia per questo percepita come prossima, senza che la questione sia stata oggetto di pronunce contrastanti in grado di appello;
- m5) ciò premesso, circa il quesito inerente la "la possibilità, per il Presidente del Consiglio di Stato, di deferire ex officio all'Adunanza Plenaria la controversia già pendente in Sezione V. Possibilità che analoga cosa avvenga con il fascicolo pendente presso il CGARS", sussistono nella specie i presupposti per la rimessione in questione, alla luce dell'art. 10, commi 3 e 4, del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, avente ad oggetto "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato" e del fatto che le decisioni dell'Adunanza plenaria assumono natura nomofilattica anche rispetto al Consiglio di giustizia amministrativa, tenuto conto, altresì, che il Presidente del

Consiglio di Stato occupa la posizione di vertice dell'intera giustizia amministrativa;

- m6) in ordine alla valutazione sulla sussistenza di una *“questione di massima di particolare importanza”*, si dà atto dell'attuale stato di grave incertezza che interessa la materia. Il regime di proroga ulteriore introdotto con la legge Finanziaria 2019 ed avente la durata di 13 anni (a decorrere dal 31 dicembre 2020), in assenza della approvazione di alcuna normativa di riordino della materia, integrando evidente violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva servizi, con conseguente avvio della procedura d'infrazione da parte della Commissione europea con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni. Tale stato di incertezza è stato acuito dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che, in ragione dell'emergenza epidemiologica, ha confermato la validità e l'efficacia della proroga, già disposta, fino al 2033. Alcune amministrazioni locali, ritenendo di dover applicare la legge dello Stato, hanno concesso la proroga fino al 31 dicembre 2033; altre hanno negato la proroga disapplicando la norma nazionale; altre ancora (come nei casi esaminati recentemente dalla citata sentenza del T.a.r. per la Puglia, Lecce), dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela; altre infine sono rimaste inerti rispetto alle istanze dei concessionari. Tale situazione è stata aggravata dalla lettera n. 2020/4118 del 3 dicembre 2020, con cui la Commissione europea ha nuovamente sottoposto la Repubblica Italiana a procedura di infrazione dopo l'emanazione delle novità legislative indicate. L'oggetto della procedura concerne, nello specifico, i diversi atti normativi succedutisi nel tempo, i quali mirano *“a prorogare in modo generale ed automatico le concessioni vigenti, senza alcuna procedura di selezione tra i candidati potenziali”*. Le violazioni contestate riguardano il *“diritto preferenziale riconosciuto ai concessionari esistenti”*, il *“rinnovo automatico delle concessioni introdotto dal decreto-legge del 1993”* e le *“proroghe transitorie ex lege adottate nel 2009, nel 2012 e nel 2018, delle quali quest'ultima è stata confermata ed ulteriormente chiarita nel 2020”*. I parametri di legittimità individuati sono costituiti dall'art. 49 TFUE e dall'art. 12 della direttiva servizi, nell'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia in punto di qualificazione delle concessioni demaniali marittime e lacuali in termini di autorizzazioni, di applicazione della medesima direttiva anche a situazioni puramente interne, di valutazione della scarsità delle risorse naturali, di equivalenza tra proroga *ex lege* e rinnovo automatico e di valutazione del legittimo

affidamento del concessionario uscente. Quindi la Commissione ha contestato *“sia la legislazione rilevante che già ha fatto oggetto della sentenza Promoimpresa... sia la legislazione rilevante adottata dopo detta sentenza”*, ritenendo che *“la Repubblica italiana non abbia ottemperato agli obblighi imposti dall’art. 12 della direttiva sui servizi e dall’art. 49 TFUE”*, con invito a trasmettere osservazioni in merito, *“entro due mesi dal ricevimento della presente lettera”* (vedi anche *infra*). Il suddetto stato d’incertezza è, infine, alimentato dalla pendenza, per lo più in primo grado, di un vasto contenzioso in materia, suscettibile di incrementarsi allorché le amministrazioni pubbliche concluderanno i procedimenti - allo stato sospesi *ope legis* - riguardanti le istanze di proroga dei concessionari e le gare bandite o da bandire. Il parere riporta gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa di primo e di secondo grado e un orientamento minoritario del giudice di appello (ai quali si rinvia per ogni approfondimento). Il parere, inoltre, dopo aver richiamato l’esistenza di sentenze amministrative, che hanno affermato l’inesistenza di un obbligo a carico dell’amministrazione di disapplicare la norma nazionale (ritenendosi viceversa tale attività interpretativa riservata solo ed esclusivamente al giudice), ritiene fortemente auspicabile un intervento della Plenaria, volto a risolvere le sottese *“questioni di massima di particolare importanza”*, concernenti essenzialmente: l’esatto contenuto degli obblighi assunti dall’Italia a livello unionale; la responsabilità verso l’Unione eventualmente cagionata dalla loro violazione; la possibilità di disporre proroghe o rinnovi (in via legislativa o amministrativa) di concessioni scadute compatibili col diritto unionale; il potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo;

n) in giurisprudenza è insorto un contrasto tra la tesi che sostiene l’impossibilità di applicare le norme di proroga delle concessioni e altro orientamento che invece ritiene insuperabile la disciplina normativa, nella specie l’art. 1, commi 683 e ss., della legge di bilancio 2019;

n1) per la prima tesi si veda:

- Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874 (in *Foro it.*, 2020, III, 65), secondo cui *“Le disposizioni legislative che prevedono in via generalizzata proroghe o rinnovi automatici di concessioni demaniali marittime violano i principî del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza e pertanto non possono essere applicate né dal giudice, né dall’amministrazione”*. La predetta sentenza accenna alla possibilità che

una proroga possa essere concessa dall'autorità nazionale a tutela dell'affidamento dell'operatore in buona fede, che abbia effettuato investimenti basandosi su previsioni nazionali che avessero prolungato il rapporto concessorio, prima che fosse stata riconosciuta la necessità di una procedura trasparente. Tuttavia, in proposito precisa che un legittimo affidamento non può ammettersi più dopo la scadenza del termine per il recepimento della direttiva *Bolkestein* (28 dicembre 2009) e comunque dopo il suo effettivo recepimento da parte del nostro paese, con il d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59. Sembra pertanto escluso che un affidamento del genere possa configurarsi per effetto delle proroghe disposte di recente dal legislatore nazionale. La sesta sezione, infine, distingue fra i provvedimenti di rinnovo di concessioni demaniali e i rinnovi automatici e le proroghe, disposti direttamente dal legislatore. I rinnovi automatici e le proroghe disposti direttamente dal legislatore non integrano provvedimenti taciti e pertanto la loro ricezione in atti dell'amministrazione non ha effetti costitutivi. Ciò assume rilievo specifico ai fini della identificazione del regime del rinnovo, che nel primo caso risulta essere l'effetto di un provvedimento, ancorché illegittimo, mentre nel secondo caso è un effetto prodotto immediatamente dalla legge;

- Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993 (in *Foro it.*, *Rep.* 2020, voce *Porti, spiagge, fari*, n. 8 *Riv giur. ed.*, 2019, 5, I, 1409 con nota di CHIARAVIGLIO P., *Effetti espansivi del diritto Ue sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*) che ha accolto il ricorso del pubblico ministero contro il rigetto di una richiesta di sequestro preventivo di un'area demaniale marittima che l'imputato utilizzava in base alla proroga della concessione disposta dall'art. 1, 18° comma, d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito in l. 26 febbraio 2010 n. 25, confermata dall'art. 24, comma 3 *septies*, d.l. 24 giugno 2016 n. 113, convertito in l. 7 agosto 2016 n. 160: la Cassazione, richiamando la giurisprudenza europea, ha rilevato che la disposizione sulla proroga era incompatibile con l'art. 12 della direttiva *Bolkestein* e pertanto doveva essere disapplicata;
- Tar Puglia, sede Lecce, sez. I, 24 giugno 2019, n. 1108; *Idem* 4 aprile 2019, n. 547; *idem*, 17 febbraio 2019, n. 184, e Tar Lombardia, sez. IV, 24 gennaio 2017, n. 153 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it));

n2) per la tesi opposta:



- Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, nn. 7251-7258, che, nel decidere altrettanti appelli proposti dall'amministrazione contro sentenze del T.a.r. Lazio concernenti procedure per l'assegnazione di concessioni demaniali marittime, ha applicato le disposizioni legislative di proroga delle concessioni scadute;
  - T.a.r. per la Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73 (oggetto della remissione in commento, vedi precedente punto i1);
- o) la giurisprudenza costituzionale ha escluso più volte la legittimità di disposizioni legislative regionali di proroga o di rinnovo di concessioni demaniali marittime:
- o1) in questo senso: Corte cost. 18 luglio 2011, n. 213 (in *Foro it.*, 2012, I, 367) (con riferimento a una legge della regione Veneto); 26 novembre 2010, n. 340, (*id.*, 2011, I, 327), con riferimento a una legge della regione Toscana; 1° luglio 2010, n. 233, *ibid.*, con riferimento a una legge della regione Friuli-Venezia Giulia; 20 maggio 2010, n. 180(*id.*, 2010, I, 1977), con riferimento a una legge della regione Emilia-Romagna. Nel richiamare il diritto comunitario, la Corte ha ritenuto che l'illegittimità costituzionale è ricavata soprattutto dalla violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., da cui l'illegittimità di disposizioni che, introducendo proroghe o rinnovi automatici, favoriscono l'operatore che abbia già conseguito la concessione, impedendo l'ingresso per i nuovi operatori (c.d. nuovi entranti);
  - o2) per gli sviluppi più recenti di questo indirizzo, cfr. Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1 (*id.*, 2019, I, 761), e 5 dicembre 2018, n. 221 (*ibid.*, 19), che dichiarano l'illegittimità di alcune disposizioni delle l. reg. Liguria 10 novembre 2017 nn. 25 e 26 sulle concessioni demaniali marittime;
- p) in tale quadro va rammentato che la Corte costituzionale, con sentenza 23 ottobre 2020, n. 222 (in *Foro It.*, 2020, I, 3668; oggetto della News US, n. 120 del 13 novembre 2020, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge Regione Veneto n. 33 del 2002 nella parte in cui si prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime, in esito a procedura comparativa, sia subordinato alla corresponsione, a carico dell'aggiudicatario, di un indennizzo in favore del gestore uscente. Secondo la Corte, in particolare:
- p1) la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale, sia regionale, ma particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, *“assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale»* (sentenze n. 86 del



2019 e n. 40 del 2017); principi corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.”;

- p2) a tale proposito, un ruolo centrale è svolto dall'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che – attuando il contenuto dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno – prescrive la predeterminazione dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità delle procedure di selezione per l'assegnazione dei titoli concessori e, per i profili inerenti alla presente fattispecie, dispone che non possano essere *“accordati vantaggi al prestatore uscente”*;
- p3) nell'occasione la Corte si è soffermata sul riparto di competenze Stato – regioni in materia di concessioni balneari su demanio marittimo, osservando che le norme che stabiliscono i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono riconducibili alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., e in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così un limite insuperabile. Ciò impedisce alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.);
- q) sulla definizione agevolata delle pendenze relative a canoni concessori, si segnala Corte cost. 13 aprile 2018, n. 73 (in *Foro it.*, 2019, I, 1165 con nota di D'AURIA), secondo cui: *“È incostituzionale l'art. 1, commi 732 e 733, l. 27 dicembre 2013 n. 147 (legge di stabilità 2014), nella parte in cui, introducendo un meccanismo di definizione agevolata, tramite il versamento di una frazione della somma in contestazione, dei procedimenti giudiziari (pendenti alla data del 30 settembre 2013) concernenti il pagamento in favore dello Stato dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze, non prevede che possano essere definiti, con identiche modalità agevolate, i procedimenti giudiziari (pendenti alla stessa data) concernenti il pagamento dei canoni e degli indennizzi dovuti agli enti diversi dallo Stato per l'utilizzo di beni della stessa specie”*; *“È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 732 e 733, l. 27 dicembre 2013 n. 147 (legge di stabilità 2014), nella parte in cui, introducendo un meccanismo di definizione agevolata dei procedimenti giudiziari (pendenti alla data del 30 settembre 2013) concernenti il pagamento in favore dello Stato dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni*

*demaniali marittimi e delle relative pertinenze, disciplina il pagamento agevolato in favore dello Stato dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze dati in gestione alla regione, in riferimento all'art. 3 Cost. e agli art. 48 ss. dello statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia";*

- r) sulla distinzione fra non applicazione del diritto nazionale (primario e secondario) violativo del diritto europeo e contrasto del provvedimento amministrativo direttamente col diritto europeo (in termini di annullabilità) ovvero indirettamente con le norme nazionali attributive del potere, ma violative del diritto europeo (in termini di nullità), si veda tra le altre: Cons. Stato, ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9 (in *Foro It*, 2019, III, 253; oggetto della News US del 19 luglio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui *"il Giudice amministrativo provvede in ogni caso a non dare applicazione a un atto normativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea"*. Secondo il collegio: *"la piena applicazione del principio di primauté del diritto eurounitario comporta che, laddove una norma interna (anche di rango regolamentare) risulti in contrasto con tale diritto, e laddove non risulti possibile un'interpretazione di carattere conformativo, resti comunque preclusa al giudice nazionale la possibilità di fare applicazione di tale norma interna. I principi appena richiamati risultano tanto più pregnanti nelle ipotesi in cui... non solo il giudice nazionale debba astenersi dal dare applicazione nell'ordinamento interno a una disposizione in contrasto con il diritto Ue, ma per di più possa (e anzi, debba) riconoscere diretta applicazione a una disposizione chiara e di fatto autoapplicativa quale il par. 3 dell'art. 45 Tfue (il quale, come si avrà modo di rilevare, limita la possibilità di derogare al generale principio della libertà di circolazione dei lavoratori ad ipotesi nel complesso residuali)"; "5.2. La Corte di giustizia ha più volte precisato i confini e i limiti entro i quali gli Stati membri possono applicare la c.d. «eccezione di nazionalità» di cui al richiamato par. 4 dell'art. 45 Tfue. 5.2.1. In via generale va osservato che, trattandosi di eccezione rispetto a una delle libertà fondamentali del trattato, la giurisprudenza della corte ha serbato sul punto un atteggiamento di estremo rigore. 5.2.1.1. - In particolare è stato stabilito che le eventuali misure nazionali volte ad affermare la c.d. «riserva di nazionalità» devono essere limitate a «quanto strettamente necessario» a salvaguardare gli interessi sottesi all'adozione di tale misura";*
- s) in relazione al secondo quesito sollevato con il decreto in commento, relativo alla necessità per l'amministrazione dello Stato, in caso di inadempimento dell'obbligo disapplicativo della norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea, di annullare d'ufficio il provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, di riesaminarlo ai sensi e per gli effetti degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., si veda

Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 (in *Guida al diritto*, 2021, 20), secondo cui:

- s1) anche in pendenza di giudizio, l'amministrazione può convalidare il provvedimento impugnato tramite motivazione postuma se la carenza della motivazione equivale unicamente a una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa (vizio formale dell'atto e non della funzione). Non può essere invece convalidato il provvedimento, la cui carenza di motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti);
- s2) non si vi sono dubbi circa la possibilità di emendare i vizi di tipo formale e procedimentale, ivi compreso quello di incompetenza (relativa). Deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2 (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l'utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo;
- s3) non sono invece sanabili i vizi che possono definirsi "sostanziali" - derivanti cioè dall'insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall'irragionevolezza e non proporzionalità del *decisum* - rispetto ai quali la semplice dichiarazione dell'Amministrazione di volerli convalidare non può che rimanere priva di effetto;
- s4) è ammesso il fenomeno della «convalescenza» dell'atto amministrativo, quale possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo, che trova fondamento nel principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e nella garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo;
- s5) l'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente «*salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole*», tratteggiando la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogniqualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento;
- s6) la convalida non determina una modificazione strutturale del provvedimento viziato, ma il sorgere di una fattispecie complessa, derivante dalla "saldatura" con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma. L'efficacia consolidativa degli effetti della convalida opera retroattivamente, in quanto il provvedimento di convalida

si ricollega all'atto convalidato. Ciò costituisce la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell'atto che invece non retroagisce per conservarne gli effetti fin dall'origine;

- s7) la retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno. L'art. 21 *nonies* cit. richiede - come per l'annullamento d'ufficio - che l'esercizio del potere di riesame avvenga entro un termine ragionevole;
- s8) occorre rilevare che lo stesso trascorrere del tempo possa contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità (circostanza, come noto, ostativa all'esercizio dei poteri di auto-annullamento ai sensi dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990);
- t) sul tema dell'obbligo della disapplicazione del diritto interno e dei presupposti di svolgimento della procedura di infrazione, merita di essere richiamata la sentenza della Corte costituzionale 28 gennaio 2010, n. 28 (in *Foro. it*, 2010, I, 1109, con nota di G.ARMONE), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 183, 1° comma, lett. n), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 20, del d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4, nella parte in cui prevede: *"Rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostitimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale"*. La norma censurata — in contrasto con la definizione comunitaria contenuta nella direttiva 15 luglio 1975 n. 75/442/Cee (direttiva del consiglio relativa ai rifiuti), che qualifica rifiuto ogni sostanza di cui il produttore si disfi — esclude dalla categoria dei rifiuti un materiale, le ceneri di pirite, indipendentemente dal fatto che l'impresa produttrice se ne sia disfatta. La Corte ha osservato che:
  - t1) l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta, non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta comunque alla Corte medesima, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, 1° comma, Cost.;
  - t2) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato

chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo, chiarendo che la esegesi della norma europea da parte della Corte di giustizia integri direttamente il diritto europeo ad ogni fine compreso quello relativo alla disapplicazione del diritto interno e dei presupposti di svolgimento di una procedura di infrazione;

u) in dottrina, sulla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea, si veda G. MARCHEGANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea* (in *Urbanistica e appalti*, 2021, 2), che - nel richiamare la recente procedura di infrazione avviata il 3 dicembre 2020 nei confronti dell'Italia a causa dell'intervento normativo nazionale che ha stabilito un'ulteriore proroga delle c.d. "concessioni balneari" esistenti - propone una esegesi alternativa della disciplina europea tale da consentire una proroga delle concessioni. Secondo l'Autore:

u1) *"il Governo italiano dispone, da un punto di vista giuridico, di una sola linea di difesa con una ragionevole aspettativa di buon fine. Quella di cercare di convincere la Commissione del fatto che la sua iniziativa potrebbe non conseguire l'esito atteso perché, a ben vedere, rischierebbe di non essere in armonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli artt. 49, 56 e 345 TFUE..."*;

u2) secondo il giudice europeo la disciplina dettata da tale direttiva con riferimento alle concessioni balneari si configura sulla base delle caratteristiche delle aree destinate ad accogliere le attività economiche soggette ad autorizzazione. Per cui a tale fine occorre accertare se le attività di servizi possono essere autorizzate solo in un numero ridotto a causa della limitata disponibilità degli arenili;

u3) in questa ottica, la Corte ha, da una parte, stabilito che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 12, par. 1, direttiva 2006/123/CE, è il giudice nazionale che deve valutare se le attività economiche svolte sulle aree demaniali oggetto di autorizzazione possono essere destinatarie solo di un numero limitato di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali sulle quali tali attività sono esercitate (punti 43 e 49);

u4) la valutazione circa la sussistenza di un "interesse transfrontaliero certo" deve essere effettuata da ciascun giudice nazionale prima di adire la Corte. A tal fine, egli deve considerare, in particolare, tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica della concessione, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'attività economica in questione (punto 66);

- u5) ciò premesso l'Autore si interroga sulla possibilità di una diversa interpretazione dell'art. 12 della Direttiva servizi, posto che ritiene esistenti buone ragioni per credere che l'assenza di un "interesse transfrontaliero certo" renda inapplicabile il diritto europeo per la mancanza di un presupposto essenziale per la sua stessa operatività;
- u6) in questo senso, sulla base delle indicazioni della Corte, l'esistenza di un "interesse transfrontaliero" non può essere determinato unicamente dal valore di mercato dell'iniziativa economica, essendo necessaria una valutazione complessiva di altri criteri e di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie, quali ad esempio, l'ubicazione dell'iniziativa o l'entità degli eventuali indennizzi. Insomma, la valutazione circa la sussistenza di un "interesse transfrontaliero certo" deve essere effettuata, per ragioni di certezza del diritto, alla luce di elementi oggettivi e concordanti;
- u7) alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress* (in *Foro it.*, 2000, IV, 1; *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 2001, 842; *Giur. it.*, 2001, 825) - che ha affermato il principio fondamentale per il funzionamento del mercato interno, secondo cui le amministrazioni pubbliche, nell'autorizzare l'esercizio di un'attività economica che presuppone un diritto di stabilimento, sono obbligate ad attuare una procedura trasparente e non discriminatoria (solo) nel caso in cui tale attività potrebbe interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui una siffatta attività è autorizzata - sembra lecito ritenere che ostacoli alle libertà del Trattato possano sorgere nell'ambito delle concessioni demaniali marittime solo qualora queste ultime rivestano un interesse transfrontaliero certo e siano aggiudicate in violazione dei principi stabiliti dalla suddetta giurisprudenza relativa agli artt. 49 e 56 TFUE;
- u8) per contro, un obbligo assoluto ed incondizionato a carico delle autorità pubbliche di attuare in ogni caso (anche in assenza di un interesse transfrontaliero certo) una procedura di aggiudicazione del loro patrimonio immobiliare nei termini imposti dalla "Direttiva servizi" rappresenterebbe una limitazione al regime di proprietà dei singoli Stati membri;
- u9) pertanto, in base alla giurisprudenza relativa all'art. 345 TFUE, è possibile ritenere che una norma di rango derivato quale la Dir. 2006/123/CE non possa imporre agli Stati membri una limitazione ai loro regimi di proprietà; limitazione che potrebbe costituire, rispetto allo scopo perseguito dalle autorità pubbliche con le concessioni demaniali marittime, un intervento sproporzionato e quindi inaccettabile nei confronti delle loro prerogative di

titolari di un diritto di proprietà, tale da ledere la sostanza stessa di tale diritto;

u10) tale considerazione, renderebbe possibile, pertanto, una lettura diversa e più corretta dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein, che consenta di applicarne la disciplina solo alle concessioni demaniali marittime che presentano un interesse transfrontaliero certo. L'accertamento di tale requisito compete all'amministrazione concedente o, in ultima istanza, al giudice nazionale competente;

u11) considerato che l'autorizzazione all'esercizio di una concessione balneare costituisce un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà, la normativa nazionale che ha prorogato al 2033 la durata delle concessioni balneari esistenti non violerebbe il diritto dell'Unione europea nel caso di attività di servizi balneari che non presentano un interesse transfrontaliero certo, fermo restando ovviamente un giudizio di legittimità costituzionale della normativa nazionale che ha autorizzato la proroga in questione. Con la precisazione a tal proposito (come già osservato al precedente punto o), che la giurisprudenza costituzionale ha già escluso più volte la legittimità di disposizioni legislative regionali di proroga o di rinnovo di concessioni demaniali marittime;

v) in dottrina:

v1) sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime, si segnala: *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, a cura di M. DE BENEDETTO, Bologna, 2011 (il volume raccoglie i risultati di una ricerca di Arel svolta negli anni 2008-2009); A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo - Problemi di costituzionalità e «tenuta comunitaria» nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *www.federalismi.it*, 2011; DE BENEDETTO-DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, II, 29; GUZZO-DEL GRECO, *La disciplina europea delle concessioni demaniali*, e QUINTO, *Le esigenze delle imprese balneari ed i limiti della sovranità demaniale*, in *www.lexitalia.it*, 2019;

v2) sul tema degli effetti della disapplicazione di norme confliggenti con il diritto eurounitario si vedano: G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2ª ed., Milano, 2007, parte generale, t. II, 939 ss., il quale rileva che la norma nazionale attributiva del potere, anche se incompatibile con l'ordinamento comunitario e perciò inapplicabile, deve essere considerata "esistente" e

perciò l'atto "presenta una patologia valutabile alla stregua dei comuni canoni di illegittimità-annullabilità" (p. 942); lo stesso autore richiamava in proposito anche l'orientamento della Corte giustizia, segnalando in particolare Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, § 24 (in *Foro it., Rep.* 2004, voce *Unione europea*, n. 1128; *Giornale dir. amm.*, 2004, 723, con nota di DE PRETIS, «Illegittimità comunitaria» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame; *Urbanistica e appalti*, 2004, 1151, con nota di CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*);

- v3) in generale, sull'interpretazione degli atti di terzo pilastro dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE, si vedano: G. ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, id., 2006, IV, 587; G. IUZZOLINO, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principî di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, id., 2007, IV, 439;
- v4) sulla portata dell'art. 117 Cost. e sui rapporti con l'art. 11 Cost. — parametri con riferimento ai quali la Consulta dichiara l'illegittimità della norma impugnata — v. Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, id., 2008, I, 39, con note di R. ROMBOLI, L. CAPPUCCIO e F. GHERA;
- v5) in dottrina, in generale sui rapporti tra ordinamento nazionale e sovranazionale, si vedano: SALVATO, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'Ue e disposizioni della Cedu: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giur.*, 2011, 333; CANNIZZARO, *Diritti «diretti» e diritti «indiretti»: i diritti fondamentali tra Unione, Cedu e Costituzione italiana*, in *Dir. Unione europea*, 2012, 23; LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubblico*, 2013, 727; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 29; TROGU, *Diritti fondamentali nel trattato di Lisbona e processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 241;
- v6) sulla questione della (il)legittimità della proroga normativa delle concessioni demaniali marittime, sia in diritto amministrativo che in diritto penale, si vedano: MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 437; FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la «specialità» del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, id., 2016, 259; MAGRI, *«Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso una importante decisione della*



*Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, II, 359; CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2018, 27; DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, *id.*, 2016, 912; GIANNELLI, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali «storici»: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della c.d. eccezione culturale?* in *Dir. proc. amm.*, 2019, 174; CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto Ue sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1410; LUCARELLI-LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. costit.*, 2018, 1251.