



OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA 5/2021

1. IL CONSIGLIO DI STATO HA TAGLIATO IL NODO GORDIANO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME, MA IL RISULTATO NON È CONVINCENTE

1. Considerazioni introduttive

Per più di dieci anni la saga delle concessioni demaniali marittime (le c.d. concessioni balneari) ha ricordato quella del leggendario mostro di Lock Ness (v. il nostro, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Lock Ness* in *Giustamm.it*, n. 10/2015). Il racconto vuole che in questo noto lago scozzese vive un mostro somigliante ad un animale preistorico. A detta di volenterosi testimoni, la bestia affiora di tanto in tanto dalle acque, creando un grande scompiglio tra gli abitanti. Il trambusto attira l'attenzione dei mezzi d'informazione, con conseguente sensazionale divulgazione del preoccupante avvenimento. Dopo pochi giorni, però, il lago torna alla sua plumbea calma, la notizia perde di interesse, il fatto sembra non essere mai avvenuto. Analogamente, una simile alternanza di situazioni, costituite negli anni da un'atmosfera di placida calma seguita da una allarmata tensione che in breve tempo si riduce ad un nuovo periodo di serena calma, si è finora verificata nell'ambito dei diversi soggetti interessati dalle suddette concessioni balneari. Tuttavia, questa seconda situazione di incertezza non poteva continuare all'infinito ed è stata finalmente interrotta dall'autorevole intervento dell'Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato, che ha affrontato la questione con due sentenze di contenuto conforme (la n. 17 e la n. 18), entrambe pubblicate il 9 novembre 2021.

Tenuto conto del loro contenuto uniforme, il presente lavoro ha concentrato l'attenzione solo sulla seconda di tali sentenze (la n. 18/21, *Comune di Lecce c. Andrea Caretto e Associazione Federazione Imprese Demaniali*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>). Inoltre, è bene precisare che l'indagine non si addentra nei diversi argomenti affrontati da questa sentenza, limitandosi ad esaminarne alcuni aspetti che non sembrano condivisibili dal punto di vista del diritto dell'Unione europea (per una prima analisi delle due sentenze dell'Assemblea Plenaria vedi anche L. BIARELLA, *Concessioni balneari, Consiglio di Stato: sì alla proroga ma fino al 31 dicembre 2023*, in *Altalex*, 10 novembre 2021; L. FACONDINI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla proroga delle concessioni demaniali marittime*, in *Diritto.it*, 18 novembre 2021; F. P. BELLO, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustiziainsieme.it del 24 novembre 2021; A. CIRCOLO, *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle*

concessioni, 2 dicembre 2021, in <https://www.aisdue.eu>). Più precisamente, una prima parte dell'analisi è dedicata a commentare singoli punti della sentenza, allo scopo di esaminare il grado di conformità dei relativi ragionamenti alla normativa ed alla giurisprudenza europee. La seconda parte dello scritto intende invece richiamare l'attenzione del lettore su principi e norme del diritto dell'Unione europea che, a giudizio di chi scrive, appaiono potenzialmente in grado di proporre una diversa visione della disciplina regolatrice dei rapporti concessori in tema di demanio marittimo.

L'obbiettivo è quello di dimostrare che l'illegittimità della proroga di *tutte* le concessioni balneari, affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la ormai nota sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e 67/15, *Promoimpresa Srl*), in relazione all'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE (GUUE, L376 del 27 dicembre 2006, p. 36), conosciuta anche come direttiva servizi o direttiva *Bolkestein* e confermata da entrambe le suddette sentenze del Consiglio di Stato, non è in armonia con diverse, affermate pronunce dello stesso Giudice europeo. In altri termini, il presente lavoro si propone di contestare le motivazioni sia della sentenza *Promoimpresa Srl* sia delle citate sentenze del Giudice amministrativo, utilizzando degli argomenti che la Corte di giustizia ha già fatto valere in passato. Il tutto nella ragionevole convinzione che la stessa Corte non avrebbe potuto disconoscere l'indubbia pertinenza e validità nel caso l'Assemblea Plenaria, nel corso della procedura, avesse deciso di esporli in un rinvio pregiudiziale eventualmente promosso ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

2. La sentenza n. 18 alla luce del diritto dell'Unione.

Come accennato in premessa, questo lavoro limita la prima parte della sua analisi ad alcuni argomenti contenuti nella sentenza n. 18 che possono suscitare delle perplessità alla luce del diritto dell'Unione europea. In questa prospettiva, al fine di evidenziare la sostanza della questione concernente le concessioni balneari, è innanzitutto utile ricordare la principale conclusione a cui è pervenuta la sentenza in esame al punto 30 della sua motivazione. Il Consiglio di Stato ha individuato un contrasto normativo dovuto alla “*incompatibilità comunitaria (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'articolo 12 della direttiva 2016/123) della disciplina nazionale (articolo 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e articolo 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020) che prevede la proroga ex lege delle concessioni demaniali già rilasciate*”. Al riguardo, è bene inoltre ricordare che, secondo il supremo Giudice amministrativo, questo contrasto normativo concerne implicitamente *tutte* le concessioni demaniali marittime “beneficiarie” della proroga in questione. Infine, è anche opportuno rimarcare come lo stesso Giudice sia giunto a tale conclusione nell'autonoma consapevolezza che le ragioni esposte dai ricorrenti non erano condivisibili perché in palese contrasto con il dettato costituzionale (punto 38.2 della motivazione) e, soprattutto, con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, rappresentata, in particolare, dalla menzionata sentenza *Promoimpresa Srl*. Con la conseguenza che, come segnalato al punto 29 della motivazione della sua sentenza, l'Assemblea non ha ritenuto necessario esperire un apposito rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

Ciò detto, il primo argomento oggetto di esame riguarda il punto 17 della motivazione della sentenza n. 18, laddove si afferma che “[L']obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'articolo 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo”. Ora, nei confronti di questo assioma si deve, da una parte, sottolineare come la presunta irrilevanza del suddetto requisito sia fondata sull'opinabile assunto,

affermato implicitamente dalla sentenza *Promoimpresa Srl.*, secondo il quale *tutte* le concessioni balneari rientrano nell'ambito delle autorizzazioni all'esercizio di un'attività economica di servizi. Da un'altra parte, vale innanzitutto la pena di richiamare l'attenzione sulla seconda, sulla terza e sulla quinta premessa della direttiva servizi, dove le considerazioni in tema di restrizioni alla circolazione transfrontaliera dei servizi, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi esprimono un tacito, ma evidente richiamo al concetto di “*interesse transfrontaliero certo*”. In secondo luogo, occorre rimarcare che la medesima direttiva, pur rinunciando ad affidare la protezione delle libertà tutelate dall'allora trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) alla sola applicazione diretta degli articoli 43 e 49 di tale trattato (v. il sesto considerando), ha evidentemente la sua base giuridica proprio in queste due disposizioni (attualmente articoli 49 e 56 del TFUE). Due norme dotate, per giurisprudenza della Corte di giustizia, del requisito dell'efficacia diretta, a proposito delle quali un'affermata giurisprudenza della stessa Corte ha evidenziato l'immanenza del concetto di “*interesse transfrontaliero certo*”.

In terzo luogo, la stessa sentenza n. 18 ha ricordato (al punto 21) come, proprio in relazione alla direttiva servizi, la nota sentenza 30 gennaio 2018 (causa C-360/15 e C-31/16, *Visser*) abbia dichiarato che “*la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*” (punti 105 e 106). Purtroppo, il Consiglio di Stato non ha percepito che anche questo chiaro riferimento al principio della libertà di stabilimento conferma, sia pure indirettamente, la rilevanza del concetto di “*interesse transfrontaliero certo*” nel quadro della normativa europea concernente il mercato interno. A ben vedere, infatti, se si riconosce che l'obiettivo primario della direttiva servizi è quello di sopprimere “*gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*”, è difficile comprendere la ragione dell'esigenza di sottoporre alla disciplina dell'articolo 12 di tale direttiva anche le iniziative che, prive di un *interesse transfrontaliero certo*, non sono in grado di provocare ostacoli del genere. Insomma, tutto lascia credere che, come si dirà anche in seguito, il concetto di “*interesse transfrontaliero certo*” costituisce in realtà l'elemento di giudizio dirimente per determinare i limiti del suddetto obbligo di evidenza pubblica dal punto di vista del diritto dell'Unione europea.

La sentenza n. 18 rigetta (al punto 24) “*l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123*”. Il Consiglio di Stato giustifica questo rifiuto osservando che la concessione balneare è anche una locazione di un bene immobile e che la locazione di beni immobili rientra nella nozione di “servizio”. Da questo punto di vista, secondo il Giudice amministrativo, la locazione di beni immobili costituisce cioè non solo un'attività economica ma anche un servizio, nell'ambito delle attività autorizzate dallo Stato. Questo assunto, peraltro condivisibile, è però seguito da una conclusione di non facile comprensione. L'Assemblea Plenaria, confortata dalla decisione assunta dalla sentenza *Promoimpresa Srl.* sul punto, riferendosi al provvedimento che consente ad un operatore economico di utilizzare un'area demaniale al fine di esercitare un'attività economica, lo qualifica *sic et simpliciter* come una “*autorizzazione di servizi contingentata*”.

L'Assemblea Plenaria è giunta a questa conclusione sul fondamento della sentenza 22 settembre 2020, *Cali Apartments SCI* (cause riunite C-724/18 e C-727/18), nella quale la Corte di giustizia ha affermato che un'attività di locazione dietro corrispettivo di locali ammobiliati rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123. Il Giudice europeo ha inoltre precisato che una normativa nazionale che assoggetta ad autorizzazione preventiva l'esercizio di talune attività di locazione di locali destinati ad

abitazione rientra nella nozione di «regime di autorizzazione», ai sensi del punto 6 di tale articolo. Infine, ha ribadito la sua costante giurisprudenza (la sentenza *Visser*, già menzionata, nonché le sentenze 4 luglio 2019, causa C-377/17, *Commissione c. Germania*, punto 58, e 4 luglio 2019, causa C-393/17, *Kirschstein*, punto 24), secondo la quale il capo III della suddetta direttiva, che comprende l'articolo 12 in questione, si applica anche alle situazioni puramente interne, ossia quelle i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro.

In altri termini, un'interpretazione in buona fede di questa sentenza chiarisce che anche una locazione di immobili può costituire un servizio nel senso previsto dalla menzionata direttiva 2006/123 e che una legge nazionale può sottoporre un'attività economica di questo tipo ad un regime di autorizzazioni. Più precisamente, la sentenza *Cali Apartments SCI* si limita a riconoscere che l'esercizio di un'attività economica costituita da una locazione di immobili può essere subordinata da una legge nazionale all'ottenimento di una specifica autorizzazione e che, in tal caso, quest'ultima deve essere sottoposta alla disciplina della direttiva 2006/123. Tuttavia, ciò non autorizza a credere che i concetti di locazione di immobili e di autorizzazione coincidano e, soprattutto, che la concessione demaniale marittima, per il fatto di presentare nella sua figura giuridica anche un profilo di locazione immobiliare, possa essere assimilata ad un'autorizzazione. Si tratta comunque di un ragionamento che non vale la pena di approfondire nel contesto del commento ai singoli punti della sentenza 18. Lo stesso argomento sarà infatti affrontato con la dovuta attenzione nella seconda parte di questo lavoro, data la sua rilevanza al fine di determinare la reale portata del menzionato “*obbligo di evidenza pubblica*”, richiamato al punto 17 della sentenza in commento.

Il punto 27 della sentenza n. 18 proclama l'assioma (ribadito, come accennato in precedenza, al punto 30 della motivazione) secondo il quale, ai sensi dell'articolo 12 della direttiva servizi, la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate non è compatibile con il diritto dell'Unione europea. Come già detto, questo assioma evidenzia la ragione preminente che ha indotto la Corte di giustizia ad affermare l'illegittimità della suddetta proroga. La rilevanza della questione consiglia, pertanto, di sospendere per il momento il suo esame, ricordando peraltro che, come preannunciato in precedenza, ci sono diverse sentenze del Giudice europeo che non sono state prese in considerazione né dall'Assemblea Plenaria né dalla sentenza *Promoimpresa Srl*, ma che sembrano tuttavia idonee a dimostrare come una proroga automatica delle concessioni balneari in essere sia solo parzialmente contraria al diritto dell'Unione europea.

Nei punti da 31 a 36 della sentenza n.18 si afferma che, nel rispetto della sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano* giurisprudenza *Fratelli Costanzo*, secondo cui tutte le Autorità degli Stati membri hanno l'obbligo di disapplicare la norma nazionale in contrasto con quella europea - obbligo che riguarda anche le disposizioni previste da un provvedimento di carattere amministrativo, conformemente alla sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg* - non solo il potere giudiziario ma anche la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di disapplicare una disposizione nazionale dichiarata contraria al disposto di una direttiva avente effetto diretto. Tuttavia, non sembra si possa scartare *a priori* l'ipotesi che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, per quanto consolidata, sia rimessa in discussione in un futuro contenzioso dinanzi alla stessa Corte. Occorre, infatti, riconoscere che la Pubblica Amministrazione, al contrario degli organi giudiziari, non ha il potere di promuovere un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Di conseguenza, essa si troverebbe ad assumere la responsabilità di giudicare la conformità al diritto dell'UE di atti portati alla sua decisione, senza che questa decisione abbia

l'ausilio dello strumento indispensabile a risolvere un quesito del genere. Al riguardo, è peraltro interessante ricordare che lo stesso Avvocato generale della causa *Fratelli Costanzo*, Carl-Otto Lenz, al punto 36 delle sue Conclusioni, resosi conto del problema, evidenziò l'incerta situazione in cui si sarebbe trovata l'Amministrazione in così difficili circostanze, osservando che in tali congiunture “*essa agisce a proprio rischio senza la copertura della Corte di giustizia*”.

Per di più, questa preoccupante combinazione di incertezza e responsabilità è divenuta drammaticamente evidente in occasione della vicenda che per anni ha interessato le concessioni balneari. L'esperienza delle amministrazioni comunali coinvolte nella gestione di tali concessioni ha infatti mostrato come molti Comuni abbiano subito una penalizzante situazione di costrizione, dovuta al fatto di essere schiacciati tra due opposte responsabilità. Per un verso, essi si sono trovati vincolati da leggi nazionali che hanno prorogato a due riprese le concessioni in questione. Per un altro verso, gli stessi Comuni si sono sentiti assoggettati all'obbligo di disapplicare autonomamente tali leggi di proroga, obbligo imposto dalla menzionata giurisprudenza *Fratelli Costanzo* e dall'apparente incompatibilità di queste proroghe con il diritto dell'Unione europea. Si pone, pertanto, del tutto naturalmente la questione se l'Assemblea Plenaria avrebbe dovuto quanto meno vagliare l'opportunità di ricorrere ad un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di riproporre l'intera problematica all'attenzione della Corte di giustizia.

Infine, il punto 49 della sentenza n. 18 preconizza che “[L]’*indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi*”. A questo proposito, è opportuno ricordare che la base giuridica delle concessioni balneari è costituita dal Codice della Navigazione (v. il suo articolo 36). L’ articolo 47, comma 4, di tale Codice prevede che, in caso di decadenza della concessione, al concessionario decaduto non spetta alcun rimborso per opere eseguite né per spese sostenute. Inoltre, l’articolo 49 della stessa fonte normativa statuisce che, se non diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. Infine, se il concessionario non esegue l’ordine di demolizione, l’amministrazione può provvedervi a termini del successivo articolo 54.

Ne consegue che il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto limitarsi a riconoscere genericamente l’esigenza di un ipotetico indennizzo, ma rilevare la necessità di un’apposita iniziativa legislativa intesa a modificare adeguatamente le suddette disposizioni del Codice della Navigazione. Anzi, in questa prospettiva, sarebbe stato anche opportuno evidenziare che il problema degli *indennizzi* nell’ambito delle concessioni balneari rischia di sfociare in una controversia di difficile soluzione tra due opposte esigenze. Infatti, nell’ipotesi che, come si dirà meglio in seguito, la concessione balneare sia un negozio giuridico con una causa *mista*, formata da due elementi costitutivi concomitanti (una locazione immobiliare e un’autorizzazione all’esercizio di un’attività di servizi), è evidente che una fattispecie negoziale del genere darebbe adito a due contrastanti interpretazioni del problema degli indennizzi.

Nell’ottica di un rapporto giuridico visto come una locazione immobiliare, è ragionevole supporre che il locatario non abbia il diritto di pretendere un indennizzo alla scadenza della locazione, nel rispetto di quanto previsto al riguardo dalle menzionate

disposizioni del Codice della Navigazione. Per contro, nell'ottica di una concessione balneare considerata dalla Corte di giustizia come un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi, è altrettanto ragionevole credere che un indennizzo sia dovuto al concessionario dismesso, in adempimento del principio stabilito sia dalla sentenza 28 gennaio 2016, causa C-375/14, *Laezza* (sulla quale v. R. RIGHI, E. NESI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte giustizia dell'Unione europea, sez. v, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *GiustAmm.it*, 2016, fasc.11, p. 1-42) sia dall'articolo 17 della Carta di Nizza, dall'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla CEDU e dal 15° considerando della stessa direttiva servizi.

Si tratta, a ben vedere, di un altro contrasto tra una legge nazionale e un principio derivante dal diritto dell'Unione europea che forse sarebbe stato opportuno sottoporre al giudizio della Corte di giustizia.

3. *Le contraddizioni della sentenza Promoimpresa Srl. inquinano la pronuncia dell'Assemblea Plenaria*

Come detto, alcune argomentazioni della sentenza n. 18 suscitano diverse perplessità dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. Tuttavia, ci sono anche buone ragioni per sostenere come l'intera pronuncia dell'Assemblea Plenaria non sia convincente nel suo insieme per il fatto di presentare un impianto di argomentazioni fondato su di una sostanziale condivisione della motivazione della sentenza *Promoimpresa Srl*. Più specificamente, nel presente lavoro si ritiene, infatti, di poter dimostrare come una siffatta condivisione, per quanto maturata anche nell'ambito di un processo di decisioni preliminari concordanti (v., in particolare, le sentenze del Consiglio di Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, e sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825), possa risultare alla prova dei fatti smentita dalla seguente constatazione. La suddetta pronuncia della Corte di giustizia è non solo isolata ma anche in contraddizione con altra giurisprudenza, questa sì consolidata, dello stesso Giudice europeo. Con la dovuta cautela, si richiama, pertanto, l'attenzione del lettore su una serie di considerazioni volte a giustificare la coerenza e l'attendibilità di quanto sopra affermato.

Per quanto riguarda il carattere isolato della sentenza *Promoimpresa Srl*, si è visto come la giurisprudenza *Cali Apartments SCI* sia sostanzialmente estranea all'obbiettivo perseguito da tale pronuncia. Nello stesso senso si deve peraltro valutare anche l'opinione secondo la quale la sentenza *Visser*, menzionata in precedenza, confermerebbe e rafforzerebbe le argomentazioni svolte dalla sentenza *Promoimpresa Srl* riguardanti il significato e la portata dell'articolo 12 della direttiva servizi. Più precisamente, si è portati erroneamente a credere che le conclusioni delle due sentenze coinciderebbero nella sostanza, nella considerazione che entrambe hanno posto a fondamento della rispettiva motivazione il disposto del suddetto articolo 12 della direttiva *Bolkestein*. Tuttavia, occorre richiamare l'attenzione sul fatto che, sebbene entrambe le sentenze esaminino la stessa fonte normativa, ciascuna persegue un obbiettivo autonomo e separato. La sentenza *Visser* intende in buona sostanza confermare che la suddetta norma, riguardando le autorizzazioni all'esercizio di un'attività economica di servizi, si applica anche ad operatori che non intendono stabilirsi in un altro Stato membro. La sentenza in esame presenta cioè un'interpretazione condivisibile, in quanto non si può negare che, se si vuole dare un senso logico alla direttiva servizi, si deve anche ammettere che la stessa ha per oggetto un ampio spettro di attività aperte alla concorrenza e perciò bisognose sia delle libertà previste dal trattato sia della regolamentazione incondizionata e senza eccezioni predisposta da tale direttiva per una vasta categoria di servizi, ivi compresi quelli prestati da operatori che non intendono stabilirsi in un altro Stato membro (in questo senso,

vedi anche la sentenza *Cali Apartments SCI*, citata, nonché le menzionate sentenze *Visser*, *Commissione c. Germania* e *Kirschstein*).

La sentenza *Promoimpresa Srl.* intende invece affermare che l'articolo 12 della direttiva servizi si applica pure alle concessioni balneari in ragione del fatto che anch'esse rientrano nel suddetto contesto delle autorizzazioni. In altri termini, con questa sentenza la Corte di giustizia ha voluto sottoporre alla disciplina del detto articolo 12 non solo la generalità delle autorizzazioni all'esercizio di un'attività di servizi, ma anche, una figura giuridica, la concessione demaniale marittima considerata in tutte le sue forme, le cui caratteristiche, come si vedrà in prosieguo, sono più complesse di una semplice autorizzazione. Insomma, il significato della sentenza *Promoimpresa Srl.* va ben oltre quello della sentenza *Visser*, poiché asserisce un principio di diritto che potrebbe non essere confermato da diverse giurisprudenze consolidate della Corte di giustizia. Si pone, pertanto, la questione di sapere se, con il conforto di altre sentenze del Giudice europeo, non sia possibile, per quanto riguarda la figura giuridica della concessione balneare, costruire una differente interpretazione dell'articolo 12 in questione, più aderente allo spirito ed agli obiettivi dei trattati europei che si sono succeduti nel tempo.

A quest'ultimo proposito, è innanzitutto opportuno rammentare come la Corte di giustizia abbia più volte sottolineato l'analogia esistente tra una concessione di servizi ed un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi per quanto riguarda l'obbligo di rispettare le norme fondamentali del Trattato e i principi da esse derivanti. Al riguardo, la Corte ha affermato che un'autorizzazione del genere non si differenzia da una concessione di servizi allorché l'esercizio dell'attività considerata può interessare potenzialmente operatori economici stabiliti in altri Stati membri (v. sentenze 3 giugno 2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange*, punti 46 e 47, 9 settembre 2010, causa C-64/08, *Engelmann*, punti 53-56, e 14 novembre 2013, causa C-221/12, *Belgacom NV*, punto 33). È bene poi rammentare che, prima della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 (*GUUE* 28 marzo 2014, L 94, pp. 1 e ss.), le concessioni di servizi, pur se menzionate dalla giurisprudenza europea, non rientravano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive riguardanti il settore degli appalti pubblici.

Ora, secondo una giurisprudenza consolidata concernente il periodo precedente la suddetta direttiva 2014/23, le autorità pubbliche concedenti erano tenute a rispettare le disposizioni fondamentali dei trattati europei nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza che ne derivano (v. anche la comunicazione interpretativa della Commissione (2006/C 179/02) relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, in *GUUE* C-179 del 1 agosto 2006). Norme e principi configurabili peraltro solo nel caso in cui una concessione di servizi o, per analogia, un'attività economica di servizi, potesse interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (il c.d. "*interesse transfrontaliero certo*") (v. sentenza 14 novembre 2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona*, punti 45-48 e giurisprudenza ivi citata, in specie la sentenza 7 dicembre 2000, *Telaustria e Telefonadress*, C-324/98, che al punto 60, nell'affermare per la prima volta il suddetto principio, ha dato il nome ad una giurisprudenza consolidata, confermata di recente dalla sentenza 21 marzo 2019, causa C-702/17, *Unareti SpA*, punti 27 e 28). È difficile, pertanto, comprendere le ragioni che, come detto in precedenza, hanno indotto la Corte ad affermare che l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE si applica a *tutte* le concessioni demaniali marittime e quindi, in sostanza, anche a quelle che non hanno un *interesse transfrontaliero certo*.

Sembra cioè lecito supporre che la suddetta giurisprudenza, nata in relazione alle concessioni di servizi, possa essere applicata in linea di principio anche alle concessioni demaniali marittime ove ne ricorrano i presupposti. Ciò non solo in ragione del fatto che, come detto in precedenza, nell'ottica della giurisprudenza della Corte esiste un'apparente analogia tra le autorizzazioni (al cui ambito, secondo la sentenza *Promoimpresa Srl.*, appartengono anche le concessioni demaniali marittime) e le concessioni di servizi. È soprattutto necessario prendere atto che la suddetta giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress* ha in realtà riconosciuto e riaffermato un principio cardine per la tutela delle libertà garantite dai Trattati. Un principio fondamentale per il funzionamento del mercato interno, che può essere riassunto come segue. 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. Si tratta in altri termini di applicare il menzionato concetto di “*interesse transfrontaliero certo*”, quale risultante da una giurisprudenza europea già consolidata all'epoca della sentenza *Promoimpresa Srl.* (v. per tutte le sentenze 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e 148/06, *SECAP e Santorso*, punto 34 e 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia SpA*, punto 62), anche alla disciplina delle concessioni demaniali marittime. Ci sono, invece, buone ragioni per credere che l'assenza di questo specifico interesse in un'attività del genere renda inapplicabile il diritto europeo per la mancanza di un presupposto essenziale per la sua stessa operatività.

La legittimità di una linea di pensiero che ammette la possibilità di adottare la suddetta giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress* anche nei confronti delle concessioni demaniali marittime non è peraltro il solo argomento capace di mettere in dubbio il significato dell'articolo 12 della direttiva servizi, come interpretato dalla sentenza *Promoimpresa Srl.* A questo riguardo è, innanzitutto, opportuno richiamare l'attenzione sulle considerazioni svolte dal Giudice europeo nella sentenza 25 ottobre 2007, causa C-174/06, *CO.GE.P.*, punti 31-36, riguardante proprio le concessioni demaniali marittime, anche se in relazione ad una questione di carattere fiscale. La motivazione di tale sentenza indica che un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di “*locazione di beni immobili*”. Ne consegue che, se la stessa nozione dovesse essere estesa anche a situazioni estranee alla normativa fiscale, ciò contribuirebbe ad inficiare il valore di ogni ragionamento inteso ad applicare il diritto dell'Unione alle concessioni balneari sul fondamento del solo concetto di “*autorizzazione*”.

Più precisamente, alla luce di quest'ultima sentenza della Corte di giustizia sembra ragionevole ritenere che la concessione demaniale marittima sia in realtà un negozio giuridico *misto*, nella cui causa coesistono due diversi elementi costitutivi. Per un verso, lo Stato concede ad un imprenditore il diritto di utilizzare per un determinato periodo di tempo un'area demaniale (un arenile) dietro il corrispettivo di un canone periodico. Per un altro verso, lo stesso Stato permette al medesimo imprenditore di svolgere un'attività economica di servizi sull'area concessa in locazione, dando così luogo ad un'autorizzazione nel senso contemplato dalla direttiva servizi. Ne consegue che, in ragione della sua natura di negozio giuridico a causa *mista*, la concessione balneare è una fattispecie negoziale autonoma, cioè una figura giuridica che svolge una propria funzione di natura economica nel quadro del

diritto dell'Unione europea grazie alla coesistenza due elementi costitutivi interdipendenti e di pari rilevanza.

La sentenza *Promoimpresa Srl.*, nell'interpretare l'articolo 12 della direttiva servizi ha invece considerato la concessione balneare solo dal punto di vista della componente "autorizzazione", sottovalutando il fatto che, a differenza delle semplici autorizzazioni all'esercizio delle attività disciplinate dalla direttiva servizi, nel caso delle concessioni balneari lo Stato attribuisce all'imprenditore anche un diritto, quello di utilizzare aree del demanio, ugualmente essenziale in vista della funzione che la concessione demaniale marittima è chiamata ad svolgere nel contesto dell'economia nazionale. È difficile, pertanto, comprendere la ragione per la quale questa specifica figura giuridica dovrebbe essere sottoposta alla disciplina di una normativa europea, la direttiva 2006/123/CE, che concerne chiaramente solo le autorizzazioni accordate dalle Autorità degli Stati membri in materia di servizi. Purtroppo, come detto, in conseguenza di questa improvvida decisione, la Corte ha imposto all'Italia il divieto di prorogare *tutte* le concessioni balneari esistenti, comprese quelle prive del c.d. "interesse transfrontaliero certo". Il che induce del tutto naturalmente a formulare un ultimo rilievo.

Per un'oggettiva valutazione degli effetti e delle conseguenze derivanti da un siffatto divieto, occorre tenere a mente che la facoltà di concedere il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo rientra nel potere delle pubbliche autorità degli Stati membri di disporre di beni appartenenti al proprio regime di proprietà. In questo senso, anche le concessioni demaniali marittime devono essere considerate come un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà degli Stati membri. Quando uno Stato membro concede il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo ciò avviene nell'esercizio di una facoltà che gli compete in quanto proprietario di tali aree. Il pensiero corre quindi all'articolo 345 del TFUE, secondo cui "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri" ed ai principi che la Corte di giustizia ha richiamato nella sua interpretazione di tale articolo.

È ovvio che non rientra nell'ambito del presente lavoro rievocare la storia, la portata e le finalità di questa norma. È sufficiente nella circostanza ricordare come fin dall'origine la giurisprudenza della Corte abbia ritenuto che l'articolo 345 TFUE non esprime un principio assoluto di non interferenza dei trattati nei regimi di proprietà degli Stati membri e non impedisce che il diritto dell'Unione europea incida sui regimi nazionali e sullo stesso diritto di proprietà. Ciò significa, in altre parole, che le decisioni delle autorità nazionali in materia di proprietà trovano un limite nelle norme e nei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea. Diverse sentenze della Corte affermano così che la discrezionalità degli Stati membri ai sensi di tale disposizione trova un limite nel principio di non discriminazione o nelle norme che disciplinano la concorrenza e, in generale, non può giustificare il sorgere di ostacoli alle libertà previste dai Trattati (cfr. F. FILPO, *Commento all'articolo 345 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, diretto da C. Curti Gialdino, Napoli, 2012, pp. 2322-2326, e A. GARDELLA, *Commento all'articolo 345 TFUE in Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, 2 ed., Milano, 2014, pp. 2509-2515, nonché la giurisprudenza ivi richiamata).

Ora, alla luce della suddetta giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress*, sembra lecito ritenere che ostacoli del genere possono sorgere nell'ambito delle concessioni demaniali marittime solo qualora le stesse rivestano un *interesse transfrontaliero certo* e siano aggiudicate in violazione dei principi stabiliti dalla suddetta giurisprudenza relativa agli articoli 49 e 56 del TFUE. Per contro, un obbligo assoluto ed incondizionato a carico delle autorità pubbliche di

attuare in ogni caso (e cioè anche in assenza di un *interesse transfrontaliero certo*) una procedura di aggiudicazione del loro patrimonio immobiliare nei termini imposti dalla direttiva servizi rappresenterebbe una chiara limitazione al regime di proprietà dei singoli Stati membri. Più precisamente, una vasta giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'articolo 345 TFUE autorizza a ritenere che una norma di rango derivato, quale la direttiva 2006/123/CE, non possa imporre agli Stati membri una limitazione ai loro regimi di proprietà che è sicuramente estranea ai canoni ammessi da tale giurisprudenza. Un obbligo del genere potrebbe cioè 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.

4. Conclusioni

L'Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato ha accolto e condiviso la giurisprudenza affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Promoimpresa Srl* concernente le concessioni demaniali marittime. Questa condivisione di giudizi ha comportato che la direttiva 2006/123/CE e la relativa legge nazionale di recepimento (D. L. 26 marzo 2010, n. 59, in *GURI*, n. 94 del 23 aprile 2010, Suppl. Ord. n. 75) devono essere interpretate nel senso che l'articolo 12 di tale direttiva si applica a *tutte* le concessioni balneari esistenti, anche a quelle prive di *interesse transfrontaliero certo*. Con l'ulteriore conseguenza che l'ultima legge italiana di proroga della durata di dette concessioni deve essere considerata illegittima alla luce sia del diritto dell'Unione europea sia di quello nazionale nei confronti di *tutte* le concessioni balneari esistenti alla data della proroga, e quindi anche di quelle che non presentano un *interesse transfrontaliero certo*. Tuttavia, con il rispetto dovuto alle due autorevoli giurisdizioni, europea e nazionale, non è possibile condividere il loro giudizio concernente una materia che, per la rilevanza degli interessi in gioco, avrebbe richiesto una maggiore attenzione ed un'indagine più approfondita.

Spiace, in particolare, rilevare come il supremo Giudice amministrativo, prima di deliberare, non abbia ritenuto opportuno esaminare la portata e gli effetti di diverse sentenze della stessa Corte di giustizia che appaiono contraddire la motivazione della detta sentenza *Promoimpresa Srl*. Si tratta, in primo luogo, delle sentenze che, in applicazione della nota giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress*, hanno codificato la nozione di "*interesse transfrontaliero certo*" quale fondamento della normativa europea in materia di attività economiche di servizi. Si fa riferimento, in secondo luogo, alla sentenza che, assimilando le concessioni demaniali marittime ad una locazione immobiliare, le sottrae implicitamente alla disciplina dell'articolo 12 della direttiva servizi. Infine, è bene soprattutto richiamare l'attenzione sulle sentenze del Giudice europeo che hanno riconosciuto agli Stati membri la facoltà di disporre liberamente dei beni appartenenti al patrimonio nazionale a condizione di non ostacolare le libertà previste dai trattati europei.

Soprattutto, è difficile comprendere le vere ragioni che hanno indotto l'Assemblea Plenaria a non chiedere alla Corte di giustizia, per il tramite di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di chiarire il significato dell'evidente contrasto giurisprudenziale tra la motivazione della sentenza *Promoimpresa Srl* e quelle delle altre sentenze sopra menzionate. Le argomentazioni svolte nel presente lavoro impediscono, infatti, di condividere le ragioni che, come accennato al punto 29 della sentenza n. 18, hanno indotto il Giudice amministrativo a non esperire il detto rinvio pregiudiziale (Scritto aggiornato al 2 dicembre 2021).

GIANNANGELO MARCHEGIANI